

**REVISTA INTERNACIONAL DE
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**
Ano 2012

Director

Dário Moura Vicente
Sub-director
Armindo Ribeiro Mendes
Director Adjunto
António Vieira da Silva

Sede da Redacção

Associação Portuguesa de Arbitragem
Rua de Santa Bárbara, 46 – 5º
1169-015 Lisboa
apa@arbitragem.pt

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/2012
Depósito Legal 292271/09

Tiragem

300 exemplares
N.º de registo na ERC
125619

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

ANO V – 2012

NÚMERO ESPECIAL:

A NOVA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA
(LEI N.º 63/2001, DE 14 DE DEZEMBRO)

ÍNDICE

DOCTRINA

A nova Lei da Arbitragem Voluntária: evolução ou continuidade? Armindo Ribeiro Mendes	7
A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova portuguesa Lei da Arbitragem Voluntária Dário Moura Vicente	37
Âmbito espacial de regulação e controlo estadual da arbitragem Eduardo dos Santos Júnior	51
Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras Elsa Dias Oliveira	73
Arbitragem internacional com Estados na nova lei da Arbitragem Voluntária José Sérvulo Correia	99
Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa Luís de Lima Pinheiro	121
Intervenção de terceiros no processo arbitral Miguel Teixeira de Sousa	149
Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado Paulo Otero	179
A Arbitragem e os tribunais estaduais – Alguns aspectos práticos Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho	195

Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro	
Pedro Romano Martinez	221
 VIDA INSTITUCIONAL	
Sumário de Actividades desenvolvidas pela Associação Portuguesa de Arbitragem entre setembro de 2011 e setembro de 2012	
José Robin de Andrade	231
 LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO	
Portugal: Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (Aprova a nova Lei da Arbitragem Voluntária)	239
 NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES	
Crónica de jurisprudência	
Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes	283

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado e Docente Universitário

A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade?

I. As Origens da Nova Lei de Arbitragem Voluntária

1. A nova Lei de Arbitragem Voluntária (NLAV) consta do Anexo à Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, a qual teve na sua origem a Proposta de Lei do Governo n.º 22/XII, apresentada à Assembleia da República em Setembro de 2011, aprovada na generalidade em Outubro e na especialidade em meados de Novembro do mesmo ano.

Conforme se pode ler na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, esta “vem dar concretização à medida 7.6 do *Memorandum* de Entendimento celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, que prevê a apresentação pelo Governo de uma nova Lei de Arbitragem até ao final de Setembro de 2011”.

Todavia, manda a verdade que se diga que a vontade política de alterar a Lei de Arbitragem remonta há dois anos atrás, a um tempo em que não se imaginava que a crise financeira levasse a uma drástica limitação da Soberania de Portugal decorrente da assinatura do *Memorandum* de Entendimento.

2. Na verdade, em Fevereiro de 2009, a nova direção da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), presidida pelo Dr. José Robin de Andrade, fora recebida, a seu pedido, pelo Ministro da Justiça Alberto Costa, para apresentação de cumprimentos. No decurso da audiência, o Ministro desafiara a APA a apresentar um articulado de Nova Lei de Arbitragem, na linha da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da CNUDCI/UNCITRAL de 1985, remodelada em 2006. O desafio foi aceite e veio a ser apresentado em Março de 2009 um Projeto de que o principal redator foi o Dr. Sampaio Caramelo.

3. A Lei Modelo é um articulado elaborado pela Comissão especializada da ONU no domínio de Direito do Comércio Internacional, preparado através de um processo moroso em que intervieram várias instituições internacionais de arbitragem (sobretudo a CCI, a LCIA e a AAA), várias associações nacionais e internacionais de arbitragem, e especialistas de diferentes nacionalidades, académicos e práticos. Foi fortemente influenciada pela regulamentação da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e pelo Regulamento da CNUDCI sobre arbitragens *ad hoc* de 1976.

Aprovada em 1985, começou a ser adotada por vários Estados e entidades políticas infra estaduais (Estados federados dos E.U.A e Canadá, Territórios sob administração estrangeira como Hong-Kong e Macau), umas vezes como lei específica das arbitragens internacionais ou transnacionais, outras vezes como lei interna aplicável quer a arbitragens puramente internas, quer a arbitragens internacionais.

Dez anos após a sua aprovação, quase duas dezenas de Estados já a tinham transposto para os seus direitos.

Em 1997, a Alemanha integrou a regulamentação da Lei Modelo no seu Código de Processo Civil de 1877, causando escândalo no círculo dos juristas mais tradicionalistas. O Governo justificara nos debates parlamentares a sua opção, afirmando que com a Lei Modelo a Alemanha se podia tornar um país mais procurado para a realização de arbitragens internacionais, à semelhança do que se passava com os seus vizinhos, a França e a Suíça e, um pouco mais longe, com o Reino Unido e a Suécia¹.

Também em 2003, a Espanha mudara a sua Lei de Arbitragem de 1988 – dois anos mais nova do que a nossa LAV de 1986 – adotando a Lei Modelo. Com tal alteração legislativa, visava tornar mais apeteçí-

¹ Sobre a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL pela Alemanha veja-se o artigo de Peter Schlosser, "German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano III (2010), págs. 117-135. Ver ainda Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, I, W. Kluwer, Austin, Boston, Chicago, Nova Iorque, Holanda, 2009, pág. 120; A. Ribeiro Mendes, "A Uniformização do Direito da Arbitragem através da Adopção da Lei Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional", in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 244-245.

vel a realização de arbitragens internacionais em Madrid ou Barcelona, jogando no seu prestígio no espaço ibero-americano e europeu.²

4. Como acontece nestas coisas um pouco por toda a parte, a apresentação do Projeto da APA ao Ministro não logrou dar início ao processo legislativo por ele prometido. O Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), que tinha a seu cargo a elaboração de uma proposta de alteração da LAV de 1986 ou, em alternativa, de uma nova LAV, não gostou de ser ultrapassado e o projeto não parece ter sido bem visto por outros membros da equipa ministerial da Justiça.

O fim próximo da legislatura não contribuiu para a superação dessa resistência passiva e tudo parecia indicar que a Proposta da APA ficaria como documento de trabalho, esquecida nas páginas da *Revista da Associação*.³

5. Após as eleições, o XVIII Governo Constitucional procurou dar execução ao seu Programa, publicando uma nova Lei de Arbitragem.

O Secretário de Estado João Correia retomou os contactos com a APA, tendo esta assumido o encargo de rever e melhorar o articulado de 2009.

Em Maio de 2010, a APA apresentou uma versão revista do primitivo articulado, o qual foi entregue ao Ministério da Justiça.⁴

O articulado, com alterações pontuais, foi assumido pelo Ministério da Justiça, iniciando-se o processo legislativo e sendo submetido a parecer de várias instâncias. Os Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público pronunciaram-se sobre este articulado.

Todavia, a demissão do Secretário de Estado teve o condão de travar o processo legislativo.

² Quanto às origens da Lei de Arbitragem de 2003 de Espanha remete-se para F. Mantilla-Serrano, "La Ley Española de Arbitrage", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, III (2010), págs. 27-43.

³ Esse primeiro Projeto está publicado na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II (2009), págs. 205-241.

⁴ Pode ver-se o texto in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II (2010), págs. 167-230 (o texto de cada artigo tem uma anotação da autoria da Direção da APA).

Sucedeu, porém, que o CDS apresentara entretanto na Assembleia da República um projeto de lei de alteração de vários artigos da LAV de 1986. Tal apresentação forçou o Ministério da Justiça a sair da sua letargia. O articulado da APA foi adotado, na versão deixada pelo Dr. João Correia no Verão de 2010. Em 15 de Dezembro de 2010 é publicitado de novo esse texto como projeto da proposta de lei.

A verdade é que a Proposta de Lei que acabou por ser enviada para a Assembleia da República em 6 de Janeiro de 2011 pelo Ministro Alberto Martins apresenta alterações significativas em relação ao Projeto da APA, tendo este sido modificado de forma apressada e, por vezes, incompreensível, embora com a invocação da exigência decorrente das regras da legística. A diferença mais significativa reside na eliminação das chamadas “ordens preliminares”, uma tutela provisória concedida pelo tribunal arbitral ao requerente de uma providência cautelar, sem audiência da outra parte, e que se destina a vigorar durante 20 dias.

As ordens preliminares foram adotadas na revisão da Lei Modelo em 2006, após acesa controvérsia, e, segundo então constou, tinham sido suprimidas pelo Ministério da Justiça, após consultas telefónicas a alguns especialistas não identificados.

Em qualquer caso, pode dizer-se que a Proposta de Lei n.º 48/XI revelou grande amorosismo legislativo, tendo havido alterações ao texto da APA de cariz meramente formal, completamente escusadas, e outras de que resultaram ambiguidades, quando o anterior texto era claro.

6. A Proposta de Lei n.º 48/XI e o Projeto de Lei subscrito por Deputados do CDS foram aprovados na generalidade no Parlamento em 14 de Janeiro de 2011.

Ambos desceram à Primeira Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, tendo a APA sido convocada para uma audição.

Na reunião da Primeira Comissão, os representantes da APA tiveram ocasião de criticar algumas das inovações introduzidas no seu articulado, tendo os Deputados concordado em que haveria vantagem em rever o texto da Proposta de Lei, para o melhorar.

O Partido do Governo, em vésperas da dissolução da Assembleia da República, ainda apresentou uma versão alterada em pontos de porme-

nor, mas não logrou o consenso das outras forças políticas para aprovar *in extremis* a Proposta de Lei, que veio a caducar.

7. Após as vicissitudes acabadas de descrever, o anterior Governo negociou com a Troika a inclusão de uma nova Lei de Arbitragem no elenco das medidas a adotar no campo de Justiça, tendo por base a Proposta de Lei n.º 48/XI. O GRAL foi encarregado de rever a Proposta de Lei em causa, tarefa que ultimou.

O novo Governo, porém, optou por regressar ao último articulado da APA, tendo decorrido em Julho e Agosto contactos entre a direção desta Associação e o Gabinete da Ministra Paula Teixeira da Cruz para melhorar esse articulado. A nova versão foi também discutida com os consultores da Troika.

8. A Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprova a nova Lei de Arbitragem Voluntária, entrou em vigor em 15 de Março de 2012.

Importa, por isso, analisar algumas das inovações mais importantes, e alguns pontos de continuidade em relação à LAV de 1986, que teve na sua base um projeto da Prof.ª Isabel de Magalhães Collaço, o qual vigorou durante mais de vinte e cinco anos.

II. Um elemento de continuidade – a distinção entre arbitragem comum e internacional, contraposta à arbitragem no estrangeiro

9. Como consta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 22/XII, tendo em conta “o enorme progresso alcançado e a análise de inúmeros estudos, da mais variada índole, elaborados em Portugal e nos países onde a arbitragem alcançou maior difusão e sofisticação técnico-jurídica, nomeadamente quanto à problemática da arbitragem comercial e, mais recentemente, da arbitragem do investimento, concluiu-se pela necessidade de elaborar uma nova lei”.

Já vimos que, tal como a APA, os sucessivos Governos – com mais ou menos empenho – renderam-se à inevitabilidade de adotar a Lei Modelo, tal como antes de nós havia feito a Alemanha e a Espanha.

Importará dizer que só os grandes países onde tradicionalmente decorrem arbitragens internacionais (a França, o Reino Unido, a Suíça e,

em menor escala, os Estados Unidos da América) se têm podido dar ao luxo de não substituir as respetivas leis internas de arbitragem pela Lei Modelo, sendo certo que a Lei inglesa de 1996, tal como, aliás, a lei francesa alterada em Janeiro de 2011 e a própria lei suíça aplicável às arbitragens internacionais, de 1987 (Capítulo 12 da Lei de Direito Internacional Privado – LDIP), acolheram algumas das soluções dessa Lei Modelo. Todavia, nenhuma destas leis se pode qualificar como transposição da Lei Modelo por não observar um dos três indicadores que a CNUDCI utiliza para qualificar os respetivos ordenamentos como “*Model Law Jurisdictions*” (resultar da leitura do ato legislativo a impressão de que é uma transposição mais ou menos modificada da Lei Modelo; acolhimento de 70 a 80% das respetivas soluções; inexistência de qualquer disposição incompatível com a moderna arbitragem comercial)⁵.

10. A APA e, depois, a Proposta de Lei n.º 22/XII resolveram manter a distinção, acolhida na LAV de 1986, nas arbitragens a que é aplicável a lei portuguesa, entre arbitragens de direito comum, meramente internas ou, num certo sentido, nacionais e arbitragens internacionais. A terminologia da nova LAV contrapõe arbitragens internas e arbitragens internacionais, sendo que a todas é aplicável a nova LAV.

Como se sabe, o art. 37.º da LAV de 1986 estatuiu que esse diploma se aplicava “às arbitragens que tenham lugar em território nacional”, isto é, em que a sede de arbitragem se situe em Portugal. Por outro lado, são arbitragens internacionais as que põem “em jogo interesses de comércio internacional”, independentemente da nacionalidade, domicílio, sede ou residência das respetivas partes. Estas arbitragens internacionais têm regras próprias (arts. 33.º a 35.º da LAV 1986), não sendo coincidentes com as aplicáveis às arbitragens de direito comum, ou seja, as que não põem em jogo interesses do comércio internacional.

11. A nova LAV (NLAV) prevê no seu art. 61.º que a Lei é “aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro”.

⁵ Cfr. Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in Model Law Jurisdictions*, 3.º ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2009, págs. 12-13.

O critério delimitador do âmbito de aplicação no espaço consiste em o lugar de arbitragem – no sentido de lugar da sede da arbitragem – se situar no território português (princípio da territorialidade)⁶.

Ora, quanto às chamadas *arbitragens internacionais* – as quais, repete-se, estão localizadas no território português – mantém-se a definição da Prof.ª Magalhães Collaço, na linha do critério da lei processual francesa: “entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional”:

À semelhança do que fazia o Código de Processo Civil francês, na sua versão originária, ou que faz a alteração de 2011 em matéria de arbitragem, o n.º 2 do art. 49.º da NLAV manda aplicar “à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições do presente diploma relativas à arbitragem interna”, com ressalva do disposto no Capítulo IX da NLAV, consagrado à própria arbitragem internacional (arts. 49.º a 54.º).

12. O art. 50.º contém uma importante norma de inoponibilidade de exceções baseadas no direito interno de uma das partes no processo arbitral. Estatui este artigo:

“Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção.”

Trata-se de uma solução inovatória, inspirada no art. 177.º, n.º 2, da LDIP suíça e no art. 2.º, n.º 2, da Lei espanhola de 2003 e que tem sido aceite pela jurisprudência em muitos Estados⁷. Quer a Argentina, quer a Colômbia não aceita tal regra.

⁶ Cfr. Dário Moura Vicente, anotação ao art. 61.º da NLAV in Armindo Ribeiro Mendes/Dário Moura Vicente/José Miguel Júdice/José Robin de Andrade/ Pedro Metello de Nápoles/Pedro Siza Vieira, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 114-115.

⁷ Esta restrição é um “corolário do princípio da boa fé” – cfr. Dário Moura Vicente, anotação ao art. 50.º da NLAV, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* cit., pág. 100.

13. Relativamente à validade substancial da convenção de arbitragem e à arbitrabilidade do litígio, o art. 51.º, n.º 1, exige que, em alternativa, se têm de mostrar cumpridos os requisitos para o efeito previstos quer pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem, quer pelo direito aplicável ao fundo da causa, quer pelo direito português.

Desta forma, o legislador procura salvar convenções de arbitragem inválidas perante uma ou duas dessas leis, bastando que a validade decorra de uma terceira lei. Trata-se da solução admitida pelo art. 178.º da LDIP suíça e pelo art. 9.º, n.º 2, da Lei espanhola de 2003. Como se pode ler na anotação ao Anteprojeto da Direção da APA, esta norma de conflitos, “que utiliza um feixe de conexões alternativas, em cascata, é, como é bom de ver, inspirada pelo «princípio da conservação ou do critério mais favorável à validade da convenção de arbitragem» e, por isso mesmo, constitui a solução mais favorável à ampliação do espaço de aplicação da arbitragem no domínio do comércio internacional e a mais conforme às exigências de resolução pacífica de litígios no âmbito da economia internacional globalizada”⁸.

14. No que toca às regras de direito aplicáveis ao fundo da causa, a NLAV é extremamente liberal. Admite-se que as partes possam designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade ou como compositores amigáveis. Tais regras de direito abrangem, no entendimento da Direção da APA, não só as normas de certo sistema jurídico (em regra, normas legislatadas; eventualmente normas jurisprudenciais) como ainda outros corpos de regras, como a *lex mercatoria* (art. 52.º, n.º 1, 1.ª parte). O mesmo art. 51.º, n.º 1, estatui que “qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário,

⁸ Anotação na citada *Revista*, ano III (2010), pág. 217, nota (174). Note-se que o n.º 2 do art. 51.º manda que o Tribunal português competente para conhecer do pedido de anulação da sentença arbitral, com o fundamento do art. 46.º, n.º 3, b), da nova LAV (verificação oficiosa pelo tribunal de que o objeto de litígio não é suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português; ofensa pela sentença da ordem pública internacional do Estado Português) tome em consideração a norma do n.º 1 do art. 51.º – formulação que é um pouco estranha em termos de técnica legislativa.

como designando diretamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis”. Explicita-se a regra constante do art. 33.º, n.º 1, da LAV de 1986 (“via direta” ou referência material).

Todavia, no n.º 2 do art. 52.º a NLAV afasta-se da solução prevista no art. 33.º, n.º 2, da LAV de 1986 (“Na falta de escolha, o tribunal aplica o direito mais apropriado ao litígio”), determinando que “na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita”. Confessadamente, afastou-se a solução de 1986, por influência do direito alemão, “por se recear que a concessão aos árbitros de uma ilimitada liberdade de escolha das regras de direito aplicáveis ao fundo da causa pudesse ferir as legítimas expectativas das partes a esse respeito”⁹.

O n.º 3 do art. 52.º determina que, nos casos previstos nos n.ºs 1 e 2 desse artigo, “o tribunal deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes”.

15. Deve notar-se que a LAV de 1986 previa, no artigo 35.º que, se as partes lhe tivessem confiado esse função, o tribunal poderia decidir o litígio por apelo à composição das partes na base de equilíbrio dos interesses em jogo. Trata-se da chamada “composição amigável”.

Tal norma desaparece deste capítulo, mas tal desaparecimento não se revela de especial relevância.

De facto, na arbitragem interna, tal como na internacional, são admitidas arbitragens de direito estrito (segundo o “direito constituído”), arbitragens segundo a equidade, e arbitragens em que a decisão é proferida “por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo” (composição amigável). É o que resulta do art. 39.º, n.ºs 1 a 3, da NLAV. Esta tripartição suscita problemas delicados, tendo de ser a doutrina a distinguir entre a equidade e a amigável composição. Atualmente, parece ser maioritário o ponto de vista que sustenta que os árbitros, nas decisões segundo a equidade, gozam de maior liberdade na “descoberta” da solução para o caso do que no domínio da amigável composição (nesta última avultará a possibilidade de utilização de

⁹ É a justificação que consta da anotação da direção da APA ao articulado de 2010. Cfr. também a anotação de Dário Moura Vicente a este artigo, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* cit, pág. 100.

diligências conciliatórias, devendo naquela distinguir-se a equidade em sentido forte e a equidade em sentido fraco, havendo quem admita que a amigável composição é uma forma de equidade neste último sentido).¹⁰ Veremos como a doutrina abordará a nova tripartição.

16. Aparecem-nos mais dois preceitos no Capítulo IX dedicados à arbitragem internacional.

O art. 53.º estabelece o princípio de irrecorribilidade da sentença arbitral, “a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos”. Trata-se da reafirmação da doutrina do art. 34.º da LAV de 1986.

Esta solução está também acolhida para as arbitragens internas ou “domésticas” (na terminologia inglesa) no n.º 4 do art. 39.º, mas neste último caso o recurso pode ser interposto para os tribunais judiciais de 2.ª instância (ou para o Supremo Tribunal de Justiça, se for possível interpor uma revista *per saltum*).

O art. 54.º regula a ordem pública internacional e prevê situações em que tenha sido aplicado numa arbitragem internacional “direito não português” ao fundo da causa. Em tais situações, a sentença arbitral “pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º, e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional”.

Deve reparar-se que a nova LAV só admite, nas arbitragens internas, a anulação de sentenças arbitrais por ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português (cfr. art. 46.º, n.º 3, alínea b), (ii), da NLAV). A solução legislativa é discutível, mas visa evitar que, na impugnação da sentença arbitral através de pedido de anulação, se abra a possibilidade de controlo do mérito, sob a capa da violação da ordem pública.¹¹

¹⁰ Cfr. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, págs. 227-237, autora que acompanha a opinião de Sampaio Caramelo de que a composição amigável só faz sentido na arbitragem internacional.

¹¹ Esta solução não constava do articulado da APA e foi introduzida pelo secretário de Estado Dr. João Correia durante os trabalhos preparatórios. O Governo adotou essa solução nas Propostas de Lei n.º 48/XI e 22/XII. Sampaio Caramelo sempre discordou

III. As normas transitórias da Nova LAV

17. A NLAV deveria entrar em vigor “três meses após a data da sua publicação” (art. 6.º do diploma preambular), portanto em 15 de Março de 2012. Assim sucedeu.

As normas sobre aplicação no tempo da NLAV constam do art. 4.º do diploma preambular e não suscitam especiais dúvidas.

A NLAV passa a regular “os processos arbitrais que, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da referida lei, se iniciem após a sua entrada em vigor” (n.º 1 do art. 3.º do diploma preambular).

O art. 33.º, n.º 1, da NLAV estabelece que, salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo demandado (em princípio, é a data de subscrição do aviso de receção da comunicação de uma parte à outra para indicação de um árbitro, quando seja utilizado este modo tradicional de notificação – art. 10.º, n.º 4, da NLAV).

O n.º 2 do art. 4.º do diploma preambular admite que, por acordo das partes (expresso ou tácito; neste último caso, se uma parte formular uma proposta nesse sentido e a outra a tal não se opuser no prazo de 15 dias a contar da respetiva receção), se aplique o regime da lei nova “aos processos arbitrais iniciados antes da sua entrada em vigor”.

Relativamente às convenções de arbitragem celebradas antes da entrada em vigor da NLAV, as partes mantêm “o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral”, nos termos do art. 29.º da LAV de 1986, “caso o processo arbitral houvesse decorrido ao abrigo deste diploma”.¹²

18. O n.º 4 do art. 4.º do diploma preambular mantém em vigor o art. 1.º, n.º 1, da LAV de 1986 (na parte em que estabelece como critério de arbitrabilidade a disponibilidade do direito) no que toca à “submissão

da solução proposta pela Direção da APA, preconizando que deveria ser fundamento de anulação da sentença arbitral a violação da ordem pública (interna). Cfr. Mariana França Gouveia, *ob. cit.*, págs. 276-279.

¹² Sobre as razões da salvaguarda do direito ao recurso concedido pela lei vigente à data da celebração da convenção da arbitragem, veja-se a anotação a este artigo de Armindo Ribeiro Mendes, in *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada cit.*, pág. 12-13.

a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho”, até que venha a ser publicada lei especial na matéria.

Trata-se de uma norma necessária visto que o critério de arbitrabilidade da lei antiga foi substituído: hoje, tal critério geral de arbitrabilidade é o da patrimonialidade do interesse invocado. Quando não estejam em causa interesses de natureza patrimonial, a convenção é válida se as partes puderem celebrar transação sobre o direito controvertido (art. 1.º, n.ºs 1 e 2, da NLAV).

IV. Algumas inovações da nova LAV

19. Como é facilmente compreensível, não é possível na economia deste texto abordar todas as inovações da nova LAV.

Procuraremos, por isso, chamar a atenção para as principais inovações, deixando seguramente de fora soluções inovatórias também relevantes.

A) Critérios de Arbitrabilidade do Litígio

20. Por direta influência dos direitos suíço e alemão, sobretudo deste último, o legislador de 2011 abandona o tradicional critério de arbitrabilidade (o da disponibilidade do direito), adotando o ponto de vista sustentado em vários estudos pelo Dr. António Sampaio Caramelo.¹³

Quer se trate do domínio do direito público, quer do domínio do direito privado, o critério principal da arbitrabilidade do litígio reside na natureza patrimonial do interesse controvertido.

¹³ Cfr. sobretudo “A Disponibilidade do Direito como Critério da Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões da *iure condendo*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66.º (2006), III, págs. 1233 e segs. Sustentando o critério da disponibilidade do direito, veja-se Carlos Ferreira de Almeida, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 87-88.

Pretendeu-se a criação de um critério material que afaste soluções de Direito dos Conflitos, quando se trate de saber se certo direito é ou não disponível.

Todavia, relativamente a interesses morais ou de natureza não patrimonial, admite-se a arbitragem se as partes puderem celebrar transação sobre o direito controvertido. Assim, admite-se neste caso, como critério subsidiário de arbitrabilidade, a transigibilidade do litígio (a qual, por regra, pressupõe a disponibilidade do direito).

É o que consta dos n.ºs 1 e 2 do art. 1.º da NLAV.

B) Incidente de recusa dos árbitros

21. A questão dos impedimentos e suspeições dos árbitros estava deficientemente tratada na LAV de 1986.

O art. 10.º, n.º 1, da LAV de 1986 não adjetivava minimamente tal matéria, limitando-se a estabelecer que “aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecidas na lei do processo civil para os juízes.”

Por seu turno, o n.º 2 do art. 10.º da mesma Lei previa que a parte não pode recusar os árbitros por ela nomeados, “salvo ocorrência de causa superveniente de impedimento ou escusa, nos termos do número anterior”.

Discutia-se se podiam as partes ou se deviam os próprios árbitros submeter a resolução da suspeição ao presidente do Tribunal da Relação (cfr. arts. 126.º, n.º 3, e 129.º, n.º 2, do CPC).¹⁴

22. A nova LAV começa por estabelecer que os árbitros “devem ser independentes e imparciais” (art. 9.º, n.º 3).¹⁵

¹⁴ Sobre o regime da LAV remete-se para Bernardo Reis, “o Estatuto dos Árbitros – Alguns Aspectos”, in *Themis*, ano IX (2009), n.º 16, págs. 30 e segs.

¹⁵ A imposição dos deveres da independência e da imparcialidade de *todos* os árbitros decorre da equiparação dos tribunais arbitrais aos judiciais autorizada por norma constitucional (cfr. art. 209.º, n.º 2 da Constituição). Sobre esta questão veja-se o importante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2011, relatado pelo Cons. Lopes do Rego (Proc. n.º 107751/08/74IPRT.L1.SI)

O art. 13.º, n.º 1, por seu turno, impõe a quem for convidado para exercer as funções de árbitro a obrigação de revelação de “todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”. Tal dever de revelação abrange as circunstâncias surgidas supervenientemente ou que só venham a ser conhecidas do árbitro após a aceitação do encargo.

São motivos de recusa não só a existência de circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência, como também a falta de qualificações que as partes convencionaram (art. 13.º, n.º 2, 1.ª parte). Mantém-se a regra de que a parte que tiver designado ou participado na designação de um árbitro só pode recusá-lo “com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação” (art. 13.º, n.º 3, 2.ª parte).

O processo de recusa pode ser livremente regulado pelas partes. Na falta de acordo, a parte recusante expõe ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data do conhecimento da constituição do tribunal ou da data em que teve conhecimento das causas supervenientes de recusa, os motivos desta. O árbitro recusado pode renunciar à função. Se não tiver renunciado e a parte que o nomeou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com a participação do árbitro recusado, decide sobre a recusa (art. 14.º, n.º 2).

Não tendo sido destituído o árbitro, a parte recusante pode pedir, no prazo de 15 dias sobre a comunicação da decisão ao Tribunal da Relação, que tome uma decisão sobre a recusa. A decisão é irrecurável. A impugnação não suspende a marcha do processo arbitral.

Verifica-se, pois, que é abandonada a solução – discutida na doutrina – de considerar competente o presidente do Tribunal da Relação para dirimir a matéria de escusa, em benefício de um incidente de recusa perante a Relação, mais próximo da solução do processo penal (cfr. art. 45.º do Código de Processo Penal).¹⁶

¹⁶ Cfr. anotações de José Miguel Júdice aos arts. 13.º e 14.º da NLAV, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* cit., págs. 33-36.

C) Fixação dos Honorários dos Árbitros

23. A LAV de 1986 limitava-se a dispor no seu art. 5.º que a remuneração dos árbitros e dos outros intervenientes, bem como a sua repartição entre as partes, devia “ser fixada na convenção de arbitragem ou em documento posterior subscrito pelas partes”, a menos que resultassem dos regulamentos de arbitragem escolhidos nos termos do art. 15.º dessa lei. Não regulava, porém, o modo de fixação dos honorários na falta de acordo, parecendo admitir que haveria uma fixação unilateral pelos árbitros nos termos do mesmo art. 15.º.

24. A NLAV passou a regular de forma completa a questão dos honorários e despesas dos árbitros no seu art. 17.º. Na falta de acordo das partes sobre a matéria na convenção de arbitragem, os honorários e despesas devem ser objeto de acordo escrito entre as partes e os árbitros, antes da aceitação do último dos árbitros a ser designado.

Se não tiver sido possível fixar os honorários e despesas por acordo entre as partes e os árbitros, cabe a estes últimos tal fixação, “tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a despender com o processo arbitral até à conclusão deste”; podem igualmente determinar o pagamento pelas partes de preparos por conta de honorários e despesas, “mediante uma ou várias decisões separadas das que se pronunciem sobre questões processuais ou sobre o fundo da causa” (n.º 2 do art. 17.º da NLAV).

No caso de fixação unilateral, qualquer das partes pode requer ao Tribunal de 2.ª instância (Relação ou Tribunal Central Administrativo) a redução dos montantes dos honorários ou das despesas e respetivos preparos fixados pelos árbitros, devendo o tribunal estadual ouvir sobre a matéria os membros do Tribunal antes de decidir a questão (n.º 3 do art. 17.º da NLAV).

Trata-se de um verdadeiro recurso de apelação de decisão interlocutória, o qual reveste carácter urgente (art. 60.º, n.º 4, da NLAV).

Os n.ºs 4 e 5 do art. 17.º regulam as consequências da falta de pagamento de preparos para honorários e despesas pelas partes¹⁷.

¹⁷ Cfr. a anotação de José Miguel Júdice a este artigo, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* cit., págs. 39-41.

D) Concessão de providências cautelares pelos tribunais arbitrais (adoção do capítulo IV-A da Lei Modelo, aditado em 2006)

25. Como é sabido, a versão primitiva da Lei Modelo, de 1985, previa de forma sucinta a possibilidade de os árbitros decretarem medidas cautelares.

Por um lado, determina-se a não incompatibilidade com as convenções de arbitragem do requerimento de providências cautelares (medidas provisórias e conservatórias) apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, bem com o decretamento dessas providências por tal tribunal (art. 9.º).

Por outro lado, o art. 17.º estabelece que, salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral poderá, a pedido de uma das partes, ordenar a qualquer delas que tome “as medidas provisórias ou conservatórias que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objeto do litígio [...]”. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com tais medidas, preste uma garantia adequada¹⁸.

A partir destas disposições, foi-se desenvolvendo na doutrina, sobretudo na anglo-americana, a ideia de que os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais teriam competências concorrentes, embora muitos autores sustentassem que estaria vedado aos tribunais arbitrais decretar medidas cautelares que tivessem como pressuposto o *ius imperii* do Estado.

A Lei de Direito Internacional Privado suíça de 1987 passou a prever a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares que poderiam ser executadas pelos tribunais do Estado (art. 183.º, n.º 2).

Esta solução veio a ser consagrada pelo *Arbitration Act* inglês de 1996 e pela alteração do Código de Processo Civil alemão em 1997 (adoção da Lei Modelo) e, mais recentemente, pela lei processual austríaca (reforma de 2006) e pela lei francesa (reforma de 2011).

¹⁸ Pode ver-se uma versão portuguesa da Lei Modelo, na sua primitiva redação, em Maria Ângelo Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986, págs. 495 e segs.

26. A Lei Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional foi objeto de alteração em 2006, depois de se terem prolongado durante alguns anos os trabalhos de revisão do articulado de 1985.

Além de ser atualizada a redação do art. 7.º no que toca ao entendimento do que é a forma escrita da convenção – de forma a tomar em consideração os novos meios de telecomunicações, nomeadamente as comunicações pela *internet* – prevê-se agora um art. 7.º alternativo, em que deixa de exigir-se a forma escrita para a convenção de arbitragem, embora se alerte para o risco de não poderem ser reconhecidas e executadas noutros países as respetivas sentenças arbitrais, dado o art. II, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque exigir a forma escrita para as convenções de arbitragem.

Foi igualmente aditado um novo art. 2.º-A que destaca a natureza internacional das normas da Lei Modelo, para efeitos da interpretação das mesmas.

A alteração mais significativa, porém, diz respeito à regulamentação muito completa das medidas provisórias ou cautelares, aparecendo várias normas nos novos 10 artigos que constituem o Capítulo IV-A da Lei Modelo (arts. 17-A a 17-J).¹⁹

Ao lado das providências cautelares aparecem-nos as *ordens preliminares* – que são decisões temporárias através das quais o tribunal arbitral ordena, sem prévia audição da contraparte, que esta assuma determinado comportamento até que haja decisão sobre a providência cautelar requerida simultaneamente –, sendo certo que as ordens preliminares caducam ao fim de 20 dias e não podem ser executadas coercivamente pelos tribunais estaduais.

São também reguladas detalhadamente as condições em que pode ser solicitada a intervenção dos tribunais estaduais para a execução coerciva das providências cautelares decretadas e em que estes tribunais podem recusar dar execução a tais providências.

¹⁹ Sobre a alteração de 2006 da Lei Modelo no domínio cautelar vejam-se Ana Paula Matos Martins, “A Tutela Cautelar na Lei Modelo da CNUDCI e a Revisão da Lei de Arbitragem Voluntária”, in *Themis*, ano XI (2009), n.º 16, págs. 61-94; Armindo Ribeiro Mendes “As medidas cautelares e o processo arbitral (algumas notas)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II (2009), págs. 100-107.

O art. 17.º-J prevê que os tribunais estaduais tenham o mesmo poder de decretar uma medida cautelar em relação a processos arbitrais – independentemente da sede destes ser no território deste Estado – como em relação a processos a correr nos tribunais estaduais. Neste caso, os tribunais estaduais aplicarão o seu próprio processo, tomando em consideração a natureza específica da arbitragem internacional.

27. A NLAV transpôs o Capítulo IV-A da Lei Modelo para o nosso Direito.

A providência cautelar “é uma medida de carácter temporário decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio”, o tribunal ordena a uma parte que assuma algum ou alguns dos seguintes comportamentos:

- manutenção ou restauração da situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;
- prática de atos que previnam a produção de dano ou prejuízo relativamente ao processo, ou abstenção da prática de atos que causem tais danos ou prejuízos;
- asseguramento da preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;
- preservação de meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio (art. 20.º, n.º 2)

A última medida tem a ver com a preservação de meios de prova e diverge das típicas providências cautelares previstas no Código de Processo Civil. Quanto às três outras medidas, as duas primeiras parecem ter carácter conservatório e a última carácter antecipatório.

Em qualquer caso, uma das partes pode requerer, antes do início do processo arbitral ou no decurso deste, providências cautelares aos tribunais estaduais, as quais se terão de conformar com a tipologia prevista no Código de Processo Civil ou no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (art. 7.º da NLAV).

Levantam-se dúvidas sobre se os tribunais arbitrais poderão decretar arrestos ou providências equivalentes. Nos casos do Direito belga e do Direito francês (este após 2011) está expressamente vedado aos tribunais arbitrais o decretamento de *saisies conservatoires*.

Não parece que este entendimento valha sem mais para o Direito português, na medida em que se pode obter agora a execução coerciva das medidas cautelares decretadas através da cooperação dos tribunais judiciais (arts. 27.º a 29.º). Todavia, parece que os tribunais arbitrais não poderão decretar arrestos, tal como tipificados na lei processual civil, na medida em que as providências cautelares só se dirigirão às partes do processo arbitral, não afetando terceiros. Os tribunais arbitrais poderão decretar medidas de preservação de bens, impedindo a sua disponibilidade. É um ponto que a doutrina e a jurisprudência irão particularizar.

28. Abre-se agora um campo amplo de atuação dos tribunais arbitrais, na medida em que a nova competência atribuída a estes existe “salvo estipulação em contrário” (solução de *opt out*).

Veremos como a prática vai acolher estas novas competências.

E) As novas regras sobre a tramitação do processo arbitral

29. Além do capítulo sobre providências cautelares, aparecem-nos alterações significativas no modelo de tramitação do processo arbitral, situação que contrasta com a regulamentação muito concisa da atual LAV.

30. Desde logo, o art. 5.º da NLAV torna claro que o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem é acolhido com a consagração da regra de prioridade do tribunal arbitral na análise da sua própria competência, na linha da tradição do direito francês de 1981 até ao presente.

Proposta em juízo estadual uma ação que tenha por objeto um litígio relativamente ao qual existe uma convenção de arbitragem e suscitada pelo demandado a exceção de violação dessa convenção no primeiro articulado sobre o fundo da causa, o tribunal estadual deve absolver da instância, “a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável” (são acolhidas as três exceções previstas no art. II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque, utilizando-se a trilogia da versão inglesa desta Convenção, que não coincide com as versões francesa, que é oficial, e portuguesa). Consagra-se legislativamente o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência portuguesa.

Em consonância com esta regra de prioridade, a pendência de uma ação perante tribunal estadual não impede o início ou a prossecução da ação arbitral, podendo nesta ser proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual. Por outro lado, proíbe-se que as questões de nulidade, ineficácia e inexecutibilidade de uma convenção de arbitragem possam ser discutidas em ação de simples apreciação ou em procedimento cautelar propostos perante um tribunal estadual, quando estes tenham como finalidade impedir a constituição ou o funcionamento do tribunal arbitral” (art. 5.º, n.º 4).

31. As regras de processo arbitral podem ser objeto de acordo das partes, anterior à nomeação do primeiro árbitro. Na falta de acordo e de norma constante da NLAV, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais adequadas, podendo até adotar a solução de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 30.º, n.ºs 2 e 3).

32. Na arbitragem *ad hoc*, o processo arbitral inicia-se com a receção pelo requerido do pedido de submissão do litígio a arbitragem, acompanhado da proposta de árbitro único ou de árbitro nomeado pela parte. Deixa de se exigir a indicação do objeto do litígio (art. 33.º, n.º 2).

33. Especificamente no que toca à tramitação do processo arbitral, passam a prever-se dois articulados escritos, uma petição e uma contestação, salvo convenção das partes em contrário (art. 33.º, n.º 1, da NLAV).

Admite-se a modificação ou completamento por qualquer das partes dos respetivos articulados, no decurso do processo arbitral, “a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para esta haja justificação bastante” (art. 33.º, n.º 3).

Prevê-se expressamente a possibilidade de o demandado deduzir reconvenção, “desde que o seu objeto seja abrangido pela convenção de arbitragem” (art. 33.º, n.º 4).

Quando se trate de arbitragem institucional, haverá que atender ao que consta do respetivo regulamento.

34. No que toca às fases subsequentes aos articulados, o tribunal arbitral decide – no quadro da regulamentação do processo aprovada – se serão realizadas audiências para a produção da prova ou se o processo é apenas conduzido com base em documentos e outros elementos de prova. Impõe-se ao tribunal que realize uma ou mais audiências para a produção de prova sempre que uma das partes o requeira, a menos que as partes hajam previamente prescindido delas.

35. Deixa de existir revelia operante se uma das partes não apresentar a sua contestação, devendo prosseguir o processo arbitral, sem considerar esta omissão, em si mesma, como uma aceitação das alegações do demandante (art. 35.º, n.º 2, da NLAV).

Admite-se, porém, solução diversa pactuada pelas partes (nomeadamente, se se estipular a regulação do processo arbitral em função do modelo acolhido no Código de Processo Civil).

36. Como novidade, passa a regular-se a intervenção em processo arbitral de terceiros, exigindo-se que estes últimos estejam vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respectiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. A adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa (art. 36.º, n.º 1).

Admite-se que a convenção de arbitragem possa regular a intervenção de terceiros em moldes diferentes dos previstos na lei (art. 36.º, n.º 7).

F) Impugnação imediata da decisão interlocutória do Tribunal Arbitral e o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem

37. Já atrás aludimos ao chamado *efeito negativo* da convenção de arbitragem e à prioridade que a nova LAV consagra indiscutivelmente quanto à decisão dos árbitros sobre a sua própria competência (art. 18.º, n.º 1, da NLAV).

Como contraponto, o tribunal estadual deverá absolver da instância o demandado que tenha deduzido a exceção de violação de convenção de arbitragem, a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente

nula, originária ou supervenientemente ineficaz ou inexecutável (art. 5.º, n.º 1).

38. Como novidade passa a prever-se que a decisão sobre competência dos árbitros constante da decisão interlocutória pode ser impugnada no Tribunal da Relação ou no Tribunal Central Administrativo “no prazo de trinta dias após a sua notificação às partes [...]”, ao abrigo dos artigos 46.º, n.º 3, a), subalíneas i) e iii), e 59.º, n.º 1, f).

39. Embora o ponto seja controvertido, parece que a não impugnação desta decisão tem efeito preclusivo, não podendo no futuro impugnar-se a competência do tribunal arbitral.

A pendência desta impugnação no Tribunal da Relação ou no Tribunal Central Administrativo não impede que prossiga o processo arbitral até à prolação da sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo do disposto no art. 5.º, n.º 3 (art. 18.º, n.º 10).

G) Sentença arbitral, caso julgado e decisão complementar

40. O Capítulo VI distingue a sentença arbitral e a decisão de encerramento do processo como formas de pôr termo ao processo arbitral.

A decisão de encerramento do processo arbitral ocorre quando o demandante desista do pedido ou as partes concordem em encerrar o processo ou o tribunal verifique que a prossecução do processo se tornou, por qualquer razão, inútil ou impossível (art. 44.º, n.º 2, da NLAV). Note-se que a desistência do pedido pela Demandante pode não acarretar o encerramento do processo, quando o demandado a tal se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um legítimo interesse em que o litígio seja definitivamente resolvido. Pode entender-se da regulamentação legal que esta desistência é equivalente à desistência da instância do processo civil.

41. Com o encerramento do processo arbitral cessam as funções dos membros do tribunal arbitral, sem prejuízo da faculdade de as partes requererem a retificação ou o esclarecimento da sentença ou a prolação de uma sentença adicional (art. 45.º da NLAV) ou de o Tribunal

de Segunda Instância suspender o processo de anulação durante certo período “em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue suscetível de eliminar os fundamentos da anulação” (art. 46.º, n.º 8).

42. A nova LAV regula a transação no processo arbitral, prevendo-se que o tribunal arbitral ponha termo ao processo, podendo o mesmo tribunal, a requerimento das partes, dar à transação a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transação infrinja algum princípio de ordem pública” (art. 41.º, n.º 1).

43. De forma inovatória, prevê-se que, não sendo possível formar maioria entre os árbitros, a sentença é proferida pelo presidente do tribunal arbitral. Deixa, pois, de caducar a convenção de arbitragem neste caso, diferentemente do que ocorria na LAV de 1986 (art. 4.º, n.º 1, alínea b); veja-se, porém, o disposto no art. 20.º, n.ºs 2 e 3, da mesma Lei).

44. Admite-se que possa haver decisões parciais de mérito (art. 42.º, n.º 3), as quais deverão ser impugnadas logo que tenham sido objeto de notificação²⁰.

45. Não se fala explicitamente de caso julgado arbitral na NLAV, apontando-se para uma mera equiparação de regimes, diferentemente do que ocorria com o art. 26.º, n.º 1, da LAV de 1986.

O n.º 7 do art. 42.º dispõe que “a sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja suscetível de alteração aos termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual”.

46. No que toca ao prazo para proferir a sentença elimina-se a regra do prazo dos 6 meses, eventualmente prorrogável por mais seis meses por acordo das partes.

²⁰ Em sentido diverso, embora dubitativamente, cfr. Mariana França Gouveia, *ob. cit.*, pág. 244.

Agora a sentença final sobre o litígio deve ser proferida dentro do prazo de 12 meses a contar da aceitação do último árbitro, salvo se as partes tiverem acordado, até à aceitação do primeiro árbitro, prazo diferente (art. 43.º, n.º 1).

Em qualquer caso, tais prazos podem ser livremente prorrogados por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de 12 meses. Deverão tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação (art. 43.º, n.º 2).

A ultrapassagem dos prazos não implica a caducidade da convenção de arbitragem (art. 43.º, n.º 3), embora possa gerar responsabilidade dos árbitros a quem seja imputável a falta de conclusão da arbitragem.

47. Por último, importa chamar de novo a atenção para a possibilidade de as partes pedirem a retificação ou esclarecimento da sentença, matéria não regulada na LAV de 1986 e que gerava algumas perplexidades.

A retificação pode incidir sobre erros de cálculo, erros materiais ou tipográficos, ou erros semelhantes.

O prazo para requerer a retificação, aclaração ou o pedido de sentença adicional (sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral que não hajam sido decididos na sentença) é de 30 dias após a notificação da sentença.

H) Supressão do recurso como regra

48. Como se referiu atrás, a propósito das normas finais e transitórias, a NLAV abandona o tradicional *sistema dualista* de impugnação constante da LAV de 1986 (existência de recurso ordinário e de ação de anulação), em benefício de um sistema tendencialmente monista.

Nas arbitragens internas, só há recurso ordinário para o tribunal estadual competente se as partes tiverem previsto tal possibilidade de forma expressa na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável (art. 39.º, n.º 4, da NLAV).

A norma transitória do n.º 3 do art. 4.º do diploma preambular mantém o direito das partes ao recurso quando a convenção de arbitragem haja sido celebrada antes da entrada em vigor do novo regime (cfr. art. 29.º da LAV de 1986).

Nas arbitragens internacionais, só pode haver recurso se as partes tiverem previsto uma instância arbitral de recurso (art. 53.º da nova LAV).

49. Deve notar-se que há situações em que a nova LAV expressamente afirma que não há recurso das decisões arbitrais – ou até das estaduais com aquelas relacionadas. Bastará referir o disposto nos n.º 7 do art. 10.º, n.º 3 do art. 14.º, n.º 4 do art. 27.º e no art. 53.º.

Por outro lado e como se viu, há casos novos de recorribilidade na NLAV: o recurso para a 2.ª instância interposto da decisão do tribunal arbitral de recusa de árbitros (arts. 14.º, n.º 3, e 59.º, n.º 1, alínea b)), o recurso da decisão dos árbitros sobre a fixação de honorários, despesas e preparos (art. 17.º, n.º 3) e o recurso da decisão interlocutória sobre competência dos árbitros (art. 18.º, n.º 9).

I) Fundamentos de anulação da sentença arbitral e processo de anulação

50. Como se acabou de referir, a NLAV acolhe um sistema tendencialmente monista de impugnação da sentença arbitral, prevendo apenas o pedido de anulação a formular diretamente no Tribunal de 2.ª instância (Relação ou Tribunal Central Administrativo). Note-se que os fundamentos de anulação da sentença arbitral continuam a poder ser invocados na oposição à execução dessa sentença (cfr. nova redação do art. 815.º do CPC).

Diferentemente do que sucede na LAV de 1986, deixar de haver recursos das decisões arbitrais, salvo se as partes os tiverem estipulado, e a ação de anulação, único meio impugnatório indisponível, deixa de ser proposta na 1.ª instância, passando a seguir a tramitação adaptada do recurso de apelação na fase subsequente à dos articulados (art. 46.º, n.º 2, alínea e), da NLAV). O prazo para deduzir o pedido de anulação é de 60 dias (praticamente, o dobro do atual), a contar da notificação da sentença final ou interlocutória de mérito (sentença parcial) ou da decisão sobre

o requerimento previsto no art. 45.º (retificação ou esclarecimento, pedido de sentença adicional), sendo dirigido ao Tribunal da Relação (ou Tribunal Central Administrativo) em cujo distrito se situe a arbitragem (afigura-se que a Relação de Guimarães deixa de ser competente para as ações de anulação por não ser sede de distrito judicial).

Os fundamentos de anulação são substancialmente os constantes da Lei Modelo, os quais, por seu turno, se inspiram nos contemplados no art. V da Convenção de Nova Iorque. São mais numerosos do que os constantes do art. 27.º, n.º 1, da LAV de 1986.

Há apenas dois fundamentos de anulação de conhecimento oficioso pelo tribunal estadual: inarbitrabilidade do litígio nos termos do direito português; ofensa pelo conteúdo da sentença dos princípios de ordem pública internacional do Estado Português (este último fundamento não constava do Projeto da APA e foi incluído pelo Governo na Proposta de Lei n.º 22/XII).

Os restantes fundamentos de anulação têm de ser demonstrados pela parte que requer a anulação (incapacidade da parte; invalidade da convenção; violação dos princípios fundamentais do processo com influência decisiva na resolução do litígio; pronúncia da sentença sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou que contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; desconformidade do tribunal arbitral ou do processo arbitral com a convenção das partes quando válida ou, na falta dele, com a lei de arbitragem, desde que essa desconformidade tenha tido influência decisiva na resolução do litígio; condenação em quantia superior ou em objeto diverso do pedido, ou excesso de pronúncia ou falta de pronúncia; pronúncia da sentença com violação dos requisitos estabelecidos no art. 42.º, n.ºs 1 e 3; notificação da sentença às partes depois de decorrido o prazo máximo fixado no art. 43.º).

51. Embora seja irrenunciável o pedido de anulação, considera-se que a parte renunciou à impugnação da sentença quando não tenha sido respeitada uma das disposições derogáveis da lei de arbitragem ou uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem e mesmo assim aquele prosseguir a arbitragem sem deduzir de imediato a oposição, ou no prazo existente para o efeito (n.ºs 4 e 5 do art. 46.º da NLAV).

52. Pode haver suspensão do processo de anulação, se o tribunal de 2.ª instância remeter aos autos ao tribunal arbitral para suprir as deficiências ou eliminar os fundamentos de anulação. O Tribunal Arbitral, se aceitar a devolução, renascerá para proferir a decisão de suprimimento.

53. A decisão da impugnação pelo tribunal de 2.ª instância é puramente cassatória e não permite que o tribunal estadual conheça do mérito das questões decididas pela sentença anulada e, salvo acordo em contrário, com a anulação da sentença volta a produzir efeitos a convenção de arbitragem em relação ao objeto do litígio (art. 46.º, n.ºs 9 e 10). Pode haver redução da invalidade de sentença arbitral à parte afetada pelo vício (art. 46.º, n.º 7).

54. Quanto à tramitação da anulação (qualificada como ação para efeitos de distribuição – art. 46.º, n.º 2, alínea f) – que tem como objeto a sentença de mérito (sentença final ou sentença interlocutória parcial) e eventualmente a sentença proferida nos termos do art. 45.º – a mesma compreende um articulado inicial acompanhado da sentença impugnada (e, eventualmente de uma tradução para português), e de documentos, a citação do requerido para se opor à impugnação ou formular prova (a lei não diz em que prazo, sendo discutível se não deverá ser o prazo de trinta dias do processo ordinário – cfr. art. 463.º do CPC – ou então o prazo geral de 10 dias do art. 153.º, o qual se afigura contrário ao princípio da igualdade das partes por ser exíguo)²¹, e um articulado de resposta a exceções (a apresentar em 10 ou 15 dias, consoante a solução perfilhada antes), eventualmente uma audiência de produção de prova testemunhal (o que será raro). Na fase de julgamento é seguida a tramitação do recurso de apelação com as necessárias adaptações (art. 46.º, n.º 2, al. e)).

²¹ Cfr. a discussão da questão em Mariana França Gouveia, *ob. cit.*, págs. 266-267. No sentido de que deve ser o prazo de 10 dias, veja-se a anotação de Robin de Andrade ao art. 46.º da NLAV, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada cit.*, pág. 92.

IV. Apreciação Geral

55. Concluída esta visita guiada às principais inovações da nova LAV e aos aspetos de continuidade de certas soluções desta em relação à LAV vigente, impõe-se fazer um balanço geral dessa Lei.

Sem deixar de referir a minha qualidade de membro da Direção da APA, sinto-me à vontade para afirmar que a presente Lei é mais adequada para regular a arbitragem voluntária no nosso país, de modo a permitir uma utilização crescente do recurso à arbitragem para resolução dos litígios.

O carácter confidencial da arbitragem (art. 30.º, n.º 5, da nova LAV) e a eliminação do depósito da sentença no tribunal estadual competente constituem atrativos seguros para a opção do recurso à arbitragem.

Por outro lado, o novo rito processual, com a previsão de articulados e de audiências que se impõem, se as regras processuais adotadas forem omissas, aumenta as garantias processuais das partes, sendo certo que estas podem, através de um procedimento de recusa transparente, pedir o afastamento dos árbitros que se suspeita não serem independentes e imparciais.

A eliminação do recurso para os tribunais estaduais, salvo vontade contrária das partes, contribui para a credibilização da arbitragem, não a reduzindo a um primeiro grau de jurisdição, a que se seguiam os recursos ordinários previstos na lei do processo.

Embora existam artigos muito extensos, tal decorre da adoção da própria Lei Modelo. Em todo o caso, os preceitos normativos estão redigidos de forma cuidada e pensa-se que a sua interpretação não constitui uma tarefa difícil, devendo adotar-se uma perspetiva comparatista nessa interpretação, não olvidando a origem internacional destas normas (cfr. art. 2.º-A da Lei Modelo, preceito aditado em 2006).

56. Haverá, claro, os que sempre criticarão a nova lei, recordando o epíteto de “monstro” que Antunes Varela utilizou quanto a certos preceitos mais extensos da Reforma de 1995-1996 do Código de Processo Civil.

Haverá também os saudosistas da elegância de forma das disposições da LAV de 1986.

É, porém, razoável sustentar que, para as partes e os árbitros, a nova LAV é mais adequada porque regula a arbitragem em termos mais detalhados e flexíveis, acompanhando as modernas tendências da legislação interna e internacional sobre arbitragem.

Dário Moura Vicente

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária*

I

Propomo-nos examinar neste estudo, à luz da nova Lei da Arbitragem Voluntária (NLAV), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, o problema da determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional. O tema concita há muito, também em Portugal, o interesse dos estudiosos da arbitragem¹; o que bem se compreende, dada a extraordinária relevância que a arbitragem conquistou nas últimas décadas como meio de resolução de litígios emergentes do comércio internacional.

Procurando aproximar-se nesta matéria da Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas Para o

* Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 16 de fevereiro de 2012, nas *Jornadas Intensivas sobre a Nova Lei da Arbitragem Voluntária*.

¹ Vejam-se, designadamente, Dário Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990; Isabel de Magalhães Collaço, «L'arbitrage international dans la recente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 aout 1986). Quelques réflexions», in *Droit International et Droit Communautaire. Actes du colloque. Paris, 5-6 avril 1990*, Paris, pp. 55 ss.; António Ferrer Correia, «Do direito aplicável pelo árbitro internacional ao fundo da causa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001, pp. 11 s.; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005.

Direito do Comércio Internacional, de 1985², a qual constitui a principal referência desta reforma legislativa, a NLAV disciplinou o problema em moldes um tanto diversos dos que resultavam da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. Vamos, por isso, averiguar em que consistem as alterações introduzidas pela nova lei nesse regime e quais as razões fundamentais que as determinaram. Antes porém, e a fim de delimitarmos o objeto da nossa indagação, importará averiguar o que deve entender-se por arbitragem internacional para os efeitos deste diploma legal.

II

a) A noção de arbitragem internacional encontra-se definida no n.º 1 do art. 49.º da NLAV em termos análogos aos que já constavam do art. 32.º da Lei n.º 31/86, o qual, por seu turno, se inspirava abertamente no art. 1492 do Código de Processo Civil francês³.

De acordo com a definição legal, devem ter-se como internacionais as arbitragens que «põem em jogo interesses do comércio internacional». A arbitragem internacional que se tem em vista na nova lei portuguesa, e da qual nos iremos aqui ocupar, é pois, fundamentalmente, a *arbitragem comercial internacional*, que é justamente aquela que a Lei-Modelo tem em vista.

Fora do escopo das disposições da nova lei sobre esta matéria ficam, portanto, as arbitragens de Direito Internacional Público e a chamada *arbitragem de investimentos*, as quais, sendo também arbitragens internacionais, estão todavia sujeitas a regras especiais, nomeadamente as que constam da Convenção de Washington de 1965 que instituiu o ICSID, de que Portugal é parte desde 1984, e dos tratados bilaterais de investimento (BITs) concluídos entre o Estado português e outros países⁴.

² De que existe tradução portuguesa reproduzida in Maria Ângela Soares/Rui de Moura Ramos, *Contratos Internacionais*, Coimbra, 1986, pp. 493 ss.

³ Preceito que corresponde ao atual art. 1504 do Código de Processo Civil francês, que dispõe: «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international».

⁴ Ver, sobre o tema, o nosso estudo «Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011, pp. 751 ss.

Conforme resulta do disposto no art. 1.º, n.º 5, a NLAV não se ocupa de litígios de Direito Público que constituam o objeto principal de processos arbitrais de que sejam partes o Estado ou outros entes públicos: a Lei está antes pensada para os litígios de Direito Privado; o que não quer dizer, evidentemente, que não possa ser aplicada por analogia a litígios de Direito Público.

A citada disposição da lei portuguesa coloca, em todo o caso, a seguinte questão: à luz do que nela se dispõe, quando é que uma arbitragem põe em jogo interesses do comércio internacional?

Supomos que este requisito se pode ter como verificado fundamentalmente em duas ordens de situações:

- Por um lado, quando uma arbitragem se encontre *conexa com dois ou mais países diferentes*, onde, v.g., as partes se encontram estabelecidas⁵;
- Por outro, quando uma arbitragem, embora apresente conexões com um só país (v.g. por ambas as partes estarem estabelecidas nele e por as obrigações resultantes da relação material litigada deverem ser aí executadas), verse sobre *litígios emergentes de operações económicas que envolvam a circulação de produtos, serviços ou capitais através das fronteiras*, designadamente por o respetivo objeto ser uma mercadoria transferida ou a transferir por uma das partes de ou para outro país.

Podemos assim concluir que a lei portuguesa consagra nesta matéria um *conceito amplo de arbitragem internacional*, que atende não apenas à circunstância de o processo arbitral apresentar elementos de extraneidade, mas também ao *impacto económico* da relação material controvertida. Qualquer litígio cometido à decisão de árbitros que de alguma sorte *interesse à economia de dois ou mais países* pode, nesta medida, dizer-se abrangido pelo conceito de arbitragem internacional constante da lei portuguesa.

Assim, por exemplo, se duas empresas estabelecidas em Portugal celebram entre si um contrato de empreitada, a executar no nosso país, para o fabrico de produtos que se destinam a ser exportados por uma

⁵ Hipótese contemplada no art. 1, n.º 3, da Lei-Modelo da UNCITRAL.

delas para Angola, a fim de aí serem incorporados numa obra em execução neste país, de acordo com as especificações do Direito local, a arbitragem para a resolução do litígio emergente daquele contrato deve ser tida, *hoc sensu*, como internacional.

b) A arbitragem internacional constitui, tanto na nova lei portuguesa da arbitragem voluntária como na que a antecedeu, uma *categoria especial de arbitragens*, sujeita em certos aspetos do seu regime (*maxime* a determinação do Direito aplicável, a admissibilidade de recursos da sentença arbitral e a tramitação destes) a regras próprias, que o capítulo IX da lei estabelece.

Em tudo o que não se encontre aí especialmente regulado aplicam-se à arbitragem internacional, nos termos do n.º 2 do art. 49.º da NLAV, as regras comuns da arbitragem.

Importa notar, a este respeito, que, segundo o artigo 61.º da NLAV, as regras deste diploma se aplicam «a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro».

A observância das regras imperativas da lei portuguesa nas arbitragens que decorram em território nacional é garantida, designadamente, através da faculdade de impugnar, nos termos do art. 46.º, as sentenças nelas proferidas, à qual as partes não podem renunciar.

Como contrapartida do controlo a que deste modo se submetem as sentenças proferidas em arbitragens internacionais que decorram em território nacional, tais sentenças produzem entre nós os efeitos executivo e de caso julgado, sem que para tanto hajam de ser objeto de qualquer declaração prévia de exequibilidade (*exequatur*)⁶.

Consagra-se, portanto, na NLAV o *princípio da territorialidade* no tocante à delimitação do âmbito de aplicação espacial das disposições da

⁶ Cfr., sobre o ponto, o nosso trabalho «A execução de decisões arbitrais em Portugal», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, pp. 741 ss.

Lei, à qual ficam sujeitas todas as arbitragens que tenham lugar em território nacional (quer tenham carácter interno, quer sejam internacionais)⁷.

A lei portuguesa exclui, assim, a admissibilidade de arbitragens internacionais «deslocalizadas» (*hoc sensu*, subtraídas a qualquer sistema jurídico) em território nacional, como aquelas que a lei francesa permite.

Em França, a arbitragem internacional é, com efeito, objeto de um regime especial, concebido pela jurisprudência, que confere às partes grande liberdade na definição das regras aplicáveis ao processo e ao mérito da causa. Nesta modalidade de arbitragem, atualmente disciplinada no Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as regras respeitantes à arbitragem interna só se aplicam à arbitragem internacional se não houver estipulação das partes em contrário⁸; em contrapartida, exige-se que as sentenças proferidas em arbitragens internacionais que decorram em território francês sejam objeto de uma decisão de *exequatur* proferida por um tribunal judicial francês a fim de que possam ser aí executadas⁹; e admite-se, além disso, que as partes renunciem à faculdade de impugnar, através da ação de anulação, a sentença arbitral proferida em França numa arbitragem internacional, o que não é possível na arbitragem interna¹⁰.

⁷ A mesma regra fundamental figurava já no art. 37.º da Lei n.º 31/86. Adota uma solução análoga a secção 2, n.º 1, do *Arbitration Act* inglês, segundo o qual: «The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland». Outro tanto resulta do disposto no § 1025, n.º 1, do Código de Processo Civil alemão, que dispõe: «Die Vorschriften dieses Buches sind anzuwenden, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des § 1043 Abs. 1 in Deutschland liegt». E não é diversa a orientação adotada no art. 1, n.º 1, da lei espanhola de arbitragem, nos termos do qual: «Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje».

⁸ Art. 1506: «A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles [...]».

⁹ *Ibidem*, art. 1516: «La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger».

¹⁰ *Ibidem*, art. 1522: «Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation».

Na base deste regime está o entendimento, expresso pela *Cour de cassation* em 2007, segundo o qual «a sentença internacional não se encontra ligada a qualquer ordem jurídica estadual, é uma decisão de justiça internacional cuja regularidade é examinada em face das regras aplicáveis no país onde o seu reconhecimento e a sua execução são pedidos»¹¹.

Vale isto por dizer, em suma, que, embora a lei portuguesa consagre uma noção de arbitragem internacional idêntica à da lei francesa, a qualificação de uma arbitragem como internacional tem entre nós um alcance mais restrito do que no Direito francês, o qual assenta num radical *dualismo de regimes*, que não teve acolhimento em Portugal. Neste particular, a lei portuguesa aproxima-se mais do *modelo alemão*, que também não admite a deslocalização da arbitragem internacional¹².

c) A diferença de regimes que, neste particular, separa o Direito francês do alemão e do português tem uma explicação histórica, que importa ter presente.

No início do século XIX, a arbitragem era em França objeto de um regime legal muito restritivo, que não reconhecia quaisquer efeitos à cláusula compromissória (art. 1006 do Código de Processo Civil). A arbitragem comercial internacional era assim praticamente impossível neste país, uma vez que as partes não se podiam vincular a ela antes de ter surgido um litígio.

Paulatinamente, porém, a jurisprudência francesa foi construindo um regime especial para a arbitragem internacional, que flexibilizou o regime desta.

Assim foi que em 1865 a *Cour d'appel* de Paris, no acórdão *Migout c. Arguad*¹³, reconheceu efeitos a uma cláusula compromissória sujeita a uma lei estrangeira.

¹¹ Cfr. o acórdão de 29 de junho de 2007, *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding Ltd.*, *Revue de l'arbitrage*, 2007, pp. 507 e ss.

¹² Ver Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Tubinga, 1989, pp. 345 ss.

¹³ Reproduzido no *Recueil Dalloz*, 1865, II, p. 188.

Em 1930, a Cassação, no acórdão *Mardelé c. Muller*¹⁴, decidiu que a cláusula compromissória seria válida mesmo quando sujeita ao Direito francês, desde que a situação pusesse em jogo os interesses do comércio internacional, como sucedia no caso *sub judice*, que dizia respeito a uma compra e venda entre franceses de uma mercadoria importada do estrangeiro. A arbitragem comercial internacional foi assim subtraída à regra interna sobre a validade da cláusula compromissória. Começou a ganhar corpo um regime material especial para esta forma de arbitragem.

No acórdão *Établissements Gosset c. CarPELLI*¹⁵, proferido em 1963, o mesmo tribunal entendeu que na arbitragem internacional a cláusula compromissória gozava de autonomia relativamente às restantes estipulações do contrato, não sendo por isso afetada pela invalidade deste.

E em 1966, no acórdão *Trésor Public c. Galakis*¹⁶, aquele alto tribunal decidiu que a proibição de o Estado francês se comprometer em árbitros não se aplicava aos contratos internacionais.

Estes desenvolvimentos jurisprudenciais encontraram acolhimento no Código de Processo Civil francês de 1981, que consagrou normativamente a tese – amplamente aceite pela doutrina francesa – conforme a qual a arbitragem internacional se encontra subtraída aos sistemas jurídicos estaduais e pode ser regida, quer no que toca ao processo, quer pelo que respeita ao mérito da causa, por regras que não pertençam a qualquer sistema jurídico estadual¹⁷.

O fundamento dogmático desta tese é a ideia de que a arbitragem tem uma natureza essencialmente contratual, não derivando os poderes do árbitro do ordenamento jurídico de qualquer Estado¹⁸. Na arbitragem

¹⁴ *In Revue critique de Droit international privé*, 1930, pp. 514 ss.

¹⁵ *In Revue critique de Droit international privé*, 1963, p. 615 ss.

¹⁶ *In Revue critique de Droit international privé*, 1967, pp. 553 ss.

¹⁷ Ver, para uma explanação dessa tese, Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 48 ss.; e Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden/Boston, 2008, especialmente pp. 60 ss.

¹⁸ Pode ver-se uma expressão jurisprudencial dessa ideia no acórdão *Roses* da *Cour de cassation*, proferido em 1937 (reproduzido in *Clunet. Journal de Droit international*, 1938, pp. 86 ss.), em que se lê: «Les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel».

internacional, o árbitro não teria, por isso, uma *lex fori*, e não estaria sujeito a quaisquer regras processuais ou de conflitos estaduais.

Estes desenvolvimentos não tiveram, porém, idêntica aceitação noutros sistemas jurídicos, como o alemão, onde as restrições historicamente postas pelo Direito francês à arbitragem nunca tiveram a mesma relevância e onde prevalece o entendimento conforme o qual a arbitragem, tendo decerto na sua base o reconhecimento da autonomia privada, assume também uma *feição jurisdicional*, na medida em que a função dos árbitros consiste em julgar um litígio, derivando os seus poderes não apenas da vontade das partes, mas também da lei, e produzindo a sua decisão (pelo menos entre nós) os mesmos efeitos que pertencem às decisões emanadas dos tribunais do Estado; razão por que a arbitragem deve ser caracterizada como uma instituição de *natureza híbrida*¹⁹.

Nestes sistemas jurídicos a necessidade de uma dualidade de regimes, que permita a deslocalização da arbitragem comercial internacional, nunca foi, por isso, sentida nem consagrada na lei.

III

a) Feitos estes esclarecimentos preliminares, vejamos agora as regras especiais estabelecidas pela NLAV no tocante à determinação do Direito aplicável ao mérito da causa.

Dispõe o artigo 52.º, n.º 1, dessa lei, sob a epígrafe «regras de direito aplicáveis ao fundo da causa», que «as partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade».

Consagra-se, assim, o princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, permitindo-se às partes, na esteira do art. 28, n.º 1, da Lei-Modelo da UNCITRAL²⁰, a escolha das regras de Direito material aplicáveis ao mérito da causa.

¹⁹ Ver o nosso *Da arbitragem comercial internacional*, cit., pp. 67 s., e a bibliografia aí citada.

²⁰ Segundo o qual: «O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa [...]».

Acolhem solução idêntica, designadamente, a lei suíça de Direito Internacional Privado²¹, o Código de Processo Civil alemão²², a lei espanhola de arbitragem²³ e o Código de Processo Civil francês²⁴.

Diferentemente do que sucedia na vigência da Lei n.º 31/86²⁵, não se impõe às partes a eleição de *um único Direito*, pelo que podem as regras de Direito escolhidas pelas partes pertencer a diferentes sistemas jurídicos, estaduais ou não estaduais, pelos quais seja distribuída a disciplina de diferentes aspetos da relação material litigada: é o denominado *dépeçage*.

b) Pese embora este alargamento do escopo da autonomia privada consignado na nova lei, não é de supor que o seu impacto seja muito significativo.

Numa estatística publicada pela Câmara de Comércio Internacional em 2008²⁶, referia-se que em 79,8% dos contratos que deram origem a litígios submetidos a arbitragem naquela instituição, as partes especificaram o Direito aplicável ao mérito da causa. Apenas em três desses contratos as partes não escolheram o Direito de um Estado. Nesses três casos, as escolhas feitas pelas partes recaíram sobre os *Princípios Unidroit Sobre os Contratos Comerciais Internacionais*, a Convenção das Nações Unidas Sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o Direito da Organização Para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA). O Direito inglês foi o mais escolhido escolhido (em 11,9% dos casos), seguido do suíço (10,2%), do alemão (7,2%), dos

²¹ Cfr. o art. 187, n.º 1: «Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause presente les liens les plus étroits».

²² Cfr. o § 1051, n.º 1 (1): «Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind».

²³ Cfr. o art. 34, n.º 2: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes [...]».

²⁴ Cfr. o art. 1511: «Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées».

²⁵ Cfr. o art. 33.º, n.º 1, segundo o qual: «As partes podem escolher o direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade».

²⁶ Cfr. *International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, pp. 5 ss.

norte-americanos (7,1%), em especial o de Nova Iorque, e do francês (6,7%).

O enorme interesse que a hipótese da escolha de regras de Direito não estadual (*maxime* as da denominada *lex mercatoria*) suscitou na doutrina ao longo dos últimos 50 anos²⁷, e que a fórmula utilizada no art. 52.º, n.º 1, da NLAV de alguma sorte reflete, não parece, assim, ter grande correspondência na *praxis* arbitral. O que, aliás, não é motivo de surpresa, atentos os riscos que a escolha de regras não estaduais inevitavelmente envolve sob o prisma da previsibilidade do Direito aplicável²⁸.

c) Acrescenta-se ainda, no mesmo preceito da NLAV, que «qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando diretamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis».

Exclui-se deste modo, em princípio, a relevância do reenvio operado pela lei designada para uma terceira legislação, por ser este o sentido presumível da escolha das partes. Não é outra a solução consagrada no art. 19.º, n.º 2, do Código Civil²⁹.

IV

Na falta de *electio iuris*, tem o tribunal arbitral de determinar o Direito aplicável ao mérito da causa segundo critérios objetivos.

²⁷ Vejam-se a este respeito, designadamente, os influentes estudos de Berthold Goldman, «Frontières du droit et *lex mercatoria*», *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, pp. 177 ss., e de Clive Schmitthoff, «The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation», in *eiusdem* (org.), *The Sources of the Law of International Trade*, Londres, 1964, pp. 3 ss.

²⁸ Cfr., sobre o ponto, Wilhelm Wengler, «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *Revue critique de Droit international privé*, 1990, pp. 657 ss. (p. 670). Veja-se também, para uma crítica da doutrina que sustenta a autonomia da *lex mercatoria*, Paul Lagarde, «Approche critique de la *lex mercatoria*», in *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125 ss.

²⁹ Segundo o qual: «Cessa igualmente o disposto nos mesmos artigos, se a lei estrangeira tiver sido designada pelos interessados, nos casos em que a designação é permitida».

Na Lei n.º 31/86, mandava-se aplicar neste caso o «Direito mais apropriado ao litígio»³⁰. Esta regra suscitava, porém, a questão de saber qual o critério a observar pelo tribunal a fim de determiná-lo: deveria esse Direito ser o que consagrasse a *melhor solução material* para o litígio ou antes o que tivesse a *conexão mais estreita* com o respetivo objeto?

Optando pela orientação a nosso ver mais consentânea com o espírito do sistema e com a salvaguarda da segurança jurídica nas relações privadas internacionais, o n.º 2 do art. 52.º da NLAV acolheu expressamente esta última solução, dispondo que «na falta de escolha o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita».

Outro tanto faz, por exemplo, o § 1051, n.º 2, do Código de Processo Civil alemão, que manda aplicar, na falta de escolha pelas partes, o Direito do Estado com o qual o objeto do processo apresente *die engsten Verbindungen*³¹.

A possibilidade de sujeição do litígio a um Direito não estadual, por iniciativa dos árbitros, fica assim excluída por este preceito. O que está certo à luz da preocupação em assegurar a previsibilidade das decisões *arbitrais* e em evitar o risco de arbítrio, que domina esta matéria.

A solução consignada na lei portuguesa revela-se, neste particular, mais flexível do que a que foi acolhida na Lei-Modelo da UNCITRAL, que determina que nestes casos o tribunal arbitral aplique o Direito designado pelas regras de conflitos que considerar aplicável³²; o que pressupõe a referência, na fundamentação da sua decisão, a uma regra de conflitos preexistente. A NLAV dispensa esta *démarche*; mas não, evidentemente, a exigência de fundamentação da decisão tomada quanto ao Direito aplicável.

³⁰ Art. 33.º, n.º 2.

³¹ Diz esse preceito: «Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist».

³² Art. 28, n.º 2: «Na falta de uma tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie».

V

Em qualquer caso, estabelece o n.º 3 do art. 52.º que o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes.

Esta regra tem paralelo com o disposto na Lei-Modelo da UNCITRAL³³, no Código de Processo Civil alemão³⁴ e na lei espanhola³⁵. Nestes textos determina-se, contudo, que os árbitros decidam de acordo com as estipulações do contrato e que tenham em consideração os usos mercantis.

Há, assim, uma diferença na formulação destas regras pelo que respeita à relevância das estipulações contratuais, que inculca uma maior flexibilidade nesta matéria por parte da lei portuguesa. Esta poderá justificar-se, designadamente nos casos (como o da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar) em que aos árbitros seja dado, por força de regras do Direito aplicável, afastarem tais estipulações, modificarem-nas ou atualizarem-nas.

Os usos mercantis (a que por vezes se dá também a designação de *lex mercatoria*), são atendíveis na arbitragem comercial internacional sempre que as partes se lhes hajam referido nas respetivas declarações negociais e, mesmo na falta de qualquer menção, como elementos de interpretação e integração dessas declarações.

Na determinação dos usos do comércio internacional, podem os tribunais arbitrais, como frequentemente acontece, recorrer às compilações levadas a cabo por certas instituições, como a Câmara de Comércio

³³ Art. 28, 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».

³⁴ § 1051, n.º 4: «In allen Fällen hat das Schiedsgericht in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages zu entscheiden und dabei entstehende Handelsbräuche zu berücksichtigen».

³⁵ Art. 34, n.º 3: «En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables».

Internacional, da qual emanam, v.g., as denominadas *Práticas e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários*³⁶ e os *Incoterms*³⁷.

VI

Nos termos do artigo 54.º, «a sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º, e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional».

Por conseguinte, sendo aplicado ao mérito da causa, numa arbitragem internacional, Direito estrangeiro, religioso ou consuetudinário que conduza a um resultado ofensivo da ordem pública internacional do Estado português (v.g. por esse resultado ser lesivo de direitos fundamentais de uma das partes), pode a sentença, nos termos deste preceito, ser anulada pelos tribunais portugueses.

Procura-se assim evitar que uma sentença arbitral baseada em Direito não português, mas que haja sido proferida no nosso país (encontrando-se por isso subtraída à exigência de reconhecimento das sentenças estrangeiras formulada no art. 55.º), possa produzir aqui os seus efeitos quando se mostre atentatória de princípios jurídicos fundamentais do nosso ordenamento.

Esta disposição tem paralelo com o art. 1520, n.º 5, do Código de Processo Civil francês, na redação que lhe foi dada em 2011, nos termos do qual a sentença arbitral proferida em França numa arbitragem internacional pode ser anulada se o seu reconhecimento ou execução forem contrários à ordem pública internacional³⁸.

³⁶ Cfr. *Règles et Usances uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux crédits documentaires*, Paris, 2007.

³⁷ Cfr. *Incoterms 2010. ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms*, Paris, 2010.

³⁸ «Le recours en annulation n'est ouvert que si: [...] La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international».

Importa esclarecer, a este propósito, como se articula o artigo 54.º da NLAV com o art. 46.º, n.º 3, alínea *b*), subalínea *ii*), da mesma Lei, que igualmente prevê a anulação da sentença arbitral pelo tribunal estadual competente se o conteúdo desta ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

A nosso ver, decorre do referido preceito que, numa arbitragem internacional que decorra em território nacional e em que o mérito da causa se encontre sujeito a critérios de decisão diversos dos da lei portuguesa, a sentença nela proferida apenas pode ser anulada com fundamento na ofensa da ordem pública internacional do Estado português se e na medida em que tal sentença se destine a ser executada ou a produzir outros efeitos em território nacional.

Nesta ordem de ideias, o art. 54.º restringe, pelo que respeita à arbitragem internacional, a regra geral constante do art. 46.º, n.º 3, alínea *b*), subalínea *ii*), da Lei. O que bem se compreende. Pois nenhuma razão existe para que a ordem pública internacional do Estado português intervenha, e para que a sentença arbitral possa ser aqui anulada com fundamento na ofensa dela, se a questão de fundo discutida na arbitragem releva exclusivamente de ordens jurídicas estrangeiras e se o Estado português não possuir qualquer conexão substantiva com a sentença arbitral em questão, tendo a escolha do território nacional como lugar da arbitragem obedecido apenas à intenção de localizar o processo num *foro neutro* relativamente aos interesses em litígio. Em tais situações é antes nos países onde a sentença se destina a produzir os seus efeitos normais que a eventual violação de princípios de ordem pública deve, se for caso disso, ser discutida entre as partes.

Apenas deste modo será, de resto, possível dar plena realização ao objetivo, anunciado na Exposição de Motivos da Proposta de Nova Lei da Arbitragem Voluntária presente pelo Governo à Assembleia da República em setembro de 2011, de promover a localização de arbitragens internacionais em território nacional³⁹.

³⁹ Ver, para mais desenvolvimentos sobre este tema, o nosso estudo «Impugnação da sentença arbitral e ordem pública», in *Estudos em homenagem ao Dr. Miguel Galvão Teles*.

Eduardo dos Santos Júnior

Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa

Âmbito espacial de regulação e controlo estadual da arbitragem*

Sumário: I. Enquadramento; II. A regulação da arbitragem pelas leis dos diferentes Estados; III. Arbitragem nacional e arbitragem estrangeira. Arbitragem interna e arbitragem internacional. Sentença nacional e sentença estrangeira; IV. Âmbito espacial de regulação estadual da arbitragem; V. Âmbito espacial de controlo estadual da arbitragem; VI. Síntese final.

I. Enquadramento

1. Vamos ocupar-nos do tema do âmbito espacial de regulação e controlo estadual da arbitragem.

2. Nas páginas que se seguem, referir-nos-emos à NLAV (Nova Lei de Arbitragem Voluntária), para designar o novo regime de arbitragem voluntária aprovado, como anexo e sua parte integrante, pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que entrou em vigor no dia 15 de Março de 2012, e à LAV (Lei de Arbitragem Voluntária), para designar a revogada Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que vigorou até aquela data¹.

* Tema objecto de comunicação, em 16 de Fevereiro de 2012, nas “Jornadas sobre a Nova Lei de Arbitragem Voluntária”, que, com organização dos Senhores Professores Doutores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, decorreram na FDL, nos dias 15 e 16 de Fevereiro de 2012. O presente texto, concluído em 16 de Abril de 2012, baseia-se nos apontamentos que havíamos elaborado para essa comunicação.

¹ Com ressalva, porém, como adiante se refere, em texto, da transitória vigência do disposto no art. 1.º, n.º 1, no que concerne à arbitragem de conflitos emergentes de ou relativos a contratos de trabalho.

3. Ocupar-nos-emos do tema em face da NLAV, notando, oportunamente, as diferenças de regime que a mesma apresenta, a esse respeito, em relação à LAV.

4. Quer dizer, também, que *podendo haver várias fontes de regulação da arbitragem*, é a fonte *estadual* – a lei de arbitragem portuguesa em vigor – a que consideramos (mesmo que alguma referência possa ser feita – fá-la a própria NLAV, no art. 55.º – a uma fonte supraestadual, como a Convenção de Nova Iorque de 1958).

5. Trataremos da questão do âmbito espacial de regulação e controlo estadual da arbitragem em consideração da *arbitragem voluntária*: esta é, como sabemos, um modo de resolução de litígios, com valor jurisdicional, em que, por vontade das partes, a decisão do litígio é confiada a um terceiro (que não um tribunal estadual).

6. A arbitragem voluntária pode, por sua vez, também o sabemos, reportar-se a litígios em *matéria de Direito privado* ou em *matéria de Direito público*. Sem entrarmos aqui na *vexata questio* da distinção entre Direito Privado e Direito Público, pensamos poder dizer, *grosso modo*, que, na arbitragem voluntária em matéria de Direito privado, estão em causa, como objecto da arbitragem, litígios ou relações jurídicas litigiosas em que as partes, como particulares, agem segundo princípios de liberdade e igualdade, podendo, no entanto, estar envolvida uma entidade pública, desde que o litígio releve do âmbito da sua actuação de gestão privada, agindo como um particular (como decorre do disposto na parte final do n.º 5 do art. 1.º da NLAV). Se o litígio envolver, como uma das partes, o Estado ou uma entidade pública menor, que hajam intervindo na respectiva relação ou no acto no âmbito da sua gestão pública, a arbitragem incidirá em matéria de Direito Público. Quando a arbitragem incida em matéria de Direito privado, o seu controlo pelo Estado compete aos tribunais judiciais. Quando a arbitragem incida em matéria de Direito Público, o seu controlo competirá aos tribunais administrativos. Tal como acontecia com a LAV, a NLAV regula a arbitragem voluntária, quer em matéria de Direito privado quer em matéria de Direito Público, como resulta, quanto a esta, do disposto nos art. 1.º, n.º 5, 1.ª parte, e 59.º, n.º s, 2, 3, 4 e 6 (Deve dizer-se que a NLAV, fazendo nos núme-

ros 2, 4 e 6 do mencionado art. 59.º – que não tem correspondente na LAV –, referência expressa à competência de tribunais administrativos em relação ao controlo e assistência de arbitragens em matéria de Direito Público, como que acentua ou reconhece a importância dessa arbitragem). Naturalmente, o Estado e entes públicos menores poderão celebrar convenções de arbitragem em matéria de Direito público – submetendo-se, pois, a arbitragem voluntária –, se, como referido no art. 1.º, n.º 5, 1.ª parte, da NLAV, para tanto estiverem autorizados por lei (Tal sucede, nomeadamente, no CPTA², em relação a diversas matérias, como as relativas a contratos administrativos ou a responsabilidade extracontratual por prejuízos resultantes de actos de gestão pública ou litígios relativos a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade nos termos da lei substantiva, ou seja, os enquadráveis no art. 140.º do CPA). Isto dito, o que se expuser aplica-se, em princípio, tanto à arbitragem voluntária em matéria de Direito privado, como à arbitragem voluntária em matéria de Direito público – com as ressalvas que oportunamente faremos –, mas, ainda assim, tomaremos como paradigmática, em relação ao tema, a primeira, a arbitragem em matéria de Direito privado (como tal, como paradigmática, tratada pela NLAV, a qual, à semelhança da LAV, tem uma específica previsão – art. 1.º, n.º 5, 1.ª parte – sobre a sua aplicação à arbitragem em matéria de Direito público, quando, evidentemente, não existe, nem seria necessária ou sequer pertinente, qualquer específica previsão da sua aplicação à arbitragem privada).

7. Naturalmente, em face do exposto, ocupando-nos da arbitragem voluntária, excluída está a arbitragem necessária³ (art. 1.º, n.º 1 da NLAV). De resto, esta arbitragem, enquanto determinada (imposta) por lei do Estado português, está, por definição, vinculada à ordem portuguesa. Por último, uma nota quanto à arbitragem relativa a conflitos

² Art. 180.º.

³ De que é exemplo a arbitragem para a fixação do montante da indemnização devida por expropriação (cf. art. 38.º, n.º 1 do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro, com alterações posteriores). Para MANUEL PEREIRA BARROCAS (*Manual da Arbitragem*, Coimbra, 2010, p. 90), a arbitragem necessária, precisamente por não ser voluntária, não seria verdadeira arbitragem.

emergentes de ou atinentes a contratos de trabalho, a qual, apenas transitoriamente, até que lei especial a regule, ainda se regerá pela NLAV e pelo art.1.º, n.º 1 da LAV (cf. art. 4.º, n.º 4 da Lei n.º 63/2011, e, em consonância, a ressalva da norma revogatória constante do art. 5.º, n.º 1 da mesma lei)⁴.

II. A regulação da arbitragem pelas leis dos diferentes Estados

8. A arbitragem justifica-se a vários títulos, enquanto modo de resolução de litígios. Justifica-se, desde logo, por uma razão, diríamos, lógico-enunciativa: pois se as partes podem abdicar até de exercer os seus direitos ou podem renunciar a eles, quando de direitos disponíveis se trate (sem estar agora em causa a questão do critério decisivo da determinação da arbitralidade objectiva do litígio, se a patrimonialidade dos direitos discutidos se a sua disponibilidade⁵), por que não hão-de poder

⁴ Estão em causa conflitos atinentes a contratos individuais de trabalho, regendo, ainda, quanto à arbitrabilidade objectiva do litígio (vide nota 5) – dada a referência ao art. 1.º, n.º 1 da LAV –, o critério da disponibilidade dos direitos do trabalhador – Vide Anotação ao art. 4.º, n.º 4 da Lei n.º 63/2011, por ARMINDO RIBEIRO MENDES, in ARMINDO RIBEIRO MENDES/DÁRIO MOURA VICENTE/JOSÉ MIGUEL JÚDICE/JOSÉ ROBIN DE ANDRADE/PEDRO MEITTELO DE NÁPOLES/PEDRO SIZA VEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coimbra, 2012.

⁵ A NLAV (art.1.º, n.º 1), colhendo da lei alemã – § 1030 (1) da ZPO –, adoptou, como principal critério, o da patrimonialidade da pretensão em causa (“vermögensrechtlicher Anspruch”), ainda que combinado com o da susceptibilidade de transacção sobre o litígio, quando não se trate de matéria patrimonial (art. 1.º, n.º 2; cf. § 1030 (2) da ZPO; consagra-se, pois, a respeito da arbitrabilidade, um “two-step test” – cf. PHILIPP K. WAGNER, *Arbitration in Germany*, in *New York State Bar Association International Law Practicum*, vol. 23, n.º 2, p. 105-109, p. 106). Diferentemente, a LAV (art. 1.º, n.º 1) adoptava como primeiro critério o da disponibilidade do direito (à semelhança da lei italiana – art. 806.º/1 do CPC – e da lei francesa – art. 2059 do CC (a qual, no entanto, combinava e combina esse critério com o da ordem pública – art. 2060 do CC). Vide, quanto à lei alemã de arbitragem, v.g., KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL/STEFAN MICHAEL KROLL/PATRICIA NACIMIENTO, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2007, p. 18, n.º 37, e, quanto à lei francesa de arbitragem, v.g., JEAN-LOUIS DEVOLVÉ/GERALD H. POINTON/JEAN ROUCHE, *French Arbitration Law and Practice: a Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2009, p. 37 e ss (n.º s. 63 a 87).

pretender que um terceiro decida, vinculativamente, o litígio entre elas⁶. A arbitragem justifica-se, ainda, por diversas outras razões: por razões de celeridade, simplificação e flexibilização, especialização dos decisores (os árbitros), confidencialidade, e, na óptica do interesse dos Estados, pela sua contribuição para o descongestionamento dos tribunais ou para o seu não congestionamento; tratando-se de arbitragem internacional, acresce o facto de ela se configurar, na perspectiva vulgar das partes, como um meio de resolução de litígios com maior garantia de neutralidade e a circunstância de o reconhecimento das sentenças arbitrais estar facilitado em face de uma Convenção como a de Nova Iorque de 1958, que vigora em muitos Estados⁷.

9. Ora, se a arbitragem se justifica a tantos títulos, compreende-se que seja generalizadamente reconhecida pelas diferentes ordens jurídicas. Mas, por outro lado, ela, a arbitragem, nem poderia passar (não singraria como meio de resolução de litígios) sem o reconhecimento estadual: a força vinculativa da decisão do tribunal arbitral, ou melhor, o seu

⁶ Sendo certo que tal não traduz evidentemente qualquer renúncia prévia à tutela jurídica, o que não seria possível, nomeadamente em face do art. 809.º do CC.

⁷ Referindo-se a vantagens ou razões para o recurso à arbitragem (interna e/ou internacional), vide, v.g., LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, p. 24-26, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional. Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990, p. 18-19, XAVIER LINANT DE BELLEFONDS/ALAIN HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Paris, 2003, p. 10-12, p.1 (n.º s 5 e 6), JEAN-LOUIS DEVOLVÉ/GERALD H. POINTON/JEAN ROUCHE, *ob. cit.*, p. 1 (n.º s. 5 e 6) e p. 3 (n.º 9), JEAN-MICHEL JACQUET/PHILIPPE DELEBECQUE/SABINE CORNELOUP, *Droit du commerce internationale*, Paris, 2007, p. 743-745, FABIO BORTOLOTTI, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, Paris, 2008, p. 80-82, KLAUS LIONNET, *Handbuch der Internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2001, p. 60 e ss, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2.ª ed., 2001, New York/The Hague, 2001, p. 6-10, PIETER SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, p. 2-8. Ainda em abono da arbitragem, constata-se a sua longa história, a qual, certamente, também será significativa das qualidades da própria arbitragem (a respeito da história da arbitragem, vide, entre nós, AGOSTINHO PEREIRA MIRANDA/CÉLIA FERREIRA MATIAS, *Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem*, in RIAC, 2008, p. 23-36, e JOSÉ DUARTE NOGUEIRA, *A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)*, Revista Jurídica, n.º 20, 1996, p. 9-35.

carácter de *jurisdictio* – expresso na sua obrigatoriedade e, no caso de não acatamento, na possibilidade da sua execução coerciva, se necessário –, só pode ser tal em razão desse reconhecimento; depois, a própria constituição e, mesmo, o funcionamento do tribunal arbitral carecem (podem carecer, mas tal significa aqui que carecem, em termos gerais) da assistência estadual, através dos tribunais.

Deste modo, compreende-se que cada Estado regule a arbitragem.

10. Cada Estado tem, pois, a sua lei de arbitragem, que, como qualquer lei, regula o tema seu objecto e que define o âmbito da sua aplicação (e o âmbito de intervenção dos respectivos tribunais). Sem dúvida que, havendo competências legislativas concorrentes, bem se pode colocar a questão do critério que fundamenta ou dos títulos que fundamentam a competência legislativa em matéria de Direito privado e, inerentemente, a questão dos limites da regulação a que cada Estado possa ou deva estar sujeito. A questão, complexa, transcende a questão da arbitragem em si: interessa-lhe, mas é de âmbito mais vasto⁸. Neste pouco tempo, não podemos reter senão que é seguro que, como sucede com todas as leis estaduais, existe um âmbito espacial de regulação por parte da respectiva lei arbitragem, como existe um âmbito espacial de controlo da arbitragem pelos tribunais estaduais respectivos. Tal âmbito determina-se por algum tipo de conexão com o Estado regulador; da conexão consagrada espera-se seja eficaz ao funcionamento da arbitragem, sirva o interesse das partes e contribua para a harmonia ou coordenação internacional de competências.

⁸ Sobre a questão, com desenvolvimento (quer quanto aos limites colocados pelo Direito Internacional Público geral à competência legislativa em matéria de Direito Privado, quer quanto aos limites colocados pelo Direito Internacional Público geral à competência jurisdicional em matéria de Direito Privado), vide LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 333-342, que extrai da sua exposição as decorrências para a regulação e controlo estadual da arbitragem (*idem*, p. 343-344).

III. Arbitragem nacional e arbitragem estrangeira. Arbitragem interna e arbitragem internacional. Sentença nacional e sentença estrangeira

11. Ainda antes de prosseguirmos, entrando propriamente na matéria mais específica do tema, mas com interesse para ele, parece-nos que se ganha em assentar em (ou lembrar) alguns conceitos.

12. Como iremos ver melhor adiante, no que respeita ao âmbito espacial de regulação da arbitragem na NLAV, a determinação do lugar da arbitragem constitui um critério fundamental: importa determinar se a arbitragem tem lugar em Portugal ou se não tem lugar em Portugal (tendo lugar no estrangeiro, portanto). Daqui decorre uma primeira e fundamental classificação quanto ao âmbito de regulação estadual da arbitragem: a classificação, sob a óptica do Estado português, da arbitragem como nacional ou como estrangeira⁹.

13. A classificação anterior não se confunde com a distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna (oposta à internacional). Sabe-se o quanto é importante a questão de determinar se uma arbitragem é interna ou internacional: esta coloca um problema de determinação do seu estatuto, sendo certo que na NLAV (embora de forma menos acentuada em relação ao que sucedia com a LAV) existem certas regras próprias da arbitragem internacional; desde logo, quando a arbitragem seja considerada internacional em razão da própria internacionalidade do litígio seu objecto (um conceito restrito de arbitragem internacional, como referiremos a seguir), coloca-se um problema conflitual de determinação da lei aplicável ao fundo da causa, o qual não ocorre quando a arbitragem não seja internacional (cf. art. 52.º da NLAV, inserido no cap. IX – sobre a arbitragem internacional; confronte-se com o art. 39.º, n.º 1 da mesma NLAV). Ora, uma e outra, a arbitragem internacional e a arbitragem não internacional ou interna, tanto podem ser arbitragens nacionais quanto estrangeiras, dependendo de estarem ou não localizadas em Portugal. Se é certo, pois, que, praticamente, em termos do âmbito de

⁹ Vide, a respeito da distinção entre arbitragem nacional e arbitragem estrangeira, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 51.

regulação da NLAV, o carácter nacional ou estrangeiro da arbitragem é decisivo – a NLAV regula os aspectos substantivos e processuais da arbitragem nacional, podendo, contudo, aplicar-se, em certos aspectos específicos, a arbitragens estrangeiras –, ainda assim, aquela distinção entre arbitragem internacional e não internacional ou interna tem sentido, mesmo que primacialmente sob o ponto de vista dogmático, quando se trate do âmbito de regulação estadual da arbitragem. Vejamos:

14. O conceito de arbitragem internacional pode ser entendido num sentido amplo ou num sentido restrito.

Num sentido amplo, como referido pelo Professor LUÍS DE LIMA PINHEIRO¹⁰, a arbitragem internacional (ou arbitragem transnacional, como prefere designá-la) é a que coloca em causa um problema de determinação do estatuto da arbitragem¹¹, sendo certo que tal sucede quando o litígio apresente laços relevantes com mais de um Estado ou quando, mesmo sendo o litígio interno a um dado Estado, a arbitragem se realize num outro Estado¹².

Contudo, em face da NLAV (art. 49.º/1) – de resto, como sucedia já com a LAV (art. 32.º) –, a arbitragem é internacional *quando ponha em jogo interesses do comércio internacional* (...). Trata-se de um conceito restrito de arbitragem internacional, que atende ao objecto da arbitragem, ao litígio mesmo sob arbitragem, e que se baseia no critério avançado pela jurisprudência francesa a partir dos anos 20 do séc.

¹⁰ *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 27

¹¹ “Por estatuto da arbitragem entende-se o conjunto das normas e princípios *primariamente* aplicáveis pelo tribunal arbitral”, compreendendo “as proposições aplicáveis a todos os aspectos, quer processuais quer substantivos do processo arbitral, designadamente a validade da convenção de arbitragem, a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral arbitral, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa e os requisitos da decisão arbitral” – LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 27.

¹² *Idem*, p. 28

XX¹³, consagrado, entretanto, no CPC francês (art. 1504)¹⁴: um conceito jurídico-económico, normalmente coincidente, mas não necessariamente coincidente, com o critério clássico de determinação da internacionalidade do litígio por referência à conexão dos seus elementos com mais de uma ordem jurídica (de regra, menciona-se, como índices ou critérios de determinação desse conceito restrito de internacionalidade, a transferência de valores entre fronteiras implicada pela relação em litígio ou a projecção económica da mesma sobre a vida de diferentes Estados¹⁵).

Assim, e em face desse conceito restrito, será não internacional ou interna a arbitragem que não põe em jogo interesses do comércio internacional.

15. Ora, uma arbitragem interna (no sentido de não internacional, tal como tomado pela NLAV), localizada em Portugal, pode dizer respeito: (a) – a um litígio que até apresente conexões com mais de uma ordem jurídica (atinente a uma relação absolutamente internacional, lembrem-nos da classificação de D. JITTA¹⁶), mas que, nem por isso, contenda com os interesses do comércio internacional; (b) – a um litígio interno à nossa ordem jurídica (atinente a uma relação puramente interna), ou (c) – a um litígio interno a outra ordem jurídica (atinente a uma relação relativamente internacional, isto é, uma relação puramente interna quanto a um ordenamento estrangeiro, que não o do foro). Na verdade,

¹³ Cass. (Civ.) 17 Maio 1927, DP 1928, I, 25 (nota H. CAPITANT), 19 Fevereiro 1930 (*Mardellé c. Muller et Cie*), RDIP, 1930, p. 282-283, e 1931, p. 414-415, 27.01.1931 (*Dambricourt c. Rossard*), RDIP, p. 515-517. Vide JEAN-LOUIS DEVOLVÉ/GERALD H. POIN-TON/JEAN ROUCHE, *ob. cit.*, p. 29 (n.º 53).

¹⁴ Pelo Decreto n.º 2011-48, de 13 de Janeiro de 2011, operou-se uma reforma da arbitragem em França, visando a modernização desta. Em face das alterações introduzidas no Código de Processo Civil francês, a regra que define a arbitragem internacional, antes constante do art. 1492 do chamado *Nouveau Code de Procédure Civile*, passou a estar contida no art. 1504 do agora chamado *Code de Procédure Civile*.

¹⁵ Vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 37-39 (que, manifestando-se crítico quanto ao critério ou índice da transferência de valores entre fronteiras, entende que, na aplicação do critério dos ‘interesses do comércio internacional’, “se deve sobretudo atender aos laços objectivos que se estabelecem entre os elementos da relação controvertida e a vida económica de Estados diferentes” (*idem*, p. 39).

¹⁶ D. J. JITTA, *Método de Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/d, p. 54, 207 e ss, 214 e ss e 220 e ss.

a primeira e a última hipóteses de arbitragem interna (repete-se, para a nossa NLAV, segundo um conceito restrito de arbitragem internacional) são as que, como tais, colocam um problema de determinação do estatuto da arbitragem (tais arbitragens seriam, com efeito, se adoptássemos o tal conceito amplo de arbitragem internacional, arbitragens internacionais). Já uma arbitragem interna, localizada em Portugal, e atinente a uma relação litigiosa puramente interna, não coloca um tal problema de determinação do estatuto da arbitragem: a aplicação da lei portuguesa de arbitragem iria de si mesma, directamente (e mesmo que não houvesse previsão expressa quanto ao âmbito da sua regulação)¹⁷.

16. Entretanto, sendo decisivo, para o efeito do âmbito da regulação da NLAV, saber se a arbitragem está ou não localizada em Portugal, se é, pois, nacional ou estrangeira, não deve deixar de frisar-se, e melhor veremos a seguir, que, se é verdade que a NLAV regula primacialmente todos os aspectos substantivos e processuais aplicáveis à arbitragem nacional, isso não significa que só se aplique à arbitragem nacional (seja ela interna ou internacional) ou que se aplique na totalidade a uma arbitragem nacional. Basta pensar, por exemplo, no caso de uma arbitragem internacional, localizada em Portugal, na hipótese de a parte interessada pretender a execução da sentença noutro País, com o que, para além do reconhecimento, também a competência para a execução da sentença arbitral “portuguesa” não serão, no caso, regidos pela NLAV, mas pelo Direito estrangeiro suscitado pela parte. E o mesmo pode suceder no caso de uma arbitragem interna, localizada em Portugal, mas em que os elementos do litígio se situem, no todo ou em parte, noutra ou noutras ordens jurídicas. Por outro lado, a NLAV pode aplicar-se a certos aspectos específicos (como em matéria de produção de prova ou de providências cautelares) em relação a arbitragens internas ou internacionais estrangeiras.

17. Com interesse para a nossa matéria, ainda dois conceitos mais, agora, quanto às sentenças: a sentença de arbitragem¹⁸ é “estrangeira”

¹⁷ Assim, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 28.

¹⁸ Sobre o conceito de sentença de arbitragem, vide, por ex., P. FOUCHARD/E. GAILLARD/B. GOLDMAN/J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Com-*

quando proferida em arbitragem localizada no estrangeiro (cf. art. 55.º e 58.º da NLAV); em contraponto, pode dizer-se que a sentença será “nacional” ou “portuguesa” quando proferida em arbitragem localizada em Portugal. Relevará, pois, para a qualificação da sentença, não o ter sido proferida em Portugal ou no estrangeiro, mas o ter sido proferida em arbitragem nacional (localizada em Portugal) ou estrangeira (localizada no estrangeiro)¹⁹.

IV. Âmbito espacial de regulação estadual da arbitragem

18. Isto assente, consideremos agora, de modo mais circunstanciado, o âmbito espacial de regulação estadual da arbitragem

19. Pois bem:

- A NLAV aplica-se às arbitragens que tenham lugar em território português – art. 61.º;
- A NLAV aplica-se, também, sem prejuízo do injuntivamente disposto na Convenção de Nova Iorque de 1958, ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças arbitrais estrangeiras (sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro), quando requeridos em Portugal – art. 55.º e art. 61.º;
- A NLAV aplica-se, ainda, a arbitragens localizadas no estrangeiro, quando se trate de produção de prova cuja solicitação seja dirigida a um tribunal estadual português (art. 38.º, n.º 2) ou do reco-

mercial Arbitration, The Hague, 1999, p. 735 e ss (cap. IV). Na verdade, importa distinguir uma sentença arbitral de ordens processuais ou de ordens preliminares, sendo certo que só a sentença arbitral é susceptível de uma acção destinada a impugná-la ou a executá-la e que o regime de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras se reporta a elas mesmas – às sentenças estrangeiras. Na definição dos autores, uma sentença arbitral é “uma decisão final pelos árbitros sobre toda ou parte da disputa, quer diga respeito ao mérito, à jurisdição ou a uma questão processual que os conduza a terminar os procedimentos”

¹⁹ É a solução da Lei-Modelo da CNUDCI, tido em conta o seu art. 31 (3), e seguida, por exemplo, na lei alemã – § 1054, (3) da ZPO – e pela doutrina e jurisprudência francesas. Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 313 e ss, “maxime”, p. 318-320.

nhecimento e execução de providências cautelares decretadas por tribunal arbitral e que hajam sido requeridas a tribunal português (art. 27.º, n.º 1), bem como do decretamento por tribunal estadual português de providência cautelar que lhe seja requerida no âmbito de arbitragem localizada no estrangeiro (art. 29.º, n.º 1).

20. Consideremos o primeiro enunciado: A NLAV aplica-se, nos diversos aspectos regulados por ela regulados, às arbitragens que tenham lugar em território português (art. 61.º).

Tem-se entendido que são dois os critérios (ou princípios) determinantes para delimitar o âmbito estadual de regulação da arbitragem: o critério da territorialidade e o critério da autonomia privada²⁰. De acordo com o primeiro, a arbitragem será regida pelo Direito individualizado por um elemento de conexão territorial, nomeadamente, a sede da arbitragem, o lugar onde se realiza a arbitragem ou o lugar onde a sentença é proferida; já o segundo critério implica que a arbitragem será regida pelo Direito (pela lei de arbitragem) que as partes escolherem para tal efeito.

A NLAV optou, pois, pelo primeiro critério: o lugar da arbitragem (*Territorialitätssprinzip*²¹). Mais ainda: nos termos do art. 31.º, n.º 1 da NLAV, que reproduz o art. 20.º (1) da Lei-Modelo sobre arbitragem comercial internacional da CNUDCI, as partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem²², ou, não o convencionando, o mesmo será fixado pelos árbitros. Ora, a fixação convencional do lugar da arbitragem parece que deve valer com o sentido de fixação *jurídica* da sede da arbitragem. O elemento de conexão relevante para a NLAV é, pois, o de que a sede convencional da arbitragem se situe em Portugal (art. 31.º, n.º 1). Esse critério, da sede convencional, que sem dúvida, determina uma *aproximação* entre o critério da autonomia e o critério territorial (aquele releva

²⁰ Cf., LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 344, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 72-83

²¹ KLAUS LIONNET, *ob. cit.*, p. 115, referindo-se à solução da lei alemã – § 1025 (I) da ZPO.

²² Como refere PIETER SANDERS, *ob. cit.*, p. 244, além da escolha dos árbitros, a mais importante escolha das partes numa arbitragem internacional é a escolha da sede da arbitragem, por isso que, como regra, a lei que governa a arbitragem é a da sede da arbitragem.

indirectamente, através da escolha da sede da arbitragem), é também o critério que se tem prevalentemente considerado adoptado pela Lei-Modelo da CNUDCI²³ e que é adoptado por diversas leis de arbitragem ou que regulam matéria de arbitragem, como, entre outras, as leis suíça (quanto à arbitragem internacional, art. 176/1 e 3 da Lei Federal de Direito Internacional Privado), inglesa (*Arbitration Act 1996*, secção 3) ou alemã (§§ 1025/1 e 1043/1e 2 da ZPO). Desde logo, a opção pela sede jurídica ou convencional tem as vantagens de obviar às dificuldades de determinação da sede em arbitragens que se realizem em várias países ou em arbitragens que se realizem à distância, nomeadamente, através de modernos meios de comunicação como a Internet²⁴. E parece de reconhecer-se que este é “o critério de mais fácil aplicação e o mais apto para promover a previsibilidade jurídica e a coordenação internacional de competências”²⁵ (além de ser mais conveniente aos interesses das partes do que o critério da sede fáctica²⁶).

Pergunta-se: – A solução da NLAV é diferente da solução da LAV? Na verdade, tido em conta que a sede da arbitragem pode ser entendida num sentido fáctico (equivale ao lugar do processo arbitral ou onde se realiza, de facto, o processo arbitral) ou num sentido convencional ou jurídico, pode discutir-se se o critério adoptado pela LAV seria também o da sede convencional. A LAV não continha uma disposição como a do art. 31.º da NLAV; limitava-se a estabelecer que era aplicável às arbitragens que tivessem lugar em território português (art. 37.º). Tal terá sido tomado por boa parte da doutrina como apontando ou apontando mais a um conceito fáctico – o do lugar onde se realiza a arbitragem. Contudo, ainda em face da LAV, o ponto era discutido inovatoriamente pelo Professor LUÍS DE LIMA PINHEIRO²⁷, que, considerando, nomeadamente, um excerto da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV, que

²³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 349, KLAUS LIONNET, *ob. cit.*, p. 159 e ss; MARY E. NEKNERNEY/CARLOS ESPLUGUES, *International Commercial Arbitration: the UNCITRAL Model Law*, in Boston College International & Comparative Law Review, vol. IX, n.º 1, 1986, p. 46-71, p. 54.

²⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 363.

²⁵ *Idem*, p. 364-365.

²⁶ *Idem*, p. 365.

²⁷ *Arbitragem Transnacional*, p. 351-352.

esteve na base da LAV, concluía no sentido de a fixação convencional da sede em Portugal valer como presunção de arbitragem localizada em Portugal, sendo tal presunção apenas susceptível de ser posta em causa (ilidida) quando, não obstante tal fixação, a arbitragem, de facto, toda ela ou essencialmente, ocorresse no estrangeiro (do mesmo modo que, a uma arbitragem que, na totalidade ou essencialmente, decorresse em Portugal, se deveria aplicar a lei portuguesa, mesmo que a sede convencional da arbitragem se localizasse no estrangeiro). Defendia, assim, uma relevância limitada da sede convencional ou fazia uma interpretação intermédia da LAV, entre um conceito puramente fáctico e um conceito puramente convencional de sede da arbitragem.

Pois bem, a NLAV parece-nos clara a este respeito: como referido, através do art. 31.º, adopta expressa e decididamente o critério da sede convencional da arbitragem para a fixação do lugar da arbitragem. E o n.º 2 do art. 31.º (baseado no n.º 2 do art. 20.º da Lei-Modelo da CNUDCI) reforça esse entendimento, ao admitir que, não obstante a relevante fixação da sede convencional, procedimentos do tribunal arbitral podem ocorrer noutro local, que não o da sede, salvo se as partes vedarem, por acordo essa possibilidade. Deste modo, a solução da NLAV parece ser a da consagração de um conceito puramente jurídico²⁸ ou convencional de sede da arbitragem, por ela se determinando, para os efeitos da lei, o lugar da arbitragem (naturalmente, tal não significa que, em regra ou muitas vezes, a sede convencional não coincida com a sede de facto e que, como referido, em face do n.º 2 do art. 31.º, se essa for a vontade das partes, tal coincidência não haja até de ser necessária²⁹).

²⁸ Cf. D. St. JOHN SUTTON/JUDITH GILL, *Russell On Arbitration*, cit., p. 71, referindo, a respeito da lei de arbitragem inglesa, que “the seat is the legal, rather than physical, place of arbitration proceedings”, e PHILLIP CAPPER, *International Arbitration: A Handbook*, London/Singapore, 2004, p. 14.

²⁹ Por outro lado, se as partes nada estabelecerem em contrário, parece-nos que, mesmo que todos os actos da arbitragem se realizem efectivamente no estrangeiro, a NLAV será aplicável, se a sede convencional ou jurídica houver sido fixada em Portugal. A partir do momento em que a lei mesma admite que actos do processo arbitral se realizem noutro qualquer local, que não o da sede convencional, não fará sentido, a nosso ver, considerar que só alguns desses podem ocorrer noutro local, que não o da sede fixada, mas não outros (Quantos e quais, então?) ou que, em todo o caso, não podem ocorrer todos noutro local (basta então que um deles ocorra na sede convencional?)

21. Segundo enunciado: A NLAV aplica-se quanto ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais “estrangeiras”: naturalmente desde que tal reconhecimento e tal execução sejam solicitados em Portugal – capítulo X, art. 55.º e ss. Nesta matéria, do reconhecimento e da execução de sentença arbitral “estrangeira”, haverá que considerar dois tipos de fontes: fontes supraestaduais, nomeadamente convenções internacionais, em particular, a Convenção de Nova Iorque de 1958, e a NLAV, uma fonte estadual. A NLAV ressalva, justamente, que o regime que dispõe a esse respeito (art. 55.º a 58.º) é disposto, “sem prejuízo do imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958 ou por outros tratados ou convenções que vinculem o Estado português. Esta ressalva respeita, bem entendido, às condições de reconhecimento, enquanto imperativamente reguladas na Convenção de Nova Iorque, mas não às regras processuais de reconhecimento, que competem à *lex fori* e que a NLAV regulou³⁰.

22. Terceiro enunciado – a NLAV aplica-se (de acordo com as respectivas previsões) em relação a arbitragens localizadas no estrangeiro:

1.º) No que concerne à solicitação a tribunal estadual português de produção de prova (art. 38.º, n.º 2): o que, é claro, apenas faz

Qual?). Similarmente, o facto de uma arbitragem ocorrer em Portugal não significa que esteja submetida ao Direito Português, se as partes fixarem a sede no estrangeiro e o Direito estrangeiro consagrar uma conexão idêntica à da NLAV. Uma questão diferente é a de saber se, perante um litígio puramente interno, e realizando-se a arbitragem na ordem interna, será relevante a convenção das partes fixando a sede no estrangeiro. Independentemente de uma tal escolha poder ter para as partes consequências práticas e jurídicas que a desaconselhem, em princípio, e perante uma lei que adopte uma solução como a da NLAV, não parece que, por si mesma, tal escolha não deva ser relevante, para o efeito de aplicação da lei de arbitragem estrangeira. Contudo, o Direito tem princípios e cláusulas gerais destinados a actuar quando, não obstante uma formal conformidade com ele, se trate, na verdade, de subvertê-lo. Desse modo, parece que, numa tal hipótese, acompanhando LUIS DE LIMA PINHEIRO (*Arbitragem Transnacional*, cit., p. 365-366), no limite, quando resulte objectivamente que as partes fixaram a sede no estrangeiro apenas e só com o objectivo de afastar normas injuntivas locais, fará sentido um juízo paralelo ao que resulta da fraude à lei em Direito Internacional Privado, havendo que considerar como aplicável a lei do lugar (efectivo) da arbitragem.

³⁰ Cf. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 297 (cf., a respeito, nota 32).

sentido quando exista alguma conexão do objecto da prova com o território português;

- 2.º) Ao reconhecimento e à execução de providências cautelares decretadas por tribunal arbitral que sejam solicitados a tribunal estadual português (art. 27.º, n.º 1): naturalmente (só assim fará sentido), havendo alguma conexão do efeito do reconhecimento ou do objecto da providência decretada com o território nacional (v.g., existência de bens em Portugal que hajam de ser objecto da providência cautelar);
- 3.º) Ao decretamento de providência cautelar requerida a tribunal português na dependência de arbitragem localizada no estrangeiro (art. 29.º, n.º s 1 e 2): de novo, apenas fazendo sentido tal solicitação se o objecto da providência cautelar apresentar algum nexó com o território nacional.

V. Âmbito espacial de controlo estadual da arbitragem

23. Vejamos agora a questão do âmbito espacial de controlo estadual da arbitragem.

24. O controlo estadual (controlo da arbitragem pelos tribunais portugueses, tomando paradigmaticamente o controlo pelos tribunais judiciais) é feito, principalmente, por três vias: impugnação da sentença arbitral, atribuição de força executiva e oposição à execução da decisão arbitral 'nacional' ou em sede de reconhecimento dos efeitos da decisão arbitral 'estrangeira'³¹.

Contudo, a intervenção dos tribunais judiciais vai além do controlo da arbitragem: ela também ocorre em termos de assistência à arbitragem (constituição do tribunal arbitral, substituição de árbitros, obtenção de prova, decretamento ou adopção de providências cautelares) e, naturalmente, em termos de execução de sentença arbitral.

³¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 366

25. O âmbito espacial de controlo estadual (pelos tribunais portugueses) da arbitragem:

- É definido em relação às arbitragens localizadas em Portugal, no que respeita à impugnação, atribuição de força executiva, execução e oposição à execução, em relação a todas as arbitragens localizadas em Portugal relativas a relações litigiosas puramente internas: tal iria de si mesmo.
- Também, no que respeita, às arbitragens internacionais localizadas em Portugal, no que respeita à impugnação da sentença arbitral. E também será aplicável à execução e oposição à execução, se a execução houver sido requerida em Portugal.
- No que respeita a arbitragens internacionais localizadas no estrangeiro, os tribunais portugueses serão competentes para o reconhecimento e execução da sentença "estrangeira" que lhes sejam solicitados, nos termos referidos;
- Quanto a arbitragem tenha por objecto um litígio atinente a uma relação relativamente internacional (interna a outra ordem jurídica), mas sendo a arbitragem localizada em Portugal, o âmbito de intervenção dos tribunais portugueses abrange a impugnação da sentença arbitral. Mas a execução e a oposição à execução em tribunais portugueses apenas se suscita se aquela for pedida em Portugal, pois bem poderá fazer sentido (por razões práticas) que a execução haja de ocorrer no Estado em que se inserem todos os elementos do litígio em si.

26. Em termos de assistência (não deixaremos de o referir, mesmo se o nosso tema se reporta ao âmbito de controlo pelos tribunais estaduais):

- Os tribunais portugueses têm competência para todos os aspectos da assistência, em relação a arbitragens localizadas em Portugal;
- E, relativamente a arbitragem localizada no estrangeiro, têm competência para certos aspectos de assistência: para diligências de produção de prova ou providências cautelares cujo decretamento, reconhecimento ou execução lhes sejam requeridas (e desde que, num caso e noutro, exista algum tipo de conexão territorial com o objecto da medida solicitada).

27. Finalmente, e de modo mais específico, em face da NLAV:

- Para o controlo da sentença arbitral proferida em arbitragem localizada em Portugal (sentença arbitral nacional), em termos de recurso (quando convencionado ao abrigo do disposto no art. 39.º, n.º 4) ou de impugnação, é competente, entre nós, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, se o litígio estiver compreendido na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos, o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem – art. 59.º/1, e), f) e g) e art. 59.º/2 da NLAV;
- Para a execução de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada em Portugal (sentença nacional), é competente o tribunal de 1.ª instância, nos termos da lei de processo (art. 59.º, n.º 9 da NLAV);
- Para a oposição à execução de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada em Portugal, é competente o tribunal de 1.ª instância competente para a execução e onde esta corra (art. 59, n.º 4; cf., ainda, art. 48.º);
- Para a assistência em arbitragens localizadas em Portugal, é competente o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem (ou os respectivos Presidentes, quando se trate de nomeação de árbitros) – art. 59.º/n.º 1, a), b), c), d), e n.ºs 2 e 3 da NLAV;
- Para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, é competente o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, nos termos do art. 59.º/1/h) ou o Tribunal Central Administrativo em cuja área de circunscrição se situe o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença – art. 58.º e 59.º, n.º 2^{32/33}.

³² No domínio da LAV, a jurisprudência (cf., paradigmaticamente, o Acórdão do STJ, de 22/04/2004, CJ/STJ, 2004, II, p 50 e ss) orientou-se no sentido de entender que a competência para o reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira cabia ao tribunal de 1.ª instância (dando conta desta orientação jurisprudencial, DÁRIO MOURA VICENTE, *Voluntary Arbitration in Portugal*, in *Id., Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. III, Coimbra, 2010, p. 331-372, p. 362), enquanto a maioria da doutrina

- Para a execução de sentença arbitral estrangeira, depois de reconhecida pelo Tribunal da Relação, é competente o tribunal de 1.ª instância (sendo a competência territorial determinada pelo art. 91.º do CPC, dada a remissão do art. 95.º do CPC).

defendia que tal competência cabia ao Tribunal da Relação (Neste sentido, v.g., ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Questões de Arbitragem – II. Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Abril de 2004*, in RDES, ano XLVI, 2005, p. 367-384, especialmente, em conclusão, p. 383-384, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 297-300, diferenciando as regras de processo constantes, no domínio da LAV, dos art. 1094.º e ss do CPC, das condições de reconhecimento, estas, sim, exclusivamente definidas pela Convenção de Nova Iorque, PAULA COSTA E SILVA, *A execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras*, ROA, ano 67 (2007), II, p. 629-682, p. 650 (=I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Coimbra, 2008, p. 131-180, p. 151), e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, 2010, p. 722-724). Argumentava a jurisprudência com o art. III da Convenção de Nova Iorque de 1958 – que não permite sujeitar o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras a restrições que não se verifiquem quanto às sentenças arbitrais nacionais ou locais – e os art. 24.º, n.º 2 e 30.º da LAV. Num acórdão de 19 de Março de 2009, o STJ chegou mesmo a defender que a sentença arbitral estrangeira não carecia de revisão e confirmação (Críticamente sobre este Acórdão, vide José MIGUEL JÚDICE/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Do Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais Estrangeiras ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/03/2009*, in RIAC, 2010, p.145-165). A NLAV, que não consagra qualquer disposição semelhante à do art. 24.º, n.º 2 da LAV (como referido, uma das disposições que, conjugada com outras, fundamentava aquela posição jurisprudencial), é explícita em determinar a competência do Tribunal da Relação para o efeito ora em causa. Ainda assim, tendo em conta a hierarquia das fontes (as Convenções são hierarquicamente superiores às leis ordinárias), não parece impossível que a jurisprudência persista naquela referida orientação, ainda que a NLAV lhe ofereça uma oportunidade de passar a seguir o trilho que também a nós nos parece correcto. É que, em face do nosso sistema de arbitragem e de uma correcta interpretação da Convenção de Nova Iorque, parece-nos que não a contradiz ou não a desrespeita a submissão, pela lei ordinária (agora, a NLAV), das sentenças arbitrais estrangeiras a reconhecimento, nem a atribuição de competência para esse reconhecimento ao Tribunal da Relação.

³³ Uma outra questão que se poderia colocar prende-se com a possibilidade de recurso da decisão da Relação sobre o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira. É que, em face da alteração do art. 1094.º do CPC pela NLAV (agora apenas referenciado a sentenças de tribunais judiciais estrangeiros, e não já a sentenças arbitrais) – e da revogação inerente do art. 1097 do CPC –, o art. 1102.º do CPC apenas se reporta à decisão do Tribunal da Relação sobre a revisão e confirmação de sentença de tribunal judicial estrangeiro. Daí a questão: – Proferindo o Tribunal da Relação uma decisão de mérito

– Para a produção de prova e providências cautelares requeridas em Portugal quando a arbitragem seja localizada no estrangeiro, é competente, nos termos do art. 59.º, n.º 5 da NLAV, o tribunal de 1.ª instância em cuja circunscrição deva ocorrer a providência cautelar ou em que deva ter lugar a produção de prova (cf. art. 29.º, n.º 2 e 38.º) ou o tribunal administrativo de círculo – art. 59.º, n.º 6 da NLAV.

VI. Síntese final

28. Concluindo, de forma sintética:

1.º O âmbito espacial de regulação pela NLAV – à semelhança do que ocorria com a LAV – é definido por um critério territorial: concretamente, ela aplica-se quando a arbitragem tenha lugar em Portugal.

Contudo, a NLAV, através do disposto no seu art. 31.º, apresenta um ganho de clareza e de precisão em relação à LAV, deixando expresso o critério da sede convencional ou jurídica da arbitragem. Assim, a arbitragem tem lugar em Portugal, se a sede do tribunal arbitral houver sido fixada em Portugal, mediante convenção das partes ou, na falta desta, pelos árbitros; a arbitragem tem lugar no estrangeiro, quando a sede da arbitragem haja sido fixada no estrangeiro. Diferentemente, no domínio da LAV, que não continha qualquer disposição correspondente à do art. 31.º da NLAV, a doutrina entendia consagrado um conceito fáctico de lugar da arbitragem ou, em todo o caso, atribua uma relevância limitada à sede convencional;

sobre a revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 58.º da NLAV, cabe recurso para o STJ? A resposta contém-se, a nosso ver, no art. 59.º, n.º 8: este artigo determina expressamente que cabe recurso para o tribunal superior; por outro lado, parece-nos que a expressão “sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa” funda, por si, o recurso às normas que regem a recorribilidade do recurso de que se trata, que é de revista: assim, tal recorribilidade dependerá em regra do valor da causa e da sucumbência (art. 678.º CPC), sendo certo, ainda, que a revista só poderá fundar-se, em princípio, em questões de Direito.

2.º A NLAV aplica-se também, e, portanto, regula, apenas no domínio estrito respectivo, ainda, que se trate de arbitragens localizadas no estrangeiro;

– quando sejam requeridos em Portugal o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira e quanto ao reconhecimento e execução;

– quando sejam requeridos em Portugal o decretamento, reconhecimento ou execução de uma providência cautelar ou uma diligência de produção de prova e quanto a estas;

3.º O âmbito espacial de controlo da arbitragem através dos tribunais portugueses assenta no mesmo critério: o da localização em Portugal, ou seja, o de a sede da arbitragem haver sido fixada em Portugal (o mesmo vale quanto a medidas judiciais de assistência à arbitragem).

4.º Mas os tribunais portugueses são competentes para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que lhes sejam requeridos;

5.º Os tribunais portugueses são ainda competentes (em termos de assistência e só para estes aspectos) para decretar, reconhecer ou executar providência cautelar ou concretizar diligência de produção de prova em relação a arbitragens localizadas no estrangeiro, quanto tal lhes haja sido requerido e exista uma conexão territorial com o Estado português.

Elsa Dias Oliveira

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras*

Introdução

O reconhecimento de uma sentença estrangeira pelo Estado do foro tem como consequência a atribuição neste Estado dos efeitos, ou de alguns dos efeitos, que lhe foram conferidos no Estado onde foi proferida, *maxime* o efeito de caso julgado e a atribuição de força executiva¹.

Os pressupostos cujo preenchimento se exige para o reconhecimento da sentença podem variar entre as várias ordens jurídicas. Propomo-nos aqui apreciar as condições de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras previstas no ordenamento jurídico português, tendo presente a Nova Lei da Arbitragem Voluntária (NLAV).

* O presente texto foi elaborado a partir de exposição oral que a autora apresentou nas Jornadas Intensivas sobre a Nova Lei da Arbitragem Voluntária, organizadas pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro e Luís de Lima Pinheiro, realizadas nos dias 15 e 16 de Fevereiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil", *Aspectos do Novo Processo Civil, Lex*, Lisboa, 1997, págs. 105-155, pág. 105; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 454; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional, A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 285 ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES/DÁRIO MOURA VICENTE/JOSÉ MIGUEL JÚDICE/JOSÉ ROBIN DE ANDRADE/PEDRO METELLO DE NÁPOLES/PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 55.º, DÁRIO MOURA VICENTE, Almedina, Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem, 2012, pág. 103; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 561 ss.

1. Fontes

O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras encontra-se regulamentado quer em fontes de Direito interno – atualmente, a NLAV –, quer de Direito internacional.

Atento o disposto no art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, o regime de reconhecimento previsto na nova lei da arbitragem tem um âmbito de aplicação residual, pois só será aplicado aos casos que não sejam regulados por convenções ou tratados que disciplinam o reconhecimento de sentenças².

Saliento aqui, de entre essas convenções, pelo amplo âmbito de aplicação, a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras³. É ainda devida referência à Convenção interamericana sobre a arbitragem comercial internacional⁴, que tem, todavia, um âmbito de aplicação mais limitado, porque regula as decisões arbitrais em que está em causa um negócio de natureza mercantil⁵⁻⁶, e ainda não entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa.

Relevantes são ainda, no âmbito do reconhecimento de sentenças estrangeiras, os acordos celebrados entre Portugal e alguns países de língua oficial portuguesa. Sublinhamos o Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola⁷, o

² LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., págs. 313 ss., a propósito da relação entre a Convenção de Nova Iorque e o regime interno de reconhecimento de decisões arbitrais; ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 55.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 103; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., págs. 563 ss.

³ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94, de 8 de Julho de 1994, data em que foi também publicada no Diário da República; em vigor em Portugal desde 16 de Janeiro de 1995.

⁴ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/2002, de 4 de Abril de 2002, data em que foi também publicada no Diário da República.

⁵ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., págs. 290 ss., salienta o amplo âmbito de matérias sobre as quais podem incidir as sentenças arbitrais cujo reconhecimento fica sujeito à aplicação da Convenção de Nova Iorque.

⁶ Acresce ainda que esta convenção tem uma redação, em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais, muito semelhante ao previsto na Convenção de Nova Iorque.

⁷ Aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/97, em 11 de Outubro de 1996, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 9/97,

Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde⁸, o Acordo de Cooperação Jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau⁹, o Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária ente a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique¹⁰, o Acordo Judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe¹¹.

No que respeita à Convenção de Nova Iorque, o Estado português fez reserva ao seu art. I.º, n.º 3, 1.ª parte, daí resultando que o regime convencional só se aplica às decisões proferidas no território de outro Estado contratante. Contudo, atendendo a que cerca de 146 Estados têm em vigor, na sua ordem jurídica, esta convenção, as probabilidades de que esta se aplique são muito elevadas.

Para além dos casos em que a decisão arbitral seja proferida num Estado não contratante da Convenção de Nova Iorque, e na hipótese de se não aplicar outra Convenção, o regime interno de reconhecimento – previsto na NLAV – pode ainda ser relevante se estiver preenchido o disposto no art. VII, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque, que consagra o princípio do tratamento mais favorável. Determina esta disposição que a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque não prejudica a invocação

de 4 de Março, ambos publicados no Diário da República, 1.ª Série-A, n.º 53, de 4 de Março de 1997, e entrou em vigor em 5 de Maio de 2006. Atente-se, em especial, nos arts. 12.º ss. deste acordo.

⁸ O Acordo foi ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 10/2005, de 15 de Fevereiro, e entrou em vigor em 8 de Julho de 2005. Atente-se, em especial, nos arts. 25.º ss.

⁹ O Acordo foi ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 38/89, de 14 de Junho, e entrou em vigor em 10 de Janeiro de 1994. Atente-se, em especial, nos arts. 13.º ss. deste acordo.

¹⁰ O Acordo foi ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 8/91, de 14 de Fevereiro, e entrou em vigor em 22 de Fevereiro de 1996. Atente-se, em especial, nos arts. 13.º ss. deste acordo.

¹¹ Pelo Aviso publicado no Diário da República n.º 213, I Série, de 14 de Setembro de 1979, se tornou público que foram trocados em Lisboa, em 20 de Abril de 1979, os instrumentos de ratificação deste acordo, data em que entrou em vigor. Atente-se, em especial, nos arts. 8.º ss. deste acordo.

pelos interessados de disposições mais favoráveis ao reconhecimento de sentenças e que constem do Direito interno dos Estados contratantes¹².

Relevante ainda, embora não tenha caráter vinculativo, é a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) sobre a arbitragem comercial internacional, de 1985, com alterações em 2006. Este diploma, tal como a Convenção de Nova Iorque, influenciou de forma significativa a redação da NLAV, em especial, na parte relativa ao reconhecimento de sentenças arbitrais¹³.

2. Regime da NLAV

I. Nos arts. 55.º ss. da NLAV vem regulamentado o regime respeitante ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Estas são, nos termos do art. 55.º da NLAV, "(...) as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro (...) "¹⁴.

¹² ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 55.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 104; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 299; Vide ainda MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 704; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 564. Vide também, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras", *Revista Jurídica*, n.º 20, Novembro 1996, págs. 37-69, pág. 52, que sublinha ainda que a parte interessada será aquela que pretende ver a sentença reconhecida.

¹³ Sobre a influência desta Lei Modelo no projeto inicial da NLAV, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A reforma da lei da arbitragem voluntária", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009, págs. 7-56, pág. 7; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 566; Exposição de Motivos da Proposta de Lei 22-XII, pág. 2.

¹⁴ Nos termos do art. 31.º, n.º 1, da NLAV, o lugar da arbitragem pode ser livremente fixado pelas partes. Na falta de acordo das partes, o lugar da arbitragem "(...) é fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes". Vide a este propósito, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 571. Em comentário ao art. 42.º, n.º 4, da NLAV, que estabelece que a sentença deve mencionar o lugar da arbitragem, ROBIN DE ANDRADE esclarece que "[o] lugar da sentença não é necessariamente o lugar físico em que ocorrer a votação dos árbitros ou mesmo aquele em que historicamente a sentença é assinada: é antes o lugar fixado pelo tribunal como sede de arbitragem, nos termos do art. 31.º. Esta clarificação

Os arts. 1094.º ss. do Código de Processo Civil (CPC) que regulamentavam o reconhecimento de sentenças estrangeiras deixaram de ser aplicáveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais, tendo, nesse sentido, sido alterado o art. 1094.º, n.º 1, do CPC¹⁵ – retirando-se o segmento normativo que se referia a "árbitros no estrangeiro" – e revogado o art. 1097.º também do CPC¹⁶.

Desde logo, nos termos do art. 55.º da NLAV, e conforme já acima referido, é sublinhado o caráter subsidiário das disposições previstas na NLAV face às convenções ou tratados que vinculem o Estado português e que regulem também o reconhecimento de sentenças arbitrais.

As sentenças arbitrais que não estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação de convenções ou tratados internacionais ficam sujeitas ao

é importante sobretudo para arbitragens internacionais em que ocorre com frequência que o lugar formal (*seat*) não coincide com o lugar efetivo (*venue*). Se o lugar constante da sentença for diverso do lugar anteriormente fixado como sede da arbitragem, deve considerar-se que o tribunal modificou a sede da arbitragem, o que poderá, ou não, ser legalmente admissível, e em caso negativo, conduzir à invalidade da sentença": ARMINDO RIBEIRO MENDES/DÁRIO MOURA VICENTE/JOSÉ MIGUEL JUDICE/JOSÉ ROBIN DE ANDRADE/PEDRO METELLO DE NÁPOLES/PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 42.º, ROBIN DE ANDRADE, Almedina, Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem, 2012, págs. 83 ss. Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 292, a propósito da Convenção de Nova Iorque, "[o] proferimento da decisão arbitral integra o processo de arbitragem. As decisões arbitrais são normalmente proferidas no lugar ou sede da arbitragem. Neste caso há, em princípio, uma concatenação entre o âmbito de aplicação da Convenção e o critério seguido na maioria dos sistemas para delimitar o âmbito espacial de regulação e controlo da arbitragem voluntária: o critério do lugar ou sede da arbitragem. (...) a tendência dominante nos principais sistemas nacionais vai no sentido da relevância da sede *convencional* da arbitragem e não do lugar onde decorre o processo arbitral (...). Mas, na grande maioria dos casos, há uma coincidência entre a sede arbitral e a sede fáctica da arbitragem". A propósito do regime de reconhecimento de sentenças, então previsto no CPC, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras...", cit., pág. 114, sustentava que "(...) deve entender-se, a nosso ver, que o que é aqui decisivo não é o lugar onde foi proferida a sentença arbitral, mas sim o lugar onde decorreu a arbitragem: se este lugar tiver sido em Portugal, as decisões arbitrais não carecerão de revisão, quer tenham sido proferidas em Portugal quer no estrangeiro, para produzirem efeitos no nosso país; se a arbitragem teve lugar no estrangeiro, ficarão sujeitas ao processo de revisão do artigo 1094.º e seguintes do Código, quer tenham sido proferidas no estrangeiro, quer o hajam sido em Portugal".

¹⁵ Cfr. art. 2.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

¹⁶ Cfr. art. 5.º, n.º 3, da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

regime de reconhecimento previsto na NLAV, pois, expressamente se esclarece, no seu art. 55.º, que as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal uma vez reconhecidas pelo tribunal estadual português competente. Nos termos do art. 59.º, n.º 1, al. h), da NLAV, o reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro é da competência do Tribunal da Relação do distrito judicial do domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença. Vem, pois, aqui previsto um regime semelhante ao que já constava do art. 1095.º CPC, que antes regulava esta questão.

II. A NLAV veio trazer algumas modificações significativas relativamente ao regime anterior que regulava o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Estas modificações visaram aproximar o regime de reconhecimento de sentenças estrangeiro interno daquele que está previsto na Convenção de Nova Iorque, de modo a que o regime de reconhecimento de sentenças estrangeiro seja semelhante, independentemente do lugar onde a arbitragem ocorreu¹⁷.

Os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução estão expressa e taxativamente previstos no art. 56.º NLAV¹⁸. Tal como se encontra previsto na Convenção de Nova Iorque, estes pressupostos de reconhecimento de sentença arbitral estão formulados pela negativa,

¹⁷ O atual regime de reconhecimento da NLAV, semelhante ao previsto na Convenção de Nova Iorque, vem obviar à crítica feita por LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., págs. 317 ss., que considera despropositada a limitação do âmbito de aplicação da Convenção às decisões proferidas em Estados contratantes, com base numa ideia de reciprocidade. Entende o autor que, a ser adequado o regime da Convenção de Nova Iorque, então, deve ser aplicado ao reconhecimento de todas as decisões arbitrais estrangeiras. Consequentemente, defendia que Portugal devia retirar a reserva formulada. Já depois de a NLAV ter entrado em vigor, o autor veio considerar que "(...) o novo regime interno, alinhado com o regime da Convenção de Nova Iorque, conduz, em princípio, ao mesmo resultado prático": LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 569.

¹⁸ Vide, a propósito da Convenção de Nova Iorque, LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 300; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 593.

i.e., são indicadas as condições que, uma vez preenchidas, obstam ao reconhecimento.

Nos termos desta disposição, os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estão divididos em dois grupos principais: no n.º 1, al. a), estão indicados os fundamentos de recusa que têm de ser invocados e provados pela parte contra a qual a sentença é invocada. O ónus da prova corre, pois, pela parte contra quem o reconhecimento é invocado. No n.º 1, al. b), estão indicados os fundamentos de recusa que são de conhecimento oficioso¹⁹. Verificaremos, todavia, que a fronteira entre os fundamentos que são de conhecimento oficioso e os que o não são nem sempre é nítida.

III. Nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea i), NLAV – à semelhança do art. V, n.º 1, al. a), da Convenção de Nova Iorque, e do art. 36, n.º 1, al. a), subalínea i), da Lei Modelo da CNUDCI – é fundamento de recusa de reconhecimento a *incapacidade de uma das partes da convenção de arbitragem*. Essa capacidade é aferida, aquando da celebração da convenção de arbitragem²⁰, por aplicação da lei pessoal do sujeito – por, neste caso, as normas de conflitos relevantes serem as que estão em vigor no ordenamento jurídico português, pois é em Portugal que a sentença deve ser reconhecida²¹ –, determinada, para as pessoas singulares, nos termos do art. 25.º do Código Civil (CC), conjugado com o art. 31.º,

¹⁹ Sobre esta distinção, a propósito da Convenção de Nova Iorque, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Recognition of foreign arbitral awards in Portugal", *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Dezembro 2000, págs. 270-277, pág. 275; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 593.

²⁰ Neste sentido, a propósito do art. V, n.º 1, al. a), da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, PATRICIA NACIMIENTO, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, pág. 217.

²¹ A propósito da Convenção de Nova Iorque, considerando haver que recorrer às regras conflituais do Estado em que é pedido o reconhecimento, por a Convenção nada determinar a este respeito, cf. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 55. Também LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 300, considerava que: "A lei aplicável à capacidade é determinada, em princípio, pelo Direito de Conflitos do Estado de reconhecimento (...)". LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 593. Vide ainda MANUEL PEREIRA BARRO-CAS, *Manual de Arbitragem*, cit., págs. 699 ss., em especial, pág. 703.

n.º 1, CC, ou com o art. 32.º, no caso de apátridas; para as sociedades comerciais, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC); para as pessoas coletivas internacionais, nos termos do art. 34.º CC; para as outras pessoas coletivas, nos termos do art. 33.º CC²².

A invalidade da convenção de arbitragem, nos termos da lei que as partes designaram ou, na falta de designação, da lei do país onde foi proferida a sentença, é também fundamento de recusa. Na apreciação sobre a validade da convenção de arbitragem relevam quer os pressupostos de validade formal quer substancial²³.

É aqui dada prevalência à vontade das partes na determinação da lei aplicável para regular a convenção de arbitragem²⁴, o que está em consonância com a orientação seguida na NLAV, em cujo art. 51.º, n.º 1, se determina que, tratando-se de arbitragem internacional, a validade da convenção de arbitragem é apreciada, em primeira linha, à luz do Direito escolhido pelas partes para a reger.

Se se tratar de uma questão que se prenda com a desconformidade da constituição do tribunal ou do processo arbitral em relação à convenção de arbitragem nos termos acordados pelas partes, já não estaremos no âmbito do art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea i), mas antes do art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea iv), por se tratar, nesta matéria, de uma regra especial²⁵.

Sublinhe-se que, conforme veremos adiante, ainda que a convenção seja substancial e formalmente válida de acordo com as leis referidas, a sentença pode não ser reconhecida se, atento o disposto na al. b), subalínea i), o objeto do litígio não for suscetível de ser decidido mediante

²² ARMINDO RIBEIRO MENDES/DÁRIO MOURA VICENTE/JOSÉ MIGUEL JÚDICE/JOSÉ ROBIN DE ANDRADE/PEDRO METELLO DE NÁPOLES/PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, Almedina, Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem, 2012, pág. 105.

²³ A propósito da Convenção de Nova Iorque, vide LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 301; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 594.

²⁴ Neste sentido, a propósito do art. V, n.º 1, al. a), da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, PATRICIA NACIMIENTO, cit., pág. 223.

²⁵ Neste sentido, embora a propósito da Convenção de Nova Iorque, vide MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 56.

arbitragem de acordo com o Direito português²⁶; este já um fundamento de conhecimento officioso²⁷.

IV. Nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea ii), NLAV, à semelhança do art. V, n.º 1, al. b), da Convenção de Nova Iorque, e do art. 36, n.º 1, al. a), subalínea ii), da Lei Modelo da CNUDCI, também se admite que seja recusado o reconhecimento nos casos em que a parte não tenha sido devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou em que não tenha tido oportunidade de fazer valer os seus direitos.

O advérbio "devidamente" pode deixar ao intérprete alguma margem de apreciação²⁸, atentas as circunstâncias do caso concreto. O critério de decisão prender-se-á com a observância, ou não, dos princípios processuais fundamentais, *maxime* do contraditório e da igualdade das partes. Este fundamento de recusa de reconhecimento de sentença não vem, pois, alterar as regras procedimentais que foram acordadas; apenas

²⁶ ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., págs. 105 ss.

²⁷ Damos conta da orientação seguida pela doutrina maioritária, a propósito da articulação do art. V, n.º 1, al. a), com o art. V, n.º 2, al. a), ambos da Convenção de Nova Iorque, nos termos da qual a arbitrabilidade do litígio não é uma questão de validade da convenção de arbitragem a ser apreciada a propósito do art. V, n.º 1, al. a). Entende-se que a arbitrabilidade do litígio é um fundamento a ser apreciado no âmbito do art. V, n.º 2, al. a), e, como tal, deve ser analisada pela lei do país onde é pedido o reconhecimento da sentença e não pela lei que regula a convenção de arbitragem. Vide LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 301; *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, PATRICIA NACIMIENTO, cit., págs. 220 ss. Esta autora sublinha, no entanto, que, caso um litígio não seja arbitrável à luz da lei que regula a convenção de arbitragem, uma parte pode ainda pedir a sua anulação, o que poderá constituir fundamento de recusa de reconhecimento de sentença nos termos do art. V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque. Já no âmbito da NLAV, ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 105, sustenta que "[n]a determinação da validade da convenção em razão da arbitrabilidade do litígio há que atender ao disposto na subalínea i) da alínea b)".

²⁸ Neste sentido, a propósito do art. V, n.º 1, al. b), da Convenção de Nova Iorque, com referências jurisprudenciais, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, ANDRÉS JANA, ANGIE ARMER, JOHANNA KLEIN KRANENBERG, art. V, 1, b, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, págs. 242 ss.

se visa garantir que as partes foram devidamente informadas da designação dos árbitros, do próprio processo arbitral, bem como de todas as diligências do processo, e que lhes foi dado tempo suficiente para a elas responder ou comparecer em tribunal^{29/30}. Sublinhe-se ainda que, nos termos desta disposição, apenas se exige que tenha sido dada oportunidade à parte de fazer valer os seus direitos: se esta, tendo tido essa possibilidade, nada tiver feito, já não poderá invocar este fundamento de recusa de reconhecimento³¹.

A inobservância destes princípios pode ainda ser fundamento de recusa oficiosa de reconhecimento pelo tribunal, pois, nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. b), pode ser recusado o reconhecimento se se verificar que este conduz a um resultado contrário à reserva de ordem pública internacional do Estado português³². Ora esta reserva inclui o respeito pelos

²⁹ Orientação diferente, v.g., que sujeitasse o reconhecimento da sentença arbitral ao respeito pelas regras procedimentais do Estado do reconhecimento conduziria a que os árbitros tivessem que observar as regras de todos os Estados onde o pedido de reconhecimento da sentença pudesse vir a ser feito. *Vide*, a este propósito, acerca do art. V, n.º 1, al. b), da Convenção de Nova Iorque, com referências jurisprudenciais, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, ANDRÉS JANA et al., art. V, 1, b, cit., pág. 255; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 301; MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 57.

³⁰ Em acórdão do STJ, de 2 de Fevereiro de 2006, acedível em www.dgsi.pt, foi invocado como fundamento para recusa de reconhecimento de sentença o art. V, n.º 1, al. b) e o art. V, n.º 2, al. b), ambos da Convenção de Nova Iorque. Este tribunal veio considerar que, tendo sido dado como provado nos autos que a então recorrente tinha tido conhecimento do processo de arbitragem e da designação do árbitro, que "(...) não nomeou árbitro próprio, não comunicou os motivos da sua atuação ao árbitro que lhe foi nomeado, e nem, por fim recorreu da sentença arbitral. Quer isto, de facto, dizer que só não exerceu o seu direito de defesa porque não quis". E mais adiante, esclarece o tribunal, a propósito da expressão "devidamente informada", que "(...) importa averiguar para este efeito (...) se a parte contra quem a sentença é invocada foi ou não efectivamente colocada em posição de, querendo, poder fazer valer os seus pontos de vista perante os árbitros".

³¹ Também assim, acerca do art. V, n.º 1, al. b), da Convenção de Nova Iorque, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 57.

³² ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 106. Em sentido semelhante, entendendo que pode haver uma sobreposição entre a previsão de duas disposições semelhantes a estas, art. V, n.º 1, al. b) e art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, *vide Recognition and*

princípios mais estruturantes do Processo Civil como é o caso do princípio do contraditório e do princípio da igualdade das partes.

A recusa de reconhecimento da sentença arbitral com fundamento numa ou noutra disposição não é indiferente, pois, no primeiro caso, tem de ser alegado e provado pela parte contra quem é pedido o reconhecimento, enquanto no segundo é, como se disse, de conhecimento oficioso³³.

V. O disposto no art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea iii), NLAV, corresponde ao previsto no art. V, n.º 1, al. c), da Convenção de Nova Iorque, e no art. 36, n.º 1, al. a), subalínea iii), da Lei Modelo da CNUDCI, e aí se determina que o reconhecimento da sentença poderá ser recusado se esta se pronunciar sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou se contiver decisões que ultrapassem os termos da convenção. Ou seja, trata-se, neste caso, de uma hipótese em que existe uma convenção de arbitragem válida, mas em que o tribunal arbitral excedeu a sua competência³⁴.

Subjacente a esta disposição identifica-se, designadamente, o princípio do dispositivo, pretendendo-se aqui garantir que na decisão arbitral não há excesso de pronúncia nem violações dos termos da convenção³⁵.

Enforcement of Foreign Arbitral Awards..., ANDRÉS JANA et al., art. V, 1, b, cit., pág. 234; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 310; MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 57.

³³ Também assim, embora a propósito da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, ANDRÉS JANA et al., cit., pág. 234; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 310.

³⁴ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Art. V, 1, c), NICOLA CHRISTINE PORT, SCOTT ETHAN BOWERS, BETHANY DAVIS NOLL, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, págs. 257, 258.

³⁵ ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 106. Este autor dá como exemplo que cabe na previsão desta norma a hipótese de "(...) prolação pelos árbitros de uma sentença segundo a equidade, ou como *amiables compositeurs*, sem que as partes lhes tenham conferido tais poderes". *Vide* também DÁRIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional, Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, págs. 275 ss. Em sentido diverso, embora a propósito do art. V, n.º 1, al. c), da Convenção de Nova Iorque, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., págs. 269 ss., 302, e LUÍS

Com efeito, a competência dos tribunais arbitrais resulta do acordo das partes e, por isso, não pode extravasar os limites que foram estabelecidos por estas³⁶.

Situação distinta da aqui apreciada é aquela em que não há uma convenção de arbitragem válida, caso em que o fundamento para o não reconhecimento de sentença encontra-se previsto, não nesta subalínea iii), mas antes na subalínea i)³⁷.

Nesta subalínea iii) determina-se ainda que se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não tinham sido submetidas à arbitragem, podem reconhecer-se ou executar-se as primeiras. Subjacente a esta disposição está, pois, também uma ideia de aproveitamento dos atos desenvolvidos e de favorecimento do reconhecimento da sentença³⁸.

VI. O disposto no art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea iv), NLAV, corresponde ao previsto no art. V, n.º 1, al. d), da Convenção de Nova Iorque, e no art. 36, n.º 1, al. a), subalínea iv), da Lei Modelo da CNUDCI, e aí se determina que obsta ao reconhecimento de uma sentença arbitral a constituição do tribunal ou o processo arbitral desconforme à convenção das partes ou, na sua falta, à lei do país onde a arbitragem teve lugar.

DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 596, sustenta que “[d]eve entender-se que o preceito já não abrange o desrespeito de diretivas contidas na convenção de arbitragem ou no contrato, designadamente as estipulações sobre o Direito aplicável, nem o proferimento de uma decisão segundo a equidade não autorizada pelas partes”.

³⁶ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, c), NICOLA CHRISTINE PORT et al., cit., pág. 258.

³⁷ A propósito do art. V, n.º 1, als. a) e c), da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, c), NICOLA CHRISTINE PORT et al., cit., págs. 259.

³⁸ Apesar de esta dissociação das disposições da sentença apenas estar expressamente prevista no art. V, n.º 1, al. c), da Convenção de Nova Iorque, tem sido admitido que possa ser alargada a outras situações, como é o caso, v.g., de apenas o reconhecimento de parte da sentença conduzir a resultados contrários à reserva de ordem pública internacional do Estado do reconhecimento da sentença. Vide, a este propósito, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, c), NICOLA CHRISTINE PORT et al., cit., págs. 276; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional*, cit., pág. 302.

Os critérios para apreciar a desconformidade do procedimento arbitral são, em primeira linha, a convenção das partes³⁹ e, na sua falta, a lei do país onde a arbitragem teve lugar. A autonomia privada assume, pois, também nesta disposição, primazia⁴⁰. Em conformidade com esta ideia, não haverá fundamentos de recusa do reconhecimento da sentença se se verificar que, ainda que tacitamente, as partes modificaram as regras da arbitragem ou aceitaram a composição do tribunal⁴¹.

Este fundamento, previsto também na Convenção de Nova Iorque, não tem sido frequentemente invocado com sucesso nos casos em que aquele diploma é aplicado, uma vez que, por regra, as partes estão de acordo quanto à composição do tribunal arbitral e quanto ao processo arbitral, e o tribunal goza de uma ampla margem de discricionariedade quanto à tramitação processual⁴². Sublinhe-se, em todo o caso, que a liberdade que é conferida às partes de escolherem o procedimento arbi-

³⁹ As partes podem escolher aplicar as regras que regulam o processo arbitral de um Estado, ou podem acordar as suas próprias regras, independentemente de qualquer sistema legal, ou podem ainda decidir aplicar as regras de uma instituição de arbitragem – v.g., as regras da Câmara de Comércio Internacional. Cfr., a propósito do art. V, n.º 1, al. d), da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, pág. 282.

⁴⁰ Embora a propósito da Convenção de Nova Iorque, cf. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., pág. 281. Também sublinhando a consagração da primazia da autonomia da vontade, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, “A Convenção de Nova Iorque...”, cit., pág. 58.

⁴¹ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., pág. 289. Segundo MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pág. 707, “[é] necessário, porém, que as irregularidades praticadas sejam suficientemente graves e tenham influído na decisão da causa. Se se tratar de uma irregularidade irrelevante ou a parte, tratando-se de uma irregularidade relevante, tendo podido invocá-la, não o fez, não deve constituir motivo de recusa do reconhecimento e execução”.

⁴² Vide, a propósito da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., págs. 281 ss. Ainda a mesma autora dá conta de uma orientação jurisprudencial que, a este respeito, considera que o reconhecimento da sentença apenas deve ser recusado se a desconformidade verificada no processo arbitral tiver tido consequências na decisão tomada. Ainda segundo esta orientação, cabe à parte que se opõe ao reconhecimento o ónus de provar este nexo de causalidade, *ob. cit.*, pág. 297.

tral não é total, pense-se que, v.g., mesmo esta convenção fica sujeita ao crivo dos critérios que integram a reserva de ordem pública internacional do Estado de reconhecimento⁴³.

Este fundamento de recusa de reconhecimento pode concorrer com os previstos no art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea ii) e no art. 56.º, n.º 1, al. b), subalínea ii), na medida em que, v.g., a falta de uma notificação pode violar a convenção de arbitragem ou pode contrariar a reserva de ordem pública internacional portuguesa, para além de, na falta de convenção, também poder ser desconforme à lei do país onde a arbitragem teve lugar⁴⁴.

VII. O disposto no art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea v), NLAV, corresponde ao previsto no art. V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque, e no art. 36, n.º 1, al. a), subalínea v), da Lei Modelo da CNUDCI, e aí se determina que obsta ao reconhecimento de uma sentença arbitral o facto de esta ainda não se ter tornado obrigatória para as partes ou de ter sido anulada ou suspensa por um tribunal do país onde foi proferida⁴⁵, ou ao abrigo de cuja lei a sentença foi proferida.

Uma das questões que tem sido suscitada no âmbito da interpretação do art. V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque, prende-se com a concretização do conceito “sentença obrigatória para as partes”. De acordo com uma orientação, sustenta-se que deve ser feita uma interpretação autónoma do conceito e, em consequência, a sentença será considerada obrigatória desde que não seja possível dela recorrer para um tribunal de segunda instância que aprecie o mérito da sentença; segundo uma outra orientação, a sentença só será obrigatória se assim o considerar a lei do país de origem⁴⁶. Na doutrina portuguesa, quer MARIA CRISTINA

⁴³ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., pág. 283.

⁴⁴ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., pág. 281.

⁴⁵ Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 295, deve entender-se por lugar onde a decisão é proferida aquele onde “(...) normalmente a decisão seria proferida”.

⁴⁶ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Art. V, 1, e), NADIA DARWASEH, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, págs. 311 ss.

PIMENTA COELHO⁴⁷, quer LUÍS DE LIMA PINHEIRO⁴⁸ defendem a tese referida em primeiro lugar. DÁRIO MOURA VICENTE, interpretando o art. 56.º, n.º 1, al. a), subalínea v), da NLAV, sustenta que deverão ser consideradas obrigatórias “(...) as sentenças que possam ser executadas segundo a lei (...)” do país onde foram proferidas⁴⁹.

Para além dos casos em que a sentença não se tenha tornado obrigatória, o legislador especifica também, como fundamento de recusa do reconhecimento, os casos em que a sentença tenha sido “(...) anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou ao abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida”⁵⁰. Atente-se aqui ainda ao disposto no art. 56.º, n.º 2, da NLAV, que corresponde, *grosso modo*, ao previsto no art. VI da Convenção de Nova Iorque e ao art. 36, n.º 2, da Lei Modelo da CNUDCI, e que regula uma situação transitória. Nos termos desta disposição da NLAV, se já tiver sido apresentado um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença no tribunal onde a sentença foi proferida, o tribunal português onde foi pedido o reconhecimento pode suspender a instância e pode ainda, a requerimento da parte que pediu o reconhecimento, ordenar à outra parte que preste caução adequada. A decisão de

⁴⁷ MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, “A Convenção de Nova Iorque...”, cit., pág. 60.

⁴⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., págs. 305 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., págs. 600 ss.

⁴⁹ ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 106, o autor esclarece que “(...) não parece exigível que a sentença, a fim de ser tida como obrigatória, haja sido objecto de *exequatur* no país de origem”, e acrescenta que o requisito da obrigatoriedade pode “(...) considerar-se preenchido ainda que haja sido interposto recurso contra a sentença arbitral, contanto que este tenha carácter meramente devolutivo”.

⁵⁰ A recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais que foram impugnadas no Estado de origem tem, segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 76, subjacente a seguinte consideração: “(...) a parte vencida deve ter o direito de ver a validade da decisão decidida definitivamente numa só jurisdição estadual. Caso contrário, a parte que obteve uma decisão favorável poderá fazer sucessivas tentativas de reconhecimento e execução em vários países, forçando a outra parte ou a cumprir uma decisão questionável ou a suportar os custos de uma oposição ao reconhecimento em todos estes países”.

suspensão e de pedido de caução cabe dentro da discricionariedade do juiz, que decidirá conforme julgar apropriado⁵¹.

Esta solução prevista na NLAV conduz a uma maior harmonia internacional entre os vários Estados, na medida em que permite obstar ao reconhecimento de sentenças que não produzem efeitos no próprio Estado onde foram proferidas. Com vista a evitar situações claudicantes, resultantes do reconhecimento no ordenamento jurídico português de uma sentença que vem depois a perder os efeitos jurídicos que visava produzir no Estado de origem, admite-se que a instância que corre termos em Portugal seja suspensa. Todavia, neste caso, e uma vez que não há ainda uma decisão do país de origem que coloque em causa a produção dos efeitos da sentença arbitral, a suspensão da instância em tribunais portugueses pode ficar dependente de uma caução, que poderá assegurar que a parte que pretende que seja reconhecida a sentença no ordenamento jurídico português não seja prejudicada por essa suspensão. A prestação da caução poderá também desincentivar a parte que pede a anulação ou a suspensão da sentença no tribunal de origem o faça com intuítos meramente dilatatórios ou mesmo reconduzíveis a situações de litigância de má-fé, visando apenas retardar a produção dos efeitos daquela sentença. Atenta a diversidade de contornos que estas situações podem assumir, colocando frequentemente em causa interesses económicos sig-

⁵¹ Refira-se que já tendo subjacente o regime previsto na Convenção de Nova Iorque, o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão proferido em 30 de Junho de 2011, Proc. 2004/08.6TVLSB-A-7, disponível em www.dgsi.pt, decidiu que “I – O Artigo VI da Convenção de Nova Iorque de 10-5-1958 (C. N. I.) admite que seja diferida a pronúncia sobre o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira noutra Estado, com fundamento na pendência de acção de anulação da mesma sentença num tribunal do Estado Contratante onde foi constituído o tribunal arbitral. Admite também que, a requerimento da parte que pretende o reconhecimento, sejam exigidas da contraparte garantias adequadas. II – Em face de lei portuguesa, o diferimento da decisão pode ser obtido através da declaração de suspensão da instância, ao passo que à prestação de garantias se ajusta o incidente de prestação de caução. III – A exigência de caução na acção de reconhecimento tanto pode apresentar-se como condição para que seja declarada a suspensão da instância, como pode corresponder a uma reacção do Autor à suspensão da instância anteriormente declarada, com vista a tutelar o direito que emerge da sentença arbitral. IV – Nem a C. N. I., nem a lei portuguesa impõem que o incidente de prestação de caução seja suscitado com a apresentação da resposta ao pedido de suspensão da instância, sendo oportuno enquanto a instância se mantiver suspensa”.

nificativos, é conferida ao julgador uma ampla margem de atuação que lhe permite adotar a solução que considere mais adequada.

VIII. Para além destas razões que podem fundamentar a recusa do reconhecimento da decisão arbitral, e que devem ser invocadas e provadas pela parte contra quem foi pedido o reconhecimento, já acima foi referido que há ainda outras razões que podem obstar a este reconhecimento, estas de carácter oficioso, que estão previstas no art. 56.º, n.º 1, al. b), e as quais têm correspondência também na Convenção de Nova Iorque, art. V, n.º 2, als. a) e b) e no art. 36.º, n.º 1, al. b), da Lei Modelo da CNUDCI.

Nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. b), subalínea i), NLAV, a sentença arbitral pode não ser reconhecida se o objeto do litígio não for suscetível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o Direito português.

A questão aqui suscitada prende-se, pois, com a arbitrabilidade do objeto do litígio, ou seja, se a situação pode ser julgada por tribunal arbitral. Para determinar se o objeto é ou não arbitrável, há que aplicar a lei portuguesa, uma vez que a questão do reconhecimento se coloca em Portugal. Deve, pois, atentar-se aqui ao que dispõe o art. 1.º da NLAV. Nos termos desta disposição, no que respeita à delimitação dos litígios que são arbitráveis, é combinado o critério da patrimonialidade dos interesses a que respeite o litígio – presente no art. 1.º, n.º 1 – com o critério da transigibilidade do direito controvertido – previsto no art. 1.º, n.º 2 –, sendo este subsidiário daquele⁵².

⁵² ARMINDO RIBEIRO MENDES/DÁRIO MOURA VICENTE/JOSÉ MIGUEL JÚDICE/JOSÉ ROBIN DE ANDRADE/PEDRO METELLO DE NÁPOLES/PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 1.º, DÁRIO MOURA VICENTE, Almedina, Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem, 2012, págs. 15 ss. Esclarece ainda o autor que “[d]evem ter-se como patrimoniais, para este efeito, os interesses que podem ser avaliados em dinheiro; são insusceptíveis de transacção, nos termos do art. 1249.º do Código Civil, os direitos de que os respectivos titulares não podem dispor e as questões respeitantes a negócios ilícitos”. A propósito da arbitragem em geral, LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 105, considera que “[o] critério da disponibilidade do Direito é justificado, porquanto é nas relações que dependem da vontade das partes, e só nestas, que se deve admitir o exercício de uma actividade jurisdicional por particulares. A sujeição a arbitragem de relações indisponíveis permitiria facilmente às partes torcer a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que actuassem de acordo com a sua vontade”.

A questão da arbitrabilidade toca, neste caso, essencialmente, em aspetos que se prendem com os interesses nacionais em que determinados litígios não sejam sujeitos a arbitragem⁵³. Ou seja, está em causa o interesse público em que determinados litígios sejam apreciados apenas em instâncias judiciais⁵⁴.

O outro fundamento de recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira de conhecimento oficioso está consagrado no art. 56.º, n.º 1, al. b), subalínea i): que o reconhecimento da sentença não conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.

O resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional pode resultar da contrariedade com os princípios ou com os valores materiais fundamentais em que assenta o ordenamento jurídico português⁵⁵. Nesse sentido, v.g., a atribuição de *punitive damages* pode constituir um obstáculo ao reconhecimento da respetiva sentença⁵⁶. Os princípios atingidos podem também estar subjacentes à justiça processual⁵⁷, v.g., o princípio do contraditório⁵⁸. Neste caso, esta contrariedade pode resultar da aplicação ao caso de regras processuais escolhidas pelas

⁵³ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, coord. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Wolters Kluwer, 2010, págs. 345 ss., pág. 347.

⁵⁴ A propósito do art. V, n.º 2, al. a), da Convenção de Nova Iorque, cf. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 62. A autora considera que esta alínea seria desnecessária, por já estar abrangida pelo âmbito de aplicação do art. V, n.º 2, al. b).

⁵⁵ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., págs. 410 ss.

⁵⁶ A propósito do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., pág. 402; KYRIAKI NOUSSIA, "Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?", *Journal of International Arbitration*, 27 (3), 2010, págs. 277-294, págs. 286 ss.

⁵⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 310; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 607.

⁵⁸ Acerca das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a falta de fundamentação da sentença como razão justificativa do não reconhecimento da sentença arbitral, no âmbito do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., págs. 374 ss. Sobre o princípio do contraditório, *idem, ibidem*, págs. 386 ss.

partes. Assim, a conformidade com os princípios que integram a reserva de ordem pública internacional estabelece um limite à autonomia privada que pode ser exercida pelas partes no âmbito do processo arbitral⁵⁹.

Fiel à própria noção de reserva de ordem pública internacional, na NLAV, tal como já antes no art. 1096.º, al. f), CPC, releva, no preenchimento deste pressuposto, o resultado decorrente do reconhecimento da sentença e não apenas, em abstrato, a possível contrariedade aos princípios fundamentais que integram essa reserva⁶⁰. Não basta, pois, atender ao teor da sentença, é ainda necessário que o seu reconhecimento conduza a um resultado que é manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português⁶¹.

Esta disposição pode, conforme se referiu, concorrer com o disposto no art. 56.º, n.º 1, al. a), *maxime* com a subalínea ii), da NLAV, que reflete, designadamente, o princípio do contraditório⁶². Todavia, caso a situação seja reconduzível à previsão da al. b), ainda que a parte contra quem a sentença é invocada não alegue nem prove tais factos, estes podem ainda, segundo uma parte da doutrina⁶³, ser de conhecimento oficioso e obstar ao reconhecimento da sentença.

⁵⁹ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 1, d), PATRICIA NACIMIENTO, cit., págs. 283, 285.

⁶⁰ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras...", cit., pág. 140; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., pág. 483.

⁶¹ A propósito do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., págs. 364 ss.

⁶² No já *supra* citado acórdão do STJ, de 2 de Fevereiro de 2006, a propósito da aplicação do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, foi sustentado que a reserva de ordem pública internacional, sendo "[c]onstituída por um conjunto de princípios fundamentais estruturantes da presença do país no concerto das nações – como é, designadamente, o caso da regra *pacta sunt servanda* –, nenhum princípio dessa ordem pública exige a citação por carta registada com A/R e que nela se use a língua nacional do citando".

⁶³ Neste sentido, a propósito da Convenção de Nova Iorque, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 310; já antes, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 57. Ainda a propósito do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., págs. 366 ss., dá conta de que,

O art. 56.º, n.º 1, al. b), subalínea ii), estabelece uma redação semelhante à que está prevista no art. 1096.º, al. f), CPC, mas literalmente mais exigente do que a prevista, v.g., na Convenção de Nova Iorque, em que apenas se faz referência à contrariedade à ordem pública. Na redação prevista na lei portuguesa, exige-se mais, exige-se que conduza a um “resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português”.

A entender-se que a inclusão do advérbio “manifestamente” tem o sentido de exigir uma especial contrariedade dos efeitos da sentença face à ordem pública internacional portuguesa, tal poderia significar que seria mais fácil o reconhecimento de sentenças arbitrais à luz do Direito interno português do que à luz do regime previsto na Convenção de Nova Iorque, já que aquele revela um regime mais excepcional no funcionamento da reserva de ordem pública internacional. Neste sentido, atento o princípio do tratamento mais favorável previsto na Convenção de Nova Iorque, poderia ser afastada a aplicação deste diploma em detrimento do regime previsto na NLAV, menos exigente, por impedir o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras apenas nos casos em que a contrariedade à reserva de ordem pública internacional é manifesta⁶⁴.

Todavia, uma das características da reserva de ordem pública internacional é a sua excepcionalidade. Assim, a referência expressa que consta da NLAV à “manifesta incompatibilidade” visará, parece-nos, sublinhar

segundo uma orientação jurisprudencial, relativamente à qual não existe unanimidade, os fundamentos previstos no n.º 1 e o n.º 2 do art. V se encontram numa relação de especialidade. De acordo com esta orientação, o fundamento de contrariedade à reserva de ordem pública internacional não pode ser invocado se a situação já couber na previsão de algum dos fundamentos previstos no art. V, n.º 1. O autor sustenta que esta orientação permite que sejam atendidas as diferenças de exigência de ónus da prova consagradas nos n.ºs 1 e 2 do art. V. *Vide supra* nota 32 e texto correspondente.

⁶⁴ ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 106.

esta característica⁶⁵, mas não, necessariamente, estabelecer um regime distinto do previsto na Convenção de Nova Iorque⁶⁶.

A reserva de ordem pública internacional apresenta também como característica o caráter evolutivo, refletido, designadamente, no desenvolvimento relativo aos valores e princípios fundamentais consagrados constitucionalmente⁶⁷. Os princípios considerados estruturantes num determinado sistema jurídico podem variar em função da evolução ética, cultural, religiosa, política, económica de uma sociedade, daí que haja que determiná-los no momento atual⁶⁸.

⁶⁵ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., pág. 483, veio aplaudir a alteração ao CPC feita pelo DL 329-A/95, de 12/12, em que, entre os requisitos necessários para a confirmação de sentença estrangeira, previstos no art. 1096.º, al. f), CPC, passou a constar que essa sentença não contivesse “(...) decisão cujo reconhecimento não conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da reserva de ordem pública internacional do Estado Português” (sublinhado nosso). Segundo este autor, “(...) a introdução do advérbio «manifestamente» (...) é também uma inovação oportuna, porque traduz com propriedade o carácter excepcional da intervenção da ordem pública”. Já ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras...”, cit., pág. 141, a propósito da mesma alteração legislativa, considerava que “(...) o ter-se acrescentado o advérbio manifestamente tem por fito (...) limitar a intervenção da reserva de ordem pública internacional aos casos que assumam um grau particularmente grave de desconformidade do resultado concreto a que se chega com os valores fundamentais da ordem pública do foro”.

⁶⁶ Neste sentido, sublinhe-se que, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 22-XII, se considerou que “[e]m matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, incorpora-se no presente diploma o regime da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitrais Estrangeiras, ao mesmo tempo que se atribui aos tribunais de segunda instância a competência para decidir sobre o reconhecimento e a admissão à execução de tais sentenças”. Também LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 570, sustenta que o regime previsto na NLAV e o constante da Convenção de Nova Iorque, em sede de reserva de ordem pública internacional, não apresentam divergências. Entende que, mesmo no âmbito da Convenção de Nova Iorque, a reserva de ordem pública internacional relevante é a do Estado do reconhecimento da sentença e que esta deve ter sempre uma aplicação excepcional, i.e., apenas em caso de manifesta incompatibilidade se justifica a recusa do reconhecimento.

⁶⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 593.

⁶⁸ FERNANDO J. BRONZE, “Pessoa, Direito e Estado (algumas reflexões)”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2008,

Nem a reserva de ordem pública internacional do país onde a arbitragem tem lugar, nem a de outro país, são relevantes para o reconhecimento da sentença nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. b), subalínea i), da NLAV⁶⁹. Embora no âmbito da Convenção de Nova Iorque, tem sido objeto de apreciação pela doutrina e pela jurisprudência – sem que exista ainda unanimidade – a questão de saber se é admissível um reconhecimento parcial da sentença. Esse reconhecimento parcial estaria dependente da possibilidade de separar a decisão em parcelas que, produzindo efeitos no Estado do reconhecimento, fossem contrários e as que o não fossem à reserva de ordem pública internacional. Apenas as parcelas cujo reconhecimento não fosse contrário à reserva de ordem pública internacional do Estado de reconhecimento poderiam produzir efeitos neste Estado⁷⁰.

Em sede distinta, a reserva de ordem pública internacional pode ainda ser relevante como causa, não de obstáculo ao reconhecimento da sentença, mas sim de anulação da sentença, nos casos em que a sentença seja proferida em Portugal e tenha sido aplicado Direito não português ao fundo da causa (cfr. art. 54.º NLAV).

IX. Da apreciação dos fundamentos de recusa do reconhecimento de sentença arbitral previstos no art. 56.º, n.º 1, da NLAV, resulta a exclusão de qualquer revisão de mérito da sentença arbitral. Trata-se, pois, de um sistema de reconhecimento formal⁷¹.

págs. 291-318, pág. 308, a propósito do carácter de 'actualidade' da ordem pública, considera que "(...) o sentido do direito não pode ser de-finido pelos fundamentos assimilados – tem que re-construir-se permanentemente em vista da historicidade que o anima". A propósito do art. V, n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque, cfr. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., págs. 366 ss.

⁶⁹ No mesmo sentido, no âmbito da Convenção de Nova Iorque, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., pág. 368.

⁷⁰ *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards...*, Art. V, 2, DIRK OTTO/OMAIA ELWAN, cit., págs. 412 ss.

⁷¹ ARMINDO RIBEIRO MENDES..., *Lei da arbitragem voluntária anotada*, art. 56.º, DÁRIO MOURA VICENTE, cit., pág. 105. A propósito da Convenção de Nova Iorque, cf. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 55; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 311; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 610; DÁRIO MOURA VICENTE, "Recognition of

A sustentar esta conclusão, note-se que, v.g., não é fundamento de recusa de reconhecimento o erro, mesmo que manifesto, na aplicação do Direito ao caso ou na apreciação da matéria de facto⁷².

Tal como, ainda que tenha havido recusa de reconhecimento por este conduzir a um resultado manifestamente contrário à reserva de ordem pública internacional, daí não deriva uma apreciação do mérito da sentença⁷³. Com efeito, os factos podem ter sido corretamente apreciados e o Direito devidamente aplicado ao caso, i.e., tecnicamente, a sentença arbitral pode ser irrepreensível e, no entanto, o seu reconhecimento no Estado do foro, e conseqüente produção de efeitos, pode ser intolerável atentos os princípios fundamentais do ordenamento jurídico deste Estado.

X. A tramitação do processo de reconhecimento encontra-se prevista no art. 57.º da NLAV. Aí se determina, no n.º 1, que a parte que pretenda o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira deve fornecer o original da sentença devidamente autenticado ou cópia devidamente certificada; bem como deve também fornecer o original da convenção de arbitragem ou cópia autenticada da mesma. Se estes documentos não estiverem redigidos em língua portuguesa, a parte que requer o reconhecimento, deve fornecer uma tradução certificada⁷⁴.

Visa-se aqui facilitar o reconhecimento de sentenças, limitando-se as exigências ao mínimo necessário para verificar os requisitos exigidos para esse reconhecimento. Esta disposição tem correspondência com o art. IV, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque e o art. 35.º, n.º 2, da Lei-Modelo da CNUDCI.

foreign arbitral awards in Portugal", *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Dezembro 2000, págs. 270-277, pág. 275.

⁷² A propósito da Convenção de Nova Iorque, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 55.

⁷³ A propósito da Convenção de Nova Iorque, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 55; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, cit., pág. 171.

⁷⁴ Já entendendo que mesmo à luz do regime previsto no CPC estes eram requisitos necessários ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, cfr. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque...", cit., pág. 65.

A parte contrária é, nos termos do art. 57.º, n.º 2, NLAV, depois de apresentada a petição de reconhecimento e os documentos indicados no n.º 1, citada para deduzir oposição no prazo de 15 dias.

Depois da fase dos articulados e da realização das diligências que o relator considere indispensáveis, o exame do processo é facultado às partes e ao Ministério Público, o que se justifica atendendo aos interesses públicos que também podem estar subjacentes ao reconhecimento, ou não, da sentença arbitral estrangeira.

XI. Uma última referência às sentenças arbitrais estrangeiras sobre litígios de Direito Administrativo, previstos no art. 58.º, e nos termos do qual o reconhecimento destas sentenças deve observar as regras gerais aqui apreciadas. Devem, todavia, ser feitas as adaptações que sejam justificadas atento o regime processual específico dos tribunais administrativos.

Neste caso, o tribunal competente para decidir sobre o reconhecimento da sentença arbitral é, conforme determina o art. 59.º, n.º 2 e n.º 1, al. h), da NLAV, o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença.

Conclusão

De um sistema de assimilação que se encontrava consagrado no Direito português, em que se aplicava, na parte em que o pudesse ser, o regime estabelecido para o reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras também às decisões arbitrais estrangeiras⁷⁵, passou-se para um sistema *sui generis*. Nesta solução, a sentença arbitral estrangeira fica sujeita, tal como as sentenças judiciais estrangeiras, a um processo de reconhecimento, estando os fundamentos de recusa previstos na NLAV⁷⁶. Já as sentenças judiciais estrangeiras ficam sujeitas aos fundamentos de recusa de reconhecimento que já se encontravam previstos no CPC.

⁷⁵ Art. 1097.º CPC.

⁷⁶ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 566.

Esta solução permite maior previsibilidade na aplicação da lei e adequação à questão em apreço, uma vez que a aplicação do regime previsto no art. 1096.º CPC “na parte em que o [pudesse] ser” poderia colocar problemas quanto à sua interpretação e aplicação⁷⁷.

Acresce que a adoção de um regime de reconhecimento que já vigorava, em parte muito significativa, no ordenamento jurídico português, permite a uniformização de soluções, simplificando o processo decisório judicial – porque tendencialmente uno –, contribuindo para a melhor administração da justiça.

⁷⁷ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., pág. 566. Atente-se, a título ilustrativo, no exemplo oferecido por MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, “A Convenção de Nova Iorque...”, cit., pág. 65, que discutia se, para o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, era necessária a apresentação da convenção de arbitragem, concluindo que sim, mas sublinhando que o art. 1096.º CPC não havia sido “(...) pensado em especial para as sentenças arbitrais”.

Arbitragem internacional com estados na nova lei de arbitragem voluntária

I. A arbitragem internacional e a sua localização

1.1. O Capítulo IX («Da arbitragem internacional») da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que aprova a Lei da Arbitragem Voluntária (doravante, LAV), dedica especificamente um só preceito à arbitragem internacional em que uma das partes seja «um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada»: o artigo 50.º. No entanto, o pleno alcance deste preceito só pode ser percebido pelo exame de múltiplas interrelações com outras normas contidas desde logo no Capítulo IX, mas não apenas neste. Assim, importa em primeiro lugar saber em que consiste essa arbitragem internacional em que um Estado (para simplificar, falaremos em princípio apenas deste) se pode ver envolvido.

1.2. Segundo o artigo 49.º, n.º 1,¹ «entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional». Se a este *comércio* correspondessem apenas os atos regidos pela lei comercial (artigo 1.º do Código Comercial Português), seriam por certo bastante raras as situações em que um Estado, ou mesmo «uma organização controlada por um Estado», a seu propósito se vissem envolvidos em arbitragem.

Alguma frequência teriam quando muito as arbitragens em que figurassem como partes sociedades dominadas por Estados.

¹ Pertencem à LAV quaisquer preceitos não referidos a outro diploma.

Mas o emprego, no n.º 1 do artigo 49.º da LAV, da expressão «interesses do comércio internacional» reflete a inspiração colhida do amplo entendimento que, no seio da UNCITRAL, se fez do artigo 1 (âmbito de aplicação) da Lei Modelo sobre arbitragem comercial internacional. Embora este preceito apenas empregue o termo «comercial» sem mais concretização, uma nota de pé de página deixa claro que, com o seu emprego, se pretende abarcar todos os diferendos em que os interesses em conflito se cifrem, ou ao menos tenham tido origem, em transações de natureza económica². Na lista de operações ou atividades de sentido económico que, a título de uma por assim dizer interpretação autêntica, figuram na nota transcrita, encontramos, a par de outras, todas aquelas que, concebivelmente, poderão respeitar a prestações submetidas ou suscetíveis de ser submetidas à concorrência de mercado, designadamente as elencadas no n.º 2 do artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos (CCP). Apenas ficarão portanto excluídos os contratos de Estado sobre o exercício de poderes públicos.

A referência que aqui fazemos a categorias contratuais do CCP português não implica o esquecimento de que pode um outro Estado que não o português ser parte numa arbitragem internacional localizada em Portugal, como adiante melhor se verá. Trata-se, pois, apenas de mostrar que o escopo da arbitragem internacional tendo por parte um Estado incluirá, graças ao vasto âmbito da expressão «interesses do comércio», os litígios emergentes de contratos da Administração que não tenham por objeto o exercício de poderes públicos.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual por danos causados no exercício de poderes públicos compreender-se-á também no âmbito dos «interesses do comércio internacional» para o efeito de poder

² «The term «commercial» should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road».

constituir objeto de arbitragem internacional quando os bens afetados estejam ligados a uma atividade económica³.

1.3. Não basta, porém, procurar atribuir um conteúdo ao conceito indeterminado de *comércio*: torna-se igualmente necessário saber o que é que se há-de considerar comércio *internacional* para que nos não encontremos perante uma arbitragem interna. Mais uma vez, quase se não descobrem elementos úteis na LAV para o preenchimento desta qualificação, que o n.º 1 do artigo 49.º de certo modo duplica tautologicamente ao aplicá-la tanto à arbitragem como ao comércio.

Na terminologia da LAV, à *arbitragem internacional* contrapõe-se a *arbitragem interna* (artigo 49.º, n.º 2). Alguma coisa há-de, portanto, conferir um cunho de internacionalidade à área patrimonial onde se localizam os «interesses do comércio» para separar os campos próprios das duas arbitragens. A LAV mostra no entanto claramente que o fator de internacionalização da arbitragem não reside na sua localização fora do território nacional: do artigo 51.º, n.º 2, bem como do artigo 54.º, retira-se, pelo contrário, que uma arbitragem pode ser internacional apesar de ser localizada em Portugal.

A complexidade do n.º 3 do artigo 1 da Lei Modelo da UNCITRAL, que enuncia critérios de internacionalidade de muito diversa ordem (desde o da sede das partes em diferentes territórios estaduais no momento da conclusão da convenção de arbitragem, ao da localização da arbitragem em Estado diferente daquele em cujo território as partes têm as suas sedes) faz-nos duvidar do seu préstimo enquanto elemento adjuvante da interpretação do n.º 1 do artigo 49.º da LAV nos casos em que uma das partes seja um Estado. De maior utilidade parece o n.º 1 do artigo 25 da *Convenção de Washington de 1965 sobre a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*. Este preceito baseia a competência do *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos* (CIRDI/ICSID) na circunstância de o diferendo se travar entre um Estado e um nacional de outro Estado. Temos presente que nem todos os litígios envolvendo um

³ Por isso, no elenco da anotação ao n.º 1 do artigo 1 da Lei Modelo da UNCITRAL, se referem «... relationships of a commercial nature, *whether contractual or not*» (sublinhado nosso).

Estado e suscetíveis de serem submetidos à arbitragem internacional da LAV terão por objeto investimentos para efeito de aplicabilidade daquela Convenção⁴. Mas aquilo que aqui interessa é a ideia subjacente: a do

⁴ Não encontramos à primeira vista fundamento para, por uma razão de especialidade, excluir do âmbito da arbitragem internacional regulada pela LAV a arbitragem sobre diferendos decorrentes de um investimento entre um Estado (ou uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada) e um nacional de outro Estado. O investimento tem lugar expresso nas categorias de atividade constantes da lista interpretativa anexa ao artigo 1 da Lei Modelo da UNCITRAL. Aliás, não obstante a polémica doutrinária sobre a extensão admissível de uma analogia entre as arbitragens no quadro de BITs e as arbitragens comerciais em sentido estrito, os tribunais nacionais vêm decidindo de maneira consistente no sentido de que as decisões arbitrais respeitantes a diferendos surgidos no âmbito de BITs mas não proferidas no quadro do CIRDI/ICSID são qualificáveis como «comerciais» para suscetibilidade de reconhecimento e execução nos termos do Artigo I (3) da *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 1958*, bem como da Lei-Modelo da UNCITRAL (v. MCLACHLAN/SHORE/WEINIGER, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 65).

A participação de um Estado na relação litigiosa internacionalmente arbitrável é, por seu turno, uma hipótese prevista pelo artigo 50.^o Ainda quando o Estado parte no litígio e o Estado cuja nacionalidade seja detida pelo outro sujeito envolvido sejam contratantes da *Convenção de Washington, de 1965, para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*, a competência de outras jurisdições, nomeadamente arbitrais, não ficará *ipso facto* excluída em benefício da do CIRDI. Isso só sucederá, nos termos do artigo 26 da Convenção, a partir do momento em que ambas as partes no litígio tenham dado o seu consentimento para a arbitragem no âmbito da Convenção. A menos, portanto, que, através de tal consentimento, ambas as partes hajam renunciado a qualquer outro meio de resolução, poderão elas convencionar outro tipo de solução arbitral, nomeadamente aquela que caiba nos parâmetros da LAV.

Os tratados bilaterais de investimento (BITs) contêm frequentemente uma cláusula denominada no jargão transnacional «*fork in the road*». Tal tipo de estipulação confere ao investidor a faculdade de escolher entre a atuação da pretensão através dos tribunais domésticos do Estado de acolhimento ou de arbitragem internacional. Só uma vez feita esta opção, ela se torna irrevogável. Mas a opção pela arbitragem internacional não é unidirecional, tudo dependendo, quanto à instância arbitral competente para dirimir o litígio sobre um investimento, do que constar do tratado bilateral em questão e/ou de eventuais prévias cláusulas compromissórias.

A tendência mais recente da «jurisdição CIRDI» consiste em distinguir entre pretensões baseadas nos contratos de investimento (*contractual claims*) e pretensões baseadas nos tratados bilaterais de investimento (*treaty claims*). Quanto às primeiras, valem as cláusulas compromissórias contendo seleção do foro, ao passo que, quanto às segundas,

préstimo da arbitragem internacional nos litígios entre Estados e nacionais de outros Estados como modo de prescindir do recurso aos mecanismos da proteção diplomática. Sem que se devam excluir absolutamente, à partida, outros critérios de «internacionalidade», para todos os efeitos, a imputação a um sujeito de direito estrangeiro dos interesses comerciais controvertidos com um Estado indicia suficientemente a internacionalidade do diferendo.

O critério formal da nacionalidade não pode ser, porém, aplicado cegamente em relação às sociedades comerciais constituídas no território do Estado com o qual se envolvem em litígio. A prática da arbitragem comercial vai no sentido de não confinar ao local da constituição e, ou, da sede social a qualificação como estrangeiros dos interesses incorporados na sociedade. Embora haja que ter cautela com as generalizações, a tendência parece ser, pelo contrário, a de desconsiderar o «véu» da personalidade societária e, portanto, da nacionalidade da sociedade, para atender em vez disso às nacionalidades daqueles que detêm o efetivo controlo sobre a pessoa coletiva.

É esse o regime estatuído no artigo 25, n.^o 2, alínea b), da *Convenção de Washington, de 1965, para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*. Nos respectivos termos, considera-se «nacional de outro Estado Contratante» qualquer pessoa coletiva que tenha a nacionalidade do Estado de acolhimento do investimento desde que, em virtude do controlo sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratá-la como um nacional de outro Estado Contratante. Sem prejuízo da barreira, colocada por esta necessidade de estipulação, à total subversão do efeito da nacionalidade da pessoa coletiva em benefício das conexões materiais com centros de interesses localizados no exterior, o certo é que a «jurisprudência CIRDI/ICSID» se tem mostrado flexível no tocante à forma da requerida convenção. Assim, a inserção, num contrato, de uma cláusula compromissória CIRDI/ICSID tem sido aceite com o sentido de implicar um acordo quanto ao tratamento da sociedade nacional contratante como

relevam as disposições sobre jurisdição contidas no tratado. V. DOLZER/SCHREUER, *Principles Of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 219.

entidade estrangeira, desde que ela se encontre efetivamente sujeita ao controlo de uma entidade nacional de outro Estado parte na Convenção⁵.

Apesar do carácter flexível dos preceitos sobre nacionalidade em muitos tratados bilaterais sobre investimento e da apreciação liberal pelos tribunais arbitrais quanto à ocorrência dos requisitos da sua jurisdição terem conduzido ao alargamento do âmbito internacional de diferendos envolvendo Estados e particulares⁶, as dificuldades não se encontram todas removidas, mesmo no campo da jurisdição arbitral CIRDI/ICSID. Neste domínio, elas ressurgem a propósito da densificação do conceito de controlo. Como sucede também noutros campos do Direito, a determinação da existência de controlo (neste caso, controlo estrangeiro) tem-se revelado uma questão complexa, assente em vários fatores, desde a estrutura do capital social, aos direitos de voto e à participação na gestão⁷.

Não se creia, porém, que a qualificação de uma arbitragem como internacional à luz de fatores de conexão com interesses estrangeiros de uma sociedade da nacionalidade do Estado com a qual se encontra em litígio se confina aos diferendos sobre investimento estrangeiro, ou – ainda de modo mais circunscrito – à aplicação do artigo 25, n.º 2, alínea b), da Convenção de Washington de 1965. Se bem que, na sua recente versão de Janeiro de 2012, o *Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional* já não qualifique a competência dos tribunais arbitrais constituídos no respetivo âmbito em função de uma natureza internacional da arbitragem, a verdade é que ao longo do seu percurso iniciado em 1923, a CCI que, inicialmente, apenas considerara *internacionais* os diferendos envolvendo nacionais de diferentes Estados, alterou o seu Regulamento a partir de 1927 para abranger os litígios comportando um «elemento estrangeiro» mesmo que as partes tivessem todas elas a mesma nacionalidade. E, em relação a um conceito tornado central de «diferendos comerciais com carácter internacional» (*business disputes of an international character*), a praxis jurisprudencial desde cedo firmada foi a de proceder a uma interpretação lata do termo «internacional», considerando como tal um diferendo entre duas entidades

⁵ Cfr. DOLZER/SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 53.

⁶ Cfr. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, p. 116.

⁷ Cfr. DOLZER/SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 54.

com a mesma nacionalidade quando uma delas fosse subsidiária de uma sociedade estrangeira. Isso valia, designadamente, para os litígios entre uma sociedade nessas condições e o Estado em cujo território fosse formada⁸.

II. Os sujeitos estaduais da arbitragem internacional

2.1. O tema da arbitragem internacional *com Estados e entes públicos autónomos*, tem como preceito central na LAV o artigo 50.º, que dispõe sobre a inoponibilidade de exceções baseadas no direito interno de uma parte. Segundo essa norma, quando *um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada* sejam uma das partes na convenção de arbitragem, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção. Antes de aquilatar do alcance e sentido de tal inoponibilidade, interessa verificar quem sejam os destinatários da inibição.

No tocante ao Estado Português, enquanto pessoa coletiva de direito interno, não haverá muito que inquirir. Ele aparece referido através do seu inequívoco *nomen iuris* no artigo 1.º, n.º 5. E é abrangido pela previsão do artigo 50.º, embora esta se não esgote nele. O primeiro destes preceitos reconhece em concreto ao Estado português capacidade jurídica para celebrar convenções de arbitragem que tenham por objeto litígios de direito privado. Quanto aos litígios jurídico-públicos, o reconhecimento de tal capacidade é feito em abstrato, ficando dependente para efeitos concretos de específicas autorizações por lei. A norma geral de autorização é, hoje, o artigo 180.º do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA), que a concede através da delimitação de uma zona material de arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos: as questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação dos atos administrativos relativos à respetiva execução; as questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de

⁸ Cfr. REDFERN/HUNTER, *International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 11.

regresso; e as questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade. Excetuam-se os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

O artigo 180.º do CPTA não delimita o espectro subjetivo administrativo da sua incidência. Para se saber quais os entes que só podem celebrar as convenções para efeito de dirimção arbitral dos litígios com os objetos nele elencados, haverá que o combinar, desde logo, com o n.º 5 do artigo 1.º da LAV. Neste preceito, referem-se «o Estado e outras pessoas coletivas de direito público». Teria ficado mais claro se se tivessem referido *nas* outras pessoas coletivas de direito público: tal como está, poderia perguntar-se se o legislador teria pretendido fazer a aceção apenas de algumas entre tais pessoas. Mas a interpretação deverá corrigir a deficiência de redação, pois se não veem razões, nem se encontram critérios, para discriminar. Terá assim de se entender que a autorização quanto à matéria das convenções arbitrais, decorrente do artigo 180.º do CPTA, se dirige ao Estado e às outras pessoas coletivas de direito público por força da articulação entre aquele preceito e o artigo 1.º, n.º 5, da LAV. Mas o sentido deontico conjugado destas duas normas tem de constituir objeto de uma extensão hermenêutica. Situações existem em que contratos que cabem no âmbito da jurisdição administrativa não têm por parte uma pessoa coletiva de direito público. Veja-se como fonte da admissibilidade dessas situações o artigo 4.º, n.º 1, alíneas b), e) e f), do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (ETAF), designadamente em articulação com o *Código dos Contratos Públicos* (CCP), artigos 2.º, n.º 2, 7.º e 8.º). Também, em certas situações, órgãos de pessoas coletivas de direito privado têm competência para a prática de atos administrativos (ver o artigo 4.º, n.º 1, alínea d)). Ainda que, por preconceito nominalista, se possa dar-lhes outra designação (atos jurídicos praticados por sujeitos privados no exercício de poderes administrativos), produzem, na esfera dos destinatários e outros afetados, os mesmos efeitos que se proviessem de pessoa coletiva de direito público.

Por fim, também se inscreve no âmbito da jurisdição administrativa a responsabilidade civil extracontratual de sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público (ETAF, artigo 4.º, n.º 1, alínea i); *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais*

Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, (RRCEC), artigo 1.º, n.º 5).

Pelas mesmas razões de preservação do interesse público e de funcionalidade de poderes públicos pelas quais se deverão considerar as pessoas coletivas de direito privado, enquanto inseridas em situações de direito público próprias da Administração, abrangidas pela restrição de ordem geral, decorrente do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, da capacidade de celebrar convenções de arbitragem quanto aos litígios emergentes de tais situações, também haverá que entender que tais pessoas beneficiam, a par com as de direito público, de autorizações como as que decorrem do artigo 180.º do CPTA.

Revertendo agora ao artigo 50.º da LAV, não parecem restar dúvidas de que, quando os sujeitos administrativos das relações litigiosas sejam portugueses e tenham a natureza de *organização controlada pelo Estado* ou de *sociedade dominada pelo Estado*, as situações subjetivas ativas de direito público por eles tituladas serão, por princípio, inarbitráveis sempre que se não encontrem ao abrigo de autorizações emergentes do artigo 180.º do CPTA ou de regras especiais de função similar. Isso, porém, não obstará à inoponibilidade de tal insusceptibilidade (objetiva ou subjetiva) de arbitragem, visto que o artigo 50.º impede que se extraiam de tais vícios consequências invalidantes da convenção de arbitragem.

2.2. Como decorre do artigo 61.º, a LAV regula em princípio as arbitragens que tenham lugar em território português. As arbitragens localizadas no estrangeiro apenas relevam como objeto de regulação desta nossa Lei para efeito do reconhecimento e execução em Portugal das sentenças nelas proferidas. Assim sendo, percebe-se que, quando o artigo 50.º prevê uma hipótese em que a parte no processo arbitral seja *um* Estado a fim de limitar a invocação, por este, do seu direito interno como fonte de exceção baseada na invalidade da convenção arbitral, se reconhece implicitamente a possibilidade de um outro Estado que não o Português ser parte numa arbitragem internacional localizada em Portugal.

Esta solução condiz com o princípio, hoje firmado no plano transnacional, da liberdade das partes para escolher o lugar da arbitragem internacional. Deve entender-se que a sua afirmação, no artigo 31.º, n.º 1, da LAV, vale por seu turno não apenas para a arbitragem interna, mas

também para a internacional, dada, nomeadamente, a remissão pelo n.º 2 do artigo 49.º⁹.

2.3. Posto o que antecede, cumpre ainda acrescentar que não existe coincidência total entre os universos subjetivos representados nos artigos 1.º, n.º 5, e 50.º da LAV.

Para fazer depender de específica autorização por lei a capacidade de celebração de convenções de arbitragem, o n.º 5 do artigo 1.º dirige-se (expressamente) apenas ao «Estado e outras pessoas coletivas de direito público». É, porém, a um leque mais alargado de entidades que – no domínio da arbitragem internacional – o artigo 50.º nega a faculdade de se eximirem à arbitragem mediante a dedução de exceções baseadas na desconformidade da convenção de arbitragem com os limites postos pelo respetivo Direito interno à arbitrabilidade do litígio, à capacidade para ser parte na arbitragem ou à estipulação de certas obrigações nessa convenção. Como entidades abrangidas por essa inibição de excecionar, o artigo 50.º da LAV, começa por referir o Estado. Aí, é total a coincidência entre o tipo de sujeito visado em primeiro lugar tanto no n.º 5 do artigo 1.º como no artigo 50.º. E o resultado da conjugação dos dois preceitos não suscita grandes dúvidas: ainda que, no domínio dos litígios de direito público, o Estado só possa celebrar convenções de arbitragem na medida em que para tanto se encontre autorizado por lei, quando venha a suceder que, para efeito de arbitragem internacional, o Estado tenha celebrado uma convenção de arbitragem a descoberto da necessária autorização sob a forma de reconhecimento normativo da arbitrabilidade da situação controvertida, ou o Estado tenha celebrado essa convenção quando a lei lhe vede ou não confira capacidade jurídica para participação na relação processual arbitral ou, ainda, quando o Estado tenha incluído na convenção de arbitragem estipulações que a lei proíba, esse Estado não poderá excecionar eficazmente com tais fundamentos.

⁹ A consulta de vários regulamentos de arbitragem comercial internacional institucionalizada permite encontrar normas todas no mesmo sentido. A título de exemplo, vejam-se o artigo 11 das *Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association*; o § 22 das *Helsinki Chamber of Commerce Rules*; o artigo 18 das *International Court of Arbitration Rules (2012)* da CCI e o artigo 20 da Lei Modelo da UNCITRAL.

No entanto, e apesar de ambos os preceitos se referirem à figura do Estado, não há, mesmo quanto a essa parte dos respetivos âmbitos subjetivos, total coincidência entre o n.º 5 do artigo 1.º e o artigo 50.º da LAV. A verdade é que, ao passo que a primeira de tais normas apenas alude ao Estado português, a segunda compreende na sua previsão qualquer Estado que venha a ser parte numa arbitragem internacional localizada em Portugal.

Onde a letra dos dois preceitos mais diverge é, porém, no que toca às restantes entidades ali visadas. O n.º 5 do artigo 1.º refere o Estado «e outras pessoas coletivas de direito público». Mas o artigo 50.º não recorre ao critério da natureza jurídica pública ou privada das outras pessoas coletivas e sim à circunstância mais abrangente do seu controlo ou dominação por um Estado.

Muitas vezes, no comércio internacional, em vez dos «contratos de Estado», deparamos com «*quasi-State contracts*» em que o contraente do lado do setor público não é propriamente o Estado, mas uma instituição organicamente inserida na Administração Pública e vocacionada para satisfazer necessidades de interesse geral, ou uma empresa de algum modo sujeita à influência dominante do Estado. Ora, não faria sentido se, quando, no plano transnacional, se firma um princípio segundo o qual o Estado não pode contestar a validade da convenção de arbitragem e, em particular, a arbitrabilidade do litígio com base no seu Direito interno¹⁰, aquilo que se não permite ao Estado fosse consentido aos entes personificados dele dependentes.

Para estabelecer, no artigo 50.º, a inoponibilidade de exceções baseadas na invalidade da convenção de arbitragem quando a arbitragem seja internacional, o nosso legislador não poderia socorrer-se eficazmente da categoria das pessoas coletivas de direito público de que faz uso no n.º 5 do artigo 1.º. Com efeito, muitos ordenamentos nacionais não conhecem a distinção entre pessoas coletivas de direito público e de direito privado. Houve, pois, que recorrer a critérios mais universais e de menor recorte doutrinário, como os de controlo e de dominação.

¹⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, *A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado*, in: *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano 2008, p. 79.

III. O princípio da inoponibilidade, pelo Estado e por entes por ele controlados ou dominados, de exceções assentes na desconformidade da convenção de arbitragem com o seu direito interno

3.1. No tocante ao âmbito subjetivo da inoponibilidade, suscita-se ainda uma questão: a que consiste em saber se a proibição de invocação de exceções baseadas na incompatibilidade entre a convenção de arbitragem e o Direito interno do Estado que a celebrou se estende, ou não, à parte não estadual da arbitragem. Ainda que numa minoria de casos, poderá suceder que a contraparte de um Estado na relação de comércio internacional não tenha interesse na dirimição através de arbitragem, designadamente por uma questão de «*forum shopping*».

Tentativamente, respondemos que, se a *ratio* do regime do artigo 50.º é a de estabelecer um ambiente favorável à participação dos Estados na arbitragem internacional através da ineficácia invalidante das normas internas limitativas da capacidade convencional e da arbitrabilidade dos diferendos sobre interesses prosseguidos pelo Estado na área do comércio internacional, então nenhuma das partes em confronto poderá invocar as exceções em causa. Há, no entanto, que admitir que a letra do artigo 50.º dificulta tal entendimento quando dirige a inibição a «essa parte», ou sejam, o Estado e os entes dele dependentes.

3.2. O regime do artigo 50.º manifesta o propósito legislativo de assegurar, no campo da arbitragem internacional, a *supremacia da convenção de arbitragem sobre os limites postos pelo direito interno à autonomia do Estado para estabelecer cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais*.

A preferência do legislador pela supremacia da convenção de arbitragem sobre as limitações postas pelo Direito interno quanto à arbitrabilidade, à capacidade e a outras estipulações em sede convencional, apresenta um inequívoco paralelismo com o que se dispõe na primeira parte do n.º 1 do artigo 46 da *Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados*. Estatui-se ali que a circunstância de o consentimento de um Estado a ficar vinculado por um tratado ter sido expresso em violação de uma disposição do seu direito interno sobre competência para a conclusão de tratados não pode ser invocada por esse Estado como causa de viciação do seu consentimento.

Vale a pena invocar este paralelismo por ele nos ajudar a equacionar a questão da constitucionalidade do artigo 50.º da LAV, à primeira vista dificilmente conciliável com o princípio da legalidade. Sempre sem prejuízo de se tratar apenas de analogias, a indicação mais valiosa que destas podemos colher passa, por seu turno, pela proximidade (que, segundo JORGE MIRANDA, se reconhece à vista desarmada¹¹) entre a parte final daquele n.º 1 do artigo 46 da Convenção de Viena e o artigo 277.º, n.º 2, da Constituição. A parte final do n.º 1 do artigo 46 da Convenção de Viena dispõe que a irrelevância da violação do direito interno sobre competência para a conclusão de tratados cessa quando a violação tenha sido *manifesta* e respeite a uma norma de direito interno *de importância fundamental*. Por seu turno, de acordo com o n.º 2 do artigo 277.º da Constituição, a irrelevância de princípio da inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados cessa quando a inconstitucionalidade resultar da violação de uma *disposição fundamental*.

JORGE MIRANDA explica este abrandamento da força paramétrica de normas constitucionais respeitantes à competência e à forma na conclusão de tratados pela necessidade de não comprometer a confiança nas relações internacionais, que sairia ferida pela possibilidade de um Estado se dizer não vinculado ou desvinculado a pretexto de contradição com uma norma interna¹². Ora, é precisamente perante o mesmo tipo de necessidade que nos encontramos no tocante à manutenção de um clima de confiança no recurso à arbitragem internacional e de proteção transnacional da confiança dos parceiros estrangeiros em convenções de arbitragem com Estados.

Para concluir quanto a este ponto, é nossa opinião que, na medida em que se possa considerar formado no horizonte do Direito internacional geral ou comum um princípio segundo o qual um Estado que se vincule perante outrem no quadro de relações internacionais ou transnacionais, nomeadamente através de uma convenção de arbitragem internacional, não pode depois, por decisão unilateral, eximir-se do cumprimento do convencionado, então esse princípio terá de prevalecer, retirando eficácia

¹¹ Cfr. Curso de *Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Cascais: Principia, 2009, p. 174.

¹² *Curso ...*, p. 175.

invalidante aos preceitos de direito interno que o Estado possa ter desatado ao estipular a convenção de arbitragem¹³.

Aquilo que, porventura, uma leitura do artigo 50.º da LAV conforme à Constituição poderá exigir será uma interpretação extensiva, inspirada pelas ressalvas no artigo 277.º, n.º 2, da Lei Fundamental e na parte final do n.º 1 do artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: significa isto ressaltar a oponibilidade da violação pela convenção de arbitragem de uma norma do Direito interno quando a infração for manifesta e a norma infringida mereça ser qualificada como *de importância fundamental*.

3.3. No Capítulo IX da LAV, dedicado à arbitragem internacional, só o artigo 50.º constitui norma especial para as arbitragens em que o Estado seja parte. Isso não significa, porém, que, como é natural, este preceito não tenha de ser aplicado de forma integrada com outros que figuram no mesmo Capítulo e, até, fora dele, por força da remissão, pelo n.º 2 do artigo 49.º, para a aplicação subsidiária à arbitragem internacional das disposições relativas à arbitragem interna.

Num momento em que a nova LAV ainda nem sequer entrou em vigor e numa exposição preambular e sucinta como impunha a natureza das Jornadas a que se destinou, apenas se torna possível identificar os principais entre tais campos de interação, sem a preocupação de aprofun-

¹³ VAN HARTEN sublinha a transcendência da estipulação de convenções de arbitragem pelo Estado, sobretudo quando poderão estar em causa na lide arbitral decisões tomadas *iure imperii* na prossecução do interesse público. Sendo certo que essa situação se perfila sobre um princípio básico de Direito Internacional segundo o qual um Estado não pode apoiar-se unicamente no seu Direito interno e sobre a repartição de competências próprias do seu sistema de governo para fugir às suas obrigações internacionais, o Autor não esconde uma visão crítica quanto à respetiva extensão por forma a que, em última análise, o poder decisório dos árbitros internacionais se substitua ao poder político democraticamente legitimado. V. *Investment Treaty Arbitration ...*, cit., p. 66-68. Em face da tendência, nas ordens jurídicas dos Estados do arco euro-atlântico, para generalizar o controlo jurisdicional das decisões administrativas, estamos em crer que o modo mais correto de colocar o problema não residiria na reticência perante a transferência de poderes de última decisão das administrações estaduais para órgãos de jurisdição, mas sim o dos limites na transferência de poderes dos tribunais judiciais estaduais para os árbitros internacionais.

dar o tratamento dos múltiplos temas que eles suscitam e de responder satisfatoriamente a todos os dilemas interpretativos.

Em nosso entender, as interrogações mais imediatas levantam-se a propósito do confronto do artigo 50.º com quatro outros preceitos da LAV: (i) com o artigo 51.º, a propósito da validade da convenção de arbitragem; (ii) com o artigo 52.º, a propósito das regras de direito aplicáveis ao fundo da causa; (iii) com o artigo 46.º, a propósito da anulação da sentença arbitral; (iv) e com o artigo 56.º, a propósito dos fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Para simplificar, pensaremos apenas em hipóteses em que seja parte da arbitragem internacional o Estado português em sentido estrito (e não um outro Estado, ou organizações controladas por um Estado ou sociedades dominadas por Estado, de nacionalidade portuguesa ou outra) e nas quais a alegação da invalidade da convenção de arbitragem provenha do Estado e não da sua contraparte no litígio.

E, como é óbvio, temos apenas em vista os litígios de direito público.

3.4. No tocante à *validade substancial da convenção de arbitragem internacional*, o n.º 1 do artigo 51.º estabelece desde logo a dissociabilidade dos Direitos aplicáveis, por um lado, à convenção de arbitragem e, pelo outro, quanto à substância da relação controvertida. A tal propósito, o preceito reconhece expressamente às partes a faculdade de escolha do direito que regerá a convenção de arbitragem. Ora, a verdade é que, quando se trate do Estado, essa autonomia de estipulação não existe ou, quando muito, encontrar-se-á extremamente limitada. Mas a autonomia do Estado no convencionamento da lei aplicável à arbitragem internacional em que participe põe-se em termos pelo menos parcialmente idênticos no tocante à designação das regras de direito substantivo a aplicar pelos árbitros no julgamento da causa. Deixamos por isso de remissa esse ponto para o momento subsequente da análise da articulação entre os artigos 50.º e 52.º e começaremos por examinar uma outra diretiva que também se desprende do artigo 51.º. Trata-se do reconhecimento simultâneo, como *parâmetros alternativos de validade da convenção de arbitragem*, de três ordens jurídicas: (i) o direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem; (ii) o direito aplicável ao fundo da causa; (iii) o direito português. Nos termos do artigo 51.º, a conformidade com qualquer destas ordens jurídicas determinará a validade da

convenção de arbitragem internacional, seja quanto à sua substância, seja quanto à arbitrabilidade do litígio a que respeita.

A advertência, feita no n.º 2 do artigo 51.º, de que o referido pluralismo de fontes de validação deverá ser tido em conta pelo tribunal estadual ao qual haja sido pedida a anulação de uma sentença proferida em arbitragem internacional localizada em Portugal com o fundamento previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º (inarbitrabilidade do objeto do litígio nos termos do direito português ou ofensa, pelo conteúdo da sentença, dos princípios da ordem pública internacional do Estado português) tem por finalidade deixar claro que a desconformidade com o Direito português poderá não acarretar a invalidação da convenção de arbitragem quando, em relação aos mesmos requisitos, ela se conformar com uma das outras duas ordens jurídicas a que alude o n.º 1 do artigo 51.º.

Dado, porém, que o artigo 50.º inibe o Estado português de invocar o seu direito interno para contestar a validade da convenção de arbitragem, a conclusão a tirar é a de que, quando se trate de arbitragem internacional em que o Estado participe, ele estará sempre inibido de alegar a ilegalidade da convenção de arbitragem. Com efeito, ainda que fosse outro o direito escolhido para reger a convenção ou presidir à decisão sobre o fundo, sempre bastaria como fundamento de validade a conformidade com o Direito português. E o artigo 50.º impede o Estado de invocar o seu Direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem ou para, de qualquer outro modo, se subtrair às obrigações decorrentes da convenção.

Só haverá que abrir uma exceção quando, à luz da interpretação atrás defendida do artigo 50.º, a violação do Direito português contida na convenção de arbitragem traduza a manifesta incompatibilidade com uma disposição fundamental.

3.5. No que toca à arbitragem internacional participada pelo Estado português, também suscitam alguns comentários os preceitos respeitantes ao *direito aplicável*, quer se trate do fundo da causa (artigo 52.º), quer da convenção de arbitragem (artigo 51.º, n.º 1). Em qualquer destes preceitos – pensados para a arbitragem comercial internacional em geral – a regra é a da liberdade de escolha do direito aplicável pelas partes. Ora, quando se trate de um litígio de direito público em que intervenha

o Estado português, isso não é inteiramente assim. Como se lembrou já, a autonomia para celebrar a convenção de arbitragem depende de autorização por lei (artigo 1.º, n.º 5). Do âmbito de tal autorização, cuja regra geral é o artigo 180.º do CPTA, decorre *a contrario* o vasto acervo de relações jurídicas públicas sobre cujos diferendos se não podem celebrar convenções de arbitragem sob pena da sua nulidade (artigo 3.º). Portanto, a escolha pelas partes (entre as quais o Estado) do direito para reger a convenção não pode abarcar a matéria da arbitrabilidade. Como não poderá respeitar também à competência para a respetiva celebração, pois, sobre essa, só o Direito Administrativo português organizatório poderá dispor.

Restarão, portanto, apenas, como objeto passível de estipulação da aplicabilidade de um outro direito nacional à convenção de arbitragem, matérias de certo modo secundárias, como, por exemplo aquelas sobre as quais dispõe o artigo 4.º (modificação, revogação e caducidade da convenção).

Também não é extensível sem mais à arbitragem internacional em que o Estado português seja parte a liberdade concedida às partes, no artigo 52.º, n.º 1, de designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros ao fundo da causa, quando os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade.

É certo que o Direito Administrativo relacional encerra regras dispositivas ou facultativas, que, por sua natureza, só se aplicam se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação¹⁴. Assim, por exemplo, na Parte III do CCP, sobre o regime substantivo dos contratos administrativos, encontram-se normas que condicionam os seus efeitos à falta de estipulação das partes noutro sentido (artigo 316.º, entre outros) ou à estipulação contratual no sentido previsto pelo legislador de modo não injuntivo (artigo 322.º, entre outros). Mas isso não obsta ao carácter injuntivo da grande maioria das normas jurídicas que integram o Direito Administrativo, carácter injuntivo esse apenas flexibilizado por margens de livre apreciação ou decisão. Mesmo quando estas margens ocorrem, elas brotam de normas de competência ou de normas funcionais que enquadram a atividade da Administração. Por outras palavras, quando opera no

¹⁴ V. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 547.

plano do Direito Público, a Administração Pública portuguesa encontra-se vinculada ao seu Direito nacional. Quando aplica normas de origem extranacional, fá-lo por força de mecanismos de receção de assento constitucional e não no exercício de livre escolha entre o Direito português e outros direitos nacionais.

Assim sendo, serão em princípio inválidas as estipulações, em convenção de arbitragem, da aplicabilidade de regras de direito de outra ordem jurídica nacional a relações jurídicas em que o Estado participe na área do Direito Público. Questão diferente é a de saber se tal invalidade é oponível. Em regra, não o será, dado o que se dispõe no artigo 50.º, em particular na sua última parte.

Em contrapartida, parece aplicável sem dificuldade o preceito do n.º 2 do artigo 52.º, segundo o qual, na falta de designação do direito aplicável ao fundo da causa pelas partes de uma arbitragem internacional, o tribunal arbitral aplica o Direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita. Sendo a relação controvertida de direito público e tendo o Estado por sujeito, parece indesmentível a presença de um fortíssimo fator de conexão constituído pelo princípio da legalidade, que sujeita injuntivamente o Estado ao seu direito público nacional.

3.6. Merece também alguma atenção a conjugação entre o artigo 50.º e o artigo 46.º, no que respeita à *anulação de sentenças* proferidas em arbitragem internacional de que o Estado seja parte.

O artigo 53.º preceitua injuntivamente a irrecorribilidade das sentenças proferidas em arbitragem internacional, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral. Mas esta total impossibilidade de recurso para tribunais judiciais – destinada a reforçar a natureza internacional da arbitragem – não se confunde com a insusceptibilidade de pedir a anulação da sentença a um tribunal estadual que tenha competência para o efeito: a aplicabilidade supletiva das disposições relativas à arbitragem interna à arbitragem internacional (artigo 49.º, n.2) deixa espaço aos pedidos de anulação nos termos do artigo 46.º. O n.º 2 do artigo 51.º contempla, aliás, o pedido de anulação de uma sentença proferida em arbitragem internacional localizada em Portugal. Mas, no tocante às arbitragens internacionais em que o Estado seja parte, a inoponibilidade de exceções

baseadas no Direito nacional obriga a afastar alguns dos fundamentos de anulação prescritos no artigo 46.º ou, ao menos, a reduzir o respetivo âmbito.

O primeiro dos fundamentos de anulação, estabelecido no artigo 46.º, n.º 3, alínea a), (i), consiste em estar uma das partes da convenção de arbitragem afetada por uma incapacidade, ou em a convenção ser inválida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da LAV. A estes fundamentos, a alínea b) do mesmo n.º 3 do artigo 46.º acrescenta, na rubrica (i), o de o objeto do litígio não ser suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português.

Dado, porém, que, de acordo com o que se dispõe no artigo 50.º, o Estado não pode, em arbitragem internacional, invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, parece líquido que lhe está vedado socorrer-se de tais fundamentos para pedir a anulação da decisão arbitral sempre que se trate do Estado português ou de um outro Estado que compagine estes fundamentos com a sua lei nacional. Trata-se de uma manifestação do *favor legislatoris* ao aproveitamento da convenção de arbitragem em benefício da segurança do comércio internacional.

3.7. Resta, por fim, um problema de conjugação entre os artigos 50.º e 56.º, respeitante à admissibilidade do pedido de *recusa, deduzido pelo Estado português, de reconhecimento e execução a uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro tendo por objeto uma relação controvertida que, no quadro da ordem jurídica portuguesa, mereça ser qualificada como de direito público*.

Interessam os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução devidos pelas alíneas a), (i) e b), (i) e (ii) do n.º 1 do artigo 56.º, visto que correspondem, ou poderão – consoante os casos – eventualmente corresponder à matéria das exceções barradas pelo artigo 50.º ao Estado parte numa arbitragem internacional.

A distribuição entre a alínea a), (i) e a alínea b), (i) e (ii) do n.º 1 do artigo 56.º é função das ordens jurídicas das quais tais fundamentos se extraem. No primeiro caso, trata-se de ordens jurídicas determinadas por critérios que ignoram a questão de se tratar, ou não, da portuguesa: a lei a que as partes tenham sujeitado a convenção ou, na falta de indicação a

este respeito, a lei do país em que a sentença for proferida. Uma vez que se trata de sentenças proferidas no estrangeiro, o segundo critério nunca apontará para a lei portuguesa. O primeiro poderá apontar, quando tenha sido ela a escolhida pelas partes para reger a convenção. A alínea b) do n.º 1 do artigo 56.º reporta, pelo contrário, expressa e exclusivamente à ordem jurídica portuguesa os fundamentos nela selecionados para a recusa de reconhecimento ou oposição.

Os fundamentos repertoriados na rubrica (i) da alínea a) são a incapacidade que afetava uma das partes na convenção de arbitragem e a invalidade de tal convenção. A incapacidade corresponde diretamente a um fundamento de exceção barrado pelo artigo 50.º quando se trata de um Estado. A invalidade da convenção nos termos da lei a que as partes a sujeitaram também caberá nas situações inoponíveis por força do artigo 50.º quando essa lei for a do Estado parte na arbitragem internacional (veja-se a parte final do artigo 50.º).

Os fundamentos selecionados na alínea b) do n.º 1 do artigo 56.º são a inarbitrabilidade do objeto do litígio (i) e a condução, graças ao reconhecimento ou execução da sentença arbitral, a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português (ii). O primeiro destes fundamentos corresponde inequivocamente a um dos objetos de inibição pelo artigo 50.º. O segundo cairá em princípio sob a previsão da parte final do artigo 50.º quando, ainda que em situações excepcionais, tal resultado constitua uma consequência das obrigações decorrentes da convenção.

Pelas mesmas razões já apontadas em relação à execução da sentença, estamos em crer que o artigo 50.º veda ao Estado a invocação daqueles fundamentos de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida contra ele numa arbitragem localizada no estrangeiro. Com a ressalva, no entanto, também já antes apontada e justificada, de a norma do direito interno violada merecer a qualificação de *fundamental* e de a sua violação haver sido *manifesta*.

Cumprir notar que, enquanto para efeito de anulação de uma qualquer sentença arbitral, o legislador se contenta com a ofensa, pelo respetivo conteúdo, dos princípios da ordem pública internacional do Estado português (artigo 46.º, n.º 3, b), (ii)), a recusa do reconhecimento e execução de sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro terá de se fundar, segundo um requisito mais exigente, num resultado

manifestamente incompatível com tal ordem pública internacional (artigo 56.º, n.º 1, b), (ii)). Nesta última passagem, encontramos, porventura, um contributo interpretativo capaz de apoiar uma leitura do artigo 50.º no sentido de ressaltar a oponibilidade da ilegalidade da convenção da arbitragem quando, sendo esta *manifesta*, traduza a ofensa de uma disposição *fundamental*. Por certo, a *fundamentalidade* não andará longe do juízo de valor que permite situar uma exigência normativa na estratosfera rarefeita da ordem pública internacional do Estado português.

Vistas as coisas sob o prisma seguido nas considerações que antecedem, restam poucas dúvidas sobre uma situação de desvantagem do Estado relativamente às outras partes nas arbitragens internacionais quanto à faculdade de alegar em benefício próprio causas básicas de ilegalidade da convenção de arbitragem. Mas é assim porque o artigo 50.º da LAV dá corpo na ordem jurídica nacional a um princípio transnacional das arbitragens comerciais internacionais. Esse princípio traduz a consciência da especial responsabilidade dos Estados na manutenção de um clima de confiança naquelas áreas do comércio internacional em que intervenham como operadores.

Texto escrito conforme o Acordo Ortográfico.

Luís de Lima Pinheiro

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Ordem pública internacional,
ordem pública transnacional e normas imperativas
que reclamam aplicação ao mérito da causa**

Sumário: I. Enquadramento do problema. A) A arbitragem transnacional. B) Noções gerais sobre a reserva de ordem pública internacional e as normas de aplicação necessária. C) Reserva de ordem pública internacional e normas imperativas de “terceiros ordenamentos” na arbitragem. II. Ordem pública transnacional. III. Normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. A) Aspectos gerais. B) Determinação das diretrizes estaduais relevantes. C) Da vinculação dos árbitros às diretrizes estaduais relevantes. D) Considerações finais.

I. Enquadramento do problema

A) A arbitragem transnacional

A arbitragem transnacional em sentido amplo abrange tanto os casos em que os árbitros são chamados a decidir uma controvérsia emergente de uma relação transnacional, i.e., com contactos relevantes com mais de um Estado soberano, como aqueles em que é a própria arbitragem que apresenta estes contactos (por exemplo, uma arbitragem realizada em Portugal tendo por objeto uma controvérsia emergente de um contrato inteiramente inserido na vida económico-social de um país estrangeiro)¹.

Dentro do primeiro grupo de casos podemos ainda distinguir aqueles em que a relação transnacional põe em jogo interesses do comércio internacional daqueles em que a relação, embora apresentando contactos relevantes com mais de um Estado soberano, não diz respeito ao comércio

¹ Ver LUIS DE LIMA PINHEIRO – *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, § 90.

internacional (por exemplo, uma arbitragem tendo por objeto um litígio relativo à partilha de uma herança).

A arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional é designada como “arbitragem internacional” pela lei portuguesa (art. 49.º/1 da Nova Lei da Arbitragem Voluntária – NLAV). Na literatura jurídica, esta modalidade de arbitragem é frequentemente referida como “arbitragem comercial internacional”. Por minha parte, prefiro falar de *arbitragem transnacional em sentido estrito*, para evitar a ambiguidade daquelas expressões. Com efeito, a expressão “arbitragem internacional” também pode designar a arbitragem de Direito Internacional Público, e a expressão “arbitragem comercial internacional” pode sugerir que a controvérsia deve dizer respeito ao Direito Comercial, o que seria demasiado limitativo, além de suscitar dificuldades perante sistemas que não autonomizam este ramo do Direito.

O tema do presente estudo diz respeito à arbitragem transnacional em sentido amplo, embora, como assiduamente sucede com temas relativos à arbitragem transnacional, assumam especial relevância na arbitragem transnacional em sentido estrito e seja geralmente examinado nesta perspectiva. As linhas que se seguem centram-se na arbitragem transnacional em sentido estrito, mas não deixarão de ter em conta que os problemas envolvidos também se colocam noutras arbitragens transnacionais.

Com estas afirmações não se ignora que o conceito de ordem pública internacional pode desempenhar um papel relativamente às decisões proferidas na própria arbitragem interna. É o que se verifica na ordem jurídica portuguesa, como teremos ocasião de referir. Mas este papel relaciona-se com os fundamentos de anulação e oposição à execução das decisões arbitrais, e não com os limites à aplicação do Direito competente para reger o mérito da causa e com a sobreposição de normas imperativas de outros ordenamentos, que constituem o tema do presente estudo.

B) Noções gerais sobre a reserva de ordem pública internacional e as normas de aplicação necessária

A reserva de ordem pública internacional constitui tradicionalmente um limite à aplicação do Direito estrangeiro designado pela norma de

conflitos e ao reconhecimento de decisões estrangeiras, pelos tribunais estaduais.

A possibilidade de aplicação de Direito não-estadual, designadamente de Direito Internacional Público ou de Direito autónomo do comércio internacional (*lex mercatoria*), por força de normas de conflitos, admitida em medida mais ou menos vasta, justifica que a reserva de ordem pública internacional seja encarada também como um limite à aplicação do Direito não-estadual².

A reserva de ordem pública internacional surge então como uma cláusula geral que atua, *a posteriori*, perante resultados manifestamente incompatíveis com princípios ou regras fundamentais vigentes na ordem jurídica do foro.

No Direito Internacional Privado atual, reconhece-se também que a designação de um Direito estrangeiro ou não-estadual não afasta a aplicação de certas normas imperativas do Estado do foro, quando estas normas imperativas “reclamam” um âmbito espacial de aplicação mais vasto do que aquele que é atribuído pelo Direito de Conflitos geral à ordem jurídica do foro (“normas de aplicação necessária”).

Um setor da doutrina encara as “normas de aplicação necessária” como normas de ordem pública internacional, fazendo assim uma abertura à conceção apriorística de ordem pública internacional³. A inclusão ou exclusão destas normas do âmbito da ordem pública internacional pode depender de uma delimitação dos valores jurídico-materiais em jogo. Para alguns autores, a ordem pública internacional só teria que ver com valores ético-jurídicos e específicos do Direito privado⁴, as “normas de aplicação necessária” prosseguiriam fins de política económica

² Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. I – *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, § 47.

³ Ver, designadamente, WILHELM WENGLER – *Internationales Privatrecht*, 2 vols., Berlin e Nova Iorque, 1981, 89 e segs.

⁴ Aparentemente neste sentido ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS – *Direito Internacional Privado. Sumários*, 2.ª ed., Lisboa, 185 e 187, e *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 vols., Coimbra, 1991, 738; e EDOARDO VITTA I – “Diritto internazionale privato”, in *Dig priv. civ.*, vol. VI, 1990, n.º 19. Ver, numa linha igualmente restritiva, LUCA RADICATI DI BROZOLO, 2003 – “Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d’application semi-nécessaire”, *R. crit.* 92 (2003) 1-36, 19.

e social e interesses políticos em sentido estrito, enfim, finalidades de natureza pública.

Mas nem a cláusula de ordem pública internacional se tem acantonado aos valores ético-jurídicos, nem a realidade das normas suscetíveis de aplicação necessária se circunscreve a fins económicos, sociais e políticos⁵.

A ordem pública internacional é apta para veicular todos os princípios e normas fundamentais da ordem jurídica do foro que tenham aplicação a situações transnacionais. Não pode fazer-se uma limitação a princípios ético-jurídicos. Também podem ser veiculados, como vem sendo reconhecido pela jurisprudência, princípios e normas que prosseguem finalidades económico-sociais, políticas ou outras⁶.

Creio, porém, que é justificada a tendência para separar a ordem pública internacional da temática das normas suscetíveis de aplicação necessária.

A “norma de aplicação necessária” sobrepõe-se ao sistema de Direito de Conflitos por força de uma norma de conflitos unilateral que prevalece, como norma especial, sobre a norma de conflitos geral ou de uma valoração casuística. Pode não ser uma “norma fundamental” no sentido de desencadear a intervenção da ordem pública internacional em razão do seu conteúdo de justiça material. Por conseguinte, não é correto considerar as normas suscetíveis de aplicação necessária, na sua generalidade, como expressão de uma ordem pública internacional apriorística⁷.

⁵ Ver, neste sentido, JOSÉ PÉREZ-BEVIÁ – *La aplicación del Derecho público extranjero*, Madrid, 1989, 62 e segs., e LIMA PINHEIRO (n. 2) § 13 B.

⁶ Em sentido convergente, PAUL LEREBOURS-PIGEONNIÈRE – *Précis de droit international privé*, Paris, 1933, 286; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO – *Direito Internacional Privado* (Lições proferidas ao 5.º ano jurídico de 1958-1959), vol. II, Lisboa, 1959, 421; LOUSSOUARN/BOUREL/VAREILLES-SOMMIÈRES – *Droit international privé*, 8.ª ed., Paris, 2004, 342 e segs.; AUDIT/D'AVOUT – *Droit international privé*, 6.ª ed., Paris, 2010, n.º 311 e segs.; e MAYER/HEUZÉ – *Droit international privé*, 10.ª ed., Paris, 2010, n.º 200.

⁷ Esta diferença manifesta-se, por exemplo, no que toca à atualidade da ordem pública internacional. As “normas de aplicação necessária” seguem, na falta de regra transitória especial, os critérios gerais de aplicação das leis no tempo e, por conseguinte, na maioria dos casos, são aplicáveis as normas em vigor ao tempo da verificação dos factos – cf. BATIFFOL/LAGARDE – *Droit international privé*, vol. 1 – 8.ª ed., Paris, 1993, 585. Ver ainda RUI MOURA RAMOS – “L'ordre public international en droit portugais” (1998).

Também se tem colocado o problema da relevância, perante os tribunais estaduais, de “normas de aplicação necessária” de terceiros ordenamentos (i.e., “normas de aplicação necessária” que não pertencem à ordem jurídica do foro nem à ordem jurídica designada para reger a situação), problema que, por razões expostas noutra parte⁸, entendo que se deve alargar a todas as normas imperativas que “reclamam” aplicação segundo o Direito Internacional Privado do Estado de origem, seja enquanto “normas de aplicação necessária” ou for força das normas de conflitos gerais.

C) Reserva de ordem pública internacional e normas imperativas de “terceiros ordenamentos” na arbitragem

A questão dos limites à aplicação do Direito competente para reger o mérito da causa na arbitragem transnacional, bem como a da aplicação ou tomada em consideração pelos árbitros de normas imperativas contidas noutros sistemas nacionais, revestem-se de grande complexidade e suscitam acesa controvérsia. As soluções que devem ser acolhidas nesta matéria dependem em vasta medida da posição que se adote com respeito à determinação do *estatuto da arbitragem*⁹.

O exame destas questões é dificultado por duas ordens de razões.

Por um lado, é frequente que os autores não distingam a perspectiva em que se colocam: a dos tribunais estaduais ou a dos tribunais arbitrais. Ora, embora as questões dos limites à aplicação do Direito competente e da relevância de normas imperativas que não integram o Direito primariamente competente se coloquem principalmente perante os tribunais arbitrais, também é possível que em sede de impugnação ou oposição à execução da decisão arbitral, ou no contexto do reconhecimento de uma decisão arbitral “estrangeira”, se discuta a validade ou reconhecibilidade de uma decisão, alegando-se que viola certas regras ou princípios fun-

in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 245-262, Coimbra, 2002, 250 e segs.

⁸ Ver LUIS DE LIMA PINHEIRO – *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, § 57.

⁹ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) §§ 55 e segs.

damentais, que aplicou normas imperativas de um sistema que não foi o escolhido pelas partes ou, inversamente, que não aplicou normas imperativas que reclamavam aplicação apesar de não integrarem o Direito primariamente competente.

Por outro lado, os sistemas nacionais consultados são omissos quanto à ordem pública transnacional relevante para os tribunais arbitrais e quanto à possibilidade e, porventura, dever de aplicação de normas imperativas que não integram o Direito primariamente competente.

O estatuto dos tribunais estaduais é definido pelo Direito do Estado a que pertencem, e, por isso, a ordem pública internacional relevante é necessariamente a ordem pública internacional do Estado do foro.

Quando os tribunais estaduais tenham de examinar a compatibilidade de uma decisão arbitral com a ordem pública internacional, também releva, em princípio, a ordem pública internacional do Estado do foro.

Assim, perante a NLAV, a violação da ordem pública internacional do Estado português constitui um fundamento de anulação de decisões arbitrais “nacionais” (art. 46.º/3/b/ii NLAV) e, dentro de certos limites, um fundamento de oposição à execução baseada em sentença arbitral (art. 815.º CPC e art. 48.º NLAV). Eliminou-se, deste modo, a dúvida que surgiu a este respeito perante a Lei da Arbitragem Voluntária de 1986 (LAV), consagrando-se a solução que foi por mim preconizada¹⁰.

A manifesta incompatibilidade com a ordem pública internacional do Estado português também constitui um fundamento de recusa de reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” (art. 5.º/2/b da Conven-

¹⁰ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO – “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, *ROA* 67 (2007) 1025-1039, 1032 e segs. A NLAV contém ainda um preceito sobre a anulabilidade da sentença arbitral “proferida em Portugal” numa arbitragem internacional com fundamento na manifesta incompatibilidade com os princípios da ordem pública internacional (art. 54.º). Este preceito tinha sentido no Anteprojeto apresentado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, em que a contrariedade à ordem pública internacional não constituía um fundamento geral de anulação da decisão arbitral, vindo estabelecer um fundamento adicional de anulação na arbitragem internacional. Perante a inclusão deste fundamento no art. 46.º NLAV, que se aplica tanto na arbitragem interna como na arbitragem transnacional, o art. 54.º parece ficar privado de sentido útil.

ção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras e art. 56.º/1/b/ii NLAV)¹¹.

Em todo o caso, quer no contexto do reconhecimento de decisão “estrangeira”, quer em sede de impugnação ou oposição à execução da decisão, deve flexibilizar-se a cláusula de ordem pública internacional, por forma a atender não só à intensidade dos laços com o Estado de reconhecimento/impugnação¹², mas também à posição peculiar dos árbitros enquanto destinatários de diretrizes emanadas de vários Estados e de regras e princípios de Direito Transnacional.

Daqui decorre, por um lado, que se a relação controvertida não tiver laços significativos com o Estado de reconhecimento/impugnação (nem com um Estado que comungue de princípios e regras fundamentais semelhantes) deve partir-se do princípio que só uma violação de normas e princípios de Direito Internacional geral, princípios gerais de Direito ou normas constitucionais que consagrem direitos fundamentais de todos os seres humanos justifica a atuação da reserva de ordem pública internacional.

Por outro lado, parece que não deveria excluir-se a atuação da reserva de ordem pública internacional quando estivesse em causa uma violação de normas e princípios que podem ser vistos como expressão da ordem pública transnacional da arbitragem¹³, nos termos adiante expostos.

A questão não se coloca do mesmo modo perante os tribunais arbitrais, uma vez que estes tribunais não têm uma *lex fori*¹⁴. Os árbitros não

¹¹ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. III – *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, §§ 103-104.

¹² Neste sentido, PETER SCHLOSSER – “10. Buch. Schiedsrichterliches Verfahren”, in *Stein/Jonas ZPO*, 22.ª ed., vol. IX, Tubinga, 2002, *Anhang* § 1061 n.º 135.

¹³ Já não se afigura defensável, pelo menos à face do Direito constituído, que o tribunal estadual tenha em conta a violação de normas imperativas de outros Estados, posto que estas não tenham equivalente na ordem jurídica do foro nem integrem a ordem pública transnacional, como defende JEAN-BAPTISTE RACINE – *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, 453 e segs., embora exigindo a convergência dos interesses do Estado de origem dessas normas e do Estado do foro.

¹⁴ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) 29, com mais referências.

estão vinculados à atuação da reserva de ordem pública internacional de um Estado determinado¹⁵.

Claro que se as partes estipularem que o litígio seja decidido por aplicação do Direito de Conflitos de um determinado Estado, os árbitros também deverão respeitar a sua reserva de ordem pública internacional. Esta hipótese é, porém, de rara verificação.

Mas isto não quer dizer que não deva haver limites à aplicação do Direito competente pelos tribunais arbitrais.

Os tribunais arbitrais deverão ter em conta a ordem pública internacional dos Estados que apresentam uma ligação significativa com a arbitragem¹⁶.

Além disso, tende hoje a aceitar-se que certas regras e princípios fundamentais integram uma *ordem pública transnacional*, que deve sempre ser respeitada pelos árbitros mesmo que isso os obrigue a desviarem-se do estipulado pelas partes quanto ao Direito regulador da convenção de arbitragem, à constituição do tribunal arbitral, ao processo ou ao Direito aplicável ao mérito da causa¹⁷.

¹⁵ Cf., designadamente, PHILIPPE FOUCHARD – *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, 377; JULIAN LEW – *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nova Iorque, 1978, 535 e segs.; LALIVE/POUDRET/REYMOND – *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, 1989, 396; e RACINE (n. 13) 271 e 363. Em sentido contrário se pronunciam, naturalmente, os autores que entendem que os tribunais arbitrais estão incondicionalmente submetidos ao Direito da sua sede, designadamente FREDERICK MANN – “Lex Facit Arbitrum”, in *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, 157-183, A Haia, 168. Cp., porém, CCI n.º 5946 (1990) [Yb. Comm. Arb. (1991) 97], que negou uma pretensão de *exemplary* ou *punitive damages* por entender que contrariava a ordem pública internacional do Estado da sede da arbitragem (Suíça), e a crítica de MARK BLESSING – “Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives”, in *International Arbitration in Switzerland*, org. por Stephen Berti, Heinrich Honseil, Nedim Vogt e Anton Schnyder, Basileia et al., 2000, n.º 689.

¹⁶ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) §§ 57 e 63. Cp. ARTHUR VON MEHREN – “Arbitration Between States and Foreign Enterprises: The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution”, *JCSID Rev.* 5 (1990) 54-64, 58, com referência ao art. 2.º da Resolução do IDI sobre a arbitragem entre Estados, empresas públicas ou entes estaduais e empresas estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989), defendendo que os árbitros não podem invocar a ordem pública internacional de um Estado para afastar as soluções resultantes do Direito escolhido pelas partes.

¹⁷ Ver, designadamente, PIERRE LALIVE – “L’ordre public transnational et l’arbitre international”, in *Liber Fausto Pocar*, vol. II, 599-611, Milão, 2009, 601 e segs., com

II. Ordem pública transnacional

Mesmo para quem não aceite a existência de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional¹⁸, a “ordem pública transnacional” pode ser concebida de modo a integrar diretamente regras e princípios autónomos que, sendo expressão de determinados valores partilhados por uma vasta maioria dos sujeitos do comércio internacional, tenham encontrado consagração em costume jurisprudencial arbitral ou nos regulamentos dos centros de arbitragem.

PIERRE LALIVE refere exemplificativamente o respeito da “moral dos negócios”, “o princípio da boa fé elementar, da proibição de discriminação racial ou da escravatura, do respeito dos direitos do homem e de proteção do património cultural”¹⁹. A estes princípios ou valores deve acrescentar-se a proteção do ambiente²⁰.

Embora se trate, nestes casos, de princípios gerais de Direito e de “princípios” ou valores comuns a um vasto círculo de ordens jurídicas, poderão surgir concretizações específicas no domínio do comércio internacional²¹. É razoável pensar que há valores fundamentais que devem

mais referências. Sobre as várias aceções das expressões “ordem pública transnacional” e “ordem pública realmente internacional”, ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 47.

¹⁸ Ver LIMA PINHEIRO (n. 1) §§ 38-40, com mais referências.

¹⁹ “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION – *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, A Haia, 257-318, 1987, 270 e segs., e “Le droit applicable au fond par l’arbitre international”, in *Droit international et droit communautaire*, Actes du colloque. Paris 5 et 6 avril 1990 (Fundaçãõ Calouste Gulbenkian, Centro Cultural Português), 33-53, Paris, 1991, 50. Ver ainda BERND VON HOFFMANN – “Internationally Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunals”, in *Acts of State and Arbitration*, org. por Karl-Heinz Böckstiegel, 3-28, Colónia et al., 1997, 22 e seg., e RACINE (n. 13) 380 e segs..

²⁰ Ver RACINE (n. 13) 416 e segs.; e EMMANUEL GAILLARD – “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, *RCADI* 329 (2007) 49-216, 183.

²¹ Ver, por exemplo, decisão proferida no caso CCI n.º 4381 (1986) [*Collection of Arbitral Awards* (1986-1990) 263], relativo a uma *société en participation* que se constituiu para a realização de projetos determinados. A empresa pública iraniana participante invocou a invalidade da convenção de arbitragem celebrada por pessoa sem competência para o efeito e sem autorização das instâncias estaduais competentes. Segundo a convenção de arbitragem, o tribunal deveria dirimir o litígio em função das disposições do

ser juridicamente tutelados por forma autónoma nas relações do comércio internacional – por exemplo, a invalidade de contratos que envolvam corrupção²², tráfico de droga²³ ou de armas²⁴.

Creio que também se devem considerar parte da ordem pública transnacional os princípios fundamentais em matéria de processo que nem as

acordo de *société en participation* e das condições do contrato celebrado com o dono da obra e em conformidade com as regras de arbitragem da CCI contanto que estas regras não sejam contrárias às regras iranianas ou francesas. O tribunal considerou contrário ao princípio da boa fé e, por conseguinte, à “ordem pública internacional”, a invocação da incompetência do Diretor-Geral da empresa pública (que na correspondência trocada com a empresa francesa invocara a intenção conforme do ministro). Por conseguinte, a incapacidade do requerido para celebrar a convenção de arbitragem que o requerente celebrou de boa fé foi declarada inoponível ao requerente, por força da ordem pública internacional. Segundo YVES DERAIS – An. decisão arbitral CCI n.º 4381, in *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, 268-274, 1994, 272, trata-se aqui de uma “ordem pública transnacional” e a solução retida baseia-se numa presunção de respeito da lei local pelo Estado ou seu agente e num dever de informar o contraente estrangeiro sobre as formalidades exigidas pela lei local para a celebração da convenção de arbitragem. Ver ainda *Capp. de Paris*, 25/5/1990, no caso *Fougerolle* [R. crit. 79 (1990) 753 an. OPPETIT].

²² Na jurisprudência da arbitragem transnacional ver, por exemplo, CCI n.º 1110 (1963) [Yb. Comm. Arb. 21 (1996) 47], CCI n.º 5622 (1988) [Yb. Comm. Arb. 19 (1994) 105] e CCI n.º 6248 (1990) [Yb. Comm. Arb. 19 (1994) 124]. Ver ainda BATIFFOL/LAGARDE (n. 7) 586 e segs., e *Droit international privé*, vol. II – 7.ª ed., Paris, 1983, 88 e segs.; RAÛL VENTURA – “Convenção de arbitragem”, *ROA* 46 (1986) 289-413, 336; UDO KORNBUM – “‘Ordre public transnational’, ‘ordre public international’ und ‘ordre public interne’ im Recht der privaten Schiedsgerichtsbarkeit”, in *FS Heinrich Nagel*, 141-156, Münster, 1987; PHILIPPE KAHN – “Principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *Clunet* 116 (1989) 305-327, 316 e segs.; RACINE (n. 13) 393 e segs.; GAILLARD (n. 20) 180-181; e PIERRE LALIVE (n. 17) 605-606. No entanto, a incerteza sobre o conteúdo da ordem pública da arbitragem internacional é acrescida pela circunstância de algumas decisões arbitrais terem invocado a *lex mercatoria* e os “princípios gerais” para salvar a validade de contratos viciados por corrupção – cf. BATIFFOL/LAGARDE [loc. cit.]; JULIEN LEW (n. 15) 78 e segs.; KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL – “Public Policy and Arbitrability”, in INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (cit.) 179-204, 1987, 181; PIERRE MAYER – “La règle morale dans l’arbitrage international”, in *Études Pierre Beller*, 379-402, Paris, 1991, 396.

²³ Cf. YVES GUYON 2001 – *Droit des affaires*, t. 1, 11.ª ed., Paris, 1991, 326, e RACINE (n. 13) 407 e seg.

²⁴ Cf. VON HOFFMANN (n. 19) 23. Cp. RACINE (n. 13) 405 e segs.

partes nem os árbitros podem afastar, designadamente os princípios do contraditório e da igualdade das partes²⁵.

Chega-se assim a um conceito amplo de ordem pública transnacional que abrange quer o *ius cogens* internacional, quer as regras e princípios fundamentais comuns aos sistemas em presença, quer ainda regras e princípios fundamentais autónomos. Este conceito tem um amplo acolhimento na doutrina²⁶, embora a atuação desta ordem pública transnacional pelos árbitros tenha sido até agora limitada²⁷.

Por força da ordem pública transnacional, o resultado a que conduz a aplicação do Direito competente será afastado quando seja contrário a regras e princípios fundamentais de Direito Internacional Público, comuns aos Estados em presença e de Direito Transnacional.

Por outro lado, a ordem pública transnacional justifica a aplicação de certas regras fundamentais, que tanto podem ser regras autónomas como regras comuns às ordens jurídicas dos Estados que apresentam uma ligação significativa com a arbitragem (ou, especificamente no que toca à decisão do mérito da causa, uma ligação significativa com a relação controvertida). Sublinhe-se que tem de se tratar de regras fundamentais comuns às ordens jurídicas dos Estados envolvidos: a ordem pública transnacional de modo algum justifica a aplicação pelos árbitros de todas

²⁵ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) §§ 39 e 45.

²⁶ Ver obras referidas nas notas anteriores, LEW (n. 15) 539 e segs.; RACINE (n. 13) 373 e segs.; GAILLARD (n. 20) 176 e segs.; e PIERRE LALIVE (n. 17) 601 e segs. Ver ainda art. 2.º da Resolução do IDI sobre a arbitragem entre Estados, empresas públicas ou entes estaduais e empresas estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989), Cp. MAYER (n. 24) 389 e segs., que se mostra desfavorável à inclusão das “regras morais” numa ordem pública realmente internacional referida à *lex mercatoria*. O autor defende que essas regras podem na sua qualidade de regras morais atuar autonomamente como limite à lei designada pelas partes, sem que o árbitro tenha de justificar a sua consagração numa ordem jurídica. Cp. ainda ANTOINE KASSIS – *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984, 480 e segs., considerando a ordem pública da *lex mercatoria* um “conceito impossível e contraditório”. Entre nós, pronuncia-se em sentido desfavorável à “ordem pública verdadeiramente internacional” DÁRIO MOURA VICENTE – *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, 89, e, num contexto mais geral, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, 668 e seg.

²⁷ Cf. PHILIPPE KAHN – “À propos de l’ordre public transnational: quelques observations”, *Mélanges Fritz Sturm*, 1539-1550, Liège, 1999, 1542.

as normas imperativas estaduais que tenham a pretensão de regular o caso²⁸.

A ordem pública transnacional também permite a atuação de Resoluções das Nações Unidas, designadamente embargos, conduzindo à invalidade dos negócios jurídicos que os violam.

Nos contratos celebrados por nacionais de um Estado com empresas públicas de outro Estado, deve entender-se que é contra a ordem pública transnacional a invocação de força maior em caso de impossibilidade de execução causada por um ato normativo ou administrativo deste Estado que se destine a beneficiar a empresa pública em causa²⁹. A ordem pública transnacional justifica neste caso o levantamento da personalidade coletiva da empresa pública.

Assim concebida, a ordem pública transnacional integra o Direito Transnacional da Arbitragem, é específica da arbitragem transnacional, não se confundindo, por conseguinte, com outras aceções da ordem pública "realmente internacional" que podem ser relevantes no contexto de jurisdições internacionais ou quási-internacionais (i.e., jurisdições organizadas pelo Direito Internacional Público).

Como foi anteriormente assinalado, tende hoje a aceitar-se que a ordem pública transnacional deve sempre ser respeitada pelos árbitros, designadamente enquanto limite à aplicação do Direito competente para reger o mérito da causa. Isto é assim, mesmo na omissão de preceito contido nos regimes nacionais da arbitragem transnacional que o tribunal

²⁸ Cf. VON HOFFMANN (n. 19) 23 e GAILLARD (n. 20) 168 e segs.

²⁹ Ver, em sentido convergente, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL – *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1971, 57 e segs., *Arbitration and State Enterprises*, Deventer et al., 1984, 41 e segs., e "Der Durchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr", in *FS Seidl-Hohenveldern*, 17-33, A Haia, 1988, 22; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN – *International Economic Law*, 3.^a ed., Dordrecht, Boston e Londres, 1999, 155; PETER FISCHER – "Referat" in *Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht*, 7-34, Heidelberg, 1984, 26 e seg.; ANDREAS BUCHER – *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 118; RACINE (n. 13) 385; e BLESSING (n. 15) n.º 817. Ver ainda FREDERICK MANN – "State Corporations in International Relations" (1987), in *Further Studies in International Law*, 199-216, Oxford, 1987, 210. Cp. PIETER SANDERS – "Acts of State and their Significance for Commercial Arbitration", in *Acts of State and Arbitration*, org. por Karl-Heinz Böckstiegel, 29-39, Colónia et al., 1997, 33 e segs.

arbitral deva tomar em conta. O respeito pela ordem pública transnacional é imposto por uma regra consuetudinária que integra o Direito Transnacional da Arbitragem.

Não obstante, haveria toda a vantagem em que o legislador nacional consagrasse, no regime aplicável a arbitragem transnacional, esta regra. Tal contribuiria para dissipar as dúvidas que ainda subsistem a este respeito.

Seria também esta uma razão para autonomizar algumas regras especiais aplicáveis à arbitragem transnacional em sentido amplo, uma vez que a norma em causa diz respeito a todas as arbitragens transnacionais e não só às arbitragens que põem em jogo interesses do comércio internacional ("arbitragem internacional" no sentido do art. 49.º/1 NLA). Diferentemente do que se verificou com a maioria das propostas que apresentei³⁰, esta proposta não foi, porém, acolhida pelo legislador da NLA.

III. Normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa

A) Aspetos gerais

Com a ordem pública transnacional da arbitragem se relaciona a questão da possibilidade e, porventura, do dever de os árbitros atenderem a normas imperativas que reclamam aplicação apesar de não integrarem o Direito primariamente competente.

No que toca aos tribunais arbitrais, creio que há uma relação estreita complexa entre a ordem pública transnacional e o problema das normas imperativas que reclamem aplicação.

Com efeito, os tribunais estaduais estão primariamente submetidos à ordem jurídica do foro e, por conseguinte, cumpre distinguir entre as normas suscetíveis de aplicação necessária do foro, as normas imperativas do Direito competente (*lex causae*) e as normas imperativas de terceiros ordenamentos. Ora, uma vez que os tribunais da arbitragem transnacional não têm uma *lex fori*, só faz sentido distinguir entre normas impera-

³⁰ Ver "Tópicos para uma reforma da Lei portuguesa da Arbitragem Voluntária", *Newsletter DGAE 7* (Setembro de 2006) 5-8.

tivas da *lex causae* e normas imperativas que não integram a *lex causae*. De certo modo, pode dizer-se que, para os árbitros, todas as ordens jurídicas estaduais que não forem chamadas a disciplinar o mérito da causa são “terceiros ordenamentos”.

A circunstância de estas normas imperativas de “terceiros ordenamentos” constituírem a expressão de valores e princípios da ordem pública transnacional pode ser muito relevante para o seu acatamento pelos árbitros.

Mas isto não significa que os árbitros não devam aplicar ou tomar em consideração normas imperativas de “terceiros ordenamentos” que reclamam aplicação apesar de não poderem ser vistas como expressão da ordem pública transnacional.

Como já assinaléi, é irrelevante que as normas imperativas de “terceiros ordenamentos” integrem ou não determinada categoria de normas, ou atuem de determinado modo relativamente a situações transnacionais, designadamente se são “normas de aplicação necessária” ou “normas de intervenção”³¹. O que importa saber é se tais normas, perante a ordem jurídica a que pertencem, têm uma pretensão de aplicabilidade e se esta pretensão de aplicabilidade deve ser acatada pelos árbitros.

À face da LAV, este problema só se colocava geralmente quando a *lex causae* era escolhida pelas partes ou quando, não o sendo, o critério de determinação do Direito aplicável não se baseava na “apropriação ao litígio” (art. 33.º/2 LAV). Com efeito, na concretização do critério da “apropriação ao litígio”³², ou de outra fórmula que seja interpretada no mesmo sentido³³, o tribunal arbitral pode ter em conta a pretensão de aplicabilidade de certas normas imperativas, que serão então aplicadas a título de *lex causae*. Para o efeito, o tribunal arbitral pode fazer referências parciais a certas normas imperativas e, assim, subtrair certas questões, desde que sejam separáveis, às normas do Direito aplicável aos restantes aspetos do caso³⁴. É este o entendimento que parece correspon-

³¹ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 57.

³² Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) 242 e 560-561; e GEORGE BERMANN – “Mandatory rules of law in international arbitration”, in *Conflict of Laws in International Arbitration*, org. por Franco Ferrari e Stefan Kröll, 325-339, Munique, 2011, 339.

³³ Ver, perante a Lei suíça, BUCHER (n. 29) 97.

³⁴ Ver LIMA PINHEIRO (n. 1) § 99.

der melhor à tendência que se manifesta nos principais sistemas estrangeiros, nos regulamentos dos centros de arbitragem e na jurisprudência arbitral.

Esta possibilidade já oferece dúvida perante o preceito adotado pelo legislador de 2011, que manda aplicar o Direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita (art. 52.º/2 NLAV). Com efeito, não é claro se o tribunal arbitral deve apenas ter em conta o Direito do Estado que apresenta a conexão mais estreita com a relação controvertida globalmente considerada, ou pode fazer referências parciais a certas normas imperativas, tendo em conta a ligação especialmente significativa de certos aspetos do caso com o Estado que as edita. Em princípio, pode dizer-se que deve ser preferida a interpretação mais flexível e mais conforme com a tendência anteriormente referida.

Caso, no entanto, não se siga este entendimento, o problema da aplicabilidade de normas imperativas que não pertencem à *lex causae* também se pode colocar na “arbitragem internacional” na falta de designação pelas partes.

A determinação da pretensão de aplicabilidade das normas imperativas que não pertencem à *lex causae* deve fazer-se perante a ordem jurídica a que pertencem. Esta pretensão de aplicabilidade pode resultar³⁵:

- do Direito de Conflitos “geral” (i.e., as normas e princípios sobre a determinação pelos árbitros do Direito aplicável ao mérito da causa);
- de normas de conflitos especiais, explícitas ou implícitas;
- de uma cláusula geral que permita ao tribunal arbitral proceder a uma valoração casuística sobre a aplicabilidade da norma imperativa;
- de soluções conflituais *ad hoc* que sejam aceites pela opinião dominante perante esta ordem jurídica.

A este respeito é de sublinhar que os árbitros devem assumir nesta avaliação uma atitude prudente, pressupondo a pretensão de aplicabilidade de uma norma imperativa apenas quando ela resulta de normas ou

³⁵ Sobre estas possibilidades ver LIMA PINHEIRO (n. 2) § 13 B.

princípios vigentes na ordem jurídica de origem ou decorre, por outra via, do entendimento dominante perante esta ordem jurídica.

Estabelecida a pretensão de aplicabilidade de norma, suscita-se a questão de saber quando é que esta pretensão deve ser acatada pelos árbitros.

B) Determinação das diretrizes estaduais relevantes

Os árbitros têm de determinar as *diretrizes estaduais relevantes* e têm de resolver situações de *conflito das diretrizes* emanadas de diferentes Estados entre si ou das diretrizes estaduais com o Direito Transnacional da Arbitragem.

Contrariamente ao entendimento seguido em algumas decisões arbitrais³⁶, a solução para este problema não pode ser encontrada nas disposições sobre a relevância das normas de aplicação necessária perante os tribunais estaduais uma vez que estas disposições não vinculam diretamente os árbitros e que o problema não se circunscreve às normas suscetíveis de aplicação necessária³⁷.

Assim, a aplicação de normas imperativas de uma lei que não é a chamada a reger o contrato não pode fundamentar-se, designadamente, no art. 9.º do Regulamento sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Regulamento Roma I), visto que este Regulamento, à semelhança do que sucedia com a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais³⁸, não vincula diretamente os árbitros.

³⁶ Ver, designadamente, a decisão proferida no caso CCI n.º 8528 (1996) [*Yb. Comm. Arb.* 25 (2000) 341], que fundamentou no art. 19.º da Lei suíça a aplicação de normas imperativas turcas, apesar de a relação contratual ser regida pelo Direito suíço. O tribunal teve em conta as conexões do caso com a ordem jurídica turca (lei pessoal de uma das partes e lugar de execução do contrato), o interesse “manifestamente preponderante” da parte turca na aplicação dessas normas imperativas (que de outro modo ficaria sujeita a graves penalidades) e ainda o dever de fazer todos os esforços para assegurar a exequibilidade da decisão (uma vez que previsivelmente a decisão careceria, em caso de necessidade, de ser executada na Turquia). Ver também CCI n.º 6294 (1991) [*Coll. ICC* (1997) III 405 an. HASCHER].

³⁷ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 57.

³⁸ Cf. LIMA PINHEIRO (n. 1) § 94, com mais referências.

Alguns autores admitem, porém, que disposições como as do art. 7.º/1 da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais ou do art. 19.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado podem servir de guia para os árbitros, quando esteja em causa a aplicação de normas internacionalmente imperativas de uma ordem jurídica estadual que não é a escolhida pelas partes³⁹. Estes preceitos constituiriam a manifestação de um princípio geral que se impõe também aos árbitros, embora com adaptações à especificidade da arbitragem transnacional.

A meu ver, cláusulas gerais como a que consta do art. 7.º/1 da Convenção de Roma oferecem muito pouca orientação aos árbitros na determinação das normas imperativas que devem aplicar apesar de não integrarem a *lex causae*. Por certo que os árbitros devem exigir uma conexão significativa entre o Estado que edita as normas imperativas e a relação controvertida, mas este é um requisito geral de relevância de uma diretriz estadual. A consideração da “natureza” e do “objeto” da norma, bem como das consequências que resultariam da sua aplicação, tem de certo modo lugar no quadro da averiguação dos interesses das partes e dos Estados, mas não esgota de modo algum o elenco dos elementos que o tribunal arbitral tem de levar em conta.

Afigura-se mais curial determinar a relevância, na decisão do mérito da causa, de normas imperativas individualizadas com base no critério de ponderação aplicável à generalidade das diretrizes estaduais. Com efeito, nestas operações os árbitros não devem atuar arbitrariamente, mas segundo critérios adequados, que se conformem com as conceções jurídicas que são amplamente partilhadas na comunidade internacional e que permitam valorar com justiça os interesses e finalidades em jogo.

A determinação das diretrizes estaduais que os árbitros devem aplicar implica uma *ponderação desses interesses, finalidades e valores*⁴⁰.

³⁹ Ver BUCHER (n. 29) 97; FRANÇOIS KNOEPFLER 1993 – “L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international?”, in *Études Pierre Lalive*, 531-541, Francoforte-sobre-o-Meno, 1993, 535 e segs.; e ANTON SCHNYDER – “Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte”, *RabelsZ.* 59 (1995) 293-308, 300 e seg.

⁴⁰ O recurso à ponderação de interesses (ou *Rule of Reason*) foi também proposto por SCHNYDER (n. 39) 303 e seg., mas com respeito à aplicabilidade pelo tribunal arbitral de todas as normas imperativas, incluindo as da *lex causae*.

Essa ponderação é também necessária para a resolução de conflitos que ocorram entre diretrizes estaduais⁴¹.

Nesta ordem de ideias, o método para a determinação das diretrizes relevantes é o da ponderação dos interesses típicos e legítimos das partes, das finalidades e interesses legítimos e razoáveis dos Estados, das finalidades da sociedade mundial em formação e dos valores da ordem pública transnacional. Este método é suscetível de conduzir à formulação de critérios orientadores da ponderação desses valores, que são dominados pela flexibilidade e por um elevado grau de indeterminação, por forma a permitir a avaliação do conjunto das circunstâncias do caso concreto.

As partes têm um interesse típico na execução da convenção de arbitragem, que deve conduzir à decisão arbitral da controvérsia. Além disso, as partes têm geralmente interesse na obtenção de uma decisão válida, que não seja impugnável e que seja exequível. Esta consideração leva a ter em conta em primeiro lugar as diretrizes do Estado em que a decisão previsivelmente careça, em caso de necessidade, de ser executada, na medida em que a sua observância seja condição de exequibilidade⁴². Se a execução puder ser impedida pela impugnação da decisão noutro Estado, este critério justifica igualmente a consideração das diretrizes destoutro Estado⁴³.

Assim, é geralmente aceite que devem ser tomados em consideração os comandos do Estado em que a decisão previsivelmente careça, em

⁴¹ Sobre os critérios de resolução de conflitos de diretrizes sobre a aplicabilidade de normas imperativas individualizadas, ver LIMA PINHEIRO (n. 8) §§ 59, 63 e 64.

⁴² Ver, em sentido convergente, PIERRE LALIVE – “Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial”, *RCADI* 120 (1967) 569-714, 650, e “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse”, *R. arb.* (1976) 155-185, 162; LALIVE/POUDRET/REYMOND (n. 15) 396; BUCHER (n. 29) 95; PIERRE LALIVE (n. 19 [1991]) 51; PETER NYGH – “Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration”, *Forum Internationale*, n.º 24 (1997) 6; THOMAS CLAY – *L'arbitre*, Paris, 2000, 637-639; MANUEL BOTELHO DA SILVA – *Relatividade da Posição do Árbitro perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, 2 vols. (diss. de mestrado policopiada), Lisboa, 1999 *passim*, e *Arbitragem Voluntária. A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, Coimbra, 2004, 30, com exclusão das diretrizes de qualquer outro Estado. Cp. POUURET/BESSION – *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurique, 2002, 648.

⁴³ Ver também RAESCHKE-KESSLER/BERGER – *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3.ª ed., Colônia, 1999, 123.

caso de necessidade, de ser executada⁴⁴. Alguns Regulamentos dos centros de arbitragem também apontam de certo modo neste sentido (art. 41.º do Regulamento de Arbitragem da CCI de 2012 e art. 32.º/2 do LCIA)⁴⁵.

Isto não significa, porém, que os árbitros devam acatar as diretrizes estaduais sempre que o seu não acatamento possa comprometer a exequibilidade da decisão. Os árbitros têm de ponderar o interesse numa decisão válida e exequível com outros interesses das partes e com os interesses dos Estados em presença.

Perante a elevada taxa de execução voluntária das decisões arbitrais compreende-se perfeitamente que o interesse das partes na decisão arbitral da controvérsia seja até certo ponto independente da suscetibilidade da sua execução forçada.

Este interesse pode justificar, por exemplo, que o tribunal arbitral não aplique a norma do Estado da sede da arbitragem que determine a inarbitrabilidade do litígio, quando a decisão arbitral do litígio seja compatível com os princípios do Direito Transnacional da Arbitragem⁴⁶, mesmo que essa inaplicação encerre um risco de anulação da decisão pelos tribunais da sede da arbitragem e, por esta via, de inexecutabilidade da decisão noutro Estado⁴⁷.

Não é possível formular um critério determinado a este respeito, sendo inevitável uma avaliação casuística.

Por acréscimo, é frequente que não se possa prever o Estado em que a decisão virá, em caso de necessidade, a ser executada. Perante a possibilidade de execução em vários Estados, o interesse na obtenção de uma decisão exequível não justifica, de per si, o acatamento das diretrizes emanadas apenas de um desses Estados⁴⁸.

⁴⁴ Em sentido algo diverso, BLESSING (n. 15) n.º 799 e seg., entende que o primeiro dever do árbitro é o de proferir uma “decisão correta” e que a preocupação com a realização coerciva da decisão, embora válida, é de menor valor. O autor invoca ainda, neste sentido, a elevada taxa de execução voluntária das decisões arbitrais.

⁴⁵ Sobre o correspondente art. 35.º do Regulamento CCI de 1998, ver análise feita por LIMA PINHEIRO (n. 8) § 55.

⁴⁶ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 23.

⁴⁷ Ver ainda art. 51.º/1 NLAV.

⁴⁸ Ver também HORACIO GRIGERA NAÓN – “International Commercial Arbitration: Identifying and Implementing the ‘Right’ Policies”, in *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, 137-150, Ardsley, Nova Iorque, 2002, 140 e seg.

Isto foi reconhecido em algumas decisões proferidas em arbitragem CCI⁴⁹.

Nas arbitragens de litígios emergentes de *contratos de Estado*, que opõem um Estado a um particular nacional de outro Estado, existem frequentemente razões reforçadas para a inaplicação de certas normas imperativas quer do “Estado de execução” quer do Estado da sede da arbitragem, mesmo que tal constitua fundamento para o não reconhecimento e execução da decisão⁵⁰.

Com efeito, nas arbitragens requeridas pela parte particular o “Estado de execução” é, em primeira linha, o Estado requerido e este Estado pode gozar de imunidade de execução relativamente a bens que detenha noutros Estados. Por isso, a execução forçada da decisão arbitral proferida contra a parte estadual pode encontrar-se, à partida excluída, sendo pois indiferente, do ponto de vista da exequibilidade, que o tribunal arbitral aplique ou não tais normas imperativas. Nestas circunstâncias, o tribunal arbitral deve orientar-se apenas por considerações de justiça.

A tutela dos interesses das partes justifica também a tomada em consideração da vontade real das partes relativamente ao respeito das diretrizes de determinado Estado. Assim, se as partes manifestarem uma vontade no sentido da aplicação à arbitragem de normas e princípios de determinado Estado, estas normas e princípios devem ser aplicados contanto que sejam compatíveis com a ordem pública transnacional da arbitragem e que a sua aplicação não entre em conflito com diretrizes de outros Estados que devam prevalecer.

A consideração das finalidades prosseguidas pelos Estados postula que sejam respeitadas as diretrizes dos Estados que tenham um *interesse legítimo e razoável* na regulação da arbitragem ou de um seu segmento.

⁴⁹ Ver, designadamente, CCI n.º 6379 (1990) [Coll. ICC III 134] e n.º 10623 (2001) [ASA Bulletin 21/1 (2003) 82-111].

⁵⁰ Ver JAN PAULSSON – “Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin”, *Int. Comp. L. Q.* 30 (1981) 358-359, 376 e segs.; e KURT LIPSTEIN – “International Arbitration Between Individuals and Governments and the Conflict of Laws”, in *Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 177-195, Londres, 1988, 192.

O *interesse é legítimo* quando se funda num título de competência internacionalmente válido⁵¹, é atendível perante o Direito Internacional e decorre da prossecução de fins sociais postos a cargo do Estado em causa. Os Estados com um interesse legítimo para regular a arbitragem ou um seu aspeto são principalmente o Estado do lugar ou da sede convencional da arbitragem, o Estado em que ambas as partes tenham a sede, a residência habitual ou o estabelecimento relevante e, no que toca especificamente à decisão do mérito da causa, os Estados que tenham uma ligação significativa com a relação controvertida.

A *razoabilidade do interesse* tem em conta os padrões valorativos dominantes na comunidade internacional⁵². Entende-se aqui a comunidade internacional num sentido amplo que inclui o conjunto das relações sociais, na aceção de sociedade mundial, ainda que num estágio formativo.

Por exemplo, é razoável o interesse do Estado na aplicação das suas *normas sobre concorrência* a condutas que ocorrem no seu território ou produzem efeitos no seu mercado, contanto que exprimam políticas legislativas conformes com os padrões valorativos dominantes na comunidade internacional⁵³. O mesmo se diga do interesse do Estado no respeito das suas *leis cambiais*, quando estas prosseguem finalidades geralmente reconhecidas pela comunidade internacional⁵⁴. Embora o ponto

⁵¹ Ver também HANS VAN HOUTTE – “Trade Sanctions and Arbitration”, *Int. Bus. Lawyer* (April 1997) 166-170, 168; BLESSING (n. 15) n.º 807; e HORACIO GRIGERA NAÓN – “Choice-of law Problems in International Commercial Arbitration”, *RCADI* 289 (2001) 9-396, 323 e seg. e 338 e seg.

⁵² Em sentido próximo, BLESSING (n. 15) n.ºs 808 e segs., falando de um critério de “*application-worthiness*”, e GRIGERA NAÓN (n. 51) 336 e seg., fazendo aplicação de “*metodologias funcionais*” desenvolvidas pela doutrina estadunidense. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN – *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 866 e segs., também fazem apelo aos valores largamente aceites da comunidade internacional, mas restringem-se essencialmente aos valores morais. Ver ainda GAILLARD (n. 20) 176 e segs.

⁵³ ULRICH DROBNIG – “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen”, in *FS Gerhard Kegel II*, 95-118, Estugarda, 1987, 116, afirma que existe, a este respeito, um vasto consenso. Ver, em especial, decisão do *Suprem Court* dos EUA no caso *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985) [473 U.S. 614].

⁵⁴ É o caso das leis cambiais mantidas ou introduzidas em conformidade com o Acordo Relativo ao Fundo Monetário Internacional, e que aliás são objeto de uma norma

seja mais controverso⁵⁵, entendendo que o interesse na aplicação das *leis de embargo* ou boicote poderá ser legítimo se for conforme com o Direito Internacional Público e poderá ser razoável se prosseguir fins geralmente reconhecidos na comunidade internacional.

O problema da razoabilidade do interesse tem-se colocado frequentemente com respeito a *leis contra a corrupção*. O combate à corrupção é uma finalidade legítima largamente reconhecida na comunidade internacional, mas os meios utilizados pelos Estados nem sempre são razoáveis⁵⁶.

Mesmo que a diretriz estadual tenha subjacente um interesse legítimo e razoável, a sua relevância para o tribunal arbitral pode ser excluída pela *ordem pública transnacional*⁵⁷. O tribunal arbitral não está vinculado a diretrizes estaduais, quer em matéria de processo arbitral quer relativamente ao mérito da causa, que violem a ordem pública transnacional.

Na maioria dos casos, a contrariedade à ordem pública transnacional implica uma contrariedade aos padrões valorativos dominantes na comunidade internacional, o que desde logo exclui a razoabilidade do interesse. Assim, o tribunal arbitral não deverá aplicar normas que estabeleçam uma discriminação "racial" ou religiosa, mesmo que se trate de normas do Estado da sede da arbitragem que reclamem aplicação⁵⁸.

de conexão especial contida na al. b) da secção 2 do art. VIII deste Acordo. Ver KLAUS PETER BERGER – "Acts of State and Arbitration: Exchange Control Regulations", in *Acts of State and Arbitration*, org. por Karl-Heinz Böckstiegel, 99-125, Colónia et al., 1997, 113 e segs. Sobre esta norma, ver OLE LANDO – "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI* 189 (1984) 223-447, 398; RUI MOURA RAMOS – *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 706 e seg. n. 702; LUIS DE LIMA PINHEIRO – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, § 20 H; e BERGER, op. cit., 118 e segs.

⁵⁵ Ver RACINE (n. 13) 341 e seg., e GAILLARD (n. 20) 181 e segs.

⁵⁶ Ver, relativamente ao caso *Hilmarton*, decisão no caso CCI n.º 5622 (1988) [*R. arb.* (1993) 327], e decisões do Tribunal do Cantão de Genebra 17/11/1989 [*R. arb.* (1993) 342] e Tribunal Federal suíço 23/6/1992 [*R. arb.* (1993) 691]; ver ainda decisão do *USCA Ninth Circuit*, no caso *Northrop Corporation v. Triad International Marketing* (1987) [811 F.2d 1265].

⁵⁷ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (n. 52) 662, 667 e 875 e seg.; CHRISTOPHE SERAGLINI – *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, 2001, 322 e seg. e 417 e seg.; e GRIGERA NAÓN (n. 51) 323 e 2002a: 614 e seg.].

⁵⁸ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (n. 52) 876.

Todavia, são concebíveis situações em que a ordem pública transnacional constitui um fundamento autónomo de irrelevância de diretrizes estaduais. Poderá ser o caso de certas medidas de intervenção estadual sobre contratos celebrados por entes públicos autónomos que se destinam a beneficiar estes entes públicos em prejuízo da parte estrangeira⁵⁹.

C) Da vinculação dos árbitros às diretrizes estaduais relevantes

Em princípio, os árbitros devem respeitar todas as diretrizes relevantes⁶⁰. Esta vinculação resulta do fundamento jurídico complexo da arbitragem transnacional (que inclui, a par do princípio transnacional da resolução autónoma de controvérsias, o reconhecimento de um ou mais Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem) e da sujeição da arbitragem à competência de regulação de uma pluralidade de Estados⁶¹.

Relativamente à aplicação de normas imperativas individualizadas, pesa ainda a consideração de que os árbitros devem contribuir para a afirmação da arbitragem transnacional como um meio eficaz e justo de resolução dos litígios emergentes do comércio internacional. Esta consolidação da arbitragem transnacional constitui a meu ver uma *finalidade da sociedade mundial em formação* que os árbitros devem ter em conta.

O reconhecimento pelos Estados da eficácia jurisdicional da arbitragem e a ampla autonomia que concedem às partes e aos árbitros na sua conformação resulta muito do prestígio alcançado pela arbitragem transnacional. Segundo LANDO, o prestígio da arbitragem transnacional seria abalado se ela pudesse ser utilizada como um expediente para evadir a ordem pública dos Estados que têm um interesse legítimo na regulação de certas transações comerciais⁶². Os Estados, se não virem devidamente ponderados os seus interesses legítimos na aplicação pelos árbitros de

⁵⁹ Ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 57, com mais referências.

⁶⁰ Ver, em sentido convergente, PETER SCHLOSSER – *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Tubinga, 1989, 164.

⁶¹ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 8) § 55.

⁶² Cf. OLE LANDO – "Conflict-of-Laws Rules for Arbitrators", in *FS Konrad Zweigert*, 157-177, Tubinga, 1981, 172. Ver também DROBNIG (n. 53) 113.

certas normas imperativas, poderão ser tentados a estabelecer regimes mais restritivos, designadamente excluindo a arbitrabilidade de certas matérias⁶³.

Corresponde assim ao interesse da sociedade mundial na difusão e consolidação da arbitragem transnacional a devida consideração das diretrizes estaduais que exprimam interesses legítimos e razoáveis na aplicação de normas imperativas individualizadas.

Todavia, tem de ser resguardada uma margem de apreciação perante a possibilidade de conflitos entre as diretrizes relevantes ou de contradições entre o interesse do Estado que emite a diretriz e outros interesses, finalidades e valores em jogo⁶⁴.

Não basta, por conseguinte, que a norma imperativa tenha uma pretensão de aplicabilidade no caso concreto e que exista uma relação significativa entre o Estado que a edita e a relação controvertida⁶⁵.

A pretensão de aplicabilidade de normas imperativas individualizadas deverá ser acatada pelos árbitros quando tiver subjacente um interesse legítimo e razoável que, por si, ou em concurso com interesses típicos e legítimos das partes, com finalidades da sociedade mundial ou com valores da ordem pública transnacional não deva ceder perante finalidades, interesses e valores da mesma natureza que se lhe oponham⁶⁶.

⁶³ Como observa SERAGLINI (n. 57) 190.

⁶⁴ Cf. LANDO (n. 62) 172; PIERRE MAYER – “La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État”, *Clunet* 113 (1986) 5-78, III; GRIGERA NAÓN (n. 48) 149 e seg., refere-se a uma “delicada ponderação” entre a vontade das partes, que define o “mandato” dos árbitros, e preocupações relativas à execução forçada e efetividade das decisões arbitrais, intimamente associadas com o imperativo de salvaguardar a reputação da arbitragem transnacional e de assegurar o respeito por “considerações sistémicas” estreitamente ligadas à preservação e ao fomento dessa reputação. Segundo o autor, a arbitragem transnacional não pode assumir o papel de uma jurisdição internacional que tenta sistematicamente prosseguir certas políticas estaduais em todos os casos que lhe são submetidos.

⁶⁵ Cp. BUCHER (n. 29) 97, entendendo que a intensidade da ligação da relação jurídica com a ordem jurídica de um Estado é o critério decisivo para a atuação da reserva de ordem pública internacional deste Estado, incluindo as suas normas internacionalmente imperativas.

⁶⁶ Ver, em sentido convergente, CCI n.º 9333 (1998) [ASA Bulletin 19 (2001) 757], n.º 12.5.

Os árbitros devem ponderar o interesse do Estado que emite a diretriz com os outros interesses em jogo, à luz das consequências de aplicação da norma imperativa em causa.

Se houver uma ligação significativa de ambas as partes ao Estado que edita a norma imperativa ou se houver uma convergência de normas imperativas com conteúdo e finalidade equivalente dos Estados a que ambas as partes estão ligadas, os árbitros devem, em princípio, aplicar a norma ou normas em causa.

Caso isto não se verifique, assume especial importância a proteção da confiança da outra parte perante a invocação de uma norma imperativa que não pertence ao Direito escolhido pelas partes como forma de se exonerar do cumprimento de uma obrigação⁶⁷.

Não obstante, é sempre necessária uma ponderação do interesse do Estado que emite a diretriz com o interesse da parte que depositou a sua confiança na validade e eficácia do contrato com base no Direito de outro Estado ou em regras ou princípios transnacionais, à luz das consequências da aplicação da norma em causa. Nem sempre a confiança da parte é merecedora de proteção e, mesmo que o seja, o seu interesse não prevalece necessariamente sobre o interesse da outra parte e sobre o interesse do Estado de que emana a diretriz. Em princípio, uma diretriz estadual relevante só não deve ser acatada se conduzir a um resultado que seja manifestamente injusto.

Vejamos o exemplo oferecido pelo caso CCI n.º 6294 (1991)⁶⁸. O árbitro único foi confrontado com a alegação da nulidade de um contrato de subempreitada celebrado entre uma sociedade “húngara” e uma socie-

⁶⁷ Ver YVES DERAIS – “Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale”, in *Études Berthold Goldman*, 29-45, Paris, 1982, 43 e segs.; JEAN ROBERT – *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, com a colaboração de BERTRAND MOREAU, 6.ª ed., Paris, 1993, 308 e seg.; e RACINE (n. 13) 343 e segs. Cp. a crítica de SERAGLINI (n. 57) 244 e segs. e 335.

⁶⁸ *Coll. ICC (1997) III* 405 an. HASCHER. Ver também decisão CCI n.º 6773 de 1992 [ICC International Court of Arbitration Bull. 6/1 (1995) 66] que, embora fundamentada em primeira linha na falta de uma conexão suficientemente estreita entre legislação sobre concorrência dos EUA e o caso, também faz apelo a uma ideia de proteção da confiança, ao referir que ambas as partes tinham presente a referida legislação sobre concorrência quando celebraram o acordo de indemnização e que, por conseguinte, a ré não podia vir agora subtrair-se ao cumprimento do acordo com base nessa legislação.

dade "alemã", com vista a realizar trabalhos de construção na Alemanha, com base na violação de normas imperativas alemãs relativas ao destacamento de trabalhadores e às autorizações de trabalho. As partes tinham escolhido o Direito suíço para reger o contrato.

Para decidir sobre a aplicabilidade das normas alemãs, o árbitro baseou-se na disposição sobre a relevância de normas imperativas de terceiros ordenamentos contida na lei escolhida pelas partes (art. 19.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado). Nesta base, o árbitro assinalou que as finalidades subjacentes às normas alemãs são dignas de proteção. Ao mesmo tempo, porém, o árbitro, verificando que as partes tinham mantido durante vários anos relações comerciais com base no contrato sem que nenhuma das partes tivesse invocado uma eventual nulidade, entendeu que o interesse da requerida na aplicação das normas alemãs não era digno de proteção, pois só podia residir na tentativa de se liberar das obrigações não cumpridas perante a outra parte.

Por acréscimo, o árbitro afirmou que a recusa da prestação por parte da requerida se afigurava abusiva por aplicação do princípio do *venire contra factum proprium*.

Afora o recurso ao art. 19.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado⁶⁹, a decisão parece justificada. O interesse do Estado alemão na aplicação das suas normas imperativas era legítimo e razoável, mas o acatamento desta pretensão de aplicabilidade conduziria a um resultado manifestamente injusto. A confiança depositada pela requerente na validade do contrato, objetivamente fundamentada na execução do mesmo ao longo de vários anos, merecia proteção, quer à luz de um princípio geral do Direito que integra o Direito Transnacional da Arbitragem quer, em particular, perante o Direito aplicável ao contrato. Este interesse não era contrabalançado por um interesse legítimo da outra parte na aplicação das normas alemãs. Admitindo que estava em causa o pagamento da remuneração devida à requerente pelos trabalhos realizados (os extratos publicados não permitem elucidar este ponto), a inaplicação das normas alemãs também não representava um grave sacrifício das finalidades que lhes estão subjacentes. Observe-se que a questão da sua aplicabilidade já

⁶⁹ Que parece decorrer do acolhimento dado pelo árbitro à tese da autonomia das partes na determinação do estatuto da arbitragem. Sobre esta tese, ver LIMA PINHEIRO (n. 8) § 50.

se apresentaria a outra luz se estivesse em causa um pedido de condenação na execução da obra.

Já no caso CCI n.º 6500 (1992)⁷⁰, o tribunal arbitral aplicou a lei protetora do agente contida na ordem jurídica do país em que desenvolvia a sua atividade apesar de entender que os restantes aspetos do litígio deveriam ser regidos pela *lex mercatoria*⁷¹. Perante o conjunto das circunstâncias do caso, esta solução parece justificada, designadamente porquanto o Estado em que o agente desenvolve a sua atividade tem uma ligação muito significativa com o contrato de agência e prossegue uma finalidade legítima ao proteger este agente, devendo a outra parte contar com esta proteção.

No caso de o tribunal arbitral ter razões para não atender à pretensão de aplicabilidade de normas imperativas de determinado Estado, nada impede que essas normas sejam tomadas em consideração, como elementos de facto, no quadro do Direito material aplicável ao mérito da causa⁷². Assim, as normas imperativas do Estado da execução do contrato que interfiram com esta execução podem relevar como causa de impossibilidade do cumprimento não imputável ao devedor⁷³.

Também não está excluído que o tribunal arbitral, apesar de não aplicar norma imperativa violada pelo objeto ou pelo fim de um contrato, tome em consideração esta norma para estabelecer a invalidade do contrato com base em imoralidade ou contrariedade aos bons costumes⁷⁴. Para o efeito é necessário que o Direito material aplicável ao mérito da causa atribua tal relevância a normas imperativas de terceiros Estados.

⁷⁰ Coll. ICC III 452.

⁷¹ Baseando-se, porém, num princípio geral de Direito Internacional Privado alegadamente consagrado no art. 7.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais.

⁷² Ver DERAIS (n. 67) 38, e "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", R. arb. (1986) 375-413, n.º 47; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (n. 52) 86 e seg.; e RACINE (n. 13) 300 e segs.

⁷³ Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) § 15 E, com mais referências.

⁷⁴ Ver FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (n. 52) 862.

D) Considerações finais

Por último, pode ser questionado se também a respeito da relevância de normas imperativas de “terceiros ordenamentos” se justificaria uma intervenção do legislador nacional. À semelhança do que se verifica com a ordem pública transnacional, esta questão diz respeito à arbitragem transnacional em sentido amplo e não só à arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional, pelo que a sua regulação deveria acompanhar uma autonomização das regras especiais aplicáveis a essa categoria de arbitragens.

Todavia, penso que, por se tratar de questão muito controversa e em que as soluções estão longe de se encontrarem consolidadas, não é ainda chegado o momento para regular a matéria no regime nacional da arbitragem voluntária.

Miguel Teixeira de Sousa

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

A intervenção de terceiros no processo arbitral*

I. Enquadramento do problema

1. Noção

a) A intervenção de terceiros é a intervenção num processo pendente de um terceiro que não é parte inicial, mas ao qual é reconhecida legitimidade para intervir e para se tornar parte principal ou acessória nesse processo. Poder-se-ia pensar que a única especialidade da intervenção na arbitragem decorreria da circunstância de ela se verificar num processo arbitral pendente. A verdade é, no entanto, que essa especialidade implica a consideração de dois aspetos fundamentais para a análise do problema da intervenção de terceiros na arbitragem. Um deles é o de que o ambiente da arbitragem não deve ser equiparado ao ambiente dos processos que correm perante a jurisdição estadual, o que impõe algum cuidado na transposição de conceitos próprios desta jurisdição para a arbitragem. Um outro aspeto é uma concretização do anterior e resulta de que, sempre que se trate de uma arbitragem voluntária, esta assenta numa base contratual¹, pelo que nem um terceiro pode impor a sua intervenção (espontânea) às partes da arbitragem, nem estas podem forçar a intervenção (provocada) de um terceiro na arbitragem pendente sem que este forneça o seu consentimento à resolução do litígio pela via arbitral². Como

* Estudo destinado à obra coletiva de homenagem ao Prof. Lebre de Freitas.

¹ Cf., por exemplo, LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II (2002), 625 ss.; GONÇALVES BORGES, *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem*, Themis 7/13 (2006), 110 ss.

² Cf., por exemplo, MünchKommZPO³/MUNCH (2008), § 1029 64 s.

D) Considerações finais

Por último, pode ser questionado se também a respeito da relevância de normas imperativas de “terceiros ordenamentos” se justificaria uma intervenção do legislador nacional. À semelhança do que se verifica com a ordem pública transnacional, esta questão diz respeito à arbitragem transnacional em sentido amplo e não só à arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional, pelo que a sua regulação deveria acompanhar uma autonomização das regras especiais aplicáveis a essa categoria de arbitragens.

Todavia, penso que, por se tratar de questão muito controversa e em que as soluções estão longe de se encontrarem consolidadas, não é ainda chegado o momento para regular a matéria no regime nacional da arbitragem voluntária.

Miguel Teixeira de Sousa

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

A intervenção de terceiros no processo arbitral*

I. Enquadramento do problema

1. Noção

a) A intervenção de terceiros é a intervenção num processo pendente de um terceiro que não é parte inicial, mas ao qual é reconhecida legitimidade para intervir e para se tornar parte principal ou acessória nesse processo. Poder-se-ia pensar que a única especialidade da intervenção na arbitragem decorreria da circunstância de ela se verificar num processo arbitral pendente. A verdade é, no entanto, que essa especialidade implica a consideração de dois aspetos fundamentais para a análise do problema da intervenção de terceiros na arbitragem. Um deles é o de que o ambiente da arbitragem não deve ser equiparado ao ambiente dos processos que correm perante a jurisdição estadual, o que impõe algum cuidado na transposição de conceitos próprios desta jurisdição para a arbitragem. Um outro aspeto é uma concretização do anterior e resulta de que, sempre que se trate de uma arbitragem voluntária, esta assenta numa base contratual¹, pelo que nem um terceiro pode impor a sua intervenção (espontânea) às partes da arbitragem, nem estas podem forçar a intervenção (provocada) de um terceiro na arbitragem pendente sem que este forneça o seu consentimento à resolução do litígio pela via arbitral². Como

* Estudo destinado à obra coletiva de homenagem ao Prof. Lebre de Freitas.

¹ Cf., por exemplo, LEBRE DE FREITAS, Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II (2002), 625 ss.; GONÇALVES BORGES, Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem, Themis 7/13 (2006), 110 ss.

² Cf., por exemplo, MünchKommZPO³/MUNCH (2008), § 1029 64 s.

consequência deste princípio, se o regime legal aceitar a intervenção de um terceiro após a constituição do tribunal arbitral, esse mesmo regime tem de permitir a recomposição desse tribunal por iniciativa do terceiro interveniente ou assegurar que o terceiro possa recusar-se a intervir se não aceitar a composição daquele tribunal.

Para se aferir a importância do problema da intervenção de terceiros na arbitragem, importa referir que o que se discute é, por exemplo, se o arquiteto ou um subcontraente pode intervir (ou ser chamado a intervir) num processo que corre entre o dono da obra e o empreiteiro, se uma das sócias numa *joint venture* pode intervir na arbitragem pendente entre a outra sócia e um terceiro, se o fiador pode intervir num processo entre o credor e o devedor ou se a empresa de resseguro pode intervir na ação em que é demandada a seguradora.

b) De molde a delimitar o problema da intervenção de terceiros no processo arbitral, convém acrescentar que diferente desse problema é a questão de saber se é admissível a participação de um *amicus curiae* num processo arbitral. O *amicus curiae* é um terceiro que, de forma voluntária, auxilia o tribunal na decisão de um caso, mas a sua participação em processos arbitrais está escassamente regulada, essencialmente porque, se é certo que essa participação favorece a transparência do processo arbitral, também é verdade que ela é incompatível com a confidencialidade desse processo³. Uma das poucas regulações da participação do *amicus curiae* no processo arbitral, precisamente motivada pelo reconhecimento da necessidade de, atendendo aos interesses públicos envolvidos, garantir alguma transparência nas arbitragens relativas a investimentos⁴, encontra-se na Regra 37, n.º 2, das *Arbitration Rules* do *International Centre*

³ Sobre o problema, cf. MISTELIS, Confidentiality and Third Party Participation, *Arb. Int'l* 21 (2005), 211 ss.; OLDENSTAM, Confidentiality and Arbitration – a few reflections and practical notes, *SchiedsVZ* 2006, 31 ss.

⁴ Cf. STERN, Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur, *Rev. arb.* 2007, 3 ss.; MAXWELL, Transparency in Investment Arbitration: Are Amici Curiae the Solution?, *Asian Int'l Arb. J.* 3 (2007), 176 ss.; ZACHARIASIEWICZ, Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?, *J. Int'l Arb.* 29 (2012), 205 ss.; numa outra perspetiva, RUBINS, Investment Arbitration – “Transparency” in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis, *Austrian Arb. Yb.* 2010, 293 ss.

for Settlement of Investment Disputes (ICSID), na qual se estabelece que “after consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute”⁵.

A intervenção de terceiros num processo arbitral pendente também se distingue da arbitragem com pluralidade de partes (*multiparty arbitration*). Efetivamente, o que caracteriza esta arbitragem é o facto de estar pendente um único processo arbitral entre várias partes ligadas por um único contrato e por uma mesma convenção arbitral ou de estarem pendentes vários processos entre várias partes ligadas por uma rede de contratos interdependentes e por várias convenções arbitrais⁶. Neste último caso, o que se pode discutir são as condições em que se pode verificar a apensação (ou *consolidation*) dos vários processos pendentes.

2. Justificação

A admissibilidade da intervenção de terceiros no processo arbitral reflete a crescente complexidade da arbitragem e a consequente insuficiência do “two-party model involving a single contract”⁷. A favor dessa intervenção podem ser apresentadas três justificações. A intervenção procura evitar a ineficácia da arbitragem pela falta de uma parte necessária

⁵ Cf. STUMPE, Participation of Amici Curiae in Investment Treaty Arbitration, *SchiedsVZ* 2008, 125 ss.; PETROCHILOS/NOURY/KALDERIMIS, ICSID Arbitration Rules, Chapter IV, Arbitration Rule 37, in MISTELIS (Ed.), *Concise International Arbitration* (2010), 271 ss.; JAGUSCH/SULLIVAN, A Comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern, in WAIBEL/KAUSCHAL/CHUNG/BALCHIN (Eds.), *The Backlash against Investment Arbitration* (2010), 96; na jurisprudência, cf. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic* (caso ICSID n.º ARB/03/19); cf. SANTULLI, Tribunal CIRDI, ord. Du 19 mai 2005, *Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c/ Argentine*, ordonnance sur la transparence et l'amicus curiae ARB/03/19: Amicus curiae, art. 37 du règlement d'arbitrage CIDRI (et art. 45 du règlement du Mécanisme supplémentaire), *Rev. arb.* 2006, 1056 ss.

⁶ Cf., por exemplo, LEW/MISTELIS/KRÖLL, Multiparty and Multicontract Arbitration, in LEW/LOUKAS/MISTELIS/KRÖLL, *Comparative Commercial Arbitration* (2003), 378.

⁷ LÉBOULANGER, Multi-Contract Arbitration, *J. Int'l Arb.* 13 (1996), 43.

(ou seja, em situações em que se verifique um litisconsórcio necessário entre vários demandantes ou vários demandados) e obviar à multiplicação de processos arbitrais pela ausência de uma parte “conveniente”, com o consequente risco do proferimento de decisões incompatíveis. A intervenção também visa assegurar o princípio da igualdade entre as partes do processo arbitral, dado que, admitindo-se a intervenção de um terceiro, as partes desse processo não têm de ficar restringidas àquelas que forem escolhidas inicialmente pelo demandante. Finalmente, a intervenção destina-se a obviar a qualquer discrepância entre a vertente substantiva e a vertente processual de um litígio⁸. Importa referir que, em contrapartida, a intervenção de terceiros afeta a confidencialidade do processo arbitral e torna-o mais complexo e, eventualmente, menos eficiente.

3. Regulação

a) Numa perspetiva comparativa, não é frequente – ou talvez se deva dizer que ainda não é muito frequente – a regulação da intervenção de terceiros na arbitragem⁹. Essa regulação não se encontra em importantes instrumentos de regulação da arbitragem, como a *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Todavia, principalmente nos tempos mais recentes, tem crescido o interesse pelo problema da intervenção de terceiros no processo arbitral, o que fez aumentar os casos da sua regulação legislativa. Podem ser referidos os seguintes exemplos:

- O art. 17.º, n.º 4, das *UNCITRAL Arbitration Rules* estabelece que “*the arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or*

⁸ Cf. BREKOUKAKIS, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room*, Penn St. L. Rev. 113 (2009), 1179 ss.

⁹ Discutindo os possíveis enquadramentos da regulação da intervenção de terceiros na arbitragem, cf. CONEJERO ROOS, *Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches*, in VAN DER BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention/ICCA International Arbitration/ICCA Congress Series 14* (2009), 419 ss.

persons to be joined, the opportunity to be heard, that joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties”;

- O art. 7.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem da CCI, dispõe (na versão oficial portuguesa) o seguinte: “A parte que desejar integrar uma parte adicional à arbitragem deverá apresentar à Secretaria requerimento de arbitragem contra a parte adicional (“Requerimento de Integração”). [...] 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. [...]”; este regime está em vigor desde 1/1/2012 e é especialmente significativo, dado que a anterior versão do mesmo Regulamento não previa a intervenção de terceiros;
- O art. 22.º, n.º 1, al. h), das *Rules of Arbitration do London Court of International Arbitration* estabelece que, “*unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views [...] to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration*”;
- O art. 4.º, n.º 2, do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional dispõe (na versão oficial portuguesa) que “se um terceiro pleitear intervir, ou uma parte requerer que um terceiro intervenha num procedimento em curso e regido pelo Regulamento, o tribunal arbitral decidirá acerca de tal requerimento, após consultar todas partes e considerar as circunstâncias pertinentes ao caso”;
- O art. 41.º, n.º 1, das *Netherlands Arbitration Institute (NAI) Rules* estabelece que “*a third party who has an interest in the outcome of arbitral proceedings to which these Rules apply may request the arbitral tribunal for permission to join the proceedings or to intervene therein*”;
- O art. 25.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa/Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa dispõe, numa versão que é anterior à entrada

em vigor da (Nova) Lei da Arbitragem Voluntária, que, “se, antes de se encontrar constituído o tribunal arbitral, terceiros vinculados a todas as partes pela mesma convenção de arbitragem ou convenções de arbitragem semelhantes pretenderem intervir, a título principal, no processo, ou se, verificando-se os requisitos de vinculação mencionados, alguma das partes requerer a intervenção principal de terceiros vinculados pela convenção de arbitragem como partes a si associadas, compete ao Presidente do Centro de Arbitragem decidir sobre a admissão da intervenção”;

- O art. 1045.º, n.º 3, do *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* holandês estabelece que “a cumulação, a intervenção ou a cumulação para a ação de indemnização só pode ser admitida pelo tribunal arbitral, depois de ouvir as partes, se o terceiro aceitar, por acordo escrito entre ele e as partes, a convenção arbitral”;
- O art. 1196 bis do *Code Judiciaire* belga estabelece o seguinte: “1. *Tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure. Cette demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties.* 2. *Une partie peut appeler un tiers en intervention.* 3. *En toute hypothèse, pour être admise, l'intervention nécessite une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige. Elle est, en outre, subordonnée à l'assentiment du tribunal arbitral qui statue à l'unanimité*”;
- O art. 816-*quater* do *Codice di procedura civile* dispõe que “*qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un uguale numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina*”.

b) A (Nova) Lei da Arbitragem Voluntária regula a intervenção de terceiros no seu art. 36.^{o10}. Sobre o regime constante deste preceito con-

¹⁰ Os artigos citados sem referência a qualquer diploma legal pertencem à (Nova) Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei 63/2011, de 14/12; sobre os aspetos gerais desta Lei, cf. J. M. JUDICE, *The New Portuguese Arbitration Law*, ASA Bull. 30

vém fazer duas observações prévias. Uma primeira observação respeita ao âmbito de aplicação do regime legal: de acordo com o estabelecido no art. 61.º sobre o âmbito de aplicação no espaço da Lei da Arbitragem Voluntária, aquele regime é aplicável a qualquer arbitragem que tenha lugar em território português, independentemente de ser uma arbitragem puramente nacional ou uma arbitragem internacional (que é aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional: cf. art. 49.º, n.º 1); como se pode inferir do estabelecido no art. 36.º, n.º 6, o regime da intervenção de terceiros aplica-se tanto à arbitragem *ad hoc*, como à arbitragem institucionalizada; finalmente, o regime estabelecido no art. 36.º é aplicável, como se infere do disposto no art. 36.º, n.º 2, tanto à intervenção espontânea, como à intervenção provocada da iniciativa do demandante ou do demandado.

Uma segunda observação destina-se a realçar que o regime instituído pelo art. 36.º é duplamente dispositivo: ele é supletivo perante a regulação realizada na convenção de arbitragem (art. 36.º, n.º 7); aquele regime também é supletivo perante os regimes constantes das leis reguladoras do processo arbitral que sejam aplicáveis por escolha quer das partes (cf. art. 30.º, n.º 2), quer do tribunal arbitral (cf. art. 30.º, n.º 3). Dado que se trata de um regime supletivo, o disposto no art. 36.º é aplicável sempre que os contraentes da convenção arbitral não o afastem e não obsta a que esses contraentes excluam, no momento da celebração dessa convenção, a intervenção de terceiros no eventual futuro processo arbitral. Importa reforçar este último aspeto: não obstante a Lei da Arbitragem Voluntária prever um regime próprio para a intervenção de terceiros, nada parece exigir que essa intervenção tenha de ser admissível em toda e qualquer arbitragem que decorra em território português. Apesar de ser normal que qualquer regulamento português sobre arbitragem admita a intervenção de terceiros, nada impede que assim não suceda.

Há por isso que concluir que o estabelecido no art. 36.º não contém um regime imperativo, pelo que as partes da convenção podem excluir a intervenção de terceiros no processo arbitral em que venham a ser partes, o que elimina tanto a intervenção provocada por uma delas, como a intervenção espontânea de um terceiro nesse processo. Quanto a esta última

(2012), 7 ss.; em concreto sobre o art. 36.º, cf. RIBEIRO MENDES, *in* AAVV, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (2012), 72 ss.

hipótese, importa acrescentar que nada justifica que a vontade do terceiro deva prevalecer sobre a vontade das partes da convenção arbitral. Só assim não sucederá no caso – que, aliás, não se vislumbra ser possível no direito português – em que a não intervenção do terceiro implique uma qualquer preclusão da defesa dos seus direitos ou interesses.

c) A relevância concedida à vontade que as partes manifestaram na convenção de arbitragem impõe algumas restrições à escolha da lei reguladora do processo arbitral. Sempre que da convenção arbitral resulte que, se a arbitragem não decorrer inicialmente entre todos os interessados, os seus subscritores querem admitir a intervenção dos interessados excluídos do processo instaurado, há que concluir que o tribunal arbitral não pode escolher uma lei reguladora do processo incompatível com a possibilidade dessa intervenção. A vontade das partes da convenção arbitral tem de se sobrepor à escolha do tribunal.

Do mesmo modo, sempre que da convenção de arbitragem resulte – seja expressamente, seja pela aplicação do regime legal supletivo – que os seus subscritores admitem a intervenção de um interessado que não participe inicialmente do processo arbitral, não podem as partes iniciais daquele processo escolher uma lei reguladora do processo que não admita aquela intervenção. Como é evidente, a vontade das partes iniciais do processo arbitral não pode desprezar a vontade de todos os subscritores da convenção de arbitragem.

4. Admissibilidade

Quanto às condições de admissibilidade da intervenção de terceiros num processo arbitral, há que distinguir entre condições substanciais e condições procedimentais: as condições substanciais respeitam à qualidade de terceiro do interveniente e à vinculação deste terceiro e das partes iniciais por uma mesma convenção de arbitragem; as condições procedimentais referem-se à observância do princípio da igualdade na constituição do tribunal arbitral e à aceitação da intervenção pelo tribunal arbitral.

II. Condições substanciais

1. Qualidade de terceiro

a) Só pode ser considerado terceiro quem não for parte, isto é, quem, sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, puder ser considerado um sujeito distinto de qualquer das partes iniciais (cf. art. 498.º, n.º 2, CPC, utilizando o critério da identidade da qualidade jurídica para definir a identidade de sujeitos, isto é, de partes (presentes na ação) e de terceiros (ausentes dela)). Esta simples verificação fundamenta, desde logo, a recusa da atribuição da qualidade de terceiro ao representado: se o representante está em juízo como parte, o representado nunca pode intervir como terceiro; o que pode eventualmente suceder (não, contudo, na ordem jurídica portuguesa) é que, perante a ilegitimidade do representante, o representado seja admitido a substituí-lo em juízo. Assim, dado que só pode ser considerado terceiro interveniente alguém que não tenha a mesma qualidade jurídica de qualquer das partes processuais, o critério mais simples para analisar a diferenciação quanto à qualidade jurídica entre a parte inicial e esse interveniente é aquele que pode ser extraído dos limites subjetivos do caso julgado: têm a mesma qualidade jurídica (e, por isso, não podem ser considerados terceiros entre si) os sujeitos que, mesmo sem qualquer regulamentação legal, ficam vinculados ao caso julgado da decisão proferida no processo em que não participaram. Para efeitos de intervenção, só pode ser considerado terceiro quem o for em relação a qualquer das partes processuais.

Deste modo, exatamente porque não tem uma qualidade jurídica distinta de qualquer das partes iniciais, não podem ser considerados terceiros para efeitos de intervenção os sucessores, *mortis causa* ou *inter vivos*, de qualquer das partes iniciais¹¹; não é, por exemplo, terceiro aquele a quem foi cedido o crédito litigioso, nem aquele que assumiu, nomeadamente por cessão da posição contratual ou por assunção de dívida, a posição de qualquer das partes iniciais (cf. art. 424.º, n.º 1, e 595.º, n.º 1,

¹¹ Sobre a transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* da convenção arbitral, cf. R. VENTURA, Convenção de arbitragem, ROA 46 (1986), 395 ss.; entendendo que, sem a ausência do terceiro, essa convenção não se transmite ao sucessor, cf. MARTENS, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte (2005), 58 ss. e 136 ss.

CC). O mesmo pode ser dito quanto à sub-rogação pessoal, dado que o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam (art. 593.º, n.º 1, CC), bem como quanto à substituição processual do adquirente ou cessionário pelo transmitente ou cedente: ambos são a mesma parte sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, o que justifica a possibilidade de o adquirente se tornar parte no processo através de habilitação (art. 271.º, n.º 1, CPC).

A distinção entre aquele que tem a mesma qualidade jurídica de uma das partes iniciais e aquele que é terceiro perante o processo acompanha a distinção entre a habilitação e a intervenção de terceiros. A habilitação é utilizada para promover a intervenção num processo de alguém que tem a mesma qualidade jurídica da parte inicial (cf. art. 371.º CPC, quanto à habilitação do sucessor *mortis causa*, e art. 376.º CPC, quanto à habilitação do adquirente ou cessionário); é também à habilitação que há que recorrer para provocar a substituição do transmitente ou cedente da coisa ou direito litigioso pelo adquirente ou cessionário (cf. art. 271.º, n.º 1, CPC). Pode assim dizer-se que, enquanto a habilitação se destina a permitir a substituição de uma parte por uma outra com a mesma qualidade jurídica, a intervenção de terceiros serve para promover a intervenção de alguém que tem uma qualidade jurídica distinta de qualquer das partes iniciais e que se vai juntar a estas partes, originando uma situação de cumulação subjetiva.

Estas observações parecem importantes, porque elas permitem delimitar o âmbito de aplicação do regime da intervenção de terceiros (aliás, independentemente de tal suceder na jurisdição estadual ou arbitral): este regime só pode ser aplicado à intervenção de um interessado que não seja parte na causa e que, além disso, não tenha a mesma qualidade jurídica de nenhuma das partes iniciais. Pode assim concluir-se que a intervenção de terceiros tem uma dupla referência: só pode intervir como terceiro o sujeito que for terceiro simultaneamente em relação ao processo pendente e às partes processuais.

b) Determinado quem pode ser considerado terceiro para efeitos da intervenção de terceiros num processo pendente, há que considerar o problema no âmbito específico da arbitragem voluntária, o que implica enfrentar uma dupla dificuldade. A primeira é a de que só pode ser considerado terceiro para efeitos de processo arbitral quem, não sendo parte

inicial, esteja vinculado à convenção arbitral e, por isso, quem possa ser qualificado como um terceiro interessado (ou “relativo”); os terceiros que não subscreveram a convenção arbitral ou que a ela não estão vinculados são, atendendo ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos e, em especial, da convenção arbitral¹², terceiros indiferentes (ou “absolutos”) e, quanto a eles, não se coloca sequer o problema de saber se podem intervir num processo arbitral pendente. Dito de outro modo: para que se possa admitir a intervenção de um terceiro num processo arbitral tem de ter sido celebrada uma convenção de arbitragem que tenha um âmbito subjetivo mais amplo do que as partes iniciais daquele processo. Suponha-se, por exemplo, que A vende uma mercadoria a B e C e que, entre todos eles, é estipulado que, em caso de litúgio, o mesmo será resolvido por via arbitral; se o processo arbitral for instaurado por A apenas contra B, C permanece terceiro e pode intervir (ou vir a ser chamado a intervir) naquele processo. Portanto, quando se fala da intervenção de terceiros num processo arbitral, está-se a falar da intervenção de alguém que não é autor ou réu, não de alguém que não está vinculado à arbitragem e que, por isso, nunca nela poderia ser autor ou réu.

A exigência de que o terceiro interveniente e as partes iniciais estejam vinculados por uma mesma convenção arbitral é normalmente satisfeita em casos em que todos esses interessados são igualmente partes de um mesmo contrato. Não se pode excluir, no entanto, a hipótese de vários interessados ligados por diferentes contratos subscreverem uma única convenção arbitral. Também nesta eventualidade se encontra preenchida a condição para que, não sendo algum desses interessados parte inicial no processo arbitral, ele possa intervir ou ser chamado a intervir neste processo.

c) Uma segunda dificuldade respeita aos “verdadeiros terceiros” perante o processo arbitral, mas “falsos terceiros” perante a convenção arbitral. A dificuldade reporta-se à situação em que, apesar de o terceiro não ter subscrito a convenção de arbitragem, há razões para entender que ele não pode deixar de a ela estar vinculado: é o que, por vezes,

¹² Cf. AHRENS, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe (2001), 43 ss.

se designa por extensão da convenção arbitral a um não subscritor¹³. Atendendo a que a questão da referida extensão não encontra nenhum tratamento legal, trata-se de um problema que tem de ser resolvido pelo próprio tribunal arbitral.

Convém esclarecer que, quando considerada pela perspectiva do direito português, a extensão da convenção arbitral a não subscritores tem um recorte mais amplo do que o da intervenção de terceiros na arbitragem, dado que o problema daquela extensão se coloca em relação a qualquer não signatário da convenção arbitral, ainda que este, por ter a mesma qualidade jurídica de um dos subscritores, possa tornar-se parte da arbitragem através da habilitação (e não através da intervenção de terceiros). Quer dizer: o problema da extensão da convenção arbitral a não signatários é conjugável tanto com a habilitação, como com a intervenção de terceiros. No direito interno português pode encontrar-se um exemplo da extensão da convenção arbitral a um terceiro na hipótese do contrato a favor de terceiro, que é o contrato em que uma das partes (o promitente) assume perante o outro contraente (o promissário) a obrigação de efetuar uma prestação a favor de um terceiro (o beneficiário) (cf. art. 443.º, n.º 1, CC). Se o promitente e o promissário tiverem convencionado o recurso à via arbitral para resolução dos seus diferendos, o beneficiário também é abrangido por essa convenção¹⁴. Um outro exemplo de extensão da convenção arbitral a não subscritores encontra-se no

¹³ Cf., por exemplo, VOSER, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, in VAN DEN BERG (Ed.), 50 Years of the New York Convention/ICCA International Arbitration Conference/ICCA Congress Series 14 (2009), 347; sobre os fatores que podem levar a essa extensão, cf. ZUBERBUHLER/MULLER/HABEGGER, Introductory Rules: Consolidation of Arbitral Proceedings (Joinder), Participation and Third Parties (Art. 4), in ZUBERBUHLER/MULLER/HABEGGER (Eds.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary (2005), 42 s.; HANOTIAU, Non-Signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law, in VAN DEN BERG (Ed.), International Arbitration 2006: Back to Basics?/ICCA Congress Series 13 (2007), 350 s.; SANDROCK, "Intra" and "Extra-Entity" Agreements to Arbitrate and their Extension to Non-Signatories Under German Law, J. Int'l Arb. 19 (2002), 423 ss., distingue entre os "«intra-partnership»", "«intra-company»" ou "«intra-association» agreements" e os "«extra-entity» agreements", ou seja, as "disputes in which a grouping of persons [...] is engaged with a third person".

¹⁴ Excluído a hipótese de o contrato a favor de terceiro ser imposto pela lei, como acontece no campo do seguro automóvel, cf. LEBRE DE FREITAS, Intervenção de terceiros em processo arbitral, RePro 209 (2012), 444.

âmbito da responsabilidade por dívidas sociais: nas sociedades em nome coletivo e nas sociedades em comandita, os sócios ou os sócios comanditados estão vinculados à convenção arbitral celebrada pela sociedade, dado que todos eles respondem pelas obrigações sociais (cf. art. 175.º, n.º 1, e 465.º, n.º 1, CSC)¹⁵.

O que se pode discutir em casos como os descritos é o grau de acessoriedade ou de autonomia da convenção arbitral perante o contrato substantivo em que se insere. De acordo com as soluções acima fornecidas, o que há que concluir é que essa convenção de arbitragem não pode ser considerada autónoma perante o contrato substantivo em que ela se integra, pelo que o âmbito subjetivo daquela convenção molda-se sobre o âmbito subjetivo deste contrato. Trata-se da orientação que já foi adotada pelo Tribunal de Justiça em relação aos pactos de jurisdição¹⁶ e que o levou a entender que um pacto de jurisdição é extensível ao beneficiário de um contrato a favor de terceiro¹⁷, aos sócios posteriores de uma sociedade¹⁸ e ao portador de um conhecimento de carga¹⁹. Na jurisprudência francesa, algo de semelhante já foi defendido a propósito de uma cadeia de contratos: "numa cadeia de contratos translativos de propriedade, a cláusula compromissória transmite-se de maneira automática como acessório do direito de ação, independentemente do caráter homogêneo ou heterogêneo da cadeia"²⁰. O tema também pode ser discutido no âmbito de uma *joint venture*, dado que se pode questionar se uma convenção

¹⁵ Discutindo o problema quanto à extensão da convenção ao sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada na hipótese de desconsideração da personalidade coletiva, cf. GROSS, Zur Inanspruchnahme Dritter vor Schiedsgerichten in Fällen der Durchgriffhaftung, SchiedsVZ 2006, 194 ss.

¹⁶ Cf. LOPEZ DE GONZALO/LA MATINA, Cessione del credito e proroga di giurisdizione, Riv. dir. int. priv. proc. 48 (2012), 93 ss.

¹⁷ TJ 14/7/1983 (201/83, *Gerling Konzern et al. vs. Amministrazione del Tesoro dello Stato*).

¹⁸ TJ 10/3/1992 (C-214/89, *Powell Duffryn vs. Wolfgang Petereit*).

¹⁹ TJ 19/6/1984 (71/83, *Tilly Russ vs. NV Haven*); TJ 9/11/2000 (C-397/98, *Coreck Maritim vs. Handelsveem*).

²⁰ Cour de cassation, 27/3/2007 (*Société Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) e Société AGF vs. Amkor Technology et al.*), JCP 2007/I, 168; cf. LOQUIN, De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire: un «grand arrêt» de la première chambre civile de la Cour de cassation, RTD Com 2007, 677 ss.

celebrada com uma das sociedades participantes também é vinculativa para a própria sociedade que decorre da *joint venture*, ou de transações relativas a fusões e aquisições, dado que se pode perguntar se uma convenção concluída com um dos vendedores das participações sociais também vincula a nova sociedade²¹.

Noutros enquadramentos legais – e, em especial, na arbitragem internacional – têm sido propostas várias soluções para justificar a extensão de uma convenção arbitral a não subscritores²². A jurisprudência norte-americana desenvolveu uma série de mecanismos para vincular um não subscritor da convenção arbitral à arbitragem, como o *equitable estoppel*, a *incorporation by reference*, a *agency*, a *assumption* e o *alter ego* ou *piercing the corporate veil*²³. Restringindo as referências ao espaço europeu, um caso célebre ocorrido no âmbito da arbitragem internacional – o caso *Dow Chemical Group vs. Isover Saint-Gobain* – ilustra o que se pretende analisar: duas empresas subsidiárias do grupo *Dow Chemical* celebraram separadamente dois contratos de distribuição com a empresa *Isover Saint-Gobain*, ambos contendo uma cláusula de arbitragem CCI; tendo surgido um litígio a propósito desses contratos, ambas as subsidiárias da *Dow Chemical*, uma outra subsidiária da mesma empresa e ainda a própria *Dow Chemical* instauraram um processo arbitral contra a *Isover Saint-Gobain*; esta demandada contestou a competência do tribunal, alegando que nem a terceira subsidiária, nem a própria *Dow Chemical* estavam vinculadas pela convenção arbitral; no entanto, o tribunal da CCI considerou que a empresa-mãe e a subsidiária estavam obrigadas pela convenção de arbitragem subscritas pelas outras empresas do grupo, nomeadamente porque, dentro da perspectiva de que “um grupo de

²¹ BUSSE, Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen, *SchiedsVZ* 2005, 119.

²² Sobre alguma jurisprudência recente, cf. GARCIA DE CORTÁZAR, Non-Signatories and Arbitration; Recent Developments, *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (2010), 562 ss.

²³ Cf. HANOTIAU, Complex Arbitrations/Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions (2006), 7 ss.; GONÇALVES BORGES, *Themis* 7/13 (2006), 127 ss.; CORRIE, Challenges in International Arbitration for Non-Signatories, *Comp. L. Yb. Int'l Business* 29 (2007), 48 ss.; ZUBERBÜHLER, Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate, *ASA Bull.* 26 (2008), 18 ss.; BORN, *International Commercial Arbitration* (2009), 1142 ss.; BOUCKAERT/DUPEYRÉ, La participación de terceros en el arbitraje internacional, *Rev. Club Esp. Arb.* 9 (2010), 91 ss.

empresas constitui uma e mesma realidade económica”, uma das demandantes era quem realmente tinha realizado as entregas à demandada *Isover Saint-Gobain* e porque a outra demandante era a empresa-mãe de uma das subscritoras da convenção arbitral²⁴. Assim, apesar de, em si mesma, a existência de uma relação de grupo entre várias sociedades não constituir elemento suficiente para vincular uma sociedade que não subscreveu a convenção arbitral, pode haver circunstâncias que levem a concluir que uma empresa não subscritora também está vinculada à convenção de arbitragem²⁵.

Desta “*Group of Companies Doctrine*” resulta que, apesar de apenas uma sociedade ter subscrito a convenção arbitral, esta convenção é vinculativa para todas as sociedades que, pertencentes ao mesmo grupo, estiveram envolvidas na celebração e cumprimento de um contrato, sempre que essa tenha sido a vontade (expressa ou tácita) de todos os intervenientes²⁶. Independentemente do mérito desta orientação²⁷, dela

²⁴ Decisão interlocutória de 23/9/1982 proferida no caso ICC n.º 4131, *Clunet* 110 (1983), 899; cf. também SANDERS, 1. *Dow Chemical France*, 2. *The Dow Chemical Company and others v ISOVER Saint Gobain*, Interim Award in case No. 4131 of 23 September 1982, *Yb. Com. Arb.* 10 (1984), 131 ss.

²⁵ HANOTIAU, *ICCA Congress Series* 13 (2007), 344 s.

²⁶ Cf. HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 49 ss.; GONÇALVES BORGES, *Themis* 7/13 (2006), 132 ss.

²⁷ Para uma apreciação (crítica) da *Group of Companies Doctrine*, cf. POUDET, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, *JDI* 1995, 893 ss.; BUSSE, *SchiedsVZ* 2005, 119 ss.; WILSKE/SHORE/AHRENS, *The “Group of Companies Doctrine” – Where is it Heading?*, *Am. Rev. Int'l Arb.* 17 (2006), 73 ss.; HANOTIAU, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, *Arb. Int'l* 27 (2011), 546, insistindo que “any reference to a group of companies doctrine should disappear once and for all from our vocabulary”, porque o mesmo resultado pode ser obtido através da clássica teoria do consenso (tácito) entre as partes; LEBRE DE FREITAS, *RePro* 209 (2012), 446; estabelecendo a diferença da *Group of Companies Doctrine* perante o *Piercing or Lifting of the Corporate Veil*, cf. FERRARIO, *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?*, *J. Int'l Arb.* 26 (2009), 647 ss.; segundo a jurisprudência suíça, a extensão de uma convenção arbitral a um não subscritor verifica-se se as sociedades que celebraram, como partes conjuntas, a convenção arbitral servem de “instrumentos da atividade pessoal” do terceiro (Tribunal Fédéral, 16/10/2003 (4P_115/2003, X, S.A.L., Y, S.A.L e A. vs. Z., *Sàrl*), *ASA Bull.* 22 (2004), 364; críticos perante esta decisão, cf. HABEGGER, *Note – Federal Tribunal 1st Civil Court*, 16 October 2003 (4p.115/2003); *Extension of arbitration agreements*

também resulta a admissibilidade da intervenção num processo pendente dos mesmos interessados que poderiam ter sido partes iniciais, pois que, quem, segundo aquela conceção, pode ser demandante ou demandado, também pode naturalmente intervir ou ser chamado a intervir no processo pendente entre outros interessados.

2. Princípio do consentimento

a) A arbitragem voluntária baseia-se numa convenção arbitral e tem, por isso, um fundamento contratual; como acima se referiu, esta convenção delimita o âmbito subjetivo do processo arbitral, dado que não pode ser parte quem não esteja vinculado pela convenção de arbitragem²⁸. É igualmente essa a orientação – que é, aliás, imposta pela autonomia das partes – que resulta do disposto na Lei da Arbitragem Voluntária (à semelhança do que também decorre do estabelecido no art. 17.º, n.º 4, das *UNCITRAL Arbitration Rules*, no art. 1045.º, n.º 3, do *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* holandês e no art. 1196.º bis do *Code Judiciaire* belga), o que confirma que, para o direito português, o terceiro interveniente é um terceiro estranho ao processo arbitral e às partes iniciais, mas não à convenção arbitral que está na base daquele processo. Terceiro é quem não é parte inicial no processo arbitral, mas quem poderia ter sido

to non-signatories and requirements of form, ASA 22 (2004), 398 ss.; SANDROCK, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr – Das Schweizer Bundesgericht erlässt ein befremdliches Urteil, *SchiedVZ* 2005, 1 ss.), se entre dois contratos existe uma interligação que os torna reciprocamente dependentes (cf. Tribunal Fédéral, 5/12/2008 (4A_376/2008, *A. vs. B. Ltd*), ASA Bull. 27 (2009), 745) e se, no caso de ter havido uma cessão de direitos ou deveres dos contraentes para terceiros, resultar da interpretação da convenção arbitral que eles não estão excluídos da arbitragem (cf. Tribunal Fédéral, 22/1/2008 (4A_244/2007, *A.C. SE, A.D. Ltd, A.E. Ltd e J. Ltd vs. K. SAS*), ASA Bull. 26 (2008), 549); sobre outros aspetos da jurisprudência suíça, cf. BEVILACQUA, Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: A Survey of the Current State of Play, *World Arb. & Med. Rev.* 1 (2007), 524 ss.

²⁸ Cf., por exemplo, Tribunal arbitral *ad hoc* (UNCITRAL), 17/11/1994 (*Banque Arabe et Internationale d'Investissement et al. vs. Inter-Arab Investment Guarantee Corporation*), *Yb. Com. Arb.* 21 (1996), 13.

parte por estar vinculado à mesma convenção de arbitragem que obriga as partes processuais.

Poderia discutir-se se este requisito não deveria ser dispensado no caso de a intervenção do terceiro ser espontânea, isto é, se não deveria ser admitida a intervenção espontânea de um terceiro que não está vinculado pela convenção arbitral que liga as partes do processo. A circunstância de estas partes não deverem ser surpreendidas com a intervenção no processo de um estranho à convenção de arbitragem justifica que, mesmo na hipótese da intervenção espontânea, deva ser exigida a vinculação do terceiro interveniente à convenção arbitral²⁹. Pode naturalmente suceder que as partes iniciais estejam de acordo com a intervenção espontânea do terceiro; nesta situação, verifica-se a celebração (ainda que tácita) de uma nova convenção de arbitragem, pelo que também nela se mantém a regra de que apenas interessados vinculados por uma convenção de arbitragem podem intervir num processo arbitral pendente. Atendendo a que, na hipótese de as partes iniciais estarem de acordo com a intervenção do terceiro no processo pendente, não se verifica nenhuma incerteza nem quanto aos vinculados à arbitragem, nem quanto ao objeto desta, pode dispensar-se a exigência da forma escrita para a celebração dessa convenção arbitral (cf. art. 2.º, n.º 1) e entender-se que a aceitação da intervenção do terceiro pelas partes iniciais vale como conclusão tácita daquela convenção.

Dado que o art. II CNIORque apenas vincula os Estados a reconhecerem a convenção arbitral escrita, pode colocar-se o problema de saber se a celebração tácita dessa convenção pode constituir um obstáculo ao eventual reconhecimento da decisão proferida no respetivo processo arbitral. A resposta deve ser negativa, dado que, atendendo ao disposto no art. V, n.º 1, al. a), CNIORque, somente a invalidade da convenção arbitral segundo a lei escolhida pelas partes ou, na omissão de qualquer escolha, segundo a lei do país em que foi proferida a sentença constitui

²⁹ Discutindo o problema antes da (Nova) Lei da Arbitragem Voluntária, cf. BOTELHO DA SILVA, Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II* (2002), 531 s.; COSTA E SILVA/M. GRADI, A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral Voluntário nos Direitos Português e Italiano (2009), 26 ss.

motivo de recusa dessa sentença³⁰. Portanto, sempre que seja aplicável a lei portuguesa, a celebração tácita da convenção arbitral não pode constituir qualquer impedimento ao reconhecimento da decisão arbitral de acordo com a Convenção de Nova Iorque.

b) Segundo o disposto no art. 36.º, n.º 1 1.ª parte, só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral pendente terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respetiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Deste regime legal é possível retirar a conclusão de que o terceiro interveniente e as partes iniciais têm de estar vinculados por uma mesma convenção de arbitragem; portanto, se *A* e *B* estiverem vinculados por uma convenção arbitral e *B* e *C* por uma outra convenção de arbitragem, *C* não pode intervir no processo pendente entre *A* e *B*.

Este regime tem um sentido permissivo – todos aqueles que caibam no âmbito subjetivo da convenção de arbitragem podem intervir no posterior processo arbitral – e um correlativo sentido delimitativo – só podem intervir aqueles que estejam vinculados por uma mesma convenção arbitral. Este sentido delimitativo do disposto no art. 36.º, n.º 1 1.ª parte, é uma consequência direta da eficácia relativa da convenção arbitral (como, aliás, de qualquer contrato), sendo ele que justifica a inoponibilidade da jurisdição arbitral a um terceiro não vinculado à convenção arbitral (o que inviabiliza a intervenção provocada) e a inoponibilidade da *voluntas interveniendi* desse mesmo terceiro às partes da arbitragem (o que impede a intervenção espontânea)³¹.

É ainda o referido sentido permissivo do estabelecido no art. 36.º, n.º 1 1.ª parte, que dispensa que os subscritores da convenção arbitral tenham de prever a admissibilidade da intervenção de terceiros; basta que todos os interessados estejam vinculados à arbitragem por uma mesma convenção arbitral, pois que, nesse caso, qualquer deles pode intervir no subsequente processo arbitral. Também não é necessário que os subscritores da convenção arbitral tenham remetido para um regime

³⁰ Sobre o problema, cf. BAMFORTH/MAIDMENT, "All join in" or not? How well does international arbitration cater for disputes involving multiple parties or related claims?, ASA Bull. 27 (2009), 6 s.

³¹ Cf. COSTA E SILVA/M. GRADI, A Intervenção de Terceiros, 22.

de arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada que preveja a intervenção de terceiros; para que a intervenção seja admissível é suficiente que, tendo sido vários os subscritores da convenção de arbitragem, nem todos sejam partes no subsequente processo arbitral. Portanto, a *umbrella clause*³², que se destina a prever a admissibilidade da intervenção de terceiros e que pode ser recomendável em algumas ordens jurídicas, é dispensável sempre que seja a lei portuguesa a regular a arbitragem.

A adesão à convenção arbitral carece – estabelece o art. 36.º, n.º 1 2.ª parte – do consentimento de todas as partes dessa convenção e pode ser feita só para os efeitos de uma arbitragem pendente. Dado que o terceiro interveniente tem de estar vinculado à mesma convenção arbitral que vincula as partes iniciais ou só pode aderir a uma convenção com o consentimento dos seus subscritores (mesmo que sejam terceiros em relação ao processo arbitral), há que concluir que a intervenção de terceiros exige sempre o consentimento de todos os interessados (partes iniciais e terceiros) quanto à resolução do litígio pela via arbitral. O que pode variar é, como se demonstrou, o momento em que esse consentimento pode ser obtido: esse consentimento pode ser contemporâneo da convenção arbitral ou posterior ao momento da celebração desta convenção. O que justifica a necessidade dessa vinculação comum de terceiros e partes é a natureza contratual da arbitragem voluntária.

Isto significa que, mesmo no caso da intervenção espontânea, é indispensável que o terceiro interveniente seja parte da convenção arbitral ou adira a ela e que, na hipótese da intervenção provocada, as partes da arbitragem não podem impor a intervenção de um terceiro que não seja parte da convenção arbitral. Esta conclusão exclui que se possa procurar justificar a admissibilidade da intervenção de terceiros no processo arbitral através de qualquer extensão do caso julgado da decisão arbitral ao terceiro interveniente. Teoricamente, seria possível definir a admissibilidade dessa intervenção em função da extensão subjetiva do caso julgado, entendendo, nomeadamente, que todos aqueles que, sendo terceiros, possam beneficiar de um caso julgado têm legitimidade para intervir numa arbitragem pendente. A verdade é, no entanto, que o regime instituído na Lei da Arbitragem Voluntária, ao exigir a vinculação ou a adesão do

³² BAMFORTH/MAIDMENT, ASA Bull. 27 (2009), 20.

terceiro à convenção arbitral (cf. art. 36.º, n.º 1), se orienta por uma outra solução: o que conta é a circunstância de o terceiro ser parte da mesma convenção arbitral que vincula as partes iniciais da arbitragem ou ter aderido a essa convenção. Esta opção legal tem, aliás, um custo, pois que ela torna muitíssimo rara a hipótese em que um terceiro pode intervir para formular contra o demandado um pedido incompatível com aquele que foi apresentado pelo demandante (cf. art. 36.º, n.º 3, al. b)), dado que a intervenção desse oponente fica dependente do consentimento das partes da convenção arbitral (e, em especial, da própria parte à qual o terceiro se pretende opor) à adesão daquele interessado a essa mesma convenção.

Impõe-se ainda, nesta matéria, uma observação importante: uma coisa é a vinculação à arbitragem de todos os interessados, outra bastante distinta é a relevância do assentimento dos interessados na própria intervenção do terceiro. Quanto a este aspeto, importa ter presente que é sempre ao tribunal arbitral que compete admitir ou rejeitar a intervenção do terceiro (cf. art. 36.º, n.º 3), o que, aliás, implica que esse tribunal comece por verificar se o terceiro está vinculado ou aderiu à convenção arbitral que liga as partes da arbitragem (cf. art. 36.º, n.º 1) e, nesse sentido, verifique, nos termos gerais da *Kompetenz-Kompetenz*, se também é competente para dirimir o litúgio em relação ao terceiro interveniente. Da regra segundo a qual compete ao próprio tribunal arbitral controlar a admissibilidade da intervenção de terceiros resultam os seguintes corolários (naturalmente quanto a terceiros vinculados à convenção de arbitragem ou que a ela aceitem vincular-se): no caso da intervenção provocada, é indiferente que o terceiro dê a sua concordância ou rejeite a intervenção; na hipótese da intervenção espontânea, é indiferente que as partes iniciais aceitem ou rejeitem a intervenção. Em ambos os casos, a vontade relevante não é aquela que o terceiro ou as partes do processo manifestam no momento da intervenção, mas aquela que todos eles expressaram enquanto subscritores da convenção arbitral ou aderentes a ela. Depois dessa expressão de vontade dos interessados, cabe ao tribunal arbitral controlar a admissibilidade da intervenção do terceiro.

c) A necessidade da vinculação de todos os interessados por uma mesma convenção de arbitragem dificulta a intervenção de terceiros num processo arbitral pendente. Isto significa que a possibilidade da utilização da intervenção de terceiros para prevenir o proferimento de decisões

conflitantes é reduzida (ou melhor, é limitada à hipótese de todos os interessados estarem vinculados por uma mesma convenção arbitral e de o tribunal arbitral aceitar a intervenção do terceiro). Nesta ótica, se um qualquer projeto envolver a celebração de vários contratos bilaterais com outras tantas convenções de arbitragem, não é possível promover a intervenção de uma parte de um contrato e de uma convenção diferente daqueles que justificam e permitem o processo arbitral.

Pode perguntar-se se a exigência de que todos os interessados (isto é, as partes iniciais e o terceiro interveniente) estejam vinculados à arbitragem por uma mesma convenção arbitral não restringe em demasia as potencialidades da intervenção de terceiros. Por exemplo: o empreiteiro pode ter interesse em fazer intervir um subempreiteiro no processo em que é demandado pelo dono da obra; no entanto, se o subempreiteiro (como é normal) não for parte na convenção de arbitragem celebrada entre o dono da obra e o empreiteiro, a sua intervenção não é admissível. Para responder à questão colocada importa lembrar o carácter supletivo do art. 36.º, n.º 1 (cf. art. 36.º, n.º 7), pelo que nada impede que, por exemplo, na convenção arbitral celebrada entre o empreiteiro e o subempreiteiro se preveja a admissibilidade da intervenção deste último no processo entre aquele e o dono da obra. Nesta ótica, dado o carácter supletivo do disposto no art. 36.º, n.º 1, pode concluir-se que, enquanto regulação que pode ser afastada pela vontade dos interessados, seria difícil prever um regime que pudesse dispensar a vinculação das partes iniciais e do terceiro interveniente a uma mesma convenção arbitral.

d) Pode discutir-se se a exigência, realizada a propósito da intervenção de terceiros, de que todos os interessados estejam vinculados a uma mesma convenção arbitral tem alguma implicação quanto às condições em que a apensação de diferentes processos arbitrais pode ocorrer. A melhor resposta parece ser a de que essa apensação não constitui um lugar paralelo da intervenção de terceiros (atente-se, por exemplo, na diferença de regimes estabelecida no art. 4.º do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional), pelo que o que vale para aquela intervenção (que implica a transformação de um terceiro em parte) não tem de valer para aquela apensação (que implica apenas uma junção de processos até aí separados). A intervenção de terceiros pressupõe que os terceiros e as partes estejam, todos eles, vinculados por uma mesma convenção arbi-

tral, o que pode não suceder na apensação, dado que esta também se pode verificar entre processos com partes distintas e vinculadas por diferentes convenções de arbitragem³³.

Portanto, apesar de entre a apensação de processos com pluralidade de partes e a intervenção de terceiros poder haver alguns pontos de contacto (como, por exemplo, aquele que respeita à aceitação por todas as partes da composição do tribunal arbitral do processo unificado), o que vale para a intervenção de terceiros num processo pendente não vale para as demandas entre partes múltiplas. Isto não exclui, no entanto, que, atendendo à falta de regulamentação legal da apensação de processos arbitrais, o regime da intervenção de terceiros não possa ser analogicamente aplicado, num ou noutro ponto, a uma apensação de arbitragens com partes distintas³⁴.

III. Condições procedimentais

1. Generalidades

A verificação das condições substanciais é necessária para que a intervenção de terceiros seja admissível. Aliás, é delas que decorre o poder que é atribuído a qualquer das partes iniciais de provocar a intervenção de um terceiro igualmente vinculado à convenção de arbitragem ou o poder de intervenção espontânea que é reconhecido a esse mesmo terceiro. Mas, além das condições substanciais, a intervenção do terceiro está ainda dependente de duas condições procedimentais: a observância do princípio da igualdade na constituição do tribunal arbitral e a aceitação da intervenção pelo tribunal arbitral.

³³ Cf., por exemplo, LEW/LOUKAS/MISTELIS, *Multiparty and Multicontract Arbitration*, 392 ss.; sobre a *consolidation* de processos entre as mesmas partes, cf. PRYLES/WAINCYMER, *Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties*, in VAN DEN BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention/ICCA International Arbitration Conference/ICCA Congress Series 14* (2009), 463 ss.

³⁴ Sobre a igualdade de todas as partes na designação dos árbitros como condição de uma *consolidation*, cf. NICKLISCH, *Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects*, *J. Int'l Arb.* 11 (1994), 58 ss.

2. Princípio da igualdade

a) A arbitragem voluntária atribui às partes a faculdade de designarem os árbitros que compõem o tribunal arbitral: as partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro (art. 10.º, n.º 1). Este direito das partes à designação dos árbitros coloca um importante desafio à admissibilidade da intervenção de terceiros na arbitragem (assim como, num plano mais vasto, a qualquer arbitragem com pluralidade de partes³⁵), porque seria incompatível com os princípios do processo equitativo e, em especial, com o princípio da igualdade das partes processuais impor ao terceiro interveniente a aceitação dos árbitros designados pelas partes iniciais. A necessidade da observância do princípio da igualdade de todas as partes na designação dos árbitros está subjacente ao regime estabelecido no art. 11.º e encontra-se expressamente estabelecida no art. 36.º, n.º 6 e 7, constituindo a sua violação, segundo o disposto no art. V, n.º 1, al. d), CNJorque, fundamento de recusa do reconhecimento e da execução da decisão arbitral.

A regulação da intervenção de terceiros constante do art. 36.º procura salvaguardar o princípio da igualdade de todos os interessados – isto é, das partes iniciais e do terceiro interveniente – na escolha dos árbitros do tribunal. O regime não é uniforme, havendo que considerar duas situações, uma respeitante à intervenção do terceiro antes da constituição do tribunal arbitral e uma outra relativa à intervenção do terceiro após essa constituição.

No primeiro caso – aquele em que a intervenção ocorre antes da constituição do tribunal arbitral –, há ainda que admitir duas hipóteses. Uma primeira é aquela em que as partes regularam na convenção de arbitra-

³⁵ Na doutrina portuguesa, cf. BOTELHO DA SILVA, *Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias*, 500 ss.; cf. também LEW/MISTELIS/KRÖLL, *Multiparty and Multicontract Arbitration*, 378 ss.; UGARTE/BEVILACQUA, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions*, *J. Int'l Arb.* 27 (2010), 9 ss.; na jurisprudência, cf. Cour de cassation, 7/1/1992 (*Siemens AG e BKMI Industrieanlagen vs. Dutco Construction Co.*), *Rev. arb.* 1992, 470 = *Yb. Com. Arb.* 15 (1992), 124.

gem a intervenção de terceiros em processos pendentes: nesta hipótese, incumbe-lhes assegurar a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros (art. 36.º, n.º 7), sendo, portanto, nula a convenção de arbitragem que não respeite esta exigência (art. 280.º, n.º 2, CC). Uma segunda hipótese é aquela em que as partes não regularam a intervenção de terceiros: na falta dessa regulação, a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral só é admissível em arbitragem institucionalizada e desde que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros (art. 36.º, n.º 6).

Se, no momento da intervenção do terceiro, o tribunal já se encontrar constituído pelas partes iniciais, o princípio da igualdade das partes exige uma de duas soluções: ou se admite a recomposição do tribunal após a intervenção ou se condiciona a intervenção à aceitação pelo terceiro da composição do tribunal³⁶. O disposto na Lei da Arbitragem Voluntária orienta-se por esta última solução, dado que só pode ser admitida ou provocada a intervenção de um terceiro que declare aceitar a composição do tribunal arbitral (art. 36.º, n.º 2 1.ª parte). Em caso de intervenção espontânea, presume-se que o terceiro aceita a composição do tribunal (art. 36.º, n.º 2 2.ª parte), o que significa que essa forma de intervenção só é admissível se o terceiro aceitar a composição do tribunal. No caso de intervenção provocada, a intervenção do terceiro só é admitida se este declarar aceitar a composição do tribunal (art. 36.º, n.º 2 1.ª parte). Porque não tem sentido perguntar ao terceiro cuja intervenção se quer provocar se aceita a composição do tribunal, nomeadamente porque a Lei da Arbitragem Voluntária não admite nenhuma recomposição do tribunal, o que se pretende certamente estabelecer é que, se o terceiro, chamado a intervir, não aceitar a composição do tribunal, a intervenção não é admitida, atendendo a que ninguém pode ser forçado a aceitar um tribunal em cuja composição não participou.

b) Deste regime é possível retirar que, antes da constituição do tribunal arbitral, o terceiro tem sempre a faculdade de participar na designação da

³⁶ Aceitando, em certas circunstâncias, a recomposição do tribunal, cf. VOSER/MEIER, *The Arbitrator – Joinder of Parties or the Need to (Sometimes) Be Inefficient*, *Austrian Arb. Yb.* 2008, 118 ss.; VOSER, *ICCA Congress Series 14* (2009), 390 ss.

sua composição e que, após essa constituição, só é admissível a intervenção de um terceiro que aceite (no caso da intervenção provocada) ou que se presuma aceitar (na hipótese da intervenção espontânea) a composição desse tribunal. Para que a intervenção seja admissível, é sempre necessário que, além de o terceiro se encontrar vinculado à convenção arbitral, ele seja chamado a participar da constituição do tribunal arbitral ou aceite a sua composição. Esta conclusão impede que, tendo sido provocada a intervenção de um terceiro e tendo este recusado a sua intervenção por não aceitar a composição do tribunal arbitral (cf. art. 36.º, n.º 2 1.ª parte), possa ser retirado qualquer efeito dessa recusa. Nomeadamente, não pode ser oposto a esse terceiro nenhum efeito de caso julgado da decisão que venha a ser proferida no processo arbitral (o que afasta a aplicação das situações reguladas no art. 328.º, n.º 2, CPC), nem lhe pode ser imposto nenhum efeito cominatório decorrente da sua citação para intervir (o que impede a aplicação do disposto no art. 349.º, n.º 1, CPC).

Um pouco *a latere* desta conclusão importa referir a possível relevância que a necessidade de o terceiro participar na constituição ou aceitar a composição do tribunal arbitral pode ter na extensão do caso julgado da decisão arbitral a terceiros. Mesmo pensando somente naquelas hipóteses em que esse caso julgado apenas pode beneficiar o terceiro – como acontece, por exemplo, quanto ao devedor ou ao credor solidário (cf. art. 522.º e 531.º CC) e quanto ao fiador (cf. art. 635.º CC) –, não se pode excluir que o terceiro possa argumentar que o caso julgado obtido na arbitragem não é o mais favorável que poderia ter sido conseguido, o que, aliado à sua falta de participação na arbitragem, parece excluir que, em relação a ele, possa ser defendido que o que foi adquirido na arbitragem é tudo o que ele pode alcançar.

3. Controlo da admissibilidade

a) As partes iniciais e o terceiro interveniente têm de estar vinculados por uma mesma convenção de arbitragem e o terceiro tem de aceitar a composição do tribunal arbitral, mas a intervenção desse terceiro num processo pendente não dispensa o controlo do tribunal arbitral. Como se dispõe no art. 36.º, n.º 3, a admissão da intervenção depende sempre da decisão do tribunal arbitral, na qual este tribunal deve controlar se a

intervenção perturba o normal andamento do processo arbitral e se há razões de relevo que a justificam. Com base nestas razões, o tribunal pode admitir uma intervenção (espontânea) que nenhuma das partes iniciais aceita, deferir uma intervenção (provocada) que uma das partes ou que o chamado não aceita e rejeitar uma intervenção (espontânea ou provocada) que ambas as partes e o interveniente aceitam.

b) A primeira das referidas condições – aquela que se refere à não perturbação do normal andamento do processo – implica que, na ausência na lei reguladora do processo arbitral de qualquer limite temporal imposto à intervenção do terceiro, deva ser em função da perturbação causada nesse processo que se afere a eventual extemporaneidade da intervenção. É a ausência de qualquer termo *a quo* para a intervenção do terceiro que justifica a diferença, quanto a este ponto, entre o estabelecido na Lei da Arbitragem Voluntária e o disposto na generalidade da legislação processual (que dispensa qualquer controlo da oportunidade da intervenção do terceiro, mas que, em contrapartida, impõe um termo para essa intervenção).

Cabe ao próprio tribunal arbitral ponderar quando é que a intervenção perturba o normal andamento do processo. Nessa ponderação deve aquele tribunal considerar as vantagens que poderiam resultar para o terceiro da sua intervenção no processo pendente, pelo que verdadeiramente há que ponderar os “custos” impostos pela intervenção ao processo pendente e os “benefícios” que o terceiro pode retirar da intervenção. Trata-se de uma decisão proferida no uso de um poder discricionário do tribunal arbitral, pelo que, como tal, não é suscetível de ser impugnada através de recurso (cf. art. 679.º CPC).

c) A segunda das referidas condições – a existência de razões de relevo que justificam a intervenção – mereceu do legislador uma enumeração não taxativa dessas mesmas razões, retirando ao tribunal, nessa medida, qualquer margem de ponderação nos fundamentos da intervenção³⁷. Em concreto, a intervenção de terceiros é admissível, nomeadamente, nos seguintes casos:

³⁷ Para uma análise baseada nos ordenamentos anglo-saxónicos, cf. VOSER, ICCA Congress Series 14 (2009), 356 ss.

- Quando o terceiro tenha em relação ao objeto da causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que tivesse inicialmente permitido um litisconsórcio voluntário ou imposto um litisconsórcio necessário entre uma das partes e o terceiro (art. 36.º, n.º 3 2.ª parte, al. a)); trata-se de uma hipótese de intervenção principal, correspondente à prevista nos art. 320.º, al. a), e 325.º, n.º 1, CPC;
- Quando o terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objeto que o do demandante, mas incompatível com o pedido deste (art. 36.º, n.º 3 2.ª parte, al. b)); trata-se da chamada oposição, também prevista nos art. 342.º, n.º 1, e 347.º CPC;
- Quando o demandado, contra quem seja invocado um crédito solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem (art. 36.º, n.º 3 2.ª parte, al. c)); trata-se de uma modalidade de intervenção provocada, também regulada no art. 329.º, n.º 2, CPC; a justificação para a intervenção decorre da circunstância de, sem ela, o credor solidário não ficar vinculado a uma eventual decisão de improcedência (cf. art. 531.º CC);
- Quando o demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais essa parte tenha direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, do pedido do demandante (art. 36.º, n.º 3 2.ª parte, al. d)); trata-se de uma forma de intervenção que o art. 330.º, n.º 1, CPC qualifica como intervenção acessória provocada.

Esta última hipótese levanta o problema de saber se a intervenção de terceiros regulada no art. 36.º abrange a intervenção quer de uma parte principal, quer de uma parte acessória. Não parece que se possa dar uma resposta única, tudo dependendo da lei reguladora do processo arbitral: é esta que fornece o enquadramento à intervenção do terceiro contra o qual o demandado tem um direito de regresso, podendo qualificá-la quer como intervenção de uma parte principal, quer como intervenção de uma parte acessória. Em concreto, a Lei da Arbitragem Voluntária parece qualificar essa intervenção como sendo de uma parte principal, dado que o art. 36.º, n.º 5, também engloba essa intervenção na remissão para o art. 33.º e este preceito regula a apresentação dos articulados das partes (necessariamente principais, dado que apenas estas podem apresentar articulados).

d) Embora não fosse indispensável, o art. 36.º, n.º 4, esclarece que, se no processo arbitral tiver sido deduzida reconvenção, o que se estabelece para demandante e demandado vale, com as necessárias adaptações, para demandado e demandante. Esta referência à reconvenção leva a questionar se na arbitragem também é admissível a chamada reconvenção interveniente (*Drittwiderklage*, na expressão alemã), ou seja, a reconvenção que é acompanhada do chamamento de um terceiro para se associar ao réu reconvincente ou ao autor reconvincente (cf. art. 274.º, n.º 4, CPC)³⁸. Nada parece afastar essa possibilidade, naturalmente respeitadas as condições impostas à intervenção de terceiros na arbitragem.

IV. Efeitos da intervenção

A intervenção do terceiro altera a composição das partes, podendo verificar-se uma de duas situações. Pode suceder que o interveniente tenha um interesse comum ao do autor ou do réu inicial: nesta hipótese, a arbitragem continua a ser bipolar, no sentido de que só há uma oposição entre um ou vários autores e um ou vários réus. Também pode acontecer que o terceiro interveniente seja titular de um interesse próprio e incompatível com o das partes iniciais: neste caso, a arbitragem torna-se multipolar. Nesta arbitragem multipolar é possível que contra o terceiro interveniente seja feito valer um direito de qualquer das partes iniciais, é igualmente possível que esse terceiro faça valer um direito próprio contra uma contraparte (é o que acontece quando, por exemplo, o interveniente vem ocupar a posição de oponente) e é ainda possível que esse terceiro se oponha à sua comparte (como sucede quando, por exemplo, o empreiteiro e o subempreiteiro imputam reciprocamente responsabilidades nos defeitos da obra).

A intervenção do terceiro produz efeitos na marcha do processo arbitral, dado que há que garantir ao terceiro que intervém como parte principal a possibilidade de fazer valer a sua pretensão contra uma ou ambas as partes iniciais e há que assegurar a estas partes a possibilidade de se defenderem daquela pretensão. É isto que justifica que o art. 36.º,

³⁸ Sobre o problema, cf. KLEINSCHMIDT, Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2006, 146 ss.

n.º 5, remeta para o art. 33.º, no qual se encontram regulados a entrega e o conteúdo da petição e da contestação.

V. Conclusão

A análise anterior mostrou que, quanto à intervenção de terceiros, a Lei da Arbitragem Voluntária optou por uma "*full agreement approach*"³⁹: o terceiro e as partes iniciais do processo têm de estar vinculados por uma mesma convenção arbitral (cf. art. 36.º, n.º 1); se o terceiro não for parte desta convenção, as partes iniciais têm de aceitar a adesão desse terceiro a essa convenção (cf. art. 36.º, n.º 1); o terceiro interveniente tem de aceitar a composição do tribunal arbitral (cf. art. 36.º, n.º 2); finalmente, o tribunal arbitral tem de admitir a intervenção do terceiro (cf. art. 36.º, n.º 3).

³⁹ CONEJERO ROOS, ICCA Congress Series 14 (2009), 420.

Paulo Otero

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado*

Sumário: §1.º – Introdução; §2.º – (A) Os litígios de Direito público como objeto principal de um processo arbitral; §3.º – (B) As questões incidentais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado; §4.º – (C) As questões prejudiciais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado; §5.º – Conclusão

§1.º – Introdução

1.1. Partindo do regime resultante da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, a qual aprovou a nova lei da arbitragem voluntária (LAV), o tema da presente intervenção tem por objeto o estudo da arbitragem interna de litígios de Direito público.

1.2. Excluída de análise fica, desde logo, a arbitragem internacional, seja a mesma proferida em Portugal ou fora de Portugal, envolvendo a aplicação de Direito não português.

1.3. Circunscrita a investigação à aplicação de Direito português pelo tribunal arbitral, a tese que procuraremos demonstrar resume-se na seguinte ideia: por princípio, *todos os litígios arbitrais de Direito privado são passíveis de suscitar questões de Direito público.*

* O presente estudo tem por base uma intervenção proferida, em 16 de fevereiro de 2012, nas Jornadas Intensivas sobre a Nova Lei da Arbitragem, coordenadas pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro e Luís de Lima Pinheiro, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1.4. Importa, por conseguinte, começar por responder à seguinte interrogação: quando é que se podem suscitar litígios de Direito público no âmbito da arbitragem interna?

A resposta à questão formulada exige que se diferenciem três diferentes tipos de litígios de Direito público na arbitragem interna:

- (A) Os litígios de Direito público como objeto principal de um processo arbitral;
- (B) As questões incidentais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado;
- (C) As questões prejudiciais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado.

Observemos, seguidamente, cada um destes cenários.

§2.º – (A) Os litígios de Direito público como objeto principal de um processo arbitral

2.1. A leitura do artigo 1.º, n.º 5, da LAV permite recortar duas diferentes situações de arbitragem envolvendo entidades públicas:

- (i) Se se trata de um litígio de Direito privado, as entidades públicas podem, tendo como base o próprio artigo 1.º, n.º 5, da LAV, submetê-lo a arbitragem, encontrando-se a sua resolução totalmente sujeita ao regime resultante da LAV;
- (ii) Diferentemente, se está em causa um litígio de Direito público, segundo resulta de uma interpretação *a contrario* da parte final da mencionada disposição da LAV, a sua arbitrabilidade depende da existência de uma específica lei habilitante, significando isto que a LAV não é norma autorizativa da sujeição de tais litígios a arbitragem.

Importa ainda, neste contexto, aditar duas notas complementares:

1.ª) Observa-se aqui a existência de uma reserva de lei que, sendo decorrente da própria Constituição, a LAV se limita a aflorar: só a lei, excluindo-se qualquer outra fonte inferior, pode habilitar a existência de arbitragem em litígios de Direito público – não há arbitragem deste tipo de litígios por determinação regulamentar;

2.ª) Litígio de Direito público não é todo aquele em que intervém como parte uma entidade pública, antes será aquele que tem por objeto a aplicação de Direito público, o que se mostra de particular importância no âmbito do designado Direito Administrativo privatizado ou Direito Privado administrativizado (ou publicizado)¹, pois, envolvendo vinculações jurídico-públicas, nunca comporta uma aplicação do Direito privado puro², encontrando-se a arbitrabilidade deste tipo de litígios igualmente sujeita a lei habilitante especial.

2.2. Olhando para o ordenamento jurídico vigente, podemos dizer que, sem prejuízo de múltiplas outras situações avulsas, os litígios de Direito público que podem ser objeto principal de um processo arbitral têm a sua fonte nas seguintes leis habilitadoras:

- (i) No Código do Processo nos Tribunais Administrativos, estipulando o seu artigo 180.º a admissibilidade de ser constituído tribunal arbitral para o julgamento dos seguintes tipos de litígios de Direito público:
 - Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à sua execução;
 - Questões de responsabilidade civil extracontratual;
 - Questões emergentes de atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade;
 - Questões referentes a relações jurídicas de emprego público, salvo se estirem em causa direitos indisponíveis e desde que não envolvam litígios resultantes de acidentes de trabalho ou de doença profissional, nos termos da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro³;

¹ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 277 ss.

² Integrando esse Direito Administrativo privatizado ou Direito Privado administrativizado no âmbito de um conceito amplo de Direito Administrativo, cfr. PAULO OTERO, *Direito Administrativo – Relatório*, Coimbra, 2001, pp. 231- 232.

³ Nos termos do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, a lei regula a existência de casos de arbitragem voluntária (artigos 371.º e ss.) e ainda hipóteses de arbitragem necessária (artigos 374.º ss. e ainda os artigos 254.º e ss. do respetivo Regulamento).

- (ii) Mostra-se também possível, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, do CPTA, por outro lado, a lei permitir a instalação de centros de arbitragem permanente que, além da composição de litígios referentes a contratos e responsabilidade civil da Administração, versem sobre as seguintes matérias:
- Funcionalismo público;
 - Sistemas públicos de proteção social;
 - Urbanismo;
- (iii) No Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, definindo os contornos da arbitragem em matéria tributária, domínio este igualmente inserido no contexto dos litígios de Direito público;
- (iv) O Estatuto da Carreira Docente Universitária admite, em sentido semelhante, que “quaisquer litígios emergentes de relações reguladas pelo presente Estatuto” possam ser submetidos a arbitragem⁴.

2.3. Não obstante o artigo 1.º, n.º 5, da LAV utilizar a expressão “o Estado e outras pessoas coletivas de direito público”, cumpre averiguar se a tais entes se circunscreve o universo subjetivo das entidades que podem ser parte em litígios de Direito público objeto principal de um processo arbitral.

Sem entrar na complexidade do conceito de “pessoas coletivas de direito público”, podemos afirmar, atendendo à unidade do sistema jurídico-administrativo (substantivo e adjetivo), que o regime em causa, exigindo uma expressa lei habilitante da sujeição dos litígios a arbitragem, se aplica também a todos aqueles que, tendo por objeto principal questões controvertidas de Direito público, tenham como partes:

- Entidades privadas que exerçam poderes administrativos, tal como sucede, por exemplo, com as concessionárias⁵;
- Entidades privadas sujeitas a influência pública dominante⁶, seja porque são maioritariamente financiadas por entidades públicas ou

⁴ Cfr. Decreto-Lei n.º 448/79, de 13 de novembro, nos termos do seu artigo 84.º-A, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 205/2009, de 31 de agosto.

⁵ Cfr. ETAF, artigo 4.º, n.º 1, alínea d).

⁶ Para uma breve síntese da génese do conceito de “influência dominante” ao nível do Direito da União Europeia, cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, pp. 136 ss.

ainda por estarem sujeitas ao seu controlo de gestão ou terem um órgão de administração ou direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por entidades públicas⁷.

Em qualquer destas duas situações, apesar de se estar formalmente diante de entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito privado, o certo é que, em termos materiais, a ordem jurídica – interna e comunitária – equipara tais entidades às pessoas coletivas públicas. E nesses termos se deve entender a referência a “outras pessoas coletivas de direito público”, à luz do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, sempre que esteja em causa litígios de Direito público protagonizados por tais entidades (formalmente) privadas.

2.4. Questão interessante e de grande relevância prática diz respeito ao julgamento arbitral de litígios de Direito público usando-se a equidade, permitindo-se diferenciar entre a arbitragem segundo a lei e a arbitragem segundo a equidade.

Já anteriormente tivemos oportunidade de desenvolver as três seguintes principais coordenadas da equidade no âmbito da arbitragem administrativa⁸:

- (i) A relevância ou efeitos da decisão segundo a equidade;
- (ii) A admissibilidade da equidade *contra legem*;
- (iii) O sentido sistémico do uso da equidade.

Remete-se agora o desenvolvimento desta matéria, atendendo ao propósito circunscrito da presente intervenção, para o que então se escreveu.

⁷ Adaptou-se aqui a terminologia usada no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), ii), do Código dos Contratos Públicos, o qual configura tais entidades como adjudicantes para efeitos de aplicação das normas desse mesmo Código.

⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1062 ss.; IDEM, *Admissibilidade e limites da arbitragem voluntária nos contratos públicos e nos actos administrativos*, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2009, em especial, pp. 89 ss.; IDEM, *Equidade e arbitragem administrativa*, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 827 ss.

2.5. Verifica-se, num outro sentido, que a LAV se mostra particularmente relevante face a litígios de Direito público sujeitos a arbitragem por definir, nos termos do seu artigo 59.º, a competência dos tribunais estaduais, isto é, dos tribunais administrativos, para intervir em diversas hipóteses referentes a arbitragem que tenha por objeto litígios jurídico-administrativos.

2.6. Excluindo os casos de normas da LAV especificamente referentes (e, por isso, aplicáveis) a litígios de Direito público (v. *supra*, n.ºs 2.1. e 2.4.), uma questão importa ainda colocar: será a LAV aplicável à regulação arbitral de litígios de Direito público?

Cumpra referir, antes de tudo, que a LAV será sempre aplicável à regulação de tais litígios se uma expressa norma legal para ela remeter. É o que sucede, a título de exemplo, com os artigos 180.º, n.º 1, e 186.º, n.º 1, do CPTA.

E na falta de norma remissiva? Será a LAV aplicável a litígios de Direito público?

Pensamos que, ocorrendo a ausência de norma remissiva para o regime da LAV, a LAV pode funcionar como repositório de soluções normativas integradoras de lacunas no âmbito das leis especiais que consagram soluções arbitrais tendo por objeto litígios de Direito público, verificando-se, todavia, que deparamos aqui com uma aplicação analógica de terceiro grau da LAV, isto nos seguintes termos:

- (i) Na falta de solução normativa reguladora de uma concreta arbitragem de Direito público, deve procurar-se a analogia, em primeiro lugar, no âmbito das normas da própria lei habilitadora ou reguladora especificamente da arbitragem desse tipo de matérias;
- (ii) Se não for possível a anterior solução, dever-se-á procurar a analogia no âmbito dos princípios emergentes das diversas leis habilitadoras ou reguladoras de arbitragens de litígios de Direito público;
- (iii) E só em terceiro lugar, se nenhuma das duas anteriores hipóteses fornecer a solução analógica a aplicar ao caso, será possível recorrer à analogia no âmbito das normas da LAV (referentes, recorde-se, à arbitragem que tem por objeto litígios de Direito privado).

§3.º – (B) As questões incidentais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado

3.1. Na pura arbitragem de litígios de Direito privado pode suscitar-se, numa situação aplicativa de direito interno vigente em Portugal, um problema de Direito público se, por iniciativa das partes ou de qualquer dos árbitros, a título incidental, se colocar uma de três questões:

- (a) A inconstitucionalidade da norma a aplicar;
- (b) A ilegalidade da norma aplicável;
- (c) Dúvidas de interpretação e validade de atos de Direito da União Europeia ou da simples interpretação dos respetivos Tratados, desde que se suscite a sua aplicação no litígio a resolver pela arbitragem.

Em qualquer destas hipóteses, note-se, o tribunal arbitral, apesar de estar a resolver (a título principal) uma pura questão de Direito privado, terá de decidir, enquanto questão incidental, um problema de Direito público.

Verifica-se, no entanto, que a matéria em causa não encontra qualquer regulação na LAV: a nova lei é omissa no que diz respeito à resolução pelo tribunal arbitral de questões incidentais.

3.2. Independentemente da discussão de idêntica temática se, em Portugal, estiver em causa a aplicação pelo tribunal arbitral de Direito estrangeiro, então face à validade constitucional e legal desse direito ordinário relativamente à ordem constitucional desse mesmo Estado estrangeiro⁹, ou, num diferente cenário, se no estrangeiro um tribunal arbitral aplicar direito ordinário privado português, circunscreveremos as considerações subsequentes às três hipóteses elencadas (v. *supra*, n.º 3.1.), tomando como referência a aplicação, em Portugal, por um tribunal arbitral, do Direito privado português.

⁹ Sobre o tema, cfr. PAULO OTERO, *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*, in *Cadernos de Direito – Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, vol. 5.º, n.ºs 8-9, Dez. 2005, p. 129; PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, 2009, pp. 106 ss.

3.3. (a) Inconstitucionalidade da norma a aplicar

Já anteriormente tivemos oportunidade de escrever que os tribunais arbitrais tinham o poder e o dever de recusar a aplicação de quaisquer normas que considerem violar a Constituição¹⁰; o artigo 204.º da Lei Fundamental institui um sistema difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade que também tem como destinatários, enquanto norma de competência, os tribunais arbitrais¹¹.

Todos os tribunais arbitrais são também, por conseguinte, tribunais constitucionais, pois encontram-se investidos de um poder de controlo da constitucionalidade de todas as normas que aplicam: uma vez que só podem aplicar normas conformes com a Constituição, sempre que são chamados a aplicar uma norma para resolver qualquer litígio haverá, sem exceção, que proceder a um juízo, expresso ou implícito, de conformidade da norma a aplicar com a Constituição. E, neste contexto, se o tribunal arbitral entender que a norma contraria a Constituição, impõe-se uma única solução: recusar a sua aplicação.

Suscitam-se, neste último cenário, num momento subsequente, interessantes dúvidas jurídicas que, excluído o seu tratamento no presente momento, se deixam equacionadas:

- Caberá recurso para o Tribunal Constitucional das decisões arbitrais que recusem a aplicação de norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo¹²?

¹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e limites...*, p. 86; IDEM, *Direito Constitucional Português*, II, Coimbra, 2010, p. 445.

¹¹ No sentido de reconhecer aos tribunais arbitrais (necessários e voluntários) "o poder e o dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais", cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007, de 8 de março de 2007, in *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 109, de 6 de junho de 2007.

¹² Em sentido afirmativo, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VI, 3.ª ed., Coimbra, 2008, p. 217; PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça*, p. 105; MIGUEL GALVÃO TELLES, *Recurso para Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra, 2010, em especial, pp. 644 ss.

- Será que, nos termos do artigo 281.º, n.ºs 3 e 5, o Ministério Público se encontra vinculado a recorrer para o Tribunal Constitucional de tais decisões dos tribunais arbitrais¹³?
- Poderá o tribunal arbitral, desde que habilitado a julgar segundo a equidade, modelar ou modificar os efeitos da inconstitucionalidade da norma, em termos análogos aos previstos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição?
- As sentenças dos tribunais arbitrais que recusem aplicar uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade podem integrar, nos termos do artigo 281.º, n.º 3, da Constituição, o número de decisões necessárias para que o Tribunal Constitucional proceda à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma em causa¹⁴?

3.4. (b) Ilegalidade da norma aplicável

Pode bem suceder que, em vez de uma questão incidental de inconstitucionalidade da norma a aplicar pelo tribunal arbitral, o problema se reconduza a uma mera ilegalidade da norma ordinária em causa, isto é, a mesma revela-se desconforme com outra norma de valor infraconstitucional.

Será que, num tal cenário, o tribunal arbitral tem competência para desaplicar a norma ilegal, fiscalizando, deste modo, a sua validade infraconstitucional?

Se se excetuar a desconformidade legal de normas administrativas de natureza regulamentar, pois o seu controlo de legalidade encontra-se inserido na competência dos tribunais administrativos¹⁵ e, por isso, funcionará sempre como questão prejudicial face à competência dos tribunais arbitrais (v. *infra*, §4.º), o direito português permite recortar duas diferentes situações de fiscalização da legalidade de normas de Direito público:

¹³ No sentido de que resulta da Constituição um implícito dever de o tribunal arbitral comunicar ao Ministério Público a decisão que recusa a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, cfr. MIGUEL GALVÃO TELLES, *Recurso para Tribunal Constitucional...*, p. 650.

¹⁴ Em sentido afirmativo, cfr. PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça*, pp. 105-106.

¹⁵ Cfr. ETAF, artigo 4.º, n.º 1, alínea b).

- (i) Se essa ilegalidade se reconduz (1) a norma que conste de ato legislativo, ocorrendo violação de lei com valor reforçado, (2) a norma proveniente de uma região autónoma, verificando-se violação do estatuto político-administrativo da respetiva região, (3) ou, por último, se estiver em causa uma norma proveniente de um órgão de soberania, existindo violação do estatuto político-administrativo de uma região autónoma, há aqui uma competência difusa genérica que permite a todos os tribunais o seu controlo – incluindo aos tribunais arbitrais –, sendo a decisão sempre passível de recurso para o Tribunal Constitucional¹⁶;
- (ii) Igualmente em todos os restantes casos de ilegalidade das normas a aplicar pelos tribunais arbitrais, entendemos que, possuindo os tribunais estaduais uma competência oficiosa de fiscalizar a sua validade¹⁷, também aqueles têm esse poder de recusar a aplicação de normas ilegais¹⁸, pois mostrar-se-ia atentatório do postulado da juridicidade de um Estado de Direito solução contrária ao nível do estatuto constitucional dos tribunais, apesar de a decisão em causa ser insuscetível de recurso para o Tribunal Constitucional¹⁹.

Deste modo, salvo no que diz respeito às normas regulamentares que integram a esfera da competência material dos tribunais administrativos, os tribunais arbitrais gozam de uma competência genérica de fiscalização difusa da legalidade de todas as normas que são chamados a aplicar na resolução de litígios de direito privado (e, por identidade de razões, se são litígios de Direito público).

3.5. (c) *Interpretação e validade do Direito da União Europeia*

Poderá suceder, numa derradeira hipótese, que o tribunal arbitral que vai resolver um litígio de Direito privado tenha de proceder à aplicação

¹⁶ Neste sentido e para mais desenvolvimentos, cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e limites...*, p. 86; IDEM, *Direito Constitucional Português*, II, p. 471.

¹⁷ Para uma justificação argumentativa desta solução, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, pp. 471-472.

¹⁸ Em sentido convergente com aquilo que antes se escreveu, cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e limites...*, pp. 86-87.

¹⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, p. 472.

de Direito da União Europeia, podendo suscitar-se uma dúvida sobre a interpretação dos respetivos Tratados ou uma questão sobre a validade e a interpretação do Direito derivado, isto é, produzido pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Será que, num tal cenário, o tribunal arbitral goza, a título incidental, de uma competência para interpretar e fiscalizar a validade do Direito da União Europeia?

Sem tomar em consideração a natureza arbitral do tribunal em causa, verifica-se, à luz do artigo 234.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros da União Europeia podem submeter tais questões, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça da União Europeia. E, neste preciso contexto normativo, regista-se que essa questão é obrigatoriamente submetida ao Tribunal de Justiça da União Europeia sempre que estamos diante de um processo da competência de um tribunal do Estado-membro cuja decisão não admite, segundo o respetivo direito interno, recurso judicial.

Assim, numa primeira leitura do artigo 234.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, poder-se-ia dizer que o suscitar de uma questão de interpretação e validade do Direito da União Europeia num tribunal arbitral era passível de levar ao desencadear de um processo de questões prejudiciais junto do Tribunal de Justiça da União Europeia, salvo se, nos termos do regime aplicável à arbitragem, a decisão arbitral fosse insuscetível de recurso, hipótese em que existia obrigação de submeter essa questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Será que uma tal leitura do mencionado artigo 234.º, fundada na sua mera interpretação literal, é aplicável aos tribunais arbitrais?

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem adotado, neste domínio, uma solução restritiva da admissibilidade de questões prejudiciais suscitadas por estruturas arbitrais privadas dos Estados-membros. Ilustrativo deste mesmo entendimento é o Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 23 de Março de 1982, referente ao caso *Nordsee*²⁰: os árbitros privados, uma vez que não são

²⁰ Trata-se, especificamente, do caso *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contre Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG et Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Affaire 102/81, in *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 1095, em especial, pp. 1110 e 1111 (n.ºs 10 a 12), consultável tam-

juízes, nem as suas decisões fazem parte da jurisprudência nacional, encontrando-se excluídos de participar na decisão final as autoridades públicas e os tribunais²¹, não podem submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais, sob pena sobrecarregar o Tribunal, comprometer a celeridade própria da arbitragem e colocar em causa a utilização da equidade²².

O efeito útil imediato desta jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é conferir aos tribunais arbitrais envolvendo privados uma competência para, a título incidental, procederem à interpretação e fiscalização da validade do Direito da União Europeia que sejam chamados a aplicar nos litígios que lhe são submetidos a julgamento, sem possibilidade de controlo, através do suscitar de um processo de questões prejudiciais, pelo Tribunal de Justiça. E, por essa via, tais tribunais arbitrais são transformados, também eles, em tribunais da União Europeia dotados até de um estatuto “especial” face aos tribunais estaduais²³.

bém em <http://curia.europa.eu/juris/>. Essa mesma orientação jurisprudencial, excluindo a admissibilidade de os tribunais arbitrais privados colocarem questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia veio a ser confirmada por diversas decisões, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, referente ao caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, Processo C-126/97, in *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, I-03055, n.º 34, consultável também em <http://curia.europa.eu/juris/>; Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de Janeiro de 2005, caso *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient – Mosaique Voyages e Culture SA*, processo C-125/04, in *Colectânea da jurisprudência*, 2005, I-00923, n.ºs 11 a 17, consultável em <http://curia.europa.eu/juris/>.

²¹ No sentido de que, ao invés, se estamos diante de um órgão “que exerce as suas funções com a aprovação das autoridades públicas, atuando com o seu concurso e as suas decisões, adotadas através de um procedimento contraditório, são de facto reconhecidas como definitivas”, deve considerar-se como um órgão jurisdicional para efeitos de legitimidade em colocar questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de Outubro de 1981, caso *C. Broekmeulen contra Huisarts Registratie Commissie*, processo n.º 246/80, in *Colectânea da Jurisprudência*, 1981, 02311 (n.º 17), consultável também em <http://curia.europa.eu/juris/>.

²² Para um tratamento do assunto ao nível da doutrina nacional, cfr. FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 83 e 84; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 477 ss.; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2010, pp. 578 e 579.

²³ Afinal, bem vistas as coisas, se as decisões dos tribunais estaduais não são suscetíveis de recurso, encontram-se aqueles obrigados a submeter a questão de interpretação

Num certo sentido, esses tribunais arbitrais, se das suas decisões não se encontrar prevista a admissibilidade de recurso ou se julgarem segundo a equidade, gozam de uma liberdade de conformação ao Direito da União Europeia que nenhuma outra estrutura decisória dos Estados-membros é titular.

Independentemente deste último efeito, uma conclusão se pode extrair: igualmente aqui, ao nível da aplicação do Direito da União Europeia, todos os tribunais arbitrais no âmbito da resolução de litígios de Direito privado podem apreciar, a título incidental, questões de Direito público.

§4.º – (C) As questões prejudiciais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado

4.1. Poderá ainda suceder, num derradeiro cenário, que o conhecimento do objeto principal de uma ação arbitral referente a um litígio de Direito privado dependa da decisão de uma questão da competência de um tribunal administrativo que, deste modo, funciona como questão prejudicial face ao processo arbitral em curso.

Usemos dois exemplos ilustrativos da temática em causa:

- (i) Primeiro exemplo – um tribunal arbitral discute a resolução de um contrato de compra e venda de um terreno que foi, entretanto, objeto de apropriação coletiva (v.g., expropriado por utilidade pública, nacionalizado), encontrando-se em tribunal administrativo impugnada a validade do respetivo ato administrativo;
- (ii) Segundo exemplo – no âmbito de um contrato de empreitada de direito privado tendo por objeto a construção de um edifício, o empreiteiro, realizando um conjunto de despesas na aquisição de materiais solicitados pelo dono da obra, vem a saber que, entretanto, a câmara municipal indeferiu a utilização de tais materiais – ilegalmente, segundo ação administrativa desencadeada pelo

e validade do Direito da União Europeia ao Tribunal de Justiça da União Europeia, verificando-se, em sentido diferente, que os tribunais arbitrais não se encontram vinculados, numa tal hipótese, a colocar a questão junto do Tribunal de Justiça.

dono da obra –, pretendendo aquele, por via arbitral, ser ressarcido das despesas já efetuadas.

Em qualquer das hipóteses elencadas, sem prejuízo de múltiplas outras – incluindo envolvendo questões prejudiciais relativas à ilegalidade de normas regulamentares junto de tribunais administrativos –, verificamos que a resolução arbitral de puras questões de Direito privado se encontra condicionada ou dependente da resolução decisória de uma questão da competência de um tribunal administrativo.

Sendo certo que a LAV nenhuma disposição contém sobre a temática das questões prejudiciais em arbitragem voluntária de Direito privado, como deverá, num tal cenário, proceder o tribunal arbitral?

4.2. A solução a adotar pelo tribunal arbitral está condicionada, antes de tudo, ao tipo de desvalor jurídico ou de forma de invalidade a que se encontra associado o ato administrativo de que depende a resolução do objeto principal do litígio de Direito privado submetido a arbitragem.

Se se trata de uma situação reconduzível à figura da nulidade, o artigo 134.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo confere uma competência genérica a qualquer tribunal para conhecer e declarar a nulidade: os tribunais arbitrais encontram-se habilitados, deste modo, a proceder à declaração da nulidade dos atos administrativos de que dependa a resolução do objeto central do litígio submetido à sua decisão, sem prejuízo de se poder discutir se uma tal competência sobre uma questão prejudicial também compreende a faculdade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações decorrentes de atos nulos, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo.

4.3. E se estamos diante de uma situação jurídico-administrativa de invalidade identificada com a anulabilidade?

Numa tal hipótese, inexistindo qualquer norma habilitando todos os tribunais a conhecer os casos de anulabilidade, antes os mesmos se enquadram na competência exclusiva dos tribunais administrativos, podemos extrair, numa aplicação analógica do disposto no artigo 97.º do Código de Processo Civil, três regras fundamentais:

- (i) O tribunal arbitral pode suspender o processo até que o tribunal administrativo se pronuncie;

- (ii) Essa suspensão nunca é por tempo indefinido, razão pela qual o tribunal arbitral poderá decidir a questão prejudicial em causa;
- (iii) Em caso de decisão da questão prejudicial pelo tribunal arbitral, a mesma apenas produz efeitos no âmbito do respetivo processo arbitral.

Verificando-se que o tribunal arbitral decidiu não suspender o processo arbitral ou, tendo-o feito, a suspensão cessou, a ordem jurídica habilita, nos termos do artigo 97.º do Código de Processo Civil, que o tribunal competente para resolver o litígio objeto principal do processo seja também competente para a resolução das questões prejudiciais: os tribunais arbitrais podem, por isso mesmo, conhecer questões prejudiciais referentes à invalidade de atos administrativos anuláveis e de normas regulamentares.

§5.º – Conclusão

O breve estudo realizado permitiu comprovar a tese antes exposta (v. *supra*, n.º 1.3.): os tribunais arbitrais que têm por objeto a resolução de litígios de Direito privado podem sempre, a título de questões incidentais ou prejudiciais, ser chamados a resolver questões de Direito público, verificando-se aqui, por conseguinte, uma via de publicização da arbitragem interna de Direito privado, pois todos os litígios arbitrais de Direito privado são passíveis de suscitar questões de Direito público.

Pedro Metello de Nápoles
Carla Góis Coelho

A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspectos práticos

1. Introdução

Temos, desde Dezembro, uma nova lei de arbitragem. O modelo seguido foi ambicioso, na medida em que ao invés de se alterar a lei existente, tomou-se a opção de avançar para uma lei estrutural e conceptualmente diferente. Assim, contamos agora com uma lei muito mais extensa, que teve o propósito declarado de abarcar todas as questões relacionadas com a arbitragem.

Ainda a lei não tinha entrado em vigor e já dúvidas práticas eram suscitadas nos vários seminários, conferências e eventos promovidos após a sua publicação, indiciando que (afinal) o legislador não tinha tratado todas as situações que se havia proposto abarcar, deixando ainda vários aspectos em aberto e margem para interpretações de algumas das soluções consagradas. Assim é, em especial, no que se reporta à intervenção dos Tribunais Judiciais no processo arbitral. São essas questões que se procurarão tratar adiante.

Uma ressalva porém desde já se impõe: Parte das insuficiências apontadas à LAV, não são defeitos. A Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, é a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)¹ e é de arbitragem que trata; quando a LAV admite a (ou apela à) intervenção dos tribunais do Estado, essa intervenção rege-se por normas próprias, que não cabe à LAV regular. Se a(s) lei(s) de processo tem(têm) também de ser modificadas, é questão que terá de ser tratada em sede própria.

¹ Em vigor desde 15 de Março de 2012.

2. A natureza e razão de ser da inter-relação entre os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais

A relação que necessariamente se estabelece entre Tribunais Judiciais e Tribunais Arbitrais é caracterizada pelos vectores da independência e da autonomia, desempenhando os Tribunais Arbitrais o seu encargo decisório com tendencial – e desejável – auto-suficiência.

Estas duas instâncias decisórias posicionam-se, portanto, de forma paralela na ordem jurisdicional portuguesa, sendo as intercepções entre ambas de natureza excepcional. É isto que resulta do disposto no n.º 2 do artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa, que consagra a existência e admissibilidade de constituição dos Tribunais Arbitrais ao lado dos Tribunais Judiciais e dos Julgados de Paz, bem como do vertido no artigo 19.º da LAV, que prescreve que “*Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê*”.²

Assim, e em consequência de um válido e eficaz acordo de vontade das partes no sentido de atribuir a terceiros a faculdade de dirimir um conflito³ existente ou potencialmente existente entre elas, aqueles terceiros que constituirão o tribunal arbitral desempenharão uma função jurisdicional de pleno efeito e incondicionada: a celebração de uma válida, incondicional e eficaz convenção de arbitragem atribui a cada uma das suas partes o direito potestativo de accioná-la através da notificação da contraparte para a constituição do tribunal arbitral e para o início do processo arbitral, vinculando-as à sujeição correspectiva daquele direito, processualmente materializada na previsão da excepção dilatória de preterição de convenção de arbitragem.⁴ Já a sentença arbitral reveste eficá-

² Este artigo foi inspirado no artigo 5.º da Lei Modelo da CNUDCI.

³ Desde que o mesmo seja arbitrável nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV.

⁴ Esta excepção está prevista na alínea j) do artigo 494.º do Código de Processo Civil e tem como consequência a absolvição do Réu da instância judicial, tal como previsto na parte final do n.º 2 do artigo 493.º e no artigo 288.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Civil. De acordo com a proposta de alteração do Código de Processo Civil elaborada pela Comissão de Reforma do CPC, nomeada em 2009 e renomeada em 2011, disponível em <https://sites.google.com/site/ippcivil/politica-legislativa-2/revisao-do-cpc>, a formulação da referida excepção dilatória será alterada, passando a ser configurada como uma hipótese de incompetência absoluta do tribunal estadual. Assim, o

cia de caso julgado sem qualquer constrangimento, resolvendo a controvérsia que opõe as partes de forma vinculativa para ambas, encerrando portanto, também na sua eficácia, um conteúdo jurisdicional, o que aliás resulta de uma expressa equiparação dos seus efeitos aos da sentença judicial.⁵

Porém, a atribuição de competência a um tribunal arbitral não significa que a acção dos tribunais do Estado fique definitivamente afastada.

A atribuição da referida legitimidade decisória de pleno efeito não se faz sem um correspectivo poder de fiscalização, por parte do Estado Português – e por via da sua jurisdição judicial – com respeito ao cumprimento daqueles que se entendem os princípios basilares mínimos do direito adjectivo justo e equitativo dos quais a justiça estadual entende não poder prescindir enquanto condição de validade do processo arbitral e da sua sentença, entre os quais o princípio do tratamento equitativo das partes, o princípio do contraditório e o princípio da proibição da indefesa,

artigo 101.º, alínea b), da mencionada proposta prescreve que “*determinam a incompetência absoluta do tribunal: [...] b) a preterição de Tribunal Arbitral*”, esclarecendo-se no artigo 495.º do Código de Processo Civil que o tribunal não poderá conhecer officiosamente a excepção dilatória de incompetência absoluta decorrente “*da preterição de Tribunal Arbitral voluntário*”. Este princípio da não officiosidade é objecto da excepção prevista na parte final do n.º 1 do artigo 5.º da LAV, mas valeria eventualmente a pena que o texto deste preceito fosse harmonizado com o do Código de Processo Civil.

⁵ É o que dispõe o artigo 42.º, n.º 7, da LAV. Parcialmente diferente será o caso das ordens jurídicas (como é o caso da Francesa – artigos 1487.º e 1488.º do CPC Francês -, da Inglesa – artigo 66.º do Arbitration Act -, da Suíça – artigo 193.º, n.º 3 da Lei Federal de Direito internacional Privado, artigo 44.º da Concordata Intercantonal sobre Arbitragem e artigo 386.º do Code de Procédure Civile de 19.12.2009 – da Italiana – artigos 824.º, bis, e 825.º – e da Alemã – artigos 1060.º, n.º 2, e 1064.º do ZPO Alemão) que prevêem que a eficácia executória de caso julgado da sentença arbitral nacional ficará dependente, no país sede do processo arbitral do qual aquela emerge, da concessão de *autoritas* por via de uma declaração de *exequatur* nesse sentido por parte da instância judicial, ao que subjaz um controlo, ainda que de forma, da dita sentença e legitimidade do processo arbitral. Nesta hipótese, a vontade das partes não poderá considerar-se, de *per se*, fundamento do processo arbitral (na medida em que a plena eficácia da sua sentença estará subordinada à concessão da referida declaração de exequibilidade), que depende, portanto, da conjugação dessa vontade com a legitimidade e sindicância, respectivamente conferida e exercida, pelo tribunal estadual.

consagrados no artigo 30.º da LAV.⁶ É precisamente este potencial⁷ controlo *a posteriori* da validade do processo arbitral e da sua sentença que justifica a admissibilidade constitucional da arbitragem enquanto meio de resolução alternativa do litígio, bem como a concessão, à vontade manifestada pelas partes, de relevância fundamentadora da constituição do tribunal arbitral e da instauração do processo arbitral.⁸

Por outro lado, a circunstância de os tribunais arbitrais estarem por um lado destituídos de poder coercivo e serem por outro lado tribunais sem estrutura semelhante à dos tribunais estaduais determina a necessidade daquela interacção com vista à assistência e colaboração que por estes lhes é prestada.

A legitimação do exercício da função jurisdicional pelos Tribunais Arbitrais carece desta dupla potencial intervenção dos Tribunais Esta-

⁶ Estes princípios e as demais regras enunciadas no n.º 3 do artigo 46.º da LAV deverão ser observados e cumpridos pelas partes e pelo tribunal arbitral, sendo o seu desrespeito fundamento de anulação da sentença arbitral, nos termos previstos no mencionado artigo 46.º da LAV. Também o Recurso de Revisão e o Recurso para o Tribunal Constitucional poderão ser interpostos com vista à sindicância da sentença arbitral, desde que subsumidos os fundamentos genericamente previstos para esse propósito.

⁷ Efectivamente, não se encontra previsto, no regime português de arbitragem, uma qualquer forma de controlo *ex officio* do processo arbitral, mas apenas o conhecimento oficioso de alguns dos fundamentos daquele controlo, que no entanto deverá ser promovido, enquanto tal, por uma das partes. Ao contrário do regime por exemplo previsto na Lei de Arbitragem Espanhola (artigo 41.º, n.º 1), a LAV não confere ao Ministério Público legitimidade para requerer a anulação, sendo que tal possibilidade não resulta inequívoca (muito pelo contrário) do elenco de competências previstas no artigo 3.º do Estatuto do Ministério Público Português. Todavia, se a sentença arbitral for pelas partes sujeita a processo de reconhecimento com vista a obter a sua eficácia em país estrangeiro, o tribunal estadual desse país poderá, de acordo com os parâmetros aplicáveis, controlar a validade da sentença arbitral em conformidade com os fundamentos para o efeito avançados pelas partes e também de acordo com os fundamentos que na sua lei sejam susceptíveis de conhecimento oficioso (se seguindo os parâmetros da Convenção de Nova Iorque de 1958 (CNI), os fundamentos previstos no n.º 2 do artigo V da CNI, correspondentes aos enunciados na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV). De todo o modo, uma eventual decisão proferida pelo tribunal estadual competente para o efeito no sentido do seu não reconhecimento não terá eficácia directa e necessária no país sede da arbitragem.

⁸ A relevância deste controlo é de resto evidenciada pelo carácter irrenunciável do direito de cada uma das partes requerer a anulação da sentença arbitral (que decorre do disposto no n.º 5 do artigo 46.º da LAV).

duais (assistência e controlo). A estas podem acrescer outros tipos de intervenção, *a posteriori*, como seja o caso da execução ou do reconhecimento da sentença arbitral ou da responsabilização civil de um dos (ou de todos os) árbitros do tribunal arbitral com base, entre outras hipóteses, na violação do prazo para prolação da sentença arbitral (artigo 43.º, n.º 4, da LAV) e na sua renúncia injustificada ao encargo decisório (artigo 12.º, n.º 3, da LAV).

Sublinhada a razão de ser e a importância desta potencial inter-relação entre os Tribunais Judiciais e os Tribunais Arbitrais, voltamos então ao ponto-chave desta reflexão: a análise dos seus contornos e implicações processuais. Para o efeito centrar-nos-emos (i) na assistência e colaboração prestada pelo tribunal estadual ao processo e ao tribunal arbitral e (ii) na sindicância do processo e da sentença arbitral efectuada pelo tribunal estadual, deixando de fora as outras hipóteses mencionadas no parágrafo anterior, que já consideramos externas ao processo arbitral propriamente dito.

À luz do artigo 19.º da LAV, já mencionado, a intervenção dos Tribunais Judiciais verifica-se tão-somente nos casos especificamente previstos legalmente na LAV. E que casos são esses?

Este é um tema que transcorre toda a LAV, muito embora o capítulo XI (o seu "gigante" artigo 59.º e o artigo 60.º) lhe dedique atenção no que se refere à definição da competência (material, hierárquica e territorial) dos Tribunais Judiciais interventores no processo arbitral e de alguns aspectos da tramitação da referida intervenção.

É, no entanto, precisamente através dessa definição de competência que encontramos um catálogo das suas funções e atribuições no âmbito do processo arbitral, algumas das quais revestem carácter inovatório face ao disposto na LAV de 1986. O artigo 59.º é, portanto, uma norma de natureza processual que constitui um bom ponto de partida instrumental para a determinação das hipóteses de intervenção dos Tribunais Judiciais no processo arbitral.

Não obstante exaustivo, o dito catálogo não é exclusivo.⁹

⁹ Nesse sentido, e como indicia o n.º 4 do artigo 59.º da LAV, "para quaisquer outras questões ou matérias não abrangidas pelos n.ºs 1, 2 e 3 do presente artigo e relativamente às quais a presente lei confira competência a um Tribunal Estadual, são competentes o Tribunal judicial de 1.ª instância ou o Tribunal Administrativo de Ctr-

A atribuição, aos Tribunais Judiciais, de uma competência interventora no processo arbitral, quer ao nível da assistência e colaboração com o tribunal arbitral, quer por via da fiscalização da sua actividade decisória, pressupõe todavia, e sempre, para além do artigo 59.º da LAV (que é, como referimos, uma norma adjectiva e, como tal, meramente instrumental), a existência de uma norma legal que expressamente a preveja. São as normas – e as hipóteses – que analisamos de seguida.

3. questões gerais

3.1. Prazos

A LAV nada prevê sobre a forma de contagem de prazos. Não havia necessidade de o fazer.

Sem prejuízo do que as partes possam especificamente convencionar – directamente ou por remissão para arbitragem institucionalizada – o prazo deverá ser contado de forma corrida, aplicando-se o regime previsto no artigo 279.º do Código Civil.

Questão diferente é a de existência ou não de um prazo supletivo geral para reacção. À semelhança da Lei Modelo, a LAV optou por não prever um prazo específico, apenas impondo à parte interessada o dever de reagir (sob cominação da aplicação do artigo 46.º, n.º 4, da LAV). Qual seja esse prazo, terá de ser determinado caso a caso, mas manifestamente não vemos razão para importar automaticamente o prazo de 10 dias da lei de processo.

Falamos aqui todavia da prática de actos processuais no âmbito do processo arbitral. Se e na medida em que seja requerida a intervenção dos tribunais estaduais e uma vez que esta tenha lugar (ou seja, que seja dado início ao processo no tribunal estadual), então passar-se-ão a aplicar as normas que regem a prática de actos nesses tribunais.

culo". É este, veremos, o caso da prestação de assistência probatória a tribunal arbitral com sede em Portugal, seja o processo arbitral nacional ou internacional, bem como da execução coerciva de providências cautelares decretadas em processo arbitral com sede em Portugal.

3.2. Carácter supletivo das disposições da LAV

A arbitragem é um mecanismo privado de resolução de litígios, tendo por isso o legislador entendido conceder às partes uma margem muito alargada na definição das regras aplicáveis.

Assim, a LAV consagra uma série de normas e princípios que não podem ser derogados, mas, no mais, limita-se a estabelecer um regime supletivo, que as partes podem ou não aplicar. Assim, muita da relevância do que *infra* se dirá dependerá de as partes terem decidido ou não alterar as regras previstas na lei e substituí-las por outras, que prevalecerão.

4. A assistência e colaboração com o tribunal e o processo arbitral – na constituição do tribunal arbitral

4.1. O processo de designação de árbitros

De acordo com o previsto no artigo 10.º, n.º 2, da LAV, não tendo as partes acordado na designação do árbitro único, caberá a sua escolha ao tribunal estadual, sendo todavia necessário que lhe seja expressamente efectuado um pedido nesse sentido.¹⁰

Idêntico pedido de colaboração poderá ser dirigido ao tribunal estadual na hipótese de, devendo o tribunal arbitral ser composto por três membros,¹¹ uma das partes não proceder à designação do árbitro que lhe competir indicar no prazo de 30 dias ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na nomeação do árbitro presidente no mesmo prazo. É este o regime previsto no n.º 4 do artigo 10.º da LAV, que por força do disposto no seu n.º 5 será também aplicável se, de acordo com a convenção das partes, couber a terceiro a nomeação de algum ou de todos os árbitros e este não a efectuar no mesmo prazo de 30 dias.

¹⁰ Em resultado do que se afigura ser um lapso, a alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º não faz referência ao n.º 2 do artigo 10.º da LAV, mas apenas ao n.º 3.

¹¹ É esta, na ausência de diversa estipulação das partes, a regra, nos termos do regime previsto no n.º 2 do artigo 8.º da LAV.

À semelhança do anterior regime legal (e pondo ênfase na autonomia das partes), a LAV não veio prever um qualquer prazo para a apresentação do mencionado requerimento, que poderá portanto ser oferecido a qualquer tempo pela parte mais diligente (ou seja, mesmo pela parte que não tenha nomeado), desde que decorridos aqueles 30 dias.

Porém, e ao contrário do que sucedia no anterior regime, este processo é agora contraditório. Assim, de acordo com o disposto no artigo 60.º, n.º 2, com o artigo 10.º, n.º 6, da LAV, a contraparte da requerente da intervenção do tribunal estadual poderá, no prazo de 10 dias, pronunciar-se sobre a nomeação do árbitro ou dos árbitros em falta, designadamente aduzindo as suas razões sobre os critérios que devem presidir à escolha.

O direito de resposta cinge-se agora aos critérios de selecção, já que a argumentação da parte no sentido da manifesta nulidade ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem estará, nessa sede, aparentemente desprovida de qualquer conteúdo útil pois, ao contrário do regime previsto no artigo 12.º, n.º 4, da LAV de 1986,¹² o tribunal estadual não poderá agora, chamado a designar um ou mais árbitros em “falta”, apreciar sequer a manifesta invalidade da convenção. Esta apreciação está agora restringida às três hipóteses elencadas no n.º 3 do artigo 5.º da LAV.^{13/14}

O artigo 11.º da LAV estende a solução prevista no artigo 10.º à hipótese em que se verifique uma pluralidade de demandantes e/ou de demandados e os primeiros e/ou os segundos estejam em desacordo quanto à nomeação de um «árbitro de parte», que terá que ser um árbitro único (o que pode também acontecer – aplicando-se a mesma solução legal – quanto aos demandantes não percebo isto). Acrescenta o n.º 3 do artigo 11.º que o tribunal estadual poderá designar a totalidade dos árbitros e designar o seu presidente se se demonstrar que as partes em desacordo

¹² É este, também, o regime previsto no artigo 1455.º da Lei de Arbitragem Francesa.

¹³ As três hipóteses referidas são as seguintes: o julgamento, pelo tribunal estadual, da excepção dilatória de preterição de convenção de arbitragem invocada no âmbito de um processo judicial declarativo, o julgamento do pedido de impugnação de decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência e a impugnação da sentença arbitral.

¹⁴ Em situações limite o tribunal poderá estar impossibilitado de designar árbitro (por exemplo, por não existirem pessoas com as qualidades estabelecidas pelas partes, se tal falta não for suprível) ou de a designação violar a lei (no caso de, por exemplo, a cláusula impor um tribunal com um número par de árbitros).

têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa, assim se acautelando a distribuição equitativa da potencial influência dos árbitros de parte na causa (hipótese em que será desconsiderada e dada sem efeito a indicação do árbitro de parte eventualmente já efectuada por uma das partes).

De acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), e n.ºs 2 e 3, da LAV, a nomeação caberá, consoante a natureza do litígio, ao Presidente do Tribunal da Relação ou ao Presidente do Tribunal Central Administrativo em cujo distrito/circunscrição se situe o lugar da arbitragem.¹⁵

Em face da solução prevista no n.º 11 do artigo 59.º da LAV, ainda que se verifique um “erro” na identificação da jurisdição competente, a decisão do tribunal estadual não será recorrível com base nesse fundamento e será vinculativa para as partes e para os Tribunais Estaduais que sejam chamados para exercer uma qualquer competência no âmbito do mesmo processo arbitral.¹⁶

Por fim, importa referir que, de acordo com o regime previsto no n.º 7 do artigo 10.º da LAV, a decisão de nomeação de árbitros proferida pelo tribunal estadual não será susceptível de recurso¹⁷ e seguirá a forma de processo urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente (nos termos previstos no artigo 60.º, n.º 4, da LAV).

4.2. O processo de recusa de árbitro

Este processo – ainda que podendo as partes dispor de forma diferente – é uma inovação da LAV face ao regime arbitral anteriormente em vigor (cfr. artigo 14.º, n.º 1, da LAV).

¹⁵ Nas hipóteses em que a sede do tribunal arbitral, não resultando da convenção de arbitragem, não tenha sido ainda determinada nos termos previstos no artigo 31.º, n.º 1, da LAV, deverá aplicar-se a solução prevista na parte final do artigo 85.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, atribuindo-se competência ao (no caso, Presidente do) Tribunal da Relação de Lisboa.

¹⁶ Questão diferente é se o tribunal a quem é requerida a nomeação se pode declarar incompetente. Embora isso possa levar a extensos debates e recursos, não vemos como negar a hipótese.

¹⁷ Este era já, também, o regime previsto na Lei de Arbitragem Voluntária n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, da LAV, apresentado um pedido de recusa de árbitro, por escrito e fundamentadamente no prazo de 15 dias a contar do conhecimento das circunstâncias susceptíveis de colocar em crise a sua independência e imparcialidade, o árbitro em causa poderá renunciar às suas funções. Em alternativa, a parte que o designou poderá também alterar a sua indicação e nomear outra pessoa. Neste caso, na prática, a recusa produzirá efeitos automaticamente.

Como é natural, esta possibilidade de alteração da indicação de árbitro só se aplica ao caso de a parte pretender recusar o árbitro nomeado pela contraparte (de outro modo, ficaria margem para utilizar a recusa de forma recorrente, como expediente dilatatório).

Na falta de uma das soluções anteriores, o tribunal arbitral decidirá a questão.¹⁸ Se a recusa for rejeitada pelo tribunal arbitral, a parte que inicialmente a suscitou poderá, no prazo de 15 dias, submeter a questão a decisão do tribunal estadual.

A contraparte terá, ao abrigo do disposto no artigo 60.º, n.º 2, da LAV, oportunidade para se pronunciar sobre o alegado no pedido de recusa de árbitro, devendo fazê-lo no prazo de 10 dias. A diferença de prazos (15 dias para o recusante e 10 para a contraparte) poderá fazer alguma confusão, mas resulta inequivocamente da lei e não nos parece que de *per se* possa constituir uma violação do princípio da igualdade.¹⁹

De notar que na pendência do processo de recusa o tribunal arbitral se mantém em funções e o processo arbitral prossegue os seus termos, sendo de admitir que o tribunal possa, de acordo com o seu prudente critério, determinar uma suspensão da instância, por forma a não incorrer na situação prevista no n.º 3 do artigo 43.º.²⁰ Da mesma forma, a decisão de dar continuidade ao processo deverá também ela ser devidamente ponderada, face às consequências de um posterior deferimento do pedido de recusa pelo tribunal estadual.

¹⁸ Com a participação do árbitro em causa e por maioria simples, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 40.º da LAV, ou então no sentido da votação do árbitro presidente.

¹⁹ Como veremos adiante, outras desigualdades similares resultam do regime previsto na LAV.

²⁰ Porém, da mesma forma que as partes podem, em conjunto, opor-se à prorrogação do prazo da arbitragem (artigo 43.º, n.º 2 *in fine*), poderão também opor-se à suspensão do processo arbitral.

De resto, este processo de recusa de árbitro revestirá natureza urgente, sendo a decisão do tribunal estadual da competência (já não do Presidente, mas) do Tribunal da Relação ou do Tribunal Central Administrativo que, em função da sede do processo, for territorialmente competente (de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LAV) e insusceptível de recurso, tal como previsto no artigo 14.º, n.º 3, da LAV.

4.3. O processo de destituição de um árbitro por incapacitação ou inacção

Este processo traduz mais uma novidade face à LAV de 1986 e tem por objecto a regulamentação da invocação, por uma das partes, da incapacidade, de direito ou de facto, do árbitro, quer esta seja do ponto de vista civil ou do ponto de vista decisório.

Nos termos do n.º 3 do artigo 15.º da LAV, se se verificar uma tal incapacidade e o árbitro afectado não renunciar ao seu encargo decisório ou as partes conjuntamente não acordarem em pôr termo às suas funções, qualquer uma das partes pode requerer ao tribunal estadual que determine a destituição do árbitro em apreço.

Ao contrário do que vimos acontece no processo de recusa de árbitro, nesta sede não há lugar a prévia deliberação pelo tribunal arbitral, sendo a questão directamente submetida ao tribunal estadual. Também neste caso não haverá razão para o processo se suspender (porém, como neste caso o problema original era o da incapacidade ou inacção de um dos árbitros, provavelmente o processo parará mesmo).

Em face do disposto no artigo 60.º, n.º 2, da LAV, o tribunal estadual deverá notificar a contraparte e o tribunal arbitral para, querendo, pronunciarem-se sobre o pedido de destituição de árbitro. E ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo, este processo será considerado urgente.

De acordo com o disposto no artigo 15.º, n.º 3, da LAV, a decisão do tribunal estadual será insusceptível de recurso, devendo ser tomada, consoante a natureza do litígio, pelo Tribunal da Relação ou pelo Tribunal Central Administrativo que for territorialmente competente, em função do lugar da sede do processo arbitral (de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da LAV).

5. A assistência e colaboração com o tribunal e o processo arbitral – na pendência do tribunal arbitral

5.1. O processo de redução dos honorários e despesas do processo arbitral

O artigo 17.º, n.º 3, da LAV prevê a possibilidade de recurso ao tribunal estadual com vista a sindicar a decisão do tribunal arbitral que fixe o valor dos honorários, das despesas e dos respectivos preparos e designadamente proceder à redução do referido valor, sendo mais uma novidade face ao anterior normativo da LAV de 1986.

Assim, na hipótese de não haver acordo escrito das partes (na convenção de arbitragem ou em escrito posterior celebrado entre as partes e os árbitros até à aceitação, pelo último dos árbitros designados,²¹ nos termos do n.º 1 do artigo 17.º) sobre o modo de fixação, de pagamento e de reembolso dos honorários e despesas dos árbitros e a emissão de preparos, caberá ao tribunal arbitral, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 2 do artigo 17.º (a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido e previsto despendido até ao final do processo), fixar o montante dos honorários e despesas, bem como determinar o pagamento de preparos antecipatórios do valor dos referidos honorários e despesas. Deverá fazê-lo através de decisões autónomas das que tenham por objecto questões processuais ou o mérito da causa.

Às partes assistirá então o direito de requerer ao tribunal estadual a redução dos montantes fixados pelo tribunal arbitral a título de honorários, de despesas ou dos preparos emitidos com vista à antecipação do pagamento daquelas verbas.

Para além da audição da parte contrária (nos termos previstos no n.º 2 do artigo 60.º), o tribunal estadual deverá – nesta hipótese, de forma obrigatória – ouvir os membros do tribunal arbitral antes de proferir a sua decisão (é este o regime imposto pelo artigo 17.º, n.º 3, da LAV).

Questão importante a ponderar é o que é que sucede ao procedimento arbitral enquanto estiver pendente a questão dos honorários. Como é bom de ver, e atentas as perturbações que daí podem resultar, será útil

²¹ Posto o que um tal acordo tornar-se-á ineficaz, o que se justifica em face da necessidade de assegurar a independência e imparcialidade dos árbitros.

que a questão dos honorários seja acordada tão depressa quanto possível; porém, tal não sucedendo (ou sendo suscitada de novo na pendência do processo), entendemos que resulta do n.º 3 do artigo 17.º da LAV que o processo deverá seguir os seus termos (não sendo legítimo suspender o processo), uma vez que o tribunal arbitral fica vinculado à decisão que vier a ser proferida pelo tribunal estadual (não podendo, designadamente, recusar continuar com o processo).

Com efeito, de acordo com o artigo 12.º, n.º 1, da LAV, tendo sido aceite o encargo decisório, o árbitro poderá legitimamente deduzir escusa se fundamentar a mesma em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal função, sendo que a apresentação de um requerimento nos termos do n.º 3 do artigo 17.º (ou mesmo a efectiva decisão do tribunal estadual no sentido da redução dos valores fixados pelo tribunal arbitral) não poderá considerar-se causa justificada da legítima escusa de um dos árbitros (tanto mais face à possibilidade, prevista no n.º 1 do artigo 12.º da LAV, de deduzir escusa com fundamento na não conclusão do acordo sobre os honorários, despesas e preparos do artigo 17.º, n.º 1, da LAV).^{22/23}

Este processo – e em especial a quase discricionariedade que é concedida ao tribunal estadual para a decisão desta matéria – constituirá um incentivo grande para que os árbitros façam depender a aceitação da sua nomeação da existência de um acordo escrito das partes quanto a esta matéria (com o qual concordem) ou da possibilidade de celebrarem, em conjunto com as partes, e antes da aceitação do último árbitro designado, um acordo escrito a este propósito.

²² Ou seja, a possibilidade, prevista no artigo 12.º, n.º 1, da LAV, de o árbitro legitimamente escusar-se se não for celebrado o acordo escrito mencionado no n.º 1 do artigo 17.º da LAV implicará, quando a mencionada escusa não tiver sido concretizada perante um tal contexto, a transferência para os membros do tribunal arbitral do risco de verem as suas subsequentes decisões em matéria de honorários sindicadas e eventualmente alteradas pelo tribunal estadual.

²³ A hipótese tratada por JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* – Almedina/Associação Portuguesa de Arbitragem, 2012, p. 40) em sentido aparentemente diverso respeita ao momento inicial da arbitragem e não à fixação ou alteração dos honorários na pendência da mesma. Da mesma forma, e tal como referido em 3.1, não se vê razão para lapidarmente prever que o prazo para requerer ao tribunal estadual a fixação de honorários (e despesas) seja o de 10 dias previsto no CPC.

Se a decisão do tribunal arbitral em apreço não for tempestivamente impugnada pelas partes, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 17.º da LAV, a mesma consolidar-se-á, aplicando-se então, directa e incondicionalmente o regime previsto nos n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo 17.º. Da mesma forma, já não poderá ser impugnada por via do pedido de anulação da sentença arbitral (cujos fundamentos estão taxativamente previstos no n.º 3 do artigo 46.º da LAV), nem por via do recurso (se admissível), que terá por exclusivo objecto a sentença arbitral proferida pelo tribunal arbitral sobre o mérito da causa.

A competência para esta tomada de decisão pelo tribunal estadual cabe ao Tribunal da Relação ou ao Tribunal Central Administrativo que for territorialmente competente (de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2, da LAV e em função da localização da sede do processo arbitral). A mesma será susceptível de recurso nos termos gerais do Código de Processo Civil (artigo 59.º, n.º 8, da LAV). Este processo será de natureza urgente, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 60.º da LAV.

5.2. O processo de execução coerciva e de reconhecimento de providências cautelares

A LAV confere poderes ao tribunal arbitral para decretar providências cautelares, nos termos previstos nos seus artigos 20.º e 21.º.

A sua competência para o efeito não é, no entanto, plena, na medida em que o tribunal arbitral está desprovido de poderes coercivos, pelo que pode ser necessária a intervenção do tribunal estadual para a execução da providência cautelar decretada no âmbito de um processo arbitral.

Em conformidade com o prescrito no n.º 1 do artigo 27.º da LAV, esta possibilidade de execução coerciva por parte do tribunal estadual também não é plena, podendo o próprio tribunal arbitral determinar que a providência cautelar em questão não é dotada de coercibilidade (sendo a mera injunção suficiente para garantir o seu propósito).²⁴

²⁴ Para além de que se aplica apenas às providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral e já não às ordens preliminares (artigo 23.º, n.º 5, da LAV).

Por seu turno, o regime do artigo 27.º vem resolver o problema do reconhecimento e execução de providências cautelares proferidas em processo arbitral com sede no estrangeiro, que nos termos da Convenção de Nova Iorque ou mesmo do regime previsto nos artigos 55.º a 58.º da LAV, não seriam reconhecíveis e executáveis, na medida em que não contêm uma decisão final.

No entanto, nem a LAV, nem a actual lei de processo, nos indicam qual o processo a seguir. Antes do mais, cumpre referir que não se trata de um puro processo executório; com efeito, o tribunal estadual vai fazer mais do que executar a decisão do tribunal arbitral, devendo analisá-la, aferir da sua legalidade (dentro de certos limites), tendo inclusivamente o poder de a modificar (de forma ainda mais limitada). Não sendo um processo executório, não vemos por que razão apelar ao processo executivo.

Considerando o propósito da decisão a tomar e a legislação processual em vigor, pensamos que o processo a aplicar ao reconhecimento de providências será, com as devidas adaptações, o procedimento cautelar comum.

Esse conjunto de normas é mais adequado do que a regulamentação da matéria dos incidentes, não havendo, na nossa opinião, qualquer processo especial passível de aplicação ao caso.²⁵ Por outro lado, contempla a audição da contraparte,²⁶ a prestação de caução e resolve o problema da urgência do procedimento. Com efeito, do n.º 4 do artigo 60.º da LAV (interpretado *a contrario*) não resulta que o reconhecimento de providências revestisse natureza urgente, o que todavia é contrário ao propósito de uma providência cautelar, podendo levar à frustração da mesma.²⁷

Sem prejuízo de se entender que as regras do procedimento cautelar comum podem servir para o reconhecimento e execução de providên-

²⁵ De qualquer forma e face à natureza especial dos mesmos, sempre seria problemática a sua aplicação a outras realidades.

²⁶ Não resultando do artigo 60.º, n.º 2, da LAV o direito ao exercício do contraditório pela parte requerida, o mesmo encontra-se todavia expressamente previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 28.º da LAV. Só assim não será se o tribunal estadual entender, a pedido da parte requerente, ser justificado que o reconhecimento ou a execução da providência cautelar se processe *ex parte*, nos termos genericamente previstos no regime do procedimento cautelar comum.

²⁷ Não obstante esta interpretação resolver o problema da urgência, melhor seria oportunamente rever o n.º 4 do artigo 60.º da LAV.

cias proferidas por tribunais arbitrais, não é de excluir que, no âmbito da reforma da lei de processo em curso, se aproveitasse para olhar com mais atenção para a questão.

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 27.º da LAV, o tribunal estadual deverá ser prontamente informado, pela parte requerente do reconhecimento ou da execução da providência, da sua eventual revogação, suspensão ou modificação pelo tribunal arbitral que a haja decretado.

O tribunal estadual pode ainda, ao abrigo do n.º 3 do sobredito artigo e se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria e se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros.

A decisão proferida pelo tribunal estadual não será susceptível de recurso (de acordo com o n.º 4 do artigo 27.º da LAV). Bem se compreende que assim seja, já que se trata de uma segunda apreciação da matéria.

No artigo 28.º da LAV estão previstos os fundamentos da recusa do reconhecimento ou da execução coerciva de uma providência cautelar proferida por um tribunal arbitral, que no essencial correspondem aos fundamentos de recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira previstos no artigo 56.º do mesmo diploma, aos quais acrescem (invocáveis *ex parte*) o incumprimento da decisão de prestação de caução respectiva da providência cautelar e a revogação ou suspensão da providência cautelar, e (susceptível de conhecimento oficioso) a incompatibilidade da providência cautelar em causa com os poderes do tribunal estadual. Neste último caso o tribunal estadual poderá "salvar" o pedido de execução ou reconhecimento, reformulando a providência cautelar na medida necessária para a adaptar à sua própria competência e regime processual, desde que por essa via não seja colocada em crise a essência da providência ou efectuada uma revisão do mérito da mesma.

Nessa medida, tal como em sede de reconhecimento de uma sentença arbitral ou de um pedido de anulação, o tribunal estadual não poderá pronunciar-se sobre (ou rever) o mérito da causa cautelar, o que de igual modo se prende com a natureza formal dos fundamentos catalogados no artigo 28.º.

Para o processo em análise, que poderá ser iniciado pela parte requerente da providência cautelar a qualquer tempo após o seu decretamento,

e tendo o processo sede em Portugal, será competente o tribunal estadual de 1.ª Instância ou o Tribunal Administrativo de Círculo em cujo distrito/circunscrição se situe o local da arbitragem (n.º 4 do artigo 59.º da LAV).

Considerando a necessidade de executar a providência, porventura teria feito mais sentido remeter para as regras de competência territorial da lei de processo, como sucede nos n.ºs 5 e 6 deste artigo 59.º. Aliás, considerando que o n.º 4 contém uma norma meramente supletiva, admitimos ser possível interpretar extensivamente os n.ºs 5 e 6, por forma a também abranger os casos em que o processo tem sede em Portugal, já que não só a *ratio legis* é a mesma, como o mecanismo do n.º 4 irá criar problemas nos casos em que a providência devesse ser executada em local distinto do da sede da arbitragem.

No caso de o tribunal arbitral ter a sua sede no estrangeiro deverá, por força dos n.ºs 5 e 6 do artigo 59.º da LAV,²⁸ ser competente o tribunal estadual de 1.ª Instância ou o Tribunal Administrativo de Círculo e aplicar-se o disposto no artigo 83.º do Código de Processo Civil (competência territorial para procedimentos cautelares e diligências antecipadas). Se essas regras não atribuírem competência a um tribunal sediado no território nacional, as regras supletivas dos artigos 85.º e 86.º do Código de Processo Civil, sendo no limite competente o Tribunal de Lisboa (solução plasmada na parte final do n.º 3 do artigo 85.º do Código de Processo Civil).

5.3. O processo de assistência processual em matéria de obtenção de prova

A tramitação deste processo, previsto no artigo 38.º, n.º 1, da LAV, surge decalcada do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da LAV de 1986 e prende-se com a falta de poder coercivo do tribunal arbitral e a sua consequente eventual necessidade de assistência por parte dos Tribunais estaduais no que se reporta à obtenção e produção de prova dependente da colaboração de uma das partes ou de terceiros que se recusem a fazê-lo.

Neste cenário, uma parte poderá, após a prévia autorização do tribunal arbitral, apresentar junto do tribunal estadual um requerimento

²⁸ Este n.º 5 afigura-se conter um lapso, na medida em que a remissão para o artigo 29.º não faz sentido, devendo ser ao invés para o artigo 27.º.

solicitando que a prova em questão seja produzida perante ele e os seus resultados posteriormente enviados ao tribunal arbitral.

Ao contrário do regime previsto no artigo 27.º da Lei Modelo da CNUDCI que serviu de inspiração ao artigo da LAV em análise, não se prevê neste diploma a possibilidade de o tribunal arbitral dirigir directamente ao tribunal estadual um requerimento nos moldes acima ensaiados. Julga-se não se tratar de omissão, mas sim de uma manifestação da importância atribuída ao princípio do dispositivo em sede de arbitragem.²⁹

Relativamente aos direitos da contraparte, a LAV nada diz (nem tinha de o dizer). Cremos que será de aplicar analogicamente aqui (e também com respeito à própria tramitação do pedido) o disposto nos artigos 520.º e 521.º do CPC, dos quais resultará a obrigatória notificação da contraparte, por forma a assegurar o necessário contraditório (se assim não fosse, a prova obtida por esta via poderia mais tarde servir de fundamento de impugnação da decisão final).

Este processo não tem carácter urgente, o que se compreende, já quer não haveria razão para dar tratamento diferente daquele que merece a prova nos tribunais estaduais.

O tribunal estadual competente para este efeito será o tribunal de 1.ª Instância ou o Tribunal Administrativo de Círculo em cujo distrito/circunscrição se situe o local da arbitragem, conforme supletivamente previsto no artigo 59.º, n.º 4, da LAV.³⁰

Tratando-se de um pedido de assistência desta natureza, dirigido ao tribunal estadual Português no âmbito de um processo arbitral com sede

²⁹ Esta solução tem sido, no entanto, objecto de algumas críticas com respeito à suposta subalternização do tribunal arbitral e dos poderes que lhe são conferidos para o adequado exercício da sua função decisória à vontade e iniciativa de uma das partes. Neste sentido crítico, veja-se MIGUEL OLAZABAL DE ALMADA ("A Assistência (Aliás, Colaboração) dos Tribunais Estaduais em Processos Arbitrais – Algumas Propostas para Reflexão *in FAVOR Arbitratis*" in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, Julho de 2012, pp. 62 e 63).

³⁰ Conforme referido no subcapítulo anterior, achamos esta solução discutível, considerando que faria mais sentido aplicar aos processos arbitrais com sede em Portugal, o regime previsto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 59.º (previsto apenas para os procedimentos com sede no estrangeiro).

fora de Portugal (n.º 2 do artigo 38.º da LAV),³¹ será territorialmente competente o tribunal em cujo distrito/circunscrição deva ter lugar a produção de prova solicitada (conforme prevêem os n.ºs 5 e 6 do artigo 59.º da LAV).

6. A sindicância do processo e da sentença arbitral

6.1. O processo de impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência

O artigo 18.º da LAV prevê que o tribunal arbitral possa decidir sobre a sua competência através de uma decisão interlocutória ou da sentença proferida sobre o fundo da causa.

De forma inovatória face à LAV de 1986, a ordem jurídica portuguesa permite que a jurisdição estadual syndique a competência do tribunal arbitral, quer a final – através de um pedido de anulação (artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalíneas i) e iii), ou alínea b), subalínea i) da LAV), da interposição de recurso da sentença arbitral (artigo 46.º, n.º 1, *a contrario*, da LAV) ou em sede de oposição à execução (artigo 48.º, n.º 1,

³¹ Esta é uma inovação que aplaudimos (e que consta também do regime processual alemão através da conjugação dos artigos 1052.º, n.º 2, e 1050.º do ZPO) face ao regime do artigo 27.º da Lei Modelo da CNUDCI, que não prevê o accionamento do seu preceito legal congénere no âmbito de processos arbitrais estrangeiros (isto não obstante a tentativa, que se revelou frustrada, do Grupo de Trabalho que elaborou a Lei Modelo em 1985 de prever a aplicabilidade da referida norma em processos arbitrais estrangeiros, ainda que subordinada ao princípio da reciprocidade, conforme explicam HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS (*A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, pp. 737 e 738). Na revisão da Lei Modelo operada em 2006, a atribuição de competência aos Tribunais Judiciais para o decretamento de medidas cautelares cujo objecto se prenda com o de um processo arbitral pendente, independentemente de este ter sede no país do referido tribunal estadual ou não (o que abrangerá a prolação de medida cautelar tendo em vista a preservação de prova considerada relevante e material para a resolução do litígio, nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 2, alínea d) da Lei Modelo) não foi aproveitada para, mais latamente, conceder idêntica irrelevância ao carácter eventualmente estrangeiro da mencionada arbitragem no âmbito do pedido de assistência pelo tribunal estadual ao processo arbitral em matéria probatória.

da LAV) –, quer antecipadamente – através da impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência, no prazo de 30 dias, perante o tribunal estadual competente e nos termos do disposto nos n.ºs 9 e 10 do artigo 18.º da LAV.

A efectivação e pendência da referida impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral não obsta ao prosseguimento do processo arbitral e inclusivamente, se for esse o caso, à prolação da sentença arbitral – é este o regime que resulta do disposto no artigo 18.º, n.º 10, da LAV.

No entanto, e de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 5.º da LAV, se o tribunal estadual vier a proferir a sua decisão no sentido da incompetência do tribunal arbitral, o processo arbitral cessa e a sentença arbitral eventualmente proferida deixará de produzir quaisquer efeitos.

Discute-se se existe um ónus de impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral em matéria de competência.³²

À semelhança do que tem sido a prática nos nossos tribunais estaduais, pensamos que a costumada declaração genérica de que o tribunal arbitral é competente (e não há excepções que obstem ao conhecimento do mérito da causa) não formará caso julgado.³³ Só no caso de a questão da incompetência ter sido suscitada e sobre ela tiver sido proferida uma decisão específica se poderá falar de caso julgado. Nesses casos, ou a parte descontente impugna, ou a decisão cristaliza-se.

A propósito da análise deste processo e, em particular, do disposto no n.º 9 do artigo 18.º da LAV, parece ter ficado de fora deste preceito um caso importante. Com efeito, este preceito prevê a possibilidade de impugnação por referência às “subalíneas i) e iii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º”, deixando de fora o caso previsto na subalínea i) da alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV. Isto é, o caso em que uma parte, sem sucesso, invoca a invalidade da convenção de arbitragem em consequência da inarbitrabilidade do litígio.³⁴ Pensamos que não há omissão, na medida em que a causa de invalidade prevista na subalínea i) da alínea b)

³² PEDRO SIZA VIETRA, *Lei da Arbitragem...*, cit., p. 44 entende que tal ónus não existe.

³³ No entanto, face ao disposto no n.º 4 do artigo 46.º, a parte tem o dever de suscitar imediatamente os vícios com que se depare, pelo que esta declaração genérica de competência será, na maioria das vezes, final e inatacável.

³⁴ A inarbitrabilidade do litígio é uma causa de nulidade da convenção de arbitragem, nos termos do disposto no artigo 3.º da LAV, sendo a invalidade da dita convenção

está compreendida na previsão da subalínea i) da alínea a), que se refere à validade da convenção.

A LAV nada diz quanto ao prazo que a contraparte tem para responder. Pensamos tratar-se de questão a resolver pela lei de processo. Tratando-se da impugnação de uma decisão interlocutória em matéria de competência e afigurando-se não haver dúvidas que esta impugnação segue o regime da apelação, haverá que aplicar o disposto no artigo 691.º, n.º 2, alínea b) e n.º 5 do CPC. O prazo de resposta será, portanto, de 15 dias.

A circunstância de a parte impugnante dispor, por força do artigo 18.º, n.º 9, da LAV, de 30 dias para impugnar e de a contraparte dispor de apenas 15 não nos parece, uma vez mais, envolver uma ofensa séria à igualdade de tratamento as partes.

A competência para esta decisão cabe ao Tribunal da Relação ou ao Tribunal Central Administrativo que for territorialmente competente (de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea f), e n.º 2, da LAV), em função da localização da sede do processo arbitral. A mesma será susceptível de recurso nos termos gerais do Código de Processo Civil (atenta a ausência de solução em sentido diverso e a solução supletiva prevista no artigo 59.º, n.º 8, da LAV).

6.2. O processo da impugnação da sentença arbitral

A sentença arbitral pode ser impugnada através do pedido da sua anulação, apresentado no tribunal judicial competente para o efeito, no prazo de 60 dias a contar da notificação da sentença ou da decisão do tribunal arbitral com respeito a pedido de rectificação, esclarecimento ou prolação de sentença arbitral adicional formulado nos termos do artigo 45.º da LAV.

Antes de mais, entendemos que o pedido de anulação não se trata de uma verdadeira acção, mas sim de um pedido cassatório, a ser tramitado segundo o regime do recurso de apelação (artigo 46.º, n.º 2, alínea e)). É efectivamente tratado como acção para efeitos de distribuição (artigo

por sua vez determinativa da incompetência do tribunal arbitral, o que decorre do disposto no n.º 1 do artigo 18.º.

46.º, n.º 2, alínea f)), mas no mais o legislador parece ter querido afastar qualquer remissão para o regime da acção declarativa.³⁵

Uma primeira questão poderá colocar-se com respeito ao critério distinto utilizado para fixar o início da contagem do referido prazo de 60 dias na hipótese de ter sido apresentado um requerimento ao abrigo do aludido artigo 45.º da LAV (a data da prolação da sentença arbitral adicional e já não a data da notificação da mesma à parte). Afigura-se ser lapso do legislador, que não pretendeu efectivamente criar um regime diverso do da contagem do prazo a partir da data da notificação.

Relativamente ao prazo para responder ao pedido de anulação, pensamos ser uma vez mais de recorrer ao regime da apelação, de onde decorrerá que no caso dos tribunais judiciais o prazo para resposta serão os 30 dias previstos no artigo 685.º, n.º 1 do CPC. Tal como já referido no subcapítulo anterior, não pensamos que a dicotomia entre os 60 dias para requerer a anulação e os 30 dias para responder envolvam qualquer violação do direito das partes, tanto mais que a primeira parte do prazo dos 60 dias será seguramente utilizada por ambas as partes para analisarem a sentença arbitral.³⁶

De notar que, sendo admissível recurso, deverá ser por essa via efectuada a impugnação da sentença arbitral nos termos e com os fundamentos previstos no artigo 46.º da LAV, bem como quaisquer outros que digam respeito ao mérito da causa (cfr. *infra*).³⁷

Nos termos do previsto no artigo 59.º, n.º 1, alínea g) e n.º 2 da LAV, a competência para o julgamento do pedido de anulação pertencerá ao Tribunal da Relação ou Tribunal Central Administrativo em cujo distrito/circunscrição se situe o lugar da arbitragem, sendo a sua decisão susceptível de recurso, nos termos gerais do Código de Processo Civil (e atenta

³⁵ No mesmo sentido ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem...*, cit., p.92.

³⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA (*Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2.ª Edição, 2012, p. 267) entende também que o prazo é de 30 dias, mas por aplicação analógica do prazo para oferecimento da contestação, com o que discordamos, na medida em que entendemos que o regime da Apelação será aplicável. Pela mesma razão, discordamos ainda da possibilidade de oferecimento de Réplica no âmbito do processo de impugnação de sentença arbitral, referida pela mesma Autora (op. cit., p. 268).

³⁷ Face do disposto no n.º 7 do artigo 59.º da LAV, cremos que ao recurso em causa se aplicará também o disposto nos n.ºs 4 e 7 a 10 do artigo 46.º.

a ausência de solução em sentido diverso e a solução supletiva prevista no artigo 59.º, n.º 8, da LAV). Trata-se de um processo que não seguirá a forma de processo urgente, o que resulta da interpretação *a contrario* do disposto no n.º 4 do artigo 60.º da LAV.

6.3. O processo de recurso da sentença arbitral

A LAV de 1986 reflectia já uma inequívoca tendência quanto ao carácter “final” e, portanto, irrecorrível, da sentença arbitral, prevendo no seu artigo 29.º a possibilidade de as partes acordarem quanto a arbitragens domésticas na dita irrecorribilidade, que se verificaria *ipso jure* se as partes atribuíssem ao tribunal arbitral poder para julgar a controvérsia segundo a equidade e que era o regime regra na arbitragem internacional.

Na LAV presentemente em vigor esta tendência encontra-se maximizada, ao nível da generalidade das soluções de direito comparado que encontramos nos países considerados “amigos da arbitragem”: o n.º 4 do artigo 39.º da LAV consagra a necessidade de as partes expressamente acordarem, na convenção de arbitragem, a possibilidade de recurso da sentença arbitral sob pena de a referida sentença ser irrecorrível. E isto se não tiverem concedido ao tribunal arbitral poderes para a decisão segundo a equidade, caso em que a sentença sempre será irrecorrível e uma tal convenção ineficaz.

Mais prevê a este respeito o artigo 53.º da LAV que, tratando-se de uma arbitragem internacional, a convenção no sentido da recorribilidade da sentença arbitral só será admissível se a instância de recurso for um outro tribunal arbitral e as partes tiverem acordado nos respectivos termos.

No caso das arbitragens domésticas o prazo para a interposição do referido recurso (e para o seu contraditório), quando admissível, será o previsto na lei de processo.

Ora, resulta de economia da LAV (embora não seja taxativamente referido, ao contrário do que sucedia na LAV de 1986) que existindo a possibilidade de recurso, a parte deverá concentrar aí todos os fundamentos de crítica da sentença. Porém, nas hipóteses em que assim é, a parte impugnante será obrigada a oferecer a sua alegação no prazo previsto

na lei de processo, quando se estivesse a impugnar exclusivamente nos termos do artigo 46.º disporia de 60 dias.

Por outro lado, e ao contrário do que sucede com respeito ao pedido de impugnação da sentença arbitral (*vide* artigo 46.º, n.º 6, *in fine*), a LAV não esclarece qual o efeito da apresentação de um pedido de rectificação ou esclarecimento da sentença arbitral, ou de prolação de sentença adicional, nos termos do artigo 45.º da LAV, no direito de interposição de recurso da sentença arbitral.

Poderá questionar-se se a apresentação de um tal pedido suspenderá a contagem do prazo para a interposição de recurso. Achamos que não. Embora o resultado prático seja o de o regime dos recursos ser mais exigente que o da impugnação da decisão arbitral,³⁸ a lei de processo é clara ao obrigar a que a clarificação e recurso sejam apresentados conjuntamente.

Em geral, entendemos que a estes casos se aplicarão o artigo 670.º, n.ºs 3 e 4, do CPC, embora careça de adaptação. Com efeito, na lei de processo, a parte que requer a prolação de sentença adicional só o pode fazer se recorrer (caso o recurso seja admissível). No sistema da LAV não é assim: ainda que a parte possa recorrer, pode decidir não o fazer, fazer apenas uso da possibilidade prevista no artigo 45.º.

Assim, caso se verifique uma alteração da sentença arbitral, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 45.º da LAV, assistirá a ambas as partes a possibilidade de interpor recurso – ou de alterar o recurso já eventualmente interposto –, desde que o seu objecto tenha por exclusivo fundamento o conteúdo da revisão efectuada pelo tribunal arbitral da sua sentença.

O tribunal competente para o julgamento do recurso será, nos termos do disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea e), e n.º 2 da LAV, o Tribunal da Relação ou o Tribunal Central Administrativo em cujo distrito/circunscrição se situe o lugar da arbitragem.

A LAV não veio, todavia, esclarecer se o recurso em apreço deverá ser apresentado perante o tribunal estadual competente para a sua apreciação (como sucede na anulação) ou se, ao invés, e à luz do que sucede

³⁸ Já acima vimos a questão do prazo de interposição de recurso, por comparação com o prazo para requerer a anulação; também no caso de pedido de anulação, o prazo de apresentação só começa a correr depois de decidido o pedido de rectificação (artigo 46.º n.º 6).

no regime processual civil, perante o tribunal recorrido, ou seja, o tribunal arbitral.

Atenta a ausência de disposição em sentido contrário, cremos que, à semelhança do que comumente se entendia antes da entrada em vigor da LAV, deverá adoptar-se o regime de recurso aplicável devendo portanto o recurso ser apresentado perante o tribunal arbitral (o tribunal recorrido). Aliás, um recurso de uma sentença arbitral subirá necessariamente nos autos (artigo 691.º-A, n.º 1, alínea a)), o que que corrobora a necessidade de ser o tribunal *a quo* a receber o recurso.³⁹ Com efeito, estamos, já, fora do domínio arbitral e no âmbito da jurisdição estadual, pelo que a sua aplicação não será analógica, mas sim directa, e não colidirá com a autonomia da jurisdição arbitral.

7. Conclusão

Uma nota final: Vivemos 25 anos com uma lei que (sem prejuízo dos seus méritos históricos) era manifestamente incompleta, mas tivemos apenas uma alteração e, apesar de tudo, foram 25 anos bons para a arbitragem.

Ninguém está convencido de que se atingiu a plenitude em matéria de lei da arbitragem; muito pelo contrário, haverá sempre espaço para melhorar. Todavia, só se deverá avançar para uma revisão quando se tiver a absoluta convicção de que se vai fazer uma reforma eficaz; até lá, cabe deixar funcionar os tribunais e, na parte que nos cabe, apontar caminhos (ainda que não pacíficos), na esperança de que se estabeleçam práticas consolidadas que permitam dar segurança aos operadores jurídicos.

Temos agora uma lei nova, completa, moderna e, no nosso entender, boa. Resta esperar que os operadores jurídicos saibam estar à altura e possibilitem uma aplicação eficaz da lei, que não frustre o seu objectivo e torne a arbitragem num meio ainda mais seguro de resolução de litígios.

³⁹ Em sentido contrário MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de...*, cit., p. 266.

Pedro Romano Martinez

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro*

1. Considerações prévias

Tendo em vista a entrada em vigor da Nova Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) – doravante designada NLAV – que revoga o regime de arbitragem voluntária que vigorou em Portugal durante duas décadas e meia (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto – que, neste ensaio, para efeito comparativo, se designará por LAV – cabe atender ao novo regime de constituição do tribunal arbitral, essencialmente regulado nos arts. 8.º e ss. da NLAV. Pese embora se aluda a «novo regime» importa esclarecer que neste ponto, como em muitos outros a NLAV não introduziu modificações substanciais no regime da arbitragem, tendo, e bem, seguido a solução prudente de manter as mesmas regras com relevantes esclarecimentos em aspetos de lacuna da LAV.

A NLAV representa, deste modo, uma significativa melhoria, resolvendo muitas das dúvidas que se suscitam na LAV. Apresenta-se, contudo, com uma redação menos comum no momento atual, com alguma similitude com um estilo legislativo da segunda metade do séc. XIX; de facto, diversamente de outras ordens jurídicas, em Portugal há várias décadas optou-se por redigir normas jurídicas com um só período curto por número ou alínea, o exemplo de boa redação legislativa encontra-se no Código Civil de 1966. Diversamente, na NLAV são frequentes pre-

* Corresponde à intervenção do autor nas Jornadas Intensivas sobre a Nova Lei da Arbitragem Voluntária, coordenadas pelos Professores Doutor António Menezes Cordeiro e Doutor Luís de Lima Pinheiro, que tiveram lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 15 e 16 de fevereiro de 2012.

ceitos extensos e, no mesmo número, não raras vezes, surgem regras em dois períodos, divididos por ponto final ou ponto e vírgula (p. ex., arts. 10.º, n.º 6, 12.º, n.º 2, 13.º, n.º 3, ou 14.º, n.º 3). A leitura e compreensão das normas fica, assim, pouco facilitada. Acrescem ainda pequenos lapsos de revisão, como seja a repetição de vocábulos (v. g., art. 11.º, n.º 2).

2. Número de árbitros

No que respeita à constituição do tribunal arbitral, as partes têm liberdade de optar por vários modelos: desde o árbitro único à pluralidade de árbitros, podendo a escolha ser das partes ou de terceiro. Tal como no regime precedente dá-se particular relevo à autonomia privada. Mantém-se, pois, a solução constante do art. 6.º, n.º 1, da LAV, com uma única alteração do tempo verbal «o tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar» (art. 8.º, n.º 1, da NLAV).

Na hipótese que se pode considerar paradigmática, e que constitui o regime subsidiário, o tribunal será composto por três árbitros (art. 6.º, n.º 2, da LAV e art. 8.º, n.º 2, da NLAV); nesse caso, cada uma das partes escolhe um árbitro – razão pela qual estes são, não raras vezes, designados árbitros de parte –, cabendo aos dois árbitros a escolha do terceiro, que, por via de regra, será o árbitro presidente.

Mas, na prática, encontram-se outras hipóteses, com conteúdos variados. Por vezes, a designação do árbitro único já consta da cláusula compromissória; é frequente que as partes remetam a nomeação dos árbitros para uma instituição credível ou que façam a escolha de entre uma lista previamente conhecida; também ocorre a hipótese de as partes optarem por ser um tribunal judicial a escolher o árbitro. Em suma, qualquer indicação de situações será necessariamente exemplificativa, podendo a composição do tribunal e a escolha dos árbitros dependerem de múltiplos fatores.

3. Designação de árbitro

O árbitro ou os árbitros terão de ser designados pelas partes, podendo constar da convenção de arbitragem ou de escrito posterior o modo como os árbitros serão escolhidos (art. 7.º, n.º 1, da LAV e art. 10.º, n.º 1, da

NLAV). Nada obsta a que os árbitros sejam selecionados por terceiros e, frequentemente, um deles é escolhido pelos árbitros previamente designados pelas partes ou por terceiros. Como se referiu, na situação paradigmática, que corresponde à regra supletiva, as partes designam, cada uma, um árbitro e estes escolhem o terceiro árbitro.

No caso de árbitro único basta a designação de uma pessoa; havendo pluralidade de árbitros, o tribunal só se constitui depois de terem sido designados todos os árbitros que o compõem.

Quanto a prazos, como comina o art. 10.º, n.º 4, da NLAV, salvo estipulação em contrário, a parte deve designar o árbitro no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido feita pela outra parte nesse sentido, sendo esse mesmo prazo aplicável para a designação do terceiro árbitro e ainda para a designação de árbitro a fazer por terceiro.

Importa atender a duas novidades (ou esclarecimentos inovatórios) constantes da NLAV.

Em primeiro lugar, para os casos de pluralidade de demandantes ou de demandados, esclarece-se no art. 11.º da NLAV que, para a situação paradigmática de o tribunal ser composto por três árbitros, cabe aos demandantes no seu conjunto ou aos demandados no seu conjunto designar um árbitro, como se não houvesse pluralidade. Na falta de consenso entre demandantes ou demandados a designação do correspondente árbitro incumbe ao tribunal estadual, mas admite-se, nesse caso, que, em determinadas circunstâncias, pode ser o tribunal estadual a designar a totalidade dos árbitros.

Em segundo lugar, também como esclarecimento inovatório importa atender aos requisitos exigíveis para os árbitros. Mantendo-se a regra de os árbitros terem de ser pessoas singulares e plenamente capazes (art. 8.º da LAV e art. 9.º, n.º 1, da NLAV), insiste-se na independência e imparcialidade dos árbitros (art. 9.º, n.º 3, da NLAV) e nos termos da sua responsabilização (art. 9.º, n.ºs 4 e 5, da NLAV).

Em especial a insistência (inovatória) na independência e imparcialidade dos árbitros tem um papel muito significativo na valorização e credibilização da arbitragem. Podendo ser um fator de superação de algum amadorismo, profissionalizando a arbitragem. No regime anterior (art. 10.º, n.º 1, da LAV) remetia-se para o regime processual de impedimentos e escusas dos magistrados, constituindo a nova solução um fator de especial relevo na dinamização da arbitragem.

4. Natureza da designação de árbitro

I. Se uma das partes, com base na convenção de arbitragem, pretende designar um árbitro, fará uma proposta a essa pessoa e, havendo aceitação, designá-la-á árbitro. Daqui se poderia inferir a existência de um contrato de árbitro, em que determinada pessoa aceitava a incumbência, que lhe fora proposta, de assumir as funções de árbitro; o contrato resultaria, pois, da proposta da parte (ou de terceiro se era a este que cabia a designação) e da aceitação pelo árbitro. Na eventualidade de árbitro único, a designação resultaria de uma proposta feita pelas duas partes, em consequência do acordo de escolha entre elas ajustado, e a correspondente aceitação do árbitro indigitado.

A aceitação do encargo por parte do árbitro encontra previsão específica no art. 12.º da NLAV. Porém, deste preceito decorre tão-só que o potencial árbitro tem 15 dias para aceitar o encargo, que – como é regra (art. 218.º do CC) – o silêncio não pressupõe consentimento e que, aceitando o encargo, o árbitro é responsável se se escusar injustificadamente. A justificação para não atuar como árbitro só é legítima se fundada em causa superveniente que impossibilite o exercício da função ou no incumprimento do acordo relativo a honorários.

Ainda que a designação do árbitro implique uma proposta (da parte ou de terceiro) e uma aceitação (do árbitro), as duas declarações negociais não consubstanciam um verdadeiro contrato; por vezes designado contrato de árbitro.

II. Como se referiu, o árbitro ou árbitros que compõem o tribunal arbitral serão necessariamente pessoas singulares, pois a arbitragem é incompatível com a designação de uma pessoa coletiva para árbitro.

A inadmissibilidade de designação de uma pessoa coletiva como árbitro não resulta do facto de se estar perante uma função que é atribuída *intuitu personae*, pois o carácter pessoal é compatível com a realização da prestação por parte de uma pessoa coletiva (por exemplo, uma sociedade pode ser incumbida de fazer uma tradução, um programa de computador ou até uma intervenção cirúrgica). Por outro lado, o árbitro não tem de ser pessoa singular porque desempenha uma atividade intelectual, na medida em que as pessoas coletivas também podem ser incumbidas de desempenhar atividades intelectuais (v. g., um estudo científico sobre as

repercussões de um medicamento solicitado a uma sociedade farmacêutica). A razão de ser da imperiosidade de o árbitro ser uma pessoa singular tem que ver com a atribuição da função de julgar e com a consequente necessidade de imparcialidade, que, no domínio da LAV justificava a identificação do árbitro com o juiz relativamente a impedimentos e escusas (art. 10.º, n.º 1, da LAV). Mas no regime atual, sem essa identificação tão direta, mantém-se a solução, ao exigir a independência e imparcialidade (art. 9.º, n.º 3, da NLAV). É claro que continua a equiparar-se o árbitro ao juiz, como decorre do regime de responsabilidade (art. 9.º, n.º 4, da NLAV) e da equiparação constitucional (art. 209.º da CRP) entre tribunais, incluindo os tribunais arbitrais na categoria genérica dos tribunais incumbidos de funções de julgar.

Na medida em que os árbitros, tal como os juízes, têm de dar garantias da sua imparcialidade e independência, mesmo quando designados por uma das partes não recebem destas uma incumbência. Os árbitros não são representantes da parte que os designa nem deverão com estas manter uma relação jurídica que possa afetar a sua imparcialidade e independência. Dir-se-ia que a independência é um requisito imposto a uma das partes em variados contratos, nomeadamente de prestação de serviços – por exemplo, um contrato com um revisor oficial de contas –, mas não se pode confundir a independência de uma das partes na execução da prestação contratual com a independência e imparcialidade imposta ao árbitro. No primeiro caso, o contraente, apesar de desempenhar a sua tarefa com independência, terá de tutelar os interesses da contraparte, inclusive aconselhando-a; ora, a imparcialidade do árbitro – sem pôr em causa a necessária boa colaboração entre árbitros e partes em litígio – opõe-se a essa tutela, mormente a qualquer função de aconselhamento ou apoio.

É ainda a independência e imparcialidade do árbitro que impõem o dever de revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas em relação a tais pressupostos (art. 13.º, n.º 1, da NLAV). Permitindo-se que uma das partes recuse um árbitro se existirem fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência (art. 13.º, n.º 3, da NLAV).

Os processos de recusa de árbitro (art. 14.º da NLAV) e de cessação de funções por incapacidade ou inação (art. 15.º da NLAV) não se compadecem com a estrutura contratual. Por exemplo, a possibilidade de as partes acordarem quanto à recusa de árbitro (art. 14.º, n.º 1, da NLAV)

ou, ainda – e esta mais difícil de enquadramento contratual – de ser o próprio tribunal arbitral a decidir sobre a recusa de um árbitro (art. 14.º, n.º 2, 2.ª parte, da NLAV). De igual modo, a cessação de funções de árbitro por acordo das partes contra a vontade do designado (art. 15.º, n.º 2, da NLAV) ou a cessação de funções determinada por tribunal estadual (art. 15.º, n.º 3, da NLAV) não corresponde à normal mecânica contratual, nomeadamente à resolução extrajudicial (art. 436.º do CC) ou à revogação de um mandato (art. 1170.º do CC).

Em caso de recusa ou de cessação de funções de árbitro poder-se-á designar um árbitro substituto nos moldes previstos no art. 16.º da NLAV.

III. Acresce ainda que a proposta e a aceitação como elementos necessários à celebração de um contrato, no que respeita ao processo de designação de árbitro não consubstanciam declarações negociais tendo em vista a típica formação de um negócio. Particularmente, no caso de designação do terceiro árbitro pelos dois outros designados pelas partes ou no caso de designação de qualquer árbitro pelo tribunal judicial ou, eventualmente por terceiro, a lógica contratual carece de justificação.

De facto, o terceiro árbitro, designado pelos árbitros, ditos de parte, não aceita o encargo em resposta a uma proposta das partes. O mesmo se diga no caso de designação de árbitro pelo tribunal estadual.

IV. Pelas razões expostas, a relação que se possa estabelecer com o árbitro (ou árbitros), apesar de poder assentar em declarações negociais que, aparentemente, correspondem a uma proposta e a uma aceitação, enferma de várias falhas para se poder qualificar como um contrato (autónimo) de árbitro.

5. Honorários e despesas dos árbitros

Os honorários, correspondendo à contrapartida das funções desempenhadas pelo árbitro, têm um regime especial, previsto no art. 17.º da NLAV, que os autonomiza de outras contrapartidas contratuais, ainda que denominadas igualmente «honorários».

Tal como noutros pontos, dá-se especial relevo à autonomia privada, permitindo que os honorários sejam regulados na própria convenção de

arbitragem. Constando da convenção de arbitragem, os árbitros ao aceitarem o encargo aderem à convenção assentindo nos honorários tal como determinados pelas partes. Na falta de fixação dos honorários na convenção de arbitragem – solução mais comum – deverão as partes e os árbitros acordar quanto ao seu valor até à aceitação do último dos árbitros a ser designado (art. 17.º, n.º 1, da NLAV).

Este acordo, não raras vezes, estipula a determinação dos honorários por remissão para tabelas elaboradas por centros de arbitragem, nacionais ou internacionais.

Na ausência de previsão na convenção de arbitragem e faltando o acordo entre as partes e os árbitros quanto ao valor dos honorários, estes são fixados pelos próprios árbitros atendendo à complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido com o processo (art. 17.º, n.º 2, da NLAV). O valor assim decidido pode ser sindicado por tribunal estadual (art. 17.º, n.º 3, da NLAV).

Como os honorários correspondem à contrapartida devida aos árbitros, a sua falta de pagamento, por aplicação de um princípio de exceção de não cumprimento, permite a suspensão ou o termo do processo arbitral (art. 17.º, n.º 4, da NLAV).

As regras que respeitam à fixação e pagamento de honorários valem, com as necessárias adaptações, relativamente às despesas dos árbitros e da arbitragem.

6. Responsabilidade do árbitro

O árbitro é responsável nos termos gerais (art. 483.º do CC).

Depois de se prescrever que «Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas (...)» (art. 9.º, n.º 4, da NLAV), admite-se que sejam responsabilizados perante as partes nos termos em que os magistrados judiciais possam ser (art. 9.º, n.ºs 4 e 5, da NLAV). No fundo, remete-se para o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Pessoas Coletivas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, concretamente arts. 12.º a 14.º e, mais especificamente para este último preceito que trata da responsabilidade dos magistrados. Deste preceito deduz-se que os árbitros não respondem por atos praticados no exercício das suas funções,

exceto se tais atos implicarem responsabilidade criminal ou se tiverem agido com dolo ou culpa grave.

Uma previsão específica de responsabilidade do árbitro encontra-se no art. 12.º, n.º 3, da NLAV, relacionada com a escusa injustificada de assumir funções, no art. 15.º, n.º 2, da NLAV, relativo a casos de não cumprimento de funções em tempo útil, e no art. 43.º, n.º 4, da NLAV, a propósito do impedimento de ser proferida decisão. No fundo, relacionadas com a denegação de justiça por parte do árbitro que aceitou o encargo.

A responsabilidade do árbitro, pese embora se entender que as funções desempenhadas não assentam no designado «contrato de árbitro», decorre do incumprimento de deveres específicos, que justificam nomeadamente a exceção de incumprimento prevista no art. 17.º, n.º 4, da NLAV. Ainda que a responsabilidade do árbitro se determine nos termos do regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Pessoas Coletivas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, como resulta da violação de deveres específicos assumidos pelo árbitro que aceitou o encargo, segue o regime da responsabilidade obrigacional.

VIDA INSTITUCIONAL

José Robin de Andrade

Advogado

Sumário de Actividades desenvolvidas pela Associação Portuguesa de Arbitragem entre Setembro de 2011 e Setembro de 2012

1. O período de tempo coberto por esta breve resenha inicia-se em Setembro de 2011, e é desde logo marcado pela apresentação na Assembleia da República da proposta de Lei n.º 22/X-11 que visa dar forma de lei ao projecto de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária apresentado pela Associação Portuguesa de Arbitragem ao Governo, e por este aprovado com escassas alterações.

Não obstante a grande convergência de pontos de vista entre a Direcção da APA e o Gabinete da Senhora Ministra da Justiça, houve de facto alguns pontos em que o projecto da APA sofreu modificações, destacando-se, entre elas, a introdução da violação do princípio da ordem pública internacional com o fundamento de anulação das decisões arbitrais.

Por outro lado, foram separadas formalmente as disposições de aprovação da nova Lei de Arbitragem Voluntária, e a própria Lei de Arbitragem Voluntária, e acertadas diversas modificações ao regime proposto acertados com a Direcção da APA, e que se reconheceram trazer uma melhoria à qualidade da lei.

Mas sobretudo, foram muitas as alterações que se evitaram, explicando-se aos diversos proponentes as razões para a manutenção do regime proposto e os inconvenientes associados à sua alteração.

O processo de “**negociação**” do Gabinete da Senhora Ministra da Justiça com os outros departamentos do Governo e com os organismos consultados foi assim intenso e a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem apoiou frequentemente essa negociação, preparando notas justificativas e exposições críticas, numa postura de total cooperação, que naturalmente envolveu muita disponibilidade de tempo e dispêndio de energias.

Seria porventura útil fazer a recensão das várias alterações ao projecto que se introduziram e sobretudo das muitas que se recusaram, mas não é este o local adequado.

Relembre-se, no entanto, que entre as alterações introduzidas, destacamos:

- o regime da irrecorribilidade das decisões arbitrais sobre ordens preliminares e providências cautelares, e das decisões judiciais que as reconheçam ou as mandem executar (artigo 27.º n.º 4);
- a reformulação do regime da arbitragem relativa a contratos de trabalho e da própria disposição transitória neste domínio (artigos 4.º n.º 4 e 5.º n.º 1);
- a revogação do artigo 1097.º do Código de Processo Civil.

Para além do apoio permanente que foi necessário prestar ao Gabinete, para garantir que as disposições do projecto permanecessem ao longo do processo legislativo sem alterações que as desfigurasse, a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem elaborou e remeteu o seu parecer formal sobre a Proposta, à Comissão de Direitos Liberdades e Garantias da Assembleia da República, encarregada da discussão na especialidade, tendo a Proposta sido aprovada sem alterações.

Foi em especial rejeitada a alteração pretendida nessa Comissão pelo Partido Socialista, visando suprimir o artigo 9.º n.º 5 da Lei de Arbitragem Voluntária, que esclarecia que **“a responsabilidade dos árbitros prevista no número anterior (por danos decorrentes das decisões por elas proferidas) só tem lugar perante as partes”**.

A disposição, que figurava já no Projecto que o Governo anterior aprovara e submetera à Assembleia, foi mantida, tendo em conta que, ao contrário do que sucede com os tribunais estaduais em que o Estado pode ser demandado por tais danos e dispõe por isso de direito de regresso contra os juizes, os tribunais arbitrais não são órgãos do Estado, e por isso, os árbitros só respondem por danos perante as partes.

2. Aproveitando o muito trabalho desenvolvido durante a preparação do projecto da nova Lei de Arbitragem Voluntária, e durante todo o período que decorreu até à publicação da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro, a Direcção e o Secretário Executivo da Associação Portuguesa de Arbitragem resolveram elaborar uma Anotação da nova Lei de

Arbitragem Voluntária, que saiu do prelo poucos dias depois da data de entrada em vigor da LAVC (14 de Março de 2012) que foi oferecida gratuitamente a todos os associados, sendo colocada à venda ao público em geral.

3. Paralelamente ao esforço colocado na Anotação da nova Lei de Arbitragem Voluntária, a Direcção procurou, logo após a publicação da Lei, divulgar internacionalmente a sua existência e conteúdo. Promoveu assim a sua tradução para inglês e a colocação do texto da Lei e da tradução para inglês no site da Associação Portuguesa de Arbitragem.

4. Em Dezembro de 2011 concluiu-se, por outro lado, um trabalho interno, moroso mas muito útil, de recolha de jurisprudência arbitral no Tribunal Cível de Lisboa, sua digitalização e remoção de elementos identificativos, tendo sido possível colocar **“on line”** para consulta pública todo um vasto acervo de sentenças arbitrais dos anos 80 e 90 que até ao momento eram totalmente desconhecidas. O trabalho realizado, em que se empenharam alguns dos nossos associados e o Conselho para a Prática Arbitral Comercial, deu uma nova visibilidade a toda uma actividade jurisdicional, desenvolvida em arbitragens **“ad hoc”**, que será certamente muito útil para o labor da nossa doutrina jurídica e mesmo como orientação ou inspiração para os novos tribunais arbitrais.

5. O Conselho para a Prática Arbitral Comercial, sob a presidência do Prof. Rui Pinto Duarte, que cessou o seu mandato em Junho deste ano, levou a cabo dois importantes eventos que contaram com a presença e a participação de muitos associados:

- em 14 de Novembro de 2011 realizou um Colóquio sobre a Arbitragem de Conflitos Societários;
- e em 6 de Junho de 2012 organizou uma Conferência sobre os problemas suscitados pela aplicação da nova Lei que instituiu a arbitragem necessária nos conflitos sobre medicamentos genéricos.

6. Formou-se entretanto um novo Conselho na nossa Associação – o Conselho dedicado aos associados mais jovens, ou Conselho dos Sub-40 que ficou sendo coordenado por uma dinâmica Comissão, composta pelos novos jovens associados Miguel Almada, Nuno Louza, Ricardo Guimarães e Sofia Martins.

A “Comissão dos Sub-40” promoveu logo em 16 de Janeiro de 2012 um primeiro Encontro sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária, que foi um grande êxito pelos muitos jovens que atraiu à nossa Associação; e organizou em 20 de Março de 2012 uma Conferência de Lançamento do novo Conselho, que contou com convidados estrangeiros e assumiu a dimensão de um verdadeiro Congresso Internacional sobre Arbitragem.

7. Por seu lado, a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem participou na organização de uma Conferência Internacional sobre Protecção de Investimento Estrangeiro, em 7 de Março de 2012, promovida pelo nosso associado Jorge Mattamouros e patrocinado pela King and Spalting e duas grandes empresas portuguesas e apoiado pelo Jornal Expresso, que teve grande impacto quer na comunicação social quer no mundo empresarial, tendo procurado sensibilizar os participantes para a importância que tem a arbitragem de investimento e o planeamento do regime de arbitragem, nos investimentos externos das empresas portuguesas.

8. Face aos objectivos visados com a preparação da nova Lei de Arbitragem Voluntária que veio a entrar em vigor em 14 de Março de 2012 considerou a Direcção sua prioridade tentar envolver os Magistrados Judiciais, em especial os Desembargadores das várias Relações, no debate público associado à divulgação dos novos regimes introduzidos pela nova Lei.

Competindo aos Tribunais da Relação funções essenciais para que a aplicação da nova Lei corresponda fielmente ao espírito que informou o projecto que a originou, era necessário chamar os Desembargadores a colaborar activamente na discussão das soluções consagradas, de tal modo que, quando chamados a exercer as competências que a lei lhes atribui, estivessem devidamente sensibilizados para o que pode estar em causa nas questões submetidas à sua jurisdição.

Depois de várias tentativas, foi possível organizar no Tribunal da Relação do Porto um Primeiro Encontro Público com os Desembargadores dessa Relação em 23 de Fevereiro de 2012 no qual dois conferencistas do lado da Associação Portuguesa de Arbitragem e dos conferencistas do lado do Tribunal, apresentaram publicamente as suas reflexões e análises críticas sobre as várias inovações introduzidas pela nova Lei de Arbitragem Voluntária.

E um Segundo Encontro Público, agora com Desembargadores da Relação de Évora, realizou-se em 17 de Maio de 2012, embora com intervenções apenas do lado da Associação Portuguesa de Arbitragem.

Espera a Direcção que os exemplos do Porto e de Évora frutifiquem e que em breve se consiga concretizar uma participação frequente, activa e interessada de juizes estaduais nos Colóquios sobre Arbitragem Voluntária, pondo assim termo ao alheamento de muitos dos nossos juizes sobre os temas da arbitragem e garantindo por essa forma uma intervenção mais esclarecida dos Tribunais Estaduais sempre que forem chamados a exercer as suas competências neste domínio.

9. Fruto das várias iniciativas da Associação Portuguesa de Arbitragem, o número de associados cresceu consideravelmente sendo agora de 140. Entre os benefícios proporcionados aos associados, o site passou a permitir, à semelhança do que fazem associações congéneres em Espanha, Suíça e Alemanha, a divulgação pública pelos associados dos seus dados profissionais e do seu curriculum arbitral, em moldes formalmente uniformes e que garantem a compatibilidade com as normas deontológicas da profissão da advocacia, que é a profissão da grande maioria dos sócios. A divulgação pública destes dados contribui para alargar e tornar mais transparente a área de recrutamento de novos árbitros e permite nomeações mais esclarecidas por parte de quem deva proceder à nomeação de novos árbitros.

10. Em termos institucionais, o período coberto por este sumário de actividades foi marcado pela Assembleia Geral Ordinária da Associação, que aprovou as contas dos exercícios de 2010 e 2011 e os respectivos pareceres do Conselho Fiscal e ainda o orçamento para 2012.

Antes da Assembleia geral, que se realizou, como habitualmente, nas instalações da Faculdade de Direito de Lisboa, realizou-se um almoço oferecido aos Associados, seguido de uma conferência, a cargo do Prof. Pierre Mayer, convidado expressamente para o efeito, que falou sobre “arbitragens complexas e pensação de processos”

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

**LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA
E DOCUMENTAÇÃO**

Lei n.º 63/2001, de 14 de dezembro

Aprova a nova Lei da Arbitragem Voluntária

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

ARTIGO 1.º

Objecto

1 – É aprovada a Lei da Arbitragem Voluntária, que se publica em anexo à presente lei e que dela faz parte integrante.

2 – É alterado o Código de Processo Civil, em conformidade com a nova Lei da Arbitragem Voluntária.

ARTIGO 2.º

Alteração ao Código de Processo Civil

Os artigos 812.º-D, 815.º, 1094.º e 1527.º do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 812.º-D

[...]

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)
- f)

g) Se, pedida a execução de sentença arbitral, o agente de execução duvidar de que o litígio pudesse ser cometido à decisão por árbitros, quer por estar submetido, por lei especial, exclusivamente a tribunal judi-

cial ou a arbitragem necessária, quer por o direito controvertido não ter carácter patrimonial e não poder ser objecto de transacção.

Artigo 815.º

[...]

São fundamentos de oposição à execução baseada em sentença arbitral não apenas os previstos no artigo anterior mas também aqueles em que pode basear-se a anulação judicial da mesma decisão, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 48.º da Lei da Arbitragem Voluntária.

Artigo 1094.º

[...]

1 – Sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos da União Europeia e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada.

2 –

Artigo 1527.º

[...]

1 – Se em relação a algum dos árbitros se verificar qualquer das circunstâncias previstas nos artigos 13.º a 15.º da Lei da Arbitragem Voluntária, procede-se à nomeação de outro, nos termos do artigo 16.º daquela lei, cabendo a nomeação a quem tiver nomeado o árbitro anterior, quando possível.

2 –»

ARTIGO 3.º

Remissões

Todas as remissões feitas em diplomas legais ou regulamentares para as disposições da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, devem considerar-se como feitas para as disposições correspondentes na nova Lei da Arbitragem Voluntária.

ARTIGO 4.º

Disposição transitória

1 – Salvo o disposto nos números seguintes, ficam sujeitos ao novo regime da Lei da Arbitragem Voluntária os processos arbitrais que, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da referida lei, se iniciem após a sua entrada em vigor.

2 – O novo regime é aplicável aos processos arbitrais iniciados antes da sua entrada em vigor, desde que ambas as partes nisso acordem ou se uma delas formular proposta nesse sentido e a outra a tal não se opuser no prazo de 15 dias a contar da respectiva recepção.

3 – As partes que tenham celebrado convenções de arbitragem antes da entrada em vigor do novo regime mantêm o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral, nos termos do artigo 29.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, caso o processo arbitral houvesse decorrido ao abrigo deste diploma.

4 – A submissão a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho é regulada por lei especial, sendo aplicável, até à entrada em vigor desta o novo regime aprovado pela presente lei, e, com as devidas adaptações, o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

ARTIGO 5.º

Norma revogatória

1 – É revogada a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, com excepção do disposto no n.º 1 do artigo 1.º, que se mantém em vigor para a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho.

2 – São revogados o n.º 2 do artigo 181.º e o artigo 186.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

3 – É revogado o artigo 1097.º do Código de Processo Civil.

ARTIGO 6.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor três meses após a data da sua publicação. Aprovada em 4 de Novembro de 2011.

A Presidente da Assembleia da República, *Maria da Assunção A. Esteves*.

Promulgada em 29 de Novembro de 2011. Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA. Referendada em 30 de Novembro de 2011.

O Primeiro-Ministro, *Pedro Passos Coelho*.

ANEXO

Lei da Arbitragem Voluntária

CAPÍTULO I

Da convenção de arbitragem

ARTIGO 1.º

Convenção de arbitragem

1 – Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2 – É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

3 – A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).

4 – As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as

relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias.

5 – O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.

ARTIGO 2.º

Requisitos da convenção de arbitragem; sua revogação

1 – A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita.

2 – A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação.

3 – Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

4 – Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo.

5 – Considera-se também cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra.

6 – O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

ARTIGO 3.º

Nulidade da convenção de arbitragem

É nula a convenção de arbitragem celebrada em violação do disposto nos artigos 1.º e 2.º

ARTIGO 4.º

Modificação, revogação e caducidade da convenção

1 – A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro ou, com o acordo de todos os árbitros, até à prolação da sentença arbitral.

2 – A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral.

3 – O acordo das partes previsto nos números anteriores deve revestir a forma escrita, observando-se o disposto no artigo 2.º

4 – Salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância arbitral.

ARTIGO 5.º

Efeito negativo da convenção de arbitragem

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 inexecutável.

2 – No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual.

3 – O processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido, quer tal decisão seja proferida na acção referida no n.º 1 do presente artigo, quer seja proferida ao abrigo do disposto no n.º 9 do artigo 18.º, e nas subalíneas *i)* e *iii)* da alínea *a)* do n.º 3 do artigo 46.º

4 – As questões da nulidade, ineficácia e inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em procedimento cautelar instaurado perante o mesmo tribunal, que tenha como

finalidade impedir a constituição ou o funcionamento de um tribunal arbitral.

ARTIGO 6.º

Remissão para regulamentos de arbitragem

Todas as referências feitas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem ou ao acordo entre as partes abrangem não apenas o que as partes aí regulem directamente, mas também o disposto em regulamentos de arbitragem para os quais as partes hajam remetido.

ARTIGO 7.º

Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.

CAPÍTULO II

Dos árbitros e do tribunal arbitral

ARTIGO 8.º

Número de árbitros

1 – O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar.

2 – Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, é este composto por três árbitros.

ARTIGO 9.º

Requisitos dos árbitros

1 – Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.

2 – Ninguém pode ser preterido, na sua designação como árbitro, em razão da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 10.º e da liberdade de escolha das partes.

3 – Os árbitros devem ser independentes e imparciais.

4 – Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser.

5 – A responsabilidade dos árbitros prevista no número anterior só tem lugar perante as partes.

ARTIGO 10.º

Designação dos árbitros

1 – As partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro.

2 – Caso o tribunal arbitral deva ser constituído por um único árbitro e não haja acordo entre as partes quanto a essa designação, tal árbitro é escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual.

3 – No caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que actua como presidente do tribunal arbitral.

4 – Salvo estipulação em contrário, se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente.

5 – Salvo estipulação em contrário, aplica-se o disposto no número anterior se as partes tiverem cometido a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro e este não a tiver efectuado no prazo de 30 dias a contar da solicitação que lhe tenha sido dirigida nesse sentido.

6 – Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente tem em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de arbitragem

internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

7 – Não cabe recurso das decisões proferidas pelo tribunal estadual competente ao abrigo dos números anteriores do presente artigo.

ARTIGO 11.º

Pluralidade de demandantes ou de demandados

1 – Em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, e devendo o tribunal arbitral ser composto por três árbitros, os primeiros designam conjuntamente um árbitro e os segundos designam conjuntamente outro.

2 – Se os demandantes ou os demandados não chegarem a acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, cabe ao tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, fazer a designação do árbitro em falta.

3 – No caso previsto no número anterior, pode o tribunal estadual, se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa, nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem é o presidente, ficando nesse caso sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efectuado.

4 – O disposto no presente artigo entende-se sem prejuízo do que haja sido estipulado na convenção de arbitragem para o caso de arbitragem com pluralidade de partes.

ARTIGO 12.º

Aceitação do encargo

1 – Ninguém pode ser obrigado a actuar como árbitro; mas se o encargo tiver sido aceite, só é legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal função ou na não conclusão do acordo a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º

2 – A menos que as partes tenham acordado de outro modo, cada árbitro designado deve, no prazo de 15 dias a contar da comunicação

da sua designação, declarar por escrito a aceitação do encargo a quem o designou; se em tal prazo não declarar a sua aceitação nem por outra forma revelar a intenção de agir como árbitro, entende-se que não aceita a designação.

3 – O árbitro que, tendo aceitado o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa.

ARTIGO 13.º

Fundamentos de recusa

1 – Quem for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.

2 – O árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.

3 – Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação.

ARTIGO 14.º

Processo de recusa

1 – Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do presente artigo, as partes podem livremente acordar sobre o processo de recusa de árbitro.

2 – Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 13.º Se o árbitro recusado não renunciar à função que lhe foi confiada e a parte que o designou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decide sobre a recusa.

3 – Se a destituição do árbitro recusado não puder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto no n.º

2 do presente artigo, a parte que recusa o árbitro pode, no prazo de 15 dias após lhe ter sido comunicada a decisão que rejeita a recusa, pedir ao tribunal estadual competente que tome uma decisão sobre a recusa, sendo aquela insusceptível de recurso. Na pendência desse pedido, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença.

ARTIGO 15.º

Incapacitação ou inação de um árbitro

1 – Cessam as funções do árbitro que fique incapacitado, de direito ou de facto, para exercê-las, se o mesmo a elas renunciar ou as partes de comum acordo lhes puserem termo com esse fundamento.

2 – Se um árbitro, por qualquer outra razão, não se desincumbir, em tempo razoável, das funções que lhe foram cometidas, as partes podem, de comum acordo, fazê-las cessar, sem prejuízo da eventual responsabilidade do árbitro em causa.

3 – No caso de as partes não chegarem a acordo quanto ao afastamento do árbitro afectado por uma das situações referidas nos números anteriores do presente artigo, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente que, com fundamento na situação em causa, o destitua, sendo esta decisão insusceptível de recurso.

4 – Se, nos termos dos números anteriores do presente artigo ou do n.º 2 do artigo 14.º, um árbitro renunciar à sua função ou as partes aceitarem que cesse a função de um árbitro que alegadamente se encontre numa das situações aí previstas, tal não implica o reconhecimento da procedência dos motivos de destituição mencionados nas disposições acima referidas.

ARTIGO 16.º

Nomeação de um árbitro substituto

1 – Em todos os casos em que, por qualquer razão, cessem as funções de um árbitro, é nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à designação do árbitro substituído, sem prejuízo de as partes poderem acordar em que a substituição do árbitro se faça de outro modo ou prescindirem da sua substituição.

2 – O tribunal arbitral decide, tendo em conta o estado do processo, se algum acto processual deve ser repetido face à nova composição do tribunal.

ARTIGO 17.º

Honorários e despesas dos árbitros

1 – Se as partes não tiverem regulado tal matéria na convenção de arbitragem, os honorários dos árbitros, o modo de reembolso das suas despesas e a forma de pagamento pelas partes de preparos por conta desses honorários e despesas devem ser objecto de acordo escrito entre as partes e os árbitros, concluído antes da aceitação do último dos árbitros a ser designado.

2 – Caso a matéria não haja sido regulada na convenção de arbitragem, nem sobre ela haja sido concluído um acordo entre as partes e os árbitros, cabe aos árbitros, tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a depender com o processo arbitral até à conclusão deste, fixar o montante dos seus honorários e despesas, bem como determinar o pagamento pelas partes de preparos por conta daqueles, mediante uma ou várias decisões separadas das que se pronunciem sobre questões processuais ou sobre o fundo da causa.

3 – No caso previsto no número anterior do presente artigo, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente a redução dos montantes dos honorários ou das despesas e respectivos preparos fixados pelos árbitros, podendo esse tribunal, depois de ouvir sobre a matéria os membros do tribunal arbitral, fixar os montantes que considere adequados.

4 – No caso de falta de pagamento de preparos para honorários e despesas que hajam sido previamente acordados ou fixados pelo tribunal arbitral ou estadual, os árbitros podem suspender ou dar por concluído o processo arbitral, após ter decorrido um prazo adicional razoável que concedam para o efeito à parte ou partes faltosas, sem prejuízo do disposto no número seguinte do presente artigo.

5 – Se, dentro do prazo fixado de acordo com o número anterior, alguma das partes não tiver pago o seu preparo, os árbitros, antes de decidirem suspender ou pôr termo ao processo arbitral, comunicam-no

às demais partes para que estas possam, se o desejarem, suprir a falta de pagamento daquele preparo no prazo que lhes for fixado para o efeito.

CAPÍTULO III

Da competência do tribunal arbitral

ARTIGO 18.º

Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência

1 – O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.

2 – Para os efeitos do disposto no número anterior, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo.

3 – A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.

4 – A incompetência do tribunal arbitral para conhecer da totalidade ou de parte do litígio que lhe foi submetido só pode ser arguida até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta.

5 – O facto de uma parte ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir a incompetência do tribunal arbitral para conhecer do litígio que lhe haja sido submetido.

6 – A arguição de que, no decurso do processo arbitral, o tribunal arbitral excedeu ou pode exceder a sua competência deve ser deduzida imediatamente após se suscitar a questão que alegadamente exceda essa competência.

7 – O tribunal arbitral pode, nos casos previstos nos n.ºs 4 e 6 do presente artigo, admitir as excepções que, com os fundamentos neles referidos, sejam arguidas após os limites temporais aí estabelecidos, se considerar justificado o não cumprimento destes.

8 – O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua competência quer mediante uma decisão interlocutória quer na sentença sobre o fundo da causa.

9 – A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas perante o tribunal estadual competente, ao abrigo das subalíneas *i*) e *iii*) da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 46.º, e da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 59.º

10 – Enquanto a impugnação referida no número anterior do presente artigo estiver pendente no tribunal estadual competente, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º

ARTIGO 19.º

Extensão da intervenção dos tribunais estaduais

Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê.

CAPÍTULO IV

Das providências cautelares e ordens preliminares

SECÇÃO I

Providências cautelares

ARTIGO 20.º

Providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral

1 – Salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objecto do litígio.

2 – Para os efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que:

a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;

b) Pratique actos que previnam ou se abstenha de praticar actos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral;

c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;

d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio.

ARTIGO 21.º

Requisitos para o decretamento de providências cautelares

1 – Uma providência cautelar requerida ao abrigo das alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 20.º é decretada pelo tribunal arbitral, desde que:

a) Haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e

b) O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.

2 – O juízo do tribunal arbitral relativo à probabilidade referida na alínea *a*) do n.º 1 do presente artigo não afecta a liberdade de decisão do tribunal arbitral quando, posteriormente, tiver de se pronunciar sobre qualquer matéria.

3 – Relativamente ao pedido de uma providência cautelar feito ao abrigo da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 20.º, os requisitos estabelecidos nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do presente artigo aplicam-se apenas na medida que o tribunal arbitral considerar adequada.

SECÇÃO II

Ordens preliminares

ARTIGO 22.º

Requerimento de ordens preliminares; requisitos

1 – Salvo havendo acordo em sentido diferente, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.

2 – O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência

cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.

3 – Os requisitos estabelecidos no artigo 21.º são aplicáveis a qualquer ordem preliminar, considerando-se que o dano a equacionar ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º é, neste caso, o que pode resultar de a ordem preliminar ser ou não emitida.

ARTIGO 23.º

Regime específico das ordens preliminares

1 – Imediatamente depois de o tribunal arbitral se ter pronunciado sobre um requerimento de ordem preliminar, deve informar todas as partes sobre o pedido de providência cautelar, o requerimento de ordem preliminar, a ordem preliminar, se esta tiver sido emitida, e todas as outras comunicações, incluindo comunicações orais, havidas entre qualquer parte e o tribunal arbitral a tal respeito.

2 – Simultaneamente, o tribunal arbitral deve dar oportunidade à parte contra a qual a ordem preliminar haja sido decretada para apresentar a sua posição sobre aquela, no mais curto prazo que for praticável e que o tribunal fixa.

3 – O tribunal arbitral deve decidir prontamente sobre qualquer objecção deduzida contra a ordem preliminar.

4 – A ordem preliminar caduca 20 dias após a data em que tenha sido emitida pelo tribunal arbitral. O tribunal pode, contudo, após a parte contra a qual se dirija a ordem preliminar ter sido dela notificada e ter tido oportunidade para sobre ela apresentar a sua posição, decretar uma providência cautelar, adoptando ou modificando o conteúdo da ordem preliminar.

5 – A ordem preliminar é obrigatória para as partes, mas não é passível de execução coerciva por um tribunal estadual.

SECÇÃO III

Regras comuns às providências cautelares e às ordens preliminares

ARTIGO 24.º

Modificação, suspensão e revogação; prestação de caução

1 – O tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou uma ordem preliminar que haja sido decretada

ou emitida, a pedido de qualquer das partes ou, em circunstâncias excepcionais e após ouvi-las, por iniciativa do próprio tribunal.

2 – O tribunal arbitral pode exigir à parte que solicita o decretamento de uma providência cautelar a prestação de caução adequada.

3 – O tribunal arbitral deve exigir à parte que requeira a emissão de uma ordem preliminar a prestação de caução adequada, a menos que considere inadequado ou desnecessário fazê-lo.

ARTIGO 25.º

Dever de revelação

1 – As partes devem revelar prontamente qualquer alteração significativa das circunstâncias com fundamento nas quais a providência cautelar foi solicitada ou decretada.

2 – A parte que requeira uma ordem preliminar deve revelar ao tribunal arbitral todas as circunstâncias que possam ser relevantes para a decisão sobre a sua emissão ou manutenção e tal dever continua em vigor até que a parte contra a qual haja sido dirigida tenha tido oportunidade de apresentar a sua posição, após o que se aplica o disposto no n.º 1 do presente artigo.

ARTIGO 26.º

Responsabilidade do requerente

A parte que solicite o decretamento de uma providência cautelar ou requeira a emissão de uma ordem preliminar é responsável por quaisquer custos ou prejuízos causados à outra parte por tal providência ou ordem, caso o tribunal arbitral venha mais tarde a decidir que, nas circunstâncias anteriormente existentes, a providência ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou ordenada. O tribunal arbitral pode, neste último caso, condenar a parte requerente no pagamento da correspondente indemnização em qualquer estado do processo.

SECÇÃO IV

Reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares

ARTIGO 27.º

Reconhecimento ou execução coerciva

1 – Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º

2 – A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado.

3 – O tribunal estadual ao qual for pedido o reconhecimento ou a execução coerciva da providência pode, se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria ou se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros.

4 – A sentença do tribunal arbitral que decidir sobre uma ordem preliminar ou providência cautelar e a sentença do tribunal estadual que decidir sobre o reconhecimento ou execução coerciva de uma providência cautelar de um tribunal arbitral não são susceptíveis de recurso.

ARTIGO 28.º

Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução coerciva

1 – O reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar só podem ser recusados por um tribunal estadual:

a) A pedido da parte contra a qual a providência seja invocada, se este tribunal considerar que:

- i) Tal recusa é justificada com fundamento nos motivos previstos nas subalíneas i), ii), iii) ou iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 56.º; ou

ii) A decisão do tribunal arbitral respeitante à prestação de caução relacionada com a providência cautelar decretada não foi cumprida; ou

iii) A providência cautelar foi revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral ou, se para isso for competente, por um tribunal estadual do país estrangeiro em que arbitragem tem lugar ou ao abrigo de cuja lei a providência tiver sido decretada; ou

b) Se o tribunal estadual considerar que:

- i) A providência cautelar é incompatível com os poderes conferidos ao tribunal estadual pela lei que o rege, salvo se este decidir reformular a providência cautelar na medida necessária para a adaptar à sua própria competência e regime processual, em ordem a fazer executar coercivamente a providência cautelar, sem alterar a sua essência; ou ii) Alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento previstos nas subalíneas i) ou ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 56.º se verificam relativamente ao reconhecimento ou à execução coerciva da providência cautelar.

2 – Qualquer decisão tomada pelo tribunal estadual ao abrigo do n.º 1 do presente artigo tem eficácia restrita ao pedido de reconhecimento ou de execução coerciva de providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral. O tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a execução de providência cautelar, ao pronunciar-se sobre esse pedido, não deve fazer uma revisão do mérito da providência cautelar.

ARTIGO 29.º

Providências cautelares decretadas por um tribunal estadual

1 – Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.

2 – Os tribunais estaduais devem exercer esse poder de acordo com o regime processual que lhes é aplicável, tendo em consideração, se for o caso, as características específicas da arbitragem internacional.

CAPÍTULO V
Da condução do processo arbitral

ARTIGO 30.º
Princípios e regras do processo arbitral

1 – O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

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

2 – As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei.

3 – Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente.

4 – Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.

5 – Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei.

6 – O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser.

ARTIGO 31.º
Lugar da arbitragem

1 – As partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem. Na falta de acordo das partes, este lugar é fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes.

2 – Não obstante o disposto no n.º 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações.

ARTIGO 32.º
Língua do processo

1 – As partes podem, por acordo, escolher livremente a língua ou línguas a utilizar no processo arbitral. Na falta desse acordo, o tribunal arbitral determina a língua ou línguas a utilizar no processo.

2 – O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer documento seja acompanhado de uma tradução na língua ou línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 33.º
Início do processo; petição e contestação

1 – Salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo demandado.

2 – Nos prazos convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal arbitral, o demandante apresenta a sua petição, em que enuncia o seu pedido e os factos em que este se baseia, e o demandado apresenta a sua contestação, em que explana a sua defesa relativamente àqueles, salvo se tiver sido outra a convenção das partes quanto aos elementos a figurar naquelas peças escritas. As partes podem fazer acompanhar as referi-

das peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes e mencionar nelas documentos ou outros meios de prova que venham a apresentar.

3 – Salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante.

4 – O demandado pode deduzir reconvenção, desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem.

ARTIGO 34.º

Audiências e processo escrito

1 – Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal decide se serão realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo é apenas conduzido com base em documentos e outros elementos de prova. O tribunal deve, porém, realizar uma ou mais audiências para a produção de prova sempre que uma das partes o requeira, a menos que as partes hajam previamente prescindido delas.

2 – As partes devem ser notificadas, com antecedência suficiente, de quaisquer audiências e de outras reuniões convocadas pelo tribunal arbitral para fins de produção de prova.

3 – Todas as peças escritas, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à outra parte. Deve igualmente ser comunicado às partes qualquer relatório pericial ou elemento de prova documental que possa servir de base à decisão do tribunal.

ARTIGO 35.º

Omissões e faltas de qualquer das partes

1 – Se o demandante não apresentar a sua petição em conformidade com o n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral põe termo ao processo arbitral.

2 – Se o demandado não apresentar a sua contestação, em conformidade com o n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral prossegue o processo

arbitral, sem considerar esta omissão, em si mesma, como uma aceitação das alegações do demandante.

3 – Se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de produzir prova documental no prazo fixado, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada.

4 – O tribunal arbitral pode, porém, caso considere a omissão justificada, permitir a uma parte a prática do acto omitido.

5 – O disposto nos números anteriores deste artigo entende-se sem prejuízo do que as partes possam ter acordado sobre as consequências das suas omissões.

ARTIGO 36.º

Intervenção de terceiros

1 – Só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respectiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa.

2 – Encontrando-se o tribunal arbitral constituído, só pode ser admitida ou provocada a intervenção de terceiro que declare aceitar a composição actual do tribunal; em caso de intervenção espontânea, presume-se essa aceitação.

3 – A admissão da intervenção depende sempre de decisão do tribunal arbitral, após ouvir as partes iniciais na arbitragem e o terceiro em causa. O tribunal arbitral só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifiquem, considerando-se como tais, em particular, aquelas situações em que, não havendo manifesta inviabilidade do pedido:

a) O terceiro tenha em relação ao objecto da causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que inicialmente permitisse o litisconsórcio voluntário ou impusesse o litisconsórcio necessário entre uma das partes na arbitragem e o terceiro; ou

b) O terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objecto que o do demandante, mas incompatível com o deste; ou

c) O demandado, contra quem seja invocado crédito que possa, *prima facie*, ser caracterizado como solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem; ou

d) O demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante.

4 – O que ficou estabelecido nos números anteriores para demandante e demandado vale, com as necessárias adaptações, respectivamente para demandado e demandante, se estiver em causa reconvenção.

5 – Admitida a intervenção, aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 33.º

6 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral só pode ter lugar em arbitragem institucionalizada e desde 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.

7 – A convenção de arbitragem pode regular a intervenção de terceiros em arbitragens em curso de modo diferente do estabelecido nos números anteriores, quer directamente, com observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros, quer mediante remissão para um regulamento de arbitragem institucionalizada que admita essa intervenção.

ARTIGO 37.º

Perito nomeado pelo tribunal arbitral

1 – Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral, por sua iniciativa ou a pedido das partes, pode nomear um ou mais peritos para elaborarem um relatório, escrito ou oral, sobre pontos específicos a determinar pelo tribunal arbitral.

2 – No caso previsto no número anterior, o tribunal arbitral pode pedir a qualquer das partes que forneça ao perito qualquer informação relevante ou que apresente ou faculte acesso a quaisquer documentos ou outros objectos relevantes para serem inspeccionados.

3 – Salvo convenção das partes em contrário, se uma destas o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após a apresentação do seu relatório, participa numa audiência em que o tribunal arbitral e as partes têm a oportunidade de o interrogar.

4 – O preceituado no artigo 13.º e nos n.ºs 2 e 3 do artigo 14.º, aplica-se, com as necessárias adaptações, aos peritos designados pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 38.º

Solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas

1 – Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração, uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, pode solicitar ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral.

2 – O disposto no número anterior é aplicável às solicitações de produção de prova que sejam dirigidas a um tribunal estadual português, no âmbito de arbitragens localizadas no estrangeiro.

CAPÍTULO VI

Da sentença arbitral e encerramento do processo

ARTIGO 39.º

Direito aplicável, recurso à equidade; irrecorribilidade da decisão

1 – Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade.

2 – Se o acordo das partes quanto ao julgamento segundo a equidade for posterior à aceitação do primeiro árbitro, a sua eficácia depende de aceitação por parte do tribunal arbitral.

3 – No caso de as partes lhe terem confiado essa missão, o tribunal pode decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo.

4 – A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de

recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável.

ARTIGO 40.º

Decisão tomada por vários árbitros

1 – Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral é tomada pela maioria dos seus membros. Se não puder formar-se maioria, a sentença é proferida pelo presidente do tribunal.

2 – Se um árbitro se recusar a tomar parte na votação da decisão, os outros árbitros podem proferir sentença sem ele, a menos que as partes tenham convencionado de modo diferente. As partes são subsequentemente informadas da recusa de participação desse árbitro na votação.

3 – As questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual poderão ser decididas apenas pelo árbitro presidente, se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral lhe tiverem dado autorização para o efeito.

ARTIGO 41.º

Transacção

1 – Se, no decurso do processo arbitral, as partes terminarem o litígio mediante transacção, o tribunal arbitral deve pôr fim ao processo e, se as partes lho solicitarem, dá a tal transacção a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transacção infrinja algum princípio de ordem pública.

2 – Uma sentença proferida nos termos acordados pelas partes deve ser elaborada em conformidade com o disposto no artigo 42.º e mencionar o facto de ter a natureza de sentença, tendo os mesmos efeitos que qualquer outra sentença proferida sobre o fundo da causa.

ARTIGO 42.º

Forma, conteúdo e eficácia da sentença

1 – A sentença deve ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros. Em processo arbitral com mais de um árbitro, são suficientes

as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral ou só a do presidente, caso por este deva ser proferida a sentença, desde que seja mencionada na sentença a razão da omissão das restantes assinaturas.

2 – Salvo convenção das partes em contrário, os árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entendam necessárias.

3 – A sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.º

4 – A sentença deve mencionar a data em que foi proferida, bem como o lugar da arbitragem, determinado em conformidade com o n.º 1 do artigo 31.º, considerando-se, para todos os efeitos, que a sentença foi proferida nesse lugar.

5 – A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.

6 – Proferida a sentença, a mesma é imediatamente notificada através do envio a cada uma das partes de um exemplar assinado pelo árbitro ou árbitros, nos termos do disposto n.º 1 do presente artigo, produzindo efeitos na data dessa notificação, sem prejuízo do disposto no n.º 7.

7 – A sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.

ARTIGO 43.º

Prazo para proferir sentença

1 – Salvo se as partes, até à aceitação do primeiro árbitro, tiverem acordado prazo diferente, os árbitros devem notificar às partes a sentença final proferida sobre o litígio que por elas lhes foi submetido dentro do prazo de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro.

2 – Os prazos definidos de acordo com o n.º 1 podem ser livremente prorrogados por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de 12 meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação.

3 – A falta de notificação da sentença final dentro do prazo máximo determinado de acordo com os números anteriores do presente artigo, põe automaticamente termo ao processo arbitral, fazendo também extinguir a competência dos árbitros para julgarem o litígio que lhes fora submetido, sem prejuízo de a convenção de arbitragem manter a sua eficácia, nomeadamente para efeito de com base nela ser constituído novo tribunal arbitral e ter início nova arbitragem.

4 – Os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados.

ARTIGO 44.º

Encerramento do processo

1 – O processo arbitral termina quando for proferida a sentença final ou quando for ordenado o encerramento do processo pelo tribunal arbitral, nos termos do n.º 2 do presente artigo.

2 – O tribunal arbitral ordena o encerramento do processo arbitral quando:

- a) O demandante desista do seu pedido, a menos que o demandado a tal se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um interesse legítimo em que o litígio seja definitivamente resolvido;
- b) As partes concordem em encerrar o processo;
- c) O tribunal arbitral verifique que a prossecução do processo se tornou, por qualquer outra razão, inútil ou impossível.

3 – As funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral, sem prejuízo do disposto no artigo 45.º e no n.º 8 do artigo 46.º

4 – Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de dois anos e o original da sentença arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos.

ARTIGO 45.º

Rectificação e esclarecimento da sentença; sentença adicional

1 – A menos que as partes tenham convencionado outro prazo para este efeito, nos 30 dias seguintes à recepção da notificação da sentença arbitral, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, que rectifique, no texto daquela, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica.

2 – No prazo referido no número anterior, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral que esclareça alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou dos seus fundamentos.

3 – Se o tribunal arbitral considerar o requerimento justificado, faz a rectificação ou o esclarecimento nos 30 dias seguintes à recepção daquele. O esclarecimento faz parte integrante da sentença.

4 – O tribunal arbitral pode também, por sua iniciativa, nos 30 dias seguintes à data da notificação da sentença, rectificar qualquer erro do tipo referido no n.º 1 do presente artigo.

5 – Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, nos 30 dias seguintes à data em que recebeu a notificação da sentença, que profira uma sentença adicional sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença. Se julgar justificado tal requerimento, o tribunal profere a sentença adicional nos 60 dias seguintes à sua apresentação.

6 – O tribunal arbitral pode prolongar, se necessário, o prazo de que dispõe para rectificar, esclarecer ou completar a sentença, nos termos dos n.ºs 1, 2 ou 5 do presente artigo, sem prejuízo da observância do prazo máximo fixado de acordo com o artigo 43.º

7 – O disposto no artigo 42.º aplica-se à rectificação e ao esclarecimento da sentença bem como à sentença adicional.

CAPÍTULO VII
Da impugnação da sentença arbitral

ARTIGO 46.º
Pedido de anulação

1 – Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo.

2 – O pedido de anulação da sentença arbitral, que deve ser acompanhado de uma cópia certificada da mesma e, se estiver redigida em língua estrangeira, de uma tradução para português, é apresentado no tribunal estadual competente, observando-se as seguintes regras, sem prejuízo do disposto nos demais números do presente artigo:

- a) A prova é oferecida com o requerimento;
- b) É citada a parte requerida para se opor ao pedido e oferecer prova;
- c) É admitido um articulado de resposta do requerente às eventuais excepções;
- d) É em seguida produzida a prova a que houver lugar;
- e) Segue-se a tramitação do recurso de apelação, com as necessárias adaptações;
- f) A acção de anulação entra, para efeitos de distribuição, na 5.ª espécie.

3 – A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se:

- a) A parte que faz o pedido demonstrar que:
 - i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou
 - ii) Houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio; ou
 - iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; ou

- iv) A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio; ou v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou
 - vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos nos n.ºs 1 e 3 do artigo 42.º; ou
 - vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43.º; ou
- b) O tribunal verificar que:
- i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português;
 - ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

4 – Se uma parte, sabendo que não foi respeitada uma das disposições da presente lei que as partes podem derrogar ou uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem, prosseguir apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato ou, se houver prazo para este efeito, nesse prazo, considera-se que renunciou ao direito de impugnar, com tal fundamento, a sentença arbitral.

5 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável.

6 – O pedido de anulação só pode ser apresentado no prazo de 60 dias a contar da data em que a parte que pretenda essa anulação recebeu a notificação da sentença ou, se tiver sido feito um requerimento no termos do artigo 45.º, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre esse requerimento.

7 – Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação referidos no n.º 3 do presente artigo puder ser dissociada do resto da mesma, é unicamente anulada a parte da sentença atingida por esse fundamento de anulação.

8 – Quando lhe for pedido que anule uma sentença arbitral, o tribunal estadual competente pode, se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os fundamentos da anulação.

9 – O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas.

10 – Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, com a anulação da sentença a convenção de arbitragem volta a produzir efeitos relativamente ao objecto do litígio.

CAPÍTULO VIII

Da execução da sentença arbitral

ARTIGO 47.º

Execução da sentença arbitral

1 – A parte que pedir a execução da sentença ao tribunal estadual competente deve fornecer o original daquela ou uma cópia certificada conforme e, se a mesma não estiver redigida em língua portuguesa, uma tradução certificada nesta língua.

2 – No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua liquidação faz-se nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código de Processo Civil, podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral nos termos do n.º 5 do artigo 45.º, caso em que o tribunal arbitral, ouvida a outra parte, e produzida prova, profere decisão complementar, julgando equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

3 – A sentença arbitral pode servir de base à execução ainda que haja sido impugnada mediante pedido de anulação apresentado de acordo com o artigo 46.º, mas o impugnante pode requerer que tal impugnação tenha efeito suspensivo da execução desde que se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação de

caução no prazo fixado pelo tribunal. Aplica-se neste caso o disposto no n.º 3 do artigo 818.º do Código de Processo Civil.

4 – Para efeito do disposto no número anterior, aplica-se com as necessárias adaptações o disposto nos artigos 692.º-A e 693.º-A do Código de Processo Civil.

ARTIGO 48.º

Fundamentos de oposição à execução

1 – À execução de sentença arbitral pode o executado opor-se com qualquer dos fundamentos de anulação da sentença previstos no n.º 3 do artigo 46.º, desde que, na data em que a oposição for deduzida, um pedido de anulação da sentença arbitral apresentado com esse mesmo fundamento não tenha já sido rejeitado por sentença transitada em julgado.

2 – Não pode ser invocado pelo executado na oposição à execução de sentença arbitral nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, se já tiver decorrido o prazo fixado no n.º 6 do mesmo artigo para a apresentação do pedido de anulação da sentença, sem que nenhuma das partes haja pedido tal anulação.

3 – Não obstante ter decorrido o prazo previsto no n.º 6 do artigo 46.º, o juiz pode conhecer officiosamente, nos termos do disposto do artigo 820.º do Código de Processo Civil, da causa de anulação prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da presente lei, devendo, se verificar que a sentença exequenda é inválida por essa causa, rejeitar a execução com tal fundamento.

4 – O disposto no n.º 2 do presente artigo não prejudica a possibilidade de serem deduzidos, na oposição à execução de sentença arbitral, quaisquer dos demais fundamentos previstos para esse efeito na lei de processo aplicável, nos termos e prazos aí previstos.

CAPÍTULO IX

Da arbitragem internacional

ARTIGO 49.º

Conceito e regime da arbitragem internacional

1 – Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional.

2 – Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna.

ARTIGO 50.º

Inoponibilidade de excepções baseadas no direito interno de uma parte

Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção.

ARTIGO 51.º

Validade substancial da convenção de arbitragem

1 – Tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português.

2 – O tribunal estadual ao qual haja sido pedida a anulação de uma sentença proferida em arbitragem internacional localizada em Portugal, com o fundamento previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º, da presente lei, deve ter em consideração o disposto no número anterior do presente artigo.

ARTIGO 52.º

Regras de direito aplicáveis ao fundo da causa

1 – As partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando

directamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis.

2 – Na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita.

3 – Em ambos os casos referidos nos números anteriores, o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes.

ARTIGO 53.º

Irrecorribilidade da sentença

Tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral é irrecorrível, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos.

ARTIGO 54.º

Ordem pública internacional

A sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional.

CAPÍTULO X

Do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

ARTIGO 55.º

Necessidade do reconhecimento

Sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como por outros tratados ou convenções que vinculem o Estado português, as sentenças proferidas em arbitragens

localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal estadual português competente, nos termos do disposto no presente capítulo desta lei.

ARTIGO 56.º

Fundamentos de recusa do reconhecimento e execução

1 – O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro só podem ser recusados:

a) A pedido da parte contra a qual a sentença for invocada, se essa parte fornecer ao tribunal competente ao qual é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de que:

- i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade, ou essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de indicação a este respeito, nos termos da lei do país em que a sentença foi proferida; ou
 - ii) A parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que, por outro motivo, não lhe foi dada oportunidade de fazer valer os seus direitos; ou iii) A sentença se pronuncia sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam os termos desta: contudo, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não tinham sido submetidas à arbitragem, podem reconhecer-se e executar-se unicamente as primeiras; ou
 - iv) A constituição do tribunal ou o processo arbitral não foram conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou
 - v) A sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou ao abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida; ou
- b) Se o tribunal verificar que:
- i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português; ou

ii) O reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.

2 – Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentado num tribunal do país referido na subalínea v) da alínea a) do n.º 1 do presente artigo, o tribunal estadual português ao qual foi pedido o seu reconhecimento e execução pode, se o julgar apropriado, suspender a instância, podendo ainda, a requerimento da parte que pediu esse reconhecimento e execução, ordenar à outra parte que preste caução adequada.

ARTIGO 57.º

Trâmites do processo de reconhecimento

1 – A parte que pretenda o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, nomeadamente para que esta venha a ser executada em Portugal, deve fornecer o original da sentença devidamente autenticado ou uma cópia devidamente certificada da mesma, bem como o original da convenção de arbitragem ou uma cópia devidamente autenticada da mesma. Se a sentença ou a convenção não estiverem redigidas em português, a parte requerente fornece uma tradução devidamente certificada nesta língua.

2 – Apresentada a petição de reconhecimento, acompanhada dos documentos referidos no número anterior, é a parte contrária citada para, dentro de 15 dias, deduzir a sua oposição.

3 – Findos os articulados e realizadas as diligências que o relator tenha por indispensáveis, é facultado o exame do processo, para alegações, às partes e ao Ministério Público, pelo prazo de 15 dias.

4 – O julgamento faz-se segundo as regras próprias da apelação.

ARTIGO 58.º

Sentenças estrangeiras sobre litígios de direito administrativo

No reconhecimento da sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro e relativa a litígio que, segundo o direito português, esteja compreendido na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos, deve observar-se, com as necessárias adaptações ao regime processual específico destes tribunais, o disposto nos artigos 56.º, 57.º e no n.º 2 do artigo 59.º da presente lei.

CAPÍTULO XI

Dos tribunais estaduais competentes

ARTIGO 59.º

Dos tribunais estaduais competentes

1 – Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea *h*) do n.º 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre:

a) A nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º;

b) A recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14.º, contra um árbitro que a não tenha aceite, no caso de considerar justificada a recusa;

c) A destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15.º;

d) A redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17.º;

e) O recurso da sentença arbitral, quando este tenha sido convencionado ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º;

f) A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 9 do artigo 18.º;

g) A impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46.º;

h) O reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.

2 – Relativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a competência para decidir sobre matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo, pertence ao Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea *h*) do n.º 1, o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença.

3 – A nomeação de árbitros referida na alínea *a*) do n.º 1 do presente artigo cabe, consoante a natureza do litígio, ao presidente do Tribunal da Relação ou ao presidente do tribunal central administrativo que for territorialmente competente.

4 – Para quaisquer questões ou matérias não abrangidas pelos n.ºs 1, 2 e 3 do presente artigo e relativamente

às quais a presente lei confira competência a um tribunal estadual, são competentes o tribunal judicial de 1.ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, consoante se trate, respectivamente, de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos.

5 – Relativamente a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais judiciais, é competente para prestar assistência a arbitragens localizadas no estrangeiro, ao abrigo do artigo 29.º e do n.º 2 do artigo 38.º da presente lei, o tribunal judicial de 1.ª instância em cuja circunscrição deva ser decretada a providência cautelar, segundo as regras de competência territorial contidas no artigo 83.º do Código de Processo Civil, ou em que deva ter lugar a produção de prova solicitada ao abrigo do n.º 2 do artigo 38.º da presente lei.

6 – Tratando-se de litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a assistência a arbitragens localizadas no estrangeiro é prestada pelo tribunal administrativo de círculo territorialmente competente de acordo com o disposto no n.º 5 do presente artigo, aplicado com as adaptações necessárias ao regime dos tribunais administrativos.

7 – Nos processos conducentes às decisões referidas no n.º 1 do presente artigo, o tribunal competente deve observar o disposto nos artigos 46.º, 56.º, 57.º, 58.º e 60.º da presente lei.

8 – Salvo quando na presente lei se preceitue que a decisão do tribunal estadual competente é insusceptível de recurso, das decisões proferidas pelos tribunais referidos nos números anteriores deste artigo, de acordo com o que neles se dispõe, cabe recurso para o tribunal ou tribunais hierarquicamente superiores, sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa.

9 – A execução da sentença arbitral proferida em Portugal corre no tribunal estadual de 1.ª instância competente, nos termos da lei de processo aplicável.

10 – Para a acção tendente a efectivar a responsabilidade civil de um árbitro, são competentes os tribunais judiciais de 1.ª instância em cuja circunscrição se situe o domicílio do réu ou do lugar da arbitragem, à escolha do autor.

11 – Se num processo arbitral o litígio for reconhecido por um tribunal judicial ou administrativo, ou pelo respectivo presidente, como da respectiva competência material, para efeitos de aplicação do presente artigo, tal decisão não é, nessa parte, recorrível e deve ser acatada pelos demais tribunais que vierem a ser chamados a exercer no mesmo processo qualquer das competências aqui previstas.

ARTIGO 60.º

Processo aplicável

1 – Nos casos em que se pretenda que o tribunal estadual competente profira uma decisão ao abrigo de qualquer das alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 59.º, deve o interessado indicar no seu requerimento os factos que justificam o seu pedido, nele incluindo a informação que considere relevante para o efeito.

2 – Recebido o requerimento previsto no número anterior, são notificadas as demais partes na arbitragem e, se for caso disso, o tribunal arbitral para, no prazo de 10 dias, dizerem o que se lhes ofereça sobre o conteúdo do mesmo.

3 – Antes de proferir decisão, o tribunal pode, se entender necessário, colher ou solicitar as informações convenientes para a prolação da sua decisão.

4 – Os processos previstos nos números anteriores do presente artigo revestem sempre carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente.

CAPÍTULO XII Disposições finais

ARTIGO 61.º

Âmbito de aplicação no espaço

A presente lei é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro.

ARTIGO 62.º

Centros de arbitragem institucionalizada

1 – A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do disposto em legislação especial.

2 – Considera-se feita para o presente artigo a remissão constante do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, para o artigo 38.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÔNICAS E RECENSÕES

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado; Antigo Juiz do Tribunal Constitucional

Sofia Ribeiro Mendes

Advogada

Crónica de Jurisprudência

I. Introdução

1. No segundo semestre de 2011, foram publicadas duas leis com relevo, em matéria de arbitragem.

A Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, passou a prever um regime de composição de litígios através de arbitragem necessária, quando tais litígios decorram de direitos de propriedade industrial e estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos. A lei previu a competência desses tribunais arbitrais necessários mesmo para a concessão de providências cautelares requeridas na pendência do processo, estabelecendo um prazo de 30 dias para o desencadeamento do processo arbitral, a contar da publicitação pelo INFARMED dos pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos. A arbitragem necessária poderá ser *ad hoc* ou institucionalizada, e a sujeição dos litígios a esta forma de composição é independente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de proteção.

Por seu turno, a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, aprovou a nova Lei de Arbitragem Voluntária (abreviadamente, NLAV), revogando a Lei de Arbitragem Voluntária de 1986 (abreviadamente, LAV 1986, Lei n.º 31/86, de 29 de agosto). Trata-se de um esforço louvável do legislador português de modernizar o instituto da arbitragem voluntária, inspirando-se primordialmente na Lei Modelo da CNUDCI/UNCITRAL de 1985, revista em 2006.

2. Nos termos do art. 6.º da Lei n.º 63/2011, a NLAV entrou em vigor três meses após a data da sua publicação, ou seja, em 15 de março de 2012. De harmonia com as disposições de direito transitório, a NLAV é aplicável aos “processos arbitrais que, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da referida lei [NLAV], se iniciem após a sua entrada em vigor”. Por outro lado, é possível a aplicação do novo regime aos processos arbitrais pendentes em 14 de março de 2012 (“iniciados antes da sua entrada em vigor”), “desde que ambas as partes nisso acordem ou se uma delas formular proposta nesse sentido e a outra a tal não se opuser no prazo de 15 dias a contar da respetiva receção” (n.º 2 do art. 4.º referido).

Na NLAV passa a só existir recurso da sentença arbitral se as partes assim o tiverem estipulado na convenção de arbitragem (art. 39.º, n.º 4, dessa lei). Todavia, se as partes tiverem celebrado convenções de arbitragem antes da entrada em vigor do novo regime, mantêm o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral, nos termos do artigo 29.º da LAV 1986, caso o processo arbitral houvesse decorrido ao abrigo deste diploma (n.º 3 do art. 4.º da Lei n.º 63/2011)¹.

Ainda existe uma norma de direito transitório que confere uma sobrevigência à norma do n.º 1 do art. 1.º da LAV 1986 relativamente à “submissão a arbitragem de litígio emergente de ou relativo a contratos de trabalho”, até que seja publicada uma lei especial na matéria. Quer dizer, embora as relações laborais possam, em regra, dar origem a litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial, tais litígios serão temporariamente inarbitráveis quando estejam em causa direitos indisponíveis, até ser publicada a referida “lei especial”.

3. Importa referir que a primeira lei indicada – que entrou em vigor em 17 de dezembro de 2011 – estabeleceu uma arbitragem necessária, como se referiu, para conhecer de certos litígios relativos à introdução de medicamentos genéricos no mercado português e foi mal recebida quer pelos laboratórios de medicamentos não genéricos, quer pelos laboratórios de genéricos. Existe uma remissão nessa lei quanto aos casos

¹ Sobre esta norma, veja-se Armindo Ribeiro Mendes, comentário ao art. 4.º da Lei n.º 63/2011, in *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, ed. APA, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 12 e 13.

omissos para o regulamento da instituição ou para o regime legal da arbitragem voluntária, mas os requerimentos para o início dos processos arbitrais necessários foram até agora desencadeados antes da entrada em vigor da NLAV, sendo por isso supletivamente aplicáveis a esses processos as normas da LAV 1986, quando se trate de arbitragem *ad hoc*.²

A fase de constituição dos tribunais arbitrais necessários tem tido vicissitudes várias, havendo numerosos requerimentos ao Presidente da Relação de Lisboa para designação de árbitros não nomeados pelas entidades requeridas ou então para nomeação de terceiros árbitros nas arbitragens *ad hoc*. Tem havido disputas quanto às situações de pluralidade de requeridos, havendo com frequência discordância entre os requeridos em situação de coligação passiva relativamente à nomeação do chamado árbitro de parte. Nos processos em que já se acha constituído o tribunal arbitral, têm surgido recusas de árbitros por alegada falta de imparcialidade, controvérsias quanto à fixação unilateral de honorários pelos

² O Supremo Tribunal Administrativo admitiu um recurso de revista excecional interposto da decisão do Tribunal Central Administrativo que, por falta do requisito do *fumus boni iuris*, julgou improcedente providência cautelar pendente com fundamento na entrada em vigor da Lei n.º 62/2001, por entender que essas decisões apreciam questão jurídica de relevância fundamental. Cfr. Acórdão de 9 de maio de 2012 (relator-Cons. Rosendo José; Proc. n.º 0386/12, in www.dgsi.pt/jsta). Ver também o Acórdão do STA de 12 de junho de 2012 (relator-Cons. Rui Botelho, Proc. n.º 0332/12, in www.dgsi.pt) em que é abordada a mesma questão da aplicação retroativa da Lei n.º 62/2011 a uma providência cautelar, desta feita conhecendo do mérito da revista excecional e julgando o recurso improcedente, nomeadamente por o recorrente só ter impugnado a aplicação retroativa da norma daquela Lei, sem impugnar a redação anterior do Decreto-Lei n.º 176/2006 (do mesmo relator e no mesmo sentido vejam-se os Acórdãos de 28 de junho de 2012 e de 11 de julho do mesmo ano, Procs. n.ºs 0438/12 e 0466/12).

Ainda sobre a aplicação retroativa da Lei n.º 62/2011 vejam-se os Acórdãos do mesmo Supremo Tribunal Administrativo de 28 de junho de 2012 (relator-Cons. Adérito Santos, Proc. n.º 0302/12) e de 11 de julho de 2012 (relator-Cons. Rosendo José, Proc. n.º 0720/12). Neste último, entende-se de admitir a revista excecional ainda que um dos fundamentos do recurso seja a inconstitucionalidade da aplicação retroativa de norma da Lei n.º 62/2011.

No sentido da não inconstitucionalidade da Lei n.º 62/2011, dada a natureza interpretativa de normas de direito anterior, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 5 de julho de 2012 (relator-Desemb. Benjamin Barbosa, Proc. n.º 08729/12, in www.dgsi.pt/jtca).

árbitros – por não ser ainda aplicável o disposto nos arts. 13.º e 14.º da NLAV a esses processos – e dificuldades na tramitação de procedimentos cautelares.

É, por isso, exetável que venham a surgir numerosas decisões dos tribunais judiciais sobre estas divergências quanto ao próprio processo arbitral, sendo certo que as decisões finais são sempre recoráveis para os tribunais da Relação. Não será, por isso, arriscado vaticinar que a Crónica do próximo ano venha a debruçar-se sobre decisões judiciais proferidas a propósito destas arbitragens necessárias.

4. Relativamente à NLAV, é provável que o controlo pelos tribunais judiciais de decisões proferidas pelos tribunais arbitrais ao abrigo da nova lei ainda demore algum tempo.

Só quanto às arbitragens desencadeadas a partir de 15 de março de 2012 é que se aplica plenamente a NLAV, como se referiu. Provavelmente, só no final de 2013 ou no ano de 2014 é que aparecerão as primeiras decisões sobre pedidos de anulação de sentenças arbitrais, nos termos do art. 46.º desta lei.

É natural que continue a haver recursos de sentenças arbitrais interpostos no processo arbitral para serem decididos pelas Relações, atenta a norma de direito transitória referida.

Em conjuntura de crise económica grave como a que hoje se vive em Portugal, é de esperar que as partes não estejam predispostas a acordar na aplicação da nova LAV a processos já pendentes em 14 de março de 2012. Será natural que durante alguns anos pendam nos tribunais judiciais portugueses ações de anulação intentadas ao abrigo dos arts. 27.º e 28.º da LAV 1986⁽³⁾.

Veremos se estas previsões se revelam acuradas.

³ É por esta razão que, no primeiro manual de Resolução Alternativa de Litígios publicado após 15 de março de 2012, Mariana França Gouveia continua a dar relevo à ação de anulação regulada na LAV 1986. Cfr. desta Autora, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, págs. 244 e segs.; por causa do disposto no art. 4.º da Lei 63/2011, “nos próximos anos os práticos e sobretudo os tribunais terão ainda de aplicar a LAV 86, razão pela qual entendo fazer sentido manter para já neste *Curso* a matéria de impugnação da sentença arbitral à luz da anterior LAV” (pág. 245)

II. Análise Jurisprudencial

A) Referência a duas decisões do Supremo Tribunal de Justiça sobre a não admissibilidade de revista excecional quanto a matéria respeitante a processo arbitral

5. Na *Crónica* publicada nesta *Revista*, no número de 2011, demos conta de um Acórdão da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de junho de 2011, sobre a admissibilidade do recurso de revista excecional, em que se considerara que uma questão respeitante à alegada irregularidade na constituição do tribunal arbitral, por violação do princípio do contraditório na nomeação do árbitro pelo presidente de um Tribunal da Relação, era uma “questão controversa ou, por omissão quer na doutrina, quer na jurisprudência, a sua subsunção jurídica assumir[a] laivos de complexidade, por conter a análise de conceitos inovadores, ou pouco trabalhados e, por isso, suscetíveis de interpretações divergentes”, considerando-se que “os fundamentos de anulação da decisão arbitral constantes 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”.

Nessa *Crónica* considerámos perigosa a afirmação agora transcrita, na medida em que poderia levar a abrir a revista excecional em todos os casos em que se discutissem questões de arbitragem, por este instituto não estar, por princípio, sujeito a escrutínio dos tribunais, embora admitíssemos que, no caso concreto, se pudesse justificar a abertura desta via de recurso.

6. A verdade é que a prática não confirmou os nossos receios.

No Acórdão da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2011 (relator-Cons. PIRES DA ROSA)⁴, num caso de expropriação por utilidade pública em que existe a intervenção de um tribunal arbitral necessário no termo do Código de Expropriações de 1999, considerou-se que, por força da proibição geral de recurso para o Supremo prevista no n.º 5 do art. 66.º desse Código, “não faria qualquer

⁴ Proc. n.º 0496/08.5TBMAL-PI.SI, in www.dgsi.pt/jstj.

sentido *fechar a porta* à decisão final – na Relação – e mantê-la aberta para todas as decisões intercalares, processuais ou mesmo substantivas, que caminhem o caminho a caminhar até essa mesma decisão final”.

Embora o caso fosse substancialmente diferente do referido na *Crónica* anterior, não foi admitida agora a revista excecional porque, no processo expropriativo, “[h]aja ou não dupla conforme, não há no caso revista normal. E se não há revista normal, não há revista excecional”, porque, “onde não há, *ab origine*, a *porta* do normal não é concebível a *abertura da janela* da excecionalidade porque a *janela* só se abre onde antes havia uma *porta* que se fechou”. O caso é ilustrativo de que a formação especial do Supremo Tribunal de Justiça está atenta aos requisitos exigentes da lei processual, não bastando falar-se de arbitragem para abrir a almejada via da revista excecional.

7. Com o mesmo relator Cons. PIRES DA ROSA, a formação especial do Supremo Tribunal de Justiça mostrou o seu grau de exigência na abertura da via da revista excecional no Acórdão de 27 de outubro de 2011⁵, claramente afastando os referidos receios por nós manifestados na anterior *Crónica*.

Segundo este Acórdão, “questão com relevância jurídica necessária para uma melhor aplicação do direito – a que alude a al. a) do n.º 1 do art. 721.º-A do CPC – é a que seja manifestamente complexa, de difícil resolução, na doutrina e na jurisprudência, e cuja subsunção jurídica imponha um importante e detalhado exercício de exegese, com o objetivo de se vir a obter um consenso quanto à provável interpretação das normas à mesma aplicáveis”.

No caso *sub iudicio*, fora proposta uma ação de anulação de sentença arbitral com invocação de violação do princípio de igualdade das partes, falta de fundamentação da decisão sobre a matéria de facto, excesso de pronúncia (condenação no pagamento de cláusula penal), excesso de pronúncia (liquidação em execução de sentença), violação de convenção de arbitragem e incompetência do tribunal arbitral por caducidade. A ação fora julgada improcedente em 1.ª instância, no saneador-sentença. Interposto recurso para a Relação, foi o mesmo julgado improcedente

⁵ Proc. n.º 5720/09.ITVLSB.LIS1, in www.dgsi.pt/isti

por unanimidade. Na mesma decisão, foi recusada a junção aos autos na Relação de um parecer jurídico elaborado por um Professor de Direito, por ser considerada extemporânea.

As entidades autoras interpuseram então recurso de revista excecional, considerando que os fundamentos por si invocados como causa de pedir da ação de anulação constituíam questões jurídicas de especial relevância cuja clarificação seria necessária para uma melhor aplicação do direito, uma vez que “num contexto como o presente em que o instituto da arbitragem assume cada vez maior relevância no comércio jurídico, o controlo efetivo e cuidado da legalidade das decisões arbitrais constitui matéria de interesse para comunidade em geral”. Colocou igualmente como questão juridicamente relevante a do termo *a quo* da junção de pareceres jurídicos aos autos em sede de recurso.

O Supremo Tribunal de Justiça, depois de recordar a jurisprudência da sua formação especial sobre o requisito da alínea a) do n.º 1 do art. 721.º-A do Código de Processo Civil, analisou os vários fundamentos invocados, considerando que não estava preenchido este requisito. Em especial no que toca à alegada violação do princípio de igualdade das partes, escreveu-se nesse aresto:

“[...]nem toda a violação do princípio da *absoluta igualdade de tratamento* das partes é causa de anulação da decisão arbitral mas apenas aquela que *tiver influência decisiva na resolução do litígio*.”

E das duas uma:

Qu o que está em causa é saber se, no caso concreto, uma concreta violação do princípio teve essa influência decisiva, e então essa questão é ainda uma questão de facto e o facto não é fundamento do recurso de revista;

Ou o que está em causa, como parece ser aqui a questão colocada pelos recorrentes, é saber se esta disposição legal se conforma (ou não) com os princípios constitucionais e então a questão é de constitucionalidade pura (se houver recurso será para o Tribunal Constitucional), mas não de excecionalidade de revista da qual cura – e apena cura – esta formação”

Argumentação idêntica é avançada para fundar o juízo de não admissão da revista excecional em relação à anulabilidade por falta de fundamentação da decisão de facto pelo tribunal arbitral – a entidade recor-

rente pretendia considerar que a interpretação perfilhada na Relação era ofensiva da Constituição – e considera-se que o excesso de pronúncia e a violação do princípio de contraditório desconsiderados pela Relação não suscitavam questões de especial relevância jurídica.

Quanto à questão da junção do parecer na Relação, considerou-se que tal matéria não podia fundar recurso de revista normal, atento o disposto no art. 721.º, n.º 4.

Não foi, por isso, admitida a revista excecional, sendo plenamente convincente a argumentação do Supremo Tribunal de Justiça no sentido de não abertura da via da revista excecional, salvo no que toca ao não conhecimento da questão de constitucionalidade pelos tribunais judiciais (embora se admita que a revista excecional não é, por regra, meio idóneo para o efeito).

Pode dizer-se que os tribunais estaduais na maior parte dos países são especialmente cuidadosos na apreciação dos fundamentos de anulação invocados pela parte que não apreciou a decisão arbitral que lhe foi desfavorável.

B) Convenção de arbitragem: conteúdo e forma da estipulação; interpretação da convenção. Arbitrabilidade dos litígios e preterição do tribunal arbitral voluntário

8. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2011 (relator Cons. ÁLVARO RODRIGUES)⁶ abordou um recurso de revista excecional admitido pela formação especial daquele Tribunal.

O caso litigioso pode resumir-se do seguinte modo: um concessionário de venda de automóveis de certa marca demandou o concedente importador num tribunal judicial português, formulando vários pedidos, nomeadamente a declaração de que esse tribunal judicial era o competente para conhecer do litígio, preterindo-se o tribunal arbitral, dada a nulidade das cláusulas compromissórias e a alteração (para *minus*) das condições económicas do autor; a declaração da nulidade de certas cláusulas contratuais; a declaração da ilicitude da resolução do contrato de

⁶ Proc. n.º 454/09.0TVLSB.L1.S1, in www.dgsi.pt/sti.

concessão para revendedor e do acordo de reparador de veículos; e, por último, o pedido de condenação do réu a retomar os automóveis e as peças que o autor tinha em stock, bem como juros de mora. Na contestação, o importador deduziu a exceção de violação da convenção de arbitragem, impugnou os factos alegados e pronunciou-se pela total improcedência da ação. Deduziu pedido reconvenicional de condenação em certa quantia.

No saneador, foi julgada procedente a exceção de violação da convenção de arbitragem e absolvido o réu do pedido, declarando-se extinta a instância relativamente ao pedido reconvenicional deduzido.

Interposto recurso de apelação pelo autor, a Relação de Lisboa julgou improcedente o mesmo recurso, confirmando o saneador recorrido.

Não obstante a dupla conforme, o autor interpôs recurso de revista excecional, o qual veio a ser admitido.

O Supremo Tribunal de Justiça equacionou as questões a apreciar do seguinte modo: competência do Tribunal Judicial para apreciar a nulidade substancial das cláusulas compromissórias; nulidade manifesta ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem à resolução de contratos e à indemnização de clientela; carência superveniente de meios financeiros do autor.

Relativamente à primeira questão, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que o princípio da competência-competência impede, por regra, os tribunais judiciais de apreciarem a validade de convenções de arbitragem celebradas pelas partes. Dando conta da discussão sobre o efeito negativo da convenção de arbitragem, contrapondo os entendimentos opostos de TEIXEIRA DE SOUSA, por um lado, e de LIMA PINHEIRO e LOPES DOS REIS, por outro, o Supremo concluiu que a melhor doutrina a acolher na matéria decorria dos ensinamentos destes dois últimos Autores e da jurisprudência, que ia no sentido de que “*em caso de cláusula compromissória, a competência cabe, de acordo com o convencionado pelas partes, aos tribunais arbitrais e, apenas em caso destes declinarem tal competência, é que os tribunais do Estado serão chamados a decidir tal litígio*”.

Anote-se que esta orientação jurisprudencial antecipa o que hoje consta do art. 5.º da NLAV.

No que respeita à segunda questão, o Supremo Tribunal de Justiça discordou do argumento do recorrente de que a resolução dos contratos

pelo importador implicava a equiparação dessa resolução à nulidade do contrato, com isto esgrimindo que a destruição retroativa dos efeitos do contrato de concessão abrangia igualmente a cláusula compromissória. Invocando o princípio da separabilidade ou da autonomia da convenção de arbitragem acolhida no n.º 2 do art. 21.º da LAV 1986, esse Alto Tribunal negou que a eventual ineficácia do contrato após a resolução atingisse a eficácia da convenção de arbitragem. Por outro lado, considerou que o litígio era arbitrável – afastando desse modo a doutrina do Acórdão da Relação de Guimarães de 16 de fevereiro de 2005 invocado pelo autor – entendendo que a irrenunciabilidade à indemnização de clientela estabelecida pela Lei do Contrato de Agência e pela diretiva comunitária por aquela transposta só opera enquanto o contrato de agência – ou o contrato de concessão, segundo a jurisprudência e a doutrina que sustentam que as normas sobre indemnização de clientela são aplicáveis por analogia ao contrato de concessão – estiver em vigor entre as partes. Nessa medida, o litígio entre concessionário e importador era arbitrável, visto o contrato de concessão ter deixado de vigorar. Para além disso, só em casos de manifesta nulidade é que o tribunal judicial podia deixar de atender à convenção de arbitragem, não se verificando *in casu* uma situação de manifesta nulidade. Louvou-se igualmente em Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de janeiro de 2000 (relator Cons. ARAGÃO SEIA) e de 10 de março de 2011 (relator Cons. LOPES DO REGO) para sustentar a tese do efeito negativo da convenção de arbitragem⁷.

Quanto à última questão da alegada carência superveniente de meios financeiros do autor, o Supremo confirmou o entendimento das instâncias de que os elementos fácticos evidenciados nos custos não permitiam concluir pela existência de debilidade económico-financeira do autor, incapacitante de suportar as despesas acrescidas decorrentes da via arbitral na solução do litígio, não tendo o recorrente logrado demonstrar, conforme lhe competia, em termos de ónus de prova, a sua impossibilidade económica de cumprir a obrigação assumida.

⁷ O primeiro dos Acórdãos citados está publicado na *Coletânea de Jurisprudência/Supremo Tribunal de Justiça*, ano VIII (2002, tomo I, pág. 28 e segs.) e o segundo foi proferido no Proc. 5961/09.1TVLSB.L1.S1, (in www.dgsi.pt/isti), e comentado nesta *Revista*, n.º 4, na *Crónica* de 2011, págs. 270-271.

O Supremo Tribunal de Justiça julgou, assim, improcedente a revista, mantendo a absolvição da instância do réu por violação da convenção de arbitragem.

A fundamentação deste longo Acórdão é cuidadosa, com base na doutrina e na jurisprudência nacionais, muito embora relativamente à questão da arbitrabilidade se não vá muito longe, não sendo citado o importante Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2011⁸, o qual pôs em causa de forma definitiva o Acórdão de 2005 da Relação de Guimarães invocado pelo recorrente.

9. Igualmente, o Supremo Tribunal de Justiça, através do seu Acórdão de 8 de setembro de 2011 (relator-Cons. JOÃO BERNARDO)⁹, abordou a questão da transmissão de posição contratual em relação a uma cláusula compromissória.

Na primeira instância, todos os réus haviam sido absolvidos da instância em processo judicial, por violação da convenção de arbitragem. A Relação confirmara parcialmente o saneador recorrido, mandando o processo judicial seguir contra um dos réus, para apreciação de exceções deduzidas.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que se aplicava à cláusula compromissória a regra do n.º 2 do art. 406.º do Código Civil sobre a produção de efeitos do contrato *inter partes*. Ora, a cláusula compromissória estava contida num contrato de agência, em relação ao qual duas rés não eram partes, por não o terem subscrito. A redução a escrito da convenção de arbitragem é uma *conditio sine qua non* da sua validade e eficácia.

A carta enviada por uma das partes do contrato à outra no sentido de que as comissões previstas no contrato passassem a ser pagas por uma terceira entidade não bastava para que a cláusula compromissória passasse a ser vinculativa em relação a esta última, porquanto não se podia aí ver uma qualquer cessão de posição contratual, mas antes uma

⁸ Proc. n.º 3539/08.6TVLSB.L1-7, sendo relator o então Desembargador Abrantes Gerales. Este Acórdão acha-se comentado por nós na mesma *Crónica* citada na nota anterior, a págs. 283 a 286.

⁹ Proc. n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, in www.dgsi.pt/itsj.

instrução para que o pagamento fosse efetuado por terceiro ao abrigo do art. 767.º do Código Civil. Tão-pouco ocorria no caso uma cessão de crédito ou a adesão por terceiro a um contrato, com consentimento das partes primitivas.

Embora a autora tivesse notificado todas as rés para o início da arbitragem na Dinamarca, ao abrigo da convenção de arbitragem, tinha-se tratado “*dum ato unilateral, previsto no artigo 11.º, n.º 1 da LAV, que, por si só, não vincula quanto à opção por um tipo de tribunal ou por outro. Conforme o princípio fixado no n.º 1 do artigo 22.º do LOFTJ (n.º 3/99, de 13.1), a competência fixa-se no momento em que a ação se propõe. Podem ter lugar, antes, acordos em tal domínio, mas à minguada destes, assiste ao autor total liberdade até ao momento de instauração da ação*”

A revista foi assim denegada, confirmando o Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de janeiro de 2011 (relator-Desemb ABRANTES GERALDES) que por nós foi comentado na Crónica de 2011⁽¹⁰⁾.

Parece-nos inteiramente correta esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça.

10. Vários acórdãos de tribunais da Relação debruçaram-se sobre exceções de violação de convenções de arbitragem suscitadas em processos judiciais, decidindo de forma inteiramente adequada, de harmonia com uma jurisprudência dos tribunais superiores bem sedimentada.

Assim, no Acórdão de 15 de dezembro de 2011 (relator-Desemb. EZAGÜY MARTINS)⁽¹¹⁾, a Relação de Lisboa apreciou um recurso interposto em oposição deduzida a execução cambiária, onde o executado opoente suscitara a questão da incompetência dos Juízos de Execução de Lisboa para a resolução do litígio, o qual deveria ser submetido a arbitragem por força da cláusula 19.ª de um contrato de *factoring*. O juízo de execução tinha indeferido liminarmente a oposição por manifesta improcedência. Esta Relação confirmou a decisão da primeira instância, afirmando que, embora não se questionasse que, no domínio das relações jurídicas imediatas, se pudesse discutir a relação jurídica subjacente à emissão

⁽¹⁰⁾ Revista, ano 2011, págs. 283-286.

⁽¹¹⁾ Proc. n.º 135A5/06.6XYLSB-A.L1-2, in www.dgsi.pt/itrl.

do título, a verdade é que se tratava da execução de um título cambiário vencido, sendo opoente um mero avalista do subscritor da livrança, ainda que esta estivesse prevista no referido contrato de *factoring*. Em qualquer caso, estava-se perante uma ação executiva, sendo determinante “*que a competência para a ação cambiária [estava] subtraída à possibilidade de convenção de arbitragem e designadamente na modalidade de cláusula contratual compromissória [...]*”. Sem afirmar expressamente a inarbitrabilidade das ações executivas, o Acórdão em análise refere que, como se tratava de “*um título de crédito transmissível por endosso, vocacionado para entrar no circuito comercial, e caracterizando-se as obrigações cambiárias pelos princípios da literalidade, abstração e autonomia, não poderia nunca a execução baseada em título cambiário ficar condicionada a uma qualquer intervenção arbitral prévia*”⁽¹²⁾.

Concordamos com a decisão, embora a fundamentação se enrede em vários argumentos, sem afrontar diretamente a questão da arbitrabilidade em relação à execução de títulos extrajudiciais.

11. Um caso curioso em que se discutia a existência de convenção de arbitragem foi apreciado pelo Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2011 (relatora-Desemb.ª TERESA ALBUQUERQUE)⁽¹³⁾. Uma sociedade que se dedicava à reparação de automóveis tinha subscrito em 1994 um impresso proveniente do “*Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel*” denominado “*Adesão – Cláusula Compromissória*”. Este Centro de Arbitragem tinha sido extinto em 1998, tendo sido substituído pelo “*Centro de Arbitragem do Sector Automóvel – CASA*”. Nos termos do Regulamento deste novo Centro, “[*c*]onsideram-se feitas

⁽¹²⁾ Deve notar-se que, na Reforma de 2008 da ação executiva (arts. 11.º a 18.º, Decreto-Lei n.º 226/2008, de 26 de novembro) se chegou a prever a competência executiva de tribunais arbitrais. A verdade é que tal solução suscitou fortes dúvidas, tendo Amâncio Ferreira considerado que a atribuição de competência executiva a tribunais arbitrais era um verdadeiro *flop* pelas razões que enunciou – veja-se deste autor Curso de Processo de Execução, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, págs. 145-146. Raúl Ventura e Sampaio Caramelo sustentam decididamente a inarbitrabilidade dos litígios executivos.

A verdade é que não foi regulamentada até ao presente a criação de tribunais arbitrais institucionalizados com competência executiva.

⁽¹³⁾ Proc. n.º 316/10.8YXLSB.L1-2

a este Centro de Arbitragem, todas as adesões feitas ao de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, abrangendo todas as áreas de negócio praticadas pelo aderente e compreendidas no âmbito de competência do Centro, exceto declaração escrita em contrário" (art. 14.º, n.º 7).

Em 22 de maio de 2007, a sociedade fora chamada a participar numa arbitragem instaurada por um cliente seu, mas declinará intervir no processo, informando que não tinha aderido à CASA, mas antes ao Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel. Formulara renovada recusa em 10 de dezembro de 1998 quando fora notificada para a arbitragem do litígio. Viera a ser condenada à revelia pelo tribunal arbitral constituído sob égide dessa instituição CASA.

A sociedade intentara então contra o Cliente e a própria CASA ação de declaração de nulidade da Decisão Arbitral n.º 3/2009, invocando que não aderira à CASA e que o tribunal arbitral carecia de competência para julgar o litígio que a opunha em relação ao cliente. O réu veio invocar que tinha passado o prazo para a ação de anulação ou para a interposição do recurso, pelo que a ação tinha de improceder.

No saneador fora absolvida da instância a CASA, por ilegitimidade, e julgada improcedente a ação.

Interposto recurso de apelação, veio a ser confirmado em 2.ª instância o saneador recorrido.

A Relação considerou que não existia convenção de arbitragem, porquanto a declaração de adesão configuraria uma mera promessa de celebração de convenção de arbitragem, nunca tendo chegado a ser celebrado o compromisso arbitral. Simplesmente, a falta de convenção de arbitragem gerava a incompetência do tribunal arbitral, devendo este vício ter sido invocado no processo e, depois, em ação de anulação, nos termos do art. 27.º, n.º 1, alínea b), da LAV 1986. Ora, a sociedade autora não havia invocado essa incompetência perante o tribunal arbitral, omissão que a impedia de propor a ação de anulação, atendendo ao disposto no n.º 2 do art. 27.º daquela Lei. Acrescia que a ação de anulação – indevidamente qualificada como ação declarativa de nulidade – fora interposta fora de prazo, quando já tinha caducado o direito de anular essa decisão. Na fundamentação da decisão, abordam-se ainda outros argumentos da sociedade recorrente, considerando-os improcedentes (interpretação do art. 31.º da LAV1986; princípio da competência/competência).

Concordamos com a decisão em apreciação apenas na parte em que considera que caducara o direito de anular a sentença pelo decurso do prazo de um mês previsto no art. 28.º, n.º 2, da LAV 1986.

No que toca à inexistência de convenção de arbitragem, suscita-nos grandes dúvidas a construção perfilhada no sentido de que a adesão unilateral prévia deve ser qualificada como contrato-promessa unilateral (qualificação avançada pelo Prof. DÁRIO MOURA VICENTE, a que adere a Prof.ª MARIANA FRANÇA GOUVEIA). Pelo contrário, parece-nos que estamos perante uma proposta de celebração de cláusula compromissória dirigida a certo público (consumidores de certos produtos; clientes de certas empresas), a qual, sendo aceita no futuro por um cliente, torna perfeito o contrato proposto. Parece-nos irrealista sujeitar o consumidor de boa fé a uma recusa de celebração do contrato definitivo, como parecem sustentar esses Autores⁽¹⁴⁾.

Também no que toca ao entendimento de que a demandada não suscitara a questão de incompetência durante o processo, o mesmo parece-nos excessivamente formalista. Embora não tendo contestado, a demandada dera conhecimento nos autos de que se não considerava vinculada pela sua anterior declaração de adesão a um outro Centro de Arbitragem, o que nos parece configurar uma suscitação adequada de questão de incompetência.

Em conclusão, consideramos de sufragar a solução de improcedência, mas alguns dos fundamentos cumulativamente aduzidos parecem-nos ser juridicamente incorretos.

12. A Relação de Lisboa, no Acórdão de 24 de novembro de 2011 (relator-Desemb. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA)¹⁵, apreciou um recurso interposto numa ação judicial em que os réus haviam suscitado a exceção de violação de convenção de arbitragem.

Na apelação, as autoras consideraram que a decisão recorrida fora ilegal pois que pretendiam discutir a questão da nulidade de certos contratos, considerando que era controvertido saber se a LAV 1986 tinha

¹⁴ Veja-se Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, págs. 108-109.

¹⁵ Proc. n.º 1615/10.4TVLSB.L1.8. in www.dgsi.pt/jtrl

acolhido o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem, tal como concebido pela doutrina e jurisprudência francesa, e sustentado entre nós por LIMA PINHEIRO e LOPES DOS REIS. Para além disso, as recorrentes sustentaram que a convenção de arbitragem tinha como objeto os litígios relativos à interpretação ou execução dos contratos, pelo que não cobria a questão de nulidade dos contratos (sendo certo que a arguição dessa nulidade se deveria configurar como um direito indisponível).

No Acórdão analisa-se detalhadamente a natureza e origem histórica da arbitragem, a natureza da convenção de arbitragem, o direito potestativo que decorre de uma cláusula compromissória para qualquer das partes, de forma a que qualquer delas pode desencadear o processo de arbitragem, sujeitando a contraparte à solução arbitral. Passa depois a abordar-se a autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem à luz do n.º 2 do art. 21.º da LAV 1986, e sustenta-se que a nossa lei acolheu o efeito negativo de não apreciação da validade da convenção de arbitragem existente – em ação judicial em que tenha sido suscitada a exceção de violação de convenção de arbitragem – salvo se aquela for manifestamente nula ou ineficaz.

Para além disso, ao interpretar a convenção de arbitragem, o Acórdão considera que a expressão “litígio sobre a interpretação ou execução do contrato” só vigorava quanto à necessidade de haver uma tentativa de solução negociada, nos termos das Cláusulas 24.2 dos contratos ajuizados. Desse modo poderia ser discutida na arbitragem a questão da validade do contrato.

Relativamente à arbitrabilidade do litígio, o bem fundamentado aresto afirma tal arbitrabilidade, sustentando que “nada existe na lei que vede que seja objeto de convenção de arbitragem quer os litígios relativos à violação, termo e validade do contrato (*arising out*), quer os litígios nascidos do contrato (*arising under*), nem a índole da relação jurídica para tal aponta [estavam em causa contratos de exploração de um estabelecimento hoteleiro]. Muito pelo contrário, todos os dias são celebradas convenções de arbitragem em que tal se prevê e admite. Os recorrentes não levam em conta o que se disse acima [...] e confundem dois planos distintos, o da cláusula compromissória, com a sua própria autonomia, e o plano do «contrato principal»”.

Em consequência, este Acórdão confirmou a decisão recorrida.

Parece-nos correta a fundamentação do acórdão, só nos suscitando dúvidas a interpretação adotada quanto à expressão “*interpretação e execução*”. Todavia, a interpretação restritiva perfilhada no Acórdão é hábil e confere a maior amplitude à convenção de arbitragem do que aos requisitos da negociação prévia à instauração da arbitragem, o que provavelmente correspondia à vontade dos outorgantes¹⁶. Trata-se manifestamente de um acórdão “*amigável*” em relação à arbitragem.

13. O Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 2011 (relatora-Desemb.^a MARIA JOÃO AREIAS)¹⁷ apreciou um recurso interposto do despacho saneador proferido num processo em que se rejeitara a exceção de violação da convenção de arbitragem.

A alegada convenção de arbitragem tinha o seguinte teor, sob a epígrafe “*Convenção arbitral e foro*”:

“1. No caso de litígio ou disputa relativa a este contrato, designadamente os respeitantes à sua interpretação, cumprimento, incumprimento, execução, cessação, apreciação ou resolução, os contraentes diligenciarão por todos os meios de diálogo e modos de composição de interesses, obter uma solução concertada de interesses.

2. Quaisquer divergências que surjam sobre a interpretação ou execução do contrato que não possam ser solucionadas amigavelmente entre a PRIMEIRA e o EMPREITEIRO, serão objeto de tentativa de conciliação a ter lugar nos seguintes termos:

a) O diferendo será submetido a uma comissão de conciliação composta por três membros, sendo um designado pela PRIMEIRA e outro pelo EMPREITEIRO e o último em comum acordo, tudo no prazo máximo de 15 dias a contar do pedido da tentativa de conciliação, sob pena desta ficar sem efeito;

b) A comissão deverá dar o seu parecer no prazo máximo de 30 dias a contar da nomeação do último membro;

¹⁶ Sobre o sentido da convenção de arbitragem em que se prevê que nela caibam os litígios referentes “à interpretação e execução” remete-se para as considerações judiciais do Prof. Raúl Ventura, in “*Convenção de Arbitragem*”, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46.º (1986), II, pág. 368.

¹⁷ Proc. n.º 1398/10.8TBMTJ-A.L1-7, in www.dgsi.pt/jtr1.

c) O parecer proferido pela comissão considera-se aceite caso nenhum dos contraentes declare no prazo de 5 dias úteis após a sua receção não aceitar.

3. Para todos os litígios que não possam ser resolvidos amigavelmente, nos termos previstos no número anterior, será competente o foro da comarca do Montijo com exclusão de qualquer outro.”

No Acórdão em apreciação considerou-se que inexistia qualquer convenção de arbitragem, não obstante a epígrafe enganadora da Cláusula. Existia um pacto de aforamento a favor de certo tribunal de comarca e estipulações de negociação prévia entre as partes e de mediação através de três mediadores independentes.

Merece acordo o entendimento perfilhado neste aresto. De facto, a comissão de conciliação limitava-se a propor uma solução razoável às partes, que eram livres de a aceitar ou rejeitar. No caso de aceitação expressa ou tácita bilateral, deveria entender-se que as partes haviam ajustado um acordo transaccional. Na falta de acordo, só lhes restava recorrer aos tribunais judiciais. Citando Manuel Pereira Barrocas, o Acórdão constata que não haviam sido atribuídos poderes jurisdicionais aos três membros da Comissão de Conciliação, não tendo o parecer por ela elaborado força vinculativa, não se formando caso julgado, nem havendo título executível.

Em conformidade, foi julgado improcedente o recurso e confirmada a decisão de improcedência da exceção de violação de convenção de arbitragem¹⁸.

14. No Acórdão da Relação de Lisboa de 6 de outubro de 2011 (relator Desemb. JORGE LEAL)¹⁹ estava em causa, num recurso interposto de uma decisão de absolvição da instância por violação de convenção de arbitragem, a interpretação das seguintes cláusulas contratuais: “[e]m caso de desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução

¹⁸ No mesmo sentido deste Acórdão e com citação da fundamentação deste e do acórdão do STJ de 20 de janeiro de 2011, veja-se o Acórdão da Relação do Porto de 13 de março de 2012 (relatora Desemb.ª Márcia Portela, Proc. 3062/9TJUNFP1, in www.dgsi.pt/jtrp).

¹⁹ Proc. n.º 193098/09.7YIPRTL1-2.

do presente contrato, os Contraentes diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa” (Cláusula 11.ª, n.º 1); “[n]o caso de não ser possível uma solução negociada e amigável cada um dos contraentes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos constantes dos números que se seguem, de cujas decisões não haverá recurso” (Cláusula 11.ª, n.º 2).

O recorrente sustentava que esta última cláusula concedia uma faculdade às partes, existindo competências concorrentes entre os tribunais estaduais e o tribunal arbitral, podendo cada parte escolher livremente uma ou outra jurisdição.

A Relação considerou improcedente a argumentação apresentada pelo recorrente, nomeadamente a acusação de inconstitucionalidade de uma suposta imposição de tribunal arbitral decorrente de convenção de arbitragem. Citando Raúl Ventura, considerou que a Cláusula 11.ª, n.º 1, não tinha fatalmente por finalidade fazer depender a arbitragem do inêxito das negociações entre as partes para encontrar uma solução adequada e equitativa. Considerou ainda que seriam lícitas as estipulações que estabelecem uma opção a favor das partes entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral; simplesmente, no caso concreto a utilização do verbo poder não bastava por si só para demonstrar a existência de uma vontade de criar a opção entre uma jurisdição ou outra. Escreve-se aí: “[o] uso de verbo «poder» conjuga-se igualmente com a formulação do propósito de procura inicial de uma solução conciliatória. Frustrada esta, então qualquer das partes «poderá» recorrer ao tribunal arbitral, cuja formação, composição e funcionamento são desenvolvidamente regulados na cláusula e que se apresenta como meio de resolução contenciosa do litígio convencionado pelas partes, em detrimento, pois, dos tribunais estatais”. No mesmo sentido, cita o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2011²⁰.

Merece a nossa concordância a fundamentação e a decisão da Relação de confirmar a decisão absolutória da primeira instância.

²⁰ Comentado por nós na Crónica de Jurisprudência de 2011, na citada *Revista*, págs. 281-282.

15. A Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 4 de outubro de 2011 (relator Desemb. ANTÓNIO DOS SANTOS)²¹ apreciou um recurso interposto numa ação declarativa proposta por um advogado contra uma sociedade de advogados e cinco advogados em nome individual, pedindo a condenação dos réus a pagar certas indemnizações e despesas relacionadas com a saída desses advogados de uma outra sociedade profissional em que o autor também figurava como sócio.

Entre outros meios de defesa, os réus suscitaram a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário e a violação de caso julgado.

No despacho saneador, o Tribunal de primeira instância considerou que se verificava a exceção de violação de convenção de arbitragem em relação a “*pedidos ancorados na responsabilidade contratual e decorrentes da resolução do acordo parassocial*”. Nessa medida absolveu da instância dois dos réus advogados. O processo prosseguiu para julgamento quanto aos outros pedidos.

O autor reagiu por agravo quanto à absolvição da instância de dois dos réus.

Estava em causa a interpretação do art. 19.º do acordo parassocial do seguinte teor:

“19.1. Caso ocorram quaisquer litígios entre os sócios de BAP [primeira sociedade de advogados, existente antes da “cisão” ocorrida] que não possam ser dirimidos por negociação direta entre os sócios envolvidos, com mediação da administração se a mesma não for parte interessada, os sócios comprometem-se a solicitar ao Bastonário da O.A. em exercício a nomeação de um mediador independente que tentará conciliar as partes, tendo em vista os melhores interesses da sociedade como um todo.

19.2. Caso essa mediação não conduza a uma conciliação, o litígio será obrigatoriamente dirimido por um tribunal arbitral, organizado sob a égide e segundo o regulamento do Centro de Arbitragem Voluntária da Ordem dos Advogados, não cabendo recurso dessa decisão arbitral. O Tribunal Arbitral julgará segundo um critério de equidade.”

²¹ Proc. n.º 3768/05.4TBVFX.L1-1.

O Agravante sustentava que a referência a litígios entre os sócios da BAP devia ser lida como litígios entre os sócios da BAP enquanto estes mantivessem tal qualidade. Ora, como se tratava de um litígio entre um advogado e outros advogados, tendo os últimos deixado de ser sócios da BAP, tinha caducado a cláusula compromissória.

A Relação passou em revista a controvérsia doutrinal sobre o sentido do chamado efeito negativo da convenção de arbitragem, analisando as posições de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e de LOPES DOS REIS e dando conta que a doutrina deste último tem sido acolhida por várias decisões das Relações e pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 20 janeiro de 2011, sendo relator o Cons. ÁLVARO RODRIGUES). Depois de recordar a doutrina de que os tribunais judiciais devem “*atuar com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhes cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos tribunais estaduais para a composição do litígio que o A. lhes pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesto e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada [...]*”, a Relação considerou que o litígio que opunha o autor aos dois réus absolvidos da instância tinha como *causa petendi* dos pedidos dirigidos a esses réus a alegada violação do art. 5.º do Acordo Parassocial, quando todos tinham a qualidade de sócios da BAP. Ora a interpretação da cláusula compromissória não evidenciava minimamente que a vontade dos subscritores do Acordo Parassocial fosse no sentido da ineficácia dessa cláusula quanto aos litígios ocorridos antes da extinção, mas só acionados após essa extinção. Citando Manuel Pereira Barrocas sobre as regras da interpretação da convenção de arbitragem enquanto acordo formal, escreve a Relação de Lisboa:

“Temos assim que, prima facie, considerando o objeto do litígio (litígio despoletado entre subscritores do acordo parassocial no qual se mostra inserta a cláusula compromissória, na qualidade de sócios da BAP, e estando ele relacionado com o eventual cumprimento/incumprimento de pacto/acordo definidor das relações societárias referentes à BAP) e, bem assim, o âmbito objetivo de convenção de arbitragem referida, não se

descortina que entre ambos exista uma qualquer desconformidade, encaixando-se perfeitamente um no outro [...]

Com todo o respeito por tal entendimento [o do Autor, no sentido de que a Cláusula só vigorava enquanto os sócios mantivessem essa qualidade], afigura-se-nos não encontrar ele o devido, necessário e mínimo suporte no texto da declaração negocial inserto na cláusula compromissória em apreço nos autos, antes a referência a «quaisquer litígios entre os sócios» visa tão só deixar claro que há-de o litígio concreto a dirimir resultar e/ou ter-se verificado no momento ou aquando da qualidade – e por causa da mesma – de sócios (da BAP) dos litigantes.

Ou seja, para todos os efeitos, será de todo irrelevante, para aferição da competência do tribunal arbitral e com referência à data do início da respetiva instância a efetiva qualidade do sócio do(s) demandante(s) e demandada(s)”

Parece-nos inteiramente correta esta fundamentação que levou à improcedência do agravo²².

16. Dois Acórdãos da Relação de Guimarães suscitam-nos fundadas reservas quanto à doutrina neles contida, parecendo revelar alguma insensibilidade dos julgadores quanto ao instituto da arbitragem.

Assim, no Acórdão de 8 de março de 2012 (relatora-Desemb.^a MARIA LUÍSA RAMOS)²³ foi apreciado um recurso interposto numa ação judicial

²² Ainda no que toca à convenção de arbitragem, e sua interpretação e o efeito negativo vejam-se os Acórdãos da Relação do Porto de 31 de janeiro de 2012 (relatora-Desemb.^a Cecília Agante, Proc. 2693.11.4.TBMTS.P1; publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, ano XXXVII, 2012, tomo I, págs. 188 e segs.) – em que se aborda o efeito negativo da convenção de arbitragem, só podendo o tribunal estadual declarar a nulidade da convenção se esta for manifesta, e em que se compara a renúncia das partes da cláusula compromissória à jurisdição estadual com o mecanismo do pacto de aforamento. Aborda-se igualmente a questão da cláusula contratual geral que contém a estipulação da arbitragem – e da Relação de Coimbra de 18 de outubro de 2011 (relatora – Desemb.^a Regina Rosa, Proc. n.º 231/10.5TBNLS.C1, in www.dgsi.pt/itrc) – onde se discutiu a exceção de violação de convenção de arbitragem e se sustentou a autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem, quando se invoca que o contrato onde ela se insere é inválido por ter sido assinado por quem não tinha poderes para obrigar a sociedade.

²³ Proc. n.º 7387/11.5TBCL-B.G1, in www.dgsi.pt/jtrg.

intentada no Tribunal Judicial de Barcelos por uma sociedade contra um Banco, alegando ter realizado um contrato de *swap* de taxa de juro com barreira e pedindo a declaração de nulidade do negócio por erro na transmissão da declaração e de erro sobre o objeto do negócio, ou então a declaração de resolução do contrato por alteração anormal de circunstâncias, bem como a condenação do réu na restituição de certo montante.

Citado o réu, suscitou este a exceção de violação de convenção de arbitragem.

No saneador foi julgada improcedente esta exceção, prosseguindo o processo para julgamento.

O réu recorreu por apelação, considerando inaceitável a fundamentação do saneador no sentido de que a mera arguição da nulidade global de um contrato implicaria a correlativa aniquilação da convenção de arbitragem nele contida.

A apelação foi considerada improcedente com uma fundamentação manifestamente claudicante. De facto, a Relação de Guimarães considerou que, tal como fora conformada a ação pela sociedade autora, as questões a dirimir nos autos de ação ordinária em curso não tinham a natureza de “questões de natureza bancária ou financeira específicas resultantes de vigência do contrato bancário em causa se validamente constituído”²⁴, antes resultava manifesto que se estava “no âmbito de relações jurídicas de direito privado civil, decorrentes da aplicação de normas gerais do Código Civil, da exclusiva competência dos Tribunais Judiciais nos termos do art. 66.º do Código de Processo Civil”.

Esta fundamentação parece pressupor, sem qualquer razão válida, que não são arbitráveis litígios em que se discuta a validade de um certo contrato, à luz de normas do Código Civil ou que se estaria perante relações jurídicas indisponíveis quando se controvertam matérias reguladas pelo Código Civil (invalidade por erro ou resolução por alteração de circunstâncias).

Trata-se de um acórdão que parece remontar aos anos quarenta ou cinquenta do passado século, quando se discutia em França se eram arbi-

²⁴ Como decorre do relato, a convenção de arbitragem cobria todos os litígios surgidos no âmbito do contrato de *swap*.

tráveis os litígios que implicassem a aplicação de normas imperativas de ordem pública²⁵.

Por outro lado, o Acórdão da Relação de Guimarães de 11 de outubro de 2010 (relator Desemb. FERNANDO FERNANDES FREITAS)²⁶ incidiu sobre um recurso interposto num procedimento cautelar comum intentado por uma sociedade alemã contra uma sociedade portuguesa, tendo por objeto o pedido de desmontagem e remoção de uma máquina vendida com reserva de propriedade. Tendo sido decretada a providência cautelar, a sociedade requerida veio arguir a exceção de violação da convenção de arbitragem.

O Tribunal, ao julgar o recurso, considerou que as partes tinham validamente estipulado uma cláusula compromissória, que carecia de ser interpretada. O Tribunal destacou a parte da cláusula do seguinte teor: “[n]o caso de litígio ou disputa quanto à interpretação, aplicação, integração de lacunas e execução deste Contrato, as partes diligenciarão obter, através de Conciliação, uma solução concertada para a questão em causa”.

Sem atentar que se tratava do recurso ao tribunal estadual para obter uma providência cautelar e desconhecendo a discussão em Portugal sobre a arbitrabilidade das providências cautelares, a Relação de Guimarães procurou afastar o risco de não absolvição da requerida da instância cautelar interpretando restritivamente os dizeres da cláusula de conciliação, em termos surpreendentes:

“A parte notificada dirá se aceita ou não o Conciliador proposto e oferece, desde logo, o seu entendimento e fundamentos sobre a questão ou questões controvertidas.

Não aceitando o Conciliador proposto, fica aberta a via para o recurso à arbitragem, nos termos dos números seguintes.

Ora, como resulta claramente daquele n.º 2, as partes decidiram submeter à conciliação e à arbitragem todas as questões que têm subjacente o

²⁵ Remete-se para António Sampaio Caramelo, “A Disponibilidade de Direito Como Critério de Arbitrabilidade de Litígio”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 (2006), II, págs. 1233 e segs.

²⁶ Proc. n.º 2601/11.2TBGMR.A.G1, in www.dgsi.pt/jtrg

pressuposto de que, apesar do dissídio, elas pretendem ainda que o contrato se mantenha, ou seja, continuam com interesse na prestação contratual.

Por outro lado, ficou, claramente, excluída a questão da resolução do contrato [...]

De resto, a formalidade da resolução – «mera declaração à compradora feita por via postal registada» – não se coaduna com o processo da conciliação e do recurso ao tribunal arbitral que as partes estabelecem entre si»²⁷

Não tendo atentado que no processo cautelar se pretendia apenas a desmontagem e remoção da máquina vendida com reserva da propriedade, a Relação de Guimarães procurou restringir o teor da convenção de arbitragem como se estivesse a julgar a ação principal e não a questão instrumental da arbitrabilidade da providência cautelar. Bastava ter atentado que na nossa doutrina a jurisprudência não havia defensores de uma competência exclusiva dos tribunais arbitrais para decretar providências cautelares instrumentais em relação a um certo litígio sujeito a arbitragem para encontrar um bom argumento para confirmar a decisão recorrida²⁸.

Concorda-se, por isso, com a decisão, mas não com a sua fundamentação claudicante.

²⁷ Recordar-se que o Prof. Raúl Ventura sustentava que, em cláusulas de arbitragem menos detalhadas que as dos autos, se devia entender que na expressão “execução do contrato” cabia a questão da sua resolução. Veja-se “A Convenção de Arbitragem” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano (1986), I, pág. 368: “Peelo contrário, a palavra «execução» pode e deve ser interpretada no sentido de abranger os litígios respeitantes à inexecução do contrato, isto é, o próprio facto da inexecução e as consequências legais e contratuais deste. Execução e inexecução são verso e anverso da mesma medalha, não se pode apreciar uma sem olhar a outra. Também não é preciso grande esforço para incluir, nos litígios relativos à execução, aqueles em que uma parte reclama contra a resolução ilegal do contrato pela outra parte, pois essa resolução implica a inexecução...”.

²⁸ Vejam-se hoje os arts. 7.º e 29.º da NLAV.

C) Estatuto dos Árbitros. A questão da independência e imparcialidade. Nomeação de árbitros pelo Presidente da Relação

17. O Supremo Tribunal de Justiça proferiu em 12 de julho de 2011 um importante acórdão sobre o estatuto constitucional dos árbitros e os impedimentos e suspeições em relações a estes (relator-Cons. LOPES DO REGO)²⁹.

Uma sociedade comercial requerera a providência de injunção contra outra sociedade, fundada em crédito pecuniário de certo montante (capital e juros).

Notificada a requerida, esta deduziu oposição, excepcionando com a violação de convenção da arbitragem. Na ação declarativa sob a forma ordinária, a requerida reafirmou a exceção deduzida.

O tribunal de 1.^a instância absolveu a ré da instância, julgando procedente a exceção dilatória em causa. Esta decisão foi confirmada pela Relação.

Interposto recurso excecional de revista para o Supremo, foi o mesmo admitido e teve este Tribunal ocasião de apreciar a validade da convenção de arbitragem acordada pelas partes:

“As partes obrigam-se a resolver por arbitramento os eventuais diferendos que surjam na interpretação, integração e execução do presente contrato (incluídos os elementos referidos na cláusula primeira), nomeadamente na justeza dos autos de medição, na existência e valor dos trabalhos não executados e de defeitos de execução que venham a ser invocados, da existência e relevância da causa de força maior justificativa da revisão do preço contratual, da subsistência das razões eventualmente invocadas para a não receção provisória ou definitiva.

Nessa primeira abordagem serão árbitros por parte do Primeiro Outorgante o seu advogado e um representante da fiscalização da empreitada e por parte do Segundo Outorgante o seu advogado e um engenheiro responsável pelo acompanhamento técnico da obra.

Se, por essa via, não for obtida uma resolução maioritária, o desempate será obtido por intervenção de um quinto árbitro escolhido por acordo dos

²⁹ Proc. n.º 170751/08.7YIPRT.L1.S1, in www.dgsi.pt/jsti

quatro ou, se não houver acordo nessa nomeação, indicado pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas e, caso este não se pronuncie, pelo Tribunal da Relação do Porto, como previsto na lei que regula a arbitragem voluntária.”

Nas alegações de revista, o recorrente sustentou que o tribunal arbitral não era independente e imparcial, dada a sua composição.

Citando José Miguel Júdice, o Supremo pôs em causa a independência e a imparcialidade da maioria dos árbitros, dada a sua ligação a cada uma das partes, dando conta não só das novas regras constantes da Proposta da Lei n.º 48/XII (Nova Lei de Arbitragem Voluntária) como também de várias linhas orientadoras sobre a independências dos árbitros apresentadas em projetos de Código Deontológico da *Associação Portuguesa de Arbitragem*, das regras da *International Bar Association (IBA)* ou do *Club Español d'Arbitrage*.

No plano do direito constituído, depois de aludir ao disposto no art. 10.º da LAV 1986, escreveu o Supremo Tribunal de Justiça:

“Mas – para além deste fundamento de direito infraconstitucional – temos como seguro que tal exigência [de independência e imparcialidade] tem apoio na própria Lei fundamental, emergindo, quer da qualificação, como verdadeiro tribunal dos tribunais arbitrais (quer voluntários, quer necessários), constante do art. 212.º, n.º 2 (na redação resultante da Revisão de 1982), quer da exigência do processo equitativo, formulado pelo art. 20.º do CRP”

Este bem fundamentado aresto refere a jurisprudência constitucional, em especial o Acórdão n.º 52/92 do Tribunal Constitucional, que acentua as necessidades de imparcialidade e independência dos árbitros. Passa depois a analisar a convenção de arbitragem, com a estipulação de uma fase conciliatória, mostrando que os quatro “árbitros” nessa fase careciam de independência face às entidades que os tinham nomeado, o que não produzia então qualquer efeito nocivo. Simplesmente a transição desses quatro elementos para a fase de arbitragem, ao lado de um quinto árbitro designado segundo os mecanismos da Lei de Arbitragem Voluntária vigente, inquinava globalmente a independência e imparcialidade do próprio tribunal. Lê-se no Acórdão em análise:

"... pelas razões atrás apontadas, considera-se tal situação inadmissível, por contender com a exigência de imparcialidade e independência de todos os juízes-árbitros que irão integrar o tribunal arbitral, não sendo obviamente tolerável que o integrem representantes ou mandatários dos litigantes[...]"

Com base nestas razões, o Supremo Tribunal de Justiça revogou a decisão recorrida julgando improcedente a exceção dilatória de violação da convenção de arbitragem.

Não pode deixar de reconhecer-se a alta qualidade de decisão e a validade dos juízos conducentes à solução de considerar que o tribunal arbitral, com a sua composição de cinco elementos, carecia de independência e imparcialidade. E, porém, discutível se o Supremo Tribunal não deveria ter feito um esforço de redução da cláusula compromissória inválida, em termos de ser confiada a um tribunal de árbitro único a resolução do litígio. Nos termos do art. 292.º do Código Civil, importaria averiguar se a vontade das partes teria sido a de não concluir o negócio sem a parte viciada.

A redação de toda a cláusula, com as duas fases, parece constituir um indício seguro de que as partes pretendiam uma solução arbitral, quando concluíram o negócio.

Não tendo ido por isso caminho – que era arriscado – não pode deixar de concordar-se com o decidido.

18. O Acórdão da Relação de Lisboa de 27 de março de 2012 (relatora Desemb.^a MARIA DO ROSÁRIO GONÇALVES)³⁰ ocupou-se, no domínio de uma arbitragem necessária em processo de expropriação por utilidade pública, das garantias de independência e imparcialidade dos árbitros.

Numa expropriação por utilidade pública, foi adjudicada ao Estado uma certa parcela a destacar de um prédio inscrito na matriz predial urbana de determinada freguesia, para efeitos de construção de um lanço de uma autoestrada.

Nos termos do art. 42.º do Código de Expropriações vigente, compete à Entidade expropriante promover a constituição e o funcionamento da arbitragem, sendo os árbitros nomeados pelo presidente do Tribunal da

³⁰ Proc. n.º 9665/08.4TBCSC.L1-1, in www.dgsi.pt/itrl.

Relação competente. Por seu lado, o art. 46.º do mesmo diploma admite, no seu n.º 1, que possa ser designado mais de um grupo de árbitros, sempre que, em virtude da extensão e do número de bens a expropriar, um único grupo se mostre manifestamente insuficiente para assegurar o normal andamento de todos os processos.

Ora, no recurso subordinado interposto pelo expropriado, a Relação de Lisboa veio a verificar que o presidente desse Tribunal havia nomeado seis grupos de três árbitros, dizendo na parte final que a presidência de cada grupo caberia ao primeiro árbitro de cada grupo designado em primeiro lugar. Mas abstivera-se de indicar quais os processos de expropriação concretos que deviam ser apreciados por cada "tribunal" (grupo de árbitros). Tal decorria de a Entidade expropriante não ter tratado de individualizar as parcelas em concreto. O que sucedera, porém, é que fora a entidade expropriante (a entidade concessionária, por encargo do Estado) a distribuir as parcelas por cada grupo de árbitros.

A Relação veio afirmar que *"tal desiderato [de escolha dos processos pela entidade expropriante] não tem qualquer cobertura legal, nem a poderia ter, na medida em que a garantia da imparcialidade na nomeação ficaria completamente desvirtuada [...]. Os princípios da legalidade, da igualdade e da imparcialidade consagrados, entre outros, no art. 2.º do C. Exp., ficariam seriamente ameaçados na perspectiva do expropriado e também ameaçariam os princípios estruturantes de um Estado de Direito"*.

Por isso, a Relação julgou procedente o recurso subordinado, afirmando que se não estava perante uma mera irregularidade da arbitragem, mas antes perante um vício que a inquinava em absoluto, conduzindo à sua nulidade, nos termos contemplados no art. 201.º do Código de Processo Civil, pois poderia influir no exame ou na decisão em causa. A arguição do expropriado havia sido atempada, pelo que foi anulado todo o processado a partir da fase em que a Entidade expropriante havia solicitado a nomeação dos grupos de árbitros.

Concorda-se inteiramente com esta decisão e com a clara fundamentação dela constante.

19. A questão do invocado exercício do contraditório na nomeação pelo presidente do tribunal da Relação competente foi objeto de várias decisões dos tribunais portugueses.

Numa ação de anulação de sentença arbitral instaurada numa vara cível do Porto, a autora (ré no processo arbitral) suscitou a questão da ilegalidade da nomeação de um árbitro pelo presidente da Relação do Porto sem ter ouvido previamente as partes sobre a pessoa do árbitro nomeado, com isso violando o princípio do contraditório. Tal nomeação sobreveio a uma nomeação condicional do árbitro pela autora, nomeação que fora considerada ilegal e irrelevante. Para além desta questão, suscitou várias outras questões, entre elas a da caducidade da arbitragem por substituição tardia de um árbitro.

No despacho saneador foi logo julgada improcedente a ação.

Interposto recurso de apelação desta decisão, foi igualmente o mesmo julgado improcedente³¹.

Apesar da dupla conforme, a autora interpôs recurso de revista excepcional, o qual foi admitido através de Acórdão da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de junho de 2011³².

O recurso de revista assim admitido foi apreciado pelo Acórdão de 11 de outubro de 2010 (relator Cons. PAULO SA)³³, tendo sido julgado improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

A questão da invocada imposição do contraditório fora objeto de dois pareceres jurídicos divergentes da autoria dos Profs. LEBRE DE FREITAS e TEIXEIRA DE SOUSA.

O Supremo Tribunal de Justiça, depois de expor o entendimento doutrinário sobre o âmbito do princípio do contraditório, escreveu o seguinte:

“O processo de nomeação de árbitro ou árbitros por parte do Sr. Presidente do Tribunal da Relação do Porto, nos termos do disposto no art. 12.º, n.º 1, da LAV, não se traduz num «processo jurisdicional», nem se destina a resolver qualquer litígio entre as partes.

A nomeação configura um ato judicial, efetuado no âmbito das funções administrativas próprias daquele magistrado.

³¹ O Acórdão da Relação do Porto está publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, ano XXXVI (2011), I, págs. 191 e segs.

³² Este Acórdão acha-se por nós comentado na Crónica de 2011 desta *Revista*, n.º 4, págs. 261-264.

³³ Proc. n.º 6/10.1TVPR-T.P1.S1, in www.dgsi.pt/isti

Por outro lado, o preceituado no mencionado normativo não configura uma forma de processo de suprimento, pelo que não se lhe aplicam as normas do CPC (artigos 1425.º e ss).

Em primeiro lugar, não existe nenhuma disposição legal que remeta para o processo de suprimento do CPC.

Para além disso, não se verifica uma situação de analogia, porquanto, ao contrário do que acontece nos processos de suprimento não se pretende que seja concedida ao requerente a prática de um ato próprio que, de outra forma, não poderia realizar de forma válida ou ilícita, mas antes possibilitar que, através de nomeação do árbitro em falta, se possa constituir o tribunal arbitral.

Acresce que seria manifestamente inadequado que o Presidente do Tribunal da Relação, na decisão sobre a nomeação do árbitro em falta, se regesse por critérios de oportunidade e conveniência, critérios próprios dos processos de jurisdição voluntária (artigo 410.º do CPC), onde o processo de suprimento se integra.

Também não existe qualquer outra forma de processo judicial que a doutrina ou a jurisprudência entenda aplicável ao caso em questão.”

O Supremo Tribunal de Justiça invocou neste Acórdão ainda o disposto no art. 12.º, n.º 4, da LAV 1986, acentuando que o ato de nomeação do árbitro não era impugnável, só sendo impugnável por reclamação para a conferência a decisão sobre a manifesta nulidade da convenção de arbitragem, impeditiva de nomeação do árbitro requerido.

Para além disso, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que não era suscetível de aposição de condição suspensiva à nomeação de árbitro pela parte requerida de um processo arbitral (a condição suspensiva consistia na audição para anuência dos outros vendedores de ações, que não estavam em litígio com o requerente, ao nome do árbitro indicado pela requerida), louvando-se no parecer do Prof. Teixeira de Sousa.

Concluiu, por isso, que não tinha havido qualquer preterição do contraditório, não procedendo o pedido de anulação do processado por invocada nulidade. Tão pouco procediam as invocadas inconstitucionalidades atinentes à preterição do contraditório³⁴. Foi negada a revista.

³⁴ Neste Acórdão discutiu-se ainda se a requerente do processo arbitral tinha de notificar, além da requerida com quem estava em litígio, os restantes vendedores das ações

A solução adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça parece-nos inteiramente conforme ao disposto na LAV 1986, sendo certo que a existência de contraditório não está em regra prevista nas leis de arbitragem voluntária de diferentes Estados. A Lei Modelo da CNUDCI (1985) não impõe tal audição das outras partes, limitando-se a estabelecer que o tribunal ou a entidade a quem caiba a nomeação de árbitro ou árbitros deve, ao proceder a essa nomeação, levar na devida consideração “as qualificações exigidas a um árbitro pelo acordo das partes e tudo aquilo que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e, quando nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, ele terá igualmente em consideração o facto de que poderá ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes” (art. 11, n.º 5).

Já na versão originária do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI se aconselhava a utilização pela autoridade de nomeação de uma lista de procedimentos que previa o contraditório das partes (art. 6.º, n.º 3, da versão originária; art. 8.º, n.º 2, da versão revista de 2010).

A NLAV veio inovatoriamente impor o dever de audição das outras partes da arbitragem antes da nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal de segunda instância competente (art. 59.º, n.º 1, alínea a), e 60.º, n.º 2)³⁵.

20. Refira-se, por último, que a sociedade autora na ação de anulação interpôs ainda recurso de constitucionalidade do Acórdão referido do Supremo Tribunal de Justiça, esgotando, assim, todos os recursos ao seu dispor.

de certa sociedade, sendo certo que tal venda se fizera através de um único instrumento escrito. O Supremo Tribunal de Justiça acolheu integralmente a posição da Relação do Porto, que entendeu que a parte requerida, e só ela, havia feito uma declaração da garantia de onde decorria a sua única e exclusiva responsabilidade pelo cumprimento resultante dessa declaração, não havendo solidariedade entre os vendedores relativamente a essa declaração de garantia.

³⁵ Cfr. José Miguel Júdice in *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, ed. da APA, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 28; Pedro Metello de Nápoles, na mesma obra, pág. 114. Ver ainda Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., cit., 2012, págs. 173-175.

Através de Decisão Sumária n.º 17/2012 do Tribunal Constitucional (relatora-Cons. LÚCIA AMARAL), foi considerada manifestamente infundada a parte do objeto de que aquele Tribunal tomou conhecimento:

“Independentemente da questão de saber se o procedimento previsto no artigo 12.º da LAV, visando a nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação, assume natureza contenciosa e jurisdicional ou antes configura um ato materialmente administrativo – relativamente à qual o Tribunal Constitucional é incompetente – a questão de inconstitucionalmente é manifestamente infundada, não se entendendo a que título caberia exercer o contraditório sobre o ato de nomeação de um árbitro, numa situação em que a intervenção subsidiária do presidente do tribunal da relação assenta precisamente na recusa ou omissão de tal nomeação pela parte que agora pretende exercitar o dito «contraditório»; e não cabendo, no âmbito do procedimento a que se refere o artigo 12.º da LAV, dirimir quaisquer litígios ou conflitos entre as partes na convenção de arbitragem, que extravasem o âmbito estrito da referida omissão de nomeação de árbitro pela parte interessada.”

Houve ainda reclamação desta decisão para a conferência, mas aquela foi confirmada pelo Acórdão n.º 329/2012, relatado pela mesma Conselheira⁽³⁶⁾.

D) Processo e sentença arbitral

21. Várias decisões de diferentes Relações vieram reafirmar o entendimento doutrinal maioritário de que a LAV 1986 não admitia a impugnação de decisões interlocutórias por recurso interposto imediatamente.

Na Decisão sumária do relator na Relação de Lisboa de 13 de setembro de 2011 (relator-Desemb. ANTÓNIO VALENTE)³⁷, apreciou-se um recurso interposto de uma decisão do tribunal arbitral numa arbitragem

³⁶ A Decisão Sumária e o Acórdão constam da base de dados do Tribunal Constitucional (www.tribconstitucional.pt).

³⁷ Proc. n.º 641/11.0YRLSB-8, in www.dgsi.pt/itrl.

institucionalizada. Estava em causa um atraso no pagamento da provisão para custos e honorários pela entidade demandante, que acarretaria a aplicação dos n.ºs 3 e 4 do art. 53.º do Regulamento da Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, segundo a tese da Demandada.

Nessa decisão sumária, o relator não tomou reconhecimento do recurso por entender que o art. 29.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, só previa o recurso de decisões finais, o que é igualmente afirmado pelo Prof. LIMA PINHEIRO.

O mesmo entendimento foi perfilhado pelo Acórdão da Relação do Porto de 24 de agosto de 2012 (relator-Desemb RAMOS LOPES)³⁸.

Nesse Acórdão, refere-se a opinião minoritária do Prof. CARVALHO FERNANDES que considerava que do art. 29.º, n.º 1, da LAV 1986 não podia retirar-se a proibição de recurso imediato das decisões interlocutórias. Alude-se a que “[o] facto da LAV expressamente precaver a impugnabilidade, através de recurso, da decisão que conclui pela competência do tribunal arbitral, nos termos em que o faz (só com recurso da decisão final), só se justifica num quadro em que as demais decisões interlocutórias respeitantes a questões de importância estritamente processual são insuscetíveis de ser impugnáveis através de recurso autónomo [...]”.

No mesmo sentido se pronuncia igualmente o Acórdão de 20 de dezembro de 2011 da Relação do Porto (relator-Desemb. FILIPE CAROÇO)³⁹. Neste último Acórdão afirma-se que não podem ser impugnadas no recurso da sentença arbitral final certas decisões interlocutórias do Tribunal Arbitral, muito embora a impugnação de alguma dessas decisões possa ser feita na ação de anulação da decisão arbitral. Cita-se no mesmo sentido o entendimento da Prof.ª MARIANA FRANÇA GOUVEIA e do Prof. LIMA PINHEIRO. No entanto, o Acórdão acaba por exercer o seu controlo sobre uma questão que tinha sido qualificada como de legitimidade numa decisão interlocutória do tribunal arbitral.

³⁸ Proc. n.º 28/12.8YRPRT, in www.dgsi.pt/jtrp.

³⁹ Proc. n.º 203/11.2YRPRT, in www.dgsi.pt/jtrp.

22. O Acórdão da Relação de Guimarães de 16 de fevereiro de 2012 (relatora Desemb.ª ISABEL ROCHA)⁴⁰, abordou a questão da exceção de caso julgado relativamente a uma decisão arbitral, deduzida num processo judicial.

Nesse processo judicial, apurou-se que o autor tinha intentado em 2008 uma ação arbitral contra a sua entidade patronal, um clube desportivo, na Comissão Paritária Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, onde formulara vários pedidos condenatórios. Nessa ação fora proferido acórdão que julgara procedente a exceção de prescrição invocada pelo clube réu, tendo absolvido este do pedido. Fora depois proposta ação de anulação desta sentença. O então autor viera depois, na pendência da ação de anulação, intentar a referida ação judicial, pedindo a condenação do réu clube a pagar certas quantias. O clube deduzira na contestação a exceção de caso julgado. Fora proferido saneador-sentença que julgara procedente a exceção de caso julgado, absolvendo o réu da instância.

Ao apreciar a apelação, afirmou o Acórdão, depois de sustentar que o recurso à arbitragem para a resolução de conflitos no âmbito do contrato de trabalho desportivo tinha plena cobertura legal e constitucional:

“O referido art. 26.º, n.º 1 [da LAV 1986] determina que a decisão arbitral notificada às partes se considera transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário.

No caso concreto, como decorre do art. 10.º do anexo II da CCI já referida, a decisão arbitral proferido pela comissão arbitral paritária da Liga não é suscetível de recurso.

Por isso, quando o autor interpôs recurso ordinário da mesma, decidiram os árbitros que compõem a Comissão não o admitirem, conforme despacho que foi junto aos autos.

Assim sendo, a decisão só poderá ser impugnada através de ação de anulação da decisão arbitral a interpor nos tribunais judiciais nos termos do art. 27.º, n.º 1, al. e) da LAV, alegando omissão de pronúncia por parte da Comissão Arbitral [...].

Tal ação ainda correrá os seus termos no tribunal comum.

⁴⁰ Proc. n.º 1275/11.5TBGMR.G1, in www.dgsi.pt/itrg.

Para o apelante, a interposição desta ação interfere com o caso julgado da decisão arbitral.

Não lhe assiste razão [...]"

Na fundamentação cuidada, o Acórdão louva-se nos ensinamentos do Prof. PAULA COSTA E SILVA, no segundo dos seus estudos sobre meios de impugnação das decisões arbitrais. Afirma-se que a procedência da ação de anulação nunca poderá pôr em causa a convenção de arbitragem, devendo o processo ser reenviado à Comissão Paritária para corrigir os vícios verificados, nos termos do preconizado pelo Prof. LIMA PINHEIRO.

Depois de verificar que as três identidades para haver caso julgado (art. 498.º do Código de Processo Civil) ocorreram no caso *sub iudicio*, julgou improcedente o recurso, confirmando a absolvição da instância por procedência de exceção do caso julgado material.

Concordamos inteiramente com a solução adotada e com a fundamentação acolhida.

Na NLAV, vale idêntica doutrina (art. 42.º, n.ºs 6 e 7), transitando a sentença arbitral logo que não seja suscetível de recuso ordinário ou de pedido formulado nos termos do art. 45.º. Como inovação, chama-se a atenção para que, podendo executar-se a sentença arbitral na pendência da impugnação por recurso ou de ação de anulação, a intentar agora no tribunal de segunda instância (art. 59.º, n.º 1, alínea g)), mas o impugnante "*pode requerer que tal impugnação tenha efeito suspensivo da execução desde que se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal. Aplica-se neste caso o n.º 3 do artigo 818.º do Código de Processo Civil*" (art. 47.º, n.º 3). A suspensão da exequibilidade não afeta o trânsito em julgado⁴¹.

E) Impugnação de sentenças arbitrais

23. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de novembro de 2011 (relator-Desemb. PAULO CARVALHO)⁴² veio considerar

⁴¹ Cfr. Pedro Metello de Nápoles, in *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada* cit., pág. 97.

⁴² Proc. n.º 06957/10, in www.dgsi.pt/itca.

que pertence aos tribunais administrativos e fiscais a competência para apreciar em 1.ª instância as ações administrativas especiais que sejam utilizadas para impugnar as decisões arbitrais previstas no Decreto-Lei n.º 209/97 (redação dada pelo Decreto-Lei n.º 263/2007, de 20 de julho – Lei das Agências de Viagens). Trata-se de uma comissão arbitral que decide litígios sobre indemnizações concedidas por decisões judiciais, a ser pagas pelas forças de caução prestada pelas agências de viagens a favor do Turismo de Portugal, IP. Tal comissão arbitral é um órgão administrativo e não um verdadeiro tribunal arbitral, cabendo das suas decisões recurso para o presidente do Turismo de Portugal, IP.

24. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de maio de 2012 (relator-Cons. PAULO SÁ)⁴³ apreciou um recurso de apelação interposto numa ação de anulação de sentença arbitral.

Fora intentada em Oeiras ação de anulação de sentença arbitral proferida sob a égide do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa/Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa, com aplicação do Regulamento de 1987 desta Instituição. Nesta ação, a autora, demandante no processo arbitral, invocara que a sentença arbitral era nula, por estar inquinada pelos vícios de violação do princípio de igualdade, omissão de pronúncia e falta de fundamentação. No que toca à violação do invocado princípio, a autora veio referir que a sentença impugnada não dera como provados por admissão todos os factos contidos na petição inicial apresentada pela demandante na ação arbitral e, se o tivesse feito, tal situação teria tido influência decisiva na resolução do litígio. Alegou também que estavam provados os factos que integravam as restantes causas de pedir. As demandadas invocaram a exceção de incompetência territorial do tribunal e impugnam os factos.

Foi no saneador julgada procedente a exceção de incompetência territorial e remetido o processo para as Varas Cíveis de Lisboa.

No saneador-sentença proferido, a ação foi julgada procedente e provada.

As Demandadas recorreram *per saltum* para o Supremo Tribunal de Justiça (art. 725.º do Código de Processo Civil).

⁴³ Proc. n.º 5971/09.9TBOER.S1

O Supremo apreciou a questão suscitada pelos recorrentes respeitante ao teor da norma do Regulamento de Arbitragem que estabelecia que o não pagamento pela parte requerida do preparo da sua responsabilidade determinava o desentranhamento de contestação. Pode ler-se no Acórdão:

“É um facto que, tendo havido por parte das RR[na ação arbitral] não pagamento do preparo inicial, decidiu o tribunal arbitral, por decisão interlocutória, determinar o desentranhamento da alegação e notificar a A. para fazer o preparo em falta pela recorrida.

Mais se sublinha que a consequência desse desentranhamento seria a admissão por acordo dos factos invocados pela requerente, sem embargo de se poder produzir prova para complementar os factos admitidos por acordo e de as requeridas poderem fazer as suas alegações de defesa.

Volvendo à decisão arbitral, constatamos que nesta não foi aplicada corretamente a cominação que estava prevista no art. 17.º, n.º 1, do RA [Regulamento de Arbitragem], qual seja a de se considerarem admitidos, por acordo, todos os factos constantes da p.i., apesar de se ter reafirmado na decisão arbitral essa consequência, decorrente do não pagamento de preparos [...]

É patente que a não aplicação da cominação do art. 17.º, n.º 1, do RA constitui uma violação ao princípio da igualdade das partes.

Na verdade, às RR só parcialmente foi aplicada a cominação prevista naquela disposição, quando a devia ter sido, em toda a extensão, por não terem procedido ao pagamento do preparo.

Esta era a expectativa da Autora, e é a expectativa de qualquer parte colocada na mesma situação [...].

As sanções previstas nos arts. 37.º e 17.º do RA oneram tanto o autor como o réu, respeitando plena e efetivamente o princípio de igualdade das partes.

Porém, têm de ser efetivamente aplicadas ao prevaricador, sob pena de tal princípio não ser observado [...]

V. A não consideração dos factos e dos montantes referidos [constantes das alegações na petição inicial e tidos por não provados pelo tribunal arbitral] influenciou de forma decisiva a resolução do litígio, uma vez que determinou diversas consequências jurídicas e indemnizações menos vultuosas”

Nessa medida, o Supremo confirmou a decisão da primeira instância, tendo-se recusado a conhecer de questões novas suscitadas pelas recorrentes na alegação da revista, nomeadamente a questão da violação dos princípios da igualdade das partes e do contraditório pelos arts. 17.º, n.º 1, e 37.º, n.º 3, do Regulamento de Arbitragem⁴⁴.

Não pode deixar de se estranhar esta recusa, visto que se tratava da suscitação de questões de inconstitucionalidade normativa, que são de conhecimento oficioso dos tribunais (embora a suscitação da questão de inconstitucionalidade não estivesse bem formulada – cfr. Conclusões E), F) e G) da alegação de revista).

No que toca à decisão de mérito, afigura-se que o Supremo aplicou de forma adequada a solução de efeito cominatório semipleno da falta de pagamento de preparo que estava previsto no Regulamento de Arbitragem de 1987 da ACL/CCCIP – o atual Regulamento de Arbitragem dessa instituição eliminou esta cominação – e que vigora também no processo civil (art. 484.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

25. No Acórdão da Relação de Coimbra de 24 de abril de 2012 (relator Desemb. ANTÓNIO DE MAGALHÃES)⁴⁵, apreciou-se o recurso de apelação interposto de sentença proferida por tribunal arbitral a funcionar sob a égide da instituição CIMPAS (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros).

O particular recorrente não tinha logrado condenar a seguradora demandada, por ter sido julgada procedente a exceção contratual de exclusão de responsabilidade da seguradora, invocada por esta última.

Um dos fundamentos do recurso foi a nulidade decorrente da falta de referência na sentença arbitral à convenção de arbitragem, exigida pelo art. 13.º, b), do Regulamento e 23.º da LAV 1986. A Relação considerou que tinha efetivamente ocorrido a omissão em causa, mas negou que tal tivesse eficácia anulatória por não constar do art. 27.º, n.º 1, alínea

⁴⁴ O STJ, neste Acórdão, apreciou a questão de abuso do direito da Autora recorrida, suscitada pelas recorrentes, que decorria da não impugnação de uma decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a revelia, considerando que a mesma não era impugnável nem prejudicava a autora, apesar de aí se admitir a possibilidade de realização de diligências probatórias com vista a “complementar os factos admitidos por acordo...”.

⁴⁵ Proc. n.º 36/12.9YRCBR, in www.dgsi.pt/itrc

d) dessa LAV, como fundamento de nulidade, a omissão da referência à convenção de arbitragem (a declaração de adesão do recorrente constava, aliás, dos autos). A Relação considerou igualmente que se não verificavam os restantes fundamentos anulatórios invocados (violação do princípio de absoluta igualdade; falta de fundamentação da decisão de não admissão de testemunhas requeridas pelo recorrente) e confirmou a decisão arbitral quanto ao mérito.

26. Importa referir três acórdãos dos tribunais administrativos sobre impugnação de decisões arbitrais.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de setembro de 2011 (relator-Cons. ADÉRITO SANTOS)⁴⁶ considerou-se que a ação de anulação de sentença arbitral proposta no Tribunal Central Administrativo funcionava como uma impugnação em 2.ª instância, garantindo o duplo grau de jurisdição, razão por que o acórdão do Tribunal Central Administrativo que julgasse procedente ou improcedente o pedido de anulação seria insuscetível de recurso de apelação nos termos do art. 142.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Discordamos desta decisão, visto que a impugnação através de ação de anulação – que era interposta na 1.ª instância dos tribunais judiciais, sendo sucessivamente impugnável por apelação e revista, desde que preenchidos os requisitos legais – não é um recurso, nem se pode falar de uma segunda instância, não se vendo fundamento legal para negar recurso ordinário da decisão final do Tribunal Central Administrativo. A apreciação da validade da sentença arbitral é feita em 1.ª instância pelo Tribunal Central Administrativo, tribunal de 2.ª instância, solução que agora é importada pela NLAV para os tribunais judiciais (cfr. art. 59.º, n.º 1, alínea g), desta Lei)].

No Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 20 de janeiro de 2012 (relator-Cons. JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO VELOSO)⁴⁷, decidiu-se, com inteira correção, que a propositura de ação para anulação de acórdão arbitral não confere ao tribunal estadual poder para se pronunciar sobre o objeto do litígio que foi vertido na ação proferida nesse acór-

⁴⁶ Proc. N.º 0664/019, in www.dgsi.pt/jst.

⁴⁷ Proc. n.º 00002/11.1BCPRT, in www.dgsi.pt/jtca.

dão arbitral, ou seja, não atribui competência substitutiva, mas meramente cassatória. O direito de requerer a anulação da sentença arbitral é igualmente irrenunciável. Este tribunal considerou que não caducara a convenção de arbitragem por força do decurso do prazo de 6 meses previsto no art. 19.º da LAV 1986, por ter havido estipulação válida das partes no sentido de que o prazo de 6 meses para prolação da sentença arbitral se contava a partir do encerramento do debate sobre a matéria de facto (embora houvesse a previsão de um prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, para prolação da decisão, que seria meramente ordenador). O Tribunal Central Administrativo negou-se a controlar a correção da decisão do tribunal arbitral sobre a falta de isenção de dois peritos, considerando que só tinha de avaliar se tal falta de isenção – a existir – constituiria uma irregularidade com influência decisiva na resolução do litígio (art. 27.º, n.º 1, alínea c), da LAV 1986). Foram ainda indeferidos outros alegados fundamentos de anulação da decisão arbitral, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos de anulação formulados. Parece-nos inteiramente correta a decisão analisada.

No Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de Abril de 2012 (relator-Desemb. PAULO PEREIRA GOUVEIA)⁴⁸ apreciou-se um pedido de anulação de decisão arbitral, tendo sido julgado parcialmente procedente o pedido de anulação da decisão arbitral quanto à matéria de facto, salvo quanto aos factos provados 1, 5, 18, 25, 26 e 28. Esta decisão considerou, com excessiva rigidez, que o Tribunal Arbitral não referira de modo concreto quais os meios de prova que o impressionaram e em que medida concreta tal ocorreu, justificando aqueles que mais tinham contribuído para alicerçar a sua convicção em ordem à decisão da matéria de facto que proferiu. É especialmente chocante o rigor desta decisão – que aplicou o Código de Processo Civil no que toca à fundamentação da matéria de facto – não obstante as regras processuais fixadas pelos árbitros dispensarem a elaboração de base instrutória, embora os árbitros pudessem seleccionar a matéria de facto controvertida, se o entendessem conveniente, e se dispusesse que a decisão da matéria de facto deveria constar da sentença final, limitando-se à indicação dos factos assentes e dos controvertidos que tivessem por provados.

⁴⁸ Proc. n.º 02276/07, in www.dgsi.pt/jtca.

O Acórdão em análise manifesta grande incompreensão pela especificidade da arbitragem, devendo ser, por isso, censurado⁴⁹.

27. Por último, referiremos o Acórdão n.º 256/2012 do Tribunal Constitucional (relatora Cons.^a ANA MARIA GUERRA MARTINS)⁵⁰, que apreciou, em fiscalização concreta de constitucionalidade, um recurso interposto do acórdão de 4 de janeiro de 2011 do Tribunal da Relação do Porto.

A questão de inconstitucionalidade suscitada dizia respeito ao art. 28.º, n.º 2, da LAV 1986 quando interpretado no sentido “*de que o prazo de propositura da ação de anulação, mesmo havendo duas decisões arbitrais, a inicial e a complementar, se conta logo da primeira, independentemente e sem conhecimento do resultado da arguição de nulidade e pedido de reforma suscitados e em apreciação*”.

As demandadas numa ação arbitral havia apresentado requerimento a arguir nulidade de sentença arbitral e a pedir a respetiva reforma ao próprio tribunal arbitral. Decorrido o mês para propositura da ação de anulação da sentença arbitral, não havia ainda sido notificada a decisão sobre o requerimento referido. Só propuseram a ação de anulação após a notificação da decisão “*complementar*”, mas a ação foi rejeitada no saneador por estar extinto por caducidade o direito de requerer a anulação da sentença arbitral, pelo decurso do prazo de um mês previsto no art. 28.º, n.º 2, da LAV 1986.

Daí o recurso de apelação, onde se suscitara a questão de inconstitucionalidade, mas a Relação do Porto julgara improcedente o recurso.

O Tribunal Constitucional, na ação em análise, confirmou a decisão recorrida, depois de afirmar que carecia de competência para apreciar se a interpretação normativa acolhida na Relação do Porto era a mais adequada, no plano do Direito infraconstitucional.

Depois de analisar a doutrina portuguesa sobre a extinção do poder jurisdicional dos árbitros e a possibilidade de as partes do processo arbitral requererem a retificação dos erros ou a solução de outras questões

⁴⁹ Remete-se para as nossas Crónicas nos números de 2008 (págs. 171 a 175) e de 2009 (págs. 267 a 270) desta Revista.

⁵⁰ Proc. n.º 97/11, in www.tribconstitucional.pt

marginais ou acessórias ou secundárias, apesar do princípio *functus officio* (art. 25.º da LAV), com destaque para os entendimentos divergentes dos Profs. CARVALHO FERNANDES e PAULA COSTA E SILVA, este Acórdão considerou que, face ao teor da decisão arbitral proferida sobre a arguição de nulidade que acolhia o entendimento do Prof. CARVALHO FERNANDES, não podiam os recorrentes deixar de conhecer a doutrina portuguesa a respeito dos limites da competência do tribunal arbitral para proferir decisões após a prolação da sentença arbitral, face à omissão da LAV 1986 na matéria. Daí que entendesse que as recorrentes “*deveriam ter agido, processualmente, de forma tal que tivessem logrado obstar à expiração do prazo de caducidade contado nos termos em que o foi*”.

Além disso, considerou que a interpretação impugnada não violava a Constituição, na medida em que “*permite a promoção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, tais com a celeridade processual na apreciação jurisdicional de questões controvertidas (art. 20.º, n.º 4, da CRP) e a segurança jurídica dos sujeitos da relação controvertida (artigo 2.º da CRP) sejam esse sujeitos a recorrida ou quaisquer terceiros reflexamente interessados na solução definitiva daquela controvérsia*”.

O Tribunal Constitucional chamou a atenção para que a LAV 1986 sempre permitia que, no processo de execução, se pudessem discutir os fundamentos de anulação da sentença arbitral que servia de título executivo, como resultava do seu art. 31.º. Em qualquer caso, a fixação de tal prazo reduzido encontra-se “*intrinsecamente associado a um modelo restritivo de impugnação de decisões arbitrais, que visa, precisamente, incentivar a utilização daquele meio alternativo de resolução de litígios, que é pautado por uma especial celeridade e informalidade processuais*”, não havendo assim uma restrição desproporcionada do direito de impugnação.

Este juízo de não inconstitucionalidade é inteiramente de acolher, sendo convincente a bem fundamentada argumentação constante deste Acórdão.

F) Questões atinentes à arbitragem necessária

28. Já atrás se referiu um acórdão da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça sobre a não admissão de uma revista excecional no

processo de expropriação por utilidade pública, em que existe no início uma fase arbitral necessária.

Já referimos igualmente um acórdão sobre as garantias de independência e imparcialidade dos árbitros na fase de arbitragem necessária do processo de expropriação por utilidade pública.

Para além destes casos, aludir-se-á a mais algumas decisões.

29. No Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 2012 (relator-Desemb. TOMÉ RAMIÃO)⁵¹ abordou-se a questão da natureza das Comissões Arbitrais Municipais (CAM), previstas na legislação complementar do NRAU (Decreto-Lei n.º 161/2006, de 8 de Agosto).

Estava em causa um recurso interposto de uma decisão de tribunal de comarca que se recusara a apreciar um recurso interposto da decisão dessa CAM por falta de conclusões na alegação, em violação ao art. 684.º do Código de Processo Civil (redação do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, aplicável ao recurso). O autor da decisão recorrida chamou a atenção para que o art. 17.º, n.ºs 4 e 5, do referido Decreto-Lei n.º 161/2006 atribuía o valor de decisão arbitral às decisões do CAM, delas cabendo recurso para o tribunal de comarca.

A Relação afirmou que discordava da conclusão da decisão recorrida de que era aplicável a esses recursos de decisões do CAM o regime recursório do Código de Processo Civil, por força do art. 29.º, n.º 1, da LAV, aplicável *ex vi* do art. 1528.º daquele primeiro diploma (arbitragem necessária).

Considerou que se não estava na presença de um tribunal arbitral necessário, na medida em que ao CAM competente apenas cabia determinar o coeficiente de conservação do locado, operação necessária ao cálculo de atualização da renda locatícia em certas situações (arts. 27.º a 49.º do NRAU, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro). A lei limitava-se a qualificar as CAM como “*entidades oficiais não judiciárias com autonomia funcional*” (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 161/2006).

Nessa medida, seria abusivo aplicar a um recurso de plena jurisdição (em matéria de facto e de direito) o regime exigente previsto para os recursos de apelação cível, sendo certo que essa CAM, integrada por téc-

⁵¹ Proc. n.º 564/10.0TBRR-L1-6.

nicos, não podia ser qualificada como “*verdadeiro órgão jurisdicional*”, com competência para resolver conflitos, como sucede com os órgãos reconhecidos constitucionalmente como verdadeiros tribunais – art. 209.º, n.º 2, da C.R.P.. Segundo o acórdão a equiparação da decisão do CAM a decisão arbitral só relevava para as questões de impugnação ou de definitividade em caso de não impugnação, não se podendo a partir daí resolver a questão de qualificação do CAM como tribunal arbitral necessário.

Afigura-se correto o Acórdão em apreciação, que revogou a decisão recorrida e mandou prosseguir o processo, considerando que numa impugnação em que se abre um julgamento novo pela 1.ª instância (*trial de novo*) não se deve aplicar de pleno o formalismo do recurso de decisões verdadeiramente jurisdicionais. Temos dúvidas de que não se esteja, porém, face a verdadeiros tribunais arbitrais pelos poderes decisórios de que dispõem, que excedem os de comissões periciais. Restaria saber se esses tribunais arbitrais necessários, tal como estão regulados, observam os parâmetros constitucionais exigidos para os tribunais arbitrais⁵².

30. No Acórdão da Relação do Porto de 17 maio de 2012 (relator-Desemb. FILIPE CAROÇO)⁵³ debateu-se a qualificação de um tribunal arbitral destinado a dirimir litígios entre um jogador de futebol e um agente de jogadores de futebol. O referido agente demandara num tribunal judicial do Porto, através de processo experimental, um jogador de futebol, pedindo a condenação deste no pagamento de certas quantias a título de remuneração devida ao primeiro. Na contestação, o jogador deduziu a exceção de preterição de tribunal arbitral necessário, previsto no Regulamento de Agentes de Jogadores de Futebol da FIFA e nos Estatutos da Federação Portuguesa de Futebol. A decisão terminara por absolvição da instância com tal fundamentação.

⁵² Vejam-se os Acórdãos da Relação de Lisboa de 28 de março de 2012 (relator-Desemb. Ramalho Pinto, Proc. n.º 2/2012.4YLSB-4), que conheceu de um recurso interposto de decisão de um tribunal arbitral obrigatório que fixou serviços mínimos relativamente a uma greve na Carris, e de 27 de junho de 2012 (relator-Desemb. José Eduardo Sapateiro, Proc. n.º 505/12.0YRLSB-4) que conheceu de idêntica matéria também em relação a uma greve na Carris.

⁵³ Proc. n.º 417/11.5TVPRT.P1, in www.dgsi.pt/itp.

Interposto recurso de apelação pelo autor, este alegou que os Estatutos da FPF invocados no despacho saneador não estavam em vigor à data da propositura da ação e que os Regulamentos de Agentes de Jogadores não eram aplicáveis às relações contratuais estabelecidas entre autor e réu.

Depois de analisar detidamente o estatuto de agente de jogadores, empresário/intermediário desportivo, a Relação do Porto veio a concluir que as normas invocadas na decisão de 1.ª instância se aplicavam a questões de natureza estritamente desportiva (art. 18.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, Lei n.º 5/2007, de 16 de janeiro, com referência aos órgãos de competência jurisdicional desportiva) e que, portanto, o litígio não estava submetido a jurisdição arbitral necessária.

Considerando que se debatia a questão do cumprimento de um contrato de natureza puramente privada e civil, fora do interesse público, embora relacionado com uma atividade desportiva, a Relação do Porto entendeu que tal questão era arbitrável, sustentando que as partes tinham no chamado “*contrato de representação*” incluído uma cláusula compromissória, uma vez que tinham acordado em “*cumprir os estatutos, regulamentos, diretivas e decisões dos órgãos da FIFA e das Federações, assim como as disposições legais aplicáveis no território da federação*”, tendo estabelecido a recíproca proibição de recursos aos tribunais – salvo clara disposição contrária na regulamentação da FIFA – e tinham aceite o recurso à jurisdição da Federação ou da FIFA (cláusula 5.ª do contrato).

Nessa medida, confirmou a decisão de absolvição da instância objeto de recurso, considerando que tinha havido preterição de tribunal arbitral voluntário.

Tão pouco se verificava a nulidade da convenção de arbitragem por força dos arts. 1.º e 2.º da NLAV – argumento avançado pelo recorrente – pois que a NLAV não era aplicável *in casu*, por força da disposição transitória constante do art. 4.º da Lei n.º 63/2011 (entrada em vigor em 15 de março de 2012).

Por outro lado, a melhor interpretação da cláusula 5.ª apontava para que existia uma estipulação da convenção de arbitragem, na modalidade da cláusula compromissória, porquanto as Partes, embora não empregando a expressão “*arbitragem*”, haviam expressamente estipulado o afastamento da submissão dos litígios contratuais aos tribunais comuns.

Trata-se de um Acórdão bem fundamentado, sensível às especificidades do fenómeno desportivo e aos interesses dos agentes desportivos e aberto às vantagens das soluções arbitrais.

Entendemos que a fundamentação bem elaborada do acórdão merece ser posta em destaque, parecendo-nos inteiramente razoável a solução a que se chegou.

III. Conclusão

A análise da jurisprudência levada a cabo mostra a grande abertura dos tribunais portugueses – salvo contadas exceções – para a especificidade da arbitragem voluntária, havendo a preocupação de deixar aos árbitros o que é dos árbitros, confinando a intervenção dos tribunais estaduais ao que está previsto na lei.

Há, assim, uma postura amigável para com a arbitragem, que se vem repetindo nos anos em que temos elaborado estas Crónicas.

De um modo geral, a litigância nos processos judiciais-sejam ou não, de anulação da sentença arbitral – revela a busca incessante pela parte que decaiu de uma via salvífica que permita afastar a solução que lhe foi desfavorável. Por regra, os seus esforços são em vão...

É, por isso, de louvar a contenção dos tribunais estaduais, que se confrontam com argumentações cerradas tendentes a descobrir vícios anulatórios em todos os “cantos”, vindo no comum dos casos a distinguir “o trigo do joio”.

Contam-se pelos dedos de uma mão as decisões dos tribunais superiores que revelam desconhecimento das regras do instituto da arbitragem voluntária ou aplicam com excessivo rigor – e, por vezes, ilegalmente – normas do Código de Processo Civil que as partes ou os árbitros não convocaram, ao estabelecerem as regras do processo aplicáveis a certa arbitragem.

Como nota final, confessamos o nosso receio de que os novos casos de arbitragem necessária regulados na Lei n.º 62/2011 – lei esta manifestamente infeliz, com graves deficiências de regulamentação – possam contribuir para o descrédito da arbitragem em geral e afastar as partes da estipulação de cláusulas compromissórias.

Veremos se estes receios são excessivos, no futuro próximo.