

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

SEMPRESTRAL - N.º 22 - 2024

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM



Doutrina
Jurisprudência
Recensões

Julho - Dezembro de 2024



**REVISTA INTERNACIONAL DE
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**

Ano 2024

Director

António Pedro Pinto Monteiro

Sub-director

Armindo Ribeiro Mendes

Rui Pereira Dias

Director Adjunto

Ana Coimbra Trigo

Sede da Redacção

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua de Santa Bárbara, 46 – 4º

1169-015 Lisboa

secretariado@arbitragem.pt

Proprietário

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua S. Bárbara, 46 – 4º

1169-015 Lisboa

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

www.arbitragem.pt

Editor

Edições Almedina, SA.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

www.almedina.net

editora@almedina.net

Impressão e Acabamento

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

MLP - Quinta do Grajal

Venda Seca

2739-511 Aqualva Cacém

Data

Dezembro, 2024

Estatuto Editorial disponível em:

https://www.arbitragem.pt/xms/files/CONHECIMENTO/Estatuto_Editorial.pdf

Depósito Legal

Tiragem

250 exemplares

N.º de registo na ERC

125619

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

Vol. XXII – 2024

VOLUME ESPECIAL:
ARBITRAGEM LUSÓFONA

ÍNDICE

Apresentação	5
António Pedro Pinto Monteiro	

DOCTRINA – DOSSIER ARBITRAGEM LUSÓFONA

A importância e a origem do princípio da competência – competência para a consolidação da arbitragem e a jurisprudência brasileira	9
Selma Ferreira Lemes	

Ação de complementação de sentença arbitral: alguns aspectos controvertidos	35
Humberto Dalla Bernardina de Pinho / Marcelo Mazzola	

Simbiose Arbitral no Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais Proferidas fora de Macau – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau no Processo n.º 302/2024, de 25 de julho de 2024	47
Ana Coimbra Trigo / Joana Pegacha	

Arbitragem de Direito Público em Moçambique	83
Nelson Osman Jeque	

Arbitragem em Cabo Verde: quadro legal, desafios e oportunidades	99
Amílcar Neves / Rickson Neves	

Meios de resolução alternativa de litígios nos acordos de planeamento sucessório em empresas familiares: uma abordagem Luso-Brasileira	149
Gabriela Carvalho Steiner	

DOCTRINA – OUTROS CONTRIBUTOS

Perturbações do cumprimento da cláusula compromissória: primeiras interrogações	209
Catarina Monteiro Pires / Eduardo Hallén Cordeiro	

Sentimento de confiança na arbitragem: diretrizes da IBA e determinação das circunstâncias a revelar	225
Nuno Pena	

JURISPRUDÊNCIA

Crónica de Jurisprudência	261
Armindo Ribeiro Mendes / Sofia Ribeiro Mendes	

RECENSÕES

Recensão à obra <i>The Regulation of International Commercial Arbitration: Arbitrators' Duties and the Emerging Arbitral Market</i>, de João Ilhão Moreira	305
Rui Pinto Duarte	

Recensão à obra <i>O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento</i>, de Natalina Gonçalves Hermano	309
Rui Soares Pereira	

António Pedro Pinto Monteiro

*Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa
Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Advogado, Árbitro e Jurisconsulto
Investigador Integrado do JusGov e do Ratio Legis*

Apresentação

A arbitragem tem vindo a ganhar grande protagonismo e notoriedade, assumindo um papel de destaque na resolução de conflitos – algo que é particularmente evidente nas relações comerciais internacionais.

Neste sentido, costuma salientar-se que a arbitragem é um espaço multicultural por excelência, onde muitas vezes se defrontam partes provenientes de diversos países, culturas, religiões e, claro, línguas diversas.

O presente *dossier* temático da *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (RIAC) parte desta componente internacional da arbitragem (à qual a própria Revista não é alheia) e centra-se na arbitragem lusófona, isto é, na arbitragem realizada em diversos países da lusofonia¹. Nele se reúnem seis interessantes artigos provenientes de diversas jurisdições do espaço lusófono, onde são abordadas diferentes problemáticas. Referimo-nos aos artigos da autoria de Selma Ferreira Lemes, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Marcelo Mazzola, Ana Coimbra Trigo, Joana Pegacha, Nelson Osman Jeque, Amílcar Neves, Rickson Neves e Gabriela Carvalho Steiner.

Seguindo a sistematização habitual, o actual número da RIAC contém ainda outros textos relevantes sobre temas diversos e controvertidos, com interesse teórico e prático para o mundo da arbitragem. Referimo-nos aos artigos de: (i) Catarina Monteiro Pires e Eduardo Hallén Cordeiro, quanto às perturbações do cumprimento da cláusula compromissória; e (ii) Nuno Pena, a respeito do sentimento de confiança na arbitragem, em

¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a arbitragem lusófona, veja-se CATARINA MONTEIRO PIRES / RUI PEREIRA DIAS, *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2020.

particular as directrizes da IBA e a determinação das circunstâncias a revelar.

A jurisprudência ocupa o terceiro capítulo da Revista. Aqui podemos encontrar a habitual e sempre interessante *crónica de jurisprudência* de Armindo Ribeiro Mendes e de Sofia Ribeiro Mendes, onde são relatados os principais desenvolvimentos jurisprudenciais em matéria de arbitragem.

Por fim, na última parte da Revista temos a rubrica final de *recensões*, que visa dar a conhecer obras recentes e com relevância para a comunidade arbitral. É esse o caso das obras: (i) *The Regulation of International Commercial Arbitration: Arbitrators' Duties and the Emerging Arbitral Market*, de João Ilhão Moreira; e (ii) *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento*, de Natalina Gonçalves Hermano. As recensões ficaram a cargo, respectivamente, de Rui Pinto Duarte e Rui Soares Pereira.

A terminar, queremos deixar o devido (e merecido) agradecimento a todos os Autores, pelos excelentes contributos que deram à RIAC e que muito enriquecem o seu conteúdo.

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO

Lisboa, Janeiro de 2025

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

DOCTRINA

DOSSIER ARBITRAGEM LUSÓFONA

Selma Ferreira Lemes

Advogada e Árbitra

Mestre em Direito Internacional e Doutora em Integração da América Latina pela

Universidade de São Paulo (USP)

Professora de Arbitragem

Integrou a Comissão Relatora da Lei Brasileira de Arbitragem e foi membro brasileiro

na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)

A importância e a origem do princípio da competência—competência para a consolidação da arbitragem e a jurisprudência brasileira¹

1. Introdução

O instituto jurídico da arbitragem constitui um microssistema com princípios e conceitos próprios que lhe dá unidade e coerência. Este artigo aborda sobre a origem histórica do princípio da competência—competência e sua disseminação nas legislações comparadas, que tem como objetivo outorgar segurança jurídica à arbitragem. Sob a ótica brasileira analisamos este princípio inserido na lei de arbitragem (Lei n. 9.307/96 – LAB) e sua interface com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, para aferir como a jurisprudência brasileira disciplina o princípio da competência – competência previsto na LAB, arts. 8, parágrafo único e 20, no art. 485, VII do Código de Processo Civil – CPC/2015, bem como previsto na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de

¹ O presente texto, na sua parte histórica, representou palestra proferida no *Seminário Arbitragem e Poder Judiciário* realizada no Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a coordenação do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, com o apoio do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr e a *International Bar Association – IBA*, Brasília, 27 de novembro de 2023. Este artigo foi ampliado com a inclusão da análise do princípio da competência—competência e o conflito de competência entre juízo estatal e arbitral na jurisprudência brasileira.

1958)². Será analisado, também, o denominado conflito de competência entre juiz e árbitro, tal como entendido pelo Superior Tribunal de Justiça e sua (in)viabilidade na perspectiva do instituto jurídico da arbitragem.

2. A origem do Princípio da Competência-Competência

“Em qualquer estudo, salvo o da história, é necessário começar pelo princípio”, asseverou o historiador Jacob Burckhardt.³ Com efeito, é pela origem e formação de um princípio, de um conceito, que se conhece a razão de existir de uma norma e, para os fins deste artigo, na consolidação do instituto jurídico da arbitragem.⁴

Princípios e conceitos da arbitragem,⁵ que se encontram incorporados na prática arbitral há décadas derivaram de iniciativas doutrinárias

² Em vigor no Brasil por força do Decreto n. 4311, de 23.07.2002.

³ *Apud.* SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Madrid: Civitas, 1980, p. 26.

⁴ Em breve digressão histórica relembramos a importância do estudo histórico para entender as instituições jurídicas: “O jurista espanhol Antonio MERCHAN ALVAREZ [*El arbitraje – estudio histórico jurídico*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981, p. 18] observa que existe uma ampla literatura que aborda sobre o instituto jurídico da arbitragem, mas são escassos os estudos do ponto de vista histórico. Aduz que essa conduta decorre de um proceder metodológico fervorosamente positivista no momento de estudar as instituições jurídicas e, com isso, indubitavelmente, muito se perde no resgate do passado e no entendimento do Direito em sua plenitude. Sob outra ótica, mas com o mesmo objetivo, John GILISSEN [*Introdução histórica ao Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4º ed., 2003, p. 13] salienta que a história do direito visa a fazer compreender como o direito atual se formou e desenvolveu e, referindo-se a H. DE PAGE ressalta que, quanto mais se avança no estudo das instituições jurídicas, mais se verifica que a historiografia, muito mais do que a lógica ou a teoria é a única capaz de explicar o que as instituições jurídicas são, e por que existem como são.” (LEMES, Selma Ferreira. “A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado.” In: *Arbitragem, estudo em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2007 p. 198).

⁵ Ao analisar os princípios jurídicos da lei de arbitragem reportamo-nos a Karl Larenz [*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 32] para ponderar que “os princípios são os pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica existente e possível. Em si mesmos não são normas suscetíveis de aplicação, podem, porém, transformarem-se em regras.” (LEMES, Selma M. Ferreira. “Os Princípios jurídicos

importantes, as quais contribuíram para a solida construção do Direito da Arbitragem. Aduz Claude Reymond, que foram a partir de estudos doutrinários encetados por vários juristas, entre eles, Henri Motulsky, Berthold Goldman, René David e Jean Robert em França, Michel Mustill na Inglaterra, Peter Sanders na Holanda e André Panchaud na Suíça, que estes princípios passaram a ser adotados e enaltecidos pelos magistrados franceses, por meio de uma jurisprudência audaciosa e sólida para a arbitragem.⁶ Esses estudos e a jurisprudência referida, exerceram influência considerável para o desenvolvimento do instituto da arbitragem, propagando-se muito além do direito francês e, como resultado prático, propiciaram que Paris se tornasse o centro da arbitragem comercial internacional a partir da segunda metade do século passado, passando a ser eleita como sede para as arbitragens internacionais.

Os novos princípios e conceitos fixaram a abrangência e a consequência em se adotar a convenção de arbitragem em contratos, circunscrevendo a arbitragem em um microssistema próprio, concedendo legitimidade e segurança jurídica para as partes que estipulassem a convenção de arbitragem em contratos. Esta profícua doutrina e jurisprudência se incumbiu em dar os contornos e limites da aplicação do princípio da ordem pública na arbitragem; o critério de vinculação à arbitragem; a natureza jurídica da arbitragem; a autonomia da cláusula compromissória; o princípio da competência – competência etc. Referidos princípios e conceitos foram vertidos em regras incorporadas em tratados internacionais, na Lei Modelo da UNCITRAL (art. 16, p. 3º) e em legislações nacionais,⁷ entre elas a brasileira, a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (com a redação da Lei n. 13.129 de 13 de maio de 2015), Lei de Arbitragem Brasileira – LAB.

cos da lei de arbitragem”. *Aspectos Fundamentais da lei de arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p 74).

⁶ REYMOND Claude, prefácio da segunda edição do livro de Henri MOTULSKY, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010, p 1.

⁷ Citem-se a Convenção de Genebra (Europeia) de 1961 art. V, 3, Convenção de Washington de 1965, art. 41, bem como leis nacionais, tais como da Bélgica, Espanha, França, Holanda, Portugal etc.

Para entender um dos mais importantes conceitos da arbitragem⁸ – previstos no art. 8º da Lei nº 9.307/96 e seu parágrafo único: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”⁹ Parágrafo único. “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”,¹⁰ também regulado no Código de Processo Civil de 2015 (CPC), art. 485, VII “o juiz não resolverá o mérito quando (...) § VII- acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” –, é necessário recordar os seus antecedentes históricos presentes no Direito Comparado.

A partir da década de 50 do século passado vivia-se um momento de efervescência intelectual da arbitragem, com a adoção da Convenção de Nova Iorque de 1958 e o imenso desenvolvimento da arbitragem internacional, notadamente no âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI.¹¹

⁸ Eduardo COUTURE, jurista uruguaio, adverte que seria uma visão muito ingênua acreditar que se elabora uma lei escrevendo artigos, ao responder à indagação de como desenvolve a lei os mandamentos da Constituição. Nesta linha complementou “um trabalho prévio, aos escrever os artigos de um código, exige a determinação dos princípios que regerão esse código.” (COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p 38). Corolário desta acepção é perquirir a racionalidade da lei, o que levou Rui Barbosa a afirmar: “Toda lei, sendo racional, tem a sua razão. A razão é a alma da lei.”

⁹ No decorrer deste artigo há referências ao princípio da autonomia da cláusula compromissória, haja vista sua vinculação gemelar ao princípio da competência – competência.

¹⁰ “A união de ambos os princípios cria um sistema de blindagem, em caráter endógeno à arbitragem, fomentando a incolumidade do procedimento, em caso de alegação de inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula compromissória.” (FICHTNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem* – Parte Geral. Rio de Janeiro:Forense, 2023 pp 664/665).

¹¹ REYMOND Claude, prefácio da segunda edição do livro de Henri Motulsky, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010 p 2. Nessa linha, no ambiente doutrinário brasileiro ressalte-se o labor do Professor Guido Fernando Silva Soares da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em disseminar estudos sobre arbitragem internacional, especialmente seu livro “Concessões de Exploração de Petróleo e Arbi-

O desenvolvimento dos negócios internacionais fez com que o instituto jurídico da arbitragem fosse a forma eleita para solucionar conflitos oriundos de contratos internacionais e, a partir daí, atentou-se para a necessidade de se estabelecer parâmetros interpretativos na aplicação da arbitragem, pois eram numerosos os problemas que obstaculizavam o funcionamento harmonioso desta justiça privada. A parte que aceita a convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) não poderia impedir, quando surgisse um conflito, o regular processamento da arbitragem. Era necessário outorgar segurança jurídica para as partes que elegiam a arbitragem.

Salientam Philippe Fouchard e Berthold Goldman, que a construção doutrinária dos conceitos de *autonomia da cláusula compromissória* e o da *competência – competência* se fundam numa lógica implacável, conectada com uma preocupação de conveniência prática, representando uma construção coerente e atraente para a arbitragem.¹² Essa lógica doutrinária se viu refletida na jurisprudência francesa do conhecido caso *Gosset* (1963), que ratificou o conceito da autonomia da cláusula compromissória.¹³

Os princípios da (i) autonomia da cláusula compromissória e o da (ii) competência-competência observam um objetivo comum: o de preservar a cláusula compromissória e outorgar segurança jurídica às partes, que de comum acordo deliberaram afastar a justiça estatal, considerando as

tragens Internacionais”, em que relata as duas arbitragens havidas nas décadas de 50 e 60, que foram de suma importância para a arbitragem internacional. A primeira refere-se a arbitragem havida entre o “Governo da Arábia Saudita” *versus* a empresa americana “Arabian American Oil Co. (ARAMCO)” e, a segunda, o caso “Sapphire International Petroleum Limited” *versus* a “National Iranian Oil Company (NIOC)”. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais*. São Paulo: Bushatsky, 1977, pp 163).

¹² FOUCHARD, Philippe e GOLDMAN, Bertold, prefácio da primeira edição, reproduzido na segunda edição do livro de Henri MOTULSKY, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010, p v.

¹³ Este julgado da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação estabeleceu que “em matéria de arbitragem internacional, a convenção de arbitragem concluída separadamente ou incluída no ato jurídico [contrato] a que se refere, tem as características, salvo circunstâncias excepcionais, de uma completa autonomia jurídica, excluindo que poderia ser afetada por uma eventual invalidação do ato.” (tradução livre). (DIMOLITSIS, Antonias. “Autonomie et kompetenz -kompetenz”. *Revue de l'Arbitrage*. 1999, nº 2, p 308).

especificidades das matérias, o tempo e seu impacto na equação financeira do contrato. (i) O primeiro destes princípios considera que não será de nenhuma valia para afastar a cláusula compromissória a alegação da parte de que o contrato onde ela se encontra inserta é nulo e, portanto, a cláusula compromissória seria considerada também nula (art. 8º, *caput*). Este princípio estabelece que a arbitragem é um negócio jurídico independente do contrato em que se encontra inserida.

O segundo princípio estabelece que a alegação da parte que pretende se esquivar da arbitragem mencionando a inexistência, a invalidade e a ineficácia da cláusula compromissória deve ser primeiramente submetida ao árbitro, ou seja, ele tem primazia para analisar essa alegação e decidir se a arbitragem possui elementos para ter seu processamento regular, especialmente a verificação do consentimento à arbitragem.¹⁴

Esses dois princípios têm por objetivo garantir a eficácia máxima da convenção de arbitragem.¹⁵ Esses princípios asseguram, em razão de suas peculiaridades, a imunidade da convenção de arbitragem, a imunidade da independência jurídica pela autonomia e a imunidade de função pela competência – competência, assinalam Boissésou, Fouchard e Madesclair.¹⁶

Importa sublinhar, tal como acentuado por René David, que o princípio da competência – competência tem natureza processual e o princípio

¹⁴ Em estudo pregresso analisamos o consentimento à arbitragem salientando: “A tradição [no Brasil o juízo arbitral é sempre voluntário] prosperou e se sedimentou, a ponto de a arbitragem ser denominada *Justiça do Consentimento* e, longe de ser uma restrição à utilização e desenvolvimento do instituto jurídico da arbitragem, representa seu fortalecimento. O maior estímulo que se pode dar à arbitragem é aplicá-la corretamente e defender seus princípios e conceitos. Gera a certeza de que a ela somente se vincula quem consentiu. Outorga-lhe segurança jurídica. Oferece aos seus usuários a certeza de que a Lei de Arbitragem não se desvia de seus fins: oferecer aos que a ela consentiram a possibilidade de renunciar à Jurisdição Estatal.” (LEMES, Selma Ferreira. “A sociedade anônima e a vinculação à cláusula compromissória estatutária pelo administrador. Necessidade de seu consentimento expresso” IN: *Homenagem a Pedro Batista Martins*. TOLENTINO, Augusto; POTSCH, Bernard M.; MARTINS, Julia Girão B. coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2023, pp.741/742).

¹⁵ DIMOLITS, Antonias. “Autonomie et kompetenz -kompetenz”. *Revue de l'Arbitrage*. 1999, nº 2, p 305.

¹⁶ BOISSÉSON, Matthieu; FOUCHARD Clément; MADESCLAIR, Jessica. *Le droit français de L'arbitrage*. Paris: LGDJ, 2023, p 679.

da autonomia da cláusula compromissória constitui uma noção de fundo relativa à convenção de arbitragem.¹⁷

Claude Reymond relata que o conceito da autonomia da cláusula compromissória foi objeto de uma resolução votada no 1º Congresso de Arbitragem Internacional realizado em Paris, em 1961, para encorajar o seu reconhecimento pelos tribunais e legisladores. Se questionava, inclusive, se a palavra *autonomia* era a mais apropriada e muitos preconizavam que o melhor seria adotar *separabilidade* originária do direito inglês, *severability*, e do direito americano, *separability*. Para Moltusky o melhor seria a conotação de *independência*. A cláusula compromissória seria considerada autônoma ao contrato em que estivesse inserta e a alegação de nulidade do contrato não afetaria a cláusula compromissória.¹⁸

Por sua vez o princípio da competência-competência foi fixado pelo festejado precedente *Caulliez* de 1949 da Corte de Cassação francesa que reconheceu a competência do árbitro para analisar sua própria competência. “Toda jurisdição, mesmo a de exceção [arbitragem], os árbitros têm o poder e o dever de verificar se, tendo em conta os termos da cláusula compromissória subscrita pelos interessados, eles são competentes para conhecer o conflito que a ele é submetido”¹⁹. Esse julgado também esclareceu que a competência dos árbitros para verificar se uma cláusula compromissória em um contrato pode ser considerada como válida, não seria uma questão de interpretação da cláusula compromissória, mas estava vinculada ao princípio da investidura do árbitro.²⁰

O árbitro regularmente investido no procedimento arbitral é o juiz originário da demanda arbitral e tem o direito e o dever de verificar sua

¹⁷ DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982 p 265. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Bruxelles: Bruylant, 2012, pp 286/7.

¹⁸ REYMOND Claude, prefácio da segunda edição do livro de Henri MOTULSKY, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010. p 2.

¹⁹ MOTULSKY, HENRI. *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010, p 162. (tradução livre).

²⁰ A relação jurídica que se estabelece entre as partes e o árbitro é classificada como um contrato de investidura, sendo contratual na fonte e jurisdicional no objeto. Cf. nosso *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr. 2001, p 49.

competência.²¹ Aqui reside o ápice desta construção lógica, pois *é a investidura do árbitro que lhe dá competência para analisar a cláusula compromissória*.

Essa competência observa uma questão cronológica, ou seja, a primazia é do juízo arbitral e, posteriormente do judiciário, em sede de ação de anulação da sentença arbitral, para verificar se a decisão do árbitro quanto à sua competência, leia-se, jurisdição, foi corretamente exercida.

Assim é que “o princípio da competência-competência estabelece apenas uma regra de prioridade, pois dá procedência à decisão dos árbitros a esse respeito, sem impedir que se ajuíze uma ação anulatória contra tal decisão”.²²

A previsão do princípio da competência-competência foi um passo importante no sentido de permitir que a cláusula compromissória produza seus efeitos e afaste manobras dilatórias das partes, pois como acentua René David, geralmente “a parte que contesta a competência do árbitro não se encontra totalmente de boa-fé e procura somente ganhar tempo.”²³ É o que geralmente ocorre com uma parte que contesta a competência do árbitro e paralelamente ingressa no juízo estatal, e neste sentido observa Antonias Dimolitsa que “a adoção do princípio foi aparentemente o resultado da tomada de consciência pelos ordenamentos jurídicos nacionais dessa situação.”²⁴

Outra aferição importante é que o fundamento do princípio da competência-competência não deriva da convenção das partes, mas da estipulação legal.²⁵ É matéria de jurisdição.²⁶ O princípio da competên-

²¹ MOTULSKY, HENRI. *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010, p. 198.

²² LAMAS, Natália Mizrahi. “Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem.” In: *Curso de arbitragem*. LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti Jr. (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018, p. 53.

²³ DAVID, René. *L'Arbitrage dans le Commerce International*. Paris: Economica, 1982, p. 396 (tradução livre).

²⁴ DIMOLITSA, Antonias. “Autonomie et Kompetenz -Kompetenz.” *Revue de l'Arbitrage*. 1999, nº 2, p. 325 (tradução livre).

²⁵ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996, p. 214.

²⁶ A matéria referente à jurisdição do árbitro está alocada no núcleo duro da LAB. Nesse sentido abordamos: “A Lei de arbitragem é constituída de um *núcleo duro* (dis-

cia-competência é uma concepção expandida, compreendendo a regra da prioridade, aspirando a sua eficácia processual. Este princípio e o da autonomia da cláusula compromissória formam um regime completo da eficácia da convenção de arbitragem.

O reconhecimento e a operacionalização do princípio da competência-competência se verificam de duas formas quanto aos seus efeitos: negativo e positivo. O efeito negativo gera para o juiz estatal um impedimento cronológico, isto é, o de reconhecer que compete primeiramente ao árbitro analisar a sua competência para processar a arbitragem, ou dito de outra forma, compete em primazia ao árbitro verificar, em decorrência de sua investidura, se teria jurisdição para processar a arbitragem.

O reconhecimento do efeito negativo advindo do princípio da competência-competência é o de que o julgador originário é o árbitro e é ele que detém nesse momento a prioridade para julgar sua própria competência. Observe-se que não se trata de uma superioridade de *status* ou de hie-

posições imperativas) e outro *flexível* (disposições suplementares e de livre disposição pelas Partes). Estas últimas seriam aquelas que disciplinam a forma de operacionalização da arbitragem (art. 5º), número de árbitros (mas a disposição de se em número ímpar é imperativa – art. 13 §§ 1º e 2º); dispor se a arbitragem será de direito ou por equidade (art. 2º), procedimento arbitral e prazos (art. 21) etc. São disposições relativas ao princípio contratual. Por outro lado, o denominado *núcleo duro* da Lei são aquelas disposições que existem para permitir o controle do procedimento e da sentença arbitral, tais como, o art. 21, § 2º; os motivos para Pedido de Esclarecimentos (art. 30 e seus incisos); os da Ação de Anulação da Sentença Arbitral (art. 32 e seus incisos); os requisitos da sentença arbitral (art. 26) [autonomia da cláusula compromissória e prioridade do árbitro para analisar sua competência (art. 8º e §. Único)] etc. São princípios de ordem jurisdicional. Os dispositivos que formam o *núcleo duro* da Lei representam parâmetros ditados pelo legislador, que não podem ser afastados ou restringidos pelo Regulamento de arbitragem, árbitros e partes. Constituem normas de ordem pública processual.” (LEMES, Selma Ferreira. “A Aplicação da Lei de Arbitragem e o Pedido de Esclarecimentos”. IN: *Arbitragem e processo. Homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmona*. MACHADO, José Augusto B. Filho; QUINTANA, Guilherme Henrique M.; RAMOS, Gustavo Gonzalez; et all -orgs., São Paulo: Quartier Latin, 2022. pp 520/550). Neste sentido Gabrielle Kaufmann-Kolher menciona a existência de dois planos de análise. A autonomia da vontade das partes está no plano contratual. Por sua vez, respeitar e aplicar as normas processuais está no plano jurisdicional. (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Qui Contrôle L’Arbitrage? Autonomie des Parties, Pouvoirs des Arbitres et Principe D’Efficacité”. In: *Liber Amicorum Claude Raymond, Autor de L’Arbitrage. Mélanges Offerts à Claude Raymond*. Paris: Litec. 2004, p.163).

rarquia, mas uma prioridade temporal, vinculada à cooperação existente entre o juiz e o árbitro.²⁷ A regra de prioridade deve ser entendida, repita-se, no seu sentido cronológico e não hierárquico.²⁸

Por sua vez, o efeito positivo é o que decorre diretamente do enunciado legal, pois caberá ao árbitro analisar todos os requisitos que defluem de sua competência em relação à capacidade das partes que firmaram o contrato e a cláusula compromissória, o consentimento e a forma da manifestação de vontade, bem como se a matéria é arbitrável (arbitrabilidade objetiva).²⁹

Neste sentido acentuam Boissésou, Fouchard e Madesclair, com referência à prioridade do árbitro à luz do princípio da competência-competência: “a filigrana da prioridade temporal é uma ideia que se inspira, sem dúvida, na arbitragem francesa, que depois de um longo tempo se torna uma concepção global do sistema de resolução de litígios, que vai mais além do que uma cooperação do juiz estatal à arbitragem. O juiz estatal e o árbitro são os atores de um mesmo sistema, com distribuições de missões e de mecanismos recíprocos em que o objetivo é evitar situações paralelas ou de conflitos e de assegurar a eficácia do procedimento.”³⁰ Esta aferição é de vital importância e constitui o embrião da análise da impertinência em se instaurar um conflito de competência entre árbitro e juiz, como será abordado na sequência deste estudo.

Assim é que no âmbito da jurisprudência brasileira a competência do árbitro para analisar sua competência tem dois níveis de abordagens. O primeiro é que a jurisprudência abraça de modo admirável o princípio da competência-competência, solidificando o instituto em sua acepção ori-

²⁷ BOISSÉSON, Matthieu; FOUCHARD Clément; MADESCLAIR, Jessica. *Le Droit Français de L'Arbitrage*. Paris LGDJ, 2023, p 684.

²⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996, p.415.

²⁹ COELHO, Eleonora. “Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz – Kompetenz no Brasil.” In: *Arbitragem, estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords). São Paulo: Atlas, 2007, p 330.

³⁰ BOISSÉSON, Matthieu; FOUCHARD Clément; MADESCLAIR, Jessica. *Le Droit Français de L'Arbitrage*. Paris: LGDJ, 2023, p 685 (tradução livre).

ginal, mas também atenua a sua abrangência em casos excepcionais.³¹ A segunda é que permite a instauração do conflito de competência³², entendendo possível a existência de conflito entre o juízo arbitral e o juízo estatal em decorrência do entendimento de que ambos, árbitro e juiz, exercem jurisdição. Não obstante, parece-nos existir incompatibilidade sistêmica nesse proceder, pois, entre outros motivos, o árbitro não integra o corpo judiciário, tal como disciplinado no art. 92 da Constituição Federal, que define os órgãos do Poder Judiciário nacional.

3. A jurisprudência e o reconhecimento do Princípio da competência – competência

O princípio da competência – competência além do previsto especificamente no art. 8º, § único da LAB está referendado nos art. 20, no art. 485 do CPC de 2015³³, bem como no art. II (3) da Convenção de Nova Iorque.³⁴

³¹ “Diante de casos excepcionais, de flagrante inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, não haverá a obrigatoriedade de encaminhamento das partes para um tribunal arbitral, podendo o Poder Judiciário conhecer diretamente a existência de vício, quando manifestos e inequívocos, tal qual autorizado pela vigência no Brasil da Convenção de Nova Iorque.” (FICHTNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem – Parte Geral*. Rio de Janeiro:Forense, 2023 pp 664/665).

³² CPC, “Art. 66 –Há conflito de competência quando: I – 2(dois) ou mais juízes se declaram competentes; II- 2 (dois) ou mais juízes se declaram incompetentes, atribuindo um ao outro competência; III – entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. Parágrafo único: O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.”

³³ “Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

Ressalte-se que em quase três décadas de vigência da LAB os tribunais brasileiros respaldam este princípio, sendo farta a jurisprudência a esse respeito.³⁵ No STJ, a Ministra Relatora Fátima Andrighi exarou que “segundo a regra da Kompetenz-Kompetenz, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.”

CPC – “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...) VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.”

³⁴ “Artigo II -1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

³⁵ “A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.401805-7/001, Relator(a): Des.(a) José Maurício Cantarino Villela (JD 2G), 1º Núcleo de Justiça 4.0 – Cív, julgamento em 04. 11. 2024, publicação da súmula em 06/11/2024).

“Embargos do devedor – Suspensão – Pretendido pela agravante o levantamento do valor bloqueado nos autos da execução – Descabimento – Noticiado pela agravada que a “Comissão de Arbitragem Econômica e Comercial Internacional da China” aceitou a sua solicitação de instauração do procedimento arbitral – Juízo arbitral que possui competência para dirimir questões relativas ao mérito dos embargos do devedor que envolvam a existência, constituição ou extinção da obrigação, bem como as matérias que devem ser solucionadas pela instância arbitral – Princípio do “kompetenz kompetenz” – Precedentes do STJ – Caso em que a execução, assim como os embargos do devedor, devem permanecer suspensos até decisão final proferida pelo juízo arbitral – Art. 313, V, “a”, do atual CPC – Pretensão da agravante ao levantamento do valor bloqueado que fica prejudicada, o mesmo ocorrendo com o oferecimento de caução – Agravo prejudicado.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2206678-76.2024.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2024; Data de Registro: 21/11/2024).

para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória, nos termos dos arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/1996. O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra Kompetenz-Kompetenz, prevista no artigo 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC.” (AgInt nos EDcl no AgInt no CC 170.233/SP, Segunda Seção, DJe 19/10/2020).³⁶

Em outro precedente do STJ, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas pontificou que “a previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” mencionou também que “a prioridade da competência arbitral não pode ser afastada pela presunção de que não houve concordância expressa de uma das partes, pelo simples fato de o contrato ser de adesão, ainda mais quando observada a isonomia dos contratantes”. E mais. Este julgado esclareceu que não é porque o contrato é de adesão que está afastada a arbitragem e que tal proceder viola os arts. 20 e 8º, parágrafo único, da LAB.³⁷

Em matéria internacional, em sede de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira o princípio da competência-competência é igualmente referendado pela jurisprudência do STJ, quando assevera que “questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 9.307/1996. Trata-se da denominada kompetenz-kompetenz (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência, sendo condenável qualquer tentativa das partes ou do juiz estatal de alterar essa realidade. Não compete ao juízo estrangeiro, ao solucionar a questão do compromisso arbitral, determinar a outro juízo que ponha fim ao processo ou

³⁶ AgInt no AREsp n. 2.332.620/PR. Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23. 10. 2023.

³⁷ AgInt nos EDcl no AREsp 975050 / MG. Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas. 3ª Turma. v.u. j.10. 10. 2017.

mesmo a uma das partes que o faça, sob pena de ferir a disposição inserta no art. 5º, XXXV, da Constituição.”^{38 39}

Contudo, como mencionado, a jurisprudência brasileira considera que o princípio comporta exceções, em casos excepcionais de flagrante irregularidade, permitindo ao juiz togado analisar previamente a validade e eficácia da cláusula compromissória, em qualquer estágio do procedimento arbitral. É o caso de contratos de adesão, que possui regulação especial no art. 4º, § 2º da LAB⁴⁰, que quando não observada comporta o

³⁸ SEC 12781/EX. Relator Ministro João Otávio Noronha. Corte Especial, v.u., j. 07.06.2017.

³⁹ Nesta mesma linha veja-se: *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. STJ. INCOMPETÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ. PRECEDENTES DO STJ. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXISTÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO PARITÁRIA. AFASTAMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, DA LEI N. 9.307/1996. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. (...) 4. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, considerando a particularidade do caso concreto, considerou a validade da cláusula, afastando a incidência do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, haja vista a existência de uma negociação paritária, sendo de rigor a regra kompetenz-kompetenz, cabendo à própria corte arbitral decidir acerca de sua competência e da validade da cláusula compromissória. 5. O acórdão encontra-se em consonância com o entendimento desta corte de que, como regra, a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (regra kompetenz-kompetenz). 6. Elidir a conclusão do Tribunal de origem de que se está diante de uma negociação paritária, com o fim de excepcionar a regra do kompetenz-kompetenz, demandaria a análise do conteúdo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial a teor da Súmula n. 7/STJ.” (AgInt no AREsp n. 1.971.991/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 9. 10. 2023). (grifo acrescentado)*

⁴⁰ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...) § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em

afastamento do princípio. Segundo a jurisprudência do STJ, nessa categoria estariam os contratos de franquia.

A ministra Relatora Nancy Andrighi em um dos primeiros julgados que reconheceu a invalidade da cláusula compromissória nesses casos as classifica de patológica: “o contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”.⁴¹

Assim é que nos contratos de franquias em que não se observam os requisitos do art. 4º § 2º da LAB, especialmente diante do desequilíbrio entre as partes ⁴² os tribunais entendem que há ilegalidade evidente da cláusula compromissória quando “o contrato de adesão entabulado entre as partes não contou, especificamente em relação à cláusula compromissória arbitral, com a expressa aceitação da parte aderente, conforme determina o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, a autorizar, nos termos da jurisprudência do STJ, o reconhecimento, de plano, pelo Poder Judiciário, de sua invalidade”.⁴³

negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” Quanto ao conceito de cláusulas patológicas cf. LEMES, Selma Ferreira. “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes.” IN: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria R., *Reflexões sobre Arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. pp. 188/208.

⁴¹ Resp. 1.602.076/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. v. u. j.15.06.2016.

⁴² “Henry Montulsky e Robert Plaisant asseveraram: A arbitragem pressupõe o equilíbrio das forças relativas, onde esse equilíbrio não existe, a arbitragem é asfixiante.” (LEMES, Selma M. Ferreira. “A Arbitragem em Relações de Consumo no Direito Brasileiro e Comparado”. IN: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro Batista; LEMES Selma M.Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 1999 pp 113/141).

⁴³ AgInt no REsp 1761923 / MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. j.u., j. 16.08.2021. No mesmo sentido AgInt no AgInt no REsp n. 1.431.391/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ªTurma, j. 20.04. 2020.

Conforme a jurisprudência acima mencionada pode-se inferir que os tribunais brasileiros dão vigência plena ao art. 8º § único da LAB, mas entendem que em casos de vícios evidentes da cláusula compromissória, especialmente a inobservância do disposto no art. 4º § 1º o princípio deve ser atenuado para se reconhecer a irregularidade da estipulação da arbitragem.

Note-se que nestes casos especiais o princípio da competência-competência é minimizado em decorrência do caráter protetivo previsto no art. 4, §1º da LAB externado pela anormalidade evidente da convenção de arbitragem. É uma exceção e a atuação do Poder Judiciário, prévia ou em qualquer momento processual, não abala a aplicação essencial do princípio da competência – competência como regra, tal como demonstrado pela jurisprudência citada.

Vejam, a seguir o controle disposto pelo STJ para questões de conflito de competência entre o juízo estatal e o juízo arbitral e se a providência adotada é compatível com o princípio da competência – competência, conforme até aqui abordado, especialmente a sua origem e razão de existir.

4. A instauração de Conflito de Competência perante o STJ e o princípio da competência-competência. Uma anomalia ao sistema arbitral

O art. 92 da Constituição Federal relaciona de forma taxativa quais são órgãos do Poder Judiciário⁴⁴ e nele não consta tribunais arbitrais. Por sua vez, o art. 105, I “d” prevê que compete ao STJ processar e julgar os

⁴⁴ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

IA – o Conselho Nacional de Justiça;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

IIA – o Tribunal Superior do Trabalho;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, está a se referir aos integrantes do Poder Judiciário.^{45 46}

Ocorre que consoante entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça – STJ é possível ter a matéria referente à competência do árbitro analisada, antes e consentânea ao procedimento arbitral, por meio de conflito de competência considerando que o árbitro exerce jurisdição.

A questão foi inaugurada em 2013 no julgamento do CC 111.230/DF da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que reconheceu a possibilidade de se instaurar conflito de competência entre o juízo estatal e o juízo arbitral por sua natureza jurisdicional”.⁴⁷

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.”

⁴⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – Processar e julgar, originariamente:(...) d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.”

⁴⁶ À guisa de referência veja-se que a Constituição Portuguesa inclui tribunais arbitrais na organização de tribunais.

“CAPÍTULO II Organização dos tribunais

Artigo 209.º

Categorias de tribunais

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;

b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;

c) O Tribunal de Contas.

2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos.

4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.” Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublica-portuguesa.aspx>

Acesso em 19 de dezembro de 2024.

⁴⁷ “PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE.

Nesse julgamento, digno de nota por sua clareza e acerto, foi o voto divergente da Ministra Maria Isabel Galotti, que externou adequado enquadramento da matéria, asseverando que o árbitro exerce uma função enquanto árbitro e não faz parte do Poder Judiciário para se admitir, por interpretação estendida, que a ele se aplique o preceito constitucional que admite o conflito de competência entre órgãos do Poder Judiciário e pontificou:

“As regras constitucionais e legais de competência têm por escopo a estruturação constitucional da função jurisdicional do Estado, exercida com exclusividade, em caráter nacional, pelo Poder Judiciário, composto por órgãos situados em todo o território nacional. A jurisdição estatal deve, por óbvios motivos de ordem prática, ser repartida entre os muitos órgãos que a exercem – todos eles investidos por ato oficial, em cargos criados em número

MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta. 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral.” (STJ. CC 111.230/DF. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 2ª Seção, j. 08.05.2013). No mesmo sentido AgRg no CC 116.395/RO. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. 2ª Seção. V.u. j.12.06.2013. CC n. 151.130/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27. 11. 2019. CC nº139.519/RJ. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Seção. j. 11.10.2017.

Conflito de Competência entre duas Câmaras de Arbitragem CC nº113.260, Ministra Relatora Nancy Andrighi, 2ª Seção. J.08.09.2010. neste jugado o STJ decidiu que a competência para dirimir o conflito era do juízo de primeiro grau.

Conflito de Competência entre Tribunais Arbitrais: EDcl no CC 185.705/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizzi. 2ª Seção. J. 26.04.2023.

certo, por lei formal – segundo critérios expressos na Constituição e nas leis de organização judiciária.

O árbitro não ocupa “cargo” de árbitro. Ele é escolhido árbitro pelas partes, em razão de litígio concretamente ocorrido no desenvolvimento de contrato no qual foi celebrada convenção de arbitragem. Após o fim da arbitragem, deixa de ser árbitro. Ninguém é árbitro, exceto para determinado caso concreto. Por outro lado, qualquer indivíduo pode ser designado árbitro, a depender da confiança das partes, as únicas vinculadas ao efeito da coisa julgada produzida pela sentença arbitral. O número de árbitros em potencial é infinito, não cabendo falar em critérios de distribuição da jurisdição arbitral entre “cargos de árbitros” previamente identificados, segundo regras de competência estabelecidas na Constituição e nas leis.

No caso de conflito entre árbitro e juiz, não se trata de conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, seja porque árbitro não é juiz, mas apenas equiparado a juiz pela Lei 9.307/96 nos limites de sua atuação em determinada arbitragem, seja porque não está vinculado, em sua função materialmente jurisdicional, a tribunal algum, sequer ao STJ e ao STF, que não lhe podem rever o mérito das decisões, mesmo que conflitantes com a lei, salvo no caso de ocorrência de nulidades formais, descritas no art. 32 da Lei 9.307/96, caso lhe cheguem ao conhecimento após exaurida a instância ordinária.

A competência constitucional há de ser pensada dentro do contexto jurídico e orgânico, de modo que, quando o constituinte atribuiu a este Superior Tribunal de Justiça, no artigo 105, I, “d”, da Constituição da República, a competência para processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”, deve o intérprete compreender que os juízes e tribunais a que se refere a norma em questão são aqueles que compõem organicamente o Poder Judiciário como função do Estado, assim indicados no artigo 92, da Constituição Federal, porque a competência desta Corte Superior vem prevista na Seção III do Capítulo III do Título IV da referida Carta que, como já se disse supra, lembre-se, trata da organização dos poderes, não podendo ser entendido de outra forma senão poderes do Estado brasileiro.”⁴⁸ (grifo acrescentado)

⁴⁸ Voto Divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti. CC 111.230/DF. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 2ª Seção, j. 08.05.2013. (grifo acrescentado)

Posteriormente, no julgamento do CC 153.498 em 2018, a Ministra Maria Isabel Galotti externou seu entendimento repetindo que “a competência constitucional há de ser pensada dentro do contexto jurídico e orgânico, de modo que, quando o constituinte atribuiu a este Superior Tribunal de Justiça, no artigo 105, I, “d”, da Constituição da República, a competência para processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”, deve o intérprete compreender que os juízes e tribunais a que se refere a norma em questão são aqueles que compõem organicamente o Poder Judiciário como função do Estado, assim indicados no artigo 92, da Constituição Federal, porque a competência desta Corte Superior vem prevista na Seção III do Capítulo III do Título IV da referida Carta que, como já se disse supra, relembre-se, trata da organização dos poderes, não podendo ser entendido de outra forma senão poderes do Estado brasileiro.”⁴⁹

Passou-se a admitir também a instauração de conflito de competência entre câmaras de arbitragens⁵⁰ e tribunais arbitrais.⁵¹

Contudo, há de se ressaltar que o árbitro não integra o rol taxativo do art. 92 da Constituição Federal e a ele não se aplica o art. 105, I “d” da Constituição Federal. O árbitro exerce uma função temporária, nomeado para dirimir um conflito específico. Carece de poder de constrição que tem um juiz. O fato de ser investido na função de árbitro, autorizado pela lei e eleito pelas partes não o equipara ao juiz togado para os fins dos arts. 92 e 105, I “d” da Constituição Federal.

A natureza jurídica da função (e não profissão) de árbitro é contratual na fonte e jurisdicional no objeto. O contrato para arbitrar é o contrato de

⁴⁹ Voto Divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti no AgInt no CC n. 153.498/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 23/5/2018. (grifo acrescentado)

⁵⁰ Conflito de Competência entre duas Câmaras de Arbitragem CC nº113.260, Ministra Relatora Nancy Andrigli, 2ª Seção. J.08.09.2010. neste jugado o STJ decidiu que a competência para dirimir o conflito era do juízo de primeiro grau.

⁵¹ Conflito de Competência entre Tribunais Arbitrais: CC 185.702/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizzi. 2ª Seção. J. 22.06.2022.

investidura. O árbitro ao aceitar a designação das partes é investido por elas de uma missão.⁵²

Há diferenças estruturantes entre a ampla atuação do juiz togado e do árbitro, que não permitem a equiparação de ambos para se instaurar um conflito de competência e enfraquecer o princípio da competência-competência. O árbitro é investido para julgar um caso específico e suas atribuições são diferentes de um juiz estatal.

O art. 18 da LAB “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário” não tem o condão de estender os dispositivos constitucionais atinentes aos órgãos do Poder Judiciário, para autorizar a instalação de conflito de competência. Ressalta Pedro Batista Martins: “O árbitro é um mero cidadão, civilmente capaz e que goza da confiança das partes e, por isso, e somente por isso, é nomeado para resolver determinada controvérsia. Nomeação essa que não lhe confere qualquer prerrogativa, exceto o poder – dever de por fim ao conflito de direito.” (...) Daí que o árbitro é, sem dúvida, juiz de fato e de direito. Ao menos no que toca aos elementos intrínsecos da sua atividade.”⁵³

Ao analisar os dispositivos que se referem aos integrantes da estrutura constitucional do Poder Judiciário aduz Eduardo Parente: “Tal leitura sistemática leva a concluir facilmente que exercer atividade *jurisdicional* nunca poderá ser igual a exercer atividade *judicante* para efeito da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar conflito de competência entre órgãos do Poder Judiciário. Ir contra esta disposição, bastante clara, significaria atribuir competência constitucional onde a Constituição Federal não atribui. Seria estender uma abrangência de competência do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de competência funcional o que inclusive poderia levar à própria nulidade da eventual decisão assim

⁵² LEMES, Selma Ferreira. “Árbitro, Conflito de Interesses e o Contrato de Investidura.” IN: *20 Anos da Lei de Arbitragem, Homenagem a Petrônio R. Muniz*. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). São Paulo: Atlas, 2017, p. 273.

⁵³ MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218.

proferida, pois, como sabido, violar competência funcional (constitucional) importa em nulidade absoluta.”⁵⁴

Conforme aduz André Luís Monteiro em artigo no qual comenta o CC 139.519/RJ (caso Petrobrás v. ANP): “Não há- e nem poderia haver – conflito de competência entre tribunal arbitral e órgão judicial porque eles não exercem medidas de uma mesma jurisdição (=competência, no sentido liebmaniano), mas sim jurisdições diferentes, uma privada e outra pública). Não existe no ordenamento jurídico brasileiro conflito de jurisdições, mas apenas o do conflito de competência.”⁵⁵

A instauração de conflito de competência entre juízo estatal e arbitral a pretexto de solucionar de forma pragmática uma questão representa um perigo por aceitar “o convite da patologia para revisar conceitos, princípios e normas constitucionais.”⁵⁶ Há outras previsões legais que permitiriam a parte que se sentir lesada e se for o caso se valerem, tais como recursos e medidas cautelares e não invocar conflito de competência afeito ao Poder Judiciário.⁵⁷

“Se há divergência entre árbitros e juízes a respeito de sua própria competência, o processo judicial deve ser suspenso ou extinto, preservando-se assim a prioridade dos árbitros para analisar a regularidade da convenção de arbitragem”, ressalta com acerto Rafael Alves.⁵⁸

O que se verifica na prática é que o remédio (conflito de competência) traz mais malefícios ao paciente do que a busca da solução da questão. Quebra a estrutura sistêmica do instituto jurídico da arbitragem, ao afastar um de seus princípios estruturantes, o princípio da competência –

⁵⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. “Conflito de Competência. Decisão Liminar. Cláusula Arbitral entre Petrobras e Agência Nacional de Petróleo. Direito Público Indisponível. Sociedade de Economia. Alteração Unilateral do Contrato. Princípio da Competência- Competência. Divergência entre Juízo Estatal e Arbitral. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. Nº 139.519/RJ. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. J. 09.04.2015.” *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.47. jul/ago/set.2015 p.134.

⁵⁵ MONTEIRO, André Luís. “Algumas Questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência- competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.57 (abril-junho 2018).

⁵⁶ Op. cit. p. 135.

⁵⁷ Op. cit. p. 135.

⁵⁸ ALVES, Rafael. *A inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas.2009, p.215.

competência, tão bem sedimentado pela lei e a jurisprudência brasileiras. Se o árbitro tem primazia para analisar sua competência decorrente da cláusula compromissória que lhe outorga poderes para dirimir o conflito, como entender que antes e durante o procedimento arbitral se poderia existir competência concorrente entre juiz e árbitro?

Ademais, como acentua André Luís Monteiro, “não faz sentido presumir que o legislador tenha cometido o erro de construir um sistema de jurisdições concorrentes para exame da mesma matéria, o que todo sistema jurídico procura evitar. Deve-se interpretar a legislação de modo que se atinjam resultados eficientes. Deve-se presumir que o legislador foi perspicaz e habilidoso, não o contrário.”⁵⁹

O cabimento do conflito de competência representa uma contradição ao princípio da competência-competência e enfraquece o sistema arbitral.

Há de se dar vigência ao disposto no art. 485, VII do CPC diante da presença de demanda que questiona a jurisdição do árbitro, deve o juiz por fim a demanda sem julgamento de mérito e dar prioridade ao juízo arbitral para analisar sua competência. Conforme mencionado, a prioridade é apenas temporal, pois a avaliação final sempre será do Poder Judiciário (art. 32 da LAB).

Reitere-se: “o juiz estatal e o árbitro são os atores de um mesmo sistema, com distribuições de missões e de mecanismos recíprocos em que o objetivo é evitar situações paralelas ou de conflitos e de assegurar a eficácia do procedimento”.⁶⁰

De fato, entre a justiça estatal e a arbitral, conforme acentuou Bruno Oppetit, predominam os princípios da cooperação e da complementação, existindo dualidade de legitimidade, mas comunhão de ética e de fim, diversidade de vias e meios, mas unidade funcional (no sentido de

⁵⁹ MONTEIRO, André Luís, “Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP”. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Vol. 57. 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93344857/v20180057/document/153647650/anchor/a-153647650>>. Acesso em 23 de dezembro de 2024.

⁶⁰ BOISSÉSON, Matthieu; FOUCHARD Clément; MADESCLAIR, Jessica. *Le Droit Français de L'Arbitrage*. Paris: LGDJ, 2023, p 685 (tradução livre).

distribuir justiça); paralelismo, mas também convergência.⁶¹ Portanto, árbitros não são juízes e não integram o Poder Judiciário.

Parece-nos que a solução da questão, a que lhe imporia coerência seria a aplicação integral do previsto no art. 8º, parágrafo único da LAB e do art. 485, VII do CPC⁶², que não dão margens a dúvidas, pois a competência primária é do árbitro, que está investido em uma função e exerce uma missão específica.

Dessa forma, o melhor seria afastar a aplicação do conflito de competência instituído para juízes e, em matéria arbitral, dar plena vigência aos dispositivos legais que especificamente regulam a matéria, sem interpretações analógicas ou extensivas (entender que a expressão “entre quaisquer tribunais” do art. 105, I, “d” da CF/88 inclui tribunais arbitrais). Não é porque o árbitro exerce uma missão jurisdicional eventual, que tal situação o transforma em um juiz integrante do Poder Judiciário.

A instauração de conflito de competência entre o juízo estatal e arbitral além de violar preceito constitucional – já que árbitro não faz parte do Poder Judiciário e o fato de árbitro ser juiz de fato e de direito (art. 18 da LAB) não o equipara ao juiz togado –, desestabiliza o sistema arbitral e cria insegurança jurídica, já que a norma existente (art. 8º parágrafo único da LAB), passa a ser relativizada para se aplicar o conflito de competência entre órgãos do Poder Judiciário, instituto jurídico que não se compatibiliza com a arbitragem e lhe é avesso.

É, portanto, incoerente falar em conflito de competência entre juízo estatal e arbitral. Ademais, a parte que recorre ao Judiciário diante de cláusula compromissória livremente pactuada atua, no mais das vezes, com práticas antiarbitragem,⁶³ e viola a boa-fé contratual e o *pacta sunt servanda*.

A cláusula compromissória pactuada e inserida em um contrato tem impacto financeiro e faz parte da equação econômica do contrato. Desvirtuar a sua efetividade consubstanciada no art. 8º, parágrafo único da

⁶¹ OPPETIT, Bruno. “Justice Étatique et Justice Arbitrale ». IN : *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec. 1991.p. 426.

⁶² “Art. 485, O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII acolher a existência da convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.”

⁶³ HUCK, Hermes Marcelo. “As Táticas de Guerrilha na Arbitragem”. In: *20 Anos da Lei de Arbitragem, Homenagem a Petrônio R. Muniz*. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). São Paulo: Atlas, 2017, pp.311/315.

LAB enfraquece o princípio e mina seu escopo primordial que é dar segurança jurídica às Partes em utilizá-la.

Acatar o princípio da competência-competência em sua essência, tal como concebido e para ser aplicado em todas as situações, não se admitindo relativização com a instauração de conflito de competência, representa render homenagem histórica ao que acima foi relatado e construído no Direito Comparado da Arbitragem.

É indubitável que o STJ e toda a jurisprudência brasileira valorizam o instituto jurídico da arbitragem de forma admirável, referendando seus princípios e conceitos. Verifica-se que a questão da instauração de conflito de competência é complexa e existem opiniões divergentes. Contudo é papel da doutrina abordar temas importantes para a interpretação coerente dos institutos jurídicos e, neste caso, do conflito de competência entre juízo estatal e arbitral, entre câmaras de arbitragens e entre tribunais arbitrais no Direito Brasileiro.

Por tudo quanto foi relatado pode-se concluir que há de se priorizar as características da arbitragem e seu microssistema, valorizando a aplicação coerente do instituto e seus princípios e nele não encontra guarida a instituição de conflito de competência entre juiz estatal e arbitral.

Quanto ao conflito de competência entre tribunais arbitrais, as instituições de arbitragem podem e dever regular a questão em seus regulamentos evitando a discussão judicial, tal como verificado no CC 185.702 de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 2022, entre dois tribunais arbitrais instaurados na Câmara do Mercado.

Judith Martins-Costa e Giovana Benetti ao analisarem o art. 8º da Lei de Arbitragem destacam: “Como se vê, a temática dos conflitos de competência entre juízo estatal e o juízo arbitral entre tribunais arbitrais em curso e entre duas câmaras arbitrais diferentes carece de maior debate no Direito Brasileiro. Cabe então acompanhar com olhar ainda mais atento os julgados do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar qual entendimento prevalecerá acerca da abrangência do art. 105, I “d” da Constituição Federal e das atribuições do Superior Tribunal de Justiça, especialmente quando mais de um tribunal arbitral reconhecer a sua própria competência para julgar certa demanda.”⁶⁴

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. “Art. 8º”. In: *Lei de Arbitragem*

O Direito da Arbitragem é um direito em formação⁶⁵ e ser fiel às suas origens históricas, aos seus princípios e conceitos jurídicos é que lhe propiciará vida longa, unidade, coerência e segurança jurídica.

Comentada. WEBER, Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 140.

⁶⁵ LEMES, Selma Ferreira. “O Progresso da Arbitragem.” *Revista Advocacia Hoje*. OAB/DF, nº 01, 2019. pp 51/56. Disponível em: <https://www.oab.org.br/revistas/revista%20advocacia%20hj.pdf>

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

*Desembargador do TJ/RJ
Professor Titular na UERJ e na Estácio*

Marcelo Mazzola

*Doutor e mestre em Direito Processual pela UERJ
Sócio de Dannemann Siemsen Advogados*

Ação de complementação de sentença arbitral: alguns aspectos controvertidos

SUMÁRIO: 1. Introdução e breves considerações sobre a arbitragem. 2. A cooperação como elemento estruturante no sistema jurisdicional multiportas. 3. Ação de complementação de sentença arbitral 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução e breves considerações sobre a arbitragem

A arbitragem é uma forma alternativa (leia-se, adequada) de resolução de conflitos paralela à jurisdição estatal¹. São vias distintas, autônomas e independentes, mas que se interconectam em algumas situações. Com efeito, a jurisdição é una, mas o exercício jurisdicional pode ser compartilhado, o que nos permite falar em uma rede jurisdicional colaborativa.

A tônica da arbitragem está na busca de um mecanismo mais ágil e adequado para a solução de conflitos, deixando-se de lado o formalismo exagerado do processo tradicional. Além disso, o árbitro, ao contrário do juiz – que nem sempre tem a experiência e o conhecimento exigidos para resolver certos assuntos que lhe são submetidos –, pode ser especialista na área do litígio apresentado.

¹ Dentro da ideia de “MASC” (Meio Adequado de Solução de Conflito) no contexto de um sistema multiportas, é importante compreender para cada controvérsia existe uma forma mais adequada de solução. É como se existisse um cardápio de possibilidades, cuja escolha depende da análise das nuances e peculiaridades do caso concreto.

Na arbitragem, surgindo divergência sobre direito de cunho patrimonial disponível, as partes maiores e capazes podem submeter o litígio ao terceiro de sua escolha (árbitro), que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, com a transferência do poder de decidir para o árbitro, que funciona como juiz de fato e de direito².

De um modo geral, a arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo, ainda, que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes³.

Enquanto na jurisdição estatal não existem limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria), na arbitragem fala-se em arbitrabilidade subjetiva (quem pode participar do procedimento) e objetiva (o que pode ser objeto da arbitragem). Além disso, a jurisdição arbitral não ostenta a característica da coercibilidade e autoexecutoriedade da jurisdição estatal⁴.

De qualquer modo, a arbitragem é o método mais adequado para a solução e a deformalização de determinados tipos de conflito. Ademais, contribui, de certa forma, para desafogar o Poder Judiciário.

Em linhas gerais, a arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um terceiro, escolhido pelas partes, com poder de decisão, segundo normas e procedimentos aceitos por livre e espontânea vontade das partes.

Na prática, porém, existe uma clara distinção entre a função do árbitro e a do juiz togado. Primeiro, vale lembrar que o legislador quis transferir ao árbitro praticamente todos os poderes que o juiz de direito detém. O art. 18 da Lei n. 9.307/96 afirma textualmente que o árbitro é juiz de fato e de direito⁵, e a sentença por ele proferida não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

² Conferir os arts. 1º e 18 da Lei n. 9.307/96.

³ Conferir os arts. 2º e 3º da Lei n. 9.307/96.

⁴ Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deverá determinar a expedição de carta arbitral (art. 237 do CPC), requerendo que o Poder Judiciário dê exequibilidade à medida.

⁵ Os árbitros, no exercício de suas funções, são equiparados aos funcionários públicos para fins de aplicação da legislação penal (art. 17 da Lei n. 9.307/96).

O art. 31 do referido diploma legal prevê que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, estando, assim, em perfeita harmonia com o art. 515, VII, do CPC.

Com isso, por força imperativa de lei, um título que originalmente não advém de um processo judicial passa a ser tratado e equiparado a uma sentença.

Nesse sentido, tudo aquilo examinado e decidido no procedimento arbitral recebe, a rigor, o mesmo tratamento das matérias examinadas e decididas num processo judicial.

Especificamente em relação ao *quantum* de poder do juiz e do árbitro, não se pode perder de vista que uma das características principais da jurisdição estatal é a coercibilidade.

O juiz, no exercício de seu mister, tem o poder de tornar coercíveis suas decisões, caso não sejam cumpridas voluntariamente. Ele julga e impõe sua decisão.

O árbitro, assim como o juiz, julga, exerce a cognição, avalia a prova, ouve as partes, determina providências, enfim, preside o processo arbitral. Contudo, não tem o poder de fazer valer suas decisões.

Assim, se uma decisão do árbitro não é voluntariamente adimplida pela parte sucumbente, não pode ele, de ofício, tomar providências concretas para assegurar a eficácia concreta do respectivo provimento emanado.

Não há espaço para debater aqui a opção política e constitucional do legislador ao não transferir a *coertio* ao árbitro, mas podemos afirmar que, por um lado, a opção legislativa representa uma limitação à efetivação da decisão arbitral, mas, por outro, mantém o sistema de freios e contrapesos, bem como a própria harmonia entre as funções do Estado.

Dessa forma, impede-se a transferência de uma providência cogente, imperativa, a um particular, sem o adequado controle pelo ente estatal, o que, em tese, acabaria por vulnerar o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, à luz do sistema atual, em caso de descumprimento de uma decisão arbitral, deve a parte interessada, com o auxílio do árbitro, acionar o Poder Judiciário para buscar a coercibilidade da respectiva decisão arbitral.

2. A cooperação como elemento estruturante no sistema jurisdicional multiportas

Como já salientado, a ideia de jurisdição não pode mais ser compreendida como a atividade exclusivamente estatal, seja em razão do caráter jurisdicional da arbitragem (arts. 3º, § 1º, e 42 do CPC), seja pela notória evolução dos métodos adequados de resolução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, consideradas verdadeiros equivalentes jurisdicionais.

Note-se que, enquanto o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”, o CPC dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Essa sutil alteração evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão estatal não pode mais ser considerada a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a arbitragem.

Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade do Estado – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito.

Nesse contexto, é fundamental a existência de uma rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação, dentro de um sistema multiportas projetado de forma a obter o máximo de efetividade em cada situação, utilizando-se, para tanto, a ferramenta mais adequada⁶.

Além de todos os atos processuais típicos que podem ser realizados em cooperação entre o árbitro e o juiz (carta arbitral para intimação de testemunha; cumprimento forçado de sentença arbitral etc.) e da interconexão existente entre tais vias jurisdicionais (ação anulatória, ação para a lavratura do compromisso arbitral, ação de complementação de sentença arbitral, concessão de tutelas de urgência sujeitas à confirmação pelos

⁶ O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à arbitragem, ressaí como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua (REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, rel. para acórdão Min. Raul Araújo, j. em 17-12-2015, DJe 22-2-2016. *Informativo*, n. 577).

árbitros, entre outros⁷), podemos pensar, ainda, na realização de “atos concertados” entre o Juízo Arbitral e o Poder Judiciário, sobretudo à luz da Resolução nº 421 do Conselho Nacional de Justiça (que estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem).⁸

Como se sabe, os atos concertados estão regulados no capítulo da “cooperação nacional”, estabelecendo o art. 69 do CPC que o pedido de cooperação jurisdicional prescinde de forma específica e pode ser executado como auxílio direto; reunião ou apensamento de processos; prestação de informações; atos concertados entre os juízes cooperantes.

Especificamente em relação aos atos concertados, o legislador previu que estes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: a) a prática de citação, intimação ou notificação de ato; b) a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; c) a efetivação de tutela provisória; d) a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; e) a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; f) a centralização de processos repetitivos; e g) a execução de decisão jurisdicional (art. 69, § 2º, I a VII).

Imagine-se, por exemplo, que existam dois processos conexos ou relacionados, sendo que um tramita no Judiciário e o outro na jurisdição arbitral. É possível que a produção de determinada prova (uma oitiva de especialista – testemunha técnica/prova técnica simplificada –, por exemplo) seja útil para ambos os procedimentos e não comprometa a

⁷ O STJ já admitiu, por exemplo, que o juiz pode determinar a penhora no rosto dos autos de procedimento arbitral para garantir execução judicial de outro processo. Do voto, vale pinçar o seguinte trecho: “Respeitadas as peculiaridades de cada jurisdição, é possível aplicar a regra do art. 674 do CPC/73 (art. 860 do CPC/2015), ao procedimento de arbitragem, a fim de permitir que o juiz oficie o árbitro para que este faça constar em sua decisão final, acaso favorável ao executado, a existência da ordem judicial de expropriação, ordem essa, por sua vez, que só será efetivada ao tempo e modo do cumprimento da sentença arbitral, no âmbito do qual deverá ser também resolvido eventual concurso especial de credores, nos termos do art. 613 do CPC/73 (parágrafo único do art. 797 do CPC/15)”. REsp n. 1.678.224/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 9-5-2019.

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem* – novos espaços de consenso no direito brasileiro e a justiça multiportas. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Jr, 2024, p. 458-49.

confidencialidade da arbitragem, por se tratar de questão eminentemente técnica. Nessa situação, é factível cogitar um eventual alinhamento desse ato processual (ainda mais se os processos estiverem em fases semelhantes), para otimização do tempo e maior aproveitamento das diligências. Nesse exemplo ilustrativo, poderia ser acordada a realização de uma audiência conjunta com a presença do árbitro e do juiz, além das partes, no Judiciário, sob o manto do segredo de justiça (em analogia com o art. 189, IV, do CPC).

Ainda nesse quadrante, poder-se-ia pensar em eventual alinhamento entre árbitros e juízes acerca de “medidas e providências para recuperação e preservação de empresas”. É o que acontece quando algum tema submetido à arbitragem pode, eventualmente, gerar reflexos no processo de recuperação judicial em curso no Judiciário. Nada obsta que exista essa integração entre os condutores dos processos, buscando-se um direcionamento mais harmonioso.

3. Ação de complementação de sentença arbitral

Entre as muitas interações entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral⁹, está a ação de complementação de sentença arbitral, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 9.307/96 (“*A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem*”).

Tal dispositivo foi incluído pela Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei de Arbitragem e – entre outras coisas –: a) corrigiu o § 1º do art. 23 para admitir expressamente a sentença parcial; b) revogou o inciso V do art. 32, que autorizava a propositura de ação anulatória quando a sentença arbitral não decidisse “todo o litígio submetido à arbitragem”; e c) aperfeiçoou a redação do § 1º do art. 33 para admitir, expressamente, o cabimento de ação anulatória em face de sentença arbitral parcial.

⁹ Para uma visão panorâmica da simbiose existente entre as jurisdições estatal e arbitral, ver PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017, p. 198-218.

Diferentemente da ação anulatória (art. 33, caput, da Lei de Arbitragem), cujas causas de invalidação da sentença arbitral estão no rol taxativo do art. 32, a ação de complementação da sentença arbitral se justifica pelo fato de o árbitro não ter apreciado um dos pedidos formulados.¹⁰ Ou seja, a hipótese é de uma sentença arbitral *citra petita*.

Na visão de José Rogério Cruz e Tucci, entre os vícios que maculam a sentença arbitral, encontra-se aquele referente à falta de harmonia entre o “que foi pedido e o que foi efetivamente decidido. A sentença arbitral é passível de anulação e/ou complementação quando for considerada respectivamente ultra, extra ou *citra petita*, porque infiel ao objeto do processo”.¹¹

Nesse contexto, “caso o árbitro deixe de se manifestar sobre alguma questão abrangida pela convenção de arbitragem, deverá o juiz devol-

¹⁰ “Originalmente, a Lei de Arbitragem dizia que a sentença que não decidisse todos os pontos controversos poderia ser objeto de ação de anulação. Essa redação não era a mais correta tecnicamente, pois previa a prolação de nova, o que poderia se entender em interpretação literal como uma nova decisão complementarmente diferente, ao passo uma interpretação lógica apontava no sentido de que se visava a julgar apenas os pontos do litígio não resolvidos. A reforma da Lei de Arbitragem corrigiu esse ponto e previu expressamente que não se trata de ação anulatória, mas de ação judicial específica, para o árbitro proferir sentença arbitral complementar. Não se diga, por se tratar de ação para o árbitro proferir sentença, que os membros do painel arbitral poderão ser incluídos como partes no polo passivo do processo judicial. O objeto de tal ação, ao fim e ao cabo, é o reconhecimento do vício na sentença e, portanto, as partes do processo judicial devem ser as mesmas partes do processo arbitral. E nunca o julgador original, que atuou no processo não como pessoa física interessada, mas sim na qualidade de membro de órgão jurisdicional. Ressalte-se que na ação de anulação de sentença é possível que o Poder Judiciário determina que árbitros profiram nova sentença arbitral, e nem por isso a jurisprudência deixou de reconhecer a ilegitimidade, seja do painel arbitral, seja da instituição administradora, para figurar no polo passivo”. MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 273-274. Vide, a propósito, o Enunciado 7 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “Os árbitros ou instituições arbitrais não possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação prevista no art. 33, caput, e § 4º, da Lei 9.307/1996, no cumprimento de sentença arbitral e em tutelas de urgência”.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a liberdade do tribunal arbitral e o princípio da adstrição. Disponível em ConJur – Ainda a liberdade do tribunal arbitral e o princípio da adstrição. Acesso em: 10.10.2024.

ver o processo ao árbitro para que este se manifeste sobre a questão pendente”.¹²

Importante ter em mente que o juiz não analisará o mérito da sentença arbitral, mas apenas examinará se a decisão deixou de examinar um dos pedidos formulados, sem qualquer incursão na discussão de fundo.¹³

Na prática, cabe ao Poder Judiciário fazer uma confrontação objetiva entre o conjunto de pedidos formulados pelas partes e a decisão arbitral, de modo que, “constatada a ausência de subsunção dos pedidos *vis a vis* e o que fora decidido pela sentença arbitral, consubstanciada estará a procedência do pedido autoral”¹⁴.

Em outras palavras, se restar configurada a incongruência entre os pedidos deduzidos e a sentença arbitral, deverá o Judiciário determinar que o árbitro ou o tribunal arbitral prolate nova decisão, examinando o item não apreciado.

Registre-se que a falta de análise de um dos pedidos (hipótese do art. 33, § 4º) também pode materializar a violação ao art. 26, III, da Lei de Arbitragem (no dispositivo, os árbitros devem resolver as “questões que

¹² FARIA, Marcela Kohlbach de. *Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 75. No mesmo sentido: “(...) com a ação para complementação da sentença arbitral, busca-se, perante o Poder Judiciário, que o processo arbitral seja restabelecido, com o aproveitamento dos atos praticados, para que seja corrigida a decisão final da arbitragem, com a prolação de uma sentença arbitral complementar”. GONÇALVES, Mauro Pedro. Os meios de Correção e Invalidação da sentença arbitral, de acordo com a jurisprudência do STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, out-dez/2018, p. 167-179.

¹³ “Não cabe ao Poder Judiciário, que não é instância recursal do tribunal arbitral (também cf. art. 18, da Lei de Arbitragem), dizer se houve erro ou acerto na decisão de mérito proferida. O que se deve examinar, nesta análise preambular, é se a sentença arbitral parcial é, como se alega, extra e/ou infra petita, enquadrando-se em alguma das hipóteses do art. 32, e naquela do art. 33, § 4º, da Lei n. 9.307/96. Respeitado entendimento diverso, o exame dos autos demonstra que não resta evidenciado nem um, nem outro, e que, portanto, as hipóteses legais de nulidade da sentença arbitral e de prolação de sentença arbitral complementar não estão presentes no caso.” TJ/SP, Agravo de Instrumento 2170826-30.2020.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgamento em 17.09.2020.

¹⁴ FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Disponível em

Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015 | Portal Jurídico (investidura.com.br). Acesso em: 10.10.2024.

lhes forem submetidas”), o que autorizaria, em tese, a ação anulatória com base no art. 32, III (em virtude da ausência dos requisitos do art. 26, já que, embora a sentença tenha dispositivo, este está incompleto). Nessa hipótese específica, deve ser observado o prazo de 90 dias para a propositura da ação anulatória.

Por outro lado, em relação ao prazo para a propositura da ação de complementação da sentença arbitral¹⁵, entendemos que deve ser observado o prazo prescricional inerente à respectiva pretensão.

Isso porque, resgatando a clássica lição de José Carlos Barbosa Moreira, “se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunha o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo”.¹⁶ Ou seja, se um pedido não foi apreciado, nada foi decidido em relação a ele, podendo a parte propor uma nova ação para discutir o tema.¹⁷

Alguma controvérsia pode existir acerca da possibilidade de propositura da ação de complementação da sentença arbitral, quando a parte interessada não tiver apresentado anteriormente eventual pedido de esclarecimento (art. 30 da Lei de Arbitragem¹⁸).

¹⁵ Entendemos que a escolha de uma via excluiria a outra. Ou seja, ajuizando-se a ação anulatória com base no art. 32, III, da Lei de Arbitragem, não faria sentido a ação de complementação da sentença arbitral. Da mesma forma, optando-se pela ação de complementação da sentença arbitral, faltaria interesse de agir para a ação anulatória com base no mesmo fundamento. Por outro lado, num cenário em que há uma primeira sentença parcial nula e uma segunda válida, porém incompleta, é possível, em tese, utilizar ambas as ferramentas. De toda forma, diante dos diversos cenários possíveis e da multiplicidade de soluções, optamos por não problematizar o ponto nesse breve ensaio. Oportunamente, retornaremos ao tema.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. *Temas de Direito Processual*: segunda série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 247.

¹⁷ No CPC/15, a lógica foi prestigiada e isso fica claro à luz do art. 85, § 18 (“Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”).

¹⁸ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao

Respeitados os posicionamentos em sentido contrário¹⁹ e salvo algum ajuste específico na convenção de arbitragem, entendemos que os “embargos arbitrais” não são um requisito de admissibilidade da ação de complementação da sentença arbitral.

Assim como a ausência de embargos de declaração não impede, por exemplo, a propositura da ação para buscar a fixação dos honorários sucumbenciais não estipulados na decisão judicial transitada em julgado (art. 85, § 18, do CPC), não se pode fazer uma interpretação restritiva, suprimindo da parte o direito de propor a ação de complementação da sentença arbitral, mesmo que não tenha apresentado anteriormente o pedido de esclarecimento para corrigir a omissão.

Até porque, o vício, na origem, não foi da parte, e sim do árbitro ou do tribunal arbitral, que deixou de apreciar algo que lhe foi requerido. Essa é a interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, ao mesmo tempo, evita que a parte prejudicada sofra novos prejuízos em decorrência de uma “preclusão-surpresa”.

4. Conclusão

Como visto, a arbitragem é importante via jurisdicional de solução de conflitos. Sua contínua valorização pressupõe a existência de uma rede

tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29

¹⁹ “Outro ponto que não foi tratado no § 4º do artigo 33, mas que faz todo sentido, como condição de procedibilidade, isto é, como condição da ação de complementação, seria o fato de a parte autora ter apresentado pedido de esclarecimentos tendente a complementar a sentença arbitral ainda na arbitragem, pois se não o fez não me parece adequado que invoque o §4º para ajuizar demanda de complementação no Poder Judiciário (*dormientibus non sùccurrit jùs*)”. FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Disponível em Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015 | Portal Jurídico (investidura.com.br). Acesso em: 10.10.2024.

jurisdicional de auxílio, apoio e interação entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral.

Há muito, o STJ já reconheceu que o convívio harmônico do Juízo Arbitral com os órgãos do Poder Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem.

Além de todos os atos processuais típicos que podem ser realizados em cooperação entre o árbitro e o juiz (carta arbitral para intimação de testemunha; cumprimento forçado de sentença arbitral etc.) e da interconexão existente entre tais vias jurisdicionais (ação anulatória, ação para a lavratura do compromisso arbitral, concessão de tutelas de urgência sujeitas à confirmação pelos árbitros, entre outros), destaca-se a ação de complementação da sentença arbitral (art. 33, § 4º, da Lei de Arbitragem).

A ação de complementação da sentença arbitral se justifica pelo fato de o árbitro não ter apreciado um dos pedidos formulados. Com isso, se amolda ao conceito contemporâneo de acesso à justiça, mantendo-se o equilíbrio entre as vias judicial e arbitral, dentro do contexto de uma atuação colaborativa.

5. Referências bibliográficas

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. *Temas de Direito Processual*: segunda série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a liberdade do tribunal arbitral e o princípio da adstrição. Disponível em ConJur – Ainda a liberdade do tribunal arbitral e o princípio da adstrição. Acesso em: 10.10.2024.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. *Ação anulatória da sentença arbitral*: aspectos e limites. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Disponível em Sentença arbitral parcial e as consequências práticas das alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015 | Portal Jurídico (investidura.com.br). Acesso em: 10.10.2024.
- GONÇALVES, Mauro Pedro. Os meios de Correção e Invalidação da sentença arbitral, de acordo com a jurisprudência do STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, out-dez/2018.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem* – novos espaços de consenso no direito brasileiro e a justiça multiportas. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Jr, 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.

Ana Coimbra Trigo

*Associada Sénior da PLMJ Advogados, SP, RL
Professora convidada da NOVA School of Law*

Joana Pegacha

*Advogada Estagiária da PLMJ Advogados, SP, RL
Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

**Simbiose Arbitral no Reconhecimento
e Execução de Decisões Arbitrais Proferidas fora
de Macau – Anotação ao Acórdão do Tribunal
de Segunda Instância da Região Administrativa
Especial de Macau no Processo n.º 302/2024,
de 25 de julho de 2024**

RESUMO: O acórdão em anotação, sendo dos primeiros que aplica a Lei da Arbitragem de Macau no que toca ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau, abordou vários temas essenciais da arbitragem. Dentre estes se destacam os regimes legais internacionais e locais aplicáveis ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau (Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre a RAEM e a RAEHK, Lei da Arbitragem e Código de Processo Civil), o princípio da competência-competência, a validade formal da convenção de arbitragem, e a ordem pública. Depois de um breve resumo dos elementos essenciais do acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância de Macau, são criticamente analisados os temas listados, considerando a interpretação e aplicação pela doutrina e jurisprudência da RAEM, e efetuado um breve apontamento comparativo luso. Não obstante a identificação de oportunidades de melhoria, o surgimento de decisões que bem aplicam esta Lei da Arbitragem permitirá a consolidar a disciplina jurídica da arbitragem em Macau, alinhada com os objetivos de promover esta região como uma sede de arbitragem competitiva, no contexto regional e mundial, permitindo uma simbiose entre foro arbitral e judicial.

Palavras-chave: Decisões arbitrais; Reconhecimento e execução; princípio Competência-Competência; Convenção de Arbitragem; Ordem pública; Macau; Código de Processo Civil; Lei da Arbitragem; Convenção de Nova Iorque; Acordo RAEM-RAEHK.

1. Acórdão

1.1. Elementos essenciais:¹

Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau

Processo n.º 302/2024 (Autos de Revisão e Confirmação de Decisões)
25 de julho de 2024

Juízes: Rui Pereira Ribeiro (relator), Fong Man Chong (Primeiro Juiz-Adjunto), Ho Wai Neng (Segundo Juiz-Adjunto)

Sumário:

“– Como resulta do n.º 4 do art.º 11.º da Lei da Arbitragem de Macau e n.º 6 do art.º 11.º da Lei Modelo da UNCITRAL a Convenção de Arbitragem não necessita de constar dos documentos assinados pelas partes podendo constar de um documento para o qual aqueles remetem.

– Nos termos das normas que regulam a arbitragem as partes têm a disponibilidade de determinar qual o regime jurídico a aplicar à solução do litígio, derogando necessariamente o disposto no n.º 2 do art.º 40.º do C.Civ., não resultando desta escolha a violação de normas imperativas.

– Entendendo-se por «“ordem pública”, o conjunto de normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos, que formam quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, sendo, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos», a liberdade de escolha do regime jurídico substantivamente aplicável à resolução do litígio submetido a Convenção de Arbitragem, não se mostra intolerável com o ordenamento jurídico de Macau, sendo certo que, estão em causa relações comerciais que cabem no âmbito dos direitos disponíveis.

¹ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 302/2024, de 25.07.2024, disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/pt-55205eb5525a55f2.pdf> (consult. 13.12.2024).

- O mérito da decisão arbitral não pode ser objecto de novo julgamento em sede de revisão da sentença arbitral.
- Não tendo sido interposto recurso da decisão do Tribunal Arbitral que concluiu pela existência de Convenção de Arbitragem e sua validade, a questão ficou definitivamente decidida.
- Invocar a exceção de violação da Convenção da Arbitragem não é estar a apreciar a forma mas o mérito da decisão revidenda, matéria que está fora do âmbito do processo de revisão de sentença arbitral.”

1.2. Resumo do caso:

Factos subjacentes e decisão do Tribunal Arbitral

As partes neste processo são a Companhia de Engenharia A (Macau) Limitada, Requerente no caso em análise (doravante “*Requerente*”), e B (Macau) Companhia de Construção e Engenharia Civil China, Limitada (doravante “*Requerida*”).

As partes assinaram em 10.09.2019 uma carta de adjudicação (“*Letter of Award*”), parte de um subcontrato de empreitada, por via do qual a Requerida, empreiteira principal num projeto de construção do projeto “*Resorts World*” (com valor de quase 3,5 mil milhões de patacas), nomeou a Requerente como subempreiteira para a realização dos respetivos trabalhos de instalação de aquecimento, ventilação e ar condicionado (“*AVAC*”) (no valor de quase 360 milhões de patacas).

A carta de adjudicação continha, num dos seus anexos intitulado “*Carta de Intenção*”, os termos gerais do subcontrato, incluindo uma convenção de arbitragem, nos termos da qual qualquer litígio ou divergência emergente durante as obras do subcontrato ou após a sua conclusão ou cessação deveria ser resolvida por arbitragem com sede na Região Administrativa Especial de Hong Kong (doravante “*Hong Kong*”), sob o direito de Hong Kong e ao abrigo das regras do Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (conhecido em língua inglesa pela sigla “*HKIAC*”)².

² Nos termos da convenção de arbitragem: “*Se entre o empreiteiro geral e o subempreiteiro surja qualquer litígio ou divergência, quer durante a execução das obras do Subcontrato, quer após a conclusão ou desistência das mesmas, ou após a cessação da*

As obras de instalação do AVAC iniciaram-se, mas em 16.07.2020 as obras principais foram suspensas por 180 dias, e em 06.01.2021 o contrato principal foi cessado, tendo a Requerida e o dono de obra celebrado um acordo de transação. A Requerida notificou a Requerente de que o subcontrato de obras tinha igualmente cessado.

A Requerente veio reclamar em arbitragem, *inter alia*, sobre o incumprimento do subcontrato pela Requerida, por falta de pagamento de quantias devidas³, sobre a respetiva alteração e incumprimento, e ainda sobre a indevida cessação do contrato principal pelo dono da obra. A Requerida rejeitou ter incorrido em qualquer incumprimento, e contestou o montante reclamado pela Requerente.

O árbitro considerou-se competente para dirimir o litígio em decisão interlocutória de 25.11.2021, após impugnação da sua competência pela Requerida, tendo posteriormente proferido uma sentença condenatória, por via da qual deu provimento parcial aos pedidos da Requerente (entendeu que não houve violação do contrato de subempreitada, que cessou com a cessação do contrato principal) e condenou a Requerida a indemnizar a Requerente no valor de mais de 60 milhões de patacas, tendo juros e custas ficado para liquidação posterior.

1.3. Reconhecimento da sentença arbitral

A Requerente instaurou ação para Revisão e Confirmação de Decisão Proferida por Tribunal Arbitral Exterior de Macau perante o Tribunal de Segunda Instância (doravante “TSP”).⁴

contratação do subempreiteiro no presente Subcontrato (quer por inadimplemento, quer por qualquer outra forma), sobre assuntos ou coisas de qualquer natureza causados por ou relacionados com o presente Subcontrato, deve uma das partes notificar, por escrito, a outra parte do respectivo litígio ou divergência, que será submetido à arbitragem por árbitro (...)”, cf. Acórdão sob análise, p. 109.

³ Mormente por trabalhos realizados e outros em curso, por materiais e bens entregues no local de obra, por custos incorridos com aquisições e encomendas e quaisquer anulações, por perda de taxas, por perdas e danos reclamados por terceiros, por rendas e alugueres de materiais e equipamentos fora do local de obra e custos com a respetiva remoção, por prémios adicionais incorridos com prolongamento de garantia não devolvida pelo dono de obra para cancelamento, por perda de juros, lucros e outros.

⁴ Nos termos do artigo 84.º da Lei Básica da RAEM, a RAEM dispõe: (i) de tribunais

Por seu lado, a Requerida pugnou pela não confirmação da sentença arbitral. Para o efeito, requereu a suspensão da instância, considerando que existe *causa prejudicial*. Seria esta a ação de simples apreciação negativa, que corria simultaneamente no Tribunal Judicial de Base, na qual tinha pedido que fosse declarada a inexistência da convenção de arbitragem entre a Requerida e a Requerente.

No mais, para além de se defender por impugnação, a Requerida defendeu-se também por exceção, argumentando que:

- i. não estavam verificados os requisitos para a confirmação da decisão arbitral previstos no artigo 1200.º do *CPC de Macau*;
- ii. o Requerimento era inepto, dada a ininteligibilidade da causa de pedir e do pedido, nos termos do artigo 139.º do CPC, e não sendo indicado o lugar da situação dos bens e a situação patrimonial da Requerida;
- iii. o Requerimento não estava acompanhado dos *documentos* indispensáveis, não tendo sido junta a convenção de arbitragem, para efeitos do artigo 4.º do Acordo sobre a Confirmação e a Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong (doravante “*Acordo RAEM-RAEHK*”)⁵. Isto porque o único documento assinado, junto pela Requerente, foi a carta de adjudicação, da qual não consta qualquer convenção de arbitragem;
- iv. o reconhecimento do objeto de confirmação violaria a *ordem pública da RAEM* na medida em que, sendo as partes sociedades registadas em Macau, local onde a obra objeto do contrato foi executada, a sentença arbitral violaria o disposto no artigo 40.º, n.º 2

de primeira instância, que julgam processos em matéria cível, criminal, administrativa e laboral; (ii) de um Tribunal de Segunda Instância, que aprecia recursos e revê decisões proferidas pela primeira instância; e (iii) de um Tribunal de Última Instância, que conhece dos recursos interpostos de decisões do TSI e de matérias de grande relevância jurídica.

⁵ Aviso do Chefe do Executivo n.º 2/2013, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau*, II Série, n.º 9, de 27 de fevereiro de 2013, o qual entrou em vigor em 16 de dezembro de 2013 conforme o Aviso do Chefe do Executivo n.º 41/2013, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau*, II Série, n.º 50, de 11 de dezembro de 2013.

do Código Civil de Macau (doravante “CC”), norma imperativa, que limita a possibilidade de escolha das partes do direito aplicável no caso;

- v. o processo arbitral violava o acordo das partes, sustentando que as mesmas não deram consentimento ao processo arbitral por ser necessário, para além da convenção de arbitragem, um consentimento adicional efetuado por escrito conforme exigência da própria convenção⁶;
- vi. o litígio submetido à arbitragem não se encontrava no âmbito da convenção de arbitragem, dado que foi condenada a pagar quantias que não estavam previstas no clausulado do contrato;
- vii. a aplicação da lei de Macau teria produzido um resultado mais favorável à Requerida, uma vez que se condenou em mais do que se pedia, o que viola o disposto no artigo 571.º, n.º 1, al. e) do CPC.

Não obstante o Ministério Público ter emitido parecer no sentido da improcedência da revisão pedida, o TSI decidiu pela procedência da mesma.

2. Anotação

2.1. Relevância do Acórdão

Este Acórdão constitui uma das primeiras, senão mesmo a primeira, decisão publicada que trata o tema do reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau ao abrigo da Lei n.º 19/2019, aprovada em 17 de outubro de 2019, publicada a 5 de novembro de 2019 e que entrou em vigor em 3 de maio de 2020 (doravante “*Lei da Arbitragem*”)⁷.

⁶ Segundo a convenção de arbitragem celebrada entre as partes: “*Mas, sem o consentimento escrito do arquitecto ou do empreiteiro geral, e em qualquer caso, sem o consentimento escrito do subempreiteiro, não pode o árbitro prosseguir com a arbitragem, até após a conclusão ou desistência das obras do contrato principal, salvo no que diz respeito às questões de retenção indevida dos certificados ou da sua desconformidade com as cláusulas do contrato principal*”, cf. Acórdão sob análise, p. 107.

⁷ Artigo 86.º da Lei da Arbitragem.

Com esta lei passou a vigorar em Macau um único diploma legal para toda a arbitragem⁸, uniformizando a anterior regulação bipartida de arbitragem interna e externa, conseguindo-se a revisão e aperfeiçoamento do regime arbitral de Macau, previamente defendido pela doutrina⁹. A Lei da Arbitragem, inspirada na Lei Modelo e já com as respetivas alterações de 2006 – e reconhecida como tal¹⁰ – veio prever institutos tão inovadores como o árbitro de emergência ou o árbitro-conciliador, e regras específicas para litígios de direito administrativo¹¹.

A nossa análise focará alguns dos temas mais relevantes para a consolidação da disciplina jurídica arbitral que ressaltam da análise da decisão referida, nomeadamente: (2.2.) a determinação do regime aplicável ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau; (2.3.) a aplicação do princípio Competência-Competência, para efeitos de declaração da validade da convenção de arbitragem; e, por fim, (2.4.) o conceito de ordem pública, enquanto fundamento de recusa da reconhecimento e execução da decisão arbitral.

2.2. Regime aplicável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas fora de Macau

São vários os instrumentos jurídicos aplicáveis em Macau no que toca ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora deste território.

⁸ Artigos 1.º, 83.º a 85.º da Lei da Arbitragem.

⁹ Nomeadamente LAI KIN KUOK, *Contributos para a revisão do regime jurídico da arbitragem de Macau*, in Administração, n.º 95, vol. XXV, 2012-1.º, p. 208. Cf. ainda PAULA COSTA E SILVA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *A nova Lei...*, cit., pp. 228-229; FÁTIMA DERMAWAN, *Macau Adopts a New Arbitration Framework*, in ROMESH WEERAMANTRY and JOHN CHOONG (eds.), in Asian Dispute Review, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Vol. 22, I. 1, 2020, pp. 36-40, p. 37.

¹⁰ Informação publicada em UNCITRAL, Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (consult. 26.10.2024).

¹¹ ANA COIMBRA TRIGO, *Recensão à obra Lei da Arbitragem de Macau Anotada (Vol. I)*, de Paula Costa e Silva e José Figueiredo, in Revista de Arbitragem e Conciliação, Vol. 21, 2024, pp. 351-354.

Em primeiro lugar, a República Popular da China (“RPC”) é desde 1987 parte da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10.06.1958 (doravante “Convenção de Nova Iorque”)¹²⁻¹³, e tendo, por notificação com efeitos a 20.10.2005, notificado a ONU da aplicação desta Convenção também a Macau¹⁴⁻¹⁵. São aplicáveis em Macau as reservas de reciprocidade e comercial efetuadas pela China, por via da qual a convenção apenas se aplicará a sentenças de outros Estados contratantes e a litígios resultantes de relações jurídicas contratuais e não contratuais consideradas comerciais¹⁶⁻¹⁷.

¹² A Convenção de Nova Iorque foi aprovada por conferência diplomática das Nações Unidas em 10.06.1958 e entrou em vigor em 07.06.1959. A China depositou o seu instrumento de adesão na ONU em 22.01.1987, com efeitos a partir de 22.04 desse ano.

¹³ Para uma análise cuidada, cf. TERESA LEONG, *Reconhecimento e execução de decisões arbitrais comerciais externas em Macau*, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo II, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, p. 321, nota 11; FERNANDO DIAS SIMÕES, *Interpretation and Application of the New York Convention in Macau*, in GEORGE A. BERMAN (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, 23, pp. 631-634.

¹⁴ Em 19.07.2005, a RPC notificou a ONU de que esta convenção se aplicaria também a Macau, conforme o Aviso do Chefe do Executivo n.º 3/2007, com efeitos a 20.10.2005. Conforme este Aviso, a versão autêntica em língua francesa, acompanhada da respetiva tradução para a língua portuguesa, encontra-se publicada no Suplemento ao Boletim Oficial, I Série, n.º 49, de 6 de dezembro de 1999, e a versão autêntica em língua chinesa encontra-se publicada no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau, II Série, n.º 13, de 28 de março de 2007.

¹⁵ Decorre do artigo 1.º da Lei Básica de Macau que a RPC abarca quatro sistemas jurídicos, que são a China Interior, a RAEM, a RAEHK e Taiwan. No que aqui releva, destacamos que a RAEM é parte inalienável do território chinês, fazendo parte daquele estado, que tem responsabilidade quanto às relações internacionais daquela região, nos termos do artigo 138.º da Lei Básica de Macau.

¹⁶ TAO JINGZHOU, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Arbitration Law, 2013, 3.ª ed., p. 14; SAMANTHA JAYNE LORD, *The Procedure for Enforcement of Foreign-Related and Foreign Arbitral Awards in the People's Republic of China: Is There a Need for Reform?*, in *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 11, I. 1, 2015, pp. 6-7. Em relação à reserva comercial, o artigo 2.º da Circular do Supremo Tribunal Popular sobre a Implementação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de que a China é Parte, de 02.12.1986, providencia orientação e alguns exemplos, incluindo neste conceito relações jurídicas como a compra e venda de bens, arrendamento de imóveis, contratação de projetos, “processing”, cessão tecnológica,

A Convenção de Nova Iorque foi celebrada para facilitar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais a nível mundial, contando atualmente com 172 estados contratantes¹⁸. Consagra princípios modernos fundamentais nesta matéria¹⁹, resumidamente: (i) a previsão de um conjunto exaustivo de fundamentos para recusa do reconhecimento e execução; (ii) o princípio do favor *arbitrandum*, permitindo que tribunais judiciais admitam o reconhecimento e execução ainda que verificado algum dos fundamentos de recusa; (iii) a proibição de revisão do

consórcio, operações comerciais conjuntas, exploração e desenvolvimento de recursos naturais, seguros, crédito, prestação de trabalho, transporte marítimo, civil, aéreo, ferroviário e rodoviário de passageiros e mercadorias, responsabilidade por produtos defeituosos, poluição ambiental e litígios sobre propriedade.

¹⁷ TERESA LEONG, cit., pp. 328-329. Em consequência, ficam de fora as relações civis *stricto sensu* que sejam arbitráveis, cf. CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia em Macau de Sentenças Judiciais e arbitrais do Exterior. A Problemática da Cooperação Inter-Regional ou uma Cooperação Inter-Regional Problemática?*, in *Direito de Macau. Reflexão e Estudos*, Fundação Rui Cunha, 2014, p. 364.

Defendendo que os tribunais de Macau não estão vinculados pela circular referida na nota anterior, mas antes pelo Código Comercial de Macau (Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de agosto), e que podem consultar para inspiração o artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei 55/98/M, de 23 de novembro, anteriormente regulando a arbitragem externa em Macau, e que adotava a definição da Lei Modelo de 1985, de forma a que o termo “comercial” abrangesse “as questões suscitadas por qualquer relação de natureza comercial, contratual ou extracontratual, compreendendo, entre outras, as seguintes transações: qualquer transacção comercial relativa ao fornecimento ou troca de mercadorias ou de serviços; acordo de distribuição; representação comercial ou agência; factoring; locação financeira; consultadoria; engineering; contrato de licença; investimento; financiamento; transacção bancária; seguro; acordo de exploração ou concessão; joint venture e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadorias ou de passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária”.

¹⁸ Informação publicada em UNCITRAL, Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (consult. 26.10.2024). O 172.º Estado contratante foi Timor-Leste, onde a convenção entrou em vigor em 17 de abril de 2023.

¹⁹ O *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, ICCA, 2024, 2.ª ed., refere-se à Convenção de Nova Iorque como a pedra angular da arbitragem internacional commercial (“cornerstone of international commercial arbitration”), p. 7; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2021, 3.ª ed., pp. 98-99.

mérito; e (iv) a alocação do ónus da prova sobre a parte que se opõe ao reconhecimento e execução²⁰.

Se a Convenção de Nova Iorque impõe por via do seu artigo III que os Estados contratantes se comprometam a reconhecer a autoridade das sentenças arbitrais regidas pela convenção e a conceder execução a tais sentenças de acordo com a lei processual local, salvo no que toca ao ónus da prova e documentos a instruir o pedido de reconhecimento²¹, e que aquela lei processual local não pode impor condições sensivelmente mais rigorosas ou encargos sensivelmente mais elevados do que os previstos para a execução de sentenças arbitrais domésticas²², em paralelo, prevê o seu artigo VII.1 que as disposições da Convenção de Nova Iorque “*não prejudicam a validade dos acordos multilaterais ou bilaterais celebrados pelos Estados Contratantes em matéria de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais, nem prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das Partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada*”²³.

Em suma, e exceto os casos excecionais do artigo VII.1, às decisões arbitrais sobre questões consideradas comerciais e oriundas de Estados contratantes da Convenção de Nova Iorque, exceto a RPC, aplica-se em Macau a Convenção de Nova Iorque.

²⁰ Em Macau, TERESA LEONG, cit., pp. 330, nota 39, 346. Em geral, ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em Portugal*, in CATARINA MONTEIRO PIRES, ELEONORA COELHO, CAROLINA PITTA E CUNHA, GUSTAVO FAVERO VAUGHN (eds.), *ARBITRAGEM 2 MUNDOS. Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. II, p. 127.

²¹ Artigo III da Convenção de Nova Iorque. Cf. ainda, *ICCA Guide*, cit., p. 67.

²² Sobre a interpretação na doutrina portuguesa, ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., p. 128.

²³ O artigo VII não permite uma aplicação seletiva de disposições mais favoráveis entre regimes concorrentes, devendo a Convenção de Nova Iorque ou o regime alternativo ser invocado pelas partes interessadas em bloco, salvo se os próprios acordos permitirem o contrário. Ver em geral, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária*, Almedina, 2016, pp. 223-224; ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., p. 129, nota 28.

Em segundo lugar, são vários os acordos inter-regionais de cooperação jurídica e judiciária relevantes no delta do Rio das Pérolas²⁴. Destaca-se, *in casu*, o aplicado Acordo RAEM-RAEHK²⁵, já referido.

Este acordo prevê o regime e formalismos aplicáveis à confirmação e execução de sentenças arbitrais emitidas numa região, de acordo com a legislação dessa região, na outra. Bebe do espírito da Convenção de Nova Iorque, pelo que não permite a revisão do mérito e prevê fundamentos semelhantes para obstar à confirmação e execução. Em específico, contém ainda disposições sobre a coordenação da execução em Macau e Hong Kong, por exemplo no que toca à competência e coordenação dos tribunais judiciais²⁶ e outras questões processuais adjacentes²⁷, e prevê ainda que em tudo o que não estiver previsto no Acordo, aplicam-se as normas processuais legais do lugar de confirmação e execução²⁸.

Em terceiro lugar, às decisões arbitrais oriundas de países não signatários da Convenção de Nova Iorque e que versem sobre questões não comerciais, deve aplicar-se o regime da Lei da Arbitragem²⁹.

²⁴ Sobre a natureza jurídica destes acordos de cooperação jurídica e judiciária, e defendendo que constituem *tertium genus*, pois não se aplicam no plano das relações puramente internas nem puramente entre nações, que a RAEM pode estabelecer com base no Artigo 94.º da Lei Básica no contexto da política “Um País, Dois Sistemas”, cf. CARLA MENDONÇA, *International Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters in the Macau SAR*, in JORGE GODINHO (ed.), *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, LexisNexis, 2010, p. 243.

²⁵ Aviso do Chefe do Executivo n.º 2/2013, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau*, II Série, n.º 9, de 27 de fevereiro de 2013, o qual entrou em vigor em 16 de dezembro de 2013 conforme o Aviso do Chefe do Executivo n.º 41/2013, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau*, II Série, n.º 50, de 11 de dezembro de 2013.

²⁶ Em concreto, a competência dos tribunais (artigo 2.º), a possibilidade de executar a sentença em ambos os territórios até ao limite do valor devido determinado na decisão arbitral (artigo 3.º), a suspensão da execução caso esteja a correr processo de anulação da mesma sentença (artigo 9.º), todos do Acordo RAEM-RAEHK.

²⁷ Em concreto, os documentos a apresentar (artigo 4.º), o conteúdo do pedido de confirmação e execução (artigo 5.º), o prazo para a ação relevante (artigo 6.º), os custos (artigo 8.º), o dever do tribunal de confirmação e execução apreciar com brevidade o pedido (artigo 10.º), todos do Acordo RAEM-RAEHK.

²⁸ Artigo 1.º do Acordo RAEM-RAEHK.

²⁹ Como por exemplo, às decisões de Taiwan, FERNANDO DIAS SIMÕES, *Interpretation and Application...*, cit., p. 640.

O artigo 70.º da Lei da Arbitragem trata da necessidade do reconhecimento e da possibilidade de posterior execução. Espelhando a disposição do CPC, esta norma reflete o carácter subsidiário do regime da Lei de Arbitragem perante convenções internacionais, acordos no domínio da cooperação judiciária ou de lei especial, mas também a indicação do critério territorial da sede para determinação da natureza estrangeira de uma sentença arbitral e a exigência de um ato formal obrigatório de reconhecimento³⁰. Este último elemento foi introduzido apenas para clarificar a necessidade de reconhecimento prévio à execução³¹.

Quanto a fundamentos de recusa do reconhecimento e execução, os mesmos estão vertidos no artigo 71.º da Lei da Arbitragem. Estes seguem os padrões internacionais da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo, pelo que são exaustivos, e excluem a revisão do mérito das sentenças arbitrais³².

São estes: (i) a incapacidade das partes da convenção de arbitragem, (ii) a invalidade da convenção à luz da lei a que as partes a sujeitaram, ou não havendo, à luz da lei da sede; (iii) a falta de devida informação prestada à parte contra quem a sentença é invocada sobre a designação,

À luz da anterior lei de arbitragem externa, apenas o reconhecimento e execução de sentenças de arbitragem comercial externa eram regidas por esta lei (cf. artigo 1.º, n.º 1), sendo as restantes, portanto não comerciais, regidas pelo CPC, cf. FERNANDO DIAS SIMÕES, *Interpretation and Application...*, cit., p. 640.

³⁰ Artigo 70.º da Lei da Arbitragem.

³¹ Parecer n.º 5/VI/2019 da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, pp. 1 e 2, 57-59, disponível em: <https://www.al.gov.mo/pt/law/lawcase/341> (consult. 26.10.2024). Aliás, à semelhança do que aconteceu em Portugal, cf. ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., pp. 131-132.

³² Salienta a Nota Justificativa – Lei da Arbitragem, Assembleia Legislativa da RAEM, disponível em: <https://www.al.gov.mo/pt/law/lawcase/341> (consult. 26.10.2024), p. 13, que na primeira versão deste artigo, mantida no geral e com as alterações que se destacarão, “*estabelecem-se os requisitos taxativos que podem fundamentar a recusa do reconhecimento e da execução (artigo 71.º), sendo importante salientar que os mesmos são equivalentes aos fundamentos da anulação da decisão arbitral.*”

Cf. Acórdão sob análise, “*Como é sabido nas acções de revisão de decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau o Tribunal não conhece do fundo ou mérito da causa limitando-se a apreciar se a decisão objecto dos autos satisfaz os requisitos de forma e condições de regularidade para que possa ser confirmada, os quais estão elencados no art.º 71.º da Lei n.º 19/2019 de 05.11.2019 (doravante Lei da Arbitragem).*”

escolha ou nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou a impossibilidade de fazer valer os seus direitos por outra razão; (iv) a pronúncia na decisão arbitral sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem, ou contendo decisões que ultrapassam os termos dessa convenção; (v) a não conformidade da constituição do tribunal arbitral ou do processo de arbitragem com o acordo das partes, ou na falta dele, com a lei da sede; (vi) a não obrigatoriedade da sentença arbitral para as partes, respetiva anulação ou suspensão por tribunal do estado ou região em que, ou segundo a lei da qual, a decisão arbitral foi proferida; (vii) a não arbitrabilidade do litígio à luz da lei do foro; e (viii) a contrariedade à ordem pública do foro (estes dois últimos passíveis de conhecimento oficioso pelo tribunal judicial).

O artigo 72.º prevê os trâmites do processo de reconhecimento (documentos necessários, prazos e tramitação urgente), na senda da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo³³, o artigo 73.º a posterior execução de decisão arbitral reconhecida, e o artigo 74.º, n.º 2 o tribunal competente para o reconhecimento³⁴.

Por último, apenas na ausência de regulação da Lei da Arbitragem se deve considerar a aplicação do CPC, nomeadamente para efeitos de tramitação processual dos pedidos de reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau³⁵, em função daquela lei constituir lei especial por referência a este código.

³³ Artigo 72.º da Lei da Arbitragem. Cf. ainda Parecer da 1.ª Comissão Permanente, p. 58: “Com estes preceitos visa facilitar-se o reconhecimento de decisões arbitrais proferidas fora da RAEM, reduzindo ao mínimo os requisitos formais a satisfazer pela parte que pretende obter o reconhecimento na RAEM. Esses requisitos resumem-se à apresentação do original ou de uma cópia certificada da decisão arbitral e, caso a decisão arbitral não esteja redigida numa das línguas oficiais da RAEM, de uma tradução certificada numa dessas línguas. Os requisitos supra referidos decorrem do disposto no artigo 35 (2) da Lei Modelo e do artigo IV da Convenção de Nova Iorque de 1958. Os trâmites do processo de reconhecimento previstos nos n.ºs 3 a 7 correspondem, com ligeiras adaptações, àqueles que se acham actualmente estabelecidos nos artigos 1201.º e seguintes do Código de Processo Civil.”.

³⁴ Artigo 74.º da Lei da Arbitragem.

³⁵ Cf. ainda Parecer da 1.ª Comissão Permanente, cit., p. 58.

A natureza supletiva ou residual do CPC de Macau³⁶ decorre expressamente do seu artigo 1199.º, n.º 1, que prevê que “[s]alvo disposição em contrário de convenção internacional aplicável em Macau, de acordo no domínio da cooperação judiciária ou de lei especial, as decisões sobre direitos privados, proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau, só têm aqui eficácia depois de estarem revistas e confirmadas.”.

A doutrina entende que a expressão “árbitros do exterior de Macau”, não se prende com a plurilocalização da relação material em litígio, o lugar de funcionamento do tribunal arbitral ou a proveniência dos árbitros, mas sim da sede da arbitragem³⁷.

Também o artigo 680.º do CPC macaense dispõe que sentenças arbitrais proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau só podem servir de base a execução depois de revistas e confirmadas em Macau, por forma a poderem gozar do efeito de autoridade de caso julgado e força executiva³⁸.

Assim é, tanto mais que, numa lógica distinta da Convenção de Nova Iorque e demais instrumentos analisados, o artigo 1200.º, n.º 1 do CPC lista os requisitos necessários para a confirmação de decisões arbitrais.

Estes requisitos são: (i) a não existência de dúvidas sobre a autenticidade do documento da decisão, ou sobre a inteligibilidade da decisão (de apreciação oficiosa); (ii) o trânsito em julgado da decisão segundo a lei

³⁶ CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia...*, cit., p. 363.

³⁷ CÂNDIDA PIRES, *Síntese Histórica...*, cit., pp. 487-489. A mesma autora critica esta formulação (“árbitros do exterior de Macau”) e propõe que se denomine arbitragem externa quando o tribunal arbitral funciona fora do território de Macau, cf. CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia...*, cit., pp. 360-361.

³⁸ CÂNDIDA PIRES, *Síntese Histórica e Situação Actual da Arbitragem e do Reconhecimento de Decisões do Exterior na RAEM. Panorama do Singular e Paradigmático Papel da Região como sólida ponte entre a China e os Países Lusófonos*, in *Administração*, n.º 92, vol. XXIV, 2011-2.º, p. 485.

Cf. ainda ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 2021, Almedina, pp. 421, e pp. 426-430, que analisam o artigo 980.º e seguintes do CPC de Portugal, com semelhante redação.

A mesma autora explica que, neste caso o acórdão confirmatório é que serve de base à execução, conjugado com a decisão revista e confirmada. Neste sentido, CÂNDIDA PIRES, *Lições de Processo Civil de Macau*, 2.ª ed., 2015, Universidade de Macau e Almedina, p. 458.

do local onde foi proferida; (iii) proveniência de tribunal cuja competência não foi provocada em fraude à lei e que não versa sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau³⁹; (iv) a não procedência de exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal de Macau, exceto se foi o tribunal do exterior de Macau que preveniu a jurisdição; (v) a regular citação do réu para a ação, nos termos da lei do local do tribunal de origem, e que no processo não tenham sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes; e (vi) a não condução a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública (de apreciação oficiosa)⁴⁰.

Refere ainda o artigo 1202.º do CPC que o pedido de revisão e confirmação pode também ser impugnado quando (i) se verifique algum dos factos previstos nas alíneas a), c) e g) do artigo 653.º do CPC, isto é, quando se mostre, por sentença transitada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção de algum dos juízes que na decisão intervieram; quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento ou de que não tivesse podido fazer uso no processo em que a decisão foi proferida, sendo o documento suficiente, por si só, para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida; e quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente. E assim será também (ii) se a decisão tivesse sido proferida contra residente de Macau, e o resultado da ação

³⁹ Entendendo que esta alínea c) deste artigo não se aplica à arbitragem, CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia...*, cit., p. 361.

⁴⁰ O artigo 1204.º do CPC prevê que apesar de apenas estar estipulada a apreciação oficiosa dos dois fundamentos assinalados, caso pelo exame do processo ou por conhecimento derivado das suas funções apure que falta algum outro requisito, pode também negar a confirmação. Cf. CARLA MENDONÇA, *International Judicial Cooperation...*, cit., p. 242.

Entende-se que basta que o requerente invoque os requisitos do artigo 1200.º do CPC relativos ao trânsito em julgado, competência do tribunal do exterior e ausência de litispendência ou de caso julgado, e garantia do contraditório e igualdade de armas, dado que estes se presumem, e assim fica o requerente dispensado de fazer prova positiva e direta – cf. CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia...*, cit., p. 372. A jurisprudência de Macau (Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 305/2019, de 11.07.2019), bem como a doutrina portuguesa (apreciando norma com semelhante redação – cf. ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA, PIRES DE SOUSA, cit., pp. 433) vem entendendo que quanto aos outros requisitos, o ónus da prova cabe ao requerido.

lhe tivesse sido mais favorável aplicando-se o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as normas de conflitos de Macau.

A revisão subjacente a este regime é predominantemente formal⁴¹, salvo no que toca a esta último fundamento⁴², não obstante o tribunal se limitar a confirmar ou não a decisão estrangeira⁴³.

Ora, *no Acórdão em análise*, a Requerida apresentou a sua oposição invocando a falta de cumprimento de requisitos previstos no CPC, nomeadamente a inteligibilidade da decisão⁴⁴ e o privilégio de residência⁴⁵, para além de outros previstos na Lei da Arbitragem. O próprio TSI entendeu também que, seguindo a prática local, e não obstante observar que os fundamentos de recusa previstos no artigo 71.º da Lei da Arbi-

⁴¹ Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal de Última Instância, processo n.º 123/2020, de 18.11.2020, “*O sistema da R.A.E.M. está mais próximo de uma “revisão (meramente) formal”, (ou de simples deliberação), em que o Tribunal se limita a verificar se a decisão do exterior satisfaz certos “requisitos”, (os do art. 1200º do C.P.C.M.), não conhecendo do mérito ou fundo da causa*”.

⁴² CARLA MENDONÇA, *International Judicial Cooperation...*, cit., p. 242.

Sobre o artigo 983.º do CPC Português, com redação semelhante, cf. ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA, PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado...*, pp. 423 e 431-432.

⁴³ CÂNDIDA PIRES, *Sobre a Eficácia...*, cit., p. 370.

⁴⁴ O TSI considerou que a causa de pedir e o pedido eram perfeitamente inteligíveis, estando corretamente discriminados na petição inicial, e frisou que a indicação do lugar dos bens e da situação patrimonial da Requerida não eram, no caso, necessárias nem relevantes nos termos do artigo 4.º do Acordo RAEM-RAEHK. O argumento apenas procederia, para o TSI, caso estivesse em causa a execução da decisão – cf. Acórdão sob análise, p. 93.

⁴⁵ O TSI considerou que a suposta violação do artigo 571.º, n.º 1 do CPC não servia, neste contexto, como um fundamento de impugnação da sentença arbitral. Transcreve, para o efeito, o artigo 1202.º do CPC, nos termos do qual, a impugnação da sentença arbitral poderia ter como fundamento o facto de direito material de Macau poder ter levado a resultado mais favorável, quando este devesse ter sido aplicado segundo as normas de conflitos de Macau. Enquadrando a questão desta forma, identificou duas falhas no argumento da Requerida: em primeiro lugar, o facto deste artigo 571.º, n.º 1 do CPC ter natureza processual, não integrando o quadro de normas de direito material da RAEM, razão pela qual o artigo 1202.º do CPC não tinha aplicação no caso; de qualquer forma, seria necessário que segundo as normas de conflito de Macau fossem de aplicar as normas processuais de Macau, o que não se verificava. Ademais, o processo arbitral estava sujeito a regras próprias – cf. Acórdão sob análise, pp. 111-112.

tragem e do artigo 7.º do Acordo “*são iguais, sem prejuízo de alguma ligeira diferença, de redacção*”⁴⁶, estes são “*fundamentos específicos para a não confirmação de decisão arbitral, a mesma continua sujeita à verificação dos requisitos elencados no art.º 1200.º do CPC*”.⁴⁷

Salvo melhor entendimento, a verificação dos requisitos do artigo 1200.º do CPC concomitantemente com os outros regimes aplicáveis em Macau e analisados *supra* não parece conforme a natureza supletiva ou residual do mesmo. Assim é pois a interação entre o direito internacional e nacional discutido, que devem ser concatenados da seguinte forma:

Primeiro, prevalecem as fontes de direito internacional – Convenção de Nova Iorque e/ou Acordo RAEM-RAEHK –, conforme expressamente previsto nos artigos 71.º da Lei da Arbitragem e 1199.º do CPC (salvo se estes últimos forem mais favoráveis nos termos do artigo VII desta convenção). No entanto, a lei de Macau, foro de reconhecimento e execução, será aplicável ou em função de um comando expreso inserido nesses instrumentos, como é o caso no que toca a questões processuais, ou em tudo o que esses instrumentos não dispõem, como normas adjuvantes.

Segundo, essa dupla remissão para a lei de Macau deve ser efetuada para o regime da Lei da Arbitragem sobre o reconhecimento e execução em causa, dado que, tendo ambos o mesmo âmbito de regulação, esta Lei da Arbitragem constitui lei especial e prevalece sobre o CPC, como explica Fernando Dias Simões⁴⁸.

Equivalente interação entre regimes existe em Portugal⁴⁹. De uma mão, se entende que “*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 sentenças*”⁵⁰. Ou seja, consa-

⁴⁶ Acórdão sob análise, p. 92.

⁴⁷ Acórdão sob análise, p. 115.

⁴⁸ Cf. explicação sobre estes pontos de FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration between China and the Portuguese-Speaking World*, Kluwer Law International, 2014, pp. 93-94.

⁴⁹ ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., pp. 126-129.

⁵⁰ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano V, 2012, p. 74.

grando aquele preceito uma cláusula aberta, permite-se a aplicação de normas constantes de convenções internacionais devidamente ratificadas ou aprovadas diretamente na ordem jurídica interna, com possibilidade de prevalência sobre a legislação nacional.

De outra mão, como explica Sampaio Caramelo, a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (doravante “*LAV Portuguesa*”), quis prever um capítulo específico sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras quer para refletir um regime aplicável a sentenças não abrangidas pela Convenção (dado Portugal ter também efetuado a reserva de reciprocidade), quer para reter um regime processual plenamente conforme a Convenção de Nova Iorque, como alternativa ao regime do CPC então vigente, e assim promovendo o seu processamento eficiente, inclusive junto de tribunais superiores⁵¹. Este autor defende que a LAV Portuguesa, consequentemente “*contém uma regulamentação tendencialmente completa desta matéria, nas suas vertentes substantiva e processual*”⁵².

A mesma conclusão se pode retirar em relação ao regime do CPC de Macau no que toca às decisões arbitrais pois, apesar de prever alguns requisitos parcialmente coincidentes com a Lei da Arbitragem no que toca ao seu conteúdo, segue na prática um regime de verificação de requisitos, ónus da prova e discricionariedade distinto, que não parece ser plenamente compatível com a lógica dos instrumentos internacionais e da referida lei, entendendo-se que também esta última contém um regime tendencialmente completo.

2.3. Princípio da Competência-Competência e validade formal da convenção de arbitragem

O princípio da Competência-Competência – que ocupa um lugar basilar na generalidade das leis de arbitragem⁵³ – assume uma finalidade

⁵¹ SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução* ..., cit., pp. 11-12.

⁵² SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução* ..., cit., p. 12.

⁵³ Essencialmente, em resultado do seu acolhimento no artigo 16.º da Lei Modelo da UNCITRAL, nos termos do qual: “*I – O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte*

pragmática, visando impedir que uma das partes alegue a incompetência do tribunal arbitral para protelar o decurso do processo. Afinal, como bem afirma Lino Diamvutu, sendo necessário recorrer antecipadamente a um tribunal estadual para determinar se a resolução de determinado litígio é da competência de um tribunal arbitral, a ironia seria patente⁵⁴. Sendo o litígio abrangido por uma convenção de arbitragem válida e eficaz, o seu desígnio ficaria, desde logo, frustrado.

Em ordem a evitar o cenário descrito, o princípio Competência-Competência surge enquanto medida *anti-sabotagem*⁵⁵, ao apresentar, então (i) um efeito positivo e (ii) um efeito negativo.

O efeito positivo constitui, nesta sede, um ponto de partida, reconhecendo ao tribunal arbitral a competência para decidir sobre a própria competência⁵⁶, caso necessário, incluindo qualquer exceção relativa à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem.

Enquanto complemento, o princípio apresenta um efeito negativo, cujos destinatários serão os tribunais estaduais, proibindo-os de decidir sobre questões relativas à existência, validade ou eficácia da convenção

de um contrato é considerada como um acordo distinto das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória. 2 – A alegação da falta de competência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até à apresentação das alegações de defesa. O facto de uma das partes ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir a incompetência. A incompetência baseada no excesso de poderes do tribunal será arguida logo que surja a questão que se considera exceder esses poderes, no decurso do processo arbitral. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma alegação arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora. 3 – O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre a substância do pedido. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 dias após ter sido notificada desta decisão, pedir ao tribunal referido no artigo 6.º que decida esta questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir a sentença”.

⁵⁴ LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 228.

⁵⁵ WILLIAM PARK, *Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law*, in Nevada Law Journal, Vol. 8, 2007, p. 138.

⁵⁶ HOWARD M. HOLTZMANN/ JOSEPH NEUHAUS, UNCITRAL Model Law, Chapter IV, Article 16, in UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, Kluwer Law International, 1989, p. 478.

de arbitragem antes do tribunal arbitral⁵⁷. Corresponde, nestes moldes, a uma regra de prioridade, sem a qual se esvaziaria o próprio princípio⁵⁸.

Voltando a nossa atenção para a Lei da Arbitragem, verifica-se que o seu artigo 46.º, n.º 1 – que espelha o disposto no artigo 16.º, n.º 1 da Lei Modelo da UNCITRAL – consagra o efeito positivo do princípio Competência-Competência⁵⁹, determinando que o “*tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer excepção relativa à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem*”.

No que respeita ao efeito negativo do princípio, embora não exista uma consagração expressa, à semelhança do preceito supracitado, podem ser identificados vários corolários que, segundo afirma Hugo Luís dos Santos, “*têm expressão legal através da intervenção posterior dos tribunais estaduais no que toca às decisões dos tribunais arbitrais e na centralização, no tribunal arbitral, de todo o contencioso emergente da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem*”⁶⁰. A título de exemplo, veja-se que este efeito se encontra subjacente: (i) na possibilidade de anulação da decisão arbitral pelos tribunais estaduais, nos casos previstos no artigo 69.º, n.º 2 da Lei da Arbitragem; e (ii) no limite temporal previsto para a dedução da exceção de incompetência do tribunal arbitral, que deve ser deduzida até à apresentação da contestação, ou juntamente com esta, nos termos do artigo 46.º, n.º 4 do mesmo diploma.

Este princípio é reconhecido pela doutrina macaense⁶¹ e tem vindo a ser afirmado pela jurisprudência, que acolhe estes dois efeitos. Neste

⁵⁷ LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum*, cit., pp. 228-230.

⁵⁸ EMMANUEL GAILLARD/ YAS BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in EMMANUEL GAILLARD/ DOMENICO DI PIETRO/ NANOU LELEU-KNOBIL, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York: The New York Convention in Practice*, Cameron May, London, 2008, p. 260.

⁵⁹ Cf., ainda que sem diferenciar os efeitos do princípio Competência-Competência, Nota Justificativa, cit., p. 10.

⁶⁰ HUGO LUZ DOS SANTOS, *A competência da competência arbitral e a convenção de arbitragem em Portugal e na Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do Direito comparado*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 158-159.

⁶¹ FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration ...*, cit., p. 104; HUGO LUZ DOS SANTOS, *A competência da competência arbitral ...*, cit., pp. 153-159.

sentido, pronunciou-se o TSI, em Acórdão de 29.02.2024, no processo n.º 786/2023, ao reconhecer que caso seja celebrada uma convenção de arbitragem, “*é ao tribunal arbitral que cabe pronunciar-se sobre a validade e existência das cláusulas desse contrato*”; e, paralelamente, que “[S]e o Tribunal onde a acção for proposta concluir pela existência da cláusula da convenção de arbitragem não se pode pronunciar sobre o pedido formulado ainda que ele seja o de dizer que essa cláusula existe ou não”⁶².

No Acórdão em anotação, os juízes do TSI recorreram ao princípio descrito de modo a desconsiderar os argumentos levantados pela Requerida, que colocavam em causa a existência e validade da cláusula compromissória e, consequentemente, a competência do tribunal arbitral. Neste ponto, há que relembrar que a Requerida havia atacado a convenção de arbitragem em duas frentes: através da interposição de uma ação de simples apreciação negativa que pugnava pela declaração da inexistência da convenção de arbitragem, e que no entendimento da Requerida constituía causa prejudicial ao reconhecimento e execução; e invocando, em sede dos requisitos do CPC citados e de defesa por impugnação na ação de revisão, também a violação da convenção de arbitragem.

Em primeiro lugar, os juízes do TSI concluíram que a ação de simples apreciação negativa, em curso perante um tribunal judicial, *não constitui causa prejudicial*, uma vez que, em ações de revisão e confirmação de decisões, o tribunal judicial não conhece do mérito da causa. Recorde-se, desde logo, que uma causa é prejudicial a uma segunda quando tenha por objeto uma pretensão que constitua pressuposto da outra. Ou seja, quando uma decisão sobre a mesma possa destruir ou modificar o fundamento ou a razão da segunda ação.⁶³

Ao invés, entenderam os juízes do TSI que se deviam limitar a apreciar se a decisão objeto dos autos satisfazia os requisitos de forma e as

⁶² Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau, processo n.º 786/2023, de 29.02.2024, pp. 1-2, disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/pt-2e43a779e945f35c.pdf> (consult. 13.12.2024). Também assim, vide o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau, processo n.º 139/2018, de 15.03.2018, pp. 13-14, disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/pt-c245e903b4b4e.pdf> (consult. 13.12.2024).

⁶³ ALBERTO DOS REIS, Comentário ao Código de Processo Civil, Vol. III, p. 268.

condições de regularidade para que pudesse ser confirmada ao abrigo do artigo 71.º da Lei da Arbitragem⁶⁴.

Assim, independentemente do seu mérito, o TSI concluiu pela falta de interesse processual naquela ação de simples apreciação negativa que visava a declaração de inexistência da convenção de arbitragem, dado que no processo arbitral subjacente, o árbitro já se tinha considerado competente (nos termos do artigo 16.º da Lei Modelo da UNCITRAL, Parte 5, n.º 34 do Cap. 609 da *Arbitration Ordinance (Cap 609) 2011*, doravante “*Hong Kong Arbitral Ordinance*” ou “HKAO”⁶⁵, e bem assim do artigo 46.º da Lei da Arbitragem) e proferido sentença arbitral transitada em julgado.

Não figurando entre o elenco de mecanismos de recurso que consta do artigo 67.º da Lei de Arbitragem, o TSI entendeu, e bem, não ser sequer possível considerar a referida ação de simples apreciação negativa como ação de anulação para efeitos do artigo 69.º do mesmo diploma, pelo que não produziria qualquer efeito sobre a decisão arbitral em revisão.

Em segundo lugar, e pronunciando-se em matéria de defesa por exceção, o TSI reiterou a aplicação do princípio Competência-Competência, com recurso ao comentário oficial da Lei Modelo da UNCITRAL, frisando que era da competência do tribunal arbitral precisamente decidir sobre qualquer objeção em relação à existência ou validade da convenção de arbitragem⁶⁶. Claro está, esta competência é exercida com a supervisão imediata dos tribunais estaduais, pelo que a Requerida poderia, desde logo, ter interposto recurso dessa decisão arbitral de competência. Não tendo recorrido a esta via, não seria a ação de revisão e confirmação a sede adequada para levantar a exceção de violação da convenção, dado que esta se encontrava já fora do âmbito do processo de revisão de sentença arbitral, por constituir matéria de mérito, e não de forma⁶⁷.

Em paralelo, em sede de impugnação a Requerida atacou a convenção de arbitragem alegando a sua inexistência e falta de junção de documen-

⁶⁴ Acórdão sob análise, pp. 4-6.

⁶⁵ Nos termos da HKAO, Parte 5, n.º 34(1): “*Article 16 of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect subject to section 13(5) (...)*”.

⁶⁶ Acórdão sob análise, pp. 113-115.

⁶⁷ Acórdão sob análise, p. 115.

tos para prova bastante, a par do artigo 4.º do Acordo RAEM-RAEHK⁶⁸, por constar do processo apenas a carta de adjudicação, omissa no que toca a convenções de arbitragem.

O TSI concluiu, e bem, que a convenção de arbitragem não necessitava de constar de documentos assinados pelas partes, bastando que constasse de documento para o qual aqueles remetessem – no caso a convenção de arbitragem constava da cláusula 22 do subcontrato, para onde remetia a carta de adjudicação –, tendo os documentos relevantes sido juntos, e assim, sido cumprido o disposto no artigo 4.º do referido Acordo⁶⁹.

Este tribunal baseou a sua conclusão, entre outras fontes, no artigo 11.º da Lei da Arbitragem⁷⁰ e no artigo 7.º, n.º 6 da Lei Modelo, aplicável por remissão do n.º 19 da Parte 3 da HKAO, que fixam, como único requisito de formal da convenção de arbitragem, a redução a escrito, considerando que os documentos, dos quais deveria constar a convenção, podem contê-la expressamente ou conter uma cláusula de remissão para outros documentos de onde conste a convenção.

⁶⁸ Artigo 4.º do Acordo RAEM-RAEHK, “No caso de o requerente pedir ao tribunal competente a confirmação e a execução da decisão arbitral, deve apresentar os seguintes documentos ou respectivas cópias autenticadas: 1) O pedido; 2) A convenção de arbitragem; 3) A decisão arbitral. Caso os referidos documentos não sejam redigidos em uma das línguas oficiais da Parte em que é pedida a confirmação e a execução da decisão, o requerente deve fornecer uma tradução autenticada para uma dessas línguas oficiais. Para efeitos do presente artigo, entende-se por «línguas oficiais» as línguas chinesa e portuguesa, na RAEM, e as línguas chinesa e inglesa, na RAEHK.”. Este artigo é semelhante ao artigo IV da Convenção de Nova Iorque e ao artigo 72.º da Lei da Arbitragem.

⁶⁹ Acórdão sob análise, p. 102.

⁷⁰ Artigo 11.º da Lei da Arbitragem, na parte relevante, “1. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. 2. Considera-se reduzida a escrito a convenção de arbitragem que conste de: 1) Documento assinado pelas partes; 2) Troca de cartas, telecópia, correio electrónico ou outro meio de telecomunicação de que fique prova escrita; 3) Suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação que os documentos em suporte físico. (...) 4. Os documentos e as comunicações referidas no n.º 2 podem conter expressamente a convenção de arbitragem ou uma cláusula de remissão para outros documentos de onde conste a convenção (...) 6. A convenção de arbitragem pode constar de um contrato ou ser estipulada num acordo autónomo”.

Nos moldes descritos, estas normas admitem expressamente a denominada incorporação por referência⁷¹. Como explica Cândida Pires, tal figura não é nova no horizonte jurídico de Macau, nem sequer exclusivo do contencioso arbitral⁷². Além do mais, nenhum dos dispositivos legais citados pelo TSI exigia a assinatura das partes.

Repare-se que a doutrina vem entendendo que este tema constitui uma questão de validade formal da convenção de arbitragem⁷³. Assim, no âmbito da Convenção de Nova Iorque, entende-se que a questão é regulada pelo artigo II.1 e 2⁷⁴, ao passo que a validade substancial da convenção de arbitragem é regulada no artigo V.1.a), que remete para a lei escolhida pelas partes ou, na sua falta, para a lei da sede. Se quer o Acordo RAEM-RAEHK, quer a Lei da Arbitragem contêm disposição equivalente sobre a validade substancial⁷⁵, já no que toca à forma da convenção de arbitragem, apenas a Lei da Arbitragem a regula no já mencionado artigo 11.º, norma que o TSI considerou, enquanto lei do foro de reconhecimento e execução, a par da HKAO, lei da sede.

Ao admitir a incorporação por remissão, nos seus n.ºs 2, al. 2) e 4, o artigo 11.º exige uma “*dupla exigência de forma escrita*”, dado que, quer

⁷¹ PAULA COSTA E SILVA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Lei da Arbitragem de Macau: Anotada*, Vol. I, Artigos 1.º a 45.º, AAFDL Editora e Associação dos Advogados de Macau, Macau, 2022, p. 183. Em paralelo, defendendo que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem no âmbito da Convenção de Nova Iorque não deve limitar situações em que se assegure que ambas as partes tiveram conhecimento efetivo da convenção de arbitral, permitindo assim uma interpretação atualista da intenção do texto convencional (que exige assinatura das partes) de proteger a vontade das partes, TERESA LEONG, cit., p. 335.

Ver ainda, sobre as leis nacionais evitarem definir forma legal, para permitir adaptação às necessidades dos utilizadores da arbitragem, mas explicando ainda assim a regra da Lei Modelo, FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration...*, cit., pp. 47-48.

⁷² CÂNDIDA PIRES, *Curso de Formação Inicial de Arbitragem*, in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, 2014, p. 316, que explica que também o artigo 29.º, n.º 4 do CPC de Macau prevê semelhante permissão de pacto privativo e atributivo de jurisdição.

⁷³ *ICCA Guide*, cit., pp. 45-48.

⁷⁴ Sobre a regulação da Convenção de Nova Iorque no que toca à validade formal da cláusula arbitral, TERESA LEONG, cit., p. 334-339; PAULA COSTA E SILVA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Lei da Arbitragem de Macau: Anotada*, cit., pp. 176-178.

⁷⁵ Artigo 7.º, n.º 1), al. (1) do Acordo RAEM-RAEHK, e artigo 71.º, n.º 1, al. 1), sub-al. (2) da Lei da Arbitragem.

a remissão que conste de documento ou comunicação, quer o documento para o qual se remete devem obedecer às regras previstas no n.º 2⁷⁶. Ora, ao considerar reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante de documento assinado ou não pelas partes, constante de comunicações (desde que exista prova daquela comunicação), bem como a que conste de documento sem suporte físico (desde que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conversação que os suportes físicos), o n.º 2 acolhe um conceito amplo de forma escrita, mitigando a aparente rigidez do n.º 1⁷⁷.

Este tema da regra reguladora da validade formal e substancial da convenção de arbitragem não é pacífico em Portugal⁷⁸. Não obstante, a incorporação por remissão é expressamente admitida, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 da LAV Portuguesa⁷⁹, em claro acolhimento do artigo 7.º, n.º 2 da Lei Modelo⁸⁰. A jurisprudência portuguesa afirma frontalmente que “a remissão (...) para o conteúdo de um contrato-quadro que continha uma cláusula compromissória vale como convenção de arbitragem”⁸¹. É, por isso, adotada uma conceção ampla de forma escrita, considerando que esta pode ser assumida de diversas formas, à

⁷⁶ PAULA COSTA E SILVA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Lei da Arbitragem de Macau: Anotada*, cit., p. 184.

⁷⁷ Salientando o propósito da exigência de forma escrita da convenção de arbitragem advém do duplo propósito de garantir ponderação das partes que assim excluem o acesso aos tribunais judiciais e permite prova da celebração da convenção de arbitragem, PAULA COSTA E SILVA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Lei da Arbitragem de Macau: Anotada*, cit., p. 177, e ainda p. 182.

⁷⁸ Cf. ainda ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., p. 134.

⁷⁹ Artigo 2.º da LAV Portuguesa, “(...) 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.”

⁸⁰ DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 49. Considerando que a Lei Modelo não exige, sequer, uma remissão específica, abrindo portas à interpretação da vontade das partes, perante remissões genéricas, GARY BORN, cit., pp. 81-82.

⁸¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 2741/16.1T8PTM.L1.S1, de 14.05.2019, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9ae5dfe0b0b36c67802583fa004c7c1e?OpenDocument> (consult. 14.12.2024).

luz do artigo 2.º, n.ºs 2, 3 e 4 da LAV Portuguesa. A exigência de forma escrita para a validade da convenção de arbitragem tem sido reconduzida em Portugal à necessidade de garantir a “clareza quanto à existência, objeto e conteúdo da convenção”⁸².

Da mesma forma se entende em Macau que a *ratio* da exigência de forma é garantir que as partes tiveram conhecimento efetivo da convenção de arbitragem⁸³.

Assim, verificado este conhecimento, entende-se que o padrão da Convenção de Nova Iorque, que exige forma escrita e assinatura, se tem flexibilizado com o tempo, admitindo mais favoráveis e atualistas interpretações no que toca à forma da convenção de arbitragem, até à luz do disposto na Lei Modelo. Neste sentido, veio a UNCITRAL, em 2006, recomendar que o artigo II.2 da Convenção de Nova Iorque seja aplicado com a ressalva de que as circunstâncias nele descritas não são exaustivas, abrindo portas à aplicação de regras menos exigentes⁸⁴.

Por último, os outros vícios alegadamente associados à convenção de arbitragem pela Requerente foram rejeitados pelo TSI⁸⁵.

⁸² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 132.

⁸³ Cf. CÂNDIDA PIRES, *Curso de Formação...*, cit., p. 317, e TERESA LEONG, cit., p. 339. A primeira autora densifica esta necessidade listando a importância do acto de renúncia ou derrogação da jurisdição ordinária, necessidade de provar de forma originariamente segura e permanente tal derrogação, e de tornar possível o expedito e certo o controlo dos termos da convenção (não passível por prova testemunhar).

⁸⁴ The United Nations Commission on International Trade Law, *Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its Thirty-Ninth Session*, in Official Records of the General Assembly, Sixty-first session, Supplement N.º 17 (A/61/17), annex II, p. 2.

⁸⁵ O TSI considerou que não houve violação do acordo das partes, que foi respeitado no que toca ao processo arbitral, dado que no caso concreto o empreiteiro, e consequentemente todos os subempreiteiros já tinham sido afastados da obra, pelo que o que a convenção de arbitragem pretendia acautelar – que era a submissão do litígio a arbitragem quando os sujeitos em causa ainda a executavam, e com o seu consentimento – já não ocorria, cf. Acórdão, pp. 107-108.

O TSI considerou ainda que o argumento de que o litígio em causa não estava contido no âmbito da convenção de arbitragem, que de qualquer forma previa que “qualquer litígio ou divergência” associada à obra podia ser submetido a arbitragem, dado que a

2.4. Ordem pública

Como refere Teresa Leong, a exceção da ordem pública visa salvaguardar os valores básicos de justiça e da moral do ordenamento de Macau, pelo que deve ser restritivamente interpretado e à luz das circunstâncias concretas do caso (evitando-se uma valoração meramente abstrata), considerando a prática internacional no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras; inibe-se, portanto, a invocação da ordem pública interna macaense⁸⁶.

A exceção de ordem pública é um dos fundamentos mais popularmente invocados para oposição ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, em geral⁸⁷, mas também em Macau.

Nesse sentido, outras decisões têm já aferido deste fundamento à luz do Acordo RAEM-RAEHK e da Lei da Arbitragem, e concluído que este não se encontra evidenciado quando uma sentença arbitral proferida fora de Macau decida sobre o incumprimento de uma dívida⁸⁸: “[u]ma vez que o artigo 391.º do Código Civil de Macau e as suas disposições posteriores regulam igualmente a cobrança de dívidas, a sentença de incumprimento de dívidas proferida por outros tribunais que não Macau não viola os princípios básicos do ordenamento jurídico de Macau, nem viola a ordem pública da Região Especial de Macau.”

Em paralelo, ao abrigo do Código de Processo Civil, também se entendeu que não violam a ordem pública macaense o contrato e a decorrente sentença arbitral que prevejam uma limitação da empregabilidade

Requerente não tinha direito às quantias a que a Requerida foi condenada era uma questão de mérito, na qual não podia entrar, cf. Acórdão, pp. 109-110.

⁸⁶ TERESA LEONG, cit., p. 345. Em Portugal, ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., p. 142.

⁸⁷ Roger Paul Alford, Crina Baltag, Matthew Hall, Monique Sasson, *Empirical Analysis of National Courts Vacatur and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards*, 39, in *Journal of International Arbitration*, 2022, pp. 321-322.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 481/2023, de 11.01.2024 (tradução não oficial para português), disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/zh-9ca36571cdfa3c6a.pdf> (consult. 14.12.2024). Cf. ainda Acórdão do mesmo tribunal, processo n.º 645/2011, de 28.02.2013, disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d4627ba9.pdf> (consult. 14.12.2024).

em empresa da concorrência durante um certo período de tempo⁸⁹. Neste contexto, afirmou o TSI que o conceito de ordem pública “*surge, a maior parte das vezes, associada a algo muito próximo da segurança pública e dos objectivos a ela associados*”⁹⁰, e declarou não ver como “*uma limitação da empregabilidade numa empresa da concorrência durante um certo período de tempo – que, recorde-se, o trabalhador aceitou, certamente pelas condições favoráveis que lhe foram oferecidas inicialmente – seja atentado à ordem pública laboral*”⁹¹.

Também a jurisprudência de Macau entende ainda que uma sentença arbitral que decida a causa com base na equidade, ou que não fixe o quantum, não violam a ordem pública⁹². Nas decisões em causa, o TSI utiliza o mesmo conceito de ordem pública⁹³, considerando que “*a circunstância de não ter fixado nenhum “quantum” indemnizatório não significa um “non liquet”. Nesse aspecto o paralelismo com a condenação no pagamento de indemnização a fixar em liquidação de sentença parece-nos flagrante e jamais se viu alguém defender que esse mecanismo afronte a ordem pública da justiça*”⁹⁴.

Este fundamento de recusa está previsto de forma uniforme na Convenção de Nova Iorque (artigo V.2.a)), na Lei de Arbitragem (artigo 71.º, n.º 1, al. (2), sub-al. (2)) e no Acordo RAEM-RAEHK (artigo 7.º, n.º 3).

No caso, alegou a Requerida que a decisão arbitral violava a ordem pública, uma vez que não havia aplicado um quadro de normas – segundo a parte – imperativas, designadamente, do artigo 40.º n.º 2 do CC. Esta norma de conflitos sobre obrigações provenientes de negócios jurídicos limitaria a escolha do direito aplicável à lei cuja aplicabilidade corres-

⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 643/2013, de 08.05.2014, disponível court.gov.mo/sentence/pt-53904db3244be.pdf (consult. 14.12.2024).

⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 643/2013, de 08.05.2014, p. 19.

⁹¹ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 643/2013, de 08.05.2014, p. 25.

⁹² Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 66/2013, de 13.03.2014, disponível em pt-53590d4e41bd1.pdf (consult. 14.12.2024).

⁹³ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 66/2013, de 13.03.2014, p. 61.

⁹⁴ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, processo n.º 66/2013, de 13.03.2014, p. 65.

pondesse a um interesse sério dos declarantes ou estivesse em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito dos conflitos.

Mediante este argumento, os juízes do TSI frisaram que, no processo arbitral, as partes têm a disponibilidade de determinar o direito substantivo aplicável à solução do litígio, seja este direito nacional ou regras de direito. Tal escolha pode ser exercida com respaldo no artigo 62.º da Lei da Arbitragem⁹⁵, bem como ao abrigo do artigo 28.º da Lei Modelo⁹⁶, aplicável por determinação da Parte 8, n.º 64 da HKAO⁹⁷. Em consequência, não se aplicaria, ao caso, o artigo 40.º do CC.

Nos termos dos Comentários à Lei Modelo, citados no Acórdão sob análise, é atribuída às partes: (i) “a liberdade de escolher a lei substantiva aplicável”; e (ii) pois “ao referir-se à escolha das “regras de direito”

⁹⁵ Artigo 62.º da Lei de Arbitragem, “1. O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras jurídicas designadas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da causa; 2. A designação da lei ou do sistema jurídico de determinado estado ou região é considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando directamente o direito material desse estado ou região e não as suas normas de conflitos; 3. Na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar a lei designada pela norma de conflitos que considerar aplicável; 4. O tribunal arbitral decide de acordo com a equidade (*ex aequo et bono*) ou equilibrando os interesses em conflito (*amiable compositeur*) apenas quando as partes a isso expressamente o autorizem; 5. Em qualquer caso, o tribunal arbitral deve decidir de acordo com as estipulações do contrato e deve ter em conta os usos aplicáveis ao caso concreto.”

⁹⁶ Artigo 28.º da Lei Modelo (tradução não oficial conforme Versão Portuguesa apresentada pela Direção-Geral da Política de Justiça): “1 – O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas à substância do pedido. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como referindo-se directamente à lei substantiva desse Estado e não às suas normas de conflito de leis; 2 – Na falta de uma tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica a lei designada pela norma de conflito de leis que considerar aplicável; 3 – O tribunal arbitral decide segundo a equidade ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes o expressamente autorizarem; 4 – Em qualquer caso, o tribunal arbitral decide de acordo com os termos do contrato e tendo em conta os usos comerciais aplicáveis à transacção.”

⁹⁷ Parte 8, n.º 64 da HKAO, “Part 8. Making of Award and Termination of Proceedings. 64. Article 28 of UNCITRAL Model Law (Rules applicable to substance of dispute). Article 28 of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect (...).”

em vez de “legislação”, a Lei Modelo alarga o âmbito de opções ao dispor das partes no que concerne a escolha da lei aplicável à substância do pedido”, podendo estas optar por normas que não tenham sido incorporadas em nenhum sistema jurídico nacional neste âmbito⁹⁸.

Ora, tendo as partes a disponibilidade de determinar o direito material aplicável à causa nos termos das normas invocadas, considerou-se necessariamente derogado o artigo 40.º n.º 2 do CC⁹⁹, não resultando da escolha das partes a violação de normas imperativas¹⁰⁰.

Assim, o TSI considerou não existir violação da ordem pública. Foi adotado, neste contexto, um conceito restrito de ordem pública. Citando o Acórdão do Tribunal de Última Instância de 29.04.2020, proferido no processo n.º 137/2019, a ordem pública foi definida como “o conjunto de normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos, que formam quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, sendo, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos”¹⁰¹.

Ou seja, o TSI concluiu que a liberdade de escolha do regime jurídico aplicável à resolução do litígio quanto ao mérito não era intolerável perante o ordenamento jurídico de Macau, tanto mais que estão em causa relações comerciais que se enquadram no âmbito dos direitos disponíveis.¹⁰² E tudo isto, não obstante as partes na decisão arbitral serem

⁹⁸ Acórdão sob análise, p. 105. Sobre o tema, ANA COIMBRA TRIGO, *Party Autonomy and Normative Limits: A Study of Legal Restrictions on the Selection of the Applicable Law to the Merits*, in *Applicable Law Issues in International Arbitration*, Académie de Droit International de la Haye, 2023, pp. 91-95.

⁹⁹ Artigo 40.º do CC, “1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista; 2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito de conflitos.”

¹⁰⁰ Acórdão sob análise, p. 106.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal de Última Instância, processo n.º 137/2019, de 29.04.2020, disponível em <https://www.court.gov.mo/sentence/pt-6cfe50f91b12fab6.pdf> (consult 14.12.2024).

¹⁰² Acórdão sob análise, pp. 103-107. Sobre a disponibilidade de direitos à luz do direito de Macau, nos termos do artigo 6.º da Lei da Arbitragem, a arbitragem pode ter por objeto qualquer litígio a respeito do qual as partes possam celebrar acordo de tran-

sociedades registadas em Macau, local onde a obra objeto do contrato foi executada¹⁰³.

Pode dizer-se que semelhante entendimento existe em Portugal, e noutros países, no que toca ao princípio da autonomia privada também aplicado à liberdade de escolha do direito aplicável ao mérito, com algumas exceções¹⁰⁴. Afinal, também o Supremo Tribunal de Justiça português veio afirmar, à semelhança das conclusões do TSI, que “*o conjunto de princípios e regras que integram a ‘ordem pública’ de uma dada ordem jurídica tem, porém, um âmbito muito mais restrito do que o universo das normas imperativas dessa ordem jurídica*”¹⁰⁵.

No entanto, os tribunais portugueses já se defrontaram com situações em que entenderam que o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral que aplicou direito não português à luz da escolha das partes ofendeu a ordem pública internacional portuguesa, conforme o artigo 54.º da LAV Portuguesa, nomeadamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 103/13.1YRLSB.S1, de 14.03.2017¹⁰⁶.

Neste caso, e à semelhança do TSI, o Supremo Tribunal de Justiça português caracterizou a (exceção ou reserva de) ordem pública inter-

sação. Nos termos do CC de Macau, as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos, cf. artigo 1179.º do CC.

¹⁰³ Acórdão sob análise, p. 103-107.

¹⁰⁴ ANA COIMBRA TRIGO, *Party Autonomy and Normative Limits...*, cit., pp. 85 e 91-95. O caso da Lei de Arbitragem Voluntária de Angola constitui uma exceção a esta regra, por não se permitir a escolha, pelas partes, o direito aplicável ao mérito, limitando-se a autonomia privada das partes, neste contexto, à escolha do juízo segundo a equidade ou segundo determinados usos e costumes. Nestes termos: “*Artigo 24.º (Direito aplicável). 1. As partes podem acordar na Convenção de Arbitragem ou em escrito posterior que o Tribunal Arbitral julgue segundo a equidade ou segundo determinados usos e costumes, quer internos quer internacionais; 2. Na falta de acordo, o Tribunal Arbitral julga segundo o direito constituído*”.

¹⁰⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 1445/20.5YRLSB.S1, de 30.05.2023, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/881a1c7c4002fe87802589c100457acb?OpenDocument> (consult. 14.12.2024). Nesta decisão discutiu-se o princípio da proporcionalidade em sede de anulação de decisão arbitral do desporto.

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f37a90ad754df8a802580e50051fa6d?OpenDocument> (consult. 14.12.2024).

nacional como um conceito impreciso, de cariz nacional, excecional, flutuante, atual e relativo, cabendo ao juiz a sua concretização tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

No entanto, a consideração dos factos levou a uma conclusão distinta da do Acórdão em anotação. Aqui, a parte perdedora – um advogado português – tinha sido condenado a pagar um valor superior a 4,5 milhões de euros ao abrigo de uma cláusula penal, por violação de uma obrigação de não concorrência dos estatutos da sociedade de advogados espanhola. O tribunal considerou que a escolha de uma lei (espanhola) que não previa a possibilidade de redução de uma cláusula penal excessiva baseada em princípios equitativos, não era compatível com as regras do direito civil português que afirmavam o princípio da correção de condutas excessivas ou abusivas no exercício da liberdade contratual. O tribunal invocou neste sentido para justificar a violação da ordem pública o desrespeito pelos princípios de boa-fé, proporcionalidade, livre escolha de profissão e livre iniciativa económica, e o interesse público ligado à profissão jurídica, e destacou que a sede (Espanha) não tinha ligação com a disputa¹⁰⁷.

Não obstante, logo clarificou o Supremo Tribunal de Justiça português que, sobre a ordem pública, *“a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral estrangeira – recusando o seu reconhecimento – não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável, nem, muito menos, de desvalor sobre o ordenamento jurídico estrangeiro: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da lei estrangeira e não sobre a lei em si.”*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 103/13.1YRLSB. S1, de 14.03.2017. Cf. ainda ANA COIMBRA TRIGO, *O Reconhecimento e a Execução...*, cit., p. 141-144.

¹⁰⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 103/13.1YRLSB. S1, de 14.03.2017. O acórdão cita sobre o tema, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, II, Coimbra Editora, pp. 601-603, onde se diz que sobre reconhecimento e execução de sentença arbitrais estrangeiras, *“tem de haver uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro. Na verdade, conforme salienta a Professora Isabel de Magalhães Collaço, o Direito Internacional Privado assenta, justamente, no princípio do respeito pela diversidade de regulamentações e no reconhecimento da diferença entre as várias ordens jurídicas. (...) Em todo o caso, esta maior tolerância*

3. Conclusão

Não obstante a arbitragem constituir um modo de resolução de litígios fora dos tribunais judiciais, estes desempenham um importante papel enquanto garantes da respetiva eficácia, nomeadamente no âmbito do direito internacional e cooperação jurídica e judiciária no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças proferidas em Macau e fora de Macau. Em relação a estas últimas, são vários os instrumentos jurídicos aplicáveis ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras em Macau, já conhecidos pelos tribunais locais, que vêm aplicando tais regimes de forma favorável à arbitragem, no geral. Destacam-se três apontamentos conclusivos relevantes nesta sede.

Primeiro, no Acórdão em anotação, o TSI demonstra já conhecimento relevante de alguns dos temas fundamentais do direito da arbitragem, como o princípio da competência-competência, a validade da convenção de arbitragem e a exceção de ordem pública. Com o surgimento de mais casos de reconhecimento e execução de decisões arbitrais proferidas fora de Macau, e em geral de mais decisões ao abrigo da Lei da Arbitragem, mais oportunidades terão os tribunais para continuar o trabalho de interpretação e aplicação dos diferentes regimes, conforme a margem para contínua melhoria identificada.

Tal permitirá consolidar a disciplina jurídica da arbitragem em Macau, alinhada com os objetivos de promover esta região como uma sede de arbitragem competitiva no âmbito da iniciativa “Uma faixa, uma

para com a lei estrangeira não é sinónimo, evidentemente, de subserviência total. Com efeito, não está aqui em causa um “cheque em branco” que o legislador nacional passa à lei estrangeira aplicável. Assim, e porque a remissão para uma lei estrangeira, lei esta de conteúdo vário e desconhecido, é sempre – na expressão feliz de Leo Raape – um “Sprung ins Dunkel”, isto é, um salto no escuro, um salto no desconhecido torna-se necessário dotar o juiz de um meio ou expediente que lhe permita afastar a aplicação de uma norma de direito estrangeiro, quando o resultado dessa aplicação for inadmissível no sistema da “lex fori”, nomeadamente quando representar uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os princípios fundamentais da sua ordem jurídica. Esse meio ou expediente é, precisamente, a ressalva, reserva ou exceção de ordem pública internacional.”.

rota”¹⁰⁹, no contexto da Grande Baía¹¹⁰, e entre a China e os países de língua portuguesa¹¹¹, alavancando o seu sistema jurídico de direito civil e com capacidade operativa trilingue, e as suas valências operacionais e de infraestrutura.

Segundo, precisamente neste exercício de interpretação e aplicação destes regimes legais, releva o facto de o TSI citar já o comentário à Lei Modelo.

Tal é particularmente relevante dado que importa promover a interpretação e aplicação da Convenção de Nova Iorque e os regimes que se inspiraram nos seus princípios fundamentais (como seja o Acordo RAEM-RAEHK) à luz das relevantes normas internacionais e atendendo à sua natureza de convenção de direito uniforme¹¹². Aliás, a Lei da Arbitragem prevê expressamente que a sua interpretação deve ter em consideração a Lei Modelo, a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e ao princípio da boa-fé¹¹³, pelo que a conduta do TSI é de louvar, por executar esse comando prontamente.

Terceiro, a doutrina macaense vem avisando que “*um dimensionamento adequado da via arbitral de administração da justiça pode, na prática, revelar-se como complemento sério e eficaz da justiça pública – cujo carácter de regra não é perdido de vista –, numa simbiose acolhida e valorada pela lei.*”¹¹⁴ A decisão sob análise demonstra como é possível essa simbiose no plano do direito da arbitragem em Macau.

¹⁰⁹ JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *O Possível Papel da RAEM...*, cit., pp. 162-163, explicando a iniciativa anunciada pela RPC em 2013 de promoção económica e sociocultural das várias jurisdições envolvidas, criando ligações terrestres e marítimas que facilitem o contacto e a circulação de pessoas, capitais, bens e serviços.

¹¹⁰ PETER CHAN, *Dispute Resolution Under the Belt and Road Initiative: Constructing an Effective Mediation Regime in the Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area*, in ROMESH WEERAMANTRY e JOHN CHOONG (eds.), *Asian Dispute Review*, HKIAC, 2018, Vol. 20, I. 3, pp. 125-130

¹¹¹ FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration ...*, cit., p. 46, explica que esta ideia foi primeiramente pensada em 2010 pelo Fórum Macau, e desde então promovida pela RPC.

¹¹² Sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque, *ICCA Guide...*, cit., pp. 13-15; GARY BORN, cit., p. 104.

¹¹³ Artigo 7.º, n.º 2 da Lei da Arbitragem.

¹¹⁴ CÂNDIDA PIRES, *O Monopólio Estadual da Jurisdição: Relatividade ou Crise?*, in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, 2014, p. 189.

Em particular, tendo concluído que nenhum fundamento existia que obstasse ao reconhecimento e execução da decisão arbitral em causa, o TSI sinalizou ainda que a Requerida se encontraria a litigar próximo da má-fé, pelo facto os argumentos que invocou terem sido integralmente rejeitados e tendo até detetado contraditoriedade entre algumas exceções que invocou. Em consonância com o referido excerto doutrinário, os juízes do TSI optaram, contudo, por não a condenar por isso, concluindo apenas que: “*Desta fica o aviso!*”¹¹⁵.

¹¹⁵ Acórdão sob análise, pp. 118-119.

Arbitragem de Direito Público em Moçambique¹

Introdução

A arbitragem é um meio complementar de resolução de litígios, sendo que os regimes jurídicos moçambicanos (arbitragem comercial e arbitragem administrativa) são inspirados na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional sobre a Arbitragem Comercial de 1985, adiante Lei Modelo.

São muitas as vantagens da arbitragem, com destaque para a celeridade na resolução do litígio quando comparada aos litígios dirimidos pelos tribunais administrativos, associada a previsibilidade da duração da arbitragem, a flexibilidade alicerçada na fixação das regras processuais conhecidas e, por vezes, aprovadas pelas partes, a eficácia e a eficiência mesmo em termos de custos, a confidencialidade e especialização dos árbitros escolhidos pelas partes que são normalmente especialistas nas matérias objecto dos litígios².

Se a arbitragem do Direito Privado é realizada com frequência, o mesmo não se pode dizer da arbitragem de Direito Público³, pois a sua

¹ O texto corresponde, com as necessárias adaptações, à intervenção efectuada na II Conferência Internacional da Arbitragem – Comissão de Internacionalização de Moçambique do Centro de Arbitragem Comercial, que teve lugar em Junho de 2024. Todas as posições vinculam o próprio, por serem assumidas a título pessoal.

² Sobre as vantagens da arbitragem também extensivas à arbitragem administrativa, ver J. M. SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, *In* J. M. SÉRVULO CORREIA, *Escritos de Direito Público, Volume III, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E ARBITRAGEM*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 867–870.

³ Sobre a evolução em Portugal e as críticas feitas ao regime da arbitragem do Direito Público, cf. PEDRO LEITE ALVES, “BREVE HISTÓRIA DA ARBITRAGEM DE DIREITO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO PORTUGUÊS”, *In XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 157-169; PAULO OTERO, “ADMIS-

prática em Moçambique é ainda incipiente, o que demanda uma contínua e incansável disseminação. Registe-se que a arbitragem de Direito Público se reconduz à arbitragem administrativa, na medida em que ainda não existe regime de arbitragem tributária⁴.

Nos parágrafos que se seguem apresentaremos dois momentos distintos, embora, relacionados tendo como mote “ARBITRAGEM EM MOÇAMBIQUE: QUESTÕES RELEVANTES”: o primeiro, relativo à breve contextualização da arbitragem de Direito Público e o segundo, que abarca os constrangimentos/incongruências do regime. Apresentaremos sempre que possível o caminho a seguir num contexto em que a proposta de revisão da Lei da Arbitragem, Conciliação e Mediação (LArb), Lei n.º 11/99, de 08 de Julho⁵ foi entregue à antiga Ministra da Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos de Moçambique em 2024.

I. Contextualização da Arbitragem de Direito Público

Os tribunais arbitrais estão consagrados na Constituição da República de Moçambique (n.º 2 do artigo 222). Portanto, são tribunais como o são os diversos tribunais estaduais. De igual modo, os árbitros exercem, ainda que efemeramente, o poder jurisdicional.

A arbitragem de Direito Público tem na Lei que regula os procedimentos atinentes ao processo administrativo contencioso (LPPAC) – Lei

SIBILIDADE E LIMITES DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS E NOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”, *In II Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 82-85; J. M. SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, *In J. M. SÉRVULO CORREIA, Ob. Cit.*, pp. 845-853.

⁴ Sobre a arbitragem no Direito Penal, ver ELYSA VIEIRA, “As Dificuldades do Uso da Arbitragem em Matéria Criminal”, *In WEI DAN/ ORQUÍDEA MASSARONGO JONA (coordenadores– coord.)*, *QUESTÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS RELATIVAS AO COMÉRCIO E INVESTIMENTO CHINA-ÁFRICA*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 155-174; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra: Almedina, pp.107-115.

⁵ Publicado no 4.º Suplemento do Boletim da República (BR) n.º 27, I Série, de 12 de Julho de 1999.

n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro⁶, o seu núcleo regulador, isto sem prejuízo do que adiante diremos de outros instrumentos legais. O Capítulo X (Arbitragem), da lei em apreço, compreende os artigos 202 a 226, com cinco Secções seguintes:

- Secção I: Disposições gerais (artigos 202 a 205);
- Secção II: O tribunal Arbitral (artigos 206 a 213);
- Secção III: O processo arbitral (artigos 214 a 217);
- Secção IV: A sentença arbitral (artigos 218 a 224);
- Secção V: Impugnação da sentença arbitral (artigos 225 a 226).

Diz-se que a LPPAC tal como a sua antecessora, a Lei relativa ao Processo Administrativo Contencioso (LPAC), Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho⁷, em matéria da arbitragem administrativa, é inspirada na Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal de 1986, Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto⁸. Apesar deste facto, não se deve perder de vista que a LArb é anterior à LPAC.

Outro aspecto importante a ter presente se relaciona com a dicotomia entre a arbitragem doméstica/interna e a arbitragem internacional também aplicável à arbitragem do Direito Público⁹, esta que actualmente pode ter por objecto o contrato administrativo¹⁰, entendido como “o

⁶ Publicada no BR n.º 18, I Série, de 28 de Fevereiro de 2014.

⁷ Publicada no Suplemento do BR n.º 27, I Série, de 7 de Julho de 2001.

⁸ CARLA AMADO GOMES/ TIAGO SERRÃO, “Notas sobre a lei do processo administrativo moçambicana: entre a LPTA e o CPTA portugueses”, In DÁRIO MOURA VICENTE/ HENRIQUES JOSÉ HENRIQUES/ CATARINA MATOS SALGADO/ ALMEIDA ZACARIAS MACHAVA, *Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 233.

⁹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra: Almedina, pp.18-23.

¹⁰ PEDRO SIZA VIEIRA, “A Arbitrabilidade de Direito Público em Portugal: Um Ponto de Situação”, In *RIAC*, n.º 7, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 35-43. Cf. a possibilidade do Estado e dos particulares recorrerem à arbitragem prevista no n.º 2 do artigo 115 do Regulamento de Contratação de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado, aprovado pelo Decreto n.º 79/2022, de 30 de Dezembro, publicado no 7.º Suplemento do BR n.º 252, I Série, de 30 de Dezembro de 2022.

acordo de vontades pelo qual se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito administrativo”, nos termos do n.º 1 do artigo 11 da Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa (LOJA), Lei n.º 24/2013, de 1 de Novembro¹¹, excluídos os actos de execução do contrato¹², como por exemplo as sanções contratuais, por um lado.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública ou dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública é, igualmente, arbitrável (artigo 202 da LPPAC).

No passado, a LPAC incluía na alínea c) do artigo 180, os actos administrativos de conteúdo predominantemente económicos como passíveis de arbitragem, entendidos também como actos relativos à formação ou à execução de contratos, norma revogada com a aprovação da LPPAC de 2014¹³. Este aspecto relativo à arbitrabilidade dos actos administrativos de conteúdo predominantemente económicos foi, entretanto, mantido no n.º 6 do artigo 3 da LOJA, apesar de alterada e republicada pela Lei n.º 7/2015, de 6 de Outubro¹⁴. Consideramos, entretanto, pese embora a Lei n.º 14/2011, de 11 de Agosto, que regula a formação da vontade da Administração Pública, consagrar no artigo 185, a arbitragem no âmbito do que prevê a LOJA e a LPPAC, sendo esta última posterior a LOJA e não sendo um aspecto relativo à orgânica dos tribunais, a sede própria para a regulação dos aspectos relativos à arbitrabilidade é a LPPAC, que se reconduz ao disposto no artigo 202 acima afluído¹⁵.

¹¹ Publicado no BR n.º 88, I Série, de 1 de Novembro de 2013.

¹² Cf. CARLA AMADO GOMES/ TIAGO SERRÃO, *Ob. Cit.*, p. 235. Ver, igualmente, a crítica feita ao (anterior) regime português, que era idêntico ao moçambicano, e a proposta de solução (regime actual), por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *In REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO – RIAC*, n.º 7, cit., pp. 53-54.

¹³ Originariamente aquela norma resulta do artigo 70 da LArb que alterou n.º 2 do artigo 3 da Lei Orgânica do Tribunal Administrativo (LOTA), Lei n.º 5/92, de 6 de Maio, publicado no Suplemento do BR n.º 19, I Série, de 6 de Maio de 1992.

¹⁴ Publicado no Suplemento do BR n.º 79, I Série, de 6 de Outubro.

¹⁵ CECÍLIA ANACORETA CORREIA refere que (e)m face desta duvidosa forma de delimitação das questões administrativas arbitráveis, para se delimitar com toda a certeza quais as matérias administrativas passíveis de resolução por via da arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas, a LPAC 2014 obriga a analisar uma questão *das mais teoricamente complicadas que se suscitam no âmbito do contrato administrativo*. Tal questão é a de determinar se os atos adotados pelo contraente público no exercício de poderes de

A propósito da arbitragem do Direito Público, é inequívoco que para além da LPPAC e da Lei n.º 14/2011, de 11 de Agosto, a Lei de Petróleos – Lei n.º 21/2014, de 18 de Agosto¹⁶ (artigo 69), a Lei das Parcerias Público-Privadas – Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto¹⁷ (artigo 39), a Lei de Minas – Lei n.º 20/2014, de 18 de Agosto (al. g) do n.º 2 do artigo 8), a Lei de Electricidade – Lei n.º 12/2022, de 11 de Julho¹⁸ (n.º 3 do artigo

conformação da relação contratual se traduzem na prática de *atos administrativos* ou antes na prática ou emissão de *declarações negociais*. No primeiro caso, o litígio será arbitrável se puder ser configurado como um litígio de natureza contratual, por força do disposto no artigo 6.º da LAV. Já no segundo caso, a arbitrabilidade dependerá da aferição do *conteúdo predominantemente económico* do ato cuja ação ou omissão esteja em causa, o que, ainda assim, só relevará como critério de arbitrabilidade se se concluir que o artigo 3.º n.º 6 da LOJA de 2013, republicado pela Lei n.º 7/2015, se sobrepõe à alteração legislativa restritiva introduzida pelo artigo 202.º da LPAC 2014.”, “Arbitragem Administrativa em Moçambique”, In ARBITRAGEM: DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA AO FUTURO, Almedina e ABREU ADVOGADOS, INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB, Coimbra, 2018, pp. 59-60. Ver também a discussão que PAULO DANIEL COMOANE faz a propósito da arbitrabilidade dos contratos administrativos de concessão, “ARBITRAGEM INTERNACIONAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO”, In WEI DAN/ ORQUÍDEA MASSARONGO JONA (Coord.), *Ob. Cit.*, pp. 70-72; CARLA AMADO GOMES/ TIAGO SERRÃO, *Ob. Cit.*, p. 235; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ob. Cit.*, pp. 59-78; PEDRO LEITE ALVES, “NOTAS SOBRE A ARBITRABILIDADE DE ACTOS ADMINISTRATIVOS E DE CONTRATOS PÚBLICOS”, In ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (Coord.), ARBITRAGEM COMERCIAL. ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 30 ANOS DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 933-956; ANA CLÁUDIA GOMES DA GOSTA, “A ARBITRABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – SERÃO TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS ARBITRÁVEIS? O PROBLEMA QUE PAIRA SOBRE A ALÍNEA C) DO N.º 1 DO ARTIGO 180.º DO CPTA”, In ISABEL CELESTE M. FONSECA (Coord.), *Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos; NOVAS SOBRE A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVAS. ESTUDOS EM COMEMORAÇÃO DO 10.º ANIVERSÁRIO DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO*, Coimbra: Almedina, 2022, pp. 135-157; RICARDO PEDRO, “ARBITRAGEM DE DIREITO PÚBLICO: UM INSTITUTO EM (PERMANENTE) EVOLUÇÃO: BREVE APONTAMENTO”, In RICARDO PEDRO, *ESTUDOS SOBRE ARBITRAGEM (EM ESPECIAL, DE DIREITO PÚBLICO)*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 28-34

¹⁶ Publicada no 2.º Suplemento ao BR n.º 66, I Série, de 18 de Agosto de 2014.

¹⁷ Publicada no BR n.º 32, I Série, de 10 de Agosto de 2011.

¹⁸ Publicada no BR n.º 132, I Série, de 11 de Julho de 2022, alterada no ano seguinte pela Lei n.º 16/2024, de 3 de Setembro, para corrigir a imposição das arbitragens realizarem-se em língua portuguesa.

51) e a Lei do Investimento Privado, Lei n.º 8/2023, de 9 de Junho¹⁹ (n.º 4 do artigo 26), reforçam a possibilidade de utilização deste meio para a resolução dos litígios entre os entes públicos e os particulares, nacionais e estrangeiros.

Em relação à arbitragem internacional, cumpre referir que Moçambique ratificou, em 1992, a Convenção de Washington, de 18 de Março de 1965, que institui as regras e o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados membros da referida Convenção (em inglês *International Centre for Settlement of Investment Dispute*²⁰ – ICSID²¹).

Assim, qualquer que seja a modalidade de arbitragem, a convenção de arbitragem é condição para que as partes, ente Público e particulares a ela possam recorrer (artigo 203 da LPPAC). Apesar da LPPAC ser omissa quanto à arbitragem institucional, entendemos que a mesma possa ter lugar até porque o n.º 3 do artigo 5 da LArb manda aplicá-la subsidiariamente à arbitragem administrativa. Ainda sobre a arbitragem institucionalizada, Moçambique apenas possui o CACM e os Centros de Arbitragem e Mediação Laboral (CEMAIS), o que vale dizer que não existe um organismo institucionalizado de arbitragem administrativa à semelhança do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) em Portugal.

Do ponto de vista da organização da jurisdição administrativa moçambicana, regulada pela LOJA, é importante também referir que existem, por um lado, os tribunais administrativos provinciais (TAPs), o Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo (TACM), como tribunais de primeira instância, dirigidos por um presidente (n.º 2 do artigo 4, artigos 39 e 45 da LOJA). Por outro lado, existe o Tribunal Administrativo, que equivale grosso modo ao Supremo Tribunal Administrativo português,

¹⁹ Publicada no BR n.º 111, I Série, de 9 de Junho de 2023.

²⁰ Moçambique ratificou a referida Convenção através da Resolução n.º 10/92, de 25 de Setembro, publicada no 2.º Suplemento ao BR n.º 39, I Série, de 25 de Setembro de 1992, e não 1995 como por vezes é indicado, com base em informação que consta do *website* do ICSID. Actualmente são 165 os Estados-parte da Convenção. Informação disponível em <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, consultado no 15 de Janeiro de 2025.

²¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, *cit.*, pp. 795-796.

cujas matérias relativas ao contencioso administrativo podem ser apreciadas pela Primeira Secção e pelo Plenário (n.º 1 do artigo 4, n.º 1 do artigo 26 e artigo 28 da LOJA).

Uma nota final, nesta primeira parte, diz respeito ao facto de o tribunal arbitral poder julgar com base na lei e na equidade²², dada a inexistência de limitação quer na LPPAC quer na LArb (artigo 34). Quanto à equidade, seria importante restringir as situações da sua aplicação tendo em conta que o princípio da legalidade norteia a actuação da Administração Pública e está subjacente quer ao regime das acções sobre contratos administrativos e de efectivação de responsabilidade extracontratual. A decisão arbitral administrativa é equiparada às sentenças proferidas pelos tribunais administrativos quando devidamente depositada no Tribunal Administrativo (n.º 2 do artigo 224 da LPPAC) e é executada nos mesmos termos que as sentenças destes últimos tribunais. Excluindo as situações de execução da sentença arbitral administrativa, nos restantes casos, o depósito das sentenças parece não fazer sentido se não forem objecto de divulgação.

Na nossa experiência apenas tivemos contacto com dois acórdãos do Tribunal Administrativo, um da Primeira Secção e outro do Plenário, relativos a recursos interpostos de sentenças arbitrais. Em ambos casos, tínhamos tido intervenção como advogado. O Tribunal Administrativo não anulou a sentença arbitral. Tomamos conhecimento, sem qualquer detalhe, da existência de um pedido de execução de uma sentença arbitral.

Como se pode ver, do ponto de vista da arbitragem doméstica muito pouco existe. Essa conclusão pode, eventualmente, resultar do seu carácter confidencial. Quanto à arbitragem internacional, no ICSID, Moçambique teve quatro casos, dois dos quais já julgados em 2019, a favor do Estado Moçambicano, e os restantes encontram-se pendentes²³. Outras

²² PAULO OTERO, *Ob. Cit.*, pp. 89-91; LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, “LÍMITE À ESCOLHA DA EQUIDADE E DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL”, In ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (Coord.), *ARBITRAGEM COMERCIAL. ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 30 ANOS DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA*, cit., p. 663. Sobre a necessidade de restrição e até exclusão da equidade, ver J. M. SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, cit., pp. 876-880.

²³ Informação disponível em <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

arbitragens internacionais certamente tiveram e têm lugar, e algumas vezes tomamos conhecimento através da *media*, em função do interesse na divulgação por uma das partes envolvidas no litígio.

II. Constrangimentos e Incongruências do regime da Arbitragem de Direito Público

Feito este enquadramento inicial, passamos a aludir aos aspectos incongruentes e/ou constrangimentos do regime da arbitragem administrativa vigente, o que constitui a nossa segunda parte da intervenção. Assim, destaque será dado à designação dos árbitros, ao recurso de anulação e os seus fundamentos, aos poderes do Tribunal Administrativo, publicidade das decisões arbitrais, execução das sentenças arbitrais e o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Outros aspectos mereceriam atenção da nossa parte.

1. Designação dos árbitros

Na falta de acordo quanto à nomeação do árbitro ou em caso de inércia de uma das partes na sua nomeação, a designação é feita pelo Presidente do Tribunal Administrativo (n.º 4 do artigo 207 da LPPAC). Em lugar paralelo, em específico na LArb, esta competência é do juiz-presidente do tribunal judicial de província, caso as partes não tenham optado por arbitragem institucionalizada (n.º 7 do artigo 18 da LPPAC). A demora na indicação de árbitros quando solicitado pode constituir e de certeza constitui um dos principais constrangimentos à realização da arbitragem, tal como ocorria na jurisdição comum²⁴.

Entendemos neste aspecto que a designação a ser feita pelo tribunal estadual deva ser feita pelos presidentes dos tribunais administrativos províncias e do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, independentemente da modalidade da arbitragem (doméstica/internacional), dos montantes envolvidos, ou do tribunal que seria competente nos termos

²⁴ NELSON OSMAN JEQUE, *Direito comparado da arbitragem*, OLIVIER BUSTIN (Coord.), Lamy Liaisons, 2024, p. 28.

da LOJA se o litígio fosse resolvido pela jurisdição administrativa, por ser consentânea com a prática da arbitragem geral/voluntária/comercial e garante, em teoria, uma maior efectividade do processo.

De referir que, historicamente, no âmbito da LPAC, o tribunal arbitral devia ser presidido por juiz conselheiro nomeado pelo Presidente do Tribunal Administrativo, fonte de bloqueio das arbitragens administrativas durante a vigência daquela lei.

Ainda sobre a indicação de árbitro, quer a LPPAC quer a LArb, que como é sabido, aplica-se subsidiariamente, são omissas quanto à sua designação no caso de pluralidade de partes, o que exige alguma criatividade das partes, do Tribunal Administrativo, no processo de constituição do tribunal arbitral, garantindo igualdade das partes. O mesmo se pode dizer quanto à designação de árbitros se houver intervenção de terceiros. Para as duas situações exige-se adesão de todos à convenção de arbitragem.

2. Recurso de anulação *versus* a acção de anulação e os poderes substitutivos do Tribunal Administrativo

As decisões arbitrais são sindicáveis pelos tribunais administrativos. Constitui a velha ideia de que o Estado ao permitir a arbitragem tem de alguma forma controlá-la, funcionando esta como *moeda de troca*²⁵. Nos artigos 225 e 226 da LPPAC, que tratam da impugnação da sentença arbitral, os termos “recurso de anulação” e “acção de anulação” são indistintamente utilizados. Por exemplo, no artigo 225 alude-se ao recurso de anulação e no artigo 226, à acção de anulação, nos números 2 e 3. Trata-se de problema, igualmente, existente na LArb.

Todavia, há quem entenda que se trate de recurso híbrido²⁶. Todavia, entendemos que nos dois artigos se pretende tratar do mesmo instituto que tem efeitos cassatórios. Aliás, tal como referem CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO, o n.º 4 do artigo 225, revela “transposição menos

²⁵ A propósito desta ideia, ver JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “O controlo por via de recurso da sentença arbitral em matéria administrativa”, *In Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Volume II, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 50-51.

²⁶ CARLA AMADO GOMES/ TIAGO SERRÃO, “Notas sobre a lei do processo administrativo moçambicana: entre a LPTA e o CPTA portugueses”, cit., p. 238.

cuidada” de uma norma de uma lei estrangeira, no caso a LAV de 1986, na medida em que sugerem a possibilidade de recurso jurisdicional²⁷.

Ainda a respeito do único meio de impugnação, o artigo 225 em linha com a Lei Modelo da UNCITRAL consagra a inarbitrabilidade, a incompetência do tribunal arbitral, a constituição irregular do tribunal arbitral, a violação dos princípios da igualdade e do contraditório, a falta de fundamentação, a falta de assinatura na sentença arbitral, o tribunal ter conhecido de matérias de que não devesse ou ter deixado de se pronunciar em relação às questões que devesse como os únicos fundamentos.

Todavia, a alínea c) do número 2 do artigo 225 contém uma gralha na parte final, pois ao invés de constar a expressão “o presente artigo” devia ser “do artigo 221” dada a preocupação que se tem com a falta fundamentação e assinatura da sentença arbitral. Por outro lado, a alínea b) do n.º 2 do artigo 225 da LPPAC faz, incorrectamente, referência aos princípios elencados no artigo 195 ao invés dos previstos no artigo 215.

Entendemos, igualmente, ser estranho que o legislador não tenha incluído a ordem pública e, de forma mais clarividente, a inarbitrabilidade como fundamentos de anulação de conhecimento oficioso. Entendemos, todavia, que a ordem pública como fundamento da anulação, impõe-se dado o interesse público subjacente à arbitragem do Direito Público, máxime a administrativa, e por força do número 3 do artigo 5 da LArb, apesar da natureza especial da LPPAC.

Preocupa-nos, de igual modo, e de forma muito incisiva a referência aos poderes de substituição da Primeira Secção do Tribunal Administrativo²⁸, quando apenas seriam poderes cassatórios, em face da natureza da anulação. Estes poderes de substituição podem ser entendidos como resquício da desconfiança na arbitragem pelos entes públicos e pelo legislador moçambicano, e igualmente, justificam-se pela natureza do interesse público associados ao contencioso que envolve os entes públicos.

Todavia, não deixa de ser um desincentivo ao investimento. CECÍLIA ANACORETA CORREIA refere, a propósito dos poderes substitutivos do Tribunal Administrativo, que “(...) a nosso ver, uma opção legal que, a par de outras acima expostas, merece ser devidamente reavaliada face ao

²⁷ CARLA AMADO GOMES/ TIAGO SERRÃO, “Notas sobre a lei do processo administrativo moçambicana: entre a LPTA e o CPTA portugueses”, cit., p. 239.

²⁸ NELSON OSMAN JEQUE, *Ob. Cit.*, p. 58.

efeito desincentivador da arbitragem administrativa e às consequências nefastas para o interesse público que tal desincentivo acarreta no quadro de um país que depende da confiança dos investidores estrangeiros.”²⁹

Entendemos, contudo, que este aspecto precisa de ser corrigido, tendo em conta a natureza do pedido de anulação, ainda que se preveja a possibilidade de interposição dos recursos jurisdicionais previstos na LPPAC que não colide com a natureza do contencioso administrativo. De igual modo, deve ser expressamente consagrada a possibilidade de interposição do recurso de revisão e, eventualmente, recurso para uniformização de jurisprudência.

3. Publicidade das sentenças arbitrais

Apesar da previsão do depósito da sentença arbitral no Tribunal Administrativo (n.º 2 do artigo 222 da LPPAC), a Lei nada prevê a respeito da publicidade das sentenças arbitrais. Dissemos que uma das vantagens da arbitragem é a sua confidencialidade. Todavia, a LArb, que se aplica subsidiariamente, prevê a possibilidade de divulgação da sentença arbitral se as partes anuírem, bem como a possibilidade da mesma ser referenciada em pesquisas, se tiverem interesse público, e forem omitidas as partes e respeitada a confidencialidade (n.ºs 5 e 6 do artigo 42).

É facto assente que a actuação do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas é assente no interesse público, que *per se*, fundamentaria a publicação das sentenças arbitrais³⁰. A esse respeito, seguimos de perto JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, que a propósito do Direito Português, entende que as sentenças arbitrais uma vez notificadas aos entes públicos envolvidos passam a ser qualificadas como documentos administrativos³¹. Este autor acrescenta que “(a) publicação das decisões proferidas

²⁹ *Ob. Cit.*, p. 70.

³⁰ J. M. SÉRVULO CORREIA refere que “(em) Direito Público, impera um princípio básico de transparência, avesso ao segredo na condução das coisas públicas.”– “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, *In* J. M. SÉRVULO CORREIA, cit., p. 885.

³¹ “A publicação das decisões na arbitragem administrativa”, *In* RIAC, n.º 17, Coimbra: Almedina, 2022, p. 153.

só se pode considerar cumprida no caso de a publicação ser integral, não podendo a publicação anonimizada, ou seja, sem identificação das Partes, ser reconhecida como verdadeira publicação.”³²

Todavia, no regime de acesso à informação previsto na Lei do Direito à Informação, Lei n.º 34/2014, 31 de Dezembro³³, apesar do mesmo poder ser livre, ao abrigo dos artigos 6 e 14 o Estado pode restringir. Uma das restrições mais importantes é o documento constituir segredo de Estado, isto é, aquele “cujo conhecimento por pessoas não autorizadas é susceptível de pôr em risco ou causar danos à independência nacional, à unidade, à integridade do Estado e à segurança interna e externa” – n.º 1 do artigo 21.

Temos dúvidas quanto à possibilidade de caracterizar uma sentença arbitral nos termos do regime acima referido, apesar do Sistema Nacional de Arquivos do Estado de documentos em Moçambique, aprovado através do Decreto n.º 84/2018, de 26 de Dezembro³⁴, considerar confidenciais os processos em que o Estado intervém e a restrição no seu acesso ser permanente, tendo em conta a arbitrabilidade dos litígios do direito administrativo, a inaplicabilidade ao particular que litiga com o Estado, por um lado. Por outro lado, “(i) a necessidade de segurança jurídica e o conhecimento pela comunidade da aplicação do direito pelos tribunais; (ii) a necessidade de controlo público-institucional (incluindo estadual) da atividade administrativa; (iii) o incremento da aceitação e o reconhecimento pelo Estado do exercício da função jurisdicional por privados; (iv) a imperatividade do cumprimento da legalidade; (v) a credibilização e o reconhecimento da arbitragem, combatendo a generalizada desconfiança contra este mecanismo de resolução de litígios”³⁵ justificam a sua publicidade³⁶.

³² Idem.

³³ Publicado no 8.º Suplemento do BR n.º 105, I Série, de 31 de Dezembro de 2014.

³⁴ Publicado no Suplemento do BR n.º 252, I Série, de 26 de Dezembro de 2018.

³⁵ ISABEL CELESTE M. FONSECA, “*Due process of law* vs. Arbitragem; publicidade vs. Confidencialidade: *quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*”, In ISABEL CELESTE M. FONSECA (Coord.), *Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos; NOVAS SOBRE A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVAS. ESTUDOS EM COMEMORAÇÃO DO 10.º ANIVERSÁRIO DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO*, cit., p. 38.

Acresce que, havendo recurso para Primeira Secção e para o Plenário do Tribunal, o acórdão é depois tornado público, sem que sejam salvaguardados alguns aspectos, por exemplo, a identidade dos representantes das partes e outros aspectos constantes dos autos. Entendemos que também militam a favor da publicidade o facto de as sentenças do ICSID serem públicas. Nesse aspecto, é relevante a inclusão da publicidade, ressaltados os aspectos anteriormente referidos como os da identidade dos representantes dos entes públicos e das partes, na reforma em curso como posição intermédia entre a sua divulgação e proibição de divulgação.

4. Tribunal Competente para a execução de sentenças arbitrais

Como é sabido, existe reserva de jurisdição quanto à execução de decisões arbitrais. Todavia, a falta de clareza sobre o tribunal competente para executar as sentenças proferidas em arbitragem administrativa, isto é, não se sabe se são os TAPs/TACM ou o Tribunal Administrativo, apesar do artigo 186 da Lei n.º 14/2011, de 11 de Agosto, de forma deficiente indiciar que todos eles são competentes.

O regime de execução das sentenças da jurisdição administrativa é dirigido aos tribunais da jurisdição administrativa, como se pode verificar das disposições dos artigos 187 e 189 da LPPAC, este último que dispõe no n.º 1 que “(c)abe à jurisdição competente conhecer e decidir os pedidos de execução das suas decisões.”. Assim, a LOJA prevê quanto à Primeira Secção, na alínea f) do artigo 28, a competência de conhecer “os pedidos da execução das suas decisões, proferidas em primeira instância, independentemente de ter sido interposto recurso para o Plenário”.

Quanto aos TAPs, existe uma norma idêntica, na alínea k), número 1, do artigo 50 da LOJA, que inclui a execução de decisões do Plenário e das Secções do TA. Na LPPAC consagra-se apenas, no n.º 1 do artigo 224, a equiparação da sentença arbitral à sentença proferida pelos tribunais da jurisdição administrativa. Entendemos, por isso, independentemente deste aspecto poder esbarrar com a qualidade da entidade

³⁶ Ver VASCO MOURA RAMOS, “PUBLICIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS”, In RICARDO PEDRO (Coordenação), *Arbitragem Administrativa. PROBLEMAS E DESAFIOS: ATAS DE CONFERÊNCIA*, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 55-72.

pública subscritora do contrato, que sendo os TAPs/TACM tribunais por excelência de execução, até por aplicação subsidiária do artigo 94.º do Código de Processo Civil (CPC), aplicável por força do artigo 15 da LOJA, como competentes para execução de sentenças arbitrais. Este é também um aspecto que a revisão da LArb irá resolver.

5. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras

O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, mecanismo através do qual uma sentença proferida no estrangeiro possa ser executada em Moçambique, tema escaupelizado por TOMÁS TIMBANE³⁷, não é tratado nem na LPPAC, nem na LOJA e muito menos na LArb, o que pode propiciar um conflito negativo de competências entre o Tribunal Administrativo e o Tribunal Supremo, uma vez que as competências e os meios processuais devem ser consagrados na lei.

Quanto a nós, o reconhecimento de sentenças decorrentes de arbitragens administrativas internacionais é da competência da jurisdição administrativa. Assim, a solução para esta lacuna há-de ser feita pelo recurso aos artigos 2 da LPPAC e 15 da LOJA, que mandam aplicar supletivamente o regime do CPC, relativo à revisão e confirmação de sentenças estrangeiras (artigos 1094.º a 1101.º), e da Lei da Organização Judiciária.

Notas finais

É facto assente que a arbitragem do Direito Público corresponde actualmente a arbitragem administrativa, muito inspirada no regime da Lei Modelo e com a aplicação supletiva da LArb. Todavia, a natureza da arbitragem administrativa impõe determinado regime associado à transparência e ao interesse público que subjaz à actuação do Estado.

³⁷ TOMÁS TIMBANE, “O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS EM MOÇAMBIQUE: O QUE DEVEMOS PREVER”, In António Vieira de Almeida, *VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 126-127.

Assim, o actual regime da LPPAC relativo à arbitragem carece de melhorias. Por exemplo, passados dez anos da aplicação desta Lei, a simplificação do processo de constituição do tribunal arbitral, concedendo competência aos juízes presidentes dos tribunais administrativos provinciais ou do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo para indicação do árbitro nas diversas situações que a lei prevê é importante.

De igual modo, uma reflexão sobre a ampliação dos litígios sujeitos à arbitragem administrativa se impõe, bem como a publicação de sentenças arbitrais administrativas é importante não apenas em razão da transparência e interesse público anteriormente referido, igualmente para a Jurisdição Administrativa e a comunidade jurídica, em geral, tomar ciência de qual o entendimento dos tribunais arbitrais em relação aos diversos temas que se colocam em relação aos contratos administrativos e a responsabilidade extracontratual. A divulgação de sentenças/acórdãos arbitrais administrativos pode contribuir para correcção e melhoria da legislação administrativa.

Os fundamentos e os meios de impugnação de sentenças arbitrais administrativas carecem de densificação e maior clareza. Não excluímos a possibilidade de coexistência da acção de anulação e dos recursos. Todavia, parece-nos importante que a protecção do interesse público exige essa clareza.

Por fim, um regime de execução de sentenças arbitrais administrativas que confere essa competência aos tribunais de primeira instância da Jurisdição Administrativa e de reconhecimento de sentença arbitrais estrangeiras da competência da Primeira Secção do Tribunal Administrativo é premente.

Amilcar Neves

Advogado e Mediador de Conflitos

Rickson Neves

*Advogado Estagiário, Mediador de Conflitos e Mestrando
em Direito Forense e Arbitragem*

Arbitragem em Cabo Verde: Quadro Legal, Desafios e Oportunidades

RESUMO: A arbitragem, em Cabo Verde, é um método de resolução alternativa de litígios que, embora tenha raízes históricas profundas, só ganhou dignidade constitucional e legal com a revisão constitucional de 1999 e a subsequente promulgação da Lei da Arbitragem Voluntária de Cabo Verde, em 2005. A arbitragem no contexto nacional pode ser *ad hoc* ou institucionalizada, com Centros como o Centro Nacional de Mediação e Arbitragem e o Centro de Arbitragem Tributária oferecendo suporte à resolução de litígios. Apesar dos desafios ainda existentes, como a falta de familiaridade da população com o método e a necessidade de desenvolvimento da cultura arbitral, a arbitragem tem-se revelado essencial no setor empresarial, sendo adotada por empresas locais e o próprio Estado. Com efeito, é forçoso concluir que o Ordenamento Jurídico Cabo-verdiano tem avançado no sentido de reconhecer a arbitragem como um método legítimo e necessário.

Palavras-chave: Arbitragem, Cabo Verde, LAVCV, LAT, CAT, Jurisprudência, *Ad Hoc*, Institucionalizada, Kompetenz-Kompetenz.

ABSTRACT: Arbitration in Cabo Verde is an alternative dispute resolution method that, although having deep historical roots, only gained constitutional and legal recognition with the constitutional revision of 1999 and the subsequent enactment of the Cabo Verde Voluntary Arbitration Law in 2005. Arbitration in the national context can be either *ad hoc* or institutional, with Centers such as the National Center for Mediation and Arbitration and the Tax Arbitration Center providing support for dispute resolution. Despite the challenges that still exist, such as the population's lack of familiarity with the method and the need for the development of an arbitration culture, arbitration has proven essential in the business sector, being adopted

by local companies and the State itself. Indeed, it is imperative to conclude that the Cabo Verdean legal framework has progressed in recognizing arbitration as a legitimate and necessary method.

Keywords: Arbitration, Cabo Verde, LAVCV, LAT, CAT, Case Law, Ad Hoc, Institutionalized, Kompetenz-Kompetenz.

Introdução

A arbitragem, enquanto método de resolução alternativa de litígios, tem ganho crescente relevância no Ordenamento Jurídico Cabo-verdiano. Esse aumento de relevância reflete uma adaptação contínua do País às práticas internacionais e a busca por soluções mais céleres e eficientes na administração da Justiça.

Em Cabo Verde, a arbitragem voluntária é regulada pela Lei da Arbitragem Voluntária, inspirada em modelos internacionais, como a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa de 1986 e a Lei-Modelo da *UNCITRAL*. Embora a revisão constitucional de 1999 tenha aberto caminho para a arbitragem, o seu desenvolvimento só ocorreu com a promulgação da Lei da Arbitragem Voluntária, em 2005. Desde então, a arbitragem tem-se revelado um mecanismo relevante, especialmente no setor empresarial, na resolução de litígios tributários e noutros campos ligados aos contratos de seguro e litígios laborais.

Ao longo dos anos, a jurisprudência tem evoluído no sentido de reconhecer a importância da arbitragem como método de resolução alternativa de litígios. Inicialmente havia um certo receio e resistência por parte dos Tribunais Judiciais, que, com o passar do tempo, foi sendo progressivamente afastada, à medida que a arbitragem foi ganhando robustez legal, comprovando a sua eficácia e proporcionando segurança jurídica para as partes envolvidas.

Apesar dos avanços legislativos, a efetiva implementação da arbitragem em Cabo Verde ainda enfrenta desafios. Um dos principais obstáculos é a necessidade de desenvolver uma cultura jurídica que reconheça e valorize a arbitragem. Outro desafio prende-se com a falta de familiaridade da população e das instituições com esse método de resolução de litígios.

Este artigo tem como objetivo analisar o quadro normativo e a evolução histórica da arbitragem em Cabo Verde, destacando os principais marcos legais e a sua aplicabilidade prática. Além disso, pretende-se compreender como é que os Tribunais Judiciais têm reagido à arbitragem, bem como os desafios e oportunidades associados ao desenvolvimento da arbitragem.

1. O Quadro Legal Cabo-verdiano em Matéria de Arbitragem: da Constituição às Leis Ordinárias

A arbitragem é um método de resolução alternativa de litígios, no qual as partes ou a lei conferem a um ou mais terceiros independentes e imparciais o poder de dirimir um litígio de forma vinculativa através de uma sentença arbitral.¹ A arbitragem pode ser classificada como voluntária ou necessária, consoante os poderes dos árbitros para decidir o litígio emergirem do acordo das partes ou da lei.² No âmbito do nosso trabalho daremos especial enfoque ao regime da arbitragem voluntária que é o regime existente em Cabo Verde e que apresenta outros afloramentos em diversos diplomas.

Para que possamos compreender o lugar que a arbitragem ocupa em Cabo Verde, resulta mister perceber o enquadramento constitucional e legal deste método de resolução alternativa de litígios. Em primeiro lugar, importa perceber o tratamento constitucional dado à arbitragem ao longo da história constitucional de Cabo Verde.

A primeira iniciativa Constitucional ou constitucionalismo cabo-verdiano teve sua origem na designada Lei sobre a Organização Política do Estado (LOPE)³, que foi imediatamente classificada pelo então Depu-

¹ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Almedina, 2014, pág. 119, MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem*, Reimpressão, Almedina, 2023, pág. 11, BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, 2.^a Edição, Almedina, 2013, pág. 442.

² PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 26, MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem...*, cit., págs. 13-17, GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios...*, cit., pág. 18.

³ Lei sobre a Organização Política do Estado, de 5 de julho de 1975, B.O. n.º 1.

tado da Assembleia Nacional Popular, José Luís Fernandes Lopes, como sendo uma pré-constituição, classificação essa que veio a ser adotada pela maioria dos autores que versaram sobre essa questão.⁴

Nem a LOPE, nem a sua revisão⁵ fez qualquer referência à arbitragem ou à possibilidade de criação de Tribunais Arbitrais, em Cabo Verde. Neste sentido, importa evidenciar que, durante a vigência da LOPE, foi aprovada, em 1976, o Decreto-Lei n.º 8/76⁶, que instituiu as Comissões Concelhias de Reordenamento Agrário. Essas Comissões eram compostas por um membro do Conselho Deliberativo do Município, um representante do Ministério da Agricultura e Águas, um Delegado da Administração Interna e representantes da população concelhia com reconhecida idoneidade. No âmbito das suas competências, cabia-lhes, entre outras funções, resolver litígios relacionados a contratos de arrendamento e trabalho rural, no que dizia respeito aos prédios rurais situados no território sob a sua jurisdição.

Interessa também referir que, em 1978, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 87/78⁷, que veio a instituir as Comissões de Arbitragem de Acidentes de Viação que tinham como objetivo a célere resolução de litígios resultantes de acidentes de viação, que opusessem segurados e ou terceiros ao Instituto de Seguros e Previdência Social, ou segurados entre si, relacionados com danos patrimoniais sobre coisas ou animais. Essas Comissões funcionavam em regime colegial, sendo compostas por três membros: um magistrado judicial, um representante do Serviço Nacional de Viação e um técnico de reparação automóvel das Oficinas do Estado.

Neste âmbito, importa destacar que, em 1978, ainda estava em vigor a LOPE e previa, no seu artigo 17.º, que o exercício da função jurisdicional caberia ao Conselho Nacional de Justiça ou Tribunais criados por lei. Salvo melhor opinião, consideramos que a designação “Comissões de Arbitragem” era apenas formal e que materialmente estávamos

⁴ SILVA, Mário, Contributo para a História Político-Constitucional de Cabo Verde, Almedina, 2015, pág. 70.

⁵ Lei n.º 2/77, de 9 de abril de 1977, B.O. n.º 15, que procedeu à 1.ª Revisão da Lei sobre a Organização Política do Estado.

⁶ Decreto-Lei n.º 8/76, de 17 de janeiro de 1976, B.O. n.º 3, que criou as Comissões Concelhias de Reordenamento Agrário.

⁷ Decreto-Lei n.º 87/78, de 22 de setembro de 1978, B.O. n.º 37, 2.º Suplemento, que criou as Comissões de Arbitragem de Acidentes de Viação.

perante verdadeiros Tribunais Arbitrais criados por lei. Ademais, o atual Supremo Tribunal de Justiça era designado por Conselho Nacional de Justiça⁸, o que revela que não devemos sobrevalorizar a denominação do órgão em detrimento das funções que materialmente exerce.

No que toca às Constituições que sucederam a LOPE, nem a Constituição de 1980⁹ e as suas revisões, nem a versão originária de 1992 e a primeira revisão de 1995¹⁰ da Constituição de 1992 contemplaram a jurisdição arbitral. Deste modo, no Capítulo II da Constituição de 1992 (inalterado com a primeira revisão), intitulado “*Organização dos Tribunais*”, foi consagrado o artigo 228.º, que elencava as categorias de Tribunais, sem fazer qualquer menção aos Tribunais Arbitrais ou à arbitragem. Outro artigo que também ajuda a compreender a posição da Constituição de 1992 (e a sua revisão de 1995) é o artigo 223.º, intitulado “*Exercício do Poder Jurisdicional*”, que previa, no seu n.º 1, que “*O poder judiciário, em todos os tipos de casos, será exercido exclusivamente por tribunais criados nos termos da Constituição e da lei e em conformidade com as normas jurisdicionais e processuais legalmente estabelecidas*”.

Foi a revisão constitucional de 1999 (segunda revisão)¹¹ que veio trazer à luz a possibilidade de criação de Tribunais Arbitrais, no seu artigo 213.º, n.º 2, al. c). A versão atual da Constituição da República de Cabo Verde de 1992 (CRCV)¹², que inclui a revisão de 2010, estabelece, no seu n.º 1 do art.º 210.º, que “*A justiça é administrada em nome do povo pelos tribunais e pelos órgãos não jurisdicionais de composição de conflitos, criados nos termos da Constituição e da lei, em conformidade com as normas e de processos legalmente estabelecidas*”. Por seu turno, o art.º 214.º, n.º 2, al. b), da CRCV, que trata das categorias de Tribunais, prevê expressamente a possibilidade de serem criados Tribunais Arbi-

⁸ Esta era a designação utilizada pela LOPE, no seu artigo 18.º, para se referir à Suprema Instância de Justiça do País à época.

⁹ Lei Constitucional n.º 3/80, de 13 de outubro de 1980, B.O. n.º 41, que aprovou a Constituição da República de 1980.

¹⁰ Lei Constitucional n.º 1/IV/95, de 25 de setembro de 1995, B.O. n.º 39, I Série, que procedeu à 1.ª Revisão da Constituição de 1992.

¹¹ Lei Constitucional n.º 1/V/99, de 23 de novembro de 1999, B.O. n.º 43, Suplemento, I Série, que procedeu à 2.ª Revisão da Constituição de 1992.

¹² Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de maio de 2010, B.O. n.º 17, I Série, que procedeu à 3.ª Revisão da Constituição de 1992.

trais e o n.º 4 determina que “*A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos*”.

Não obstante a Constituição, desde 1999, ter-se aberto à de arbitragem, foi necessário esperar cerca de 6 anos para que fosse aprovada a primeira lei de arbitragem em Cabo Verde. A primeira lei ordinária sobre arbitragem, designada de Lei da Arbitragem Voluntária de Cabo Verde (LAVCV)¹³, foi aprovada em 2005 e veio regular a arbitragem voluntária como um meio de resolução alternativa de litígios. A LAVCV teve, como se terá a oportunidade de demonstrar, grande influência da Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa de 1986 (LAVPT86)¹⁴ e a Lei-Modelo *UNCITRAL*¹⁵.

Nos termos do artigo 1.º da LAVCV, define-se a arbitragem como um “*meio de resolução não jurisdicional de litígios*”. Salvo melhor opinião, consideramos que tal definição é equívoca, dado que os Tribunais Arbitrais são, de facto, Tribunais com competência para exercer a função jurisdicional, aplicando o direito ao caso concreto para dirimir litígios. Além disso, os árbitros que integram o Tribunal Arbitral devem ser independentes e imparciais, à semelhança do que sucede com os Tribunais Judiciais.

A doutrina tem reconhecido claramente a função jurisdicional dos Tribunais Arbitrais ao afirmar que a arbitragem é “*contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*”.¹⁶ A nível constitucional, tem-se reconhecido a dignidade constitucional dos Tribunais Arbitrais, destacando-se a existência de uma assimilação material entre estes e os Tribunais Judiciais. Com efeito, os Tribunais Arbitrais encontram-se sujeitos aos mesmos princípios, estando os árbitros tam-

¹³ Lei n.º 76/VI/2005, de 16 de agosto de 2005, B.O. n.º 33, I Série, sobre a Lei de Arbitragem Voluntária de Cabo Verde.

¹⁴ Lei Portuguesa n.º 31/86, de 29 de agosto de 1986, D.R. n.º 198, I Série, sobre a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa de 1986.

¹⁵ PINTO, Gilson Eduardo Vaz Gomes, *Arbitragem Tributária em Cabo Verde um Olhar sobre Novos Desafios*, FDUL Lisboa, 2016, pág. 9.

¹⁶ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios...*, cit., pág. 120, MARTINS, André Almeida, *em Arbitragem Voluntária, Elemento de Estudo*, 2023, pág. 15.

bém sujeitos ao estatuto funcional dos juízes compatíveis com a natureza da arbitragem.¹⁷

Importa agora analisar o Capítulo II da LAVCV, que regula a convenção de arbitragem. De acordo com o artigo 3.º, a arbitragem é sempre precedida de uma convenção de arbitragem celebrada entre as partes, em que estas decidem submeter à decisão arbitral um litígio atual ou eventual emergente de uma relação jurídica entre elas. Caso o litígio for atual, a convenção é denominada de compromisso arbitral, ao passo que nos casos em que estamos perante litígios eventuais, a convenção passa a ser denominada de cláusula compromissória ou cláusula de arbitragem.

De acordo com o artigo 5.º da LAVCV, a convenção deve adotar a forma escrita, podendo constar de um documento assinado pelas partes ou de troca de correspondências que forneçam prova escrita, como cartas, e-mails ou outros meios de telecomunicação. Além disso, o compromisso arbitral precisa especificar claramente o objeto do litígio, ao passo que a cláusula de arbitragem deve indicar a relação jurídica envolvida. Em contratos de adesão, a validade e a interpretação do compromisso arbitral serão regidas pela legislação aplicável ao tipo contratual.

A convenção de arbitragem não pode abranger todo o tipo de matérias, visto que só podem ser sujeitas à arbitragem aquelas que sejam consideradas arbitráveis. Neste contexto, doutrina admite dois tipos de arbitrabilidade: a subjetiva e a objetiva.¹⁸

Nos termos do artigo 4.º, da LAVCV, as matérias inarbitráveis são aquelas correspondentes a litígios que envolvam direitos indisponíveis, aqueles que sejam exclusivamente submetidos a Tribunais Judiciais ou à arbitragem necessária e litígios que envolvam menores, incapazes ou inabilitados, mesmo que representados legalmente. Neste sentido, podemos afirmar que os litígios relativos a direitos disponíveis e aqueles exclusivamente submetidos a Tribunais Judiciais ou à arbitragem necessária correspondem a duas matérias objetivamente inarbitráveis.

¹⁷ MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 117-120.

¹⁸ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios...*, cit., pág. 136.

Como se pode constatar, a LAVCV adotou o critério da disponibilidade que coincide com aquele que foi adotado na LAVPT86.¹⁹ Com efeito, interessa destacar que os direitos indisponíveis costumam ser definidos como aqueles insuscetíveis de serem constituídos, extintos ou transmitidos pela vontade do seu titular.²⁰ Alguns autores adotam uma visão casuística²¹ face ao conceito, ao passo que outros adotam uma orientação mais genérica.²²

Este critério foi objeto de muita discussão e também foi muito criticado pela doutrina portuguesa pela sua dificuldade prática²³. Consequentemente, o critério atual adotado pela atual Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa de 2011 (LAVPT)²⁴, no artigo 1.º, n.º 1, corresponde ao da patrimonialidade, ou seja, da existência de um interesse pecuniário ou económico, mesmo que estejamos perante prestações de facto ou declarações de invalidade ou validade negociais.²⁵

No que toca à inarbitrabilidade subjetiva, podemos identificar, ainda no artigo 4.º da LAVCV, os litígios que envolvam menores, incapazes ou inabilitados, mesmo que representados legalmente. Neste âmbito, é importante referir que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, desde que sejam autorizados por lei especial ou quando estas convenções tiverem como

¹⁹ Artigo 1.º, n.º 1 da LAVPT86.

²⁰ GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios..., cit., pág. 144, MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, Manual de Arbitragem..., cit., págs. 169-170.

²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina*, 2008, pág. 86, SILVA, Paula Costa e, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, 1996, pág. 922.

²² MENDES, João de Castro, Direito Processual Civil, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012, pág. 210.

²³ VENTURA, Raúl, "Convenção de Arbitragem", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 1986, pág. 321, SILVA, Paula Costa e, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral" ..., cit., pág. 922, nota 79.

²⁴ Lei Portuguesa n.º 63/2011, de 14 de dezembro de 2011, D.R. n.º 238, I Série, sobre a atual Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.

²⁵ GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios..., cit., págs. 142-143, MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, Manual de Arbitragem..., cit., pág. 168-169.

objeto litígios que envolvam relações de direito privado.²⁶ Assim sendo, são inarbitráveis (inarbitrabilidade subjetiva) os litígios em que o Estado ou pessoas coletivas de direito público não estejam autorizados por lei especial ou aqueles em que estejam em causa relações de direito público.

Caso a convenção abranja matérias inarbitráveis, não obedeça aos requisitos de forma ou tenha como parte o Estado ou entidades públicas nos casos em que não possam ser parte, a mesma é considerada nula, nos termos do artigo 9.º da LAVCV. Neste âmbito, importa destacar que a nulidade do contrato não afeta a validade da convenção, a não ser que a mesma seja considerada nula.²⁷

De acordo com o artigo 6.º da LAVCV, a celebração da convenção de arbitragem implica a renúncia das partes ao direito de recorrer ao Tribunal Judicial para resolver as matérias abrangidas pela convenção, sem prejuízo de requererem providências cautelares compatíveis antes ou durante o processo arbitral. Caso uma ação seja proposta num Tribunal Judicial sobre matéria sujeita a arbitragem, este deve remeter as partes para o processo arbitral, salvo se considerar a convenção nula. Neste âmbito, podemos identificar os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem.²⁸

O efeito positivo determina que a renúncia em resolver os litígios por via judicial, pelo que se pode afirmar a existência de uma convenção de arbitragem confere às partes o direito potestativo de iniciar a arbitragem, cabendo à outra apenas a sujeição.²⁹ O efeito negativo prende-se com o facto de, caso for proposta uma ação relacionada com matéria abrangida pela convenção ou o contrato no qual a convenção esteja inserida, junto de um Tribunal Judicial, este deverá considerar-se incompetente e absolver o réu da instância, nos termos do artigo 453, n.º 1.º, al. i), do Código de Processo Civil de Cabo Verde (CPCCV).³⁰ No entanto, existe uma exceção à declaração de incompetência que se prende com a nulidade da

²⁶ Artigo 1.º, n.º 4 da LAVCV.

²⁷ Artigo 7.º da LAVCV.

²⁸ GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios..., cit., págs. 181-194.

²⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos..., cit., pág. 93.

³⁰ Decreto-Legislativo n.º 7/2010 de 1 de julho de 2010, B.O. n.º 24, 1.º Suplemento, que aprovou o Código de Processo Civil de Cabo Verde.

convenção e que será analisada mais à frente, uma vez que esta exceção está intimamente relacionada com o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (competência da competência ou competência-competência).³¹

O Capítulo III da LAVCV regula a composição do Tribunal Arbitral e a designação, os requisitos, os impedimentos, os deveres e responsabilidades dos árbitros. O Tribunal Arbitral pode ser composto por um ou mais árbitros, desde que em número ímpar e, caso o número não seja especificado na convenção de arbitragem ou em acordo posterior, o Tribunal será constituído por três árbitros.³² Em Tribunais compostos por mais de um árbitro, estes escolhem, entre si, o presidente, salvo acordo em contrário das partes, que desempenha funções de gestão do processo, condução das audiências e coordenação dos debates.³³

Nos termos do artigo 14.º da LAVCV, as partes possuem liberdade para designar os árbitros ou determinar o seu modo de escolha e, na ausência de consenso, cada parte indica um árbitro, e estes escolhem um terceiro para completar o Tribunal. Quando as partes não conseguem nomear os árbitros ou determinar o objeto do litígio, cabe ao presidente do Tribunal de Comarca intervir para efetuar as nomeações necessárias e decidir sobre o objeto, sendo tal decisão passível de recurso.³⁴

Os árbitros devem ser pessoas singulares, plenamente capazes, e cumprir os requisitos estabelecidos pelas partes ou pelos Centros de arbitragem indicados. Relativamente a isto, importa realçar que as pessoas coletivas não podem ser árbitros e não se exige qualquer qualificação, formação ou experiência³⁵ para além da independência e imparcialidade.

Quanto aos impedimentos e recusas, previstos no artigo 17.º da LAVCV, é aplicável aos árbitros o regime de impedimentos e escusas previsto para os juízes no Processo Civil, salvo nos casos em que os árbitros tenham sido nomeados por acordo das partes. Além disso, é vedada

³¹ MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem...*, cit., pág. 187.

³² Artigo 12.º da LAVCV.

³³ Artigo 21.º da LAVCV.

³⁴ Artigo 19.º da LAVCV.

³⁵ MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem...*, cit., pág. 244.

a nomeação de árbitros que tenham atuado como mediadores no mesmo litígio, salvo consentimento expresso das partes.

Interessa também referir que, nos termos do artigo 22.º da LAVCV, os árbitros estão adstritos a um conjunto deveres éticos, exigindo-se que atuem com imparcialidade, independência, sigilo, diligência e boa-fé, garantindo a celeridade processual, a observância das regras procedimentais acordadas e dos elementos do litígio para a boa decisão da causa. Ademais, os árbitros não podem representar interesses das partes ou receber vantagens de terceiros com interesse no litígio. Neste âmbito, os árbitros podem ser responsabilizados por danos decorrentes de condutas desonestas, fraudulentas ou ilegalidades no exercício de suas funções.

Com vista à constituição do Tribunal Arbitral, a parte interessada endereça uma notificação à parte contrária, por carta registada com aviso de receção ou outro meio que comprove envio e receção, conforme o artigo 18.º da LAVCV. A notificação deve indicar a convenção de arbitragem, o objeto do litígio (se não for definido na convenção) e, se aplicável, a nomeação de árbitros pela parte requerente, convidando a outra a designar os seus. Quando a escolha do árbitro exige acordo mútuo, é proposto um nome para aceitação e, caso a designação caiba a um terceiro, este deve ser notificado para realizar a escolha e informar ambas as partes.

O Capítulo IV da LAVCV regula o funcionamento da arbitragem, incidindo sobre as regras processuais, princípios fundamentais, representação das partes, produção de provas e providências cautelares. De acordo com o artigo 23.º da LAVCV, as partes podem acordar, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do último árbitro, as regras de processo e o local de funcionamento do Tribunal. Esse acordo pode inclusive remeter para regulamentos Centros de Arbitragem ou de entidades especializadas em arbitragem e, na ausência de consenso, a decisão sobre essas questões cabe aos árbitros.

Destacamos que não compreendemos o facto de o legislador cabo-verdiano ter-se afastado da solução da LAVPT86, que permitia às partes acordar, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, as regras de processo e o local de funcionamento do Tribunal.³⁶ Com efeito, consideramos que constitui justa causa

³⁶ Artigo 15.º, n.º 1 da LAVPT86.

de escusa do árbitro, nos termos do artigo 16.º, n.º 3 da LAVCV, a não ser que tenha admitido expressamente sujeitar-se a tal situação. Caso assim não fosse, os primeiros árbitros, até à aceitação do último, estariam sujeitos a uma enorme insegurança quanto ao local de funcionamento do Tribunal ou quanto às regras e procedimentos que regerão o processo arbitral.

O processo arbitral deve observar princípios fundamentais da absoluta igualdade entre as partes, a citação do Demandado para defesa, o respeito ao contraditório em todas as fases e o direito de ambas as partes serem ouvidas antes da decisão final, previstos no artigo 24.º da LAVCV. As partes podem ser representadas por quem designarem, e é admitida a produção de qualquer prova legalmente permitida.³⁷ Caso a colaboração de uma parte ou terceiro seja recusada, pode-se requerer a intervenção do Tribunal Judicial para obter a prova, cujos resultados serão encaminhados ao Tribunal Arbitral.

Além disso, salvo estipulação em contrário, o Tribunal Arbitral pode decretar, a pedido de uma das partes, providências cautelares para proteger o objeto do litígio, nos termos do artigo 27.º da LAVCV. Consequentemente, o Tribunal Arbitral pode exigir, se necessário, a prestação de garantias.

O Capítulo V da LAVCV regula a decisão arbitral, abrangendo o seu prazo, a deliberação, os seus elementos, e os seus efeitos jurídicos. Nos termos do artigo 28.º da LAVCV, o prazo para a decisão arbitral pode ser fixado pelas partes na convenção de arbitragem ou em acordo posterior até à aceitação do primeiro árbitro. Na ausência de estipulação, o prazo é de seis meses a contar da designação do último árbitro, podendo ser prorrogado até o dobro, mediante acordo das partes. Os árbitros que demorarem injustificadamente na prolação decisão respondem pelos danos causados.

Nos termos do artigo 29.º da LAVCV, a deliberação deve ser tomada por maioria de votos, quando o Tribunal é composto por mais de um árbitro, salvo convenção das partes que exija maioria qualificada. Ademais, a convenção das partes ainda pode delegar a decisão exclusivamente ao presidente em caso de impasse.

³⁷ Artigos 25.º e 26.º da LAVCV.

O Tribunal Arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, bem como a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, mediante a arguição de incompetência feita por uma das partes até à dedução da defesa. Como se pode constatar, a LAVCV consagra, no artigo 30.º, um princípio muito importante no âmbito da arbitragem denominado princípio *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual é o Tribunal Arbitral que deve, em primeira linha, apreciar a sua competência (efeito positivo).³⁸ Em consequência, os Tribunais Judiciais não podem apreciar a competência do Tribunal Arbitral, devendo, como já se referiu, proceder à absolvição do réu da instância por incompetência (efeito negativo).³⁹

No entanto, como já se referiu, existe uma exceção à declaração de incompetência que se prende com a existência de uma convenção de arbitragem nula. Nós entendemos que a nulidade a que se refere o artigo 6.º, n.º 3 da LAVCV, deve ser entendida como situações de manifesta nulidade, à semelhança do que sucede no artigo 19.º, n.º 5 da LAVCV, nos casos em que um Tribunal Judicial é convocado para designar os árbitros ou determinar o objeto do litígio. Tratando-se de uma situação de manifesta nulidade, o julgador deverá fazer uma apreciação da existência ou validade da convenção de arbitragem, sem recorrer a meios de prova⁴⁰ e, em nosso entender, a nulidade deve incidir apenas sobre as circunstâncias descritas no artigo 9.º e que dispõe sobre a nulidade da convenção.

O motivo que nos leva a defender tal posição relaciona-se com a morosidade e a desconfiança que seria introduzida no processo arbitral, dado que o Tribunal Judicial teria de instruir a produção de prova para avaliar a existência e a validade da convenção mesmo antes de qualquer intervenção do Tribunal Arbitral. Ademais, tratando-se de uma exceção ao princípio *Kompetenz-Kompetenz*, a mesma deve ser operada com cautela, sob pena de suprimirmos um princípio fundacional da arbitragem.

³⁸ MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flamínio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem...*, cit., pág. 187.

³⁹ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, 2014, pág. 131.

⁴⁰ MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flamínio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem...*, cit., pág. 190.

Quanto ao mérito, os árbitros julgam segundo o direito constituído, salvo autorização das partes para julgar com base na equidade⁴¹. A decisão arbitral deve ser reduzida a escrito, incluindo a identificação das partes, a convenção de arbitragem, o objeto do litígio, a identificação dos árbitros, o local, a data da decisão, as assinaturas dos árbitros, a fundamentação e as custas do processo.⁴²

Após notificação às partes, feita por carta registada com aviso de receção, a decisão arbitral transita em julgado, tornando-se definitiva e com força executiva equiparada à sentença judicial de Primeira Instância, logo que se torne insuscetível de impugnação.⁴³ Consequentemente, o poder dos árbitros extingue-se com a notificação da decisão.⁴⁴

O Capítulo VI da LAVCV trata da possibilidade de impugnação das decisões arbitrais, limitando-a à anulação por um Tribunal Judicial. Nos termos do artigo 37.º da LAVCV, o direito de requerer a anulação é irrenunciável, devendo a ação ser intentada junto do Supremo Tribunal de Justiça, no prazo de um mês a partir da notificação da decisão arbitral.

De acordo com o artigo 36.º da LAVCV, as causas (taxativas) de anulação são: (i) a inarbitrabilidade; (ii) a incompetência ou irregularidade na constituição do Tribunal; (iii) a violação de regras processuais previstas no artigo 24.º (absoluta igualdade entre as partes, a ausência de citação do Demandado para defesa; a inobservância ao contraditório em todas as fases; e a violação do direito de ambas as partes serem ouvidas antes da decisão final), com influência decisiva na resolução do litígio; (iv) o incumprimento dos requisitos formais essenciais da decisão (assinaturas, votos de vencido e fundamentação); e (v) a omissão ou excesso de pronúncia. No entanto, irregularidades na constituição do Tribunal Arbitral conhecidas por uma parte durante o processo arbitral não podem ser invocadas posteriormente, caso não tenham sido alegadas em tempo oportuno.

Como podemos notar, os fundamentos para requerer a anulação são essencialmente processuais, o revela que o legislador cabo-verdiano teve

⁴¹ Artigo 31.º da LAVCV.

⁴² Artigo 32.º da LAVCV.

⁴³ Artigos 33.º e 35.º da LAVCV.

⁴⁴ Artigo 34.º da LAVCV.

alguma cautela na determinação desses fundamentos.⁴⁵ Esses fundamentos impedem que uma das partes os utilizem como pretexto para obterem uma decisão de mérito, o que criaria um grande constrangimento no funcionamento da arbitragem, bem como nas exigências de celeridade a ela subjacentes.

O Capítulo VII da LAVCV disciplina a execução das decisões arbitrais e oposição à execução. Conforme o artigo 38.º da LAVCV, a execução dessas decisões ocorre no Tribunal Judicial de Primeira Instância, observando-se as normas do Processo Civil. No que diz respeito à oposição à execução de uma decisão arbitral, é possível invocar os fundamentos que poderiam justificar a anulação dessa decisão, mesmo que já tenha decorrido o prazo para a propositura da ação de anulação.⁴⁶

As únicas formas de se reagir à decisão arbitral são através da ação de anulação ou oposição à execução. Os recursos não se encontram consagrados, à semelhança do que sucedia com a LAVPT86, que determinava, no seu artigo 29.º, n.º 1, que haveria recurso, salvo houvesse renúncia das partes. O legislador cabo-verdiano poderia ter transposto a mesma regra, todavia não o fez, o que levanta o problema de saber se a regra é ou não a da recorribilidade.

Neste âmbito, a LAVCV determina claramente que a escolha da jurisdição arbitral implica a renúncia às Instâncias Judiciais sobre matérias incluídas na convenção, abrangendo, em nosso entender, os recursos. Além disso, o facto de o legislador cabo-verdiano não ter transposto o artigo 29.º, n.º 1, indica que este não quis que as decisões arbitrais fossem suscetíveis recurso, salvo a lei expressamente o determinar, como é o caso do artigo 19.º, n.º 4 da LAVCV.

Embora o artigo 42.º da LAVCV estabeleça a irrecorribilidade como regra no domínio da arbitragem internacional, é incorreto concluir que, pela ausência de uma norma expressa sobre irrecorribilidade nos capítulos referentes à arbitragem nacional, a regra seja a da recorribilidade das decisões arbitrais nacionais.

Os Capítulos VIII e IX da LAVCV tratam da arbitragem internacional e do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras.

⁴⁵ PINHEIRO, Luís de Lima, “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, 2007, págs. 1-15.

⁴⁶ Artigo 39.º da LAVCV.

A arbitragem internacional ocorre quando as partes possuem domicílio em diferentes Estados ou quando a relação jurídica subjacente envolve interesses de comércio internacional, conforme o artigo 40.º da LAVCV.

Neste contexto, confere-se às partes a liberdade de escolha do direito aplicável, sendo que, na ausência de escolha, o Tribunal aplica o direito mais apropriado ou busca uma composição amigável, se autorizado pelas partes.⁴⁷ Neste âmbito, interessa revelar que as decisões arbitrais internacionais são irrecorríveis, salvo acordo das partes em contrário.⁴⁸

Quanto ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras, estas possuem força obrigatória e podem ser executadas mediante solicitação ao Tribunal Judicial, desde que acompanhadas do original ou cópia autenticada da decisão arbitral e da convenção de arbitragem, com tradução para o português, se necessário.⁴⁹ Caso um pedido de anulação ou suspensão da decisão arbitral esteja em curso no País de origem, o Tribunal pode adiar a decisão e exigir garantias da parte requerente.⁵⁰

Neste contexto, são admitidos os seguintes fundamentos para a recusa do reconhecimento ou execução⁵¹: (i) a invalidade da convenção de arbitragem; (ii) a falta de citação ou notificação adequada; (iii) desconformidades com a convenção ou ilegalidades na constituição do Tribunal Arbitral ou no processo; (iv) a decisão ainda não seja obrigatória ou tenha sido anulada ou suspensa pelo Tribunal Competente do Estado do lugar da arbitragem; (v) o Estado onde a decisão foi proferida não reconheceria ou executaria decisões arbitrais cabo-verdianas; (vi) as decisões de omissão ou de excesso de pronúncia quanto ao escopo do compromisso arbitral; (vii) a violação de ordem pública; e (viii) matérias inarbitráveis.

Cabo Verde destaca-se em matéria de arbitragem internacional pela sua adesão a duas Convenções de grande relevância. Em 2018, tornou-se o 158.º Estado contratante da Convenção de Nova Iorque de 1958⁵², que

⁴⁷ Artigo 41.º da LAVCV.

⁴⁸ Artigo 42.º da LAVCV.

⁴⁹ Artigo 44.º da LAVCV.

⁵⁰ Artigo 45.º, n.º 3 da LAVCV.

⁵¹ Artigo 45.º da LAVCV.

⁵² Resolução n.º 26/IX/2017, de 7 de fevereiro de 2017, B.O. n.º 6, I Série, respeitante à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

regula o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, aplicando-a com base no Princípio da Reciprocidade a sentenças proferidas em Estados signatários. Além disso, Cabo Verde ratificou a Convenção de Washington de 1965, que institui o Centro Internacional para Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (*ICSID*), reforçando o compromisso do País com mecanismos alternativos de resolução de litígios internacionais.

Outro tipo de arbitragem que tem vindo a ganhar especial relevo no contexto cabo-verdiano é a arbitragem tributária, regulada pela Lei da Arbitragem Tributária (LAT)⁵³, que surge como uma alternativa ao sistema judicial para a resolução de litígios tributários entre a Administração Tributária e os sujeitos passivos. Nos termos do artigo 2.º da LAT, os Tribunais Arbitrais Administrativos possuem competência para julgar pretensões relacionadas com a ilegalidade de atos de liquidação de impostos, taxas e contribuições, exceto quando a utilidade económica do pedido exceder 10.000.000\$00, nos primeiros cinco anos, ou 20.000.000\$00 após esse período. Neste tipo de arbitragem, são arbitráveis atos tributários que gerem receitas para a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), os previstos no artigo 19.º do Código dos Benefícios Fiscais, pretensões sobre direitos aduaneiros, classificação pautal, origem, valor aduaneiro ou análises laboratoriais, entre outros.

De acordo com o artigo 6.º da LAT, o funcionamento dos Tribunais Arbitrais é coordenado pelo Centro de Arbitragem Tributária (CAT), que pode ser uma entidade pública ou privada. Esse Centro é responsável pela organização e administração dos Tribunais Arbitrais, podendo atuar em todo o território nacional. O Centro possui órgãos responsáveis pela sua gestão e supervisão dos órgãos que o integram, como o Conselho Diretivo, que é composto por profissionais das áreas de direito, gestão e economia, e o Conselho Deontológico, que desempenha a função de garantir a imparcialidade e a legalidade do processo arbitral. No âmbito da nossa análise sobre a arbitragem institucional em Cabo Verde, desenvolveremos mais aprofundadamente o papel e a importância do CAT.

⁵³ Lei n.º 108/VIII/2016, de 28 de janeiro de 2016, B.O. n.º 5, I Série, que aprovou a Lei da Arbitragem Tributária.

Os Tribunais Arbitrais que resolverão os litígios serão compostos por três árbitros: dois escolhidos pelas partes envolvidas e um terceiro, que atuará como presidente, escolhido por acordo entre os árbitros nomeados ou, na falta de consenso, pelo Conselho Deontológico.⁵⁴ A nomeação dos árbitros deve seguir critérios rigorosos de competência técnica, idoneidade moral e experiência nas áreas de direito, economia, gestão, contabilidade, auditoria ou fiscalidade.⁵⁵ O árbitro presidente deve ser, no mínimo, licenciado em Direito, e os demais árbitros podem ser profissionais com experiência comprovada em arbitragem ou formados nas áreas já mencionadas.

A LAT, no seu artigo 9.º, também estabelece um conjunto de impedimentos para garantir a imparcialidade dos árbitros. Não poderão exercer a função de árbitro aqueles que tenham interesse direto no litígio ou que possuam vínculos com as partes envolvidas. Ademais, os árbitros que tenham atuado como peritos ou consultores nas questões em litígio também estão impedidos de julgar o caso.

Além dos requisitos supra, o árbitro deve ser escolhido em observância do Código Deontológico da Arbitragem Tributária (Código Deontológico).⁵⁶ O Código estabelece um conjunto de normas e princípios destinados a garantir a independência, imparcialidade e eficiência dos árbitros no contexto da arbitragem tributária em Cabo Verde. De acordo com o artigo 2.º do Código, os árbitros devem atuar com independência, imparcialidade, isenção e objetividade.

Os árbitros também devem ser plenamente capazes, com competência técnica, idoneidade moral e possuir experiência suficiente para garantir a qualidade das decisões, nos termos do artigo 3.º do Código. Além disso, devem manter uma postura de lealdade para com as partes envolvidas e os coárbitros, evitando qualquer tipo de interesse pessoal, pressão externa ou preconceito que possa afetar sua imparcialidade. O Código também estabelece restrições quanto a ofertas, favores ou heranças de qualquer uma das partes, que possam ser recebidos durante ou após a arbitragem. Neste âmbito, interessa destacar que a aceitação do encargo

⁵⁴ Artigo 7.º da LAT.

⁵⁵ Artigo 8.º da LAT.

⁵⁶ Decreto-Lei n.º 20/2018 de 23 de abril de 2018, B.O. n.º 23, I Série, que aprovou o Código Deontológico da Arbitragem Tributária.

de árbitro não é obrigatória, e que, ao aceitá-lo, o árbitro deve garantir que tem conhecimento adequado e disponibilidade para desempenhar as suas funções.⁵⁷

Existem também normas para o afastamento de árbitros, como circunstâncias que possam levantar dúvidas quanto à sua independência ou capacidades mínimas para o exercício da função.⁵⁸ Por outro lado, o artigo 6.º do Código estabelece os fundamentos para a recusa de um árbitro no âmbito da arbitragem tributária. Um árbitro pode ser recusado caso existam circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas quanto à sua independência, imparcialidade, isenção ou competência. A competência exclusiva para decidir sobre a admissibilidade da recusa cabe ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Tributária.

Antes de aceitar formalmente o encargo, o árbitro está obrigado a informar, por escrito, o Centro, as partes e os outros árbitros sobre quaisquer factos, circunstâncias ou relações que possam levantar dúvidas quanto à sua imparcialidade, incluindo os impedimentos previstos na legislação aplicável. Nos termos do artigo 6.º, n.º 4 do Código, os factos (exemplificativos) sujeitos a revelação prendem-se com relações profissionais ou pessoais com as partes ou os seus representantes, serviços anteriormente prestados a qualquer uma das partes, interesses diretos ou indiretos no caso ou em alguma das partes e participação em associações que possam comprometer a imparcialidade.

Na dúvida sobre a relevância de um facto, prevalece o dever de revelação, que se mantém ao longo de todo o processo arbitral, abrangendo factos supervenientes ou conhecidos apenas após a aceitação do encargo. Neste âmbito, entendemos que será útil recorrer-se também às Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional⁵⁹, reconhecidos internacionalmente no âmbito da arbitragem.⁶⁰

⁵⁷ Artigo 4.º do Código Deontológico.

⁵⁸ Artigo 5.º do Código Deontológico.

⁵⁹ GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios..., cit., págs. 205.

⁶⁰ Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, consultado em 25-11-2024 e disponíveis em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>

O Código Deontológico reforça a confidencialidade das informações obtidas no processo, proibindo o uso das mesmas para obtenção de benefícios pessoais ou de terceiros⁶¹. Além disso, o Código também proíbe aos árbitros a angariação ativa de nomeações para arbitragem, embora permita que os árbitros divulguem suas experiências na área, desde que respeitado o dever de confidencialidade.⁶²

Quanto aos honorários dos árbitros, estes são fixados de forma a garantir o acesso à Justiça para todos os cidadãos, e devem ser previamente comunicados pelo Centro de Arbitragem Tributária.⁶³ Os árbitros devem ser diligentes, conduzindo o processo de maneira célere, eficaz e económica, assegurando as garantias processuais das partes.⁶⁴

Retomando a análise da LAT, no que diz respeito à constituição do Tribunal Arbitral, o seu artigo da 11.º determina que o pedido de constituição deve ser remetido, preferencialmente, por via eletrónica ao presidente do Centro de Arbitragem Tributária, devendo incluir a identificação do sujeito passivo e da repartição das finanças do seu domicílio ou sede, o ato de liquidação, as questões de facto e de direito, o valor económico envolvido e o comprovativo do pagamento da taxa inicial. No prazo de 10 dias após a receção do requerimento, o presidente deve informar o Diretor Nacional das Receitas do Estado de tal requerimento.

Conforme já foi referido, nos termos do artigo da 12.º da LAT, os árbitros são designados pela Administração Tributária, pelo sujeito passivo e, se necessário, pelo Conselho Deontológico, seguindo prazos específicos. Após a designação do terceiro árbitro, o Tribunal Arbitral é constituído em reunião realizada no prazo máximo de 15 dias. No âmbito da arbitragem, é devida, pelo sujeito passivo, uma taxa de arbitragem que é obrigatória, e o seu não pagamento impede a constituição do Tribunal.⁶⁵

Neste contexto, o pedido de constituição do Tribunal Arbitral permite à Administração Tributária alterar ou substituir o ato impugnado até 30 dias, conforme o artigo da 14.º da LAT. Após esse prazo, novos atos sobre o mesmo sujeito passivo são proibidos, exceto com base em fac-

⁶¹ Artigo 12.º do Código Deontológico.

⁶² Artigo 13.º do Código Deontológico.

⁶³ Artigo 14.º do Código Deontológico.

⁶⁴ Artigo 11.º do Código Deontológico.

⁶⁵ Artigo 13.º da LAT.

tos novos. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral ainda impede a reclamação, impugnação, revisão ou nova pronúncia arbitral sobre os mesmos atos, exceto se o processo arbitral terminar antes do processo que se pretende instaurar ou termine sem uma pronúncia sobre o mérito da causa. Por fim, esse pedido suspende processos de execução fiscal e os prazos de prescrição e caducidade, desde que seja prestada garantia adequada.

Importa realçar que o processo arbitral tem início com a constituição do Tribunal Arbitral, regendo-se por princípios como contraditório, igualdade, autonomia do Tribunal, oralidade, imediação, livre apreciação dos factos e das provas, cooperação, boa-fé processual e publicidade das decisões, nos termos dos artigos 15.º e 16.º da LAT. Após a sua constituição, o Tribunal notifica o sujeito passivo para apresentar o requerimento de pronúncia arbitral, identificando os atos tributários em questão, os fundamentos de facto e de direito, e os meios de prova, num prazo não inferior a 20 dias.⁶⁶ Recebido o requerimento, o Tribunal cita a Administração Tributária para contestar e apresentar provas no mesmo prazo, anexando uma cópia do processo administrativo à contestação. Após a contestação, realiza-se uma reunião para definir a tramitação processual, ouvir as partes sobre exceções e convidá-las corrigirem as peças processuais.⁶⁷

O Tribunal conduz o processo autonomamente, podendo prosseguir na ausência de defesa ou produção de prova, sem prejuízo de, por motivos atendíveis, adiar certos atos ou permitir a prática de atos omitidos.⁶⁸ Neste contexto, a substituição de certos atos por novos, com base em factos supervenientes, modifica a instância, permitindo o prosseguimento do processo nos novos termos.

A decisão arbitral deve ser proferida em até seis meses, podendo ser prorrogada por dois meses, até um limite de seis meses adicionais, mediante comunicação fundamentada às partes.⁶⁹ Antes de proferir a decisão, o Tribunal notifica as partes sobre o seu sentido provável,

⁶⁶ Artigo 17.º da LAT.

⁶⁷ Artigo 18.º da LAT.

⁶⁸ Artigos 19.º e 20.º da LAT.

⁶⁹ Artigo 21.º da LAT.

permitindo a correção de erros e esclarecimento de ambiguidades ou omissões.⁷⁰

No que diz respeito à forma e conteúdo da decisão, esta é tomada por maioria, é reduzida a escrito, assinada pelos árbitros, devendo mencionar os factos, fundamentos e data, bem como os eventuais votos vencidos e a condenação em custas. Após a notificação da decisão, o processo é remetido ao Centro de Arbitragem Tributária para arquivo e consulta, havendo dissolução do Tribunal Arbitral com o trânsito em julgado.

Ademais, o artigo 25.º da LAT prevê que as decisões arbitrais vinculam a Administração Tributária, que deve praticar os atos necessários à sua execução, rever os atos relacionados e liquidar as prestações tributárias em conformidade com as aquelas. Tais decisões precluem novos pedidos com os mesmos fundamentos ou atos tributários sobre o mesmo sujeito, salvo factos novos. Caso a decisão que ponha termo à causa não conheça do mérito, o prazo para a reclamação, impugnação, promoção da revisão oficiosa, revisão da matéria tributável é de vinte dias é de 20 dias a partir da notificação, nos termos do artigo 26.º da LAT.

Em matéria recursória, as decisões arbitrais podem ser objeto de recurso para o Tribunal Constitucional, caso os Tribunais Arbitrais recusarem ou aplicarem normas por questões de inconstitucionalidade, e ao Supremo Tribunal de Justiça, se houver contradição com decisões de Tribunais da Relação sobre a mesma questão de direito, nos termos do artigo 27.º da LAT. Esses recursos devem ser apresentados em até 10 dias após a notificação da decisão, com cópia do processo arbitral, possuindo efeito suspensivo⁷¹. Importa destacar que a decisão arbitral pode ainda ser anulada pelo Tribunal da Relação Competente, mediante impugnação apresentada em até 30 dias após a notificação⁷².

Quanto ao direito subsidiário aplicável ao processo arbitral tributário, podemos identificar normas procedimentais e processuais tributárias, regras sobre organização e funcionamento da administração tributária, normas do processo administrativo e tributário, o Código de Processo Administrativo e o Código de Processo Civil.⁷³

⁷⁰ Artigo 22.º da LAT.

⁷¹ Artigo 28.º da LAT.

⁷² Artigo 29.º da LAT.

⁷³ Artigo 32.º da LAT.

Existem outros diplomas avulsos que consagram a arbitragem como método de resolução alternativa de litígios. Isto revela a preocupação do legislador cabo-verdiano em garantir a celeridade e a resolução de litígios de forma especializada.

Um dos outros diplomas que visa promover a resolução de litígios por via da arbitragem é a Lei sobre os Serviços Públicos Essenciais n.º 88/VI/2006, de 9 de janeiro⁷⁴, que consagra as regras que orientam a prestação de serviços públicos essenciais, com o objetivo de proteger os direitos dos utentes. O presente diploma estabelece que os prestadores desses serviços devem promover a arbitragem como meio de resolução de conflitos, nos termos do seu artigo 13.º.

Mesmos os processos laborais, que são considerados processos sumários, a demora continua sendo sinalizável, não obstante as melhorias hoje observadas. Com efeito, o artigo 86.º, al. a) do Código de Processo de Trabalho (CPT)⁷⁵, ainda em vigor em Cabo Verde, determina que as sentenças proferidas por Tribunais Arbitrais em matéria laboral são títulos executivos à semelhança daquelas proferidas pelos Tribunais de Trabalho.

Outro diploma de relevo é o Regime Jurídico Geral do Contrato de Seguro⁷⁶, que prevê a possibilidade de resolução de litígios relacionados com contratos de seguro por meio de arbitragem. De acordo com o artigo 130.º, essa modalidade de resolução aplica-se a litígios relativos à validade, interpretação, execução e incumprimento do contrato de seguro, mesmo quando envolvam seguros obrigatórios ou a aplicação de normas imperativas do diploma. O processo arbitral segue o regime geral aplicável à arbitragem, isto é, o regime previsto na LAVCV.

⁷⁴ Lei n.º 88/VI/2006, de 9 de janeiro de 2006, B.O. n.º 2, I Série, relativa à Lei sobre os Serviços Públicos Essenciais.

⁷⁵ Decreto-Lei n.º 45.497, de 30 de dezembro de 1963, extensivo ao então Ultramar Português, pela Portaria n.º 87/70, de 2 de fevereiro de 1970, B.O. n.º 20 e D.G. n.º 27, I Série, que aprovou o Código de Processo do Trabalho de Cabo Verde.

⁷⁶ Decreto-Lei n.º 35/2010, de 6 de setembro de 2010, B.O. n.º 34, I Série, sobre o Regime Jurídico Geral do Contrato de Seguro.

2. A Arbitragem *Ad Hoc* e Institucionalizada em Cabo Verde

Para a resolução de litígios através da arbitragem pode ser adotada uma de duas espécies de organização e funcionamento do Tribunal Arbitral: a arbitragem *ad hoc* ou a arbitragem institucionalizada. Tal distinção é conhecida na doutrina e constitui uma opção das partes, que pode ser feita em sede de convenção de arbitragem.

Ora, a arbitragem *ad hoc* é caracterizada pela natureza efêmera do Tribunal, que é constituído para dirimir um litígio específico.⁷⁷ Uma expressão da arbitragem *ad hoc* encontra-se prevista no artigo 23.º, da LAVCV. Tal artigo prevê a possibilidade de as partes, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do último árbitro, acordarem sobre as regras de processo a observar na arbitragem e o lugar onde funcionará o Tribunal. Caso as partes não tenham chegado a acordo, caberá aos árbitros fazer essa escolha.

A arbitragem institucionalizada, por sua vez, realiza-se numa instituição de natureza permanente, que dispõe de regulamentos próprios e presta todo o apoio administrativo para a condução do processo, incluindo serviços secretaria, seleção de árbitros e suporte logístico.⁷⁸ No âmbito da LAVCV, existe o artigo 46.º que tem como epígrafe “*arbitragem institucionalizada*”, que dá a entender que o legislador claramente estava ciente da existência da arbitragem institucionalizada.

Apesar de a legislação cabo-verdiana que regula a arbitragem, nomeadamente a LAVCV, não definir expressamente a diferença entre essas duas espécies de arbitragem, podemos encontrar algumas referências legais (tal como aquelas previamente citadas) que pressupõem ou reconhecem a existência dessas modalidades.

A doutrina admite que as partes, por razões compreensíveis ligadas ao profissionalismo e segurança jurídica, preferem a arbitragem institu-

⁷⁷ GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios..., cit., pág. 19, BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2.ª Edição, Kluwer Law International, 2014, pág. 161.

⁷⁸ MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flamínio da, e MIRANTE, Daniela, Manual de Arbitragem..., cit., pág. 18.

cionalizada.⁷⁹ No que toca à implementação da arbitragem institucionalizada, o artigo 46.º da LAVCV incumbiu o Governo de adotar um regime de atribuição de competências a instituições responsáveis pela realização da arbitragem de carácter especializado ou geral e definir as regras de concessão ou revogação de autorizações governamentais.

O Decreto-Regulamentar n.º 8/2005⁸⁰, que complementa a LAVCV, de 16 de agosto de 2005, reconhece expressamente, no seu preâmbulo, a diferença entre a arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional. Para além disso, é destacada a necessidade de instituir Centros de Arbitragem públicos ou privados, com o objetivo de profissionalizar e regular a atividade, garantindo confiança aos operadores e evitando práticas duvidosas. Este diploma representou uma viragem no panorama da arbitragem em Cabo Verde, que até então tinha tido essencialmente experiências de arbitragem *ad hoc*, não obstante ter existido alguma institucionalização da arbitragem no âmbito das Comissões de Arbitragem de Acidentes de Viação e Comissões Concelhias de Reordenamento Agrário.

De acordo com o Decreto-Regulamentar n.º 8/2005, as entidades interessadas em promover arbitragens voluntárias institucionalizadas devem requerer autorização ao Ministério da Justiça, mediante um requerimento que inclua a identificação do requerente (firma ou denominação, sede e data de constituição), dados do gestor (nome, residência, documento de identidade válido e registo criminal) e documentos comprovativos do registo comercial e do cumprimento das obrigações fiscais.⁸¹ Na sequência do requerimento, o Ministério da Justiça avalia a idoneidade e a representatividade da entidade requerente, verificando se esta possui condições técnicas adequadas para desempenhar a atividade.⁸² Tal avaliação termina com a prolação de um despacho fundamentado que indica se a entidade está apta a realizar arbitragens e especifica o carácter geral ou especializado dessas arbitragens a realizar.⁸³

⁷⁹ MIRANDA, João “Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas”, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, AAFDL Editora, 2018, págs. 58-59.

⁸⁰ Decreto-Regulamentar n.º 8/2005, de 10 de outubro de 2005, B.O. n.º 41, I Série, relativa às autorizações para a constituição de Centros de Arbitragem.

⁸¹ Artigo 1.º do Decreto-Regulamentar n.º 8/2005.

⁸² Artigo 2.º do Decreto-Regulamentar n.º 8/2005.

⁸³ Artigo 3.º do Decreto-Regulamentar n.º 8/2005.

A autorização pode ser revogada caso se constate que a entidade deixou de possuir as condições técnicas e de idoneidade exigidas, devendo essa decisão ser fundamentada e publicada no Boletim Oficial. Além disso, a realização de arbitragens por entidades não autorizadas configura uma contraordenação punível com coimas que variam entre 500.000\$00 e 1.300.000\$00 ECV, cuja aplicação compete ao Ministério da Justiça.

Todos os anos, é publicada, por portaria do Ministro da Justiça, uma lista dos Centros autorizados, que é atualizada anualmente.⁸⁴ No entanto, só depois de dez anos é que se veio a instituir o primeiro Centro de Arbitragem e, mesmo após a sua criação, não foi publicada nenhuma portaria relativa à lista dos Centros autorizados no Boletim Oficial.

Como já se referiu, só em 2015 é que se criou o primeiro Centro dedicado à mediação e arbitragem com o objetivo de promover o recurso aos meios de resolução alternativa de litígios. O primeiro Centro de Arbitragem foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 51/2015⁸⁵, e foi designado por Centro Nacional de Mediação e Arbitragem (CNMA). O CNMA é concebido como uma estrutura pública que possui a sua sede na Cidade da Praia e atua em todo o território nacional através dos Centros Regionais ou Locais, que deverão ser criados por portaria do membro do Governo responsável para área da Justiça. O funcionamento do CNMA e dos Centros Regionais ou Locais é regido por regulamentos que deverão ser adotados pelos próprios Centros.

Importa destacar que o CNMA tem competência para dirimir quaisquer conflitos que não sejam vedados por lei, regendo-se pelos princípios legalidade, transparência, participação, cooperação, confiança, complementaridade e corresponsabilidade entre os parceiros públicos e privados. Também podem existir, por determinação do CNMA, incentivos para isentar as partes de custos administrativos ou honorários.

A organização e o funcionamento do CNMA são regidos pela Lei da Mediação⁸⁶ e pela LAVCV, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 51/2015. Além disso, o CNMA deve adotar a lógica de funcionamento

⁸⁴ Artigo 4.º do Decreto-Regulamentar n.º 8/2005.

⁸⁵ Decreto-Lei n.º 51/2015, de 23 de setembro de 2015, B.O. n.º 56, I Série, que instituiu o Centro Nacional de Mediação e Arbitragem.

⁸⁶ Decreto-Lei n.º 31/2005, de 9 de maio de 2005, B.O. n.º 19, I Série, que aprovou a Lei da Mediação.

em rede e promover a partilha de informações não sujeitas a sigilo, com o intuito de melhorar o seu desempenho.⁸⁷

No âmbito do CNMA, podem atuar mediadores e árbitros do Estado, designados ao abrigo da Lei da Mediação e da LAVCV, podendo o CNMA ser dotado de uma Bolsa de Mediadores e Árbitros do Estado (BMAE), com base na qual são remunerados os mediadores e árbitros do Estado⁸⁸. As condições de remuneração desses mediadores e árbitros, bem como a dotação necessária para o funcionamento dos Centros de Mediação e Arbitragem, são definidas por uma portaria conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das Finanças e da Justiça.

Além dos mediadores e árbitros do Estado, outros mediadores e árbitros que não integram a BMAE e que pertençam à lista oficial de mediadores e árbitros, também podem atuar no CNMA.⁸⁹ Contudo, os seus honorários são da responsabilidade das partes envolvidas nos processos de mediação e arbitragem.

Percebe-se que o legislador cabo-verdiano teve a intenção positiva de implementar o CNMA, contemplando possibilidade de haver isenções às partes e tornar a Justiça mais próxima e célere. Não obstante tal intenção, é possível constatar que não existem dados oficiais sobre a elaboração do regulamento do CNMA, nem tampouco a adoção de uma BMAE ou portarias dos membros do Governo nesta matéria.

Neste âmbito, importa destacar que a Ministra da Justiça, Joana Rosa, inaugurou publicamente o CNMA, no dia 17 de janeiro de 2025, o que constitui uma notícia animadora e que reforça as perspetivas de desenvolvimento da arbitragem em Cabo Verde.⁹⁰ No entanto, ainda há a necessidade de elaboração de um regulamento do Centro e outra diligências prévias à operacionalização do Centro, como a contratação de profissionais especializados.

⁸⁷ Artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 51/2015.

⁸⁸ Artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 51/2015.

⁸⁹ Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 51/2015.

⁹⁰ Inforpress, consultado em 17-01-2025 e disponível em:

<https://expressodasilhas.cv/pais/2025/01/17/inaugurado-centro-nacional-de-mediacao-e-arbitragem-na-praia-para-resolver-alguns-litigios/95203>

Outro diploma em que a arbitragem institucionalizada assume particular relevo é a Lei das Ordens Profissionais⁹¹, que estabelece o regime das associações públicas profissionais denominadas “*Ordem*”, quando representem profissões cujo exercício é condicionado a prévia obtenção de título profissional. De acordo com o artigo 51.º, n.º 1 do diploma, as associações públicas profissionais estão sujeitas à jurisdição administrativa nos litígios resultantes de relações jurídicas administrativas em que sejam parte, ao passo que nos demais casos, os litígios são resolvidos pelos Tribunais Judiciais.

No entanto, no âmbito da gestão privada dessas associações, os litígios entre os associados ou entre os associados e a própria associação não devem ser levados diretamente a juízo, devendo antes ser resolvidos por meio de mediação e arbitragem, nos termos do artigo 51.º, n.º 2 do diploma. Para tal, as associações públicas profissionais devem criar Centros de Mediação e Arbitragem, nos termos da legislação vigente. Além disso, essas associações podem criar Centros de Arbitragem de competência genérica ou participar na criação desses Centros em colaboração com outras entidades públicas ou privadas.

O Decreto-Lei n.º 25/2018⁹², é outro diploma relevante que promove a arbitragem institucionalizada em matéria tributária. De acordo com o artigo 2.º, o diploma em causa cria e regulamenta o CAT em Cabo Verde, uma pessoa coletiva pública com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, de âmbito nacional, com caráter especializado, sem fins lucrativos e com sede na Cidade da Praia.

O CAT é apresentado, no preâmbulo do diploma, como uma instituição alternativa de resolução de litígios tributários, com o objetivo de reforçar a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos e garantir uma maior celeridade na resolução de litígios entre estes e a administração tributária. De acordo com o artigo 9.º, o seu financiamento decorre de receitas próprias, contribuições resultantes de protocolos de cooperação, serviços prestados, subsídios, donativos e rendimentos de publicações ou outros trabalhos. Em caso de extinção,

⁹¹ Lei n.º 90/VI/2006, de 9 de janeiro de 2006, B.O. n.º 2, I Série, que concebeu o regime das Associações Públicas Profissionais.

⁹² Decreto-Lei n.º 25/2018, de 24 de maio de 2018, B.O. n.º 32, I Série, que procedeu à criação do Centro de Arbitragem Tributária e aprovou os respetivos Estatutos.

os bens afetados por entidades públicas retornam às mesmas, enquanto o destino dos demais bens é determinado pelo Conselho Diretivo.

No que concerne à composição do CAT, este é dispõe de três órgãos: o Conselho Diretivo, o Conselho Fiscal ou Fiscal Único e o Conselho Deontológico.⁹³ O Conselho Diretivo, composto por um presidente e dois vogais nomeados pelo Governo, é responsável pela gestão, representação e aprovação de regulamentos e listas de árbitros.⁹⁴ O Conselho Fiscal (constituído pelo presidente e dois vogais) ou Fiscal Único (contabilista certificado) emite pareceres sobre relatórios financeiros e outros assuntos.⁹⁵ Já Conselho Deontológico, integrado por membros designados pelo Conselho Superior de Magistratura Judicial (CSMJ), pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) e pela Ordem dos Advogados, assegura o cumprimento do Código Deontológico, pronuncia-se sobre as listas de árbitros e designa-os para casos específicos.⁹⁶

A lista de árbitros é elaborada após consulta pública e composta por profissionais que atendam aos requisitos definidos no LAT e no Código Deontológico.⁹⁷ Tal lista é atualizada anualmente, ordenada aleatoriamente e publicada no site oficial do CAT, por meios informáticos, conforme as especialidades declaradas pelos árbitros.⁹⁸

O processo de designação considera critérios como a especificidade da matéria, o valor e a complexidade da causa e o âmbito territorial do processo.⁹⁹ Em casos excepcionais, o Presidente do Conselho Deontológico pode designar árbitros fora da ordem estabelecida, desde que justifique.

Não obstante a sofisticada regulação do CAT e o seu efetivo funcionamento, este Centro tem enfrentado alguns desafios. Segundo o atual presidente do Conselho Direito, António Pedro Silva, as custas da arbitragem são muito avultadas, há a necessidade de expandir a listas de árbitros e reforçar a literacia da população sobre a importância da arbitragem.¹⁰⁰

⁹³ Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁴ Artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁵ Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁶ Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁷ Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁸ Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

⁹⁹ Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 25/2018.

¹⁰⁰ Rádio e Televisão de Cabo Verde, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://rtc.cv/rcv/audio-details/quot-integracao-de-cabo-verde-na-cedao-quot-8929>

Em Cabo Verde, têm sido promovidas outras iniciativas para a criação de Centros de Arbitragem. Neste sentido, tanto a Câmara de Comércio de Sotavento (CCS), como a de Barlavento (CCB/AE) preveem, nos seus respetivos estatutos, a possibilidade de criação de Centros de Arbitragem como instâncias para a resolução de litígios nas áreas de comércio, indústria e serviços. De acordo com o artigo 36.º dos estatutos da CCB/AE estabelece que esta entidade também pode criar, como órgão auxiliar, um Centro de Arbitragem e Conciliação. A constituição deste Centro é de competência da direção da Câmara e seu funcionamento é integrado ao Gabinete de Apoio Técnico, sob a orientação do secretário-geral.

Em 2010, a CCB/AE optou por instituir efetivamente o primeiro Centro de Arbitragem e Conciliação em matéria comercial, na sequência da autorização concedida pelo Despacho Ministerial n.º 60/10. Para o efeito, elaborou e disponibilizou publicamente os estatutos do Centro de Arbitragem e o regulamento de Arbitragem, podendo ser consultados livremente no site oficial da CCB/AE.¹⁰¹

Por outro lado, de acordo com o artigo 35.º dos estatutos (Repúblicação de 2017, Deliberação n.º 42/2017)¹⁰² da CCS, este pode instituir um Centro de Arbitragem que atua como organismo independente. A estrutura organizacional e as normas de funcionamento do Centro são definidas em regulamento a ser aprovado pela Assembleia Geral. Em 2015, através do Despacho n.º 96/2015¹⁰³, foi concedida autorização para a instituição de um Centro de Arbitragem.

Importa também destacar que o Despacho n.º 279/2023¹⁰⁴, proferido pela Ministra da Justiça, Joana Rosa, concedeu o alvará provisório de acreditação do Centro de Arbitragem e Mediação ao Instituto Politécnico de Democracia e Desenvolvimento (IPDD) para desenvolver uma ativi-

¹⁰¹ Câmara de Comércio da Barlavento, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://www.camara.cv/becv-inovar/centro-de-arbitragem-e-conciliacao/>

¹⁰² Deliberação n.º 42/2017, Conselho Diretivo, B.O. n.º 34, II Série, de 26 de julho de 2017, que procedeu à Republicação dos Estatutos da Câmara de Comércio de Sotavento.

¹⁰³ Despacho n.º 96/2015, 28 de janeiro de 2015, B.O. n.º 4, II Série, que concedeu à Câmara de Comércio de Sotavento autorização para a instituição de um Centro de Arbitragem.

¹⁰⁴ Despacho n.º 279/2023, de 26 de setembro de 2023, B.O. n.º 175, II Série, que concedeu o alvará provisório de acreditação do Centro de Arbitragem e Mediação ao Instituto Politécnico de Democracia e Desenvolvimento (IPDD).

dade de caráter geral. Esta iniciativa representa a mais recente medida no âmbito da arbitragem institucional, promovendo os métodos de resolução alternativa de litígios e contribuindo para a promoção de uma Justiça célere e especializada.

3. A Abordagem Jurisprudencial da Arbitragem em Cabo Verde: a relação entre os Tribunais Arbitrais e Judiciais

A LAVCV e outros diplomas relacionados com a arbitragem ainda não foram objeto de apreciação por parte do Tribunal Constitucional de Cabo Verde. Contudo, já existem decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde, cuja análise é essencial para compreender o modo como os Tribunais têm visto os Tribunais Arbitrais. Além disso, interessa destacar que o Supremo exercia as funções de fiscalização constitucional, porquanto o Tribunal Constitucional de Cabo Verde só foi instalado em 2015, não obstante a sua lei ter sido aprovada em 2005.¹⁰⁵

Nos termos do artigo 36.º da LAVCV, as decisões dos Tribunais Arbitrais podem ser impugnadas junto do Supremo Tribunal de Justiça, invocando-se essencialmente fundamentos de ordem processual.¹⁰⁶ O meio processual de impugnação da decisão arbitral é denominado de ação de anulação e consiste na apreciação da (i)existência de fundamentos legais para a revogação da decisão arbitral.

No entanto, antes da aprovação da LAVCV, algumas decisões foram objeto de recurso ordinário junto do Supremo Tribunal de Justiça e só após a sua aprovação é que as decisões passaram a ser alvo de ações de anulação. Neste âmbito, é mister analisar as decisões do Supremo, em matéria de arbitragem, referentes a esses dois momentos jurisprudenciais distintos.

O primeiro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰⁷ em matéria relacionada com a arbitragem foi proferido em 1994, em sede de recurso

¹⁰⁵ Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro de 2005, B.O. n.º 9, I Série, sobre a Lei da Organização e do Processo do Tribunal Constitucional.

¹⁰⁶ CAMELO, António Sampaio – A Impugnação da Sentença Arbitral, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, pág. 95.

¹⁰⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 10/94, de 16-05-1994.

de apelação (altura em que ainda não se encontrava vigente a LAVCV), tendo incidido sobre o Acórdão da Comissão de Arbitragem de Acidentes de Viação de Sotavento, que apreciou a responsabilidade civil por um acidente de viação, envolvendo dois condutores: A. e J.. No Acórdão, a Comissão de Arbitragem atribuiu a totalidade da culpa a J., dando provimento à pretensão de A..

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que essa Comissão exercia funções jurisdicionais sem estar expressamente previsto nos preceitos constitucionais de 1992, constituindo uma violação da Constituição de 1992. Além disso, o Supremo considerou que, embora a Comissão de Arbitragem estivesse integrada por dois funcionários públicos e um magistrado judicial, a ligação desses dois funcionários ao Instituto de Seguros e de Previdência Social e a sua estrutura administrativa a subordinavam ao poder executivo, comprometendo a independência desses funcionários.

Com base nos fundamentos apresentados, o Supremo, enquanto Tribunal Constitucional, declarou a inconstitucionalidade material do Decreto-Lei n.º 87/78. Com efeito, o Supremo também declarou inexistente o Acórdão da Comissão de Arbitragem.

Esta posição do Supremo reflete o modo como compreendia o exercício da função jurisdicional, como sendo da exclusiva competência dos Tribunais elencados na Constituição de 1992 (ainda sem contemplar as revisões subsequentes). Esta posição tinha um forte argumento em seu favor, que era a ausência de previsão expressa na Constituição de 1992.

Salvo melhor opinião, quanto ao argumento relativo à independência, consideramos que o Supremo desconsiderou a natureza específica da arbitragem, fazendo uma inadequada equiparação total. A doutrina e a jurisprudência portuguesas têm reconhecido a natureza particular da arbitragem¹⁰⁸, afastando ou mitigando alguns princípios e garantias aplicáveis à generalidade dos Tribunais, destacando-se a possibilidade de os árbitros exercerem uma outra função pública.¹⁰⁹ Nos casos em que uma das partes é o Estado, diretamente ou indiretamente (através de uma entidade de direito público ou de uma sociedade que detenha a totalidade

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 230/86, de 08-07-1986.

¹⁰⁹ MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 119-120.

das participações representativas do capital social), é clara a violação do princípio da imparcialidade, quando um dos árbitros é um funcionário público¹¹⁰, o que não ocorreu no Acórdão em análise.

O segundo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹¹¹ teve como objeto um recurso de apelação da decisão da Comissão de Arbitragem de Acidentes de Viação de Sotavento, que repartiu em 50% a culpa pelo acidente de viação ocorrido entre a viatura do Recorrente e a da Recorrida. O Recorrente considerou que a valoração da prova pericial foi inadequada, alegando que o parecer do perito imputava integralmente a culpa à Recorrida.

No caso em análise, o Supremo constatou que a decisão foi subscrita apenas por dois árbitros, não havendo qualquer ata que registasse os termos em que o órgão funcionou ou a forma como a deliberação foi obtida. Além disso, verificou-se a omissão da matéria de facto que serviu de base à decisão, impossibilitando o Supremo de avaliar a fundamentação da decisão.

Destacou-se, ainda, que o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 1994 (primeiro Acórdão) declarou que, com a entrada em vigor da Constituição de Cabo Verde de 1992, as Comissões de Arbitragem de Acidentes de Viação passaram a ser inconstitucionais, uma vez que a função jurisdicional passou a ser da exclusiva competência dos Tribunais e juizes dotados das garantias de independência necessárias. Diante do exposto, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu anular a sentença recorrida e determinar a remessa dos autos ao Tribunal da Comarca do Sal, a fim de serem supridas as irregularidades apontadas e prosseguir o julgamento.

Como se pode perceber, o Supremo possuía alguma desconfiança em relação aos processos arbitrais que decorriam nas Comissões de Arbitragem, classificando-os como “pouco rigorosos”. Para além disso, o Supremo negou a competência das Comissões de Arbitragem para dirimir litígios, considerando que essa função cabia exclusivamente ao poder jurisdicional, tal como definido na Constituição de Cabo Verde de 1992. Na altura da decisão ainda não existia a LAVCV e nenhum Centro de Arbitragem que promovessem um processo mais garantista e rigoroso,

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 52/92, de 05-02-1992.

¹¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 83/2003, de 21-10-2003.

tal como sucede atualmente com leis mais detalhadas e Centros de Arbitragem com regulamentos bastante completos.

No que respeita ao argumento de que se aplica a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 10/94, de 16-05-1994), segundo o qual a Constituição de Cabo Verde de 1992 não reconhecia as Comissões de Arbitragem como detentoras da função jurisdicional parece-nos que seria equívoca à luz do contexto constitucional do ano em que se proferiu a decisão (2003), caso tais Comissões de Arbitragem ainda existissem. Ademais, versão da Constituição de Cabo Verde à época (2003), que já incluía a revisão de 1999, veio a reconhecer a legitimidade e a competência dos Tribunais Arbitrais, pelo que os fundamentos do Acórdão anterior já não se aplicavam ao contexto constitucional contemporâneo da decisão.

No terceiro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹¹² foi apreciada, já na vigência da LAVCV, a primeira ação de anulação de um Acórdão arbitral, intentada por M. contra M.M.S.A.. O litígio teve origem na venda de 2.380 ações nominativas pertencentes a M. a terceiros estranhos à sociedade, transação que a M.M.S.A. considerava ser inválida, alegando que a alienação não respeitou o direito de preferência dos demais acionistas.

Com base na convenção de arbitragem prevista nos estatutos da sociedade, o Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e proferiu decisão, concluindo pela invalidade da venda das ações. A decisão arbitral levou M. a requerer a anulação do Acórdão arbitral junto do Supremo, tendo M. alegado que o Tribunal Arbitral teria julgado com base em equidade, sem que essa possibilidade estivesse prevista na convenção de arbitragem, e a ocorrência de um excesso de pronúncia.

O Supremo, ao analisar a questão, verificou que a convenção arbitral previa expressamente que os árbitros julgariam segundo a equidade e que as decisões não seriam passíveis de recurso. Por outro lado, ficou demonstrado que a questão do direito de preferência dos acionistas estava intrinsecamente ligada ao pedido formulado por M., que peticionava a declaração da validade e eficácia da venda das ações.

¹¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 131/2012, de 06-06-2012.

O Supremo também ressaltou que, ao celebrarem a convenção de arbitragem, as partes aceitaram que quaisquer litígios emergentes do contrato seriam resolvidos exclusivamente pelo Tribunal Arbitral, sem possibilidade de recurso. Donde, apenas poderia ser requerida a anulação da decisão arbitral por razões de natureza processual ou de ordem pública, conforme previsto no artigo 36.º da LAVCV; o que não se verificava no caso concreto. Consequentemente, o Supremo julgou improcedente o pedido de M. e manteve a decisão do Tribunal Arbitral.

Como foi possível constatar, o terceiro Acórdão do Supremo Tribunal veio reconhecer o poder jurisdicional dos Tribunais Arbitrais, passando a admitir a validade das decisões proferidas por estas Instâncias. Donde, é seguro afirmar que o Acórdão em causa significou uma verdadeira mudança de paradigma jurisprudencial em matéria de arbitragem em Cabo Verde.

Além disso, o Supremo reconheceu o caráter limitado da sua intervenção, considerando que a mesma só seria possível em casos de violação de regras de natureza processual ou de ordem pública, previstas no artigo 36.º da LAVCV. Isto representou um autêntico voto de confiança na arbitragem e um limite importante à intervenção do Supremo em matéria de arbitragem.

O quarto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹¹³ relacionado com a arbitragem foi proferido em 2012 e teve como objeto uma ação de anulação de uma decisão arbitral que incidiu sobre um litígio relativo a um contrato de empreitada de obras públicas, celebrado entre as Demandantes, responsáveis pela execução da obra, e a Demandada, na qualidade de dona da obra. O litígio surgiu durante a execução do contrato, tendo sido motivado pela supressão dos trabalhos e atrasos na obra ligados ao fornecimento de betão. Na sequência do sucedido, o Tribunal Arbitral foi constituído para decidir sobre cada uma das questões.

No que diz respeito aos trabalhos suprimidos, as Demandantes haviam inicialmente peticionado um valor de 25.408.926\$00, que, após a contestação pela Demandada, foi fixado em 24.682.386\$00 pelo Tribunal Arbitral. Este montante foi considerado confessado pela Demandada, não tendo as Demandantes logrado fazer prova.

¹¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 132/2012, de 06-06-2012.

Quanto ao atraso na obra, o Tribunal Arbitral atribuiu a causa principal à falta de betão, cuja obrigação de fornecimento cabia às Demandantes, conforme o contrato e o regime legal aplicável. As Demandantes, embora inicialmente encarregues de produzir o betão por meios próprios, optaram por adquiri-lo de terceiros e, conseqüentemente, assumiram a responsabilidade pelas conseqüências decorrentes dessa alternativa. Contudo, o Tribunal reconheceu que também houve perturbações imputáveis à Demandada que contribuíram, ainda que de forma marginal, para os atrasos. Conseqüentemente, distribuiu-se a responsabilidade em 1/10 para a dona da obra e 9/10 para as empreiteiras, entendimento que refletiu a complexidade e os múltiplos fatores envolvidos na execução do contrato.

No tocante à apuração de danos e multas, o Tribunal Arbitral determinou que os prejuízos sofridos pela dona da obra totalizavam 265.543.827\$00, enquanto as multas contratuais aplicadas às empreiteiras somaram 217.222.050\$00. Após a compensação entre os valores, chegou-se a uma diferença de 48.321.770\$00 a favor da Demandada, montante fixado com base nos prejuízos apurados e na distribuição equitativa de responsabilidades.

Inconformadas com a decisão arbitral, as Demandantes intentaram uma ação de anulação da decisão arbitral junto do Supremo Tribunal de Justiça. Fundamentaram o pedido com base na omissão de pronúncia e falta de fundamentação da parte do Tribunal Arbitral.

No entanto, o Supremo entendeu que todas as questões relevantes haviam sido devidamente analisadas e fundamentadas. Por um lado, considerou que não houve omissão, mas sim, uma avaliação global que levou à desconsideração, por terem sido prejudicados, os pedidos formulados. Por outro lado, o Supremo defendeu que a fundamentação era suficiente e que a ação só seria procedente se se estivesse perante uma ausência total de fundamentação.

A Demandada, para além do que já foi referido, deduziu um pedido reconvenicional, peticionando uma indemnização pelos prejuízos adicionais e a condenação das Demandantes por litigância de má-fé, pelo facto de terem deduzido pretensões infundadas. No entanto, o Supremo julgou improcedentes ambos os pedidos, afirmando que a apreciação do reconvenicional implicaria a revisão do mérito da decisão arbitral, o que considerou vedado pela LAVCV. Quanto à litigância de má-fé, o Supremo

concluiu que o recurso a tal meio processual, pelas Demandantes, era legítimo e não consubstanciava um caso de litigância de má-fé.

Tudo ponderado, o Supremo optou por manter a sentença arbitral e considerou improcedente o pedido de anulação peticionado pelas Demandantes. Isto tudo revela uma continuidade do paradigma instituído pelo terceiro Acórdão analisado.

Como podemos perceber, o Supremo Tribunal voltou a sublinhar e reforçar que, no que respeita ao mérito das decisões arbitrais, não se encontra legitimado a intervir, uma vez que a LAVCV apenas admite a anulação dessas decisões com base em fundamentos essencialmente processuais. No caso em apreço, o Supremo Tribunal considerou que as razões de ordem processual invocadas careciam de fundamento e absteve-se, assim, de proceder a uma apreciação do mérito, reconhecendo plenamente a decisão arbitral.

O quinto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹¹⁴ relevante foi proferido em 2018, em sede de recurso de agravo, tendo confirmado a decisão de Primeira Instância que julgou extinta a Instância Judicial, com fundamento na preterição do Tribunal Arbitral e na cláusula décima do contrato celebrado entre a Autora e a Ré. O litígio teve origem no incumprimento de obrigações contratuais, sendo que a Ré invocou a exceção dilatória de preterição de Tribunal Arbitral para requerer a extinção da ação judicial. Todavia, a Autora sustentou que a convenção era inválida à luz da lei cabo-verdiana, alegando que o regime da arbitragem internacional não seria aplicável às circunstâncias do caso.

O Supremo, ao apreciar os argumentos, reafirmou a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, destacando o princípio da autonomia da vontade das partes consagrado no direito internacional. Além disso, o Supremo reconheceu que a cláusula arbitral vinculava ambas as partes e que os Tribunais Judiciais não eram competentes para dirimir o litígio.

Adicionalmente, o Supremo considerou que não foram apresentados elementos suficientes para invalidar a convenção, uma vez que a redação era clara, abrangente e não violava os limites legais ou a ordem pública. O Supremo destacou, ainda, que a arbitragem constitui uma prática internacionalmente aceite no âmbito das relações comerciais internacio-

¹¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 117/2018, de 05-10-2018.

nais. Com efeito, o Supremo declarou extinta a Instância Judicial, por incompetência.

Este Acórdão representa outro grande avanço do Supremo ao reconhecer exceção dilatória de preterição de Tribunal Arbitral que, no fundo, concretiza o princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Ademais, o Supremo reconheceu importância da dimensão internacional da arbitragem e a sua admissibilidade à luz da legislação cabo-verdiana.

4. Principais Oportunidades e Desafios associados à Consolidação da Arbitragem em Cabo Verde

A morosidade da Justiça é o calcanhar de Aquiles da Justiça cabo-verdiana, não obstante os esforços do País, através Ministério da Justiça, do CSMJ, do CSMP, dos Juízes, dos Procuradores e dos Oficiais da Justiça, para mitigá-la. De referir que não existe um equilíbrio entre o número de processos que são propostos anualmente nos Tribunais Judiciais e os que são anualmente decididos. Apesar de ter havido uma redução no número de processos pendentes, a mesma tem-se revelado lenta e pouco perceptível.

Para se ter uma ideia da situação da Justiça, basta analisar os relatórios anualmente apresentados pelo CSMJ e pelo CSMP. No ano 2022/23¹¹⁵, foram instaurados, nos Tribunais de 1.^a Instância, um total 14.282 processos, dos quais foram decididos um total de 13.291 e ficaram pendentes um total de 11.151; fixando-se uma taxa de resolução de 54,4%. Esses dados, apesar de não parecerem encorajadores, demonstram uma certa evolução positiva, quando comparados com os anos anteriores.

No ano 2023/24¹¹⁶, houve uma diminuição do número de processos instaurados em relação ao ano anterior, tal como uma diminuição ao nível de processos decididos, o que fez com que a taxa de resolução em

¹¹⁵ Conselho Superior da Magistratura Judicial, Relatório da Situação da Justiça 2022/23, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://www.csmj.cv/imagens/2023/09/RELATORIO-Situao-da-Justia-2022---2023-capa-nova.pdf>

¹¹⁶ Conselho Superior da Magistratura Judicial, Relatório da Situação da Justiça 2023/24, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://www.csmj.cv/imagens/2024/07/RELATORIO-Situao-da-Justia-2023---2024.pdf>

reduzisse em 2,2%, ou seja, de 54,4% para 52,2%. Com efeito, não se pode dizer que o ano judicial não tenha sido satisfatório, pois os Tribunais Judiciais cabo-verdianos não dispõem dos meios humanos, técnicos e financeiros necessários para realizarem uma Justiça rápida e eficaz, como é desejada por todos.

A verdade é que a morosidade vem de certa forma abalando a credibilidade da Justiça em Cabo Verde, dado que os cabo-verdianos têm, muitas vezes, de esperar vários anos para obterem uma respostas às suas pretensões submetidas junto dos Tribunais Judiciais. Em determinados casos, como nos processos de inventário e partilha de heranças, é notório que frequentemente se arrastam por mais de uma década, causando graves prejuízos às partes envolvidas.

É neste sentido que os métodos de resolução alternativa de litígios, podem ser chamados para ajudar no combate à morosidade da Justiça, pois dezenas de processos que estão pendentes nos Tribunais Judiciais poderiam perfeitamente ser decididos por Tribunais Arbitrais, promovendo a redução de pendências e permitindo aos juízes e procuradores disporem de mais tempo para os processos mais complexos e cuja natureza exija a intervenção de Tribunais Judiciais.

Destacamos que a arbitragem revela-se como um método de resolução alternativa de litígios bastante eficaz e necessário no contexto de Cabo Verde, sobretudo no domínio empresarial. Numa Conferência de Arbitragem realizada na Cidade da Praia (Capital de Cabo Verde), nos dias 27 e 28 de outubro de 2016, a representante local do PNUD, Dra. Ulrika Richardson, no seu discurso, foi categórica ao afirmar que “considerando os limitados recursos do País, a arbitragem judicial como mecanismo de resolução de alguns conflitos previstos na lei representa um grande avanço para o sector, até o ambiente de negócio”.¹¹⁷

A arbitragem vem-se revelando uma porta aberta a um leque de oportunidades em Cabo Verde, mormente no sector empresarial. As Empresas sempre quiseram dar um passo à frente em matéria de arbitragem, introduzindo, em alguns contratos, cláusulas arbitrais.

¹¹⁷ Direção Geral da Política da Justiça, Arbitragem – Evolução, Legislação e Perspetivas Futuras, consultado em 12-11-2024 e disponível em:

https://www.dgpj.cv/images/Coletanea_da_conferencia_de_arbitragem.pdf

A inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos de sociedade de diversas empresas cabo-verdianas tem-se tornado uma prática cada vez mais frequente. Neste âmbito, podemos destacar que a M.B. – Imobiliária, Participações, Investimentos e Serviços, Limitada, estabelece, na cláusula 15.^a do seu contrato social, que litígios entre sócios, decorrentes do contrato de sociedade serão resolvidos por arbitragem, presidida por um árbitro único, designado por um Centro de Arbitragem privado. No caso de não haver acordo sobre o Centro, aplica-se o regime geral da arbitragem (entenda-se a LAVCV).

Por sua vez, a RL – Produção de Inertes, Imobiliária Turismo Investimentos, S.A. determina, na cláusula 28.^a do seu contrato social, que os litígios relacionados ao contrato serão submetidos a um Tribunal Arbitral composto por três árbitros, a funcionar na Comarca da Praia. O regulamento aplicável será o do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio, Indústria e Serviços de Sotavento e o julgamento será feito segundo a equidade, sendo o processo conduzido em língua portuguesa.

A Plataforma de Investimento da Diáspora Cabo-verdiana no Município da Praia também prevê, na cláusula 14.^a do seu contrato social, que quaisquer litígios relacionados com os estatutos da sociedade serão resolvidos pelo primeiro Centro de Arbitragem e Conciliação, sendo subsidiariamente aplicável o Código das Empresas Comerciais (o atual Código das Sociedades Comerciais).¹¹⁸

Já a Sodotrans – Transportes Terrestres e Acessórios-Auto, S.A., no artigo 20.^o do seu contrato social, dispõe que conflitos entre acionistas e entre estes e a sociedade devem ser resolvidos inicialmente em Assembleia-Geral e, caso necessário, por arbitragem, conforme o Código de Processo Civil, com julgamento segundo a equidade e, em última instância, pela jurisdição judicial competente.

Por outro lado, o Estado de Cabo Verde tem recorrido à jurisdição arbitral para dirimir litígios derivados das relações com investidores. Essa abordagem reflete a necessidade de assegurar que as questões complexas, especialmente aquelas envolvendo grandes projetos de investimento ou relações económicas internacionais, sejam tratadas de forma eficiente e especializada.

¹¹⁸ Decreto-Legislativo n.º 1/2019, de 23 de julho de 2019, B.O. n.º 80, I Série, que aprovou o Código das Sociedades Comerciais.

Neste sentido, podemos destacar, a título de exemplo, o Contrato de Concessão celebrado entre o Estado de Cabo Verde e a CVTelecom, na Cidade da Praia, em 28 de novembro de 1996, e que previa, na sua cláusula 47.^a, que: *“Qualquer das partes pode submeter o diferendo a um Tribunal Arbitral composto por três membros, um nomeado por cada parte e o terceiro escolhido por comum acordo pelos árbitros que as partes tiverem designado”*.

Do mesmo modo, no Contrato de Financiamento celebrado entre a República de Cabo Verde, por meio do Ministério das Finanças, e o Unicredit Bank Austria AG, relativo à instalação de uma unidade de dessalinização no Palmarejo, a arbitragem é prevista para resolver eventuais litígios. A convenção de arbitragem determina que questões relacionadas à validade do contrato e os direitos e deveres das partes serão dirimidas segundo as Regras de Arbitragem e Conciliação do Centro de Arbitragem Internacional da Câmara Federal de Economia da Áustria, em Viena.

Na Convenção de Estabelecimento celebrada entre o Estado de Cabo Verde e a Internacional Holding Cabo Verde, SGPS, Sociedade Unipessoal, Lda., a arbitragem também é prevista como uma via para a resolução de conflitos. A convenção de arbitragem determina que, caso não seja possível solucionar amigavelmente os litígios entre as partes, o contrato estabelece a sua resolução por via da arbitragem, de acordo com a LAVCV e o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria de Lisboa.

Como é possível constatar, a inclusão convenções de arbitragem nos contratos de diversas sociedades cabo-verdianas e convenções internacionais em que o Estado é parte, é um reflexo do crescente reconhecimento desse método como uma via eficiente para a resolução de litígios. Tal prática pode impulsionar a competitividade empresarial no País, permitindo às empresas uma resolução dos seus litígios mais célere e deixando-as menos dependentes do sistema judicial tradicional. Além disso, ao adotar práticas internacionais de arbitragem, Cabo Verde poderá integrar-se ainda mais no mercado global, atraindo investimentos e estimulando o crescimento económico.

No âmbito Sucessório, o Governo de Cabo Verde está a criar um regime de arbitragem sucessória para combater a morosidade, uma vez que os processos sucessórios são os que mais contribuem para a morosidade da Justiça no País; isso palavras da Senhora Ministra da Justiça de

Cabo Verde, Joana Rosa, no âmbito de uma entrevista concedida à Rádio e Televisão de Cabo Verde.¹¹⁹

A Ministra Joana Rosa discorreu sobre a proposta de Lei da Arbitragem Sucessória que, não obstante ainda não se encontrar em consulta pública, tem como objetivo simplificar o processo de partilha de heranças, reduzir conflitos familiares e diminuir a pendência de processos nos Tribunais Judiciais. O diploma prevê mecanismos para tornar a partilha de bens mais célere, estabelecendo um prazo máximo de um ano para a resolução dos casos. Entre os principais pontos da proposta, destaca-se a introdução da arbitragem necessária para processos de inventário e partilha em situações de desacordo entre os herdeiros. Nestes casos, a decisão será tomada com base na vontade da maioria, evitando que a oposição de uma minoria prolongue os litígios.

Além disso, o Registo Civil deverá comunicar automaticamente o Registo Predial sobre o falecimento do titular, iniciando oficiosamente o processo de inventário e partilha. A desjudicialização é reconhecida como uma prioridade, permitindo que os herdeiros, por acordo, realizem a partilha diretamente nas conservatórias, sem intervenção judicial. A figura de cabeça-de-casal será eliminada e substituída pela figura de administrador da herança, que poderá ser uma pessoa ou um coletivo de administradores nomeados pela maioria dos herdeiros. Ademais, casos excecionais, como investigações de paternidade, suspenderão o processo de partilha até decisão judicial.

Os bens da herança serão geridos como se fossem parte de uma “sociedade comercial”, garantindo a administração baseada na maioria e salvaguardando o equilíbrio entre os herdeiros. O diploma também prevê a formação e especialização de mediadores e árbitros para atuar em casos de arbitragem sucessória, com a instalação do CNMA, inicialmente com delegações na Praia, São Vicente e Sal.

Com estas medidas, Joana Rosa destaca que a proposta visa acelerar os processos de partilha, reduzir conflitos familiares e aliviar a sobrecarga dos Tribunais Judiciais, promovendo uma resolução mais eficiente e justa para matérias sucessórias em Cabo Verde.

¹¹⁹ Rádio e Televisão de Cabo Verde, consultado em 15-11-2024 e disponível em: <https://www.rtc.cv/rcv/audio-details/praiacolhe-1-ordm-encontro-de-laquo-cidades-do-saber-raquo-10573>

Ainda no âmbito da preocupação do Governo da Cabo Verde em sensibilizar a população e as instituições, no dia 15 de abril de 2024, o Secretário de Estado das Finanças de Cabo Verde, Alcindo Mota, inaugurou a conferência sobre “Arbitragem Tributária”, em São Vicente. O Secretário de Estado destacou a importância desse mecanismo como alternativa para resolver disputas jurídicas e apontou que a arbitragem oferece vantagens como decisões mais rápidas, segurança jurídica garantida por árbitros qualificados e um ambiente propício para negócios; além da capacidade de aliviar a sobrecarga dos Tribunais Fiscais. Mota também ressaltou que a arbitragem tributária pode estimular novos investimentos no País, especialmente de cabo-verdianos na diáspora e de investidores estrangeiros.¹²⁰

Contudo, ainda existem vários desafios e oportunidades a considerar para a consolidação da arbitragem como um mecanismo essencial no ambiente de negócios em Cabo Verde. Apesar de Cabo Verde ter desenvolvido um quadro legal robusto para a arbitragem desde 2005, com a introdução de diversas leis e regulamentações, a sua aplicação prática ainda está em fase de amadurecimento. A legislação por si só não garante uma implementação efetiva da arbitragem, sendo necessário criar um sistema que facilite o recurso à arbitragem, com Centros de Arbitragem operacionais e uma cultura jurídica voltada para esta.

A maioria da população e muitos empresários ainda desconhecem as alternativas aos Tribunais Judiciais para resolver litígios. Este desconhecimento constitui um obstáculo ao desenvolvimento da arbitragem, dado que muitas pessoas associam ainda a resolução de litígios exclusivamente ao processo judicial. Para superar este desafio, é fundamental investir na capacitação dos profissionais, em campanhas educativas e publicitárias que expliquem os benefícios da arbitragem, destacando a sua eficácia e rapidez em contraposição ao sistema judicial.

¹²⁰ Ministério das Finanças e do Fomento Empresarial, consultado em 20-11-2024 e disponível em: <https://www.mf.gov.cv/web/mf/-/secret%C3%A1rio-de-estado-das-finan%C3%A7as-alcindo-mota-preside-%C3%A0-abertura-da-confer%C3%A2ncia-sobre-arbitragem-tribut%C3%A1ria-em-s%C3%A3o-vicente>

Conclusão

A arbitragem tem-se consolidado como um dos mecanismos mais eficazes de resolução alternativa de litígios, especialmente no contexto empresarial e tributário. Em Cabo Verde, o desenvolvimento da arbitragem tem sido uma resposta aos desafios enfrentados pelo sistema judicial tradicional, particularmente a morosidade da Justiça e a sobrecarga dos Tribunais Judiciais. Desde a primeira menção à arbitragem na Constituição de 1999 e a promulgação da LAVCV, em 2005, o País tem dado passos importantes na construção de um sistema normativo capaz de oferecer uma alternativa viável e eficaz à Justiça tradicional.

Sucessivos governos de Cabo Verde têm reconhecido a importância da arbitragem como mecanismo eficaz de resolução de litígios, adotando iniciativas legislativas desde a independência até ao presente momento. A evolução legislativa foi gradativa, com destaque para a criação de novos diplomas de relevo como a LAT, que fortaleceu o recurso à arbitragem em litígios relacionados a questões fiscais.

Convém destacar que os Tribunais Judiciais têm reconhecido cada vez mais o lugar da arbitragem no Ordenamento Jurídico do País, solidificando sua legitimidade. Decisões recentes demonstram a evolução positiva do entendimento jurisprudencial sobre o papel da arbitragem na resolução de litígios, delineando claramente os limites à intervenção dos Tribunais Judiciais.

O setor empresarial, por sua vez, tem recorrido à arbitragem para resolver litígios, especialmente por meio da inserção de cláusulas compromissórias em contratos. Neste âmbito, as Câmaras de Comércio têm-se destacado como promotoras da arbitragem, criando Centros especializados para a resolução de litígios de natureza comercial.

Apesar dos avanços legislativos e institucionais, a arbitragem em Cabo Verde ainda se encontra num processo de amadurecimento. Embora a LAVCV e outros diplomas legais tenham estabelecido um quadro jurídico robusto, a prática arbitral ainda enfrenta desafios significativos. Neste âmbito, destacam-se a falta de uma cultura sólida de recurso à arbitragem e o desconhecimento das vantagens desse método, como a celeridade e a maior especialização nas matérias em litígio. Tais desafios precisam ser enfrentados para que a arbitragem se torne um mecanismo amplamente aceite e utilizado na sociedade cabo-verdiana.

A construção de um sistema arbitral eficiente em Cabo Verde exige não apenas a consolidação da legislação existente, mas também uma maior sensibilização dos atores sociais e jurídicos, reforçando a sua confiança na arbitragem. Num contexto de globalização, no qual Cabo Verde busca posicionar-se de forma competitiva no mercado internacional, a confiança na arbitragem como um método legítimo e confiável de resolução de litígios comerciais é crucial. A dinamização dos Centros de Arbitragem especializados e o desenvolvimento de uma cultura voltada à arbitragem são passos necessários para que este método alcance seu pleno potencial.

Referências

Autores:

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008.
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, 2.^a Edição, Almedina, 2013.
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2.^a Edição, Kluwer Law International, 2014.
- CARAMELO, António Sampaio, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, 2014.
- PINTO, Gilson Eduardo Vaz Gomes, *Arbitragem Tributária em Cabo Verde um Olhar sobre Novos Desafios*, FDUL, Lisboa, 2016.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Almedina, 2014.
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc”, *in Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- MARTINS, André Almeida, *em Arbitragem Voluntária, Elemento de Estudo*, 2023.
- MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012.
- MIRANDA, João, “Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas”, *in Revista de Direito Administrativo* n.º 1, AAFDL Editora, 2018.

- MONTEIRO, António Pedro Pinto, SILVA, Artur Flaminio da, e MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem*, Reimpressão, Almedina, 2023.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005.
- “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, 2007, págs. 1-15.
- SILVA, Mário, *Contributo para a História Político-Constitucional de Cabo Verde*, Almedina, 2015.
- SILVA, Paula Costa e, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, 1996, págs. 894-1018.
- VENTURA, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 1986, págs. 289-413.

Legislação e Outras Publicações Oficiais:

- Decreto-Lei n.º 45.497, de 30 de dezembro de 1963, extensivo ao então Ultramar Português, pela Portaria n.º 87/70, de 2 de fevereiro de 1970, B.O. n.º 20 e D.G. n.º 27, I Série, que aprovou o Código de Processo do Trabalho de Cabo Verde.
- Decreto-Lei n.º 8/76, de 17 de janeiro de 1976, B.O. n.º 3, que criou as Comissões Concelhias de Reordenamento Agrário.
- Decreto-Lei n.º 87/78, de 22 de setembro de 1978, B.O. n.º 37, 2.º Suplemento, que criou as Comissões de Arbitragem de Acidentes de Viação.
- Decreto-Legislativo n.º 7/2010, de 1 de julho de 2010, B.O. n.º 24, 1.º Suplemento, que aprovou o Código de Processo Civil de Cabo Verde.
- Decreto-Legislativo n.º 1/2019, de 23 de julho de 2019, B.O. n.º 80, I Série, que aprovou o Código das Sociedades Comerciais.
- Decreto-Lei n.º 35/2010, de 6 de setembro de 2010, B.O. n.º 34, I Série, sobre o Regime Jurídico Geral do Contrato de Seguro.
- Decreto-Lei n.º 20/2018 de 23 de abril de 2018, B.O. n.º 23, I Série, que aprovou o Código Deontológico da Arbitragem Tributária.
- Decreto-Lei n.º 51/2015, de 23 de setembro de 2015, B.O. n.º 56, I Série, que instituiu o Centro Nacional de Mediação e Arbitragem.
- Decreto-Lei n.º 31/2005, de 9 de maio de 2005, B.O. n.º 19, I Série, que aprovou a Lei da Mediação.

Decreto-Lei n.º 25/2018, de 24 de maio de 2018, B.O. n.º 32, I Série, que procedeu à criação do Centro de Arbitragem Tributária e aprovou os respetivos Estatutos.

Decreto-Regulamentar n.º 8/2005, de 10 de outubro de 2005, B.O. n.º 41, I Série, relativa às autorizações para a constituição de Centros de Arbitragem.

Deliberação n.º 42/2017, Conselho Diretivo, B.O. n.º 34, II Série, de 26 de julho de 2017, que procedeu à Republicação dos Estatutos da Câmara de Comércio de Sotavento.

Despacho n.º 96/2015, 28 de janeiro de 2015, B.O. n.º 4, II Série, que concedeu à Câmara de Comércio de Sotavento autorização para a instituição de um Centro de Arbitragem.

Despacho n.º 279/2023, de 26 de setembro de 2023, B.O. n.º 175, II Série, que concedeu o alvará provisório de acreditação do Centro de Arbitragem e Mediação ao Instituto Politécnico de Democracia e Desenvolvimento (IPDD).

Lei sobre a Organização Política do Estado, de 5 de julho de 1975, B.O. n.º 1.

Lei n.º 2/77, de 9 de abril de 1977, B.O. n.º 15, que procedeu à 1.ª Revisão da Lei sobre a Organização Política do Estado.

Lei Constitucional n.º 3/80, de 13 de outubro de 1980, B.O. n.º 41, que aprovou a Constituição da República de 1980.

Lei Constitucional n.º 1/IV/95, de 25 de setembro de 1995, B.O. n.º 39, I Série, que procedeu à 1.ª Revisão da Constituição de 1992.

Lei Constitucional n.º 1/V/99, de 23 de novembro de 1999, B.O. n.º 43, Suplemento, I Série, que procedeu à 2.ª Revisão da Constituição de 1992.

Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de maio de 2010, B.O. n.º 17, I Série, que procedeu à 3.ª Revisão da Constituição de 1992.

Lei n.º 76/VI/2005, de 16 de agosto de 2005, B.O. n.º 33, I Série, sobre a Lei de Arbitragem Voluntária de Cabo Verde.

Lei Portuguesa n.º 31/86, de 29 de agosto de 1986, D.R. n.º 198, I Série, sobre a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa de 1986.

Lei Portuguesa n.º 63/2011, de 14 de dezembro de 2011, D.R. n.º 238, I Série, sobre a atual Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.

Lei n.º 90/VI/2006, de 9 de janeiro de 2006, B.O. n.º 2, I Série, que concebeu o regime das Associações Públicas Profissionais.

Lei n.º 108/VIII/2016, de 28 de janeiro de 2016, B.O. n.º 5, I Série, que aprovou a Lei da Arbitragem Tributária.

Lei n.º 88/VI/2006, de 9 de janeiro de 2006, B.O. n.º 2, I Série, relativa à Lei sobre os Serviços Públicos Essenciais.

Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro de 2005, B.O. n.º 9, I Série, sobre a Lei da Organização e do Processo do Tribunal Constitucional.

Resolução n.º 26/IX/2017, de 7 de fevereiro de 2017, B.O. n.º 6, I Série, respeitante à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Acórdãos:

Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 230/86, de 08-07-1986.

Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 52/92, de 05-02-1992.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 10/94, de 16-05-1994.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 83/2003, de 21-10-2003.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 131/2012, de 06-06-2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 132/2012, de 06-06-2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 117/2018, de 05-10-2018.

Sites, Notícias e Páginas Oficiais:

Câmara de Comércio da Barlavento, consultado em 10-11-2024 e disponível em:

<https://www.camara.cv/becv-inovar/centro-de-arbitragem-e-conciliacao/>

Conselho Superior da Magistratura Judicial, Relatório da Situação da Justiça

2022/23, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://www.csmj.cv/images/2023/09/RELATORIO-Situao-da-Justia-2022---2023-capa-nova.pdf>

Conselho Superior da Magistratura Judicial, Relatório da Situação da Justiça

2023/24, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://www.csmj.cv/images/2024/07/RELATORIO-Situao-da-Justia-2023---2024.pdf>

Direção Geral da Política da Justiça, Arbitragem – Evolução, Legislação e Parpetivas Futuras, consultado em 12-11-2024 e disponível em:

https://www.dgpj.cv/images/Coletanea_da_conferencia_de_arbitragem.pdf

Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, consultado em 25-11-2024 e disponíveis em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>

Inforpress, consultado em 17-01-2025 e disponível em: <https://expressodasilhas.cv/pais/2025/01/17/inaugurado-centro-nacional-de-mediacao-e-arbitragem-na-praia-para-resolver-alguns-litigios/95203>

Ministério das Finanças e do Fomento Empresarial, consultado em 20-11-2024 e disponível em: <https://www.mf.gov.cv/web/mf/-/secret%C3%A1rio-de-estado-das-finan%C3%A7as-alcindo-mota-preside-%C3%A0-abertura-da-confer%C3%A2ncia-sobre-arbitragem-tribut%C3%A1ria-em-s%C3%A3o-vicente>

Rádio e Televisão de Cabo Verde, consultado em 15-11-2024 e disponível em: <https://www.rtc.cv/rcv/audio-details/praiacolhe-1-ordm-encontro-de-laquo-cidades-do-saber-raquo-10573>

Rádío e Televisão de Cabo Verde, consultado em 10-11-2024 e disponível em: <https://rtc.cv/rcv/audio-details/quot-integracao-de-cabo-verde-na-cedao-quot-8929>

Gabriela Carvalho Steiner

*Case Manager do Centro de Arbitragem Comercial
(Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa)
Advogada*

Meios de resolução alternativa de litígios nos acordos de planeamento sucessório em empresas familiares: uma abordagem Luso-Brasileira¹

1. Introdução^{2 3}

A EF (empresa familiar) desempenha relevante função económica e social. Em Portugal estima-se que, em 2023, 75% das empresas eram EF, sendo estas responsáveis por 50% dos postos de trabalho e por 65% da contribuição do setor privado para o PIB nacional⁴. No Brasil, os números são ainda mais alarmantes. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 90% das empresas têm perfil familiar, respondem por mais da metade do PIB e empregam 75% da mão de obra do País⁵.

Esse tipo social de crucial importância enfrenta uma grande dificuldade: a transição para a geração seguinte. Conforme Recomendação da Comissão Europeia 94/1069/CE: “*várias milhares de empresas, por ano,*

¹ O presente artigo corresponde, com algumas alterações, à Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) em 29 de abril de 2024 e defendida, em provas públicas, no dia 10 de fevereiro de 2025, perante um júri constituído pelos Professores Doutores Rui Pinto Duarte (orientador), Ana Filipa Morais Antunes (presidente) e António Pedro Pinto Monteiro (arguente).

² As referências estão de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

³ Neste trabalho adota-se citações indiretas usando autor e página. Obras do mesmo autor são diferenciadas pelo ano; se do mesmo ano, pelo título.

⁴ Cf. APEF – Associação Portuguesa de Empresas Familiares.

⁵ Cf. IBEF – SP – Instituto Brasileiro de Executivos de Finança em São Paulo.

são obrigadas a cessar as respectivas actividades devido a dificuldades intransponíveis, inerentes à sua transmissão”⁶. Assim, a dificuldade em transmitir o poder e a gestão para os herdeiros, ou ainda, os entraves e conflitos que essas escolhas possam vir a trazer para a família, somados a normas sucessórias inadequadas para este tipo de transmissão por morte, são as causas dessa falência precoce.

O objetivo deste artigo é trazer a importância do planeamento sucessório e da governança familiar nessas empresas a partir da criação do protocolo familiar e/ou de acordos parassociais – Acordo de Acionistas, no Brasil – os quais na sua negociação, celebração e execução, podem vir a ser objeto de entraves e conflitos entre os envolvidos da EF e, nessa medida, qual a melhor forma de resolvê-los.

Primeiramente, apontar-se-ão os constrangimentos que os regimes sucessórios português e brasileiro trazem à sucessão nas EF, com o intuito de demonstrar a importância dessas sociedades definirem um planeamento sucessório e uma governança familiar, em especial por meio dos acordos parassociais e dos protocolos familiares.

Por fim, chegar-se-á ao cerne do trabalho, com a análise desses instrumentos como meios adequados para prever cláusulas de resolução de conflitos nas EF e, através da análise da mediação e da arbitragem, investigar-se-á o meio mais eficaz para resolver disputas nas EF. De crucial importância o estudo da melhor forma de solucionar os conflitos nessas sociedades, já que, caso não sejam devidamente solucionados, podem acarretar, até mesmo, no fim da empresa.

2. A sucessão nas empresas familiares

Em razão do funcionamento e direção pessoais, com a gestão, normalmente, realizada pelo fundador, as EF encontram especificidades em relação às demais sociedades. Podem ser organizadas e estruturadas de diversas formas: no caso da EF de pequeno porte, normalmente, seu controle se dá apenas por membros da família; já nas EF tradicionais, embora o órgão administrativo de maior poder⁷ seja composto exclu-

⁶ Rec. 94/1069/CE da Comissão Europeia.

⁷ No Brasil denominado diretoria executiva.

sivamente por familiares, os postos de gestão podem vir a ser ocupados por pessoas sem vínculos de parentesco.⁸

Diante de tais especificidades é importante buscar um conceito para esse tipo de empresa. No entanto, o instituto denominado “*Empresa Familiar*”, perante o Ordenamento Português – e na maioria dos ordenamentos internacionais – não corresponde a nenhuma categoria jurídica, não existindo um conceito jurídico consensual para defini-lo.

Assim, a noção que se deve ter em mente para efeitos deste artigo é a de que se refere aos “*casos em que uma família, ou os membros de uma mesma família, são titulares do direito de propriedade sobre a empresa ou sobre a totalidade ou parte das participações na sociedade que é titular da empresa, de modo a poder determinar a orientação da sua gestão e a influenciar a sua estratégia*”⁹.

Por sua vez, “*Família empresária*” representa os entes de uma mesma família que são titulares, direta ou indiretamente, da sociedade empresarial. A sucessão nestas empresas resultará na transmissão da titularidade da empresa daquele que faleceu ao membro ou aos membros desta família.¹⁰

Neste viés, a EF não possui um enquadramento legal próprio que regule ou facilite a propagação da empresa após a morte do titular¹¹, abarcada pelo regime sucessório comum, o qual, não corresponde, às particularidades, interesses e necessidades deste tipo de sucessão.

2.1. Perspectivas Comparadas: regras sucessórias portuguesas e brasileiras

Com a morte, inicia-se a sucessão *mortis causa*: “*o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam*”¹².

⁸ MADALENO. 2014, p. 193.

⁹ XAVIER. 2017, p. 18.

¹⁰ *Ibid.*, p. 19 e 20.

¹¹ XAVIER. 2017, p. 19 e 20.

¹² Art. 2024 do CCP (Código Civil português).

Após a abertura da sucessão – que se dá no momento da morte – tem-se a vocação, a qual consiste no direito dos sucessores em aceitar ou repudiar a sucessão aberta. “*Com a aceitação que as situações jurídicas patrimoniais voltam a ter titular*”¹³, findando, assim, a sucessão.

De acordo com Ordenamento Português, a sucessão pode se dar de três formas: “*por lei, testamento ou contrato*”¹⁴. A sucessão legal é ainda subdividida em: legítima e legitimária, conforme art. 2027 do CCP (Código Civil Português).

Em relação às sucessões legais, a legítima, consagrada nos art(s). 2131 a 2155, ocorre quando o *de cuius* não dispõe dos bens como poderia fazê-lo, sendo assim chamados os herdeiros legítimos: o cônjuge, os parentes próximos e o Estado – este último apenas na falta dos primeiros. Ou seja, essa sucessão ocorre “*a título supletivo*”¹⁵, quando não há testamento ou quando a disposição da vontade não for válida, for revogada ou caducar. Já a sucessão legitimária, representa “*a modalidade injuntiva de sucessão*”¹⁶, pois está intrinsecamente ligada à quota indisponível da herança (denominada legítima), reservada obrigatoriamente a determinados herdeiros – cônjuge e herdeiros de linha reta.

Essas duas modalidades de sucessão são similares, diferem-se apenas no fato de a primeira ser supletiva, ou seja, só existe na ausência de um testamento válido. Já a segunda pode vir a coexistir com a sucessão testamentária, ou seja, os herdeiros legitimários, mesmo nos casos que exista um testamento, têm direito a determinada quota dos bens (a legítima¹⁷).

Por sua vez, a sucessão testamentária é uma modalidade voluntária¹⁸, a qual consagra “*o espaço de manifestação da autonomia da vontade do de cuius*”¹⁹. Isto porque, o testamento – “*acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou*

¹³ PINHEIRO, p. 15.

¹⁴ Art. 2026 do CCP.

¹⁵ LEITÃO, p. 177.

¹⁶ *Ibid*, p. 293.

¹⁷ Quota indisponível da herança, a qual é legalmente destinada aos herdeiros legitimários (Art. 2156 e 2157 do CCP).

¹⁸ LEITÃO. *Op cit.*, p. 189.

¹⁹ PINHEIRO. *Op cit.*, p. 25.

de parte deles”²⁰ - concede ao testador plena liberdade para dispor de seus bens, ressalvadas as limitações da legítima.

Por fim, “quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta”²¹, tem-se a sucessão contratual. Entretanto, o art. 2028, n. 2, do CCP, delimita esta modalidade ao consignar que apenas são admitidos pactos sucessórios nos casos previstos na lei.

Sentido faz tal delimitação, visto que contratos sucessórios, regidos pelo princípio *pacta sunt servanda*, vedam a revogação unilateral, conforme art. 406, n.1 do CCP, a resultar em uma proibição ao autor da herança de alterar em vida as disposições de última vontade²², o que, de facto, não pode ser permitido.

Em breve síntese, existem três modalidades de pactos sucessórios: pactos renunciativos (*pacti de non succedendo*), acordo mediante o qual o sucessível renuncia à sucessão antes do falecimento do autor da herança; pactos aquisitivos ou designativos (*pacti de succedendo*), o autor da herança institui alguém como herdeiro, mediante contrato – não testamento – e pactos dispositivos (*pacti de successione tertii*), na qual uma pessoa que acredita ser futuro sucessível do autor da herança celebra com um terceiro um contrato dispondo desta sucessão, ainda não aberta.²³

Nos termos do art. 1700 do CCP, só se admitem as doações *mortis causa* para casamento incluídas em convenção antenupcial (pactos designativos) e, por força da Lei n. 48/2018, de 14 de agosto, o pacto renunciativo à condição de herdeiro legitimário do cônjuge, quando do regime da separação. Por meio do pacto antenupcial, os cônjuges podem renunciar, reciprocamente, à condição futura de herdeiro legitimário.²⁴

Após a exposição de alguns dos aspectos do regime sucessório português, estabelece-se, a seguir, um diálogo comparativo com as normas e práticas do Direito Sucessório brasileiro, destacando semelhanças e divergências que caracterizam ambos os sistemas jurídicos.

²⁰ Art. 2179 do CCP.

²¹ Art. 2028, n. 1, do CCP.

²² LEITÃO. *Op cit.*, p. 281.

²³ *Ibid.*, p. 281 e 282.

²⁴ NOVAIS, p. 28 e 34.

Em um primeiro momento, importante ressaltar que no Direito Sucessório brasileiro a sucessão legitimária dilui-se na legítima, com a existência da figura dos herdeiros necessários²⁵ (cônjuge, ascendente e descendente²⁶). Ou seja, há apenas duas espécies de sucessões: a legítima e a testamentária, nos termos do anterior CCP de 1867.

Apesar de a doutrina majoritária portuguesa²⁷ distinguir as duas sucessões legais, conforme aponta Telles, a sucessão legitimária apenas traz um limite à liberdade de testar – a quota indisponível – sendo este respeitado, transmite-se de acordo com as regras da sucessão legítima, havendo também diluição das duas sucessões. Para o autor, a sucessão legitimária “*não seria mais do que a sucessão legítima protegida na sua incidência sobre parte do património por uma limitação legal*”²⁸. Ou seja, na prática, a sucessão legal (legítima ou legitimária) trazida pelo Ordenamento Português tem a mesma finalidade da sucessão legítima, existente no Ordenamento Brasileiro.

Outra diferença que os dois ordenamentos guardam é relativa ao Princípio da *Saisine*²⁹. De acordo com as regras sucessórias brasileiras, no exato instante em que alguém morre, todos os bens do falecido transferem-se aos herdeiros, sejam legítimos, sejam testamentários³⁰. Com o óbito, os herdeiros recebem “*por efeito direto da lei (son saisis de plein droit) as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos*”³¹. Ou seja, no mesmo instante do óbito, a posse e propriedade dos bens é adquirida pelos herdeiros.

Inclusive, aberta a sucessão, se o herdeiro vier a falecer, a posse ou propriedade da herança transmite-se, imediatamente, aos seus sucesso-

²⁵ Assim como em Portugal há herdeiros legítimos ou legitimários, no Brasil há herdeiros legítimos ou necessários, nos termos do art. 1829 do CCB (Código Civil brasileiro).

²⁶ Art. 1845 do CCB.

²⁷ Nas palavras de Pinheiro há “*quatro espécies de sucessão: legítima, legitimária, testamentária e contratual*”. In: PINHEIRO. *Op cit.*, p. 25.

²⁸ TELLES, p. 152 e 153.

²⁹ Princípio advindo da expressão francesa: “*le mort saisit le vif*”. Encontra-se disciplinado no art. 724 do Código Civil Francês: “*Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la succession*”.

³⁰ Art. 1784 do CCB.

³¹ DINIZ, Maria H., p. 18.

res, mesmo que o herdeiro não tenha ainda manifestado a aceitação, praticado qualquer ato em relação a ela ou desconheça o óbito do antecessor. Portanto, o patrimônio não fica avulso em momento algum. Com o óbito, os herdeiros, automaticamente, assumem a titularidade jurídica – que até a morte era do *de cuius*. Há uma verdadeira sub-rogação pessoal pleno *jure*, sendo a aceitação apenas ato de confirmação dessa transferência³².³³

Entretanto, como visto acima, em Portugal, essa regra sucessória é diferente. Nos exatos termos do art. 2050 do CCP, o domínio e a posse dos bens da herança são adquiridos pelos herdeiros, apenas com a aceitação, sendo certo que os efeitos retroagem a data da abertura da sucessão (o falecimento).

Nesse sentido, esclarece o STJ (Supremo Tribunal de Justiça) que *“embora o momento de aquisição do direito de propriedade seja, nos casos de sucessão por morte, o da abertura da sucessão, antes da aceitação os herdeiros ou legatários não têm nenhum direito sobre os bens, enquanto os não aceitarem. No momento da morte o “de cuius” perde os seus direitos mas estes só são transmitidos quando se dá a aceitação(...)”*³⁴

No que diz respeito à sucessão contratual, à diferença do CCP, o CCB (Código Civil brasileiro) não prevê essa modalidade de sucessão. Nos termos do art. 426 do CCB, os pactos sucessórios são expressamente proibidos, apesar de alguns autores³⁵ e certa jurisprudência³⁶ apontarem como exceção o contrato antenupcial.

³² Art. 1.804 do CCB.

³³ DINIZ, Maria H., *Op. cit.*, p. 19.

³⁴ Acórdão do STJ de 10/12/1997, processo n. 97B757, de rel. do Min. Mário Cancela.

³⁵ A doutrina brasileira não é pacífica nesse ponto. A favor da possibilidade de os acordos antenupciais serem uma exceção ao art. 426, aponta Madaleno: *“A possibilidade de renúncia antecipada em pacto sucessório com cláusulas insertas em pacto antenupcial, em contrato sucessório ou em uma escritura pública de união estável, ou até mesmo mandada lavrar pelos cônjuges na constância do casamento, não está, definitivamente, entre aquelas proibições sugeridas pela leitura desinteressada do art. 426 do Código Civil brasileiro, bastando atribuir o real valor e alcance da autonomia privada dos cônjuges e conviventes, e atentar para a circunstância de que a proposição de renúncia preventiva dos direitos hereditários se limita, por sua natureza jurídica, aos benefícios viduais do direito do cônjuge ou do convivente, quando concorrem como coerdeiros com descendentes e ascendentes”*. In: MADALENO. 2020, p. 447. Em sentido contrário, nas

Importante ressaltar que tanto o Ordenamento Português³⁷ como o Ordenamento Brasileiro³⁸ admitem a partilha em vida, que nada mais é que o contrato de doação entre vivos da totalidade ou de parte dos bens de alguém a herdeiro(s), respeitando-se a legítima.

São estas algumas das semelhanças e diferenças dos dois ordenamentos, cuja relevância se nota para o que se pretende neste artigo.

2.2. Eventuais constrangimentos do Direito Sucessório à sucessão familiar na empresa

Como premissa, é importante ter em mente que a empresa não pode ser tratada como os demais elementos patrimoniais, sejam móveis ou imóveis, para efeitos de transmissão sucessória, pois apenas gera rendimentos quando em atividade, e para tanto deve ser devidamente dirigida; há pessoas que dela dependem, como os trabalhadores; além de a partilha e possível venda de uma empresa não ser tão fácil como a dos demais bens.³⁹

De pronto, tem-se que o objeto da sucessão *mortis causa* sobre uma empresa organizada sob a forma societária⁴⁰ são as participações sociais, ou seja, não se transmite diretamente o direito da propriedade sobre a

palavras de Orlando Gomes: “A proibição é absoluta, apanhando todo e qualquer negócio bilateral, inclusive os pactos antenupciais”. In: GOMES. 2019, p. 68.

³⁶ Acórdão do STJB de 23/10/2014, REsp 1.472.945/RJ, de rel. do Min. Ricardo Villas Bôas.

³⁷ Art. 2029, n.1 do CCP.

³⁸ Art. 2018 do CCB.

³⁹ XAVIER. 2017, p. 36.

⁴⁰ “Sociedade” e “Empresa” não são sinônimos, embora estejam relacionados no contexto jurídico e empresarial. Sociedade: É uma entidade jurídica formada por duas ou mais pessoas (sócios) que se unem para exercer uma atividade econômica, com ou sem fins lucrativos, tem-se, como exemplo: sociedade por quotas ou sociedade anônima. Empresa: Refere-se à atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, independentemente de sua estrutura jurídica. Uma sociedade pode ser uma empresa, mas nem toda empresa é uma sociedade (por exemplo, um empresário individual tem uma empresa, mas não é uma sociedade). Para este trabalho, tratar-se-á das empresas familiares que são sociedades, por este motivo as expressões “empresa familiar” e “sociedade familiar” serão adotadas como sinônimas.

empresa, mas um poder de controlo na sociedade que é titular da empresa.⁴¹ Está aqui a principal diferença dessa sucessão e o motivo que esta não pode ser tratada como nos demais casos.

Tem-se que, com a morte do titular, a participação social pode extinguir-se ou transmitir-se. A pessoa coletiva jamais poderá ser autora da sucessão, “*as pessoas coletivas não morrem, extinguem-se*”⁴², o que ocorre por meio da dissolução, a qual objetiva liquidar e partilhar o património social remanescente^{43 44}. Nesse sentido, a transmissibilidade das participações sociais é a forma adequada de transmitir a posição de sócio^{45 46}.

Havendo extinção, a participação social não constitui objeto de sucessão, havendo transmissão *mortis causa*, o destino da participação social será determinado pelas regras sucessórias comuns⁴⁷, dispostas nos Códigos Civis, conforme retro trazidas, as quais, em parte, se não forem avaliadas e consideradas previamente, podem acabar por ser prejudiciais à saúde da empresa.

⁴¹ XAVIER. *Op cit.*, p. 37.

⁴² PINHEIRO. *Op cit.*, p. 14.

⁴³ Em Portugal, nos termos dos art. 141 e ss., 270 e 464 do CSC (Código das Sociedades Comerciais) e DL n. 76-A/2006.

Nas palavras de Paulo Olavo Cunha: “*Esta (refere-se a liquidação) pode resultar da deliberação dos sócios, decorrer de decisões administrativas, ser resultado de um processo de insolvência ou ser automática, pelo decurso do prazo, caso a sociedade tenha um prazo de duração, ou, por fim, pela impossibilidade de a sociedade prosseguir a respetiva atividade*”. In: CUNHA. 2021, p. 113.

⁴⁴ No Brasil, a liquidação é a regra, a qual admite exceções. Nos termos do *caput* do art. 1028 do CCB.

⁴⁵ Em Portugal, a transmissibilidade se dá nos seguintes termos: nas sociedades em nome coletivo, conforme art. 184 do CSC; nas SpQ conforme art. 225, n. 1 e 2 do CSC; e, por fim, nas S.A. – como estamos diante de ações nominativas, visto que as ações ao portador são proibidas no ordenamento português (art. 229 do CSC) – transmite-se, *causa mortis*, nos mesmos termos dos demais bens móveis, nos termos do art. 102 do DL 486/99.

⁴⁶ Não havendo a liquidação, conforme *caput* do art. 1028 do CCB, pode haver a transmissão da participação social aos herdeiros, nos termos do inciso III do mesmo artigo.

⁴⁷ PINHEIRO. *Op.cit.*, p. 154.

Assim, é de crucial importância que a pessoa do fundador facilite a transmissão da empresa para as gerações seguintes, prevendo e antecipando problemas que poderão surgir com a sucessão por morte.⁴⁸

O direito à transmissão do património *causa mortis* é consagrado na CRP (Constituição da República Portuguesa)⁴⁹ e na CFB (Constituição Federal brasileira)⁵⁰, sendo este assegurado pela lei ordinária e consagrado especialmente pelo testamento⁵¹, o qual está diretamente ligado com o princípio da autonomia privada.

Entretanto, este direito não é assegurado em termos absolutos, ou seja, o Direito Sucessório português e brasileiro “*não se reconduz, exclusivamente, à vontade do autor da sucessão*”⁵², visto que encontra limitações legais, em especial a figura da legítima⁵³.

A sucessão legítima, assim como a sucessão legítima trazida pelo CCB, são fundadas na proteção constitucional⁵⁴ da instituição familiar, embasada nas obrigações de solidariedade recíprocas entre os membros da família e na subsidiariedade entre o Estado e a Família como intermediários dessa proteção.⁵⁵ Nesse sentido, havendo descendentes, em face do caráter injuntivo dessas modalidades sucessórias⁵⁶, a liberdade

⁴⁸ XAVIER. 2017, p. 38.

⁴⁹ Art. 62, n. 1 da CRP (Constituição da República portuguesa).

⁵⁰ Art. 5, XXX, da CFB (Constituição Federal brasileira).

⁵¹ Nas palavras de Morais: “*No direito português, a autonomia privada no âmbito sucessório encontra-se, aparentemente, limitada ao campo testamentário*”. In: MORAIS, p. 12. Nas palavras de Diniz: “*Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o CCB o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do de cujus e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor de metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros (CC, art. 1.789, 1.845, 1.846 e 1.857, § 1º), exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade*”. In: DINIZ, Maria H., *Op. cit.*, p. 69.

⁵² MORAIS, *Op. cit.*, p. 13.

⁵³ XAVIER. 2016, p. 22 a 24.

⁵⁴ Art. 67 CRP, Art. 226 da CFB e Art. 227 da CFB.

⁵⁵ XAVIER. 2016, p. 25.

⁵⁶ PINHEIRO. *Op. cit.*, p. 158.

do autor da herança de disposição de seus bens está limitada à quota disponível, ou seja, apenas em relação a esta quota poderá tratar os descendentes de forma diversa⁵⁷.

Em tempos em que cada vez mais se preconiza a liberdade individual e o pluralismo familiar, colide-se com essas formas injuntivas de sucessão.⁵⁸ Em uma realidade em que sobressai o princípio da igualdade e da liberdade de disposição, parece ser discutível a previsão da sucessão legitimária comum⁵⁹ (assim como da sucessão legítima brasileira), em especial nas EF.

Questiona-se quais os motivos que impedem o autor da herança de determinar, de forma incondicionada, o destino da maior parte de seus bens. E mais, qual o merecimento, de determinadas pessoas, que as levariam a obterem, forçosamente, o direito de adquirirem um património, independentemente de qualquer razão, apenas pela existência de laços consanguíneos e familiares com o *de cuius*.⁶⁰

Para as EF, este tipo de sucessão pode ser prejudicial, a considerar um possível despreparo dos sucessíveis legitimários⁶¹, bem como, no caso de existirem cônjuge e descendentes, a dificuldade de atribuir a todos o mesmo benefício patrimonial e ao mesmo tempo conservar o poder de direção com vista à unidade da empresa.⁶² Em *ultima ratio*, essa divisão igualitária na titularidade da empresa poderia conduzir, ainda, à desintegração da empresa após a partilha⁶³.

Outra questão que deve ser levada em conta pelo autor da herança, quando do planeamento sucessório, é o seu regime de bens, visto que, se casado em regime de comunhão⁶⁴, apenas poderá dispor por morte dos

⁵⁷ XAVIER. 2017, p. 24.

⁵⁸ PINHEIRO. *Op.cit.*, p. 29.

⁵⁹ *Ibid*, p. 178.

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ Leia-se herdeiros necessários, segundo o CCB.

⁶² XAVIER. 2017, p. 39.

⁶³ XAVIER. 2016, p. 105.

⁶⁴ Os regimes de comunhão são: em Portugal, Comunhão Geral ou Comunhão de Bens Adquiridos e no Brasil, Comunhão Universal de Bens ou Comunhão Parcial de Bens. A definição dos regimes de bens é igual nos dois ordenamentos. Na Comunhão Geral ou Comunhão Universal de Bens, comunicam-se todos os bens. Já na Comunhão

bens próprios e da sua meação nos bens comuns^{65 66}. Nesse sentido, deve se ter em conta a eventual integração da empresa no patrimônio comum.

Importante ressaltar que a convenção antenupcial⁶⁷, na medida que se trata de ato de autonomia privada posto a cargo dos cônjuges para regular a relação patrimonial de forma personalizada⁶⁸, pode vir a ser importante elemento de planejamento sucessório. Por meio de cláusulas adequadas à realidade patrimonial de cada casamento, os cônjuges podem vir a proteger seus interesses, como por exemplo: excluir determinados bens da comunhão ou incluir cláusula de adjudicação preferencial em eventual partilha.⁶⁹

Já o regime da indivisão, acaba por ser verdadeira questão prejudicial para a empresa. Isto porque, o Ordenamento Português e o Ordenamento Brasileiro permitem que transcorra um grande lapso temporal entre a abertura da sucessão, a partilha e a liquidação da herança.

Segundo o Ordenamento Português, a sucessão é aberta no momento da morte do seu autor e é nesse momento que as situações transmissíveis por morte deixam de ter titular, que são fixados os sucessíveis e que, geralmente, dá-se a vocação dos sucessíveis designados^{70, 71}. Contudo, se o Ministério Público ou qualquer interessado não iniciarem o processo de aceitação da herança, o direito de aceitar só caduca em dez anos, a partir do momento do conhecimento da vocação pelo sucessível^{72, 73}.

de Bens Adquiridos ou Comunhão Parcial de Bens, apenas os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam.

⁶⁵ Art. 1685, n.1 do CCP.

⁶⁶ Nas palavras de Diniz: “Assim, o testador poderá dispor da totalidade de seus haveres, não existindo herdeiros necessários. Se houver tais herdeiros, deverá respeitar a legítima e não poderá dispor de mais da metade de seus bens nem no testamento (CCB, art. 1857, § 1º), nem em doação (CCB, art. 549), por pertencer de pleno direito àqueles herdeiros”. In: DINIZ, Maria H., *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁷ Pacto Antenupcial no Brasil.

⁶⁸ Art. 1698 do CCP e Art. 1639 e 1640, § único do CCB.

⁶⁹ XAVIER. 2016, p. 34 e 35.

⁷⁰ Art. 2032, n. 1 do CCP.

⁷¹ PINHEIRO. *Op. cit.*, p. 186.

⁷² Art. 2049, n. 1. do CCP e Art. 2059, n. 1. do CCP.

⁷³ XAVIER. 2016, p. 21.

Durante este período, os atos de administração devem ser praticados por todos os sucessíveis chamados, podendo, ainda, ser nomeado um curador com poderes limitados⁷⁴. Ademais, caso não haja partilha ou nenhum dos herdeiros requerer o inventário, mesmo depois da aceitação, a herança pode continuar indefinidamente indivisa, cabendo a administração ao cabeça de casal⁷⁵. Nesse sentido, havendo pluralidade de herdeiros, com a aceitação, estes adquirem o direito a uma quota da herança, que não incide em bens determinados enquanto perdurar a indivisão. Ou seja, apenas com a partilha cessa a indivisão e a cada herdeiro será atribuído direitos sobre bens determinados.⁷⁶

No Ordenamento Brasileiro, como já visto, a aceitação é apenas a confirmação para a transmissão dos bens, sendo certo que o patrimônio é automaticamente transferido pelo *droit de saisine*. O herdeiro torna a transmissão definitiva através da aceitação, mas, caso a renuncie, por meio de escritura pública ou termo judicial, a transmissão não se verifica⁷⁷. Nessa medida, a aceitação é importante ato de autonomia privada, o qual pode verificar-se expressamente, quando por escrito, tacitamente, por meio dos atos próprios da qualidade de herdeiro ou ainda pode vir a ser presumida, “a que decorre do transcurso do prazo fixado pelo juiz, sem que o interessado manifeste aceitação ou não da herança”⁷⁸.⁷⁹

Importante notar que de acordo com as normas sucessórias brasileiras, a aceitação parece ter papel mitigado quando comparado com o procedimento sucessório português, visto que em Portugal, caso o herdeiro seja silente, caduca o direito de aceitar a herança no prazo de 10 anos. Já, segundo o procedimento brasileiro, se o herdeiro, chamado a se pronunciar – em prazo que não pode ser superior a 30 dias – silenciar, será presumida a aceitação da herança.

Nas sucessões das EF, essa diferenciação, no tocante ao lapso temporal, acaba por denotar um benefício trazido pela sucessão brasileira. Já que esta não traz um prazo tão alargado para aceitação, como ocorre no

⁷⁴ Art. 2047 do CCP.

⁷⁵ Art. 2079 do CCP.

⁷⁶ XAVIER, 2016, p. 21.

⁷⁷ Art. 1804 do CCB.

⁷⁸ Art. 1807 do CCB.

⁷⁹ OLIVEIRA, AMORIM, p. 21.

CCP, o que pode levar o procedimento a ser mais célere, ao menos nessa fase.

Contudo, superada a questão da aceitação, o problema da indivisão acaba por ser o mesmo no Ordenamento Brasileiro, já que a formalização da transmissão dos bens aos sucessores só se dá com o inventário e a partilha,⁸⁰⁸¹ sendo até então administrada pelo inventariante⁸².

Portanto, após aberta a sucessão, quando da pluralidade de herdeiros, a indivisão e a partilha sucessória dificultam a gestão e continuidade da empresa, caso não haja na herança – para além das participações sociais, que levam ao controlo da empresa – outros elementos patrimoniais relevantes, como por exemplo pecúnia. Ademais, a permanência na indivisão, por divergência de opiniões quanto à gestão, pode colocar a empresa em risco.⁸³

Outro limitador é a restrição dos pactos sucessórios. Como visto, a lei portuguesa limita altamente a sucessão contratual⁸⁴. Já a lei brasileira é ainda mais rigorosa, prevendo uma proibição absoluta.

Tem-se aqui uma verdadeira limitação da liberdade de dispor do autor da herança, apesar de parecer que, visando a saúde da EF, há, em muitos casos, a necessidade de antecipar por meio de atos *inter vivos* a regulação da sucessão sem esperar pela morte,⁸⁵ e esta antecipação pode não ser possível em atenção a tal proibição.

Assim, o respeito à legítima, a reivindicação de meações – diante dos regimes matrimoniais –, o regime da herança indivisa e a não violação do princípio da proibição dos pactos sucessórios, somado à existência de herdeiros sem preparo ou capacidades pessoais para o exercício da administração profissional na empresa e divergências de interesses entre

⁸⁰ *Ibid.*, p. 107.

⁸¹ Art. 1791 do CCB.

⁸² Art. 1991 do CCB.

⁸³ XAVIER. 2017, p. 36 e 37.

⁸⁴ Há exemplos nos diversos ordenamentos de atenuação desta proibição: no Direito italiano tem-se o *patto di famiglia* – o qual será abordado mais à frente. No ordenamento francês, têm-se os *libéralités-partages* e os *donation-partage transgenerational* – os quais possibilitam os herdeiros legítimos renunciarem antecipadamente à ação de redução das liberalidades oficiosas e por meio do maior acesso na organização da sucessão. *In*: XAVIER. 2016, p. 105 e 106.

⁸⁵ XAVIER, 2017, p. 62.

membros da família, são algumas das principais razões para a relevância e a necessidade do planeamento sucessório nas EF.

3. Principais acordos em planeamento sucessório para prevenção de litígios

Pode-se definir o planeamento sucessório como “o conjunto de atos e negócios jurídicos efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação jurídica familiar ou sucessória, com o intuito de idealizar a divisão do património de alguém, evitando conflitos desnecessários e procurando concretizar a última vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto”⁸⁶.

O planeamento sucessório, inserido no planeamento patrimonial⁸⁷, assegura maior eficiência aquando da partilha de bens, por meio de uma programação em vida, que prevê, na medida do possível⁸⁸, quem, quando, como e com quais propósitos serão utilizados os bens de titularidade do autor da herança, os quais, com a morte, serão transmitidos aos herdeiros.

Em outras palavras, o autor da herança implementa as diretrizes e objetivos da sua sucessão, como, por exemplo, a opção pela continuidade da empresa na família e como se dará tal continuidade com as novas gerações, tecendo as regras para desenvolvimento e treinamento do sucessor, para que, no futuro, possa exercer corretamente seu papel na empresa.⁸⁹

O objetivo do planeamento sucessório – e do planeamento patrimonial – é buscar caminhos legais para planejar a melhor administração dos bens, com o intuito de preservar o património empresarial, ao ponderar os riscos inerentes a qualquer negócio e buscar minimizar os perigos oriundos de crises económicas, ou causados pelo falecimento de pessoas

⁸⁶ TARTUCE, HIRONAKA, p. 88.

⁸⁷ “Dentro da expressão planeamento patrimonial cria corpo o planeamento sucessório, com espectro de atuação mais específico e concentrado. O planeamento patrimonial tem um roteiro de organização patrimonial permanente, e está integrado por outras áreas de atuação, como a do planeamento fiscal e tributário, estes com vistas a reduzir o impacto fiscal sobre a gestão do património” In: MADALENO. 2014, p. 194.

⁸⁸ Respeitando-se o ordenamento jurídico vigente e as normas sucessórias.

⁸⁹ MADALENO. 2014, p. 190 e 194.

com cargos importantes na direção da empresa, além de tencionar reduzir conflitos, fortalecer vínculos e, principalmente, atuar na preservação dos interesses familiares e da EF.⁹⁰

Por esse ângulo, a importância do planejamento sucessório na EF, insere-se em três objetivos fulcrais: “1) *Fechar a empresa a estranhos e impedir a dispersão do capital*; 2) *Manter os interesses concertados*; 3) *Transmitir a titularidade sem perder o controle*”⁹¹, os quais serão concretizados por meio de instrumentos e mecanismos próprios.

Fato é que o testamento e os pactos sucessórios previstos pela lei são os instrumentos típicos que o titular do patrimônio dispõe para atuar de acordo com sua vontade de disposição. Entretanto, estes, na maior parte dos casos, não são suficientemente adequados aos interesses da EF, recorrendo o autor do patrimônio a outros atos *inter vivos* ou com eficácia *post mortem*⁹², que evitem esses instrumentos tradicionais e facilitem, agilizem e tornem mais vantajosa a transmissão sucessória.⁹³

Ademais, nas famílias empresárias, é crucial a “*criação de um sistema de enquadramento das relações dos membros de uma família com o respectivo patrimônio (...) na perspectiva da preservação do patrimônio, para funcionar entre gerações e através das gerações*”⁹⁴, o que é alcançado por meio do *Family Governance*.

O objetivo é a criação de regras de funcionamento e estruturas organizativas próprias para ordenar as relações entre a família, a empresa e a propriedade (3 pilares), através de instrumentos contratuais e do Direito Societário. Nesse sentido, de forma paralela ao conceito de “*Corporate Governance*” e operando de maneira simultânea, é possível afirmar que o *Family Governance* engloba a análise, organização e implementação das estratégias mais eficazes para controlar e administrar as interações entre

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ XAVIER. 2016, p. 39.

⁹² Sobre a distinção de negócios *mortis causa* e *post mortem*: “os primeiros são aqueles que têm na morte do disponente o elemento causal da atribuição: o evento morte é que determina a aquisição do bem pelo beneficiário. Os negócios com efeitos *post mortem* são negócios *inter vivos* em que o evento morte é introduzido como condição para a produção de determinados efeitos jurídicos, ou constitui um termo inciais”. In: XAVIER. 2016, p. 106.

⁹³ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁴ XAVIER, COSTA, p. 171.

os integrantes da família empresária, bem como entre estes e os órgãos societários, em relação a todos os aspectos da gestão empresarial.⁹⁵

Nesse contexto, a criação de um regime jurídico apropriado do modelo de *governance* da família empresária é fundamental, o qual deve definir os órgãos de governança – como a Assembleia da Família e o Conselho da Família⁹⁶ –, sua constituição e funcionamento, bem como a sua integração com os órgãos da sociedade titular da EF. Assim, a Família Empresária será reconhecida e atuará como uma entidade distinta dos membros que a compõem.⁹⁷ Em outras palavras, no que diz respeito a EF, a boa governação da Família empresária, é parte integrante – senão crucial – do próprio *governance* da empresa.⁹⁸

Dessa forma, demonstrar-se-á que os acordos parassociais e o protocolo familiar são instrumentos primordiais na implementação do *Family Governance*, e para o planeamento sucessório, em especial na definição de cláusulas de resolução de conflitos nas EF.

3.1. Acordos Parassociais e Acordos de Acionistas

Um acordo parassocial é uma convenção celebrada por todos ou alguns sócios, pelo qual estes, nos termos do art.17, n.1 do CSC (Código das Sociedades Comerciais), “*se obrigam a uma conduta que não seja proibida por lei*”. Nesse sentido, tais convenções têm natureza de negócios jurídicos bilaterais ou multilaterais, em outras palavras, são verdadeiros contratos.⁹⁹

⁹⁵ XAVIER. 2017, p. 73.

⁹⁶ Segundo Xavier e Costa: “*desenhado um modelo de estrutura análogo ao de uma sociedade anónima, fazendo um paralelismo entre a Assembleia de Acionistas e a Assembleia de Família e entre o Conselho de Administração e o Conselho de Família*”. In: XAVIER, COSTA. *Op. Cit.*, p. 174.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁹⁸ Xavier e Costa trazem uma proposta de enquadramento legal, o qual incluirá “*normas relativas ao seu objeto e finalidades, um conjunto de definições e de princípios orientadores, os seus órgãos de governo (composição, funcionamento e articulação com os órgãos da sociedade comercial titular da EF), forma de constituição, modificações e extinção*”. In: *Ibid.*, p. 177 a 186.

⁹⁹ CUNHA. *Op. cit.*, p. 186.

Instrumentos em que intervieram apenas um sócio e terceiros, mesmo que estes incidam diretamente sobre a conduta da sociedade, não podem ser tidos como acordo parassocial, justamente pelo facto de não preencherem a qualificação subjectiva (celebrado por todos ou alguns sócios).¹⁰⁰

A função destes acordos é estabelecer pactos entre os sócios que vão além das organizações societária, patrimonial e empresarial, trazendo matérias que extrapolam a essência do contrato social.¹⁰¹

Em relação à eficácia, esta será apenas *inter partes*: estes acordos não vinculam a sociedade, tampouco os demais sócios não subscritores, aos quais são inoponíveis¹⁰², ressalvado o art. 83 do CSC, quanto à responsabilidade solidária do sócio.

Há verdadeira autonomia e acessoriedade em relação ao contrato social¹⁰³ – ou seja, cada acordo tem validade própria (autonomia), apesar de ter uma relação de complementaridade com o estatuto (acessoriedade) – assim, a regra é a separação das relações jurídicas distintas, umas com fonte no estatuto e outras no acordo parassocial.¹⁰⁴ Pode-se dizer que há uma “*conexão causal e funcional com autonomia formal*”¹⁰⁵, já que o acordo está ligado ao contrato social, e a sociedade é o motivo das obrigações pactuadas.

Tem-se aqui o maior problema dos acordos parassociais: a questão do cumprimento efetivo desses pactos.¹⁰⁶ A doutrina dominante entende que, em caso de incumprimento, estes acordos não admitem execução específica, pois isto conferiria eficácia *supra partes*¹⁰⁷, opondo-se à natureza das obrigações assumidas¹⁰⁸.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ DINIZ, Gustavo, p.11.

¹⁰² BAIRROS, p. 351.

¹⁰³ Nesse sentido, afirma o Acórdão do TRL de 25/10/2001 que os acordos parassociais “*Caracterizam-se e individualizam-se pela autonomia e independência relativamente ao CS, por um lado, e pela existência de uma ligação funcional ao mesmo, que configura um nexo de acessoriedade*”. in: Colectânea de Jurisprudência, Ano XXVI, Tomo IV, 2001, p. 130 a 34.

¹⁰⁴ BAIRROS. *Op. Cit.*, p. 352.

¹⁰⁵ DINIZ, Gustavo. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁶ DINIZ, Gustavo. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁷ Em sentido contrário, Graça Trigo entende que: “*em consequência do princípio da inoponibilidade dos acordos aos demais sócios e à sociedade, não poderão ser*

Questão relevante que se coloca, ainda na seara do incumprimento, é: se nos termos do art. 17 CSC, os acordos parassociais podem ser subscritos por todos os sócios da sociedade (os chamados acordos omnilaterais), neste caso estes não deveriam ser oponíveis à sociedade?

Encara-se verdadeiro problema entre a parassocialidade e a socialidade, dada a coincidência entre os subscritores do acordo e os sócios da sociedade. Discute-se, se a vontade de todos os sócios, em atenção à autonomia privada, seria suficiente para derrogar normas legais ou estatutárias divergentes ao acordo omnilateral ou se estas normas prevalecem sempre sobre tais acordos.¹⁰⁹

Há quem defenda¹¹⁰ a prevalência dos acordos omnilaterais, o que poderia justificar a produção de efeitos relativamente à sociedade através da desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, de acordo com essa doutrina, as regras trazidas no acordo omnilateral, desde que estas não conflitem com interesses de terceiros, prevalecem sobre as estatutárias.¹¹¹

A legislação brasileira oferece um marco regulatório que não apenas reconhece a validade desses acordos (chamados de acordo de acionistas no Brasil), mas também estabelece as bases para sua oponibilidade perante terceiros e a sociedade: a Lei 6.404/76, conhecida como LSA (Lei das Sociedades Anônimas), a qual instituiu procedimento específico com o objetivo de atribuir publicidade a estes acordos perante a sociedade e perante terceiros, com a finalidade de assegurar o cumprimento do pactuado entre as partes.

Tal procedimento consiste no arquivamento do acordo na sede social, nos termos do *caput* do art. 118 da LSA ou no averbamento de suas disposições nos livros de registros e nos certificados das ações, conforme § 1º do mesmo artigo.

impugnadas deliberações sociais já tomadas; mas será admissível obter o cumprimento forçado das vinculações de voto em deliberações sociais futuras sobre matérias que não são impugnáveis, mas cujos efeitos podem ser alterados por novas deliberações”. IN: TRIGO, p.169 a 184.

¹⁰⁸ BAIRROS. *Op.cit.*, p. 353.

¹⁰⁹ SEROL, p. 18.

¹¹⁰ FRADA, p. 98.

¹¹¹ SEROL. *Op. Cit.*, p 36.

Assim, arquivamento e averbação constituem procedimentos distintos que servem para tornar públicos os acordos de acionistas, aplicando-se cada um conforme o público-alvo a quem se deseja comunicar os efeitos do que foi acordado entre as partes:¹¹² por meio do arquivamento há a vinculação da empresa ao acordo; a averbação, por sua vez, gera eficácia e presunção absoluta em relação ao conhecimento do acordo de acionistas perante terceiros e demais acionistas¹¹³.

Realizado um destes procedimentos, a sociedade (ou o terceiro) não poderá praticar atos contrários ao contratado pelos acionistas, podendo estes, inclusive, exigirem judicialmente a execução das obrigações acordadas.

Na medida que estes acordos versam normalmente sobre questões de governo societário, com o intuito de prever litígios entre os sócios quando do controlo da empresa, de rigor, saber a quem são oponíveis. Entretanto, como demonstrado, a doutrina portuguesa diverge quando dos acordos omnilaterais, sendo esta questão de difícil resposta quando do incumprimento de tais acordos.

Quando esses acordos surgem ao longo da existência da sociedade, têm a finalidade de regular aspectos duradouros ou pontuais do relacionamento dos sócios, em matérias diversas, como o direito de preferência na aquisição de participações sociais; sindicatos de voto; acordos de não concorrência; a abertura do capital social a terceiros e o relacionamento dos novos sócios com os existentes ou com alguns deles¹¹⁴, matérias estas de extrema relevância na EF.

Assim, trazidas breves considerações sobre os acordos parassociais, passar-se-á a análise desses acordos na perspectiva do planeamento sucessório.

É importante ter como premissa que as EF, tal como a generalidade das empresas, optam pelas Sociedades Anónimas ou Sociedades por quotas, já que estas sociedades, por serem de responsabilidade limitada, caracterizam-se pela separação do património dos sócios e da empresa.

¹¹² EIZIRIK, p. 47.

¹¹³ SABA, p. 107.

¹¹⁴ *Ibid.*

Para tal escolha, deve-se levar em conta o capital social mínimo, a transmissibilidade das participações e a estrutura orgânica da sociedade.¹¹⁵

Pela confidencialidade dos acordos parassociais, estes acabam por ser relevantes para manter reservada a estratégia empresarial no seio familiar, além de poderem versar sobre a inclusão de terceiros, membros da família, que possam vir a ser sócios futuramente¹¹⁶.

Entretanto, é fundamental ressaltar que, para que o acordo parassocial seja oponível ao herdeiro, ele deve conter uma cláusula expressa prevendo a transmissão dos direitos e obrigações em caso de sucessão, possibilitando a sub-rogação do herdeiro na posição do sócio signatário falecido. No entanto, devido à natureza *inter partes* dos acordos parassociais, o herdeiro somente ficará vinculado se, ao tornar-se sócio, formalizar sua adesão ao acordo, aceitando seus termos.

Tem-se aqui um benefício dos acordos de acionistas em relação aos parassociais, em especial quando falamos das empresas familiares. No caso dos acordos de acionistas, se este for averbado será oponível a terceiros, portanto, será oponível aos herdeiros, sem que haja a necessidade destes aceitarem as disposições do acordo quando tornarem-se sócios, como ocorre com os acordos parassociais portugueses (em razão da eficácia *inter partes*), o que assegura que a vontade do sócio signatário originário se manterá.

Se celebrado nestes termos, o acordo parassocial e o acordo de acionistas pode desempenhar um papel estratégico importante na prevenção de conflitos durante o processo de transmissão da participação societária.

Na medida em que os acordos parassociais são vinculativos, servem para atestar (aos integrantes do pacto, ao mercado e até mesmo aos possíveis investidores) que determinada EF tem seus objetivos e metas desenhados de forma clara, sua existência gera credibilidade e confiança, o que agrega valor à empresa e protege o futuro e a perpetuação da sociedade.¹¹⁷

No que diz respeito ao conteúdo destes acordos estes devem levar em consideração: *“a quantidade e percentual de voto dos sócios, as suas posições no âmbito familiar, os objetivos que se busca alcançar, os direi-*

¹¹⁵ XAVIER, 2017, p. 40.

¹¹⁶ CAMPOS, p.37.

¹¹⁷ STEINBERG, BLUMENTHAL, p. 143.

tos que se quer precaver, existindo, portanto, um sem número de combinações de variáveis possível”¹¹⁸.

Nesse sentido, trazer-se-ão alguns dos conteúdos mais relevantes dos acordos parassociais na perspectiva do planeamento sucessório.

O primeiro, um dos mais vulgares, é o dos acordos sobre o exercício do Direito de Voto pelos membros da família detentores das participações sociais. Tal instrumento é importante, em razão da existência de matérias, além das previstas em lei e nos contratos sociais, que implicam na estratégia e condução dos negócios, as quais podem ser incluídas nesses acordos.¹¹⁹

Ademais, é aconselhável que o acordo parassocial estabeleça regras de gestão e administração, incluindo orientações comerciais, financeiras e organizativas¹²⁰, as quais visam a governança corporativa, conteúdo este que pode ser incluído nesses acordos.

A maneira como a empresa é gerida, após a sucessão do sócio fundador, pelas gerações seguintes, é determinante para sua prosperidade e continuidade. A governança corporativa visa trazer profissionalismo, controle, transparência e competência aos órgãos diretivos. Além de contribuir para administrar os conflitos de interesses existentes na relação entre os três pilares dessas empresas (família, propriedade e empresa).¹²¹

A distribuição de lucros e a política de investimento são outras matérias que podem vir a ser disciplinadas nos acordos parassociais, objetivando evitar a dilapidação do património pelas gerações seguintes, por meio da regulamentação das estratégias de investimento e pelo estabelecimento da distribuição do resultado.¹²²

O acordo parassocial pode ainda prever restrições à circulação das participações sociais, por meio das chamadas cláusulas de *tag along* ou *drag along*. A primeira corresponde ao direito, contratualmente reconhecido, de saída conjunta. Ou seja, prevista tal cláusula, se um sócio pretender vender sua participação, a venda só ocorrerá se o terceiro adquirente realizar a oferta aos demais sócios abrangidos pela cláusula *tag along*. Já a *drag*

¹¹⁸ GIMENES, p.51.

¹¹⁹ GIMENES, p.53.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 54.

¹²¹ *Ibid.*, p.57.

¹²² *Ibid.*, p. 59.

along é a saída forçada, ao prever que os sócios signatários terão o dever de alienar suas participações ao adquirente do controle da empresa.¹²³

Importante a análise de tais cláusulas, em especial para que estas sejam facilitadoras e preservem a vontade do sócio fundador e não dificultadoras do processo de sucessão e perpetuação da sociedade. A imposição de restrições à circulação das quotas dependerá das intenções do sócio fundador, no sentido de outorgar maior ou menor liberdade para os seus sucessíveis quanto à livre disposição de suas quotas, sendo certo que tais intenções devem ser analisadas de acordo com o caso e a empresa concreta, evitando-se padronizações de cláusulas nos acordos que não são adequadas ou não revelam a intenção do fundador.¹²⁴

Por fim, também há que se considerar as cláusulas de soluções de impasses (*Deadlock Provisions*), merecendo destaque: as opções de compra e venda (*put* e *call options*), arbitral e ofertas firmes (*russian roulette* ou *shotgun*).¹²⁵

A primeira é uma opção de venda, garante ao sócio o direito de vender sua participação societária, a outro sócio que, por sua vez, fica obrigado a comprar referida participação.¹²⁶ A segunda não necessita de maiores elucubrações. Por fim, a terceira, “*permite clarificar o controlo da sociedade, estabelecendo o critério que será aplicável em situações de impasse e que determinará a forma de aquisição das participações sociais por um dos sócios*”¹²⁷.

Portanto, os acordos parassociais e os acordos de acionistas são importantes instrumentos para promover a governação e organização sucessória nas empresas de carácter familiar e para prevenção de conflitos.

3.2. O Protocolo Familiar

O “*Protocolo Familiar*” pode ser interpretado numa dupla vertente: por um lado, pode ser visto como um processo que engloba várias ações

¹²³ PRADO. *Estratégias Societárias e Sucessórias*, p. 20.

¹²⁴ GIMENES. *Op. cit.*, p. 61 e 62.

¹²⁵ DINIZ, Thales. *Op.cit.*, p. 29.

¹²⁶ PRADO. *Op.cit.*, p. 20.

¹²⁷ CUNHA, *Op. Cit.*, p.196.

e documentos a serem executados¹²⁸; por outro, pode ser tido como um documento que reúne clausulado importante para o ordenamento da família empresária¹²⁹.

Para o que se pretende neste estudo, focar-se-á na segunda vertente, a pensar no protocolo como “*um pacto regulador das relações estabelecidas (e a estabelecer) entre a EF (no sentido estrito da entidade jurídica) e as unidades familiares com aquela entidade diretamente relacionadas, focando-se habitualmente em matérias de governo societário, sucessão e transmissão das participações que compõem a EF*”¹³⁰.

Em outras palavras, trata-se de um instrumento formal celebrado entre sócios e herdeiros da família empresária, o qual concretiza os valores, princípios, regras e condutas, além de definir papéis, responsabilidades, direitos e obrigações, regras e sanções, que são válidos para todos aqueles que integram a família empresária.¹³¹

Diante disso, em atenção aos pilares do *Family Governance*, tem-se um instrumento que age, principalmente, no pilar da família.¹³² Isto porque, o protocolo familiar visa evitar que problemas familiares interfiram na sociedade, principalmente ao prever um planeamento sucessório adequado, capaz de prevenir a natural dispersão dos ativos da EF ou sua venda antecipada, quando da sucessão, auxiliando na preservação da unidade da empresa e mantendo esta como núcleo decisório¹³³.

Além de ser instrumento hábil para auxiliar na definição das regras de funcionamento e de governação societária dessas empresas¹³⁴, por meio da estipulação de normas de carácter expositivo – princípios ou boas práticas orientadoras da família – e por normas de carácter obrigacional com eficácia jurídica entre as partes signatárias – como requisitos qualitativos para o desempenho de cargos de administração ou limitações na transmissão de participações sociais entre ramos da família.¹³⁵

¹²⁸ Nas palavras de Cunha: “*corresponde à materialização de um processo negocial*”. In: CUNHA, 2020, p. 163.

¹²⁹ BARROS, p. 187.

¹³⁰ VENTURA, p. 3.

¹³¹ ALVES, MENDONÇA. p. 13.

¹³² OURIQUES, p. 61.

¹³³ CUNHA, 2020, p. 163.

¹³⁴ BARROS. *Op. cit.*, p. 188.

¹³⁵ VENTURA. *Op. cit.*, p. 4.

Logo, como tal instrumento trata de diversas questões de uma (ou mais) unidades familiares, com direta consequência no negócio da empresa, é imprescindível que para a formação do documento seja realizada uma análise casuística prévia da situação em concreto, bem como é essencial o diálogo ativo entre todos os membros da família devidamente assessorados por técnicos e advogados especializados, criando-se “um modelo puramente singular e personalizado”¹³⁶ a cada família empresária.

No primeiro momento da formação do protocolo, tem-se a etapa da avaliação, em que afere-se as principais preocupações e objetivos dos entes familiares, além da análise pormenorizada da estrutura societária da empresa e de limitações legais que possam existir, bem como a integração do protocolo com os demais instrumentos societários e contratuais (em especial o contrato social e os acordos parassociais). Posteriormente, tem-se a construção do clausulado e sua implementação. Frisa-se ao longo de toda a vida empresarial, deve-se operar a atualização e revisão do conteúdo.¹³⁷

Da necessária conciliação dos critérios de gestão e das normas jurídicas aplicadas à empresa, família, propriedade e património global deduz-se a complexidade do documento. Soma-se a isto o envolvimento de várias gerações da mesma família no processo, bem como a necessidade de levar em consideração as circunstâncias sociais, políticas e económicas do momento em que o documento é redigido.¹³⁸

No que diz respeito ao conteúdo, o clausulado pode versar sobre os mais diversos temas, sendo importante que o documento contenha, os principais princípios e valores, a tecer um breve histórico da família empresária, as aspirações iniciais dos fundadores, seus ideais e o papel das novas gerações¹³⁹. A título de exemplo dos diversos temas que podem ser abordados, destacam-se: “i) *constituição e funcionamento de órgãos de carácter familiar extra societários (ex: assembleia ou conselho de família)* (importantes órgãos do Family Governance- como já referido); ii) *requisitos de experiência para exercício de cargos sociais* (como formas,

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, p. 5 e 8.

¹³⁸ XAVIER, 2017, p. 72.

¹³⁹ ALVES, MENDONÇA. *Op. cit.*, p. 20.

critérios e requisitos para nomeação de cargos na sociedade) e regras de representatividade entre membros/ramos da família; iii) exercício de direito de voto; iv) negócios entre a sociedade e membros da família; v) condições de elegibilidade para detenção de participações sociais; ou vi) limitações à transmissão de participações sociais”¹⁴⁰.

Além disso, questão de crucial importância, refere-se à forma de remuneração dos sócios – questão que pode acarretar conflitos, caso não seja previamente estabelecida –, além da definição de direitos e obrigações daqueles que irão desempenhar alguma atividade empresarial.¹⁴¹

Por fim, é interessante que o protocolo familiar descreva claramente as expectativas de conduta do ente da família empresária, inclusive, com previsão de advertências e sanções. Assim, além de ser um instrumento orientador, funciona como um recurso de caráter preventivo à família empresária, que pode vir a ser útil em caso de descumprimento.¹⁴²

Ao estabelecer valores e princípios da atuação da família empresária, orientar os rumos do negócio, estipular regras e diretrizes para disciplinar a família em relação ao patrimônio e a gestão e, especialmente, ao trazer questões de planejamento sucessório – na medida em que os entes da família, ao acordarem na continuidade da empresa e na sua transição geracional, procuram identificar, dentre eles, os mais aptos para assegurar a futura direção e gestão da empresa¹⁴³ – acaba por ser instrumento de crucial utilidade para manutenção da empresa sob o controle da família empresária sem rupturas, sendo esta sua principal finalidade.

Ademais, o protocolo familiar acaba por ser meio essencial de prevenção de conflitos internos relacionados a questões de titularidade de participações sociais, sucessão empresarial e governação da empresa; etc – problemas estes que afetam relações profissionais, económicas e pessoais entre os membros da família e a própria EF.¹⁴⁴

Diante da relevância dos temas que podem vir a ser tratados, tanto para gestão organizativa da EF, quanto para a transmissão sucessória, como para prevenção de conflitos, não há dúvidas da importância de tal

¹⁴⁰ VENTURA. *Op. cit.* p. 7.

¹⁴¹ OURIQUES. *Op. cit.*, p. 64 e 65.

¹⁴² ALVES, MENDONÇA. *Op. Cit.* p. 15.

¹⁴³ CUNHA. 2020, p. 162 e 163.

¹⁴⁴ BARROS. *Op. cit.*, p. 189.

instrumento, sendo a exequibilidade de tais acordos o grande desafio a ser enfrentado.

Apesar da importância do protocolo familiar, o Ordenamento Português não traz enquadramento legal deste instrumento. Entretanto, não há dúvidas de que este pode ser celebrado, em atenção ao princípio da autonomia privada, na vertente da liberdade contratual, nos termos do art. 405 do CCP.¹⁴⁵ Assim, classifica-se o protocolo familiar como um contrato atípico, com eficácia *inter partes*, de natureza confidencial¹⁴⁶ e de forma livre.

No Ordenamento Brasileiro a figura tem regime jurídico similar. Não há previsão legal do pacto, sendo este verdadeiro negócio jurídico que, para produzir efeitos, nos termos do art. 425 do CCB, deve observar as normas gerais, conforme o art. 104 do CCB. Porém, o protocolo familiar não beneficia das mesmas vantagens trazidas pelas previsões legais quanto aos acordos de acionistas, como é o caso da possibilidade de execução forçada e extrajudicial, caso uma das partes o descumpra ou não compareça na reunião do conselho de administração ou assembleia geral^{147 148}, tampouco da possibilidade de, realizados os procedimentos de arquivamento ou averbação, ser exigido judicialmente a execução das obrigações acordadas.

Nesse sentido, tanto no Brasil quanto em Portugal, o protocolo familiar tem natureza obrigacional, não podendo ser oponível a terceiros ou à sociedade, nem tampouco admite execução específica, assim como os acordos parassociais no Ordenamento Português.

Frisa-se, ainda, que as matérias trazidas no protocolo familiar estão sujeitas aos limites impostos pela lei¹⁴⁹. Regras como a proibição de pactos sucessórios (art. 2028, n.2 e 2029, n.1 CCP, bem como 426 e 2018

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 191.

¹⁴⁶ VENTURA. *Op. cit.* p. 3 e 6.

¹⁴⁷ Art. 118, §§ 8º e 9º da LSA (Lei das Sociedades Anónimas).

¹⁴⁸ OURIQUES. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁹ No mesmo sentido: “A ideia do protocolo ou convenção familiar é muito boa, embora deva ser vista com certa cautela: o Direito de Família contempla hipóteses reduzidas para a convenção, vez que muitas de suas matérias são consideradas faculdades jurídicas indisponíveis, ou seja, que não comportam ampla negociação e renúncia. Como se não bastasse, o próprio Direito Societário conhece questões que não podem ser objeto de ajuste”. In: MAMEDE. 2014., p 170.

CCB) e de sucessão forçada (figura da legítima), podem vir a ser verdadeiros entraves na execução destes acordos se não forem respeitadas. Além de, assim como os acordos parassociais, ter de respeitar o contrato social.

O protocolo familiar deve ser articulado com os demais instrumentos societários, em particular com o contrato social e os acordos de sócios. Em muitos casos, diante da duplicidade de tópicos (normalmente sobre *governance*) frequentemente discutidos nos dois instrumentos, há integração do protocolo familiar no próprio acordo parassocial.¹⁵⁰ Mais que isso, é vulgar os protocolos incluírem cláusulas típicas de acordo parassocial, como matérias relacionadas ao exercício de voto ou até mesmo sobre alienação das participações sociais. Sendo indiscutível que o protocolo familiar contém “*estrutura, conteúdo, natureza, função, objetivos e eficácia semelhantes aos acordos parassociais*”¹⁵¹.

Se ocorrer integração entre estes dois instrumentos, defende-se a formação de um verdadeiro contrato misto, ou seja, um contrato que reúne “*regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei*”, nos termos do art. 405, n.2 do CCP. Por sua vez, apesar dos contratos mistos serem reconhecidos e aceitos pelo Ordenamento Brasileiro, considerados como contratos atípicos, nos termos do art. 425 do CCB, o CCB, não prevê dispositivo similar.

Assim, em Portugal, contratos mistos são “*prestações de natureza diversa ou com uma articulação de prestações diferentes da prevista na lei, mas encontram-se ambas as prestações ou todas elas compreendidas em espécies típicas directamente reguladas na lei*”¹⁵². Nessa medida, havendo justaposição de elementos de contratos típicos diversos, aplica-se ao elemento as normas previstas ao respectivo contrato típico.

Já no Ordenamento Brasileiro, diante da lacuna legislativa em relação aos contratos mistos, há divergência doutrinária quanto a sua disciplina jurídica. Para Villaça de Azevedo, ao reunir as prestações em um novo contrato, não há possibilidade de separação desse novo negócio, o qual

¹⁵⁰ “*Não nos parecem existir razões que obstem à integração do protocolo familiar no próprio acordo parassocial. a opção pelo seu tratamento autónomo ou integrado justificar-se-á nuns casos e noutros não*”. In: VENTURA. *Op. cit.* p. 6 e 7.

¹⁵¹ BARROS. *Op. cit.*, p. 190 e 191.

¹⁵² VARELA, p. 281.

não se confunde com os negócios típicos de que resulta¹⁵³ – indo, assim, de encontro ao que disciplina o Ordenamento Português. Já para Orlando Gomes, a depender do contrato em si, pode-se isolar os elementos do contrato misto atípico para lhe aplicar a respectiva disciplina legal¹⁵⁴.

Na medida em que os protocolos familiares agem como acordos parassociais quando estabelecem diretrizes sobre a organização societária, definindo, por exemplo, regras para a transferência de ações entre os sócios, políticas de voto, e outras cláusulas que visam assegurar o alinhamento estratégico e a continuidade dos negócios na linha sucessória familiar- e incluem acordos de planeamento sucessório, definindo estratégias para a transição de liderança e propriedade de forma ordenada e conforme os valores familiares –, defende-se, que os protocolos familiares são, na maior parte dos casos, contratos mistos com elementos dos acordos parassociais e dos pactos sucessórios e/ou partilhas em vida.

Entretanto, não se restringe a possibilidade da empresa vir a ter protocolo familiar de forma autónoma aos seus acordos parassociais. Em especial pela impossibilidade desses acordos serem firmados por membros familiares que não são sócios.

Nesse cenário, a falta de regularização nestes ordenamentos jurídicos, não só do protocolo familiar, mas também das EF, além de trazer insegurança jurídica quanto ao documento, leva à utilização de elementos normativos genéricos, como os deveres de lealdade, a mitigação dos efeitos da personificação (desconsideração da personalidade jurídica),¹⁵⁵ em muitos casos soluções inadequadas para os problemas das EF.

Há ordenamentos em que essa realidade é deveras diversa. Na Itália, a EF encontra-se legalmente prevista e definida no art. 230-bis do *Codice Civile*, restando consagrado o “*patto de famiglia*” nos art. 768-bis a 768 do mesmo Código. A legislação italiana cria uma disciplina diversa para as EF, a qual limita a rigidez da proibição dos pactos sucessórios e cede espaço para a autonomia privada.

O art. 768-bis estabelece um novo modelo contratual para o *patto de famiglia*, o qual permite ao autor da herança dispor livremente da própria empresa para o período posterior a sua morte (realiza a transmissão

¹⁵³ AZEVEDO, p. 144 a 146.

¹⁵⁴ GOMES, 2022, p. 135.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Diogo, p. 42.

da empresa *iter vivos*), de acordo com os membros da família e sem pôr em causa os instrumentos de tutela dos legitimários que, nos termos do acordo, possam ficar excluídos da titularidade da empresa, podendo estes, no momento da sucessão exigir a sua quota parte legalmente prevista.¹⁵⁶

Por sua vez, na Espanha, há a possibilidade de serem definidas as condições, a forma e os requisitos para a publicidade dos protocolos familiares, nos termos do Real Decreto 171/2007, de 9 de fevereiro¹⁵⁷, o que facilita as sociedades não cotadas a publicar no Registro Mercantil os protocolos familiares, alcançados entre os membros da família e entre terceiros¹⁵⁸. A isto acresce as EF serem reconhecidas como uma tipologia específica em diversos diplomas avulsos¹⁵⁹.

Dessa forma, o reconhecimento legal dos protocolos familiares facilita a eficácia e a exequibilidade do instrumento e até mesmo a sua utilização, visto que, ao ter caráter legal próprio, passa a ter maior visibilidade no mundo jurídico. É, assim, certa a existência de lacuna legislativa indesejável no Ordenamento Português e no Ordenamento Brasileiro quanto ao tema.

Superada a análise dos instrumentos de planeamento sucessório, passa-se à seguinte questão: caso haja conflitos na EF, qual a melhor forma de superá-los?

4. Meios de resolução alternativa de litígios em acordos de planeamento sucessório

Os conflitos nas EF surgem, na maior parte das vezes, devido à intersecção e interação entre o ambiente familiar e o ambiente negocial/económico. Como já demonstrado, nas EF a propriedade e a gestão per-

¹⁵⁶ XAVIER, 2017, p. 84 a 86.

¹⁵⁷ Art. 2.1 del RD 171/2007: “*el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceras personas con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*”.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ, p. 4.

¹⁵⁹ VENTURA. *Op. cit.* p. 2.

tencem a família, o que, em especial ao longo das gerações, pode ser um grande desafio.

As dinâmicas emocionais, expectativas pessoais e históricos de longa data inerentes às relações familiares podem levar a problemas como favoritismo, rivalidades e disputas sobre sucessão e responsabilidades. Essas questões complicam as interações dentro da família e podem gerar conflitos de interesses entre os membros, resultando em divergências significativas sobre a direção e gestão do negócio. Tais conflitos, se não gerenciados adequadamente, ameaçam a harmonia familiar e a sustentabilidade da empresa ao longo das gerações.

Nota-se que os desafios enfrentados pelas EF são singulares. Para além dos conflitos vulgares da atividade empresarial¹⁶⁰, a interação necessária com as relações familiares, potencia o surgimento de conflitos mais extremados, divididos em três tipologias: *“litígios apenas entres os sócios da empresa; litígios apenas entre os gerentes ou administradores da empresa; ou litígios entre os sócios e os gerentes ou administradores da empresa”*¹⁶¹.

Ainda há conflitos que podem surgir de âmbito estritamente pessoal, o que, conseqüentemente, repercutirá na empresa, seja pelo surgimento de novos conflitos seja agravando uma situação litigiosa já existente.¹⁶²

Tem-se como principais fontes de litígio: *“o desempenho dos membros à frente da gestão; a escolha dos futuros líderes da família e da empresa; a definição da remuneração para os membros da família à frente da gestão; decisões sobre a estratégia do negócio; decisões em torno de quem pode ou não trabalhar no negócio; discordâncias entre a família e os gestores sobre decisões-chave; decisões sobre reinvestimento de lucros e pagamento de dividendos; direitos e responsabilidades de parentes por afinidade em relação ao negócio; saída de sócios da sociedade; base de avaliação das ações da empresa para os sócios que*

¹⁶⁰ Segundo Gonçalves: *“Conflitos envolvendo a empresa e os seus fornecedores de bens e de capitais, os seus clientes e os seus trabalhadores, assim como os conflitos respeitantes à sua atividade operacional, como sejam a política de investimentos, de compras ou de vendas”*. In: GONÇALVES, Marco, p. 3.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 3 e 4.

¹⁶² GONÇALVES, Marco, *Op. cit.*, p. 3 e 4.

deixam o negócio; decisões sobre o futuro da empresa com base na evolução do ambiente de negócios”¹⁶³.

Tais conflitos intensificam-se na transmissão da empresa para as próximas gerações. Quando da formação da empresa, tem-se a “*sociedade de irmãos*”, ou seja, detém o controlo o fundador, há menos sócios, os laços de parentesco são mais próximos e há maior participação ativa na sociedade, estes fatores facilitam o consenso e a harmonia da sociedade. Entretanto, ao longo das gerações, em especial a partir da terceira, a família empresária aumenta e acaba por distanciar-se, há mais opções para a escolha de um sucessor, em muitos casos, tem-se a divisão de sócios gestores e não gestores – ou seja, “*pode haver um número maior de membros da família que não deseje trabalhar na EF, ainda que espere obter proventos dela*”¹⁶⁴ – ou ainda a entrada de terceiros estranhos à família empresária, fatores estes que podem ocasionar conflitos.¹⁶⁵

Verifica-se, nessa fase da empresa, uma tensão entre um critério empresarial de mérito e capacidade e um critério familiar de igualdade e proteção dos membros da família.¹⁶⁶ Tem-se um impasse entre as relações familiares e profissionais, o que aparenta ser o melhor para a sociedade pode não ser para a família, ou vice-versa, resultando em conflitos de interesses¹⁶⁷.

Nesse cenário, além da necessidade de criação de um planeamento sucessório adequado e do preparo das futuras gerações para assumir o controlo da empresa, de rigor que os acordos parassociais e os protocolos familiares prevejam expressamente formas de resolução de conflitos, os quais podem impactar a gestão e o sucesso da empresa ao longo das gerações.

¹⁶³ ALVES, MENDONÇA, *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁴ MARQUES, SILVA, p. 8.

¹⁶⁵ MARTINS, 2023.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ LOPES, p. 33.

4.1. Cláusulas de resolução de litígios nos acordos parassociais e nos protocolos familiares

Diante da existência de conflitos inerentes às EF, é imprescindível que os acordos parassociais e os protocolos familiares incluam cláusulas específicas que determinem meios alternativos ao Poder Judiciário para a resolução de litígios que possam surgir ao longo da vida da empresa, como a mediação e a arbitragem.

A) A Jurisdição e o Poder Judiciário

Segundo a visão de Dinamarco, a jurisdição pode ser conceituada como a atividade que o juiz exerce no processo, sendo este detentor da capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, externando, assim, o poder estatal com a finalidade de promover a pacificação de conflitos interindividuais através dos processos. Para o autor, a jurisdição é, ao mesmo tempo, atividade, poder e função.¹⁶⁸

A premissa que aqui se pretende colocar é que a jurisdição está fundada na soberania estatal e tem sua legitimidade atrelada à Constituição, já que só será legitimamente exercida a partir de um devido processo constitucional, em que serão respeitados os direitos fundamentais, tanto materiais como processuais.

Nesse sentido, tem-se que o escopo da jurisdição é realizar a justa composição do litígio apresentado, promovendo o restabelecimento da ordem jurídica,¹⁶⁹ sendo mediante o exercício da jurisdição que o Estado busca, em cada caso concreto, materializar o direito abstrato.¹⁷⁰

Essa atividade jurisdicional possui uma série de características, as principais e mais citadas na doutrina são: a substitutividade – o Estado-Juiz se substitui às partes; a imperatividade – a decisão é imposta às partes; a definitividade/imutabilidade – após o trânsito em julgado a decisão se torna definitiva;¹⁷¹ a lide – a função jurisdicional só será exercida atra-

¹⁶⁸ DINAMARCO, p. 259.

¹⁶⁹ THEODORO, p 53.

¹⁷⁰ DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 261.

¹⁷¹ GONÇALVES, Marcelo, p. 95 a 97.

vés de uma lide¹⁷² e a inércia – necessidade do interessado postular em juízo¹⁷³.

Portanto, de forma simplificada, importante a definição de Gonçalves, em que jurisdição consiste, pura e simplesmente, na “*função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo*”¹⁷⁴.

O processo judicial é assim a forma tradicional de resolução de conflitos em que o Juiz togado exerce a jurisdição para buscar a pacificação do litígio. Contudo, não é só o Judiciário que pode julgar os conflitos inerentes das EF, os chamados “*meios de resolução alternativa de litígios*” – a arbitragem, a mediação e a conciliação – são importantes mecanismos para a solução de diversas controvérsias.

B) A arbitragem

Tanto a jurisdição estatal quanto a arbitragem representam heterocomposição, ou seja, “*solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado*”¹⁷⁵. Nesse sentido, pode-se definir a arbitragem como meio privado e alternativo de resolução de conflitos, em que a decisão arbitral é proferida por terceiros, sendo tal decisão vinculativa às partes. Diferencia-se da sentença judicial, na medida em que a coerção é prerrogativa exclusiva do Estado, faltando ao árbitro *imperium*.¹⁷⁶

No que diz respeito à natureza jurídica da arbitragem, existem quatro teorias: a contratualista, a jurisdicionalista, a intermediária/mista e a autônoma.

A jurisdição, segundo os defensores da teoria contratualista¹⁷⁷, por ser fundada na soberania estatal, é exclusiva do Estado e exercida apenas por juízes togados, enquanto a arbitragem, fundada na autonomia da vontade, é um acordo privado, limitada às pessoas capazes de contratar

¹⁷² “*Conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*”. In: DINAMARCO, Op. Cit., p. 262.

¹⁷³ BUENO, p.256.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Marcelo. Op. cit., p. 365.

¹⁷⁵ SCAVONE, p.23.

¹⁷⁶ SCAVONE, p.23 e no mesmo sentido: GOUVEIA, p. 119.

¹⁷⁷ Como defensores da natureza contratual da arbitragem, podemos citar Marinoni, Arenhart, Mitidiero e Scarpinella.

diantes de direitos patrimoniais disponíveis.¹⁷⁸ Ou seja, para os defensores desta teoria, a decisão arbitral nada mais é do que um contrato, celebrado pelos árbitros como mandatários das partes.¹⁷⁹

Já para a teoria jurisdicional, as decisões arbitrais são atos jurisdicionais.¹⁸⁰ Assim, entendem seus defensores que, ao passo que é atribuído ao árbitro poderes para solucionar conflitos através de uma sentença que terá força e eficácia de título executivo judicial, é conferido ao árbitro a qualidade de juiz de fato e de direito, estendendo a ele a atividade jurisdicional.¹⁸¹ Essa é a teoria aceita pela doutrina brasileira majoritária e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁸² O CPCB (Código de Processo Civil Brasileiro)¹⁸³ e a Lei 13.129/2015¹⁸⁴, a qual alterou a LAB (Lei de arbitragem brasileira), também reforçam a jurisdicionalidade da arbitragem.

¹⁷⁸ MARINONI, p. 174 a 180.

¹⁷⁹ GOUVEIA. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁰ *Ibid*, p. 120 e 121.

¹⁸¹ CAHALI, p. 136 e 137.

¹⁸² Tem como defensores: Dinamarco, Cahali, Carmona e Humberto Theodoro Júnior. Além da jurisprudência pacificada do STJ: STJ – REsp: 1735538 SP 2017/0270963-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/10/2020, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2020, com a seguinte ementa: “Sobressai evidente o propósito legislativo de a tudo equiparar, mormente em relação aos efeitos, a sentença arbitral à sentença judicial, o que decorre, naturalmente, do reconhecimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui a natureza jurisdicional. Nessa medida, o atributo da executibilidade conferido a determinado tipo de sentença judicial também deverá estar presente, necessariamente, na sentença arbitral com idêntico conteúdo”.

No mesmo sentido: STJ – AgInt nos EDcl no AgInt no CC: 170233 SP 2019/0386014-7, Relator: Ministro

MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 14/10/2020, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe

19/10/2020, com a seguinte ementa: “O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra Kompetenz-Kompetenz, prevista no art. 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC”.

¹⁸³ Art. 3º do CPCB (Código de Processo Civil brasileiro).

¹⁸⁴ Os art(s): 1, § 1, 22-C e 25 da LAB (Lei de Arbitragem brasileira), não deixam qualquer dúvida em relação ao caráter jurisdicional da arbitragem. In: GONÇALVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 138.

A teoria intermediária ou mista mistura as duas primeiras ao defender que a arbitragem é pautada no negócio jurídico realizado pelas partes, mas esta não se pode desenvolver fora de um sistema jurídico, submetendo-se à ordem legal existente.¹⁸⁵ A doutrina portuguesa atual tem adotado esta tese, na medida em que a convenção arbitral traduz um fundamento contratual, mas a atividade é jurisdicional, já que conduz à uma decisão com eficácia jurisdicional¹⁸⁶.

Por fim, a teoria autônoma defende que a arbitragem é totalmente desvinculada a qualquer sistema jurídico existente, dispensado, o procedimento arbitral, a lei do país em que tem sede a arbitragem.¹⁸⁷ Segundo essa teoria, a arbitragem se funda em três princípios: “liberdade”, “igualdade” e “eficácia”, sendo o primeiro praticamente absoluto.¹⁸⁸

Independente da teoria adotada, para que o procedimento arbitral venha a ocorrer é essencial a existência de uma convenção arbitral, a qual pode ser definida como “*o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal*”¹⁸⁹.

A convenção arbitral tem duas modalidades: compromisso arbitral e cláusula compromissória¹⁹⁰. O compromisso arbitral é a convenção estabelecida após a existência de um conflito, já a cláusula compromissória é instituída antes da existência de um conflito, no momento da celebração do contrato. Nesse sentido, como a cláusula está vinculada a um contrato, a arbitragem só poderá ter como objeto o negócio jurídico em que ela se adere¹⁹¹.

Tem-se que a convenção de arbitragem tem dois propósitos: como acordo de vontades, vincula as partes à resolução de litígios por meio do juízo arbitral (efeito positivo); já como pacto processual, afasta a jurisdi-

¹⁸⁵ CAHALI. *Op. cit.*, p. 135.

¹⁸⁶ Nas palavras de Gouveia: “*A arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*”. In: GOUVEIA. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁷ BERALDO, p. 4.

¹⁸⁸ ANDRADE, p.6.

¹⁸⁹ GUERRERO, p. 25.

¹⁹⁰ Vulgarmente conhecida como cláusula arbitral no Brasil.

¹⁹¹ CAHALI. *Op. cit.*, p. 167.

ção estatal (efeito negativo).¹⁹² ¹⁹³ Ademais, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual, e, nesse sentido, devem ser observados os planos da existência, validade e eficácia¹⁹⁴.

A vontade efetivamente manifestada pelas partes, de forma escrita¹⁹⁵, é indispensável para a própria legitimidade do processo arbitral, sendo certo que o vício de consentimento implica na anulabilidade da própria convenção de arbitragem, o que levará a extinção do processo arbitral como um todo.¹⁹⁶

O objeto do negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a essas características, na arbitragem, dá-se nome de arbitrabilidade objetiva. Nos termos do art. 1 da LAB, esta só poderá ser a forma de resolução de conflitos quando este trata de direitos patrimoniais disponíveis, limitando-se, assim, os bens jurídicos arbitráveis. Já nos termos do art. 2, n. 1 e 2 da LAV (Lei de arbitragem voluntária) não serão arbitráveis os litígios sujeitos a arbitragem necessária, tampouco os de competência exclusiva dos tribunais judiciais, já serão arbitráveis litígios de natureza patrimonial ou não patrimoniais se transacionáveis.

O direito é considerado patrimonial quando envolve questões monetárias e disponível quando pode ser exercido livremente pelo seu titular. Portanto, em síntese, a arbitrabilidade objetiva envolve todos os bens e direitos que podem ser objeto de contrato, com as ressalvas trazidas acima.¹⁹⁷

Ademais, tem-se também como pressuposto de existência a possibilidade do sujeito se comprometer por si, nos termos da legislação aplicável à arbitragem, o que a doutrina define como arbitrabilidade subjetiva. Nas palavras de Guerrero, poderão ser partes aqueles aos quais a lei aplicável aquele litígio permita.¹⁹⁸

¹⁹² CARMONA, p. 79.

¹⁹³ As providências cautelares (em Portugal) e as tutelas de urgência ou antecipadas (no Brasil) constituem exceções aos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem, permitindo a atuação do Judiciário antes ou durante o procedimento arbitral, conforme previsto na legislação de cada país.

¹⁹⁴ NETO, p. 105.

¹⁹⁵ Art. 2, n.1 da LAV e art. 4, § 1 da LAB.

¹⁹⁶ NETO. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁹⁷ GUERRERO. *Op. cit.*, p. 67/69.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 73/76.

Nos exatos termos do art. 1 da LAB, poderão valer-se de arbitragem as pessoas capazes de contratar. Já o art. 1, n. 5 da LAV estabelece a possibilidade de entidades públicas serem, ou não, partes em processos arbitrais, será admissível quando as entidades estejam autorizadas por lei ou se as convenções tiverem como objeto litígios de direito privado. Nota-se que a lei brasileira é mais ampla do que a portuguesa no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva.

Por fim, convém falar do efeito suspensivo da convenção de arbitragem. Esse efeito se dará nos casos de coexistência entre métodos de solução de conflitos, em especial quando convencionadas cláusulas escalonadas, as quais serão tratadas mais à frente. Havendo métodos consensuais e adjudicatórios combinados em cláusulas escalonadas, a convenção arbitral ficará suspensa, permitindo a realização do método consensual prévio.¹⁹⁹

Assim, havendo convenção de arbitragem, quando da existência do conflito, a parte interessada notificará a parte demandada e proceder-se-á aos trâmites para a formação do Tribunal Arbitral, após aceitação dos árbitros e definição das regras processuais, inicia-se o processo arbitral, o qual objetiva a resolução de conflitos com a prolação de uma sentença vinculativa às partes.

C) Os métodos autocompositivos

Métodos de autocomposição são aqueles em que cabe às partes resolver o litígio, engloba, principalmente: a negociação, conciliação e mediação.

A negociação é um conjunto de atos que objetiva à solução dos mais variados conflitos²⁰⁰, em que uma, ou ambas as partes, ressignificam e alteram seus interesses para alcançar um acordo satisfatório para as partes envolvidas²⁰¹. Tal definição aplica-se a qualquer meio de resolução de litígios não adjudicatório, a diferença está que na mediação e na conciliação existe um terceiro imparcial. Diante disso, há quem defenda que a negociação nada mais é do que componente dos outros meios autocom-

¹⁹⁹ GUERRERO. *Op. cit.*, p. 167.

²⁰⁰ SCAVONE, *Op. cit.*, p. 269.

²⁰¹ GOUVEIA. *Op. cit.*, p. 42.

positivos de resolução de litígios e, por isso, não seria um meio autónomo de resolução de conflitos.²⁰²

Já a conciliação implica a atuação do conciliador ao sugerir soluções ao conflito, direcionando às partes a obtenção de um acordo. Este meio é amplamente utilizado nos tribunais judiciais brasileiros²⁰³ e portugueses²⁰⁴, a chamada conciliação judicial. Inclusive, no procedimento arbitral, discute-se a existência da função de conciliar.²⁰⁵ As leis brasileira e portuguesa nada dizem; entretanto, as *IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*, na regra n. 4(d), admitem ao árbitro a possibilidade de conciliar.

Por sua vez, a mediação consiste “no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem”^{206, 207}

Deve-se ter como premissa que abordar-se-á a mediação facilitadora, pois esta é a adotada nas leis de mediação brasileira e portuguesa, não cabendo neste trabalho desenvolver outras formas de mediação, em especial a interventora (*evaluative mediation*).

A mediação facilitadora permite aos envolvidos atuarem de forma cooperativa na busca pela resolução do litígio, o mediador contribui no diálogo, mas as partes protagonizam o procedimento. O essencial na mediação é o pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*), “é nas partes que reside a solução do problema”²⁰⁸. Ademais, a mediação é marcada pela confidencialidade, a qual visa a participação nas sessões com maior transparência, permitindo às partes expressarem seus interesses, sentimentos e opiniões sem receios²⁰⁹.

²⁰² *Ibid.*, p. 43.

²⁰³ Art. 165 e 334 do CPCB.

²⁰⁴ Art. 594, n. 3 do CPCP (Código de Processo Civil Português).

²⁰⁵ GOUVEIA. *Op. cit.*, p. 102.

²⁰⁶ TARTUCE, p. 175.

²⁰⁷ As leis de mediação brasileira e portuguesa não fogem dessa definição. Respectivamente, nos termos do § único do art. 1 da lei n. 13.140 e nos termos do art. 2 da lei n. 29/2013.

²⁰⁸ GOUVEIA. *Op. cit.*, p. 49.

²⁰⁹ TARTUCE. *Op. cit.*, p. 209.

Certo é que há semelhanças entre a mediação e a conciliação, em ambas: há participação de um terceiro imparcial, busca-se o diálogo entre os envolvidos, não se impõe o resultado, estimula-se à busca das soluções pelos envolvidos e é inerente o exercício da autonomia privada na elaboração das possíveis soluções.²¹⁰ Diante disso, há quem entenda que a conciliação é uma forma de mediação²¹¹.

Entretanto, existem diferenças. Na conciliação, o conciliador pode sugerir propostas de solução, já o mediador tem um papel unicamente auxiliar, “*o mediador assiste: não dirige, não impõe qualquer acordo*”²¹². Ademais, na mediação as questões subjetivas têm mais destaque, já que, normalmente, as relações envolvidas têm caráter de continuidade, já na conciliação o enfoque é mais objetivo, já que as interações costumam ser episódicas.^{213 214}

Por fim, mas não menos importante, frisa-se que as partes podem prever contratualmente a submissão do litígio à mediação ou a conciliação antes de recorrer à heterocomposição. A denominada cláusula escalonada que, nada mais é do que a obrigação contratual das partes realizarem o procedimento de autocomposição antes de submetê-lo a arbitragem, com a finalidade de impor a tentativa de resolução consensual.²¹⁵

Entretanto, importante frisar que o procedimento autocompositivo não é um requisito para a instauração do processo arbitral. Se o contrato contiver uma cláusula escalonada prevendo um procedimento prévio de mediação que não foi respeitado, os árbitros devem suspender a instância arbitral e encaminhar o litígio à mediação. No entanto, por se tratar de um procedimento voluntário, as partes não são obrigadas a mediar; caso a mediação seja infrutífera, a arbitragem é retomada. Por outro lado, se a cláusula estipular apenas uma fase prévia de negociações ou conciliação, é pacífico na doutrina e na jurisprudência internacional²¹⁶ que o

²¹⁰ *Ibid.*, p. 177.

²¹¹ GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 105. No mesmo sentido: TARTUCE, *Op. cit.*, p. 178.

²¹² GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 49.

²¹³ TARTUCE, *Op. cit.*, p. 178.

²¹⁴ O CPCB traz distinção da mediação e conciliação: Art. 165, §§ 2 e 3 do CPCB.

²¹⁵ SCAVONE, *Op. cit.*, p. 297.

²¹⁶ Essa questão foi muito discutida no caso *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom* [2002] EWHC 2059 (Comm).

incumprimento gera apenas responsabilidade contratual, sem impedir o prosseguimento da arbitragem.

Essas cláusulas podem vir a ser muito benéficas, tanto pela possibilidade de resolução consensual e imediata do conflito – agilizando o processo e reduzindo custos para as partes – quanto pela chance de diálogo. Este último aspecto é particularmente valioso, pois fomenta um ambiente mais favorável à disputa, seja no âmbito judicial ou arbitral. A promoção do diálogo não apenas esclarece os interesses e perspectivas de cada parte, mas também enriquece a fase de heterocomposição, tornando-a mais informada e propícia a alcançar uma decisão mais equilibrada e justa.

Após explorar as características fundamentais dos procedimentos heterocompositivos e autocompositivos, surge a questão: Dentre estes, quais seriam mais eficazes e vantajosos para solucionar conflitos em EF?

4.2. Meios alternativos ou preferíveis?

Da expressão “*meio alternativo*”, não restam dúvidas de que a via jurisdicional estatal é o mecanismo vulgar para resolução de litígios. Entretanto, ao longo das últimas décadas, em atenção a insuficiência da prestação estatal²¹⁷, os meios “*alternativos*” foram se tornando cada vez mais essenciais para solucionar conflitos. A letra “A” na sigla “ADR”, outrora indicativa de “*Alternative Dispute Resolution*”, hoje passa a ser considerada como indicadora de “*appropriate*”.²¹⁸

Cada vez mais é reconhecido que o processo judicial pode não ser o mais favorável a todos os litígios. Cada caso concreto deve ser analisado de maneira pormenorizada e, diante das especificidades de cada um, deve ser definido o melhor procedimento. Com efeito, os meios de acesso à justiça, seja judicial ou extrajudicial, constituem o chamado sistema mul-

²¹⁷ A insuficiência da prestação estatal mencionada diz respeito a casos específicos (como o das empresas familiares) em que meios extrajudiciais são mais adequados, sem prejuízo da importância do Judiciário, que continua sendo a via mais apropriada em muitas disputas.

²¹⁸ TARTUCE. *Op. cit.*, p. 141/142.

tiportas (*multi-door courthouse*), expressão utilizada pela primeira vez, em 1976, pelo Prof. Frank Sander (Harvard).²¹⁹

Nesse sentido, é vulgar que os acordos de acionistas contenham cláusulas de resolução de conflitos por meio de conciliação, mediação e/ou arbitragem.²²⁰ Isto porque, as boas práticas de governança brasileira, recomendam, expressamente, que os contratos contenham cláusula de resolução de conflitos por meio da conciliação e/ou mediação precedentes à arbitragem, todos em substituição do Poder Judiciário. Ou seja, prefere-se a estipulação das cláusulas escalonadas, em primeiro lugar a tentativa de resolução por meios autocompositivos e, posteriormente, se infrutífero, a sujeição do conflito à arbitragem.²²¹

Embora o Código de Governo das Sociedades do IPCG (Instituto Português de *Corporate Governance*), revisado em 2023, não tenha incorporado a recomendação brasileira de inclusão de cláusulas de resolução de conflitos por meio de conciliação, mediação e arbitragem²²², é importante destacar a eficácia desses mecanismos. Especialmente em contextos de EF, onde as particularidades demandam abordagens menos litigiosas, é fundamental reconhecer a superioridade da arbitragem e dos métodos consensuais, como a mediação, sobre o processo judicial.

A seguir será abordado de forma específica a importância e a aplicação da mediação e da arbitragem como ferramentas eficazes na resolução de conflitos em EF.

A) A mediação nas empresas familiares

A mediação²²³ é um procedimento que valoriza o diálogo e a responsabilidade compartilhada, facilitando a compreensão dos papéis e

²¹⁹ VASCONCELOS, p. 95.

²²⁰ PRADO. *Manual prático e teórico da empresa familiar*, p. 108.

²²¹ Nos termos do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa).

²²² Faz-se aqui uma crítica construtiva ao IPCG, servindo como uma sugestão para futuras revisões.

²²³ É importante destacar que, embora o procedimento de mediação nessas empresas envolva questões familiares e aspectos emocionais, a mediação abordada neste contexto não se confunde com a mediação familiar, aplicável a situações como divórcios e disputas conjugais.

responsabilidades de cada membro da família e, no caso, da empresa sem imposições. Por meio de um mediador que estimula a reconstrução da comunicação e a assunção de responsabilidades, tanto pelos conflitos presentes quanto pelos acordos futuros, essa abordagem promove uma resolução eficaz de disputas. Além disso, ao encorajar decisões conscientes e voluntárias, a mediação conduz à paz entre os membros e ao aprendizado de gerenciar e resolver conflitos internos, mantendo a privacidade e incentivando uma reflexão sobre o futuro de forma construtiva.²²⁴

Nas EF, a mediação não só tem papel fundamental na resolução de conflitos, como também é importante ferramenta para auxiliar no desenho do planejamento sucessório. O advogado, contratado para construir o planejamento, detectando que há conflitos de interesses e questões familiares complexas mal resolvidas, deve orientar os envolvidos (sócios, administradores e herdeiros) a buscarem entendimento por meio da mediação.²²⁵

A mediação como instrumento na construção do planejamento “*é um catalisador por natureza*”²²⁶, ela atua para acelerar e facilitar o processo de entendimento e de tomada de decisões entre as partes envolvidas, sem alterar a natureza dos conflitos ou questões subjacentes. A mediação ajuda as partes a chegarem a um consenso mais rapidamente e de forma mais eficiente, promovendo o entendimento mútuo e facilitando a alocação de cada indivíduo em seu papel dentro da família e da empresa, respeitando suas aspirações e capacidades.

Os tópicos a serem abordados durante o processo de mediação, para fundamentar as diretrizes do plano de sucessão empresarial, incluem: “(i) a compreensão do papel de cada um; (ii) o papel do Empresário; (iii) o papel de cada membro da Família; (iv) o papel dos colaboradores mais próximos e, entre outros e tão importante; (v) o papel do (s) advogado (s) na orientação dos melhores caminhos”²²⁷.

O mediador irá coletar as informações e entender os interesses do empresário, bem como as aspirações reais de todos os participantes, promovendo reflexões de forma periódica. O objetivo é harmonizar interes-

²²⁴ VICTORIANO, p. 146.

²²⁵ MAMEDE, 2015, p. 37 a 39.

²²⁶ GRONOWICZ, p. 3.

²²⁷ *Ibid.*, p. 4.

ses conflitantes que possam surgir e desenvolver uma estratégia na qual potenciais desavenças contribuam para o crescimento equilibrado dos princípios estabelecidos.²²⁸

De fato, a mediação preventiva nas EF é instrumento crucial no planejamento sucessório, pois proporciona resultados rápidos e eficazes para o fortalecimento da empresa, do patrimônio e das relações familiares, ao oportunizar, reconhecimento e resignificação da função da empresa, além de propiciar uma renovação da atividade empresarial para alinhá-la às exigências do mercado, bem como oferecer a chance de examinar se os herdeiros estão de fato seguindo suas próprias paixões ou perpetuando as aspirações de gerações passadas.²²⁹

Em que pese a importância da mediação preventiva, a mediação é de grande valia na resolução de litígios na EF. A intervenção do mediador nas relações empresariais promove uma nova interpretação da controvérsia, por meio da confluência das diversas perspectivas, permitindo a cooperação dos envolvidos e a busca conjunta e consciente da resolução de conflitos, o que leva a um maior cumprimento das obrigações assumidas após o término do procedimento.²³⁰

O fato da mediação permitir o protagonismo dos indivíduos na tomada de decisão, sendo um procedimento que privilegia a autonomia da vontade e a liberdade²³¹, acaba por ser uma das grandes vantagens no contexto das EF, pois oportuniza o diálogo e a tomada de decisão consciente dos envolvidos sem qualquer imposição de um terceiro estranho (o mediador apenas auxilia). Ademais, a confidencialidade é outro fator importante, pois promove a possibilidade dos membros da empresa em trazer suas opiniões e interesses de forma aberta.

A mediação serve como uma ferramenta essencial para abordar conflitos de forma natural e buscar soluções ou transformações harmoniosas, dentro das empresas. Ela enfatiza a importância de identificar e respeitar os papéis de cada um na empresa, promovendo um diálogo colaborativo que se estende aos indivíduos e à sociedade como um todo. Com obje-

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ BARBOSA, p. 136.

²³⁰ CAHALI, TEODORO, p. 7.

²³¹ TARTUCE. *Op. cit.*, p. 189/191.

tivos e missões da empresa guiando o processo, a mediação facilita a gestão e a solução de disputas internas.²³²

Portanto, a mediação emerge como um mecanismo vital para entender as dinâmicas organizacionais e aprimorar a comunicação interna em qualquer empresa, que dirá nas EF, em que a dinâmica que envolve os conflitos é complexa, com a frequente confluência dos assuntos familiares e empresariais, bem como com a necessidade de se manter o vínculo e o convívio entre as partes, membros de uma mesma família.

Em contrapartida, o procedimento judicial, além de não resolver a controvérsia de forma rápida, económica e eficaz, na maioria dos casos, não resolve a verdadeira raiz do litígio, que acaba se perpetuando. Portanto, além da rapidez e economia, na mediação não há vencedores e perdedores,²³³ o que é uma vantagem essencial na resolução dos conflitos das EF. O papel de perdedor gera a sensação de injustiça e fracasso o que pode resultar no rompimento de qualquer relação prévia existente entre as partes, dificilmente sujeitos que se enfrentaram em tribunal posteriormente conseguem restabelecer a mesma relação. Isto para uma EF pode ser a causa da sua dissolução.

Ademais, a mediação por ser um procedimento de carácter voluntário, sem qualquer imposição de terceiros – já que o mediador apenas auxilia a comunicação – em que há verdadeiro protagonismo das partes ao exporem seus interesses e sentimentos, contribui, e muito, para o respeito das decisões.

Certo é que todo litígio tende a impactar, em algum nível, a essência e o funcionamento de uma empresa, podendo, dependendo de sua severidade, ameaçar a continuidade da sociedade empresarial. A recuperação desses prejuízos e a restauração desse laço crítico são influenciadas pelo método de resolução de conflitos adotado. Escolher um processo que esteja em harmonia com práticas cooperativas e a identidade da empresa, pode significar aumentar as chances de mitigar os impactos negativos do desentendimento.²³⁴

Nesse sentido, os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente a mediação, com sua estrutura, organização e fundamen-

²³² CAHALI, TEODORO, *Op. cit.*, p. 8.

²³³ MARTIN, p. 2.

²³⁴ MARTINS. 2021/2022, p. 182 e 183.

tos, empregada como ferramenta de resolução de conflitos aliada, às práticas de governança familiar potencializa, a reparação dos objetivos e interesses, as chances de expansão empresarial e a perpetuação da EF por futuras gerações.

B) A arbitragem como forma de resolução dos litígios das empresas familiares

Tem-se como premissa as vantagens genéricas do procedimento arbitral quando comparado com o judicial. Enumera Scavone, de forma não exaustiva: a especialização, visto que o árbitro, na maioria das vezes, será especialista na questão da controvérsia; a rapidez, na arbitragem, em menos tempo, tem-se uma resolução com o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado; a informalidade, a arbitragem acaba por ser um procedimento que traz grande liberdade de criação das partes, desde a escolha dos árbitros até o próprio cronograma de prazos, a título de exemplo; a irrecorribilidade, na maior parte dos casos, não há possibilidade de recorrer da sentença arbitral e; por fim, a confidencialidade, é sigilosa a arbitragem em detrimento do Princípio Constitucional da Publicidade que vigora, como regra, nos processos judiciais.²³⁵

Estes benefícios acabam por ser essenciais na resolução de conflitos nas EF, especialmente a especialização, pois possibilita a escolha de árbitros voltados ao Direito Empresarial e Sucessório e, até mesmo, profissionais de outras áreas, como administradores, economistas ou, até mesmo, psicólogos. Tal especialização é crucial para a melhor resolução de conflitos complexos dessas empresas, que podem vir a ter como objeto questões que ultrapassem o âmbito jurídico, relativas a outros aspectos da vida societária, ou ainda, questões e interesses puramente familiares. O sigilo também é questão de grande importância, visto que evita que o conflito seja conhecido pelo grande público e pelo mercado, protegendo os interesses da EF.

Ademais, em comparação com a mediação, pode-se dizer que na arbitragem projeta-se ao longo de todo o procedimento a autonomia privada, nomeadamente, na possibilidade de escolha do tribunal arbitral, no esta-

²³⁵ SCAVONE, *Op. cit.*, p 7.

belecimento das regras processuais e do direito material aplicado, bem como na eleição do critério de decisão arbitral. Nesse sentido, apesar de a decisão do conflito caber a terceiro(s) (os árbitros), é possível dizer que, mesmo indiretamente, a arbitragem gira em torno da vontade das partes.²³⁶

Portanto, cláusulas escalonadas, em especial as chamadas *Med-Arb*, são a melhor opção para a resolução de conflitos nas EF. Perpetuando-se o conflito após a tentativa de resolução por meios consensuais, como a mediação e a conciliação, a arbitragem seria o método mais eficaz, em substituição ao Poder Judiciário, para resolução de conflitos neste tipo de sociedade.

Essas cláusulas compromissórias devem constar nos acordos parassociais ou no protocolo familiar, prevendo a negociação, a mediação e/ou a arbitragem, como forma de resolução do litígio, bem como regulando o procedimento para a escolha dos árbitros, ou da Câmara Arbitral e o procedimento a ser seguido.²³⁷

Questão de crucial importância é saber se há diferença se essas cláusulas são previstas nos acordos parassociais, nos contratos sociais ou nos protocolos familiares e se, de fato, os conflitos existentes nas EF, relativos ao planejamento sucessório, são ou não arbitráveis.

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, tratando-se de conflitos existentes nas EF em razão dos acordos de planejamento sucessório, clara é a natureza patrimonial do litígio, não havendo dúvidas sobre sua arbitrabilidade, de acordo com o previsto na LAV e na LAB, como anteriormente trazido.

Já em relação ao instrumento mais conveniente para a inclusão dessas cláusulas, deve-se ter como premissa que, se previstas no contrato social, seus efeitos estendem-se a todos os sócios; entretanto, se previstas em acordos parassociais ou protocolos familiares, operarão efeitos somente para os signatários do acordo.²³⁸

Os contratos sociais, por serem inscritos nos Registros Públicos, são oponíveis a terceiros, abrangendo todos os sócios, presentes e futuros, bem como quem vier a contratar com a sociedade. Por sua vez o proto-

²³⁶ MARTINS. *Op. cit.*, p. 183/184.

²³⁷ PRADO. *Manual prático e teórico da empresa familiar*, p. 108.

²³⁸ *Ibid.*, p. 109.

colo familiar e os acordos parassociais, não inscritos nos registos, serão inoponíveis a terceiros, vinculando, assim, apenas os seus signatários.²³⁹

Litígios que surjam entre signatários de um acordo parassocial (ou protocolo familiar), bem como entre a sociedade e terceiros que com ela contratam, visto que estes casos nada mais são que litígios de natureza contratual, quando devidamente convencionada cláusula compromissória, não suscitam dúvidas quanto à arbitrabilidade.

Entretanto, requer maior análise os litígios relacionados com o funcionamento das sociedades, os chamados “*intra-societários*”, tanto os decorrentes das relações: entre sócios, regidas pelo contrato social e pelas normas legais aplicadas às sociedades; entre sócios e sociedade; entre sócios e membros dos órgãos de administração e fiscalização, bem como, entre sociedade e membros desses órgãos.²⁴⁰

Para analisar se estes litígios são ou não arbitráveis, deve-se ter em conta o critério de arbitrabilidade trazido no ordenamento em questão. Se adotado o critério da “*disponibilidade do direito*”, grande parte dos litígios intra-societários pode ser resolvido por arbitragem, com exceção de arbitragens atinentes à validade de deliberações sociais²⁴¹, pois necessitam de regulamentação específica para que a sentença proferida pelo tribunal arbitral possa ter eficácia geral para sociedade.²⁴² Ademais, para Caramelo, a adopção desse critério também determina a exclusão dos litígios relativos à nulidade do contrato social e à nulidade de deliberações de órgãos sociais, pois nessas ações não existe livre disposição das partes.²⁴³

Já nos ordenamentos jurídicos que adotam o critério da “*patrimonialidade do direito controvertido*”, diante da natureza patrimonial que

²³⁹ MARCHESINI, p. 65.

²⁴⁰ CAMELO, p. 7 e 8.

²⁴¹ No mesmo sentido entende Rui Pinto Duarte: “*A lei determina que a sentença que declarar nula ou anular uma deliberação produz efeitos contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham intervindo na ação (art. 61, n.º 1, do CSC). Parece que uma sentença arbitral não poderá ter tais efeitos, pois não poderá atingir a esfera jurídica daqueles que não tenham intervindo na convenção de arbitragem em que seja baseada*”. In: DUARTE, p. 1 e 2.

²⁴² CAMELO. *Op. cit.*, p. 10 e 11.

²⁴³ *Ibid.*, p.11.

assumem, directa ou indirectamente, os litígios intra-societários, não há qualquer óbice em submetê-los à arbitragem.²⁴⁴

Tanto a LAV como a LAB adotam o critério geral da patrimonialidade ampliado pelo critério da disponibilidade (transaccionalidade). Entretanto, no Brasil há uma tendência doutrinária e jurisprudencial de privilegiar a patrimonialidade, o que faz com que a arbitralidade dos litígios societários seja bem ampla.

Ademais, a doutrina portuguesa traz como problemática a vinculação à cláusula arbitral do sócio incorporado à sociedade em momento anterior à sua constituição; bem como em relação à possibilidade de alteração estatutária posterior para incluir tal cláusula.

De acordo com a tendência doutrinária e jurisprudencial internacional, um sócio que não é fundador também se compromete a aceitar os estatutos da empresa. Se esses estatutos incluem uma cláusula compromissória e estão devidamente registados, a cláusula aplica-se a todos os sócios, não só os que sejam membros no momento da adoção do estatuto, mas também àqueles que ingressaram posteriormente à sociedade.²⁴⁵

Já quanto às reformas estatutárias posteriores para incluir cláusula compromissória operam as regras preexistentes no estatuto e na legislação societária. Se a cláusula compromissória foi introduzida nos estatutos em data posterior à constituição da sociedade, por deliberação tomada pela maioria requerida para a alteração daqueles, essa cláusula vincula todos os sócios atuais, mesmo os que não participaram na assembléia ou que tenham se absterido ou votado contra, bem como os sócios futuros. Os defensores desse entendimento, em obediência a um princípio geral de proteção aos sócios trazidos nos art. 86, n. 2 e 328, n. 3 do CSC, argumentam que a inclusão de tal cláusula não modifica substancialmente a situação dos respectivos sócios tampouco cria novas obrigações que justifiquem a necessidade de se obter o consentimento integral. A cláusula seria tida como neutra, não subtraindo qualquer direito, mas apenas determinando a escolha de uma outra forma – prevista em lei e equiparada à jurisdição estatal – de resolução de conflitos.²⁴⁶

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ MARCHESINI. *Op. cit.*, p. 66.

²⁴⁶ CAMELO. *Op. cit.*, p. 16 e 17.

No Ordenamento Brasileiro, a questão foi debatida em razão dos §§ 2 e 3 do art. 109 da LSA. Há quem considere que, em atenção ao § segundo, não poderia a cláusula compromissória vincular aqueles que não a aprovaram. Entretanto, conforme trazido por Arnoldo Wald, “*considerando o caráter institucional da sociedade, parece-nos que é matéria a ser decidida pelos estatutos aprovados na forma da lei, cujas disposições se impõem a todos os acionistas que com ela concordaram ou dela discordaram, tendo ingressado antes ou depois de aprovação da cláusula compromissória estatutária*”²⁴⁷. É este o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸.

Na doutrina portuguesa, Caramelo entende da mesma forma. Pelo facto de o contrato social ter natureza de contrato associativo, em que as partes têm propósito comum a realizar, com observância obrigatória entre os sócios presentes e futuros, certo é que quem ingresse na sociedade assume a obrigação de aceitar as disposições estatutárias, não só aquelas já existentes como também as que serão introduzidas, de acordo com a legislação vigente, por deliberação da maioria. Nessa medida, a cláusula compromissória não pode ser excepcionada, pois traduz a opção coletiva da sociedade por um método de resolução de litígios, opção que é do interesse da organização.²⁴⁹

Ademais, a opção pela via arbitral não diminui a proteção dos sócios, o tribunal arbitral tem jurisdição, nos mesmos termos do estatal. Não há que se falar, portanto, em qualquer violação ao direito de ação, pois a cláusula compromissória apenas configura de outra forma, permitida por lei, o direito da ação.²⁵⁰

Mesmo que um sócio não concorde com alterações estatutárias, estas, via de regra, são vinculativas se aprovadas de acordo com os procedimentos legais, ressalvadas exceções como o art. 86, nº 2 do CSC. Assim, a cláusula compromissória inserida nos contratos sociais, mesmo que

²⁴⁷ WALD, p. 22 a 28.

²⁴⁸ Acórdão do STJB, REsp: 1727979 MG 2017/0219081-2, Rel: Min. Marco Aurélio Bellizze, 12/06/2018.

²⁴⁹ CAMELO. *Op. cit.*, p. 36 e 37.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 37.

posteriormente, obriga todos os sócios, refletindo o princípio da prevalência da maioria nas decisões societárias.^{251 252}

Superadas tais indagações, verifica-se que a arbitragem se destaca como o método mais eficaz para a resolução de conflitos nas empresas familiares, especialmente por sua capacidade de oferecer soluções especializadas, céleres e sigilosas. Dessa forma, a arbitragem consolida-se como uma alternativa essencial para a preservação dos interesses da empresa familiar e de seus sócios, equilibrando autonomia privada e efetividade na resolução de disputas.

5. Conclusão

Diante da complexidade da sucessão nas EF, decorrente das especificidades destas empresas, por força da intersecção entre as relações familiares e empresariais, em contraste com normas sucessórias inadequadas, o planeamento sucessório surge como estratégia essencial, não só para a transferência de gestão e propriedade, mas também como um meio de prevenir eventuais litígios. Os acordos parassociais e os protocolos familiares são elementos cruciais nesse planeamento, oferecem um quadro para a governança familiar e corporativa, estipulando regras claras para a gestão e sucessão e, nessa medida, são essenciais para a prevenção de litígios futuros e para garantir a continuidade e estabilidade das operações empresariais para as gerações seguintes.

²⁵¹ Entretanto esse posicionamento não é pacífico na doutrina portuguesa. Defende Rui Pinto Duarte que, na ausência de lei nesse sentido, um sócio que não foi parte no CS ou que não interveio na deliberação de alteração de estatutos que a fez passar a constar dos mesmos, ou que até votou contra a cláusula compromissória, não poderia estar vinculado a ela. Menos ainda aquele que adquire em bolsa de valores uma participação em sociedade cujos estatutos incluem tal cláusula. Tampouco titulares dos órgãos de administração e de fiscalização que não são sócios, ao aceitarem a designação, estariam automaticamente vinculados a CL s compromissórias. *In: DUARTE, Op. cit.*, p. 1.

²⁵² O ordenamento português parece ir ao encontro desse posicionamento. A Associação Portuguesa elaborou uma proposta de diploma legislativo, discutido em maio de 2016, com o intuito de facilitar o recurso à arbitragem em matéria societária, atualmente o projeto encontra-se em discussão.

Apesar de um planeamento patrimonial e sucessório bem estruturado, conflitos nas EF, tanto no momento da transmissão, como posteriormente, podem surgir e, diante destes envolverem relações pessoais e valores empresariais profundamente entrelaçados, o Poder Judiciário não é o meio mais adequado para a resolução destes litígios. Assim, é essencial que os instrumentos que regem as EF – contrato social, protocolo familiar e acordo de sócios – prevejam formas de resolução desses litígios, notadamente, por meio de cláusulas escalonadas *Med-Arb*, as quais alinham as necessidades das EF com mecanismos mais eficazes de resolução de conflitos que os tradicionais processos judiciais. A arbitragem e a mediação oferecem processos mais flexíveis, confidenciais e adaptados às complexas dinâmicas destas empresas, permitindo soluções mais harmoniosas e preservando as relações familiares e empresariais ao longo das gerações. Ademais, a mediação nas EF é ferramenta valiosa não só na resolução dos litígios, mas também como instrumento facilitador na composição do planeamento sucessório.

Em conclusão, os meios alternativos de resolução de conflitos são, não apenas preferíveis, mas essenciais para assegurar a continuidade e a harmonia dentro das EF, portanto, a promoção desses mecanismos deve ser vista como uma parte integral da estratégia de qualquer EF que deseje prosperar através das gerações, mantendo intactos tanto o legado empresarial quanto a união familiar.

Por fim, a abordagem comparativa entre os sistemas jurídicos português e brasileiro evidencia a necessidade da criação, em ambos os países, de um regime jurídico próprio para as EF, inspirado em modelos como o italiano, que já contempla uma legislação voltada para a transmissão dessas empresas. Para o futuro, propõe-se a criação de uma Lei específica (em ambos os países), a qual privilegie a autonomia privada do *de cuius*, flexibilizando os pactos sucessórios, o que possibilitará garantir a continuidade e o desenvolvimento das empresas familiares, essenciais para a economia e o tecido social de Portugal e do Brasil.

Referências Bibliográficas

ALVES, Fernando. MENDONÇA, Carlos. *O papel do protocolo familiar na longevidade da família empresária*. São Paulo: IBGC, 2018.

- ANDRADE, Érico. *Novas Fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional*. In: Revista dos Tribunais Online, v. 205, p. 461/491, 2020.
- APEF – Associação Portuguesa de Empresas Familiares. *Empresas Familiares*. YouTube, 22/09/2023. 2:43. Disponível em: < <https://youtu.be/RqT-SetW22c>>. Acesso em: 24/04/2024.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BAIROS, Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto. *Os acordos parassociais – breve caracterização*. In: Revista de Direito das Sociedades, Ano II, nº 1-2, p.333-358, 2010.
- BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação em empresas familiares*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Mediação de conflitos*. São Paulo: Grupo GEN, 2013.
- BARROS, João Nuno. *O protocolo familiar enquanto corolário da autonomia da vontade na vida empresarial da família*. In: Atas das Jornadas Internacionais, Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CAHALI, Francisco José. TEODORO, Viviane Rosolia. *A conciliação e a mediação para solucionar conflitos nas micro e pequenas empresas*. In: Revista dos Tribunais Revista dos Tribunais, v. 1016, p. 187/213, jun. de 2020.
- CAMPOS, José Carlos Ribeiro. *Os instrumentos jurídicos de auxílio à governação da empresa familiar*. Tese (Mestrado em Direito da Empresa) – Direito – Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto, Porto, 2016.
- CARAMELO, António Sampaio. *Arbitragem de Litígios Societários*. In: Revista Internacional de Arbitragem e Mediação, ano IV, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

- CUNHA, Paulo Olavo. *Direito empresarial para economistas e gestores*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Acordos parassociais: prestações típicas, cumprimento e descumprimento*. In: Revista de Direito das Sociedades, Ano XI, nº 1, p. 9-31, 2019.
- DINIZ, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v.6. São Paulo: Saraiva, 2023.
- DINIZ, Thales Janguê Silva. *O acordo de acionistas como forma de prevenção de conflitos nas sociedades de origem familiar*. Dissertação (L.L.M em Direito Societário) – Direito – Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), São Paulo, 2018.
- DUARTE, Rui Pinto. *Arbitragem Societária*. Janeiro de 2017 (inédito, disponibilizado aos Alunos de Práticas Arbitrais).
- EIZIRIK, Nelson. *Acordo de acionistas – arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada*. In: Revista de Direito Mercantil, ano XLII, n.129, jan/mar, 2003.
- FERNÁNDEZ, Joan Egea. *Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos*. In: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, Julio 2007.
- FRADA, Manuel Carneiro da. *Acordos parassociais omnilaterais*. In: DSR, ano 1, v. 2, 2009.
- GIMENES, Máira Soares Teixeira Gomes. *A importância do acordo de quotistas como instrumento integrante do planejamento sucessório do sócio fundador de empresa familiar*. Dissertação (L.L.M em Direito Societário) – Direito – Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), São Paulo, 2018.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 28ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Breves notas sobre o governo das sociedades familiares*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/media/133304/diogo-costa-goncalves.pdf>> Acesso em: 27/02/24.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2020.

- GONÇALVES, Marco Carvalho. *Resolução de litígios no âmbito das empresas familiares: aspetos jurídico-processuais*. Texto correspondente à lição proferida no âmbito do Curso Breve de Governação de Empresas Familiares – Aspetos Jurídicos, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021.
- GRONOWICZ, Gilda. *Os benefícios da mediação na construção do planeamento sucessório*. Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/06/os-beneficios-da-mediacao-na-construcao-do-planeamento-sucesorio.pdf>> Acesso em: 04/03/2024.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4ª ed. São Paulo, SP: Almedina, 2022.
- IBEF – SP – Instituto brasileiro de Executivos de Finança em São Paulo. *Por que tão poucas empresas familiares conseguem chegar à segunda geração?* Disponível em: <<https://ibefsp.com.br/por-que-tao-poucas-empresas-familiares-conseguem-chegar-a-segunda-geracao/>>. Acesso em 18/05/2023.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2021.
- LOPES, Helena Martins. *Sociedades Familiares. Conflitos familiares/societários*. Tese (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais/Direito Empresarial) – Direito – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- MADALENO, Rolf. *Planejamento Sucessório*. In: Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.
- MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.
- MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Empresas Familiares: O Papel do Advogado na Administração, Sucessão e Prevenção de Conflitos entre Sócios*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.
- MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica – Patrimonial e Empresarial – com Vistas à Sucessão Causa Mortis*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.
- MARCHESINI, Guitiero Martin. *Arbitrahe en las empresas familiares*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 32, p. 63/77, jan/mar 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo Civil*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Ana Paula; SILVA, Leandro Alves da. *Negociação da sucessão intergeracional nas “mãos da família”: testemunhos de empresas familiares portuguesas e brasileiras*. In: Configurações – Revista Ciências Sociais, 2022.

- MARTINS, André Almeida. *Conflitos nas empresas familiares: prevenir e remediar*. Publicado em 14/03/2023. Disponível em: <<https://eco.sapo.pt/opiniao/conflitos-nas-empresas-familiares-prevenir-e-remediar/>>. Acesso em 19/05/2023.
- MARTINS, André Almeida. *Mediação e arbitragem cooperativas no ordenamento jurídico português: primeiras reflexões*. In: Cooperativismo e Economia Social (CES), n. 44, 2021/2022.
- MARTIN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado*. In: Revista de Direito Privado, v. 24, p. 253/333, out/dez 2005.
- MORAIS, Daniel. *Direito das sucessões e direito da família. Eternas questões, respostas atuais*. Lisboa: AAFDL, 2023.
- NETO, João Luiz Lessa. *Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOVAIS, Paula Alexandra Pereira. *Os pactos sucessórios: a importância das doações por morte, o alargamento da autonomia privada e a autodeterminação sucessória por contrato*. Tese (Mestrado em Direito das crianças, família e sucessões) – Direito – Universidade do Minho, Minho, 2021.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito. AMORIM, D. e Sebastião Luiz. *Inventário e Partilha*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2021.
- OURIQUES, Paolla. *Implicações societárias do protocolo familiar*. Trabalho de Conclusão de Curso (L.L.M. em Direito Societário) – Direito – Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), São Paulo, 2017.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017.
- PRADO, Roberta N. *Estratégias Societárias e Sucessórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2023.
- PRADO, Roberta N. *Manual prático e teórico da empresa familiar: organização patrimonial, planejamento sucessório, governança familiar e corporativa e estratégias societárias e sucessórias (governança jurídica)*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2023.
- SABA, Larissa Aguiar Barros Heras. *Aspectos contratuais do acordo de acionistas no ordenamento jurídico brasileiro e implicações relevantes*. In: Revista de Direito empresarial, v. 9, p. 99-126, mai./jul., 2015.
- SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Arbitragem – Mediação Conciliação e Negociação*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- SEROL, João Diogo Gonçalves. *Os acordos parassociais omnilaterais*. Tese (Mestrado em Direito Empresarial) – Direito – Universidade Católica Portuguesa Escola de Lisboa, Lisboa, 2017.
- STEINBERG, Herbert. BLUMENTHAL, Josenice. *A família empresária – organizando as relações poder e dinheiro por meio da governança corporativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Gente, 2011.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 7ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.
- TARTUCE, Flávio. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Planejamento Sucessório: conceito, mecanismos e limitações*. In: Revista brasileira de direito civil, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TRIGO, Graça. *Acordos Parassociais – Síntese das questões jurídicas mais relevantes*. In: Problemas do Direito das Sociedades, IDET. Coimbra: Almedina, 2002.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- VENTURA, João. *O protocolo familiar como instrumento de governança das empresas familiares*. Disponível em: <https://www.csassociados.pt/xms/files/v2/CS_Insight__Protocolo_Familiar_Mar23.pdf> Acesso em: 22/02/2024.
- VICENTE, Dário Moura (coord.). *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2021.
- VICTORIANO, Celso Ferreira da Crus. *A mediação e arbitragem como instrumentos de governança nas empresas familiares*. São Paulo: Dialética, 2021.
- XAVIER, Rita Lobo. COSTA, António Nogueira da. *O reconhecimento legal das estruturas de gestão da família empresária institucionalizada*. In: Roadmap para Empresas Familiares Portuguesas, Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais, p. 171-188, out. 2018.

- XAVIER, Rita Lobo. *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à margem do Direito das Sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.
- XAVIER, Rita Lobo. *Sucessão familiar na empresa. A empresa familiar como objeto da sucessão mortis causa*. Porto: Universidade Católica Editora, 2017.
- WALD, Arnoldo. *A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I)*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12. p. 22/28. Jan-Mar/2007.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

DOUTRINA

OUTROS CONTRIBUTOS

Catarina Monteiro Pires

*Doutora em Direito
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Árbitra Independente. Jurisconsulta*

Eduardo Hallén Cordeiro

*Mestrando em Direito
Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Secretário arbitral*

Perturbações do cumprimento da cláusula compromissória: primeiras interrogações

SUMÁRIO: I. A cláusula compromissória como negócio jurídico e a questão da natureza da vinculação; II. A insuficiência de uma abordagem puramente jurisdiccional para enquadrar as perturbações do cumprimento da cláusula compromissória; III. Colocação da ação num tribunal diferente do acordado; IV. A falta de colaboração durante o procedimento; V. Outras questões em aberto.

I. A cláusula compromissória como negócio jurídico e a questão da natureza da vinculação

1. A convenção de arbitragem tem, nas palavras de RAÚL VENTURA, como núcleo essencial, «a manifestação de vontade de cometer à decisão de árbitros a solução de um litígio entre as partes da convenção»¹. A cláusula compromissória é a modalidade da convenção de arbitragem que diz respeito a litígios que eventualmente surjam relativos a uma determinada

¹ VENTURA, Raúl: “Convenção de arbitragem”, in *ROA*. 1986, p. 293.

relação jurídica². Nela, as partes acordam em submeter à arbitragem litígios que possam vir a surgir relativamente a certo contrato³.

Um tal acordo tem a força de atribuir competência para julgar os litígios provenientes do contrato a uma jurisdição – a jurisdição arbitral, alicerçada no artigo 209.º, número 2, da Constituição da República Portuguesa – e a um tribunal – um tribunal arbitral a constituir.

Com base na cláusula compromissória, uma das partes adquire o direito potestativo de constituir um tribunal arbitral, em caso de litígio e dentro dos limites da cláusula acordada (que pode ou não prever um escalonamento ou outra circunstância similar).

2. É o acordo das partes que funda a competência e jurisdição do tribunal arbitral, havendo regras no ordenamento jurídico português para garantir o respeito por esta opção. Sendo um acordo, dir-se-á que o mesmo deve ser cumprido. Pode, porém, perguntar-se se os desvios ao cumprimento deste acordo habilitam a uma aplicação das regras do incumprimento das obrigações e dos respetivos meios de reação.

3. A questão relaciona-se com a da natureza da cláusula compromissória, a qual comporta alguma margem de discussão⁴. Por um lado, é claro que o poder do tribunal arbitral é o de administrar a justiça, sendo um verdadeiro poder jurisdicional, como resulta da própria Constituição da República Portuguesa. Contudo, a fonte para este poder jurisdicional prende-se com a vontade das partes, assemelhando-se a um negócio⁵.

² No Direito Português, há um princípio de equiparação entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, segundo VICENTE, Dário Moura: “Convenção de arbitragem: problemas atuais”, in *O Direito*. 2015, p. 314.

³ No artigo 4.º da Lei Brasileira de Arbitragem determina-se que “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Na Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, “a convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)” (artigo 1.º, n.º 3 da LAV).

⁴ VENTURA, Raúl: “Convenção de arbitragem”, in *ROA*. 1986, p. 296 e ss.

⁵ FREITAS, José Lebre: “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*,

Além do facto de ser originada pela vontade das partes, a cláusula compromissória está rodeada por outras cláusulas de um contrato principal. As partes decidem compor o conteúdo da sua relação jurídica, numa dimensão jurisdicional. Como defende LEBRE DE FREITAS, «tal como os particulares podem, no domínio da sua autonomia da vontade, autorregulamentar os seus interesses (...), assim podem também, no mesmo domínio e desde que não haja lei especial que o impeça, encarregar terceiros de decidir os litígios que entre si tenham surgido (compromisso arbitral) ou venham a surgir no âmbito de determinada relação jurídica (cláusula compromissória)»⁶. Contudo, é bastante claro que, nesta negociação, pretendem um modo de resolução de litígios que melhor se adapte aos seus interesses, seja económicos, estratégicos ou sociais. É possível encontrar uma ponderação de interesses das partes na decisão de encarregar um tribunal arbitral de resolver os litígios. É ainda possível encontrar um propósito de alocação de utilidades nessa decisão: obtenção de uma sentença prolatada por um órgão especializado, em tempo útil e com um procedimento adaptado ao caso concreto.

ELSA DIAS OLIVEIRA considera que há consenso na doutrina sobre a natureza contratual da convenção de arbitragem, apesar de haver algumas divergências na qualificação do negócio⁷. FERREIRA DE ALMEIDA considera que a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função⁸. A natureza contratual estaria relacionada com a fonte dos poderes jurisdicionais, enquanto a natureza jurisdicional se reconduziria ao conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato.

Uma outra qualificação, próxima desta, diz respeito aos efeitos da convenção de arbitragem: processuais ou materiais⁹. Na doutrina além-

Almedina, Coimbra. 2002, p. 626.

⁶ FREITAS, José Lebre: “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra. 2002, p. 626.

⁷ OLIVEIRA, Elsa Dias: *Arbitragem Voluntária: uma introdução*, 1ª ed, reimp., Almedina. 2021, p. 49.

⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de: “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, Coimbra. 2008, p. 82 e ss.

⁹ Em Portugal, Pinheiro, Luís de Lima, *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra p. 86, LEBRE DE FREITAS, José, *Algumas*

-fronteiras, o debate é intenso. Contrapõem-se teses, de inspiração inglesa, que aludem a efeitos substantivos a teses que reconhecem um mero efeito processual, situando-se, entre umas e outras as chamadas orientações do “duplo efeito”. Na doutrina alemã, parece dominar a tese da natureza processual, mas não parece que essa circunstância iniba a aplicação de certas regras sobre o negócio jurídico (material), como, por exemplo, as regras de interpretação dos negócios jurídicos¹⁰.

Como defendemos em outro estudo¹¹, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico. Aliás, esta natureza da convenção de arbitragem relaciona-se de perto com a antecedência lógico-normativa do próprio princípio da autonomia privada na arbitragem internacional¹².

4. Será que a cláusula compromissória é uma mera atribuição de competência, ainda que decorrente da vontade das partes, a um tribunal arbitral, excluindo a do tribunal judicial, ou será que, pelo contrário, é possível encontrar vinculações para as partes a certo tipo de condutas?

implicações, p. 627 ss, Gouveia Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., reimp, Almedina, Coimbra, 2014, p. 125 e ss, MONTEIRO, António Pedro Pinto (et al) *Manual de Arbitragem*, p. 132. Em outros sistemas, Stacher, Marco, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, Zurich, 2007p. 7 ss e p. 181 ss, Benjamin, Christopher, *Die Beendigung von Schiedsvereinbarungen*, p 24 ss, em particular p. 30 ss.

¹⁰ PLAVEC, Katharina, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021, p. 18 e p. 21, Stacher, Marco, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, p. 7 ss e p. 181 ss (reiterando a natureza processual, p 191),

¹¹ PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira (coord.): *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona – volume I*, Almedina, Coimbra. 2020, p. 49.

¹² PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira, *Arbitragem Internacional e Autonomia Privada: Primeiras Reflexões*, em *Arbitragem Comercial. Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2019, (pp. 233 e ss), p. 235. Discordamos da visão de Simon Bezat, de acordo com a qual a arbitragem internacional estaria em crise, em virtude da “falta de um bem comum” (dado que nem a *lex mercatoria*, nem as regras comuns das instituições desempenhariam esta função) e de um excesso de contratualismo e positivismo dos árbitros – Simon BEZAT, *The concept of authority in the arbitral paradigm. The legal philosophy of international arbitration, its crisis of authority and the hermeneutical path forward*, Helbing Lichtenhahn, 2024, em especial p. 339 ss.

5. Para responder a esta pergunta, devemos começar por recordar os efeitos da cláusula compromissória. O nosso objetivo é saber de que maneira estes efeitos são originados pela vontade das partes e, posteriormente, se podem ser enquadrados como obrigações.

Segundo a doutrina, podemos agrupar os efeitos da cláusula compromissória em dois: o efeito positivo e o efeito negativo¹³.

O efeito positivo é definido como a atribuição de competência ao tribunal arbitral para conhecer do litígio (cf. o artigo 1.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária). Ou seja, a celebração da cláusula compromissória comporta a atribuição de competência a um tribunal arbitral. Por um lado, a jurisdição arbitral, consagrada constitucionalmente no artigo 209.º, número 2, da Constituição da República Portuguesa, tem competência para julgar o litígio, apenas se as partes assim o acordarem. Por outro lado, o tribunal arbitral escolhido pelas partes torna-se competente. Como defendemos em outro estudo, «o efeito positivo corresponde à legitimação do poder arbitral ou, para quem não aceite esta extensão, à atribuição de competência aos árbitros»¹⁴.

O efeito negativo da convenção de arbitragem, expressamente reconhecido pelo artigo 5.º da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, pode-se definir pela «supressão de competência dos tribunais judiciais para dirimir o litígio»¹⁵ ou pela «faculdade de invocar a exceção de preterição de tribunal arbitral»¹⁶. A existência deste efeito faz com que o tribunal judicial não possa julgar o litígio abrangido pela cláusula compromissória. Havendo efeito negativo, não poderá haver uma concorrência entre a competência do tribunal judicial e o tribunal arbitral para o mesmo litígio.

A densificação desses efeitos apela à perspetiva (e conduta esperada) do órgão jurisdicional. Porém, estes dois efeitos podem ser também den-

¹³ PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira (coord.): *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona* – volume I, Almedina, Coimbra. 2020, p. 67 e ss.

¹⁴ PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira (coord.): *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona* – volume I, Almedina, Coimbra. 2020, pp. 67-68.

¹⁵ PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira (coord.): *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona* – volume I, Almedina, Coimbra. 2020, p. 68.

¹⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de: “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, Coimbra. 2008, p. 93.

sificados na lógica daquilo que é esperado da conduta das partes. Se o tribunal arbitral tem competência para julgar o litígio, as partes devem respeitar esta escolha e, também, abster-se de recorrer ao tribunal judicial.

6. Vamos dar mais um passo. Será que tais efeitos decorrem da cláusula compromissória ou são meras consequências processuais do facto de as partes terem decidido optar pela mesma? Será que a lei é declarativa ou constitutiva? Seria possível existir uma cláusula compromissória sem os seus efeitos positivo e negativo?

7. Em relação ao efeito positivo, a sua supressão levaria a um caso de mera exclusão de jurisdição dos tribunais judiciais, sem a atribuição ao tribunal arbitral. Não pode haver uma cláusula compromissória sem atribuição de competência, e, muito menos, sem referência, ao tribunal arbitral. Esta seria uma cláusula vazia e afetada por um vício que a compromete.

8. Quando a equação diz respeito ao efeito negativo, existem mais dúvidas. Um caso em abstrato em que a cláusula compromissória está desprovida de efeito negativo seria um caso em que o tribunal arbitral teria competência para julgar o litígio, com a especificidade em que os tribunais judiciais continuariam a ter competência. Teríamos um caso de competência concorrente. Num caso exemplificativo, as duas partes convencionaram que o tribunal arbitral teria competência para julgar os litígios que decorrerem do contrato. Contudo, especificam, por exemplo, que os tribunais judiciais continuam a ter competência para os mesmos litígios. Se uma das partes pretender demandar a outra, na decorrência, por exemplo, de incumprimento do contrato principal, poderá demandá-la no tribunal arbitral ou no tribunal judicial, havendo opção. O autor teria autonomia para escolher a jurisdição e a ação correria na normalidade em ambas.

O caso que estamos a colocar não é análogo ao de uma cláusula assimétrica; nesta, apenas a uma das partes é reconhecido o direito potestativo de submeter determinados litígios à arbitragem.

Podemos logo perguntar se este caso teria algum tipo de utilidade ou vantagem ou interesse para as partes. Não é o foco da nossa análise, mas consideramos que as partes, em abstrato, poderiam querer reservar a

opção de recorrer a um tribunal judicial, nomeadamente, por razões relacionadas com os custos de iniciação da ação. Embora alguma doutrina considere que “quando houver cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral contidas no mesmo contrato, a última prevalece”¹⁷, parece-nos que esta conclusão só pode retirar-se em concreto, por interpretação jurídica.

DÁRIO MOURA VICENTE¹⁸ escreveu que se deve aceitar a centralização no tribunal arbitral a competência para julgar o litígio e garantir alguma efetividade da arbitragem, sendo uma manifestação de *favor arbitrandum*.

Temos dúvidas se devemos fundar essa conclusão num princípio *favor arbitrandum*. A verdade é que o artigo 5.º, número 1, da Lei de Arbitragem Voluntária, consagra o efeito negativo. Quando estamos perante uma questão abrangida pela convenção de arbitragem, e a ação é colocada num tribunal estadual, deve haver absolvição do réu da instância, a requerimento do réu. Este regime é completado pelos artigos 96.º, alínea b), 278.º, número 1, alínea e) e 557.º, alínea a) do Código de Processo Civil. Esta solução legislativa está em sintonia com a Convenção de Nova Iorque, no seu artigo II/3, que dispõe que o tribunal estadual deve remeter as partes para a arbitragem.

9. Após discutirmos qual o fundamento dos efeitos da cláusula compromissória, também devemos colocar a questão sobre a estrutura desses efeitos: estamos perante obrigações para as partes?

LEBRE DE FREITAS¹⁹ defende que as partes, após a celebração da convenção, não estão adstritas a obrigações. A parte não deixou de ser livre de recorrer ao tribunal estadual, apesar de ser verdade que a outra parte pode invocar a exceção de preterição do tribunal arbitral, não sendo esta exceção de conhecimento oficioso. No mesmo sentido, RAÚL VENTURA²⁰ defende que nascem vinculações para as partes, mas estas não são obri-

¹⁷ Sperandio, Felipe Vollbrecht, *Convenção de Arbitragem*, em *Curso de Arbitragem*, in *Revista dos Tribunais*, 2019, (pp. 64 e ss), p. 65.

¹⁸ VICENTE, Dário Moura: *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra. 2019, pp. 54 – 55.

¹⁹ FREITAS, José Lebre: “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra. 2002, p. 640.

²⁰ VENTURA, Raúl : “Convenção de arbitragem”, in *ROA*. 1986, p. 301.

gações em sentido técnico. O que nasce para as partes é um direito potestativo para as partes de constituir tribunal arbitral para resolver o litígio, ficando a outra parte sujeita a uma vinculação.

Esta questão é bastante problemática. Se da convenção de arbitragem não nascem obrigações para as partes, então não é possível falar de incumprimento.

Contudo, não nos parece que esta questão seja linear. Segundo GARY BORN²¹, o efeito positivo inclui a obrigação de participar e cooperar em boa-fé no procedimento, segundo o que as partes combinaram. É possível argumentar que as partes, na convenção de arbitragem, não pretendem apenas atribuir competência a um determinado tribunal arbitral, mas, também, vincular-se a praticar as condutas necessárias para que esse tribunal tenha a possibilidade de julgar o litígio com toda a normalidade. A parte que dispõe de um direito potestativo está vinculada a não adotar condutas que inviabilizem que o litígio seja decidido por arbitragem. O direito dirige-se ao aproveitamento de uma utilidade e à constituição do tribunal arbitral. Porém, esta situação jurídica ativa tem conexa uma situação jurídica passiva relativa a litígios judiciais: salvo superveniências atendíveis (que afetem a própria convenção de arbitragem ou o direito de acesso à justiça) é esperado da parte uma conduta omissiva de instauração da ação no tribunal judicial.

II. A insuficiência de uma abordagem puramente jurisdicional para enquadrar as perturbações do cumprimento da cláusula compromissória

1. Um dos desafios que a questão do incumprimento da cláusula compromissória coloca é o facto de o desrespeito pela cláusula originar a faculdade de invocação de uma exceção dilatória de incompetência absoluta – a exceção de preterição de tribunal arbitral (artigo 5.º, n.º 1 da LAV). De acordo com os artigos 96.º, alínea b) do Código de Processo Civil e 5.º, número 1, da Lei de Arbitragem Voluntária, o réu pode

²¹ BORN, Gary B. : International Commercial Arbitration, Vol. 1, Kluwer Law International. 2021, p. 1350.

invocar a exceção dilatória para os casos em que a ação é intentada no tribunal estadual.

2. Esta consequência tem natureza processual e pode indiciar que não há espaço para se poder falar em incumprimento e respetivos meios de reação. De facto, há processualmente uma forma de garantir o respeito pela cláusula compromissória. Esta solução legal é uma forma de efetivar o efeito positivo e, sobretudo, o efeito negativo da cláusula compromissória. Processualmente, há uma forma de garantir que a cláusula compromissória não seja desrespeitada. Contudo, a verdade é que uma abordagem deste tipo é insuficiente. Por um lado, porque a exceção dilatória é uma consequência processual que diz respeito à vertente de atribuição de competência da cláusula compromissória. O desrespeito pela cláusula compromissória, ainda que seja na colocação da ação em um tribunal judicial, também pode acarretar um desrespeito pela conduta que era imposta às partes, em virtude da cláusula. Por outro lado, porque o réu que invoque a exceção dilatória, apesar de poder ser absolvido da instância e não ver a ação decorrer num tribunal judicial, já pode ter tido prejuízos dignos de tutela indemnizatória e já pode ter havido impacto na relação entre as partes²².

3. A insuficiência de uma visão puramente processual também é revelada por um outro aspeto. A exceção dilatória está na disponibilidade das partes²³, não sendo de conhecimento oficioso. Será que o facto de a exceção dilatória estar na disponibilidade das partes dilui a definição da convenção de arbitragem como ato processual? Será que o facto de a cláusula compromissória ser um negócio processual é uma das razões para esta exceção não ser de conhecimento oficioso? Em nosso entender, o facto de a competência do tribunal arbitral advir de um acordo tem uma manifestação clara na regra da disponibilidade das partes. A competência do tribunal advém da vontade das partes, sendo, por isso, possível que a ação corra num tribunal judicial, se esta for a vontade das partes.

²² SILVA, Paula Costa e: *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, AAFDL Editora. 2020, pp. 84 e ss.

²³ FREITAS, José Lebre: “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra. 2002, p. 628.

Uma questão que fica em aberto é a de saber se uma convenção de arbitragem, preterida pelas duas partes, pela colocação da ação no tribunal judicial sem a invocação da exceção dilatória, continua a vincular as partes ou se há uma revogação tácita da mesma. Pode uma parte que optou por não invocar a exceção dilatória de incompetência, após a iniciação da ação num tribunal judicial, iniciar outra ação, em relação a outro litígio proveniente do contrato principal, no tribunal arbitral combinado?

III. Colocação da ação num tribunal diferente do acordado

1. Tendo as partes acordado resolver os eventuais litígios no tribunal arbitral, a primeira perturbação do cumprimento que se pode equacionar é a que ocorre quando uma das partes inicia a ação num tribunal diferente do acordado, que de certo modo já adiantámos no ponto anterior.

Quando uma das partes inicia a ação num tribunal diferente do acordado, para lá de haver incompetência absoluta desse mesmo tribunal, podemos falar em incumprimento de deveres que nasceriam para a parte? Será que, da cláusula compromissória, apenas nasceu a atribuição de competência àquele tribunal concreto ou também obrigações para as partes de respeito por essa atribuição de competência?

2. Quando referimos que a parte iniciou a ação num tribunal diferente do acordado, o primeiro caso que surge é de colocação da ação num tribunal estadual. A cláusula compromissória rompe com o monopólio estadual de administração da justiça e, como referimos, o efeito negativo imposto por lei exclui a competência dos tribunais estaduais em relação aos eventuais litígios que surjam do contrato. Não temos dúvidas que, no Direito Português, havendo uma cláusula compromissória, o tribunal estadual é incompetente em razão da jurisdição para conhecer do litígio (podendo haver exceções, como o caso de falta de meios financeiros). Contudo, também é um caso de incumprimento contratual. Com efeito, apesar de a questão estar sujeita a ampla polémica²⁴, entendemos

²⁴ THIEME, Lina, *Damages for breach of the obligation to arbitrate. A comparative analysis of german, swiss and english law with references to european union law*, Eleven

que, em vários casos, a estipulação contratual estabelece uma obrigação contratual no sentido de não recorrer aos tribunais judiciais, expressa ou tácita²⁵. Aliás, certos Autores reconhecem esta obrigação omissiva mesmo não aceitando que a natureza da convenção de arbitragem é a de um verdadeiro contrato, com efeitos materiais²⁶.

Em nosso entender, é difícil estarmos perante uma cláusula compromissória em que as partes não se comprometeram a agir para garantir que o processo ocorra no tribunal arbitral. A circunstância de o direito à constituição ser um direito potestativo não infirma esta conclusão. A parte vincula-se a, em caso de litígio, constituir um tribunal arbitral. Não o fazendo sem que intercedam causas supervenientes que justifiquem essa conduta, estamos perante uma perturbação no cumprimento da cláusula compromissória. O recurso ao tribunal judicial é um *aliud*.

Analizando o texto e o contexto da cláusula compromissória, vários serão os casos em que é possível concluir que as partes se obrigaram entre si a agir de maneira a cumprir as regras de competência que regulamentam. Noutras palavras, ao determinarem o tribunal competente, as partes podem também comprometer-se a iniciar a ação no tribunal acordado. A obrigação diz respeito à conduta de iniciação da ação nesse tribunal. O desvio a este plano programado pode frustrar expectativas alheias, privar a outra parte de uma utilidade esperada e, sobretudo, provocar danos (cf. artigos 562.º e ss do Código Civil).

Tratando-se de uma arbitragem internacional, acrescerá um outro problema: qual o direito aplicável à indemnização por danos em virtude da violação da cláusula compromissória? O direito aplicável à validade substancial da mesma²⁷? O Direito aplicável ao mérito?

International Publishing, 2018, p. 29 ss, contrapondo a visão dominante na Alemanha e na Suíça (efeitos meramente processuais) à visão inglesa (efeitos contratuais).

²⁵ Em sentido distinto, aludindo a uma referência expressa, WAGNER, Gerhard, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998, p. 257.

²⁶ Sobre a omissão de iniciar a ação no tribunal judicial, vejam-se as reflexões de STACHER, Marco, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, Zurich, 2007, p. 68 ss e de FROHLOFF, Jan, *Verletzung von Schiedsvereinbarungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, p. 39 ss.

²⁷ Nesse sentido, sustentando a aplicação do direito aplicável à validade substancial da convenção de arbitragem, considerando as vantagens de uma regulação unitária dos problemas de validade e de incumprimento, THIEME, Lina, *Damages for breach of the*

3. Para lá dos casos em que uma das partes recorre a um tribunal judicial, podemos ainda equacionar outro caso nesta perturbação do cumprimento: uma das partes coloca a ação noutro tribunal arbitral. Uma convenção de arbitragem preterida por uma das partes pelo início da arbitragem junto de uma instituição que não é a que consta da convenção de arbitragem constitui uma perturbação análoga à que se coloca no caso de uma das partes iniciar a ação num tribunal judicial, em desrespeito da cláusula compromissória?

Uma diferença perante o caso em que se recorre a um tribunal judicial é a seguinte: estes casos não estão cobertos pela exceção dilatória e pelo efeito negativo, de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, já mencionado, da LAV. Contudo, como já referimos, essa diferença, para efeitos de incumprimento das obrigações, não é relevante. Também aqui, podemos estar perante uma perturbação no cumprimento da cláusula compromissória. Havendo danos, estes podem ser objeto de ressarcimento.

4. Uma nota final. Os danos emergentes do incumprimento de uma cláusula compromissória são ainda supressões patrimoniais com ligação à relação jurídica a que a mesma respeita. Parece, por isso, que a competência para decidir acerca do incumprimento da cláusula compromissória e da responsabilidade civil daí emergente é do próprio tribunal arbitral.

IV. A falta de colaboração durante o procedimento

1. Como vimos, a exceção dilatória de incompetência por preterição de tribunal arbitral destina-se aos casos em que a ação não é iniciada no tribunal acordado. Situações que colocam dúvidas são os casos em que a ação decorre no tribunal arbitral escolhido pelas partes, mas uma das partes não colabora em momentos importantes para o procedimento, prejudicando o modo de resolução do litígio. Será que as partes se comprometeram a colaborar para que o tribunal arbitral consiga decidir sobre o litígio?

obligation to arbitrate. A comparative analysis of german, swiss and english law with references to european union law, Eleven International Publishing, 2018, p. 26.

2. O tema central deste artigo não é o de determinar que obrigações nascem para as partes relacionadas com a questão da colaboração. Contudo, podemos dizer, na esteira de PAULA COSTA E SILVA²⁸, que cabe às partes proceder às diligências necessárias para que o processo arbitral corra com normalidade.

3. Novamente, o fundamento último deste dever é a própria convenção de arbitragem.

As partes ficam adstritas a certo tipo de condutas para garantir que o procedimento ocorre com normalidade, sendo possível enquadrar a falta de colaboração como uma perturbação do cumprimento. Neste sentido, podemos equacionar a aplicação de meios de reação, como a responsabilidade civil, do mesmo modo que podem colocar-se outras consequências, nomeadamente litigância de má-fé, além de outras consequências. No entanto, muitas questões ficam em aberto, ao ser admitido este enquadramento, desde saber qual a bitola exigível às partes na colaboração, quando estão em causa interesses antagónicos de apresentação de um caso e de apresentação de uma defesa.

V. Outras questões em aberto

1. Ficam várias outras questões em aberto.

2. Admitir-se-ão outras consequências, além de uma possível indemnização pelos danos? Em que medida pode o tribunal ter em conta a atuação das partes na determinação da repartição dos custos? Alguns regulamentos de arbitragem admitem expressamente esta possibilidade, assim, como 49.º, número 3, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa²⁹, que dispõe que “compete ao tribunal arbitral, salvo disposição em contrário das partes, decidir na sentença o modo de repartição dos encargos e custos da arbitragem, atendendo a todas as circunstâncias do

²⁸ SILVA, Paula Costa e: *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, AAFDL Editora. 2020, p. 84 e ss.

²⁹ Regulamento de 1 de abril de 2021.

caso, incluindo o decaimento e o comportamento processual das partes, podendo nomeadamente ordenar que qualquer das partes reembolse à outra a totalidade ou parte dos encargos e/ou custos por esta suportados”. Em outros casos, poderá o termo de arbitragem ou ata de missão prever esta possibilidade. Em ambos os casos existirá habilitação para o tribunal arbitral ter em conta o comportamento das partes. E nos demais casos?

3. Existem outras sanções aplicáveis à conduta das partes? Por exemplo, os artigos 26.º e 27.º das Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais descrevem eventuais medidas para casos de conduta imprópria das partes. Em que contexto é possível serem aplicadas estas medidas? Depende a respetiva aplicação de as partes terem concordado com a aplicação das referidas Diretrizes ou têm o tribunal arbitral liberdade de as aplicar, sem referências anteriores no procedimento?

4. É possível uma resolução do contrato subjacente por perturbação na conduta processual da parte? Por exemplo, se as partes convencionarem que os litígios devem ser resolvidos pelo tribunal arbitral e a outra parte inicia a ação num tribunal judicial, pode a outra parte resolver o contrato principal? Afloraremos apenas, por agora, esta última questão.

5. A resposta a esta questão depende da prévia resolução de três problemas (i) o de saber se a autonomia da convenção de arbitragem (com assento no artigo 18.º, números 2 e 3, da LAV) se opõe à aceitação de uma “contaminação” da relação contratual de base pela conduta processual das partes (ii) o de saber se existe uma relação sinalagmática, ainda que atípica ou alargada, entre a prestação relativa à cláusula compromissória e uma contraprestação que se situa já ao nível do contrato substantivo em litígio e (iii) se o fundamento material é bastante para colocar em crise a relação contratual subjacente.

A primeira resposta parece ser negativa. Este princípio, explanado em várias legislações³⁰ e com respaldo no artigo 18.º, números 2 e 3, da LAV, é explicado como a irrelevância da invalidade do negócio jurí-

³⁰ VICENTE, Dário Moura: “Convenção de arbitragem: problemas atuais”, in *O Direito*. 2015, p. 318.

dico em relação à validade da cláusula compromissória, tendo o tribunal arbitral competência para julgar essa invalidade³¹³²³³. O princípio da autonomia protege a competência do tribunal arbitral, nos casos em que o autor vem invocar a invalidade do contrato, e impede o réu de utilizar essa invalidade para invocar a incompetência do tribunal arbitral.

A segunda é problemática. Nos contratos sinalagmáticos, a resolução é um meio de reação fundado na bilateralidade em que se exprime o sinalagma condicional. Ora, o sinalagma, por seu turno, faz apelo à relação final de troca entre prestações³⁴ e traduz, em termos gerais, a ideia de uma reciprocidade, enquanto pressuposto ou razão de ser das obrigações ou das *vinculações* de cada uma das partes³⁵. Existe um sinalagma alargado em que a convenção de arbitragem se pode integrar? Ou uma união ou ligação funcional de vinculações análoga ao sinalagma?

A terceira questão só pode ser decidida perante o caso concreto. No Código Civil português o regime da resolução encontra assento geral das normas dos artigos 801.º, n.º 2, 802.º e 432.º a 436.º. Em termos abstratos, a resolução com fundamento em incumprimento imputável ao devedor, entendido em sentido lato, gravita sobretudo em torno de dos seguintes casos: (i) impossibilidade total da prestação por causa imputável ao devedor (ii) sendo a prestação possível, falta de atos de cumprimento decorrido o prazo fixado pelo credor ou perdido o interesse do credor na prestação; (iii) impossibilidade parcial do cumprimento imputável ao devedor, (iv) recusa antecipada do cumprimento pelo devedor

³¹ PIRES, Catarina Monteiro/ DIAS, Rui Pereira (coord.): *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona* – volume I, Almedina, Coimbra. 2020, p. 79 e ss.

³² CAMELO, António Sampaio: “A «autonomia» da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral”, in *“Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, comemorando os seus 90 anos”*, Almedina. 2007, pp. 105-106.

³³ FREITAS, José Lebre: “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra. 2002, p. 627.

³⁴ GERNHUBER, Joachim, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1989, p. 312 ss.

³⁵ Assim, por exemplo, GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 485, ANTUNES VARELA, João, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 396 ss.

e (v) cumprimento defeituoso. Genericamente, *a conduta do devedor* pode traduzir-se na violação de um dever primário de prestar, mas, também, em certos casos, na não observância de um dever acessório, como o dever de informar ou o dever de lealdade. Saber se essa violação justifica ou não a desvinculação própria da resolução depende de uma ponderação perante o caso concreto.

Sentimento de confiança na arbitragem: diretrizes da IBA e determinação das circunstâncias a revelar

I – Enquadramento

A arbitragem é um processo tecnicamente estruturado e orientado para uma resolução objetiva e racional de conflitos¹. Isso não significa que as emoções e, mais que estas, os sentimentos², não tenham nele um papel de relevo. Eles influenciam os agentes – árbitros, partes, advogados e terceiros – nos seus vários processos cognitivos. Motivam as suas escolhas e decisões.

¹ Em rigor é mais que isso. “A Lei é avessa a dar-nos uma definição de arbitragem. Na doutrina, as definições são díspares. Não é apenas um modo ou uma técnica de resolução de litígios, como pretendem alguns, mas uma verdadeira instituição destinada à resolução de conflitos entre duas partes, respeitantes a interesses que estejam na sua disponibilidade, as quais acordam em atribuir, para o efeito, os necessários poderes a uma ou mais pessoas físicas (árbitros) por elas escolhidas, direta ou indiretamente”. V. RUI PENA, “Os Equívocos da Confidencialidade Arbitragem” in Separata dos *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2015, pp. 239.

² Emoções são respostas automáticas, universais e inconscientes do nosso organismo a estímulos internos ou externos. Há algum consenso na psicologia sobre quais sejam as emoções que – tal como sucede com as cores – possam ser consideradas básicas ou primárias. São elas o medo, a raiva, a alegria, a tristeza, o nojo e a surpresa. Já os sentimentos são experiências subjetivas e conscientes das emoções, ou seja, percepções conscientes destas. São o reconhecimento mental da emoção. Medo, por exemplo, é uma emoção primária de que podem resultar sentimentos de desconfiança ou insegurança, tal como do contentamento, outra emoção básica, resulta o sentimento de confiança. Sobre o tema V., entre outros, autores, RICHARD S. LAZARUS, *Emotion and Adaptation*, Oxford University Press 1991, e ANTÓNIO DAMÁSIO, *O Erro de Descartes, Emoção Razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, 2011.

O sentimento de confiança é essencial na arbitragem e muitos aspectos contribuem para isso. O bom cumprimento pelos árbitros do dever de revelar situações que possam configurar potenciais conflitos de interesses que ponham em causa a sua independência e imparcialidade é o principal³. Têm a obrigação de divulgar quaisquer circunstâncias que, segundo a análise dos próprios, colocando-se embora na posição de um terceiro imparcial, possam vir a comprometer a sua independência e imparcialidade. Tal análise passa por uma certa introspeção acerca das suas convicções, mas também por uma avaliação objetiva que agregue todas as dimensões dos agentes ao processo de análise e decisão. *Penso logo existo é uma frase de intelectual que subestima as dores de dentes. Sinto, logo existo é uma verdade de alcance muito mais geral e que se aplica a todo o ser vivo*⁴. Ainda que o árbitro entenda que subjetivamente não é afetado por uma determinada situação que gere potencial conflito nem que a deva revelar, é indispensável – até por uma certa tutela da aparência⁵ – colocar-se na posição de um terceiro. Talvez aquele árbitro não sinta, ele próprio, dor de dentes. Senti-la-ia, porém, um terceiro razoável em idênticas circunstâncias?

A Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), no seu artigo 13.º, n.ºs 1 e 2⁶, faz recair sobre o árbitro a obrigação de revelar todas as circunstân-

³ O princípio geral da autonomia das partes, que tem, designadamente, como corolário, a possibilidade de estas nomearem um árbitro que, com outro, ou outros, nomearão o árbitro presidente, apenas se assegura se as escolhas de todos forem livres e esclarecidas. Os deveres de revelação são garantes dessa liberdade e esclarecimento. Sobre os requisitos dos árbitros em geral, sobre o seu relevo na análise dos vários pontos a ter em conta na constituição de um tribunal arbitral e, particularmente, sobre os requisitos da independência e imparcialidade e suas garantias, enquanto condição fundamental de um processo arbitral justo e equitativo, V. CAROLINA APOLO ROQUE, “Constituição do Tribunal Arbitral: a ponderação antes dos nomes (Portugal)” in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. I, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, pp. 299 e ss.

⁴ MILAN KUNDERA, *A Imortalidade*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1990.

⁵ MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, *desenvolvimento de intervenção no colóquio luso-brasileiro organizado na MLGTLs*, em 30 de abril de 2009, pp. 262-263; V. também Acórdão Tribunal Constitucional 135/88, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 11.º vol., pp. 951-2.

⁶ Artigo 13.º da LAV (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*

cias que possam suscitar fundadas dúvidas⁷ sobre a sua independência e imparcialidade⁸, características determinadas pelo artigo 9.º da LAV, mas

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 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 conhecimento após essa designação.

⁷ O artigo 13.º da LAV, sob a epígrafe “Fundamentos de Recusa” trata, simultaneamente dos fundamentos de recusa e dos deveres de revelação. Não distingue entre o que é o dever de o árbitro revelar e o que é fundamento de recusa, quando o objeto do dever de revelação é, por natureza, mais amplo. Porventura a distinção deveria ser feita na lei. O pecado original poderá estar no facto de a tradução portuguesa do artigo 12.º da Lei-Modelo UNCITRAL, norma em que se baseou o artigo 13.º da LAV, a qual não terá sido a mais feliz. Isto diversamente do que sucede noutras versões como, por exemplo, a inglesa, a espanhola ou a alemã, onde resulta clara a não equiparação entre o que é fundamento de recusa e o que é objeto de revelação. V. sobre a matéria MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Apontamento Sobre o Estatuto dos Árbitros (Independência, Imparcialidade; Dever de revelação” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XX – 2023, Almedina pp. 111 – 131. Sem prejuízo das dúvidas que os n.ºs 1 e 3 do artigo 13.º da LAV possam suscitar, tem sido aceite entre nós que os critérios de aferição do dever de revelação e do direito de recusa dos árbitros não se confundem e que a omissão ou a revelação de determinados factos, por si só não constituem motivo para recusa de árbitro. V. RUTE ALVES, “O dever de revelação dos árbitros em Portugal” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Almedina, 2016, p. 192.

⁸ Se bem que seja comum a adoção desta dualidade, como é o nosso caso e é tradição no direito alemão, sistemas há que apenas falam em Imparcialidade ou em Independência. São fórmulas equivalentes ainda que seja possível aprofundar uma certa indagação semântica. De qualquer modo sempre se pode dizer que a independência será um estatuto que possibilitará e incentivará a virtude da imparcialidade. Delas advirá a neutralidade que será a pedra angular de uma correta justiça privada. Sem prejuízo, e numa distinção semântica, fala-se em “independência”, enquanto inexistência objetiva de vínculos pessoais ou materiais entre o árbitro e as partes suscetível de resultar na subordinação daquele e de “imparcialidade”, enquanto capacidade subjetiva de o árbitro se afastar das suas convicções pessoais. A independência e a imparcialidade do tribunal arbitral constituem um requisito fundamental justo ou equitativo como decorre dos artigos 9.º n.º 3 e 30 n.º 1 da LAV e 20.º e 203.º da CRP. Em geral sobre este tema V. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, p. 196; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem: Comentário à Lei 63/2001, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 135; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “O Estatuto dos

não determina quais as que seriam merecedoras de revelação nem, tão pouco, os critérios para se aferir tal necessidade.

Essa determinação tem sido deixada a instrumentos de *soft law*, destacando-se as Diretrizes da *International Bar Association* (IBA) sobre conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional⁹, as quais têm vindo a ser acolhidas por regulamentos vários, designadamente, entre nós, pelos códigos deontológicos do Centro de Arbitragem Comercial (CAC)¹⁰ e da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA)¹¹ e, bem assim, pela melhor jurisprudência.

A determinação das circunstâncias merecedoras de revelação é da maior importância. Para os árbitros, enquanto guia na ponderação sobre a revelação e aceitação, ou não, da função; para partes, no seu processo de escolha dos árbitros na composição do tribunal, ou, uma vez escolhidos, para sindicarem do cumprimento do dever de revelação e ponderarem eventual incidente de recusa de árbitro. No limite, é importante também para as partes ponderarem desencadear, ou não, ação de anulação de decisão arbitral nos termos do disposto no artigo 46.º, n.º 3, al. a), sub. al. iv) da LAV¹², designadamente nos casos em que não tenha sido possível

árbitros e a constituição do Tribunal na LAV”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VI – 2013, Almedina pp. 25 – 77; MÁRIO RAPOSO, “Os Árbitros”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados* Ano 72, II/III – Lisboa Abril – Setembro 2012.

⁹ Em 1987 a IBA criou as *Rules of Ethics for International Arbitrators*, visando definir conceitos e fornecer critérios de avaliação da imparcialidade e independência de árbitros. Só em 2004, surgiram as *IBA Guidelines on Conflict of interest in International Arbitration*, com o formato que têm ainda hoje. Tais diretrizes foram revistas em 2014 e, mais recentemente, em 2024. Ver em www.ibanet.org.

¹⁰ De acordo com o n.º 3 do Artigo 1.º do Código Deontológico do CAC: *O presente Código Deontológico deve ser interpretado e integrado tendo presente as Diretrizes da International Bar Association relativas a conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional*.

¹¹ De acordo com o Artigo 2.º do Código Deontológico da APA: *O presente Código Deontológico deve ser interpretado e integrado tendo presentes as melhores práticas internacionais, designadamente as Diretrizes da International Bar Association relativas a conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional*.

¹² Artigo 46.º da LAV (Pedido de Anulação) ... 3 – *A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) a parte que faz o pedido demonstrar que [...] 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*

suscitar tal incidente de recusa até à prolação da sentença arbitral. Foi o que sucedeu no caso da ação de anulação que deu origem ao recente Acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de fevereiro de 2023 (rel. Desembargador Pedro Martins), tirado no Processo n.º 3215/22.7YRLSB-2.

Nesse acórdão julgou-se, pela primeira vez, procedente uma ação de anulação de decisão arbitral com base na omissão do dever de revelação de factos suscetíveis de constituir conflitos de interesses colocando em causa a imparcialidade e independência dos árbitros. O Tribunal entendeu que um co-árbitro violou o dever de revelação ao não ter divulgado que a sua sociedade de advogados tinha como *key client* a própria Demandante, e que tal violação ocorreu a par de circunstâncias das quais era possível extrair indícios que permitem, objetivamente, fundar um juízo de afetação da independência e imparcialidade do árbitro, o que levou à anulação da sentença nos termos da referida disposição da LAV.

O referido Acórdão foi já abordado e analisado com detalhe na presente revista¹³, aí se tendo concluído que o Tribunal da Relação parece ter criado uma presunção de falta de independência e imparcialidade do árbitro a partir da circunstância da mera omissão do seu dever de revelação¹⁴.

Não nos parece ter sido o caso. Parece-nos que, no caso concreto, o tribunal não criou tal presunção nem o pretendeu fazer. Limitou-se a usar o dito argumento para enfatizar que o ilícito não podia ter passado des-

da presente lei que as partes não possam derogar ou, na falta de uma tal uma convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influencia decisiva na resolução do litígio; [...] 4 – Se uma parte, sabendo que não foi respeitada uma das disposições da presente lei que as partes podem derogar 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.

¹³ ARMINDO RIBEIRO MENDES e SOFIA RIBEIRO MENDES, “Crónica de Jurisprudência”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 19, 2023, Almedina, pp. 319-348.

¹⁴ Como referem Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes, na crónica referida na nota anterior “Trata-se de uma conclusão – no mínimo – discutível, porquanto parece presumir a falta de independência e imparcialidade da circunstância de omissão do dever de revelação”.

percebido ao árbitro e – por maioria de razão – para enfatizar a relevância da omissão *in casu* do dever de revelação *tout court*.

Na verdade, se bem que nem sempre tenha sido assim¹⁵, havendo até registo de decisões judiciais que sustentaram que a mera violação do dever de revelação podia por si só ser fundamento para presumir falta de parcialidade e independência do árbitro¹⁶, é hoje pacífico que não se pode nem deve presumir que um árbitro não é independente ou imparcial pela violação de um dever de revelação por si só¹⁷, ou seja, sem que se atenda à gravidade maior ou menor da circunstância concretamente não

¹⁵ Quando a IBA lançou em 1987 as suas *Rules of Ethics for International Arbitrators*, definindo conceitos de imparcialidade e independência e dando orientações e critérios de atuação nessa matéria, referia no – art. 4 (1) – “*A prospective arbitrator should disclose all facts or circumstances that may give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. Failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though he non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification*”.

¹⁶ A título de exemplo, *V. Karlseng v. Cooke*, Supremo Tribunal do Texas, 09.09.2011; *Burlington Northern Railroad v. TUCO Inc.*, Supremo Tribunal do Texas, 20.06.1997; *Beebe Med. Ctr. v. Insight Health Serv.*, Tribunal do Delaware, 04.11.1999, todos disponíveis em www.casertext.com. Ainda nos dias de hoje, o US Revised Uniform Arbitration Act, §12(e) estabelece o seguinte: “*An arbitrator appointed as a neutral arbitrator who does not disclose a known, direct, and material interest in the outcome of the arbitration proceeding or a known, existing, and substantial relationship with a party is presumed to act with evident partiality under Section 23(a)(2)*”, disponível em www.arbitrationlaw.com. V. ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.09.2015, Proc. 827/15.9YRLSB-I, Relator: Afonso Henrique, disponível em www.dgsi.pt, em que, ao menos implicitamente, segundo a declaração de voto de um dos desembargadores, se admitiu que a omissão da revelação de circunstâncias passíveis de suscitar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro constituiria, por si só, causa para a sua recusa.

¹⁷ Entre nós ver Ac. Relação de Lisboa de 24 de março de 2015 (processo 1361/14.0YRLSB.L-I); ver tb Ac. Relação de Lisboa de 13 de setembro de 2016 (processo 581/16.70YRLSB.L-I); ver tb no Ac. Relação de Lisboa de 29 de setembro de 2015 (processo 827/15.9YRLSB.L-I) a declaração de voto a que se fez referência na nota anterior. Como na mesmo se refere, “*Votei a decisão, embora dissentindo dos fundamentos nela invocados (fundamentalmente por não subscrever a tese nela implicitamente acolhida, segundo a qual a omissão da revelação de circunstâncias passíveis de suscitar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro constituiria, por si só, causa para a sua recusa – já que a não revelação é uma questão distinta da de saber se o árbitro é independente e imparcial)*”.

revelada¹⁸. E o acórdão analisado não nos parece ter fugido a tal, como se verá.

Admitimos, pois, que a conclusão tirada no comentário ao referido aresto tenha tido que ver, claro, com a dúvida suscitada pelo texto e sumário do acórdão quanto à suposta presunção, mas terá também causa numa certa descrença sistemática da comunidade arbitral relativamente a decisões judiciais que invalidem sentenças arbitrais, porque, convenhamos, a intervenção da jurisdição estadual no processo arbitral é, paradoxalmente, sempre indesejada, mas necessária¹⁹.

Ora, a verdade é que, analisada toda a fundamentação – de resto, muitíssimo completa e detalhada – é possível constatar que o que verdadeiramente esteve na base da decisão foi a existência de um conflito de interesses objetivo, suscetível de gerar dúvidas sérias a respeito da independência e imparcialidade de um dos árbitros do ponto de vista de um terceiro razoável com conhecimento do conjunto das circunstâncias em causa, o qual, devendo obrigatoriamente ser revelado, não o foi, com isso se tendo tornado impossível às partes, com conhecimento de causa, decidir dar, ou não, um consentimento expresso e esclarecido a que o árbitro conflituado assumisse (ou continuasse a exercer) funções ainda assim.

Constatada a violação do dever de revelação nas referidas circunstâncias, para mais quando os outros árbitros tinham revelado circunstâncias menos relevantes, o tribunal anulou a decisão arbitral na medida em que, em resultado de tal violação, ficou definitivamente prejudicada a possibilidade do exercício do direito de deduzir incidente de recusa de árbitro.

Discordando-se, como se disse, dos motivos para os receios manifestados e acima mencionados, parece-nos, em todo o caso, que a funda-

¹⁸ As Diretrizes sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional (Diretrizes da IBA) que, no que aos temas da independência e imparcialidade concerne, revogaram as *Rules of Ethics for International Arbitrators*, passaram desde 2014 a incluir na nota explicativa c) ao Princípio Geral 3 que “...o facto de um árbitro não divulgar certos factos ou circunstâncias que, aos olhos das partes possam suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência, não resulta automaticamente na conclusão de que existe um conflito de interesses, ou que a desqualificação deva ocorrer”. Na revisão de 2024, esta ideia foi erigida a princípio geral, constando na al. g) do Princípio Geral 3.

¹⁹ Assim conclui CONSTANÇA BORGES SACOTO, “As relações entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral (Portugal)” in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. I, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, pp. 339 e ss.

mentação do acórdão teria saído beneficiada se tivesse ido mais ao fundo das Diretrizes da IBA, concretamente aos seus princípios gerais²⁰, o que não fez, para, então sim, lançar mão da elucidativa lista de casos práticos de aplicação dos ditos princípios²¹. Percorridos e explicados que tivessem sido tais princípios e notas explicativas, bem como o modo como funcionam e se articulam com as listas de casos práticos, tudo se tornaria mais claro e sem margem para equívoco.

No presente artigo, tendo em conta a atualidade e interesse do referido Acórdão e, bem assim, a utilidade das Diretrizes IBA, aliás, recentemente revistas, propomo-nos fazer isso mesmo.

II – Clareza dos Deveres de Revelação como Garantes da Confiança

Os árbitros e as partes mantêm uma relação contratual²² que permite e garante a investidura daqueles. Os árbitros dependem da confiança das partes e esta depende, inexorável e indissociavelmente, do cumprimento pleno do dever de revelação²³. Os requisitos da independência e da imparcialidade, entre nós consagrados no artigo 9.º, n.º 3 da LAV, são estruturantes. Sustentam a confiança na equidistância dos árbitros face ao caso a decidir e encontram garantia no dever de revelação pre-

²⁰ O 3.º Princípio Geral densifica os deveres de revelação; o 2.º define os conflitos de interesses; o 4.º determina os termos em que é possível às partes renunciarem a um conflito detetado; e o 6.º aborda a equiparação do árbitro à sociedade de advogados de que faça parte. Estes princípios, mais até que as listas meramente exemplificativas, permitem aos árbitros conferir da regularidade da sua atuação ao estabelecer um caminho seguro de a verificar.

²¹ Aplicou, sem abordar os princípios que lhe estão subjacentes, o ponto 2.3.6 da dita lista onde se assinala como grave a situação em que “*A sociedade de advogados do árbitro atualmente possui um relacionamento comercial significativo com uma das partes ou com uma afiliada de uma das partes*”.

²² Sobre o contrato de árbitro, V. MÁRIO RAPOSO, *ob cit.*

²³ V. RICCARDO GIULIANO FUGUEIRA TORRE, “A confiança e a revelação nas arbitragens domésticas em meio à contratualidade: existe um novo standard?” (Brasil) in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. I, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, p. 281 e ss.

visto no artigo 13.º da LAV²⁴. O dever de revelação deve abranger factos ou circunstâncias que sejam relevantes e com potencial para colocar em dúvida a independência e imparcialidade dos árbitros. Essa relevância deve ser aferida “aos olhos das partes”²⁵.

A obrigação de revelação nasce logo após o convite para decidir o caso e permanece válida mesmo depois de iniciado o processo, o que permite acautelar a possibilidade, não incomum, de surgirem situações supervenientes que reclamem revelação. A revelação não significa que o árbitro recuse ou deva recusar o convite. Tão pouco permite concluir, por si só, da existência de conflito de interesses e, muito menos, que exista por parte do árbitro falta de independência ou de imparcialidade.

Cabe às partes, uma vez informadas sobre os factos revelados, aferir se estes configuram um conflito de interesses e se é justificável eventual recusa. Em regra, a aceitação do convite pelo árbitro gera nas partes que entendam que existe conflito o ónus de desencadear o procedimento de recusa previsto no artigo 14.º da LAV. Caso as partes decidam não o desencadear, e uma vez que lhes foi dada possibilidade de o fazer, aceitam com o seu silêncio a isenção do árbitro, ficando impedidas de motivar tal pedido no futuro. Pelo menos com os mesmos fundamentos.

Ora, como se começou por dizer, o n.º 1 do artigo 13.º da LAV não densifica nem determina quais sejam as circunstâncias que, antes ou durante o processo, podem suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência dos árbitros. Tão pouco aponta tal norma critérios para se aferir da necessidade de revelação, abrindo espaço à incerteza. E se há casos relativamente evidentes, há muitos outros que o não são. Aliás, pode não ser sequer simples aferir da necessidade de revelação, o que é gerador de riscos. Para as partes, claro, mas também para os árbitros que, no limite, empenham bem mais que a sua reputação e honra na função²⁶.

²⁴ Cfr. DANIELA VICENTE DE ALMEIDA, *O dever de revelação como problema de independência e imparcialidade dos árbitros*. Almedina, 2018, p. 94.

²⁵ O teste para aferição dos factos que devem ser revelados é subjetivo, ou seja, os factos a revelar serão os que possam suscitar dúvidas sobre a independência e imparcialidade dos árbitros “*in the eyes of the parties*”. V. RUTE ALVES, ob cit. p. 192. Ver ainda nota 7 supra.

²⁶ Para além, naturalmente, da anulação da sentença arbitral ou da recusa da sua execução, no limite, poderá estar em causa a responsabilidade civil e criminal dos árbitros.

Regra geral, as leis ou normas reguladoras das arbitragens noutros países também não concretizam estes conceitos. Essa concretização tem sido feita, quer por árbitros, quer pelas partes, quer ainda pelos tribunais judiciais, através de instrumentos vários de *soft law*, *maxime* as aludidas Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse que, como se começou por dizer, têm merecido acolhimento quase unânime devido à sua clareza, detalhe e abrangência de aplicação.

Faz, pois, todo o sentido que tais diretrizes, ainda que não tenham força vinculativa, sirvam como fontes legítimas imediatas concretizadoras de conceitos abertos e indeterminados como são as noções de independência e imparcialidade dos árbitros a que alude ao artigo 9.º da LAV, bem como as circunstâncias merecedoras de revelação aludidas no artigo 13.º da LAV.

Apesar da reconhecida importância e do acolhimento que tais diretrizes têm recebido entre nós e não só, há quem pugne pela não aplicação dessas disposições no contexto doméstico²⁷. Discordamos. Estas regras são auxiliares importantes no processo de decisão sobre a revelação, ou não, às partes para que estas, e depois os tribunais, possam aferir se a revelação deveria ou não ter sido feita – caso o não tenha sido – ou, em qualquer dos casos, se a falta de independência ou imparcialidade pode justificar a recusa de árbitro ou a anulação do processo. O facto de terem nascido num ambiente internacional confere-lhes ainda maior objetividade, clareza e rigor. Trata-se de regras que acolhem em si a experiên-

²⁷ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei n.º 63/2001, de 14 de dezembro*, 1ª ed., setembro de 2015. Sustenta que não há qualquer base normativa para, perante estes (e outros) preceitos de *soft law*, colocar um deles em vigor, entre nós, concluindo que nenhum ordenamento jurídico o faz. Mais refere que textos como o das diretrizes da IBA foram pensados para arbitragens internacionais, num universo económico e humano sem paralelo no Ocidente Peninsular. A este propósito, esclarece ainda que na realidade do “mercado” português da arbitragem, é impossível indicar um árbitro experiente que não tenha tido nenhuma relação com alguma das partes, na medida em que os grandes “clientes”, com centenas de processos em curso ocupam, praticamente, todos os juristas mais ativos do país. Por fim, afirma que aquelas correspondem a práticas norte americanas, discutidas no seu próprio país de origem, e que a doutrina europeia propõe que sejam restritivamente interpretadas, porquanto a realidade estado-unidense é muito diferente da nossa, sendo que, para ser possível a sua aplicação à realidade portuguesa, as diretrizes da IBA terão sempre de passar por algumas adaptações, sob pena de irrealismo.

cia prática de um vasto e eclético grupo de juristas de primeira água, oriundos de várias jurisdições²⁸, incluindo jurisdições com dimensão de mercados semelhantes ao nosso, e igualmente dinâmicos e abertos²⁹, e que, como as mesmas referem, devem ser aplicadas com bom senso e sem interpretações de cunho indevidamente formalista, expressão que apela a uma adaptação a cada caso e jurisdição concreta³⁰. Mas até, talvez, mais importante que isso, é dizer que a multiplicidade de raízes jurídicas e jurisprudenciais que costumam distinguir a tradição românica da tradição anglo-saxónica confluem neste campo. A razão é simples: quando se procuram as sedes da moral profissional, que tal é o conteúdo da deontologia, não é fácil que andemos muito distanciados uns dos outros; as maiores diferenças poderão surgir nos processamentos, que não nos grandes princípios³¹.

Sem prejuízo do referido, a verdade é que, goste-se ou não, tais regras acabam por ser aplicadas.

Nuns casos, a jurisprudência tem lançado mão destas normas na fundamentação das suas decisões, fazendo-o diretamente, como meio de interpretar a LAV, ou seja, independentemente de no caso concreto haver

²⁸ As primeiras Diretrizes IBA sobre Conflitos de Interesse, aprovadas em 2004, foram preparadas por um grupo de trabalho de dezanove peritos. Dez anos depois, em 2014, foram revistas por um grupo de 27 especialistas e, recentemente, em 2024, na sequência de um inquérito a profissionais de todo o mundo que confirmou que as diretrizes continuavam a ser uma ferramenta útil e eficaz e identificou alguns pontos em que se impunha alguma modernização, as normas foram revistas por um comité de cerca de sessenta juristas e não só. Para mais detalhe ver os prefácios às Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional (revisões de 2014 e de 2024).

²⁹ A comunidade arbitral portuguesa é hoje mais aberta, muito diversa, rejuvenescida e dinâmica, estando cada vez mais ligada com as comunidades arbitrais de outras jurisdições. O *Conselho sub-40 da APA*, bem como o *Portugal Very Young Arbitration Practitioners (PT-VYAP)*, entre outros, são exemplos dessa vivacidade, e abertura.

³⁰ Como refere o ponto 6 da introdução às Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional (revisão de 2024), em reforço do que já se dizia na versão de 2014, o Comité de Arbitragem da IBA recomenda que a aplicação das Diretrizes seja efetuada com a necessária dose de bom senso e sem recurso a interpretações de cunho demasiado formalista.

³¹ V. AUGUSTO LOPES CARDOSO, “Da Deontologia do Árbitro”, in *BMJ*, 1995, n.º 452.

algum regulamento que as acolha expressamente ou de a arbitragem ser ou não institucionalizada³².

Noutros casos, tais diretrizes são aplicadas obrigatoriamente por força de previsão expressa em norma acolhida pelas partes. É o caso, já mencionado, dos Códigos Deontológicos da APA e do CAC, os quais acolhem as diretrizes IBA e se aplicam sempre que as arbitragens se submetam a eles ou sejam institucionalizadas em centros de arbitragem que os acolham, como cada vez mais sucede entre nós³³. Nessas situações os regulamentos das instituições arbitrais são incorporados por referência na convenção de arbitragem celebrada, fazendo parte da mesma.

Em suma, a nobreza da função do árbitro e, sobretudo, a dignidade de quem a ele recorre reclamando uma decisão justa, exigem garantias de independência e imparcialidade e, o que não é menos relevante, clareza de conceitos. A confiança na arbitragem, seja pelas partes, seja pelo mercado em geral, assim o exige. No limite, essa confiança na jurisdição arbitral pode ter que ser assegurada pela jurisdição estatal assumindo com a primeira uma relação de fiscalização³⁴.

³² Cfr. Acórdão de 11.02.2020 (Proc. n.º 1577/18.0YRLSB-1) – O TRL, a propósito de arbitragem *ad hoc*, concluiu, no que concerne à matéria de fundamentos de recusa de árbitros, uma vez que o artigo 13.º, n.º 2 da LAV não explicita que circunstâncias devem ser reveladas pelo árbitro, que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, concluiu pela aplicação direta das diretrizes da IBA, como regra interpretativa dos artigos 9.º e 13.º da LAV, considerando as mesmas como o instrumento mais influente no contexto da arbitragem. No mesmo sentido ver o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.06.2014 (Proc. 583/12.2TVPT.P1) – neste Acórdão, o TRP chama a atenção para a importância das diretrizes da IBA como critérios interpretativos do n.º 2 do artigo 4.º da Código Deontológico da APA, e do artigo 10.º da LAV.

³³ Sobre esta tendência crescente, V. CAROLINA BOTELHO SAMPAIO, “Arbitragem institucionalizada vs. Arbitragem *ad hoc* (Portugal)” in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. I, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, p. 98 e ss.

³⁴ As relações entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral assumem naturezas distintas de que a fiscalização é porventura a mais dramática. Porém há outras. Desde as relações de cooperação, como sucede na solicitação do auxílio dos tribunais para obtenção de prova – ver a esse respeito CATARINA CARREIRO E CATARINA CERQUEIRA, “A Prova na Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa” in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. I, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, pp. 550 e ss. – às relações de necessidade, como sucede nas nomeações de árbitros pelos tribunais judiciais, ou para suprir a falta de *jus imperii* dos tribunais arbitrais aquando da execução dos seus julgados. Sobre estas matérias ver CONSTANÇA BORGES SACOTO, *ob cit.*

III – A concretização dos conceitos de imparcialidade e independência, a noção de conflito de interesses, e o dever de revelação de acordo com as Diretrizes IBA.

As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse³⁵, remontando embora aos anos oitenta do século passado, surgiram no atual formato em 2004, foram atualizadas em 2014³⁶ e revistas em 2024³⁷.

Encontram-se hoje, tal como sucedia já em 2014, organizadas em duas partes umbilicalmente ligadas. Na sua Parte I identificam-se os princípios gerais relativos à imparcialidade, independência e revelação³⁸. Na Parte II procede-se, de modo marcadamente pragmático e pedagógico, à densificação dos princípios e notas explicativas numa lista não exaustiva de casos práticos, organizados por ordem de relevância ou gravidade,

³⁵ Acerca das origens destas diretrizes e, sobre o uso de *soft law* em arbitragens, em particular no Brasil mas com evidentes pontos de contacto com a nossa realidade portuguesa, V. THIAGO DEL POZZO ZANELATO, “Relevância da Soft Law, o uso de soft law em arbitragens sediadas no Brasil” in *Arbitragem 2 Mundos, Diálogos entre o Brasil e Portugal*, Vol. II, Editora Quartier Latin do Brasil, 2024, p. 187 e ss.

³⁶ A IBA lançou em 1987 as suas *Rules of Ethics for International Arbitrators*, definindo conceitos de imparcialidade e independência e dando orientações e critérios de atuação nessa matéria. Só mais tarde, em 2004, se atualizaram e complementaram tais diretrizes surgindo então as *IBA Guidelines on Conflict of interest in International Arbitration*, categorizando os graus de conflito de interesses de acordo com situações passíveis de ocorrência durante o curso de uma arbitragem. São essas que depois foram revistas em 2014 e, mais recentemente, em 2024.

³⁷ As atualizações de 2024 vieram, essencialmente, reafirmar que, tal como expresso nas alterações de 2014, deve ser aplicado um teste objetivo para se avaliar se um árbitro deve recusar o encargo. O teste é, como antes, um “teste de terceira pessoa razoável”, e centra-se na existência de factos ou circunstâncias que, do ponto de vista de um terceiro razoável com conhecimento dos factos relevantes, dariam origem a dúvidas justificáveis sobre a imparcialidade ou independência do árbitro. As alterações de 2024 vieram reforçar, densificar e clarificar os conceitos de Conflito de Interesses, as Obrigações de Revelação e, bem assim, as regras de admissibilidade da possibilidade de renúncia das partes ao direito de objetar a um árbitro conflituado em moldes toleráveis, i.e que não coloquem em causa a sua independência e imparcialidade.

³⁸ Cada um dos princípios é, por seu turno, complementado por notas explicativas de grande utilidade prática. Aliás, como se verá a respeito do Princípio Geral 3, nas alterações de 2024 houve notas explicativas que deixaram de ter esse estatuto passando a ser considerados princípios gerais o que dá uma ideia do interesse e relevância das mesmas.

e graduados de acordo com um elucidativo código de cores (vermelho, laranja e verde).

São sete os princípios gerais, sendo os mais relevantes, para o que nos ocupa neste conspecto, o 2.º, o 3.º e o 4.º, atinentes, respetivamente, à noção de conflito de interesse, aos deveres de revelação e à suscetibilidade de renúncia das partes ao direito de repudiar árbitros.

O 1.º Princípio Geral proclama os deveres de imparcialidade e independência dos árbitros, desde o momento da aceitação do encargo até ao fim do processo.

Já o 2.º Princípio Geral dá-nos a noção de conflitos de interesses, o que faz através da indicação sobre o modo de os identificar. Para o efeito, a norma define os casos em que um árbitro deve recusar uma nomeação ou recusar-se a continuar a atuar com base num potencial conflito de interesses:

“(a) O árbitro deverá recusar a sua nomeação ou, se o tribunal já estiver constituído, recusar continuar a atuar como árbitro, se existirem quaisquer dúvidas por parte do árbitro quanto à sua capacidade de ser imparcial e independente.

(b) O mesmo princípio se aplica à existência ou ao aparecimento após a nomeação, de factos ou circunstâncias que, no juízo de um terceiro razoável com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes, levantem dúvidas justificadas a respeito da imparcialidade ou independência do árbitro, salvo na hipótese de as partes terem aceitado o árbitro de acordo com os requisitos indicados no Princípio Geral 4³⁹.

(c) Consideram-se justificadas as dúvidas, se um terceiro razoável, com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes, pudesse concluir que existe a probabilidade de o árbitro poder ser influenciado, na sua decisão, por factos alheios ao mérito da causa nos termos em que apresentada pelas partes.

(d) Existem necessariamente dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do árbitro em qualquer das situações enunciadas na Lista Vermelha de Situações Irrenunciáveis”.

³⁹ Como se verá em seguida, o princípio geral 4 define os termos e situações em que as partes podem renunciar ao conflito de interesses e aceitar o árbitro.

O teste para a recusa por existência de conflito é um teste objetivo e não subjetivo. Importa, pois, do ponto de vista de um terceiro razoável, e com conhecimento dos factos relevantes, apurar se esses factos dariam origem a “dúvidas justificáveis” sobre a imparcialidade ou independência do árbitro.

As notas explicativas clarificam que o árbitro deve declinar a nomeação ou recusar continuar a atuar de acordo com o 2.º Princípio Geral al. b) uma vez que há aí um conflito objetivo de interesses, a não ser que tal conflito seja afastado pelas partes de acordo com o definido pelo 4.º Princípio Geral. É o caso de o árbitro ser sócio de uma sociedade de advogados que tenha como cliente relevante uma das partes no processo na pendência do mesmo. O árbitro tem, nesse caso, de fazer uma revelação de acordo com o 3.º Princípio Geral para dar às partes a oportunidade de renunciarem ao potencial conflito. Tal dever é, pois, nesse caso, um dever efetivo do árbitro a que corresponde um direito das partes. Não é uma faculdade daquele.

Já se a situação for subsumível a um dos casos da lista vermelha, não renunciável – casos que assentam no princípio de que ninguém se pode julgar a si mesmo (*nemo iudex in sua causa*) – a existência de conflito é insanável, sendo vedado às partes aceitar o árbitro, o qual deve recusar a nomeação ou recusar-se a continuar a atuar⁴⁰. Trata-se de situações em

⁴⁰ Se bem que a al. d) do 2.º Princípio Geral não tenha sofrido alterações de 2014 para 2024, importa ter presente que a lista vermelha de situações não renunciáveis, para a qual a referida disposição remete, sofreu. Por respeitar a situação envolvendo árbitros pertencentes a sociedades de advogados destaca-se aqui a alteração ao ponto 1.4 da lista vermelha de casos não renunciáveis. Enquanto que em 2014 referia “*O árbitro ou a sua sociedade de advogados presta assessoria regular à parte que o indicou, ou a uma afiliada dessa parte, e o árbitro ou a sua sociedade de advogados obtém proveito financeiro significativo de tal assessoria*”, em 2024 passou a referir “*O árbitro, presentemente ou regularmente, presta assessoria a uma parte, ou a uma afiliada de uma parte, e o árbitro ou a sociedade de advogados de que faz parte ou é dele empregador, auferem um significativo rendimento financeiro dessa assessoria*”. Esta alteração aperfeiçoa as regras. Para efeitos de irrenunciabilidade ao conflito, não se deve equiparar o árbitro à sua sociedade na parte atinente à assessoria. Se não prestou assessoria, mas apenas a sua sociedade o fez, faz sentido que o conflito deva poder ser renunciável pelas partes tendo em conta os factos em concreto. De referir em todo o caso que consta hoje, e constava já em 2014, do parágrafo 2.º da Parte II das Diretrizes IBA, respeitante às listas, a importante expressão

que o próprio princípio da autonomia da vontade das partes cede perante a exigência legal da independência e imparcialidade do árbitro⁴¹.

O 3.º Princípio Geral densifica os deveres de revelação.

De acordo com o mesmo:

“(a) Se existirem factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência de um árbitro, cumpre a este revelá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se esta existir, e se assim for requerido pelas regras aplicáveis) e, bem assim, aos co-árbitros, se os houver, antes de aceitar a sua nomeação ou, se já tiver ocorrido a aceitação, assim que deles tiver conhecimento. Sem prejuízo do dever do árbitro investigar conforme previsto no Princípio Geral 7(d), ao determinar se existem factos ou circunstâncias que devem ser revelados, o árbitro deve levar em conta todos os factos ou circunstâncias que sejam do seu conhecimento.

(b) Uma declaração antecipada ou renúncia prévia em relação a possíveis conflitos de interesse provenientes de factos e circunstâncias que possam acontecer futuramente não isenta o árbitro do seu permanente dever de revelação de acordo com o Princípio Geral 3(a).

(c) Decorre dos Princípios Gerais 1 e 2(a) que árbitros que tenham feito uma revelação, consideram-se imparciais e independentes das partes, apesar dos factos revelados e, assim, capazes de cumprir os seus deveres como árbitros. De outra forma, os árbitros teriam recusado a indicação ou nomeação logo que ela ocorreu, ou teriam a ela renunciado.

(d) Qualquer dúvida quanto à necessidade de revelação de determinados factos ou circunstâncias por um árbitro deve ser resolvida no sentido de ser devida a revelação”.

(e) Se o árbitro concluir que deve fazer uma revelação, mas regras de segredo profissional ou outras regras da prática ou de conduta profissional impedirem essa revelação, o árbitro não deverá aceitar a nomeação, ou deverá a ela renunciar.

“dependendo dos factos pertinentes de um determinado caso” num claro cuidado de assegurar que a aplicabilidade das regras e listas não se faça de modo formalista.

⁴¹ V. AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA, *Dever de Revelação e Direito de Recusa de Árbitro, Considerações a Propósito dos artigos 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, in Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Ano 73, Vol. IV, Out-Dez 2013.

(f) O estágio da arbitragem não deve influenciar a decisão do árbitro sobre determinados factos ou circunstâncias devam ser revelados.

(g) A omissão de revelação de certos factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, não implica necessariamente que exista um conflito de interesse, ou que deva ter lugar a recusa da aceitação da nomeação ou a sua recusa da continuidade no exercício da função de árbitro.”

O árbitro avalia, pois, se existem factos ou circunstâncias que possam, “aos olhos das partes”, dar origem a dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro. Se tais circunstâncias existirem o árbitro é obrigado a revelá-las às partes.

O dever de revelação assenta no princípio de que as partes têm um interesse em ser totalmente informadas sobre quaisquer circunstâncias que, a seu ver, possam ser relevantes; sendo que, em caso de eventual dúvida quanto à necessidade de revelação de determinados factos ou circunstâncias, deve haver lugar a revelação.

Reveladas as circunstâncias às partes, segue-se o teste objetivo estabelecido pelo 2.º Princípio Geral para determinar se existe efetivamente um conflito.

Não é demais referir que, de acordo com o 3.º Princípio Geral, o facto de um árbitro não divulgar determinados factos que possam suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência não significa necessariamente que exista um conflito de interesses, nem que o árbitro deva ser desqualificado.

Há, pois, que passar o teste do 2.º Princípio e, havendo conflito, aferir se o mesmo é grave e sério a ponto de se retirarem disso consequências, o que se torna fácil e claro, pelo menos, nos casos dos exemplos das listas da Parte II das Diretrizes da IBA.

Por outro lado, como se disse, as notas explicativas são muito úteis e relevantes para compreender este 3.º Princípio Geral⁴².

⁴² As principais alterações ao Princípio Geral 3 em 2024 incluíram a elevação de dois princípios que anteriormente eram apenas incluídos como notas explicativas. Um relativamente ao sigilo e outra relativa às ilações que se podem retirar da não revelação. O novo Princípio Geral 3 (e) e o novo Princípio Geral 3 (g) que confirma que o facto de um árbitro não divulgar determinados factos que possam suscitar dúvidas quanto à sua

O 4.º Princípio Geral determina, como se referiu já, os casos em que é concedida às partes a possibilidade de renunciar ao direito de recusa do árbitro fundada num potencial conflito de interesses, estipulando que se considera que uma parte renunciou a qualquer potencial conflito de interesses se, no prazo de 30 dias após a revelação do potencial conflito pelo árbitro, ou após o conhecimento pela parte dos factos ou circunstâncias que possam constituir ou dar azo a um potencial conflito de interesses, a parte não apresentar objeção expressa.

De acordo com o referido princípio:

“(a) Se, dentro de 30 dias após (i) o recebimento de qualquer revelação feita pelo árbitro, ou (ii) após uma parte, por qualquer outro modo, tomar conhecimento de factos ou circunstâncias que possam implicar a existência de um potencial conflito de interesses em relação a determinado árbitro, se não apresentar objeção expressa ao árbitro em questão, observados os parágrafos (b) e (c) deste Princípio Geral, considera-se que renunciou a invocar qualquer conflito de interesses que pudesse afetar o árbitro com base naqueles factos ou circunstâncias, não podendo a parte suscitar, numa fase posterior, qualquer objeção com fundamento nesses factos ou circunstâncias.

Para efeitos do 4(a)(ii), considera-se que uma parte tomou conhecimento dos factos ou circunstâncias que poderiam ter sido razoavelmente apurados através de diligências conduzidas no início ou durante o procedimento.

(b) Se existirem factos ou circunstâncias conforme previstos na Lista Vermelha de Situações Irrenunciáveis, qualquer renúncia por uma parte (incluindo uma declaração antecipada ou renúncia prévia, tal como previstas no Princípio Geral 3(b)), ou o acordo das partes em manter uma pessoa como árbitro, serão considerados inválidos.

(c) Uma pessoa não deve atuar como árbitro quando existir um conflito de interesse, tal como exemplificado na Lista Vermelha de Situações Renunciáveis. No entanto, essa pessoa poderá aceitar a sua nomeação como árbitro, ou continuar a agir como tal, se estiverem preenchidas as seguintes condições:

imparcialidade ou independência não significa necessariamente que exista um conflito de interesses ou que deva ser desqualificado, o que faz todo o sentido desde logo porque esses têm que passar o teste do Princípio Geral n.º 2.

- (i) *todas as partes, todos os árbitros e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se existir) tenham conhecimento pleno do conflito de interesse; e*
- (ii) *todas as partes acordem expressamente que tal pessoa pode atuar como árbitro, apesar do conflito de interesse.*
- (d) *O árbitro pode auxiliar as partes a chegar a um acordo de transação em qualquer fase do processo arbitral, mediante conciliação, mediação ou de outro modo. No entanto, antes de assim proceder, o árbitro deve obter o consentimento expresso das partes de que tal facto não impedirá o árbitro de continuar a atuar nesta qualidade. O consentimento expresso será considerado como uma renúncia efetiva à eventual existência de um conflito de interesse, que possa advir da participação do árbitro em tal processo, ou de informação a que o árbitro possa ter acesso durante o curso desse processo. Se a assistência prestada pelo árbitro não resultar numa transação definitiva no litígio, as partes continuam vinculadas pela sua renúncia. No entanto, em consonância com o Princípio Geral 2(a) e não obstante tal acordo, o árbitro apresentará a sua renúncia se, em consequência de seu envolvimento no processo de transação, lhe surgirem dúvidas quanto à sua capacidade de permanecer imparcial ou independente no processamento futuro do processo arbitral”.*

Este Princípio Geral foi alterado em 2024⁴³.

⁴³ As alterações de 2024 acrescentaram na al. a) que se considera que uma parte teve conhecimento de factos ou circunstâncias que possam implicar um potencial conflito de interesses, em relação a determinado árbitro, que um inquérito razoável teria revelado se tivesse sido realizado no início ou durante o processo. Parece ter-se criado uma presunção de conhecimento de todas as informações que pudessem causar um potencial conflito de interesses e que pudessem ter sido obtidas por meio de uma diligência razoável conduzida no início ou durante o procedimento arbitral. Além disso, as Diretrizes de 2024 referem que o potencial conflito de interesses decorrente dessas informações, presumidamente de conhecimento das partes, é objeto de renúncia caso não seja levantado pelas partes no prazo de 30 dias. Não resulta claro qual seria a data de início da contagem desse prazo. Também se suscitam dúvidas sobre se isto implica um ónus para as partes de, periodicamente, ao longo da arbitragem, procederem a “diligências razoáveis” para avaliar o surgimento de eventuais novos fatos passíveis suscitar conflito de interesses; se devem as partes declarar o momento em que realizaram tais “diligências razoáveis” e que profundidade devem ter. A despeito de, particularmente, a regra parecer bem-intencionada – afinal, parece coibir a tática de “guardar” um elemento de possível

O 5.º Princípio Geral, sob a epígrafe “Âmbito”, esclarece que todos estes Princípios se aplicam igualmente aos árbitros presidentes, co-árbitros e árbitros únicos, vinculando ainda os secretários do tribunal e assistentes aos mesmos deveres.

O 6.º Princípio Geral respeita a “Relações” abordando diferentes tipos de relação entre árbitros e as entidades para as quais estes trabalhem. De acordo com o Princípio Geral 6 considera-se que o árbitro é equiparado à sociedade de advogados em que se integra sem prejuízo de, ao analisar-se a relevância de factos ou circunstâncias para aferir de potenciais conflitos de interesses ou da necessidade de revelação, as atividades da sociedade e a relação entre o árbitro e a sociedade devam ser apreciadas no caso concreto. Como tal, o facto de as atividades da sociedade do árbitro envolverem uma das partes na arbitragem não constitui necessariamente um conflito ou sequer dever de revelação. Já assim era antes das alterações de 2024⁴⁴. O que importa é a relevância das atividades. A sua natureza, o âmbito do trabalho, e o tempo em que são realizadas, bem como a relação entre o árbitro e a sua sociedade devem

conflito para o caso de uma decisão desfavorável ser proferida –, entendemos que a sua aplicação prática pela comunidade arbitral internacional será essencial para que possamos compreender melhor sua extensão. Entendemos, em todo o caso que os princípios da transparência, colaboração e boa-fé devem impedir que uma parte possa ser prejudicada mesmo pela sua eventual falta de diligência na obtenção de informação que, em qualquer caso, o árbitro estivesse obrigado a revelar.

⁴⁴ Este Princípio Geral foi atualizado em 2024 para incluir uma referência mais geral ao “empregador” de um árbitro (anteriormente apenas se referia a um escritório de advogados). Também reconhece uma gama mais alargada de antecedentes profissionais, reconhecendo que os árbitros podem ser empregados de escritórios de advogados e não exclusivamente sócios. As notas explicativas reconhecem ainda a evolução da estrutura das práticas jurídicas internacionais e esclarecem que *as estruturas através das quais diferentes sociedades de advogados cooperam e/ou partilham lucros podem constituir uma base para considerar que um árbitro tem a identidade dessas outras sociedades*. Existe ainda uma nova disposição significativa – 6(c) – que clarifica a dinâmica das entidades controladas pelas partes, confirmando que qualquer *entidade jurídica ou pessoa singular sobre a qual uma parte tem uma influência de controlo pode ser considerada como tendo a identidade dessa parte*. Tal aplicar-se-ia, por exemplo, à relação entre a empresa-mãe e a filial. As alterações às notas explicativas passaram a esclarecer que os financiadores de certo litígio (*third party funders*) ou as seguradoras podem ter um interesse direto no litígio, uma influência nas partes ou na condução dos procedimentos. Também se fizeram esclarecimentos a respeito das entidades controladas pelo Estado.

ser analisadas. Pode relevar, por exemplo, o conhecimento, ou não, do conflito pelo árbitro e as circunstâncias desse desconhecimento; o facto de o árbitro ter estado envolvido, ou não, no trabalho da sua sociedade, ou de ser significativo o montante auferido por esta.

Finalmente, o 7.º Princípio Geral atenta a deveres de informação dos árbitros e das partes⁴⁵.

Na Parte II, como se disse, procede-se à densificação dos referidos princípios gerais numa lista de casos práticos, organizados de acordo com um código de cores. Há uma lista de casos vermelha que se subdivide em duas: a lista vermelha irrenunciável e a renunciável.

A vermelha irrenunciável enumera as situações de conflito de interesses que impedem o árbitro de aceitar desempenhar funções, ou de prosseguir com as mesmas. É o caso, por exemplo, do ponto 1.3 da dita lista, em que “[o] árbitro possui interesse financeiro ou pessoal significativo numa das partes, ou no resultado da arbitragem”. É também o caso do ponto 1.4 da mesma lista em que “[o] árbitro, presentemente ou regularmente, presta assessoria a uma parte, ou a uma afiliada de uma parte, e o árbitro ou a sociedade de advogados de que faz parte ou é dele empregador, auferem um significativo rendimento financeiro dessa assessoria”⁴⁶. Nessas situações é inadmissível o exercício da função de árbitro, sendo vedado às partes aceitá-lo em qualquer circunstância.

A lista vermelha renunciável enuncia situações que devem ser reveladas pelo árbitro, o qual só pode aceitar (ou prosseguir) a função se as partes, conhecendo embora o conflito de interesses, derem o seu consentimento expresso. É o caso, por exemplo, do ponto 2.3.6 da dita lista, em que “[a] sociedade de advogados do árbitro atualmente possui um relacionamento comercial significativo com uma das partes ou com uma afi-

⁴⁵ O Princípio Geral 7 (deveres das partes e dos árbitros), na sua nova redação, indica que as partes têm o dever de (a) revelar a eventual existência de relação entre o árbitro e suas controladas e controladoras; e (b) apontar eventuais pessoas físicas ou jurídicas que entendam que o árbitro deveria considerar quando da realização de suas revelações; tudo sob a premissa de que cabe às partes realizar “diligências razoáveis” e disponibilizar as informações pertinentes que estejam disponíveis. Sobre este tema V. FILIPA CANSADO CARVALHO, “Os Deveres de Investigação e Informação das Partes Estabelecidos no Princípio geral 7 das Diretrizes da IBA sobre conflitos de Interesse” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Almedina, 2016, p. 171 e ss.

⁴⁶ Ver supra nota 40.

liada de uma das partes.”. Nesse caso, uma vez revelada expressamente a situação e identificado o conflito de interesses em causa, as partes podem ainda assim aceitar o árbitro, desde que o declarem inequivocamente.

Há ainda uma lista laranja que descreve (de forma não exaustiva) as situações nas quais poderá existir um conflito de interesses, dependendo da avaliação das partes. Trata de situações que os árbitros devem revelar e em que, se as partes não objetarem em tempo útil, entende-se que aceitam o árbitro. É o caso, por exemplo, do ponto 3.1.7 da lista laranja, que dispõe o seguinte: “*A sociedade de advogados do árbitro ou o seu empregador presta, atualmente ou regularmente, serviços a uma das partes ou a uma afiliada de uma das partes, sem que tal constitua uma relação significativa para essa sociedade ou empregador, sem o envolvimento do árbitro, e ainda que esses serviços não respeitem ao litígio em curso*”.

Comparando as situações dos casos dos pontos 1.3, 2.3.6 e 3.1.7 das listas, facilmente se verifica o detalhe na graduação de relevância dos conflitos.

Finalmente, há a lista verde que enuncia situações (também de forma não exaustiva) em que não existe conflito de interesses e, por isso, não têm de ser sequer reveladas pelo árbitro⁴⁷.

Note-se que é fundamental que a Parte I e a Parte II das Diretrizes sejam consideradas em conjunto, existindo, entre elas, um necessário caminho lógico a percorrer, no que se refere ao dever de revelação. Se a Parte I fornece os Princípios Gerais que devem ser aplicados a todas as situações, a Parte II limita-se a ilustrar os primeiros, o que não sendo de somenos, é secundário⁴⁸. O facto de o fazer de modo não exaustivo significa que a imprevisão de uma situação particular não permite pressupor que nenhuma revelação deva ser feita e, muito menos, que qualquer

⁴⁷ É o caso, por exemplo, do ponto 4.1.1 da lista verde em que “*O árbitro expressou anteriormente uma opinião jurídica (como, por exemplo, num artigo publicado numa revista jurídica, ou numa palestra pública) a respeito de determinada matéria que também está em causa no processo arbitral (mas tal opinião não se refere especificamente ao caso objeto da arbitragem).*”

⁴⁸ Apesar da separação e distinta finalidade dos princípios e dos exemplos práticos que os visam ilustrar, há pontos em que se entrecruzam. É por exemplo o caso das als. b) e d) do Princípio Geral 2, em cujas redações se dão por integradas situações ou requisitos previstos nos casos elencados nas listas vermelha. Trata-se, porventura, de aceitável concessão de melhor técnica a um certo pragmatismo.

conflito de interesses existe ou não. Acresce referir que, como decorre da Introdução às Diretrizes IBA, estas não prevalecem sobre qualquer legislação nacional aplicável, regras arbitrais, códigos de conduta ou outros instrumentos vinculativos, e devem ser aplicadas com bom senso e sem um formalismo excessivo.

Em suma, de acordo com estes princípios e listas, em ordem a garantir a regularidade da possibilidade de atuação como árbitro, deve o mesmo partir das normas previstas no 3.º Princípio Geral e aferir se está ou não obrigado a revelar determinada situação. Seguidamente deve aferir, à luz das normas previstas no 2.º Princípio Geral, se a situação revelada configura ou não um conflito de interesses. Finalmente, à luz dos normativos que enformam o 4.º Princípio Geral, deverá aferir se, havendo conflito, o mesmo é passível de renúncia pelas partes.

Do exposto resulta clara a razão pela qual estas Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse têm merecido acolhimento quase unânime na comunidade arbitral mundial. Claro está que, como qualquer conjunto normativo, não é imune a críticas, como se viu. Uma aplicação farisaica e desapegada do seu propósito, que é proteger a independência e imparcialidade dos árbitros, poderá conduzir a excessos. Não obstante, a sua clareza e detalhe, a sua objetividade, a sua sustentada atualização com base nas melhores práticas, bem como a exortação que faz para que as suas regras se apliquem com bom senso e sem interpretações de cunho indevidamente formalista, contribuem enormemente para a segurança jurídica de árbitros e partes.

IV – O acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de fevereiro de 2023 (Processo n.º 3215/22.7YRLSB-2) e a perspetiva das Diretrizes IBA

De acordo com o sumário do acórdão da Relação Lisboa, de 9 de fevereiro de 2023 (rel. Desembargador Pedro Martins), tirado no Processo n.º 3215/22.7YRLSB-2),

“III – Viola o dever de revelação, o árbitro que não dá a conhecer que (i) a sociedade de advogados de que é sócio tinha como sua key client, num ano em que a arbitragem ainda estava a decorrer, a sociedade que é autora no processo de arbitragem; e (ii) aquela sociedade de advogados assessorou e

patrocinou uma operação de venda das sucursais dessa sociedade que atingiu o montante global de 33 milhões de euros, com a assinatura da venda em Outubro 2020, isto é, durante o decurso do processo arbitral. E isto apesar de no processo terem sido revelados factos que mostram vínculos muito menos significativos com tal sociedade por todos os três árbitros.

IV – O não cumprimento do dever de revelação, conjugado com a falta de independência (isto é, quando no “incumprimento se manifestem circunstâncias donde se possam extrair indícios que permitam, objetivamente, fundar um juízo de afetação da independência e imparcialidade”), pode levar à anulação da sentença arbitral, com base, pelo menos, no art. 46/3(a/iv) da LAV (fundamento relativo à composição do tribunal) ⁴⁹.

V – O requisito de a desconformidade ter influência decisiva na resolução do litígio – parte final do art. 46/3(a/iv) da LAV – “deve ser entendido no sentido de se tratar de uma influência apenas potencial ou possível na decisão final”, isto é, a violação deve relevar quando, sem ela, “a resolução do litígio poderia, possível ou conjeturalmente – nem sequer verosimilmente –, ter sido (algo) diferente, não sendo necessário demonstrar que” a mesma teve “efetiva e decisivamente influência na decisão”. E se “o que se pretende questionar é a composição do tribunal arbitral, o preenchimento do requisito [...] torna-se muito mais fácil, visto que será muito difícil negar a ‘influência decisiva na resolução do litígio’ que teria o facto de o tribunal ser eventualmente composto por outras pessoas.”

Tendo em conta a factualidade exposta no Acórdão, na parte que para o efeito do presente releva, e a explanação *supra* das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse, dos seus referidos princípios, bem como da listagem de exemplos que os materializam, entendemos, como se começou por dizer, que a decisão do citado aresto é correta, mas teria beneficiado de uma fundamentação mais arreigada nos Princípios Gerais das Diretrizes da IBA, especificamente nos Princípios Gerais 2, 3 e 4⁵⁰, e respetivas notas explicativas, e não apenas nas listas.

Em causa estava, como se disse, a relação não revelada – descoberta pela Demandada já após a sentença arbitral – entre a sociedade de advogados da qual um dos árbitros era sócio – o indicado pela Demandada

⁴⁹ Sublinhado nosso.

⁵⁰ Estes princípios não sofreram alterações de fundo de 2014 para 2024.

– e a entidade Demandante, que era *key client* da referida sociedade de advogados, sendo um dos seus cinco maiores clientes. Durante a arbitragem decorreu uma operação entre as duas entidades no valor de trinta milhões de euros.

O Tribunal da Relação referiu que “o facto (i)⁵¹ subsume-se na previsão do ponto 2.3.6. das *Guidelines da IBA inserido na lista vermelha de situações renunciáveis*” e o “facto (ii)⁵² subsume-se, pelo menos (...), na previsão do ponto 3.1.4 das mesmas diretrizes, incluído na lista laranja”.

Mais se entendeu que o incumprimento de tal dever ocorreu num cenário em que se manifestavam circunstâncias das quais se podiam extrair indícios que permitiriam, objetivamente, fundar um juízo de afetação da independência e imparcialidade.

Como se diz no acórdão: “o facto de não ter revelado, como devia, aqueles factos, para mais tendo em conta que outros factos, que revelavam uma ligação muito menos próxima com as partes, tinham sido revelados pelos árbitros (...) não pode deixar de suscitar, do ponto de vista de um terceiro razoável, conhecedor de todos aqueles factos, dúvidas justificáveis sobre a independência e imparcialidade, até porque essas dúvidas podiam ter sido reforçadas, no sentido da sua certeza, caso a revelação tivesse sido feita, possibilitando a melhor averiguação pela parte de outros factos e circunstâncias relevantes ...”.

E, efetivamente, no sumário do Acórdão, na parte *supra* transcrita, a respeito da circunstância que deveria ter sido revelada, afirmou o Tribunal da Relação o seguinte: “E isto apesar de no processo terem sido revelados factos que mostram vínculos muito menos significativos com tal sociedade por todos os três árbitros.”.

Admite-se que o segmento do sumário que se reporta à revelação pelos outros árbitros de vínculos menos significativos com a sociedade Demandante talvez não devesse constar no mesmo. Não tanto por não ser

⁵¹ (i) a sociedade de advogados de que é sócio tinha como sua *key client*, num ano em que a arbitragem ainda estava a decorrer, a sociedade que é autora no processo de arbitragem;

⁵² (ii) aquela sociedade de advogados assessorou e patrocinou uma operação de venda das sucursais dessa sociedade que atingiu o montante global de 33 milhões de euros, com a assinatura da venda em outubro 2020, isto é, durante o decurso do processo arbitral.

admissível presumir a falta de independência e imparcialidade da mera circunstância de omissão do dever de revelação⁵³, mas sobretudo porque, na verdade, não foi esse o fundamento essencial da decisão do Tribunal, como se disse. O argumento de que a não revelação, por si só, não basta para considerar um árbitro parcial ou com falta de independência e que apenas os factos ou circunstâncias que não foram por ele divulgados o podem permitir não é um argumento contra a possibilidade de anulação com o fundamento da violação do dever de revelação, mas sim a exploração de mais um requisito para que essa violação, junto com mais alguma coisa possa servir de fundamento. Não se trata apenas a violação do dever de revelação. Violado o dever de revelação verificando-se factos suficientes para se concluir pela aparência /indício da violação da independência há fundamento bastante para anulação da sentença arbitral.

Como aí se refere “... *aceitando-se a posição de que não basta a violação do dever de revelação para se preencher a previsão do fundamento de anulação da sentença arbitral (art. 46/3(a/iv) da LAV), tendo que se demonstrar o desrespeito dos requisitos da independência e da imparcialidade, como garantias, tal posição não tem implicações no caso em que se demonstra também essa violação. Isto é, violado o dever de revelação e verificando-se factos suficientes para se concluir pela aparência da violação da garantia da independência, há fundamento suficiente para a anulação da sentença arbitral*”.

O Tribunal da Relação afastou assim expressamente a possibilidade de se admitir a anulação da sentença arbitral com base na mera omissão do dever de revelação, mas concluiu pelo indício de violação da independência ao considerar demonstrado um conflito objetivo de interesses.

O árbitro devia ter revelado desde início qualquer relação com a Demandante e qualquer interesse económico direto ou indireto, como seria o caso da sociedade de advogados. Tal como fizeram os demais

⁵³ Como se disse, de acordo com as notas explicativas ao Princípio Geral 3 IBA – nota explicativa (c) na versão de 2014, o facto de um árbitro não divulgar certos factos ou circunstâncias que, aos olhos das partes, possam suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência, não resulta automaticamente na conclusão de que existe um conflito de interesses, ou de que a sua desqualificação deva ocorrer. Com as alterações de 2024 esta nota explicativa foi erigida em princípio geral e consta na al. (g) ao princípio geral 3 IBA.

árbitros. A omissão de que a Demandante era uma cliente de enorme relevância para a sociedade de advogados do árbitro – que visa o lucro, sendo que uma sentença contra uma das suas principais clientes seria contra o seu interesse – prejudicou a Demandada, impedindo-a de uma escolha livre *ab initio* ou de o recusar num incidente adequado. Estava assim indiciado um conflito de interesses objetivo do ponto de vista de um terceiro com conhecimento das circunstâncias e que configura uma situação séria que apenas poderia ser considerada irrelevante se e quando a Demandada, uma vez ciente do conflito de interesses, manifestasse expressamente a sua intenção de manter o árbitro na sua função. Compreende-se o caminho seguido.

Parece-nos, porém, que como metodologia adequada, a fundamentação deveria partir do 3.º Princípio Geral, avaliando a obrigação de revelação, a que se seguiria a avaliação, de acordo com o 2.º Princípio Geral, sobre se a situação revelada configuraria ou não um conflito de interesses e, finalmente, deveria aferir-se se, havendo conflito, o mesmo seria ou não renunciável pelas partes de acordo com o 4.º Princípio Geral. Veja-se:

Segundo o Princípio Geral 3 (a) o árbitro deve revelar quaisquer factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência.

Como questão prévia, no caso, importava aferir se um árbitro é ou deve ser – e em que circunstâncias – equiparado à sua sociedade de advogados quando esta tenha uma relação com uma das partes para efeitos de avaliação de cumprimento de deveres de revelação e existência de conflitos de interesse que ponham em causa a independência. A resposta é sim, desde já se antecipando que isso não significa, por si só, que exista dever de revelar ou conflito de interesses.

De acordo com o Princípio Geral 6, à partida, um árbitro é equiparado à sua sociedade de advogados. Porém, ao analisar a relevância de factos ou circunstâncias para apurar a existência de um potencial conflito de interesses ou a necessidade de uma revelação, as atividades da referida sociedade de advogados, se existirem, e a relação entre o árbitro e a sua sociedade de advogados devem ser apreciadas no caso concreto. O facto de as atividades da sociedade de advogados envolverem uma das partes não constitui necessariamente uma fonte de conflito ou motivo para reve-

lação. Faz sentido. Casos há em que o que parece não é. E, mesmo sendo, pode não ser relevante.

Assente que deve haver equiparação, deve então o árbitro aferir se, quer a relação entre a parte no processo arbitral e a sua sociedade, quer a sua relação com a sua sociedade de advogados poderiam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência.

Parece-nos evidente que, neste caso concreto, a resposta é afirmativa.

Tendo em conta – como se apela no Princípio Geral 6 – a relação concreta entre a sociedade de advogados do árbitro e a parte, em que esta assume a relevância de um *key client* da primeira, significando isso que está entre as suas cinco maiores clientes, é evidente que, conhecessem as partes a relação referida e a contemporaneidade da mesma com a arbitragem, teriam razões para duvidar da independência e, porventura, até da imparcialidade do co-árbitro. Note-se que para efeito de dever de revelação tais dúvidas nem sequer têm que ser justificáveis. A lógica da revelação é suscitar o tema e deixar que as partes o avaliem.

A relação comercial significativa entre o escritório de um dos árbitros e a Demandante deveria ter sido revelada pelo árbitro em causa para permitir que as partes a pudessem avaliar na sua globalidade e, devidamente contextualizadas, tomassem uma decisão informada sobre a sua continuidade no processo arbitral.

Aliás, a afirmação feita no acórdão de *no processo terem sido revelados factos que mostram vínculos muito menos significativos com tal sociedade por todos os três árbitros* faz sentido. Desde logo como argumento *a fortiori*, no caso, enquanto reforço da ideia de um juízo objetivo sobre o que possam ser factos ou circunstâncias suscetíveis de levantar dúvidas nas partes quanto à independência e imparcialidade do árbitro. A ideia de aproveitamento do raciocínio dos demais árbitros a respeito de casos menos graves, como ponderação sobre a relevância de factos ou circunstâncias que mereçam revelação, faz sentido até na medida em que, de acordo com o Princípio Geral 3 a), o dever de revelação não se destina apenas a esclarecer as partes mas também os demais co-árbitros⁵⁴. Ora se assim é e estes, no caso concreto, revelaram factos menos graves, é evidente que devia ter havido revelação. O objetivo da revela-

⁵⁴ A revelação deve ser feita às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se existir e se assim for requerido pelas regras institucionais

ção é, justamente, permitir às partes e aos co-árbitros determinarem se concordam com a avaliação feita pelo árbitro e, sendo necessário, obterem mais informação. Esta é, aliás, uma das razões por que, na dúvida sobre a relevância da informação, o árbitro deve optar por revelar.

Noutra perspetiva, se outros árbitros – aliás, também eles relacionados com as suas próprias sociedades – com respeito a situações menos graves as revelaram, é de admitir que tal situação teria ao menos que ter suscitado dúvidas no co-árbitro quanto ao dever de revelar a sua situação (mais grave). E se assim é, estava obrigado a fazer essa revelação em linha com o Princípio Geral 3 d) que dispõe que, no caso de dúvida quanto à necessidade de revelação, a mesma deve ser resolvida em favor da revelação.

Parece, pois, que no caso concreto, o co-árbitro tinha o dever de revelar em face do princípio geral 3 a) e tendo presente o Princípio Geral 6 a).

Demonstrado o incumprimento do dever de revelar faz sentido avaliar o caso à luz do 2.º Princípio Geral de modo a identificar se, efetivamente, a situação a revelar (não revelada) configurava conflito de interesses. Com efeito, insiste-se, a omissão de factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes suscitar dúvidas quanto à independência e imparcialidade não implica que haja necessariamente conflito de interesses⁵⁵.

Ora, estabelece tal princípio que o árbitro deve recusar a sua nomeação ou, se o tribunal já estiver constituído, recusar continuar a atuar como árbitro, se houver quaisquer dúvidas da sua parte quanto à sua capacidade de ser imparcial ou independente⁵⁶. Esta disposição revela-se de pouco interesse para o caso concreto na medida em que, admitindo que conhecia a factualidade relevante, se o árbitro não recusou a sua nomeação nem continuar a atuar como árbitro, é porque não tinha ele próprio dúvidas sobre a sua capacidade de independência e imparcialidade.

Porém, de acordo com o Princípio Geral 2(b)⁵⁷ o árbitro deve recusar atuar quando se verifique que, de acordo com um teste objetivo, no

aplicáveis) e aos co-árbitros, se os houver. A revelação deve ser feita antes de se aceitar a nomeação ou assim que se tiver conhecimento dos factos que a justifiquem.

⁵⁵ Ver Princípio 3 g). na versão de 2024 e nota explicativa c) ao Princípio 3 na versão de 2014.

⁵⁶ Também aqui não há alterações de 2014 para 2024.

⁵⁷ Também aqui não há alterações de 2014 para 2024.

juízo de um terceiro razoável, com conhecimento dos factos relevantes, se levantariam dúvidas justificáveis⁵⁸ a respeito da sua imparcialidade ou independência.

Ora, não é preciso muito esforço para admitir que qualquer terceiro razoável – por exemplo, o leitor deste artigo! – sabendo que o árbitro tem – direta ou indiretamente – uma relação atual e muitíssimo significativa em termos económicos com uma das partes⁵⁹, concluiria pela probabilidade de o árbitro poder ser influenciado na sua decisão por factos alheios ao mérito da causa. Sentiria um terceiro confiança no processo? Teria um terceiro aceite de início um árbitro nessas condições?

Claro está que um terceiro razoável, com mais informação⁶⁰, poderia até passar a ter confiança na capacidade de independência do árbitro. Poderia ser que, perante tais informações, as dúvidas deixassem de existir ou, pelo menos passassem a ser justificadas. É, aliás, por isso que nos termos do dito princípio se ressalva a hipótese de as partes, não obstante o conflito, ainda assim, aceitarem o árbitro de acordo com os requisitos indicados no 4.º Princípio Geral⁶¹ – princípio que define os termos e situações em que as partes podem renunciar ao conflito de interesses e aceitar o árbitro.

Porém, para que tal faculdade pudesse ser exercida, a informação apenas podia ser obtida através de esclarecimentos do próprio árbitro e, obviamente, na sequência de revelação, que no caso não ocorreu. A parte, na medida em que foi violado o dever de revelação, não teve opor-

⁵⁸ De acordo com o Princípio Geral 2 al. c) consideram-se justificáveis as dúvidas se um terceiro razoável, com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes concluísse que existe probabilidade de o árbitro poder ser influenciado na sua decisão por factos alheios ao mérito da causa nos termos em que ela é apresentada pelas partes.

⁵⁹ Através da sua sociedade de advogados.

⁶⁰ Imagine-se que o árbitro era apenas um sócio honorário do escritório, que não quinhoeava nos resultados do mesmo, que nunca teve qualquer contacto com o cliente do escritório e ainda que era uma das únicas pessoas com conhecimentos específicos sobre o assunto em disputa.

⁶¹ Com as alterações de 2024 foi acrescentado à nota explicativa ao princípio geral n.º 2 – nota b) – que “...*O árbitro deve declinar a nomeação ou continuar a atuar de acordo com o princípio geral 2 (b), porque um conflito de interesses objetivo existe, a não ser que tal conflito seja afastado por força do Princípio Geral 4*”.

tunidade de ponderar quaisquer eventuais circunstâncias que a fizessem ter confiança apesar do conflito.

Em suma, tendo em conta a factualidade disponível, o árbitro devia ter declinado a nomeação ou recusado continuar a atuar de acordo com o 2.º Princípio Geral, al. b), uma vez que havia um conflito objetivo de interesses. O Princípio Geral 4 c) que estipula que uma pessoa não deve atuar como árbitro quando exista um conflito de interesses como sucede no caso de o árbitro ser sócio de uma sociedade de advogados que tenha como cliente relevante uma das partes no processo na pendência do mesmo⁶². É certo que nesses casos o árbitro pode aceitar o cargo ou continuar em funções. Porém, isso só pode acontecer se (i) todas as partes, todos os árbitros e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se existir) tiverem conhecimento pleno do conflito de interesses; e (ii) todas as partes acordarem expressamente que tal pessoa pode atuar como árbitro, apesar do conflito de interesses. As partes podem, pois, renunciar ao conflito.

Ora, não foi o caso na situação tratada no aresto a que temos vindo a aludir. Uma vez que não foi revelada a situação que configurava conflito objetivo, não foi nem podia ter sido dado consentimento expreso pelas partes à continuidade do árbitro em questão.

O árbitro tinha de ter feito uma revelação expressa de acordo com o 3.º Princípio Geral⁶³ – informando as partes da relação entre o seu escritório e a Demandante – para lhes dar a oportunidade de, sendo caso disso, renunciar também expressamente ao potencial conflito.

⁶² Cfr. ponto 2.3.6 da Lista Vermelha de Situações Renunciáveis onde se prevê expressamente esta situação.

⁶³ As principais alterações ao Princípio Geral 3 em 2024 não impactaram no sentido seguido no acórdão. Incluíram apenas, como se viu acima, a elevação de dois princípios que anteriormente eram apenas incluídos como notas explicativas. Um relativamente ao sigilo e outra relativa às ilações que se podem retirar da não revelação. A nova Norma Geral 3(e) prevê que um árbitro não deve aceitar uma nomeação ou deve demitir-se se tiver de fazer uma revelação, mas estiver impedido de o fazer por regras de sigilo profissional ou outras regras de prática ou conduta profissional. Por seu turno, o novo Princípio Geral 3 (g) confirma que o facto de um árbitro não divulgar determinados factos que possam suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência não significa necessariamente que exista um conflito de interesses ou que deva ser desqualificado, o que faz todo o sentido desde logo porque esses têm que passar o teste do Princípio Geral n.º 2.

O dever de revelação, no caso, tratava-se de um dever efetivo do árbitro a que correspondia um direito das partes. Não estava na sua disponibilidade deixar de revelar. Por isso é que a omissão de revelação, tendo em conta a gravidade da situação das circunstâncias omitidas, pode redundar na anulação da sentença arbitral ou na sua inexecutibilidade.

Não houve, pois, no caso, a nosso ver, qualquer presunção de falta de independência e imparcialidade decorrente da mera omissão do dever de revelação. No caso em questão, a omissão do árbitro em revelar a relação comercial significativa impunha revelação expressa pelo árbitro e impediu que as partes tivessem a oportunidade de renunciar ao potencial conflito de interesses de forma informada.

O Tribunal da Relação de Lisboa, esteve, pois, bem. Teria beneficiado de um aprofundamento da fundamentação à luz das Diretrizes da IBA, mas nem por isso esta decisão deixa de constituir um relevante contributo para a transparência e confiança na arbitragem.

V – Conclusão

As emoções e os sentimentos têm um papel de relevo na arbitragem, influenciando os agentes nos seus vários processos cognitivos e motivando as suas escolhas e decisões. O sentimento de confiança é fundamental. Não subsiste sem garantias de independência e imparcialidade dos árbitros. A independência é, aliás, um estatuto que incentiva a virtude da imparcialidade. O dever dos árbitros revelarem situações que as possam fazer perigar é a mais importante garantia da confiança desejada. Por isso mesmo, a omissão do dever de revelação, não pondo em causa por si só a independência ou imparcialidade dos árbitros, é um tema de extrema relevância e complexidade.

O facto de a LAV não concretizar objetivamente o modo como aferir e avaliar as situações que devam ser reveladas pelos árbitros cria incerteza que tem sido colmatada pelos tribunais com base em instrumentos de *soft law*, como é o caso das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional, as quais oferecem um quadro normativo que ajuda a concretizar conceitos abertos e indeterminados como são os de independência e imparcialidade, oferecendo um caminho mais seguro para a aferição da regularidade da atuação dos árbitros. Primeiro aferindo

do seu dever de revelação e depois aferindo se há conflito suscetível de justificar o seu afastamento ou a invalidação da decisão arbitral.

Foi precisamente o que procurou fazer o recente acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de fevereiro de 2023, no Processo n.º 3215/22.7YRLSB-2. Um árbitro não revelou a existência uma relação comercial significativa entre a sua sociedade de advogados e uma das partes na pendência da arbitragem, o que, em abstrato, constitui um grave conflito de interesses suscetível de afastamento do árbitro. Tendo em conta a factualidade não revelada e não a omissão por si só – não tendo, com efeito, presumido a falta de independência do co-árbitro a partir da mera omissão do dever de revelação – o tribunal entendeu anular a sentença arbitral, entendendo, com base no disposto no artigo 46.º, n.º 3, al. a), subalínea iv) da LAV, que a constituição do tribunal arbitral não foi conforme com o compromisso arbitral e com a lei, com influência decisiva no litígio.

Sem prejuízo de o sentido da decisão não merecer reparo, parece-nos que a sua fundamentação teria saído beneficiada se não se tivesse recorrido às Diretrizes da IBA apenas para se valer das suas listas de casos práticos, e se tivesse valido dos seus princípios gerais tão relevantes. Explanados que tivessem sido tais princípios, bem como o modo como funcionam e se articulam com as listas de casos práticos, tudo se tornaria mais claro, como se procurou demonstrar acima.

A importância e credibilidade da arbitragem, a dignidade das funções dos árbitros, e a confiança de quem recorre à arbitragem, reclamam garantia de independência e imparcialidade, bem como clareza de conceitos. A aplicação das Diretrizes da IBA, mormente dos princípios gerais nelas enunciados, contribui significativamente para tal.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

Armindo Ribeiro Mendes

*Advogado
Antigo Juiz do Tribunal Constitucional*

Sofia Ribeiro Mendes

Advogada

Crónica de Jurisprudência

I. Introdução

1. A análise jurisprudencial que se segue abrange os meses de junho a dezembro de 2024, podendo dizer-se que as espécies analisadas não são, de um modo geral, inovadoras, baseando-se no lastro de decisões proferidas nos anos anteriores que adotaram orientações uniformes no domínio da aplicação da Lei de Arbitragem Voluntária vigente.

Deve igualmente notar-se que, em termos de volume, são bastante numerosas as decisões dos tribunais superiores administrativos que conhecem de recursos interpostos no âmbito de processos arbitrais tributários ou processos de arbitragem necessária instaurados no Tribunal Arbitral do Desporto. São mais escassas as decisões proferidas em processos arbitrais no âmbito do direito privado ou do direito administrativo.

2. Passar-se-á de imediato à análise de diferentes arestos que pudemos recensear.

II. Análise Jurisprudencial

A. Convenção de arbitragem, conteúdo e forma da estipulação; interpretação de convenção; arbitrabilidade dos litígios; e preterição do tribunal arbitral

3. O Acórdão n.º 787/2024 do Tribunal Constitucional (relator Cons. Teles Pereira)¹, tirado em 5 de novembro de 2024, versou uma questão de constitucionalidade referente ao âmbito da possível convenção de arbitragem num processo arbitral tributário.

Uma sociedade anónima requereu junto do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) a constituição de tribunal arbitral tendo em vista a apreciação de um pedido de pronúncia arbitral que consistia na declaração de ilegalidade dos atos de repercussão da “*Contribuição de Serviço Rodoviário (CSR)*” nas faturas referentes ao gasóleo rodoviário e à gasolina adquiridos pela requerente no decurso dos anos de 2021 e 2022 e, bem assim, das correspondentes liquidações de CSR praticadas pela Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), com base nas Declarações de Introdução ao Consumo (DIC) submetidas pela respetiva fornecedora de combustíveis com a consequente anulação dos referidos atos e restituição à requerente das quantias suportadas.

No processo arbitral, a AT suscitou a questão da incompetência do tribunal arbitral para apreciar este litígio, tendo o tribunal arbitral julgado procedente esta exceção dilatória por falta de vinculação do Estado, nos termos do art. 4.º do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT).

A sociedade requerente interpôs recurso desta decisão arbitral para o Tribunal Constitucional, tendo por objeto duas questões de constitucionalidade. Este Tribunal conheceu apenas da questão de constitucionalidade atinente ao art. 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

O Tribunal Constitucional começou, no seu Acórdão, por referir que a lei de autorização legislativa relativa à arbitragem tributária previa, no que toca à delimitação do objeto do processo arbitral, a possibilidade de se incluir nesse processo “os atos de liquidação tributários, incluindo os

¹ Proc. n.º 1322/2023, disponível em www.dgsi.pt.

de autoliquidação, retenção na fonte e os pagamentos por conta ...” (art. 124.º, n.º 4, alínea a), da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril).

No exercício da sua competência, o Governo publicara o decreto-lei autorizado, estabelecendo que “[a] vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais constituídos nos termos da presente lei depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, que estabelece, designadamente, o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos” (art. 4.º, n.º 1, do RJAT, Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro). No art. 2.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, refere-se que a competência dos tribunais arbitrais tributários compreende a apreciação da questão de “declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta”.

Por último, a Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, no seu proémio, determina que os “serviços e organismos referidos no artigo anterior vinculam-se à jurisdição dos tribunais que funcionam no CAAD que tenham por objeto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja cometida referidas no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, com exceção das seguintes (...)”.

Ora, a vinculação unilateral da Administração Tributária à jurisdição arbitral administrada pelo CAAD acabou por se confinar a impostos, apesar das fontes legais se referirem em geral a tributos.

A recorrente sustenta a inconstitucionalidade desta restrição com base no n.º 6 do art. 112.º da CRP, visto o regulamento não ter adotado a forma de decreto regulamentar.

Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional julgou que a norma da portaria em análise não violava o n.º 6 do art. 112.º do CRP, remetendo para um anterior Acórdão que julgara no mesmo sentido (Acórdão n.º 545/2019).

Neste último Acórdão, o Tribunal Constitucional sustentara que a arbitragem tributária era diferente da arbitragem voluntária administrativa ou de direito privado, na medida em que a Autoridade Tributária e Aduaneira estava vinculada à opção que o sujeito passivo tomasse (recorrer aos tribunais estaduais ou antes à arbitragem), como também puseram em relevo os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 177/2016 e 244/2018.

O Acórdão em análise fundamenta deste modo a legitimidade constitucional da norma impugnada:

*“(...) o certo é que o artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 23 de março, se conteve no âmbito pré-determinado pelo RJAT. Neste preceito, o legislador foi claro ao remeter para portaria «[...] o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos», sendo que no «tipo se inscreve designadamente, a delimitação dos litígios em função das garantias dos tributos. Como se sublinhou no já citado Acórdão n.º 545/2019, por esta via, o legislador «[...] **determinou [...] a existência de um espaço de discricionariedade administrativa relativamente às entidades da administração que ficam abrangidas pelo sistema de arbitragem tributária, bem como o valor e tipo de causas que podem ser submetido(s) a esta arbitragem**» De onde se conclui que, ao circunscrever a competência do CAAD, o artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2022, de 22 de março, não dispôs para além, em contradição ou em restrição da previsão legal, limitando-se a **concretizar** ou **especificar**, nos precisos termos em que o legislador o pretendia. Não existiu, assim, uma vontade legislativa mais ampla contrariada por via regulamentar mais restritiva; o que existiu foi **ab initio**, uma vontade legislativa que estabeleceu a **amplitude máxima possível** da arbitragem tributária e deixou à Administração a possibilidade de confirmar os litígios arbitráveis dentro dessa margem” (II.2.2.1).*

4. Este Acórdão – tal como o anterior Acórdão n.º 598/2015 – teve alguma dificuldade em enquadrar a questão de constitucionalidade no que toca à arbitragem tributária. Parece acolher a ideia de que esta arbitragem tem uma natureza diferente, sendo obrigatória para a AT se o contribuinte optar pela via arbitral. Tratar-se-ia, pois, de uma figura mista, em que a arbitragem seria voluntária para o contribuinte e necessária para a AT, limitando-se esta a praticar um ato administrativo de vinculação unilateral à arbitragem, com eficácia temporal sem prazo.

Outra forma de ver as coisas, sem negar as especificidades da arbitragem tributária, seria a de que existe uma convenção de arbitragem, na medida em que a Administração Tributária se limita a formular uma promessa unilateral de celebração da convenção de arbitragem, como sustentam Dário Moura Vicente e Mariana França Gouveia, ou uma oferta pública de celebração de compromisso arbitral, como sustentam outros.

O sujeito passivo adere a essa oferta, ao optar pela arbitragem tributária, formando-se a convenção de arbitragem.

Independentemente destas divergências de construção jurídica, afi-gura-se que a decisão do Tribunal Constitucional é discutível, sendo duvidoso que estivesse em causa uma alegada violação do n.º 6 do art. 112.º da Constituição, ou antes a violação do n.º 5 do mesmo artigo, visto que a portaria parece restringir ou integrar a regulamentação com eficácia externa, em relação ao teor do Decreto-Lei n.º 10/2011, confi-nando a vinculação da AT e uma parte dos tributos, a saber, os impostos, deixando de fora taxas e contribuições financeiras. Importa acentuar que a jurisprudência constitucional tem mantido constantemente a solução de não inconstitucionalidade dos regulamentos constantes de portarias em casos semelhantes, mesmo fora do âmbito tributário.

Em qualquer caso, esta questão tem contornos afins aos da generali-dade das convenções de arbitragem.

5. Ainda sobre a mesma matéria, importa referir uma outra decisão sobre a “*Contribuição de Serviço Rodoviário*”. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24 de outubro de 2024 (relator-Desemb. Jorge Cortês)² tem o seguinte sumário:

“A incompetência material do tribunal arbitral é fundamento de anula-ção da decisão arbitral, na medida em que corporiza o vício de pronúncia indevida.

II – Os tribunais tributários são competentes, em razão da matéria, para conhecer do pedido de anulação de liquidações da Contribuição de Serviço Rodoviário”.

Este Acórdão confirma o juízo constante da sentença arbitral recor-rida sobre a competência do tribunal arbitral tributário para conhecer das anulações de liquidações de Contribuições de Serviço Rodoviário, julgando improcedente o recurso da Autoridade Tributária e Aduaneira.

² Proc. n.º 128/23. 9BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

Esta tese de competência do tribunal tributário é contrária à perfilhada no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de que foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional e que se acabou de analisar.

O ponto de discórdia incide sobre a natureza desta Contribuição (CRS). Como se viu, no Acórdão anterior prevaleceu a tese de que esta era uma contribuição financeira, razão por que os tribunais arbitrais tributários não podiam conhecer de pedidos respeitantes a essa contribuição, por terem a sua competência confinada a questões litigiosas respeitantes a impostos (art. 2.º, n.º 1, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

No presente processo, quer o Tribunal Arbitral, quer o TCAS qualificaram a CSR como verdadeiro imposto, daí decorrendo a competência dos tribunais arbitrais. Segundo o que consta do presente acórdão, a Lei n.º 55/2007, de 3 de agosto, criou esta contribuição para assegurar o financiamento da rede rodoviária nacional, então a cargo da EP – Estradas Portugal, E.P.E., a qual incide sobre a gasolina, o gasóleo rodoviário e o GPL, além de outros, sendo devida pelos sujeitos passivos que adquirem produtos petrolíferos e energéticos para revenda. Aplica-se à sua liquidação, cobrança e pagamento o disposto no Código dos Impostos Especiais e outras leis tributárias, com as devidas adaptações.

Depois de analisar o regime legal desta contribuição, o Acórdão em referência afirma o seguinte:

“O tributo é devido independentemente do nível de utilização das estradas nacionais e do prejuízo que tal utilização possa causar às mesmas.

Em rigor, sendo o sujeito passivo do tributo o mesmo que liquida o ISP não existe qualquer nexo de correspondência entre o pagamento do mesmo e os eventuais benefícios que derivam da EP-Estradas de Portugal no exercício da sua atividade. A alegada repercussão do imposto no consumidor final dos energéticos não logra ser comprovada, dado que depende de variáveis a apurar em cada caso concreto. Pelo que a decisão da assunção da competência material para conhecer do objeto do litígio por parte do tribunal arbitral não merece censura. Improcede, pois, nesta medida, a presente impugnação”.

6. Como decorre destes dois Acórdãos, tudo radica na qualificação do tributo em causa. Parece estranho que, sendo a contribuição repercutida sobre os consumidores finais de combustível, se possa defender a

tese perfilhada no segundo aresto de que o que importa é o sujeito passivo formal – o que cobra o tributo para o Estado – e não quem suporta na realidade esse tributo.

Espera-se que venha a ser uniformizada a jurisprudência sobre esta matéria pelo Supremo Tribunal Administrativo.

7. O Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de dezembro de 2024 (relatora – Desemb^a Francisca Mendes)³ incidiu sobre uma questão de arbitralidade de um litígio decorrente de obrigações derivadas de um contrato de trabalho.

Um ex-trabalhador de uma instituição financeira estrangeira intentou no tribunal estadual português uma ação contra a sucursal em Portugal do Crédit Suisse (Luxembourg).

Nessa ação pediu a condenação da ré no pagamento de determinados montantes pecuniários, a título de prémios (awards) devidos ao autor e alegadamente retidos de forma indevida, juros monetários e indemnização por danos não patrimoniais. Alegou que o contrato de trabalho tinha cessado a partir de 8 de fevereiro de 2019.

Na contestação, a ré invocou a incompetência absoluta do tribunal estadual por preterição de tribunal arbitral. Nos termos da contestação, os créditos invocados pelo autor eram créditos disponíveis e este e a antiga entidade patronal estavam vinculadas por cláusulas compromissórias constantes de documentos anexos ao contrato de trabalho (Plano Principal de Ações ou Master Share Plan, complementados por regras de um outro documento, Certificados de Prémios ou Award Certificates).

Em resposta a esta exceção, o autor sustentou a sua improcedência, por estarem em causa direitos indisponíveis.

O tribunal julgou a exceção de preterição do tribunal arbitral procedente e absolveu a ré da instância. Sustentou que as cláusulas compromissórias eram válidas, estando em causa direitos laborais disponíveis.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação do saneador. A Relação de Lisboa julgou procedente o recurso, revogando o saneador recorrido. Referiu que a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, diploma preambular que aprovou a Lei de Arbitragem Voluntária em vigor, con-

³ Proc. n.º 30580/22.3T8LSB.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

tém uma disposição transitória segundo a qual 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 redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março.”* (art.º 4.º, n.º 4, da referida lei preambular).

No Acórdão em análise, a Relação de Lisboa referiu que, não tendo sido ainda aprovada a lei especial, o critério de arbitrabilidade aplicável a estes litígios laborais implicava que só estando em causa direitos disponíveis é que podia recorrer-se a arbitragem. De facto, a vigência prolongada do critério de arbitrabilidade da disponibilidade dos direitos, afastava o critério de arbitrabilidade de nova LAV, a saber, *“qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial”*.

A Relação considerou que, em matéria laboral, há matérias insuscetíveis de resolução por via arbitral (caso dos litígios relativos ao despedimento de trabalhadores) e, nos restantes casos, quando estejam em causa direitos indisponíveis.

Para além disso, sustentou que o momento relevante para aferir se o direito litigado era ou não disponível, era o montante do início da arbitragem e não o momento da celebração da convenção de arbitragem. Chamou ainda a atenção para que tinha havido em 2023, na pendência da presente ação, uma modificação no art. 337.º do Código do Trabalho, que previa que a prescrição dos créditos do trabalhador emergentes de um contrato de trabalho, de sua violação ou cessação ocorria passado um ano contado a partir do dia seguinte ao da cessação desse contrato, embora os créditos por violação do direito a férias, indemnização por atuação abusiva ou pagamento de trabalho suplementar, vencidos há mais de 5 anos, só pudessem ser provados por documento idóneo (n.º 1). Ora, segundo o n.º 3 deste art. 337.º, os créditos dos trabalhadores previstos no n.º 1 não eram *“suscetíveis de extinção por mero de remissão abdicativa, salvo através de transação judicial”*.

Com base nesta legislação superveniente em relação à data da cessação do contrato de trabalho, a Relação sustentou que o recorrente, no momento do início da arbitragem, *“já não teria a disponibilidade total dos invocados créditos, devendo, por isso, o pleito ser submetido à apreciação do tribunal [estadual]”*.

Por isso, julgara procedente o recurso.

8. Trata-se da primeira vez que saibamos, que a ressalva do critério da disponibilidade de direitos laborais é aplicada pelos nossos tribunais, em matéria de arbitrabilidade, com base na norma transitória do n.º 4 do art. 4.º da Lei preambular da LAV.

A Relação de Lisboa, de forma discutível, considerou que havia uma dúvida fundada sobre se os direitos aos prémios e à indemnização por danos não patrimoniais era ou não matéria na disponibilidade das partes do contrato de trabalho.

Face a essa dúvida – acentuada pela redação dos n.º 1 e 3 do art. 337.º do Código do Trabalho – o tribunal estadual optou por considerar que não ocorria a exceção da violação da convenção de arbitragem, apesar de não afirmar que essa convenção era nula, ou se tornara ineficaz ou inexecutável (art. 5.º, n.º 1, da LAV).

Parece-nos altamente problemática a opção tomada pela Relação, uma vez que parecia estar em causa um conflito relativo a direitos dispostos (direito a prémios; direito a uma indemnização por danos morais) o que é passível de ser dirimido por recurso à arbitragem.

B. Estatuto dos Árbitros. A questão da independência e imparcialidade. Os pedidos de redução dos honorários fixados pelos Árbitros.

9. Não foram encontradas decisões neste período sobre estas matérias.

C. Processo e sentença arbitral

10. Duas decisões sobre as **formalidades da sentença arbitral** e a **reforma de uma sentença arbitral** merecem destaque.

11. Começar-se-á pela análise do **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2024** (relator-Cons.^a Graça Trigo)⁴

⁴ Proc. n.º 2230/23. 8Y RLSB. S1., disponível em www.dgsi.pt.

Neste Acórdão, discutiam-se duas questões suscitadas numa ação de anulação de sentença arbitral proposta pela demandante e demandada reconvinada na ação arbitral

12. A primeira questão teve a ver com a tempestividade da prolação do acórdão arbitral.

Com efeito, entre os árbitros e as partes tinha ficado acordado que a decisão final dos árbitros deveria ser proferida até ao dia 15 de junho de 2023.

O acórdão arbitral foi notificado às partes, via e-mail, no dia 15 de junho de 2023, às 20h05 minutos. De harmonia com as regras processuais acordadas, os atos do tribunal arbitral deviam ser notificados através de correio eletrónico, considerando-se para todos os efeitos as notificações efetuadas no dia seguinte ao envio ou no primeiro dia útil seguinte a esse envio sempre que aquele correspondesse a dia não útil.

No caso concreto, a notificação ocorrera em 16 de junho de 2023. Por isso, a autora na ação de anulação da decisão arbitral veio sustentar que a notificação ocorrera após o decurso do prazo de caducidade previsto nas regras processuais, pelo que ocorria o fundamento de anulação previsto no art. 46.º, n.º 3, alínea a), sub-alínea (vii), da LAV. Deve notar-se que a notificação do acórdão arbitral ocorrera durante o prazo geral para conclusão da arbitragem.

Acrescia que a notificação da decisão fora feita sem que o acórdão arbitral estivesse assinado por um dos co-árbitros.

Na contestação da ação de anulação, a ré suscitou como primeira exceção a questão da inadmissibilidade da ação de anulação, uma vez que, a petição desta ação, embora tivesse sido apresentada em 1 de setembro de 2023, isto é, na véspera do termo do prazo para a referida apresentação, não tinha sido acompanhada de cópia certificada da decisão arbitral.

A Relação de Lisboa julgou improcedente a exceção deduzida pela ré, porquanto a cópia certificada da decisão arbitral final fora apresentada em 8 de setembro de 2023, antes do momento em que o processo fora concluído pela primeira vez ao desembargador relator. Assim, indeferiu tal exceção com fundamento no atraso de oito dias na junção da cópia certificada desta, pois a solução oposta “*redundava, a nosso ver, na prevalência dum formalismo exacerbado e injustificado, em detrimento dos princípios de celeridade e economia processuais que temos como pre-*

ponderantes (...)”. Não obstante, julgou improcedente a ação de anulação, por falta de verificação dos respetivos pressupostos.

13. Deste acórdão da Relação, interpôs recurso a autora para o Supremo Tribunal de Justiça, recurso que a recorrente qualificou como apelação.

14. Na contra-alegação, a recorrida sustentou que o recurso interposto devia qualificar-se como recurso de revista.

15. No Acórdão em análise, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu as questões controvertidas do seguinte modo:

- ***Quanto à qualificação do recurso***, considerou que a sociedade recorrida tinha razão, devendo esse recurso qualificar-se como de revista, como se acha resolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça desde o Acórdão de 10 de novembro de 2016⁵. Neste acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que devia haver duplo grau de jurisdição quando fosse proposta ação de anulação de sentença arbitral, desde que verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, o qual se devia qualificar como revista;
- ***Quanto à alegada caducidade do processo arbitral por intempetividade na notificação do acórdão arbitral às partes***, o Supremo Tribunal de Justiça julgou improcedente a questão da caducidade, confirmando a decisão da Relação de Lisboa: de facto, o prazo geral de um ano previsto no art. 41.º, n.ºs. 1 e 2, da LAV terminava em 15 de janeiro de 2022, mas esse prazo fora prorrogado pelo tribunal arbitral por duas vezes, com acordo das partes, motivo pelo qual o prazo geral de caducidade só se completaria em 15 de janeiro de 2024. Ora, se a tese da recorrente fosse aceitável, então a caducidade ocorreria “*nos exatos termos em que foi definido (nas regras processuais), isto é, como sendo o prazo limite para «proferir sentença»*”. Logo, teria sido observado pelo tribunal arbitral esse prazo de caducidade. No caso de não ser encarada a questão

⁵ Proc. n.º 1052/14.1 TBBCL.P1.S.1, Relator Cons. Lopes do Rego, acórdão comentado por nós na “*Crónica de Jurisprudência*” publicada na *RIAC*, n.º 10, págs. 300-301.

de caducidade por esse prisma, a notificação teria ocorrido vários meses antes da caducidade do prazo geral da arbitragem.

- **Quanto à circunstância de, alegadamente, um dos árbitros ter sido impedido de tomar parte na deliberação do colégio arbitral**, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a Relação decidira que a autora não lograra provar que tivesse ocorrido qualquer impedimento a esse árbitro de participar na deliberação do colégio arbitral (questão de facto que não podia ser sindicada no recurso de revista). Ora, o acórdão arbitral fora assinado apenas por dois árbitros, valendo a explicação do árbitro presidente sobre as razões pelas quais o terceiro árbitro não havia assinado o acórdão. E acrescentou-se no acórdão em análise: *“de qualquer forma, sempre se dirá que a pretendida alteração da matéria de facto (em sentido que permitisse sustentar a tese de que o árbitro vencido teria sido impedido de participar na deliberação do Tribunal Arbitral), estando em contradição com o teor da certidão do acórdão do Tribunal Arbitral apresentada pela demandante, ora recorrente, sem ter impugnado a autenticidade e veracidade do conteúdo da dita certidão, estava necessariamente condenada ao insucesso”*.

16. Por terem sido julgados improcedentes ambos os fundamentos da pretensão da recorrente, ficara prejudicada a questão suscitada pela recorrida em sede de ampliação do objeto do recurso (questão da junção tardia da cópia certificada do acórdão arbitral).

17. Uma decisão da Relação de Lisboa abordou igualmente uma situação curiosa. Trata-se do Acórdão de 24 de setembro de 2024 (relator Desemb. Paulo Ramos de Faria)⁶.

Uma sociedade anónima desportiva instaurou uma ação de anulação da sentença arbitral contra um clube de futebol, tendo a decisão impugnada condenado a autora a pagar ao réu uma determinada quantia em dinheiro, apesar de, numa anterior decisão, ter absolvido a sociedade anónima dos pedidos contra esta formulados. Alegou que a sentença arbitral havia reformado ilegalmente a decisão final inicialmente pro-

⁶ Proc. n.º 1441/24.3Y RLSB-7, disponível em www.dgsi.pt.

ferida, uma vez que não está prevista a reforma das sentenças arbitrais. Mais alegou que, ainda que se admitisse a legalidade da reforma das sentenças arbitrais, ainda assim ocorreria uma ilegalidade, porquanto a decisão impugnada se havia pronunciado sobre um objeto distinto do objeto da ação.

O clube réu defendeu a sentença arbitral impugnada, considerando que o pedido não cabia no regime da ação de anulação e que, em qualquer caso, a reforma da sentença arbitral por lapso manifesto caucionava a aplicação do art. 616.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

O Tribunal da Relação de Lisboa determinou a notificação das partes para se pronunciarem sobre a alegada nulidade absoluta do acórdão em causa, por ter sido proferido depois de esgotado o poder jurisdicional do tribunal arbitral, bem como para completarem a exposição das razões de direito das suas pretensões.

18. Após a pronúncia das partes, o Tribunal da Relação passou a conhecer de imediato do objeto da ação de anulação.

Ficou provado que a Comissão Arbitral da Federação Portuguesa de Futebol começara por absolver a sociedade anónima desportiva do pedido de compensação formulado pelo clube de futebol demandante, como compensação pelos custos com a formação de certo jogador (acórdão arbitral de 9 de setembro de 2023).

Todavia, em 15 de dezembro do mesmo ano, o Clube de Futebol viera pedir a reforma da decisão final, pedido que fora impugnado pela sociedade demandada. O tribunal arbitral proferiu nova decisão, considerando que o clube demandante teria direito a 60% do pedido por ele formulado. Julgou, assim, parcialmente procedente o pedido por este formulado.

No novo acórdão, a Comissão Arbitral reconheceu que não estava prevista a reforma da decisão arbitral na legislação aplicável. Invocou, porém, o disposto no n.º 3 do art. 30.º e o art. 45.º, n.º 3, da LAV e decidiu aplicar o art. 616.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, a título subsidiário.

A Relação de Lisboa analisou os artigos invocados na decisão arbitral de reforma e os requisitos da ação de anulação da arbitragem.

Considerou o art. 44.º da LAV sobre o encerramento do processo, afirmando que, após a notificação da sentença arbitral, ficam esgotados

os poderes judicativos do tribunal arbitral, sem prejuízo do disposto no art. 45.º e no n.º 8 do art. 46.º da LAV. Escreveu-se aí em seguida:

“Por outro lado, proferida a decisão final, mais do que esgotado (extinto) o poder jurisdicional do tribunal arbitral – o que, por si só, pode gerar o «vício de inexistência jurídica» é mesmo este tribunal que ficou esgotado (extinto), com as ressalvas excecionalmente – previstas [...].

– Como é evidente, extinto o tribunal arbitral, qualquer ato produzido pelos ex-juízes árbitros é processual e juridicamente inexistente (com o âmbito pretendido pelos seus autores) ou absolutamente nulo”.

A Relação de Lisboa pôs em relevo que o clube demandante não viera, após a notificação do acórdão arbitral, pedir, em prazo, a retificação deste no sentido por si pretendido, antes pedira a reforma do acórdão, o que veio a ser aceite pela comissão arbitral, a qual fizera notar que não estava em causa a retificação do acórdão nos termos do art. 45.º, n.º 1, da LAV. Este colégio arbitral quando decidira *“(ope judicis) introduzir no rito processual concreto a admissibilidade da reforma da decisão [em 5 de março de 2024, mais de 3 meses após a notificação da sentença], há muito se tinha esgotado, não só o poder jurisdicional da Comissão de Arbitragem (também nesta matéria adjetiva de conformação do rito processual), como a própria existência desta”* (1.1.3 do Acórdão da Relação).

O Acórdão em análise abordou a questão da possível existência de uma lacuna de regulamentação da LAV que levara à aplicação por analogia do art. 616.º do CPC vigente. Negou, porém, que exista tal lacuna, chamando a atenção para que a regra do art. 1522.º do Código do Processo Civil de 1961 (preceito revogado em 1986 pela LAV desse ano) – que previa a aplicação das regras sobre “vícios e reforma da sentença” deste Código à arbitragem – não transitara para as sucessivas leis da arbitragem – Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho, Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, e, por último, LAV aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. E concluiu: *[n]ão pode esta sucessão de soluções legais deixar de ser portadora de significado. Ela revela que o legislador não desconhece a problemática das irregularidades da decisão final, não caucionando, pois, o entendimento de que, se a tivesse previsto, tê-la-ia*

regulamentado no sentido de permitir a reforma da decisão arbitral pelo próprio tribunal”.

O mesmo Acórdão põe em destaque que a impugnação do segundo acórdão arbitral não carece de ser feita no prazo de 60 dias previsto no art. 46.º, n.º 1, da LAV, porquanto está afetado de nulidade ou inexistência, podendo ser feita num processo comum e a todo o tempo. De facto, a convenção arbitral já tinha caducado quando o segundo acórdão foi proferido. Em qualquer caso, “*se a pronúncia exorbitante do tribunal gera a invalidade da decisão, (art. 46.º, n.º 3, alínea a) subalínea iv, da LAV), por maioria de razão a pronúncia de um putativo tribunal ao qual falece o poder jurisdicional também a gera (subalínea v) da al. a) do n.º 3 do art. 46.º da LAV)*” (1.3 do Acórdão).

19. Concordamos com a decisão em apreciação, apesar de ser discutível que a referida impugnação pudesse ser feita a todo o tempo.

É relevante que o primeiro acórdão arbitral já tinha transitado em julgado, tendo passado os prazos previstos no art. 45.º, n.ºs 1, 4 e 5, ou 46.º, n.º 6, da LAV.

De facto, se não tivesse sido impugnada a decisão, como ocorreu no caso concreto, ter-se-ia de considerar o segundo acórdão arbitral ineficaz (art. 625.º, n.º 1, do CPC, aplicável por analogia). Nessa medida, em caso de execução, a sociedade anónima desportiva podia sempre opor-se por embargos de executado, invocando a inexequibilidade do segundo acórdão arbitral por haver acórdão anterior transitado em julgado. A solução perfilhada assegura a tutela da parte prejudicada, mesmo que esta tivesse deixado passar o prazo de 60 dias para pedir a anulação da segunda decisão arbitral.

20. Um terceiro aresto debruçou-se sobre o âmbito da **retificação da sentença final**. Trata-se do **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de julho de 2024** (relatora-Cons.^a Suzana Tavares da Silva)⁷.

⁷ Proc. n.º 013/23.4 BCPRT, disponível em www.dgsi.pt.

O sumário deste Acórdão é o seguinte:

I – As funções do tribunal arbitral, à semelhança do que sucede com as funções de um tribunal judicial, cessam com o encerramento do processo (art. 44.º, n.º 3, da LAV e 613.º do CPC);

II – O poder de retificar a decisão, corrigindo lapsos manifestos, não pode modificar o que ficou decidido, e isto significa que a retificação tem de corresponder a um resultado evidente perante a leitura da decisão retificada”.

21. A situação que esteve na base do processo arbitral era a seguinte: várias sociedades tinham desencadeado uma arbitragem, sendo demandado o Município do Porto. A sentença arbitral fora proferida em 22 de dezembro de 2022 e o montante da condenação baseara-se nos valores apurados pela prova pericial, sobretudo em função das respostas do perito a pedidos de esclarecimento sobre o relatório da perícia.

Sucedeu que o perito transmitira, às 17 horas e 58 minutos do dia 18 de novembro de 2022, a sua resposta a pedidos de esclarecimento das partes, em especial quanto à tabela “Q4B-C. Alguns minutos depois, e no mesmo dia, o perito comunicara ao tribunal arbitral novos valores naquele quadro, por ter detetado um lapso (e-mail das 18 horas e 11 minutos).

A sentença final não atendera, “*por distração*”, à correção introduzida pelo perito, tendo aí reproduzido os valores da primitiva resposta aos pedidos de esclarecimentos. Ora, a indevida utilização pelo Tribunal Arbitral dos valores não retificados tivera como consequência conceder uma menor compensação financeira aos demandantes.

Por isso, estes vieram, em tempo, apresentar um pedido de retificação do erro material, considerando ter havido um lapso da prova pericial que influenciara a decisão arbitral.

O tribunal arbitral procedeu sem hesitação à retificação requerida, corrigindo o montante da condenação, por ter aceitado a tese dos demandantes de que se estava perante um mero erro material, decorrente de não ter sido considerada por lapso a retificação levada a cabo no mesmo dia pelo perito.

O Município do Porto propôs em tempo ação de anulação do acórdão arbitral integrado pela decisão de 3 de fevereiro de 2023.

O Tribunal Central Administrativo Norte, através do acórdão de 20 de outubro de 2023, julgou procedente a ação de anulação (embora identificando-a como recurso de apelação), entendendo que a “retificação” operada era, na verdade, uma decisão arbitral nova, operando uma alteração ilegal do decidido. Anulou, por isso, o despacho de retificação de 3 de fevereiro de 2023, considerando violadas as subalíneas iv), v) e vi) da alínea a) do n.º 3 do art. 46.º da LAV.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de revista desse acórdão, mas o recurso foi julgado improcedente, sendo mantida a decisão de anulação da segunda decisão do Tribunal Arbitral.

Na fundamentação do Acórdão em análise, foi acolhido o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, na sua decisão de 10 de fevereiro de 2022 (Proc. 529/17.1.TBAVV.A.G1.S1), de que os erros materiais da decisão, a que alude o art.614.º, n.º 1, do CPC, “têm lugar quando há divergência entre a vontade declarada e a vontade real do juiz, ou seja, no caso em que o juiz tenha escrito uma coisa diferente daquela que queria, de facto, escrever”, devendo essa divergência ressaltar, de forma clara e ostensiva, do teor da própria decisão, do seu contexto ou estrutura, sendo possível aferir se ocorreu ou não esse erro. Coisa diferente do erro material da decisão é o erro de julgamento, o qual ocorre quando o juiz disse o que queria dizer, mas decidiu mal, decidiu contra lei expressa ou contra os factos apurados. O Supremo Tribunal Administrativo expressa assim o seu entendimento:

*O que está em causa é a modificação da decisão na parte respeitante ao **quantum** da indemnização devida com fundamento em **erro nos elementos de prova** utilizados para a formação e fundamentação da decisão. Não se trata de um lapso de escrita na transcrição para a decisão do **quantum** na indemnização, mas sim de, na primeira sentença arbitral, ter sido utilizado um elemento de prova (um relatório do perito), numa formulação que não era a última e a correta”.*

Havia, assim, uma nova decisão condenatória proferida depois de esgotados os poderes jurisdicionais do tribunal arbitral (art. 44.º, n.º 3, da LAV).

22. Concordamos inteiramente com este bem fundamentado Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, que mostra que a desatenção do tribunal arbitral levou a que não fosse dada relevância à prova pericial.

23. Uma situação de **apensação de processos arbitrais** merece também análise.

O Acórdão da Relação do Porto de 7 de outubro de 2024 (relator-Desemb. Nuno Freitas Araújo)⁸ conheceu de um recurso interposto de uma decisão de um tribunal arbitral a funcionar no âmbito da instituição CIMPAS (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros).

Um autor pessoa singular e uma sociedade propuseram uma ação arbitral (“*reclamação*”, segundo a terminologia usada no CIMPAS) contra uma seguradora, visando acionar a cobertura de invalidez total e permanente do segurado. Pediram a condenação da seguradora a pagar à instituição de crédito – que é simultaneamente mediadora de seguros – a quantia a liquidar a essa instituição do valor em dívida do empréstimo para aquisição de habitação e a proceder à devolução à pessoa coletiva autora dos valores de pagamento supervenientes à participação do sinistro, a título de amortização de capital, juros e imposto de selo.

Na contestação, a seguradora suscitara, a título de questão prévia, a questão da apensação das ações arbitrais, porquanto o autor pessoa singular figurava como pessoa segura nos três contratos de seguro de vida celebrados entre a sociedade autora e a seguradora ré.

Segundo o alegado pela demandada, os demandantes tinham começado por propor uma única ação, tendo como objeto as coberturas das três apólices de seguros, mas esta ação fora arquivada porque a seguradora se recusara a aderir à arbitragem, dado o valor global peticionado ser superior ao limite fixado pela própria seguradora ao sujeitar-se à competência do CIMPAS

Face a esta posição da seguradora, os autores tinham optado por intentar duas novas ações contra a seguradora, sendo certo que a causa de pedir de ambas era idêntica (incapacidade de 85% decorrente de uma cirurgia ao joelho e subsequentes problemas e quadro clínico).

⁸ Proc. n.º 243/24. 1YRPRT, disponível em www.dgsi.pt.

A seguradora pedira que este processo fosse apensado ao outro proposto na mesma ocasião, alegando que estavam verificados os requisitos de litisconsórcio ou coligação nos termos dos arts. 32.º e 36.º do Código de Processo Civil (CPC). Mais requêrera que, depois de ser ordenada a apensação, o tribunal arbitral se declarasse incompetente, procedendo ao arquivamento de ambos os processos, visto o valor global da ação ser superior a € 50.000,00.

O tribunal arbitral indeferira o pedido de apensação, considerando que o mesmo se configurava como um expediente que visava o objetivo de a seguradora ver declarada a incompetência do tribunal arbitral, sendo certo que já havia em ambos os processos arbitrais sido declarada a competência para conhecer das respetivas pretensões.

A seguradora, inconformada, interpôs recurso desta decisão interlocutória de recusa da apensação.

A Relação do Porto julgou improcedente o recurso e confirmou o despacho do tribunal arbitral de recusar a apensação. Invocou o disposto no art. 267.º, n.º 1, do CPC, preceito que prevê que o tribunal pode recusar a apensação requerida por uma das partes quando o estado do processo ou outra razão especial torne inconveniente a apensação.

Segundo o acórdão em análise, o requisito da conveniência pressupõe um juízo casuístico, de acordo com as circunstâncias de cada processo. Chamou a atenção para o lugar paralelo da dedução da reconvenção (art. 266.º, n.º 5, do CPC), em que opera o conceito de inconveniência para recusar esta defesa cruzada.

Numa outra linha de raciocínio, a Relação do Porto considerou que *“seria particularmente impróprio e mesmo incompreensível admitir a apensação, quando ela, por determinar o arquivamento do processo ou criar desnecessariamente a dívida sobre a competência do tribunal a quo, produziria efeitos contrários da eficácia de administração da justiça”*, não visando, pois, a economia processual.

No Acórdão, considerou-se que a apensação deveria ter sido requerida no processo posto em primeiro lugar, conforme decorre do art. 267.º, n.º 2, do CPC.

Como a apensação fora requerida num processo arbitral, a Relação do Porto recorreu ao disposto no art. 30.º, n.º 2 e n.º 3, da LAV – disposições que estabelecem como se pode determinar a regulação do processo arbitral – acentuando que tal regulação deve assegurar a simplicidade dese-

jável deste processo. Em qualquer caso, neste recurso verificou-se que não estava prevista no regulamento do CIMPAS a aplicação subsidiária das normas do CPC, podendo o tribunal arbitral conduzir o processo de modo que considerasse apropriado, definindo as regras processuais que entendesse serem adequadas (art. 30.º, n.º 3, da LAV). E concluiu que, *“fazendo transitar a sua decisão para o uso legal de um poder discricionário, ou confiada ao seu prudente arbítrio, vem integrar mais um fundamento, nos termos conjugados dos arts. 152.º/4, e 630.º/1 do CPC para que este Tribunal não censure, agora por não ser sindicável, nesta ordem de ideias, a decisão recorrida”*.

24. Trata-se de uma decisão que merece a nossa concordância.

O confessado fim de chegar à incompetência do tribunal arbitral e ao arquivamento dos processos mostra que a seguradora não estava interessada em fazer apensar os dois processos por razões de economia processual. Portanto, o argumento de inconveniência da apensação é correto e o tribunal estadual não podia, no caso, controlar o exercício do poder discricionário por parte do Tribunal Arbitral.

Estamos, pois, longe dos casos de apensação previstos nos regulamentos de arbitragem de instituições portuguesas ou estrangeiras, sem intuítos de inviabilizar a solução mais expedita para o litígio.

25. Em matéria de **execução de sentenças arbitrais**, chama-se a atenção para a Decisão da Juíza Presidente do Tribunal Central Administrativo Sul, Desemb.^a Catarina de Almeida Sousa⁹, de 7 de julho de 2024, que conheceu de uma reclamação do despacho de um juiz do Tribunal Tributário de Lisboa que se julgara incompetente em razão do território para a execução de uma sentença condenatória proferida por um tribunal arbitral tributário no âmbito do CAAD, tendo remetido os autos para o Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra.

A Juíza Presidente deu provimento à reclamação, chamando a atenção para que as arbitragens tributárias no âmbito do CAAD têm sede em Lisboa, onde tem sede esta instituição (art. 4.º do RJAT). No mesmo despacho, pôs-se em destaque que o art. 29.º do RJAT prevê, no seu n.º

⁹ Proc. 1623/21.0.BRS, disponível em www.dgsi.pt.

1, alínea e), que o Código de Processo Civil é subsidiariamente aplicável ao processo arbitral tributário.

Por força dessa remissão a título subsidiário, é aplicável o n.º 3 do art. 85.º do CPC que tem o seguinte teor: “[s]e a decisão tiver sido proferida por árbitros em arbitragem que tenha lugar em território português, é competente para a execução o tribunal da comarca do lugar da arbitragem”.

26. Parece-nos inteiramente correta esta decisão, nada mais havendo a acrescentar.

27. Ainda no domínio no processo arbitral, importa analisar o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2024** (relatora-Cons.^a Paula Leal de Carvalho)¹⁰.

Neste Acórdão, o Supremo apreciou um recurso interposto de uma decisão da Relação de Lisboa que incidia sobre uma anulação de sentença arbitral.

A sentença arbitral declarara o não cumprimento de um acordo parassocial por um dos acionistas, considerando improcedente o pedido de declaração de não cumprimento do mesmo acordo pelos restantes demandados. Condenou, por isso, apenas um dos demandados a pagar um valor à demandante CIMPOR, a título de cláusula penal.

Na ação de anulação da sentença arbitral, o acionista condenado veio invocar que, tendo as alegações de direito e de facto das partes sido apresentadas tempestivamente em 30 de setembro de 2022, a sentença arbitral fora proferida para além do prazo de dois meses previstos no art. 33.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem (versão de 2014) do Centro de Arbitragem Comercial/Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, sendo certo que se tratava de uma arbitragem institucionalizada.

Sucedera que, na véspera do termo do prazo para notificar a sentença arbitral, o tribunal arbitral solicitara ao Centro de Arbitragem Comercial a prorrogação do prazo para notificação da sentença arbitral. Ouvidas as partes em prazo muito curto, nenhuma suscitara oposição. Por essa razão, a Vice-Presidente do Centro de Arbitragem deferira o pedido,

¹⁰ Proc. n.º 790/23. 3Y RLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt.

ficando prorrogado esse prazo até 31 de dezembro de 2023. O autor pediu a anulação da sentença arbitral, considerando que o prazo de horas concedido para a pronúncia sobre o pedido de prorrogação apresentado pelo tribunal arbitral tinha sido ilegal, impedindo o advogado da entidade autora de consultar a parte por si representada sobre tal pretensão de prorrogação de prazo. Alegou igualmente que a sentença arbitral fora proferida após o decurso do prazo global da arbitragem (o prazo inicial da duração da arbitragem, de um ano, contado desde 11 de abril de 2021, data da constituição do tribunal arbitral, fora prorrogado até 31 de dezembro de 2022).

Antes de propor a ação de anulação, o acionista condenado pedira esclarecimentos ao tribunal arbitral sobre alegadas ambiguidades que teriam ocorrido na fundamentação da sentença arbitral proferida em 16 de dezembro de 2022.

O tribunal arbitral só proferira decisão sobre esse pedido em 9 de março de 2023, o que teria implicado a ultrapassagem do prazo (prorrogado) para conclusão do processo.

A Relação de Lisboa julgou a ação de anulação improcedente, tendo o autor, inconformado, interposto recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

O Acórdão em análise negou provimento ao recurso, confirmando o Acórdão da Relação de Lisboa.

Nesse Acórdão, o STJ começou por reafirmar que é admissível recurso de revista de decisão da Relação proferida na ação de anulação da sentença arbitral, com fundamento no art. 59.º, n.º 8, da LAV e de harmonia com o entendimento adotado no Acórdão do STJ de 10 de novembro de 2016¹¹.

Após uma análise detalhada das vicissitudes do processo arbitral e do enquadramento legal e regulamentar deste processo arbitral, o Acórdão em análise entendeu que não tinha sido violado o princípio do contraditório quando fora fixado um prazo exíguo (de 23 horas) para as partes se pronunciarem sobre o pedido urgente de prorrogação do prazo de prola-

¹¹ Acórdão relatado pelo Cons. Lopes do Rego (Proc. n.º 1052/14. 1TBBCL.P1. S1), comentado na Crónica publicada nesta Revista, n.º 10 (2017), págs. 300-301. É igualmente citado no mesmo sentido o Acórdão do STJ de 19 de setembro de 2024, atrás analisado.

ção da sentença arbitral, uma vez que não era automaticamente aplicável a este processo o disposto na regulamentação das notificações constantes do Código de Processo Civil¹².

O regime constante dos arts. 45.º e 46.º do Regulamento de Arbitragem aplicável (versão de 2014) previa que a contagem dos prazos se iniciasse “*no dia útil seguinte àquele em que se considere recebida a citação, notificações e comunicações por qualquer dos meios previstos*”. A aplicação destes normativos levava a considerar que a notificação fora válida, não tendo havido violação do princípio do contraditório. Foi ainda invocado o art. 18.º do Regulamento de Arbitragem que confere ao tribunal arbitral o poder de conduzir a arbitragem do modo mais apropriado, incluindo a fixação de regras processuais.

Relativamente ao segundo fundamento da revista, o Acórdão em análise considera que o entendimento de ROBIN DE ANDRADE e de SOFIA VAZ SAMPAIO – sobre a necessidade de o prazo de prolação da decisão proferida nos termos do art. 45.º da LAV se ter de conter no prazo geral da arbitragem, não podendo este ser ultrapassado –, não deve ser acolhido, considerando melhor o entendimento de MENEZES CORDEIRO e de MANUEL PEREIRA BARROCAS sobre a matéria. Acaba, porém, por ultrapassar a questão (considerando-a uma “não questão”) “*pelo simples facto de que a decisão proferida em 09.03.2023 tão só rejeit(ara) o requerimento do autor e como tal não constitu(ia) qualquer retificação do acórdão arbitral proferido em 16.12.2022*” (V.6.1.).

A verdade é que a decisão acaba por “*a latere*” concluir que ainda que a sentença sobre o pedido de esclarecimento tivesse sido julgada procedente, mesmo assim ter-se-ia de entender que a prolação desta decisão fora tempestiva, somando-se ao prazo geral da arbitragem os prazos previstos no art. 45.º da LAV, como sustentado por Menezes Cordeiro.

Em qualquer caso, como fora o autor da ação de anulação que suscitara o pedido de esclarecimento, a invocação da caducidade do processo arbitral sempre seria um *venire contra factum proprium*, o que levaria à improcedência do recurso.

¹² Sobre este ponto, o Acórdão em análise remete para o acórdão recorrido da Relação, para o entendimento de Manuel Pereira Barroso e para o acórdão do STJ de 10 de setembro de 2020.

28. Parece-nos correto o entendimento acolhido pelo aresto do STJ em relação às questões suscitadas no recurso.

Embora fosse exíguo o prazo concedido às partes para se pronunciarem sobre o pedido de prorrogação formulado pelo tribunal arbitral, tal exiguidade decorreria da urgência e do momento tardio em que foi feito tal pedido. É normal na arbitragem internacional e também na interna serem fixados excepcionalmente prazos em horas, quando se prevê que as notificações sejam transmitidas por via informática, como ocorreu no caso em análise.

Já não acompanhamos o entendimento de que os prazos legais supletivos previstos no art. 45.º da LAV tenham de se conter no prazo geral da arbitragem, como é sustentado por alguma doutrina. Com efeito, se assim fosse, o tribunal arbitral teria de abster-se de conhecer dos pedidos de retificação, de esclarecimento de ambiguidades ou de arguição de nulidades por omissão de pronúncia sobre alguns pedidos, por não ter prazo para proferir tal decisão, o que acarretaria um eventual aumento das impugnações com sucesso, nomeadamente obrigando o tribunal estadual a multiplicar o recurso ao disposto no art. 46.º, n.º8, da LAV.

D. Impugnação de Decisões Arbitrais

29. Para além das decisões analisadas na Secção anterior, em que muitas delas foram proferidas em processos de impugnação de sentenças arbitrais, impõe-se a análise de outras.

30. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2024 (relator-Cons. Manuel Aguiar Pereira)¹³ apreciou um recurso de revista interposto pela autora de uma ação de anulação de uma sentença arbitral, sustentando que havia incompetência do tribunal arbitral quando se pronunciara, para além da matéria que respeitava ao contrato de consórcio celebrado entre a sociedade autora e a sociedade ré – onde se encontrava a convenção de arbitragem – sobre um outro litígio

¹³ Proc. n.º 230/23.7 YRPRT.S, disponível em www.dgsi.pt.

relativo a um contrato de empreitada celebrado entre estas partes e um terceiro.

O recurso fora interposto de acórdão da Relação do Porto que julgara improcedente tal ação de anulação.

Segundo o ponto I do Sumário, “[o] art. 18.º, n.º 1, da LAV atribui ao tribunal arbitral o poder de decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a aplicabilidade da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insere, podendo tal pronúncia ter lugar em decisão interlocutória ou na sentença sobre o fundo em causa [...]. Quando a decisão tomada seja interlocutória, pode a parte dissonante impugná-la perante o tribunal estadual competente no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes (art. 18.º, n.º 9, da LAV), sem embargo de o processo arbitral poder prosseguir seus termos até final, nos termos do art. 18.º, n.º 10, da LAV”.

Este ponto de vista tem sido acolhido na jurisprudência, não tendo aceitação o entendimento de Menezes Cordeiro e de Mariana França Gouveia de que o art. 18.º, n.º 9, da LAV regula uma impugnação interlocutória facultativa, não ocorrendo a caducidade do direito de impugnar a decisão sobre competência, o qual poderia ser exercido após a prolação da sentença final.

O Supremo Tribunal de Justiça acolheu a tese contrária, defendida por Sampaio Caramelo e outros, de que o decurso do prazo previsto no art. 18.º, n.º 9, da LAV sem que seja apresentada a impugnação referida faz precluir o direito à anulação da sentença arbitral com fundamento na violação da convenção da arbitragem. Assim sendo, por falta de impugnação tempestiva, a decisão constante do despacho interlocutório tornara-se obrigatória no processo, ficando entendido que era indispensável à apreciação do litígio gerado por alegado incumprimento do contrato de consórcio a ponderação dos prejuízos decorrentes do incumprimento do contrato de empreitada que estaria na base da celebração do aludido contrato de consórcio.

31. Neste Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, foram apreciados outros fundamentos do pedido de anulação da sentença arbitral.

Como o recorrente sustentava que a sentença arbitral não estava suficientemente fundamentada, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão em análise, afirmou que:

“Quando exigível, o dever de fundamentação incide sobre a decisão da matéria de facto e de direito, abrangendo todas as questões controvertidas – mas não todos os argumentos aduzidos pelas partes – e tem um conteúdo mínimo variável fixado em função da necessidade de esclarecimento efetivo dos respetivos destinatários e do público em geral acerca do percurso racional do julgador e das razões que o conduziram à concreta decisão”.

Depois de afirmar que o dever de fundamentação de sentença arbitral não deve considerar-se menos intenso do que o correspondente dever de fundamentação das decisões dos tribunais judiciais, este Acórdão referiu que, na decisão arbitral, não existia qualquer contradição que a tornasse incompreensível, devido ao facto de o mesmo tribunal arbitral ter reconhecido como indispensável a apreciação das consequências do incumprimento da empreitada pelas empresas consorciadas, esclarecendo as razões pelas quais se tornava necessário alargar a apreciação desse litígio para conhecer do litígio abrangido pela arbitragem. E concluiu no sentido de que a discordância da recorrente em relação à fundamentação da decisão sobre a extensão da competência e ao resultado prático dessa decisão ao teor da decisão final não significava que a fundamentação não existia ou era contraditória.

32. Por último, o Acórdão do Supremo debruça-se sobre a alegada violação da ordem pública – que considera a ordem pública internacional como uma derivação do conceito de ordem pública geral, o qual, no entendimento de Menezes Cordeiro, *“exprime um conjunto de princípios que vedam a aceitação interna de decisões estrangeiras, por contrariedade a valores muito significativos”*.

A partir desta posição, o Acórdão adota discutivelmente a tese de que, quando se está perante uma arbitragem interna em que só se considera o direito interno, carece de sentido *“a invocação da ofensa de princípios da ordem pública internacional do Estado Português”* (n.º 19).

O Supremo Tribunal de Justiça manifestou o seu acordo com o teor do acórdão recorrido da Relação de Lisboa. no sentido de que não houve violação da ordem pública, sendo certo que não cabe aos tribunais estaduais na ação de anulação controlar a correção substancial do cálculo efetuado quanto aos prejuízos decorrentes de violação do contrato de

empreitada. Considerou, ainda, que não ocorre este terceiro fundamento de anulação da decisão impugnada.

Daí o juízo de improcedência do recurso de revista.

33. Concordamos com o teor deste Acórdão, salvo no que toca à tentativa de consideração da inaplicabilidade da ordem pública internacional numa arbitragem interna ou doméstica em que é aplicável o direito português.

Este entendimento do acórdão em análise é meramente conceptual, pois o Acórdão considera que só tem sentido apelar à ordem pública internacional quando se trate de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, fazendo apelo ao art. 22.º do Código Civil.

Existe alguma incompreensão da história do preceito do art. 46.º, n.º 3, alínea b), subalínea ii) da LAV que explica as afirmações feitas. Trata-se, em qualquer caso, de uma decisão bem fundamentada e que merece uma leitura atenta.

34. No **Acórdão da Relação do Porto de 10 de julho de 2024** (relator-Desemb. Mendes Coelho)¹⁴ estava em causa uma questão de recorribilidade da sentença de um tribunal arbitral a funcionar no âmbito da instituição Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros (CIMPAS), numa uma ação proposta por um segurado contra a seguradora, pedindo uma indemnização decorrente do acionamento de um seguro multirriscos-habitação.

A seguradora viera a ser condenada e interpusera recurso de apelação da sentença condenatória para a Relação do Porto, invocando o art. 29.º, n.º 2, do Regulamento do CIMPAS (preceito que prevê a recorribilidade das sentenças arbitrais dos tribunais a funcionar no CIMPAS).

Em 6 de maio de 2024, a Relação do Porto não conheceu do objeto do recurso, por entender que não havia estipulação expressa de existência de recurso na convenção de arbitragem.

Arguida a nulidade desse acórdão pela seguradora, pelo facto de as partes não terem sido ouvidas sobre esta questão prévia, a anulou a sua decisão. Veio, depois, a Relação conhecer do recurso através deste acórdão.

¹⁴ Proc. n.º 344/23. 3YPRT, disponível em www.dgsi.pt.

Neste Acórdão, chama-se a atenção para que o n.º 4 do art. 39.º da LAV dispõe que só é admissível recurso da decisão final que ponha termo ao processo 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*”.

E, sem considerar a jurisprudência já fixada quando à validade da adesão do consumidor ou do segurado a uma instância arbitral em que a entidade profissional já manifestou a sua disponibilidade para se submeter à arbitragem (ou mesmo quando esta entidade está vinculada por lei a submeter-se a arbitragem) e, por isso, em que se tornou vinculativa a previsão regulamentar de existência de recurso para os tribunais estaduais¹⁵, o Acórdão da Relação do Porto em análise manifestou o seu desacordo quanto a esta jurisprudência e interpretou literalmente a regra do n.º 4 do art. 39.º da LAV, sem atender às arbitragens instauradas com base na Lei n.º 145/2015, de 8 de setembro (arts. 2.º e 13.º), na Lei de Proteção dos Utentes dos Serviços Públicos Essenciais (art. 13.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, diploma com as sucessivas alterações) e na Lei de Defesa do Consumidor (art. 14.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com sucessivas alterações, embora neste caso sejam raros os casos de recurso admissível, dado o valor limite das causas).

Pode ler-se neste Acórdão:

“Portanto, a convenção arbitral, dado o seu conteúdo, ao remeter para as normas dos «Regulamentos» com regras de processo na arbitragem, fica-se por aqui, sendo completamente omissa ao que se poderia passar daí para a frente, designadamente quanto à possibilidade de recurso da decisão proferida no âmbito do mesmo [...]”.

¹⁵ No sentido de que tem o valor de convenção de arbitragem a adesão das partes ao CIMPAS e à aplicação das regras de processo constantes dos Regulamentos aprovados por esse Centro [CIMPAS] veja-se o Acórdão da Relação do Porto de 25 de fevereiro de 2014 e os acórdãos da Relação de Coimbra de 27 de setembro de 2016 e de 25 de outubro do mesmo ano, citados na anotação de Robin de Andrade ao art. 39.º da LAV (cfr. Dário Moura Vicente, coordenador da obra coletiva *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 6ª ed., Coimbra Almedina, 2023, pág. 160).

Nessa medida, não toma conhecimento do recurso, por considerar que não releva o silêncio dos segurados no ato de adesão, ou os meros comportamentos assumidos ou atitudes que não sejam verbalizados sob forma expressa.

35. Como resulta do que expusemos, discordamos do entendimento perfilhado neste Acórdão que se afasta de uma jurisprudência constante acolhida favoravelmente pela doutrina.

A existência de um recurso para os tribunais estaduais pode ser vista como uma garantia suplementar das partes, devendo relevar a sua consagração nos regulamentos de instituições de arbitragem, nomeadamente quando se trata de meios alternativos de resolução de litígios que visam em primeira linha os consumidores.

36. No domínio da **arbitragem de consumo**, três acórdãos da Relação de Guimarães incidiram sobre conflitos de consumo.

No **Acórdão de 11 de julho de 2024** (relatora-Desemb.^a Ana Cristina Duarte)¹⁶, estava em causa uma empresa que requerera a anulação de uma sentença arbitral por esta alegadamente ter apreciado um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem. Para além deste fundamento anulatório, a autora invocara ainda os vícios de falta de fundamentação e de violação da ordem pública.

Estava em causa um pedido de declaração de inexistência de uma dívida de € 357,63, invocando o demandante no processo arbitral que deixara de ser cliente da empresa fornecedora em 2022 e que nada devia a esta. Na contestação, a empresa invocara a litispendência com um processo de injunção intentado contra o demandante por essa empresa, para cobrança do referido montante.

A sentença arbitral considerou que estava em causa uma arbitragem necessária de consumo, visto existir alegadamente uma dívida por prestação de serviços públicos essenciais (no caso, prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica). Considerou que as dívidas em causa estavam prescritas, por estar parado há tempo o processo de injunção a

¹⁶ Proc. n. .º 56/24.0Y RPRT.G1, disponível em www.dgsi.pt.

aguardar decisão sobre o pedido de apoio judiciário formulado pelo consumidor. Julgou, assim, a ação arbitral procedente.

A Relação de Guimarães entendeu que, no caso, só cabia o meio de impugnação anulação de sentença arbitral, por não haver estipulação expressa de recurso (art. 39.º, n.º 4, da LAV, aplicável por força da Lei n.º 145/2015, de 8 de setembro, e regulamento de instalação de arbitragem). Assim sendo, estava-lhe vedada a apreciação do mérito da sentença arbitral, nos termos do n.º 9 do art. 46.º da LAV. No mesmo acórdão, a Relação rejeitou o fundamento anulatório de falta de especificação da matéria de facto na sentença arbitral, afirmando que, embora este não tivesse autonomizado em número próprio os factos que considerara provados, *“a verdade é que decidi[ra] as questões suscitadas pela demandada, em sede de saneador, atendo-se à matéria de facto por si introduzida nos autos [...]”* e, por outro lado, incluía as faturas emitidas pela demandada, com elementos constantes do processo de injunção. Tanto bastou para que fosse perceptível o processo lógico e racional que estava na base da decisão impugnada.

Tão pouco se verificava o fundamento anulatório consistente na alegada não inclusão do conflito na convenção de arbitragem, uma vez que a questão da cobrança das dívidas já constava do processo de injunção. Ora, o tribunal arbitral conheceu da obrigação contratual resultante de um contrato de prestação de serviço prestado a um consumidor. A Relação de Guimarães acentuou que o tribunal arbitral não conheceu do litígio consubstanciado no processo de injunção, estando apenas em causa um litígio respeitante a uma relação de consumo, abrangida na arbitragem instaurada nos termos da Lei n.º 144/2015.

Por último, não havia qualquer violação da ordem pública internacional (ou interna se se adotar um ponto de vista também defendido na doutrina) porquanto o direito potestativo da consumidora de apresentar a reclamação que apresentara não podia ser restringido, acrescendo que o efeito pretendido pela reclamante é, exatamente, o de paralisar a injunção através da declaração de que o direito reclamado pelas faturas estava prescrito. Não havia, por isso, litispendência.

Daí a improcedência da ação de anulação.

37. O segundo Acórdão data de 19 de setembro de 2024 (relatora-Desemb.^a Paula Ribas)¹⁷ e versou sobre um pedido de anulação de uma sentença arbitral que condenara uma empresa de fornecimento de água e recolha de efluentes e resíduos a pagar uma indemnização a um cliente, no âmbito de um litígio sobre tarifas de saneamento.

A decisão foi a de julgar improcedente o pedido de anulação.

De harmonia com o sumário desta decisão, a questão de saber se é ou não devido o pagamento da tarifa de drenagem de águas residuais configura um conflito de consumo. Estando em causa um serviço público essencial, a natureza jurídica da tarifa (i.e., se é um tributo ou não) não afasta a aplicação da Lei dos Serviços Públicos Essenciais. Por último, não se mostrando violadas as normas da LAV, o mérito da decisão arbitral não é sindicável na ação de anulação.

38. A terceira decisão é a constante do Acórdão de 24 de outubro de 2024 (relatora-Desemb.^a Carla Oliveira)¹⁸.

Este Acórdão conheceu de um pedido de anulação de sentença arbitral proferida por um tribunal arbitral de consumo que condenara uma seguradora a pagar uma indemnização a um segurado, apesar de ter caducado o seguro automóvel objeto da apólice por falta de pagamento do prémio, uma vez que havia um prazo alargado de vigência do seguro previsto na chamada carta verde. A ação foi julgada improcedente pela Relação, tendo sido elaborado o seguinte sumário:

I – Em sede de ação de anulação de sentença arbitral, não pode o Tribunal da Relação conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas.

II – A discordância com a valoração da prova feita pelo Tribunal Arbitral pode configurar erro de julgamento, mas não uma violação dos princípios de igualdade ou de contraditório.

III – A omissão de factos não integra uma eventual situação de «omissão de pronúncia», nos termos e para os efeitos do art. 46.º, n.º 3, al. a), v), da LAV, por estar em causa a matéria de facto e vicissitudes inerentes à mesma.

¹⁷ Proc. n.º 6971/22. 9T8 GMR.G1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁸ Proc. n.º 169/24. 9Y RGMR, disponível em www.dgsi.pt.

IV – Na sentença arbitral, a fundamentação deve visar apenas promover a compreensão pelas partes da razão de ser da decisão e assim possibilitar a pacificação de conflitos.

V – Por ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português nos termos e para os efeitos do art. 46.º, n.º 3, al. b) ii) da LAV tem de entender-se uma decisão que consubstancie uma violação manifesta do sentimento jurídico dominante e dos valores éticos estruturantes de uma sociedade como tal interiorizados pelo comum dos cidadãos”.

39. De um modo geral, parecem aceitáveis as decisões analisadas, atendendo à circunstância de não se prever a existência de recurso no âmbito da Lei de Defesa do Consumidor, questão com relevância nos três Acórdãos.

Por força desta omissão, as entidades profissionais (seguradoras; empresas de águas, etc.) tentam reverter as decisões arbitrais que lhes foram desfavoráveis, socorrendo-se dos fundamentos tipificados no art. 46.º, n.º 3, da LAV, procurando forçar o seu teor de forma a tentar alcançar o desiderato de se libertarem das condenações contra eles pronunciadas.

Como veremos, idêntico fenómeno ocorre com boa parte das impugnações das sentenças arbitrais dirigidas ao Tribunal Central Administrativo Sul.

Em qualquer caso, parece excessivo não admitir um recurso ordinário em muitos casos destas arbitragens unilateralmente necessárias, sobretudo quando os valores de condenação ultrapassam o valor da alçada dos tribunais estaduais de primeira instância.

Tal omissão legislativa de recurso no que toca à arbitragem necessária que abrange as entidades profissionais poderá acarretar problemas de inconstitucionalidade.

40. Por último, abordar-se-á a litigância junto dos tribunais estaduais do **contencioso das sentenças proferidas em matéria administrativa e tributária.**

41. No Supremo Tribunal Administrativo continua a verificar-se um elevado número de recursos de revista interpostos de decisões do Tribunal Central Administrativo Sul, por regra de decisões proferidas em ações de anulação de sentenças arbitrais, no domínio da arbitragem tributária.

Mas também se encontraram decisões oriundas do contencioso administrativo não tributário, nomeadamente do contencioso desportivo da competência do Tribunal Arbitral do Desporto.

42. Um caso curioso teve a ver com a prática do desporto de Padel.

No **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11 de julho de 2024** (relatora – Desemb.^a Lina Costa)¹⁹ apreciou-se um recurso interposto de uma sentença do Tribunal Arbitral do Desporto proferida em 16 de outubro de 2021, que julgara procedente um recurso, revogando o acórdão do Conselho de Justiça da Federação Portuguesa de Padel.

Este conselho não dera provimento ao recurso interno de anulação da deliberação da direção dessa Federação, que atribuíra o título de campeão da modalidade a dois atletas portugueses, apesar de haver outros atletas estrangeiros com melhor classificação.

Essa atribuição discriminatória decorria do art. 62.º, n.º 2, do Regime Jurídico das Federações Desportivas, ao impor que, nas competições de modalidades individuais, a atribuição de títulos de campeão só pode ser conferida a cidadãos nacionais. Deve notar-se que este desporto é sempre praticado em par ou dupla.

O Tribunal Arbitral de Desporto julgara que tal norma regulamentar violava os arts. 18.º, 21.º e 165.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, quando impedia a atribuição de títulos de campeão a cidadãos da União Europeia não portugueses, mas residentes no território português.

Esta decisão foi confirmada pelo TCAS, através do acórdão em análise.

O Tribunal considerou que a interpretação da norma regulamentar à luz do disposto no art. 15.º, n.º 1, da Constituição e na legislação da União Europeia, implicava *“considerar que se pode participar na prova, tal como um cidadão nacional, o recorrido, enquanto cidadão espanhol residente e praticante de Padel, em situação regular perante a Recorrente, (o qual) tem o mesmo direito que um cidadão nacional a receber o título de campeão”* (ponto VI do Sumário).

¹⁹ Proc. n.º 20/22.4 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

Desse modo, era eliminada a discriminação em razão da nacionalidade do cidadão espanhol.

43. Desta decisão foi interposto recurso excecional de revista, o qual foi admitido por **Acórdão da formação do Supremo Tribunal Administrativo proferido em 26 de setembro de 2024** (relator-Cons. José Veloso)²⁰. Ter-se-á de aguardar a decisão quanto ao objeto do recurso.

44. No domínio da arbitragem tributária, surgem vários acórdãos que incidem sobre decisões proferidas por árbitros em tribunais constituídos no âmbito do CAAD.

Importa referir algumas decisões.

45. O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de junho de 2024 (relatora-Cons.^a Isabel Marques da Silva)²¹ apreciou um recurso para uniformização de jurisprudência interposto pela Administração Tributária e Aduaneira de uma decisão arbitral proferida em 22 de novembro de 2023, ao abrigo dos n.ºs 2 e 4 do art. 25.º do RJAT.

Foi indicado como decisão em contradição com a decisão impugnada (acórdão-fundamento) o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de novembro de 2022.

O recurso foi julgado procedente pelo Pleno da Seção Tributária e levou à anulação parcial da sentença arbitral, sendo fixada jurisprudência uniformizada sobre a data em que são devidos juros pela AT, no âmbito de aplicação do art. 43.º, n.º 1, alínea c), da Lei Geral Tributária.

Trata-se de um recurso interposto ao abrigo do art. 25.º, n.º 2, do RJAT.

46. Em contrapartida, o Acórdão do mesmo **Supremo Tribunal Administrativo de 17 de setembro de 2020** (relator-Cons. Francisco

²⁰ Foi também admitido pelo STA, através da referida formação, um recurso de revista de uma decisão do TCAS que confirmara uma pena de suspensão disciplinar de um atleta por 10 anos, pela prática de *doping*, por se tratar de questão de inegável relevância jurídica e social (Acórdão de 12 de setembro de 2024, relatora-Cons.^a Teresa de Sousa, Proc. 63/24.3 BCLSB).

²¹ Proc. n.º 06/24.4 BALSb, disponível em www.dgsi.pt.

Rothes)²² considerou que não havia que conhecer do mérito do recurso de uniformização de jurisprudência se se verificar “*que, apesar da semelhança do quadro factual em que se moveram as duas decisões arbitrais em alegada oposição, não pode considerar-se, em face do concreto julgamento do facto efetuado por cada uma delas, [que versaram] sobre situações factuais materialmente análogas*”.

47. Vários acórdãos sobre matéria tributária, proferido pelo TCAS incidiram sobre decisões proferidas por tribunais tributários arbitrais.

Assim, o **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de setembro de 2024** (relatora-Desemb.^a Tânia Meireles da Cunha)²³ julgou procedente uma ação de impugnação com fundamento em omissão de pronúncia, considerando que ocorria a referida nulidade quando as questões suscitadas pelas partes não tivessem sido objeto de apreciação, a menos que a decisão de tais questões tivesse resultado prejudicada pela solução dada a outras questões.

Foi ordenada a baixa do processo ao CAAD para conhecer da questão indevidamente omitida.

48. Idêntica solução de anulação da sentença arbitral por omissão da pronúncia consta do **Acórdão do TCAS também de 26 de setembro de 2024** (relatora-Desemb.^a Maria da Luz Cardoso)²⁴.

A omissão incidiu sobre uma questão de inconstitucionalidade de uma certa interpretação da norma impositiva tributária, tendo o tribunal arbitral considerado que se tratava de um mero argumento jurídico.

49. Em contrapartida, várias decisões do TCAS negaram provimento a ações de impugnação de decisões tributárias arbitrais:

Acórdão de 12 de setembro de 2024 (relator-Desemb. Vital Lopes)²⁵ – onde se considerou não haver omissão de pronúncia;

²² Proc. n.º 044/24. 7B LSB, disponível em www.dgsi.pt.

²³ Proc. n.º 125/21. 9BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴ Proc. n.º 54/21. 6BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Proc. n.º 134/23. 3BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 27 de junho de 2024, (relator – Desemb. Vital Lopes)²⁶ – onde se considerou que não havia nem excesso de pronúncia nem omissão de pronúncia;

Acórdão de 27 de junho de 2024 (relator-Desemb. Jorge Cortês)²⁷ – onde se considerou que o prazo para instauração da ação de impugnação de decisão tributária tem natureza processual e que o vício de falta de análise crítica da prova, por falta de discriminação dos factos provados e dos factos não provados, constitui motivo de anulação de decisão arbitral por falta de fundamentação (vício que se considerou não se ter verificado nesta ação);

Acórdão de 27 de junho de 2024 (relatora-Desemb.^a Tânia Meireles da Cunha)²⁸ – onde se considerou que a enumeração taxativa constante do art. 28.º do RJAT não inclui a apreciação do mérito da decisão impugnada. Para além disso, julgou-se improcedente à impugnação proposta pela AT, por se considerar que não houve pronúncia indevida se o tribunal arbitral entendeu que inexistia questão prejudicial que justificasse a suspensão da instância, tendo conhecido de um vício próprio do procedimento de liquidação alegado que não respeitava à questão dita prejudicial segundo a mesma AT;

Quatro **Acórdãos relatados pela Desemb.^a Tânia Meireles da Cunha de 19 de junho de 2024²⁹, de 10 de outubro de 2024³⁰, de 24 de outubro de 2024³¹ e de 7 de novembro de 2024,³²** Estes acórdãos pronunciaram-se sobre diversos fundamentos de impugnação de sentenças arbitrais, tendo julgado improcedentes vários fundamentos invocados nas impugnações, afirmando em três deles que a violação pelo tribunal arbitral do princípio inquisitório não implicava a anulação da sentença arbitral, dada a taxatividade do elenco dos vícios constante do art. 28.º do RJAT. Estas quatro impugnações foram julgadas improcedentes.

²⁶ Proc. 172/23. 4 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ Proc. n.º 119/19. 4 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

²⁸ Proc. n.º 45/18. 4 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ Proc. n.º 61/17. 3 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ Proc. n.º 123/18.0 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

³¹ Proc. n.º 59/22. 0 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

³² Proc. n.º 9500/16. 0 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

50. Numa breve apreciação destas decisões do Tribunal Central Administrativo Sul, pode dizer-se que aplicaram corretamente os preceitos legais atinentes à impugnação das sentenças dos tribunais tributários arbitrais (arts. 27.º e 28.º do RJAT).

Seja o sujeito passivo dos diferentes tributos, seja a AT, ambos procuraram impugnar as sentenças que lhes foram desfavoráveis, num quadro de fundamentos taxativos de impugnação, sem que seja possível apreciar o mérito das decisões arbitrais.

51. No Acórdão de 21 de novembro de 2024 (relatora-Desemb.^a Tânia Meireles da Cunha)³³ o TCAS conheceu de uma impugnação deduzida pela sociedade sujeito passivo de IRC contra uma sentença arbitral que julgara procedente a exceção deduzida pela AT de incompetência material do tribunal arbitral tributário para a análise e pronúncia sobre a liquidação de IRC notificada à impugnante.

A razão pela qual o tribunal arbitral se julgara incompetente para conhecer do pedido do sujeito passivo do imposto fora a de que a liquidação em causa consubstanciava “*a materialização da decisão arbitral proferida no processo n.º 933/2019-T, não se vislumbrando, por este motivo, suporte legal que permita ao tribunal arbitral a respetiva pronúncia*”.

A impugnante discordou da afirmação da AT de que a liquidação posta em causa neste processo decorria da execução da anterior sentença arbitral pela própria AT, a qual tinha acatado a declaração de ilegalidade no indeferimento da reclamação graciosa, mantendo inalterado o ato de autoliquidação de IRC referente ao ano de 2009. Na nova liquidação, a AT reduzira em mais de um milhão de euros o crédito por dupla tributação de dividendos pagos por empresas subsidiárias da impugnante, sitas em países fora da União Europeia.

O TCAS considerou que a nova liquidação materializava a execução pela AT da decisão arbitral proferida no primeiro processo, estando a AT obrigada “*à reconstituição da situação atual e hipotética, por forma a recriar na esfera do administrado a situação que o mesmo teria se o ato ilegal não tivesse sido praticado*”. Ora, o ato tributário que se situe nos limites do caso julgado anulatório não pode ser sindicado em nova arbi-

³³ Proc. n.º 45/23.2 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

tragem. Porém, se os limites do julgado tivessem sido extravasados, esse ato deixava de ser um ato de execução e podia ser objeto de pronúncia jurisdicional. Ora, *“atenta a configuração feita pelo impugnante, não poderia o tribunal arbitral deixar de se considerar competente para a apreciação do pleito – independentemente de vir, a final, concluir estarmos perante uma verdadeira liquidação corretiva, o que consubstanciava uma exceção que obsta ao conhecimento do mérito, por força da respetiva impugnabilidade, ou perante uma liquidação inovatória”*.

Decidiu, assim, o Acórdão em apreciação anular a decisão do tribunal arbitral, determinando o conhecimento do mérito.

52. Trata-se de um acórdão interessante, sobretudo no plano do Direito Fiscal, mas em que a solução encontrada se acha baseada na chamada tutela provisória da aparência, para se usar a expressão do Prof. Castro Mendes: o saber se a liquidação era meramente corretiva ou antes inovadora, condicionava, de forma definitiva, a competência ou não do tribunal arbitral.

53. Como antes se referiu, existe um número apreciável de decisões dos tribunais superiores administrativos que incidem **sobre a arbitragem necessária administrativa a cargo do Tribunal Arbitral do Desporto**, mas limitar-nos-emos à citação dos seguintes:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 3 de outubro de 2024 (relator por vencimento – Desemb. Rui Pereira)³⁴, onde estava em causa a apreciação de expressões utilizadas por um desportista numa *flash interview*, tendo a decisão sancionatória do órgão federativo sido confirmada pelo TAD, mas revogada por este Acórdão, pelo facto de a maioria do tribunal ter considerado que a punição aplicada limitara, de forma desproporcionada, a liberdade de expressão;

Acórdão do mesmo TAD de 20 de setembro de 2024 (relator-Desemb. Luís Borges Freitas)³⁵ – o tribunal confirmou a revogação pelo TAD da decisão federativa de sancionamento de um clube de futebol por atos dos sócios, simpatizantes e adeptos; e

³⁴ Proc. n.º 145/24. 1 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

³⁵ Proc. n.º 93/24. 5 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TCAS de 20 de junho de 2024 (relator-Desemb. Frederico Macedo Branco)³⁶ – o tribunal estadual revogou a decisão do TAD, tirada por maioria, que julgara procedente um recurso interposto de uma decisão sancionatória do órgão de disciplina federativo.

54. Nenhum destes acórdãos suscita dúvidas em matéria de processo arbitral.

E. Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira

55. O Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de dezembro de 2024 (relatora – Desemb^a Anabela Calafate)³⁷ incidiu sobre a revisão e confirmação de um acórdão arbitral proferido no Reino Unido relativo a um litígio relativo à resolução de um contrato de distribuição, que, no essencial, declarou que a Requerida incumpriu e resolveu ilicitamente o contrato de distribuição e ordenou à mesma que efetuasse o pagamento de determinados montantes.

A requerida contestou, pedindo ao Tribunal que recusasse o reconhecimento por incompatibilidade manifesta do resultado que promove com a ordem pública internacional portuguesa, nos termos e para os efeitos do número 1.b.ii) do artigo 56 da LAV e do V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque.

Alegou, em síntese, que o reconhecimento da sentença arbitral conduziria a violar de forma manifesta a ordem pública internacional do Estado português, por redundar numa violação do princípio da proporcionalidade e da proibição das condenações excessivas.

A Requerente respondeu, alegando, em suma que se a requerida não tem recursos suficientes para pagar a sua dívida, isso apenas significará que se encontra insolvente, o que não constitui óbice ao reconhecimento da sentença arbitral.

A questão a resolver pelo Tribunal era, assim, se o reconhecimento da sentença arbitral conduziria a violar de forma manifesta a ordem pública internacional do Estado português por redundar numa violação do prin-

³⁶ Proc. n.º 78/24. 1 BCLSB, disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ Proc. n.º 30580/22.3T8LSB.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

cípio da proporcionalidade e da proibição das condenações excessivas, já que alegava a requerida o pagamento dos montantes em que tinha sido condenada implicaria praticamente a sua insolvência.

A Relação entendeu que não havia qualquer afronta à ordem pública internacional do Estado português, porquanto os árbitros tinham aplicado o Código Civil português para decidir o litígio, por ter sido convenciona-
nada a aplicação da lei substantiva de Portugal. Por unanimidade concluíram que a requerida procedeu à resolução ilícita do contrato perante os factos provados no acórdão arbitral, o valor da indemnização mostra-se criteriosamente determinado, ponderado que foi o disposto no art. 562.º do Código Civil e a jurisprudência portuguesa, sendo evidente a falta de razão da requerida, que insiste em atribuir à requerente o incumprimento contratual.

O Acórdão conclui assim que a requerida ter ou não possibilidade de pagar as quantias em que foi condenada, é irrelevante para aferir da alegada afronta da decisão à ordem pública internacional do Estado Português, pois a legislação interna (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) admite a execução universal dos bens do devedor insolvente, conclusão que não nos merece qualquer reparo. Para a decisão do Tribunal, pesou igualmente a circunstância de a requerida ter deduzido reconvenção em que pediu ao tribunal arbitral a condenação da requerente no pagamento de indemnização no valor de € 117.041.176,24 €, acrescido de juros, com base na alegação de que a requerente incumpriu o contrato, mas que tal pedido foi julgado improcedente.

III. Conclusão

56. Como decorre da análise feita, foram detetadas decisões divergentes em algumas matérias, sobretudo no domínio do direito tributário (basta referir a decisão arbitral que foi proferida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 787/2023 e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 24 de outubro de 2024 sobre a matéria jurídica da Contribuição de Serviço Rodoviário, estando em causa a qualificação deste tributo (como imposto ou contribuição financeira).

Algumas decisões debruçaram-se sobre a matéria dos prazos para concluir a arbitragem, ou, para nos termos do regulamento aplicável,

proferir a sentença arbitral, tendo num deles sido suscitada a questão de falta de intervenção de um dos co-árbitros na deliberação da solução que iria contra a sentença arbitral. Nestes Acórdãos, discutiram-se questões relevantes sobre os limites da retificação das sentenças arbitrais e sobre a impossibilidade de modificar a decisão, sob a capa de retificação dessa sentença.

Continua a verificar-se um clima de cooperação entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais que apraz registrar.

Acentua-se, assim, que os tribunais estaduais se mostram interessados nas soluções constantes das diferentes leis de arbitragem, com especial relevo para a LAV, e que demonstram conhecer a doutrina e jurisprudência nacionais sobre as diferentes matérias.

Pode concluir-se que ninguém, nos meios forenses, tem medo ou desconfia da arbitragem.

RECENSÕES

Rui Pinto Duarte

*Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Advogado*

Recensão à obra *The Regulation of International Commercial Arbitration: Arbitrators' Duties and the Emerging Arbitral Market*, de João Ilhão Moreira

João Ilhão Moreira é um jurista português, atualmente professor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Realizou estudos de licenciatura (2008) e de mestrado (2010) na Universidade de Coimbra e de mestrado (2016) e doutoramento (2020) na Universidade de Oxford. Trabalhou alguns anos como advogado em Portugal, mas é primordialmente um académico, como resulta dos muitos estudos que já publicou (v. <https://fll.um.edu.mo/joao-loreto-ilhao-moreira/>).

O livro objeto desta recensão¹ merece notícia não por ser de autor português, mas pelo seu conteúdo. De resto, de ligações com Portugal, a obra tem apenas a autoria, pois o ambiente em que se situa é o da arbitragem internacional.

O tema central da obra é o indicado no seu subtítulo: a relação entre os deveres dos árbitros e o mercado da arbitragem. A abordagem dele feita combina os planos jurídico, económico e sociológico, na perspetiva da regulação. A bibliografia usada, vastíssima, reflete esses diversos planos.

São nove os capítulos em que o texto se divide.

O primeiro é uma introdução, que começa por expor os termos do debate acerca da regulação da atividade dos árbitros de litígios comerciais internacionais, para depois referir as dificuldades de tal campo da arbitragem (fechamento, lentidão, onerosidade) e, de seguida, referir a descrença na capacidade da arbitragem comercial para se autorregular e a necessidade de reavaliar essa capacidade.

¹ JOÃO ILHÃO MOREIRA, *The Regulation of International Commercial Arbitration Arbitrators' Duties and the Emerging Arbitral Market*, Hart Publishing, 2024.

O segundo é um relato do desenvolvimento da arbitragem comercial internacional e do surgimento dos «árbitros modernos», incluindo uma categorização sociológica dos tipos de árbitros dos últimos 100 anos: «An Honorary Appointment of a Merchant», «The “Grand Old Men”», «The Technocrats», «The “Corporatisation” of Arbitrators».

O terceiro é dedicado ao tratamento da arbitragem comercial como mercado, concentrando a atenção nos papéis dos árbitros e das instituições de arbitragem.

O quarto analisa o contraste entre o modo como as sociedades encaram a generalidade das profissões, regulando-as, e a atividade dos árbitros, que é largamente deixada nas mãos da «comunidade arbitral».

O quinto versa os modos de criação das regras (jurídicas em sentido estrito e deontológicas) aplicáveis aos árbitros, desde as regras cogentes, nacionais e internacionais, às da *soft law* (com destaque, neste caso, para as emanadas pelas instituições de arbitragem) e às geradas pela jurisprudência.

O sexto apresenta os conteúdos das regras aplicáveis aos árbitros no campo da arbitragem internacional.

O sétimo perscruta o cumprimento das regras expostas, ponderando os incentivos a esse cumprimento.

O oitavo ocupa-se da aplicação das mesmas regras, dando atenção aos vários «mecanismos» que visam compelir à sua observância.

O nono é de cariz conclusivo, levantando as principais questões (desafios) que se colocam na regulação da atividade arbitral no tocante a litígios comerciais internacionais. Termina interrogando se deve ser encorajada a separação entre a atividade de árbitro e a de advogado. A abrir tal capítulo final, o Autor escreve algo que talvez resuma o essencial da obra: «This book has explored one key idea: that the unique characteristics of the international commercial arbitration market has allowed the arbitral community to develop a unique regulatory framework. Two main reasons justify why the field has not developed centrally defined state-backed regulation. First, arbitration operates against the background of a continuing regulatory competition between jurisdictions and arbitral institutions to attract arbitral proceedings. This competition has led arbitration to be modelled in a way that is primarily directed to benefit dispute parties, ie, a system built on party autonomy and designed in a commercially minded and service-oriented fashion. Second, given that

many within the arbitration community benefit from the current state of affairs and are reasonably insulated from competition, the community has, for the most part, worked to keep arbitration free from the regulatory arrangements found in most other professional areas.» (p. 163).

Apreciando a obra, o elogio mínimo que se impõe é o de que consiste numa exposição informada e informativa, bem como problematizante, de um tema de grande relevo para o mundo da arbitragem, que demonstra o cosmopolitismo e a erudição do seu Autor.

Do ponto de vista de quem assina esta recensão, é positivo que o livro não faça a apologia (embora também não as rejeite) das teses que defendem a reserva da função arbitral aos que se dedicam exclusivamente a ela, ponderando, designadamente nas páginas finais, as consequências negativas (pelo menos, algumas delas) que um tal caminho traria consigo.

Recensão à obra *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento*, de Natalina Gonçalves Hermano

I. Em março de 2024 foi publicada pela editora Almedina a obra *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* da autoria de NATALINA GONÇALVES HERMANO¹.

A obra corresponde à dissertação de mestrado (em direito e prática jurídica – especialidade em direito comercial internacional) que a Autora, agora Mestre em Direito, apresentou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e discutiu em provas públicas que tiveram lugar no dia 11 de abril de 2023, perante um júri constituído pelos Professores Doutores Elsa Dias Oliveira (na qualidade de presidente e arguente), Rui Soares Pereira (na qualidade de orientador) e João Gomes de Almeida (na qualidade de vogal).

II. A investigação levada a cabo por NATALINA GONÇALVES HERMANO tem por objeto a figura do *amicus curiae* na arbitragem de investimento.

A escolha do tema é justificada, não apenas pela sua (relativa) novidade no contexto português, mas também pela relevância prática que o *amicus curiae* poderá desempenhar na arbitragem de investimento. A obra destaca-se por oferecer uma análise pioneira sobre o papel do *amicus curiae* em arbitragens de investimento, tema ainda pouco explorado no contexto jurídico português. Incide aliás sobre uma figura relativamente desconhecida entre nós², quer no domínio da arbitragem, quer no

¹ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento*, Coimbra: Almedina, 2024 (142 pp.).

² Ainda assim, cfr.: MARIA JOSÉ CAPELO, “Intervenção de terceiros”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (org. Paulo Pinto de Albuquerque), vol. 3, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 3117-

domínio do processo em geral. Segundo se julga saber, dela também não se costuma fazer uso no contexto das arbitragens realizadas em território nacional, nem tão-pouco no processo civil ou no processo penal. Só por isso merecia e justificava o tema um tratamento monográfico em Portugal, apoiado em literatura estrangeira específica, tal como a que foi utilizada pela Autora. A Autora recorre a obras de referência acerca da figura, o que fortalece a fundamentação teórica de um tema pouco estudado em Portugal.

Ao preencher uma lacuna no estudo em Portugal do *amicus curiae*, o trabalho de NATALINA GONÇALVES HERMANO contribui significativamente para fomentar o debate jurídico sobre a sua aplicabilidade e relevância. Além disso, o crescente uso do *amicus curiae* em arbitragens internacionais, especialmente em litígios complexos envolvendo interesses públicos e privados, torna o estudo da figura essencial para compreender a sua evolução e impacto. Tem vindo a merecer maior atenção por parte da literatura estrangeira (de língua não portuguesa) a prática de recurso ao *amicus curiae* no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos³ e/ou no Direito Comercial Internacional⁴, em vários Tribunais Internacionais⁵ e mesmo no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁶. Discutem-

3127 (3122-3124); ARMANDO ROCHA, “Amicus curiae before the international tribunal for the law of the sea: the prospect of an advisory opinion on climate change and the law of the sea”, in *Católica Law Review*, 6, n.º 1 (janeiro 2022), pp. 87-111; DANIELA CARDOSO, “O papel da Autoridade da Concorrência no *private enforcement*: uma reflexão em torno da figura do *amicus curiae*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 78, n.ºs 3-4 (Jul.-Dez. 2018), pp. 599-607.

³ Por exemplo, acerca da participação das ONG e da própria Comissão Europeia, cfr. THOMAS RUTHEMEYER, *Der amicus curiae brief im internationalen Investitionsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2014.

⁴ Numa análise comparada, cfr. SÖREN SEGGER, *Der Amicus Curiae im Internationalen Wirtschaftsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen, deutschen, europäischen, Welthandels – und Investitionsschutzrechts sowie der Principles of Transnational Civil Procedure*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

⁵ Assim, por exemplo, com uma análise empírica ampla e comparativa dos diversos Tribunais Internacionais, cfr. SARAH-LENA SCHADENDORF, *Amica curiae: die organisierte Zivilgesellschaft als Freundin der internationalen Gerichtsbarkeit*, Wiesbaden: Springer, 2022. Em relação ao Direito Penal Internacional e ao Tribunal Penal Internacional, cfr. KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 3 (*International criminal procedure*), 2nd. Ed., Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 202-204, SARAH WILLIAMS/

-se também as perspectivas de importação dos moldes da sua participação em certos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos para alguns tribunais nacionais de *civil law*⁷. Especial atenção tem merecido há vários anos a esta parte a figura do *amicus curiae* em relação a certas tipologias de processos, como sucede a respeito da participação das autoridades (nacionais e europeias) de concorrência nos processos (nacionais e europeus) de infração às regras da concorrência⁸.

III. Embora colocando o foco do estudo na arbitragem de investimento, a obra de NATALINA GONÇALVES HERMANO não se limita a investi-

HANNAH WOOLAVER/EMMA PALMER, *The amicus curiae in international criminal justice*, Oxford: Hart, 2020, e ASTRID WIIK, *Amicus Curiae before international courts and tribunals*, Baden-Baden: Nomos, 2018. Especificamente sobre a participação das ONG no Tribunal Penal Internacional, cfr. LINDA E. CARTER/MARK STEVEN ELLIS/CHARLES C. JALLOH, *The International Criminal Court in an effective global justice system*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 264 e ss. A respeito do modelo colombiano adotado para a participação de *amici curiae* na Jurisdição Especial para a paz na Colômbia implementada após o acordo final firmado entre o Governo colombiano e as FARC-EP, tratando-os quase como se fossem testemunhas-perito, prevendo-se um número fixo de *amici* e parecendo extravasar a atribuição de uma mera função consultiva ou de aconselhamento em direção a um papel quase-judicial, cfr. as reflexões de KAI AMBOS/SUSANN ABOUELDAHAB, “Foreign Jurists in the Colombian Special Jurisdiction for Peace: A New Concept of Amicus Curiae?”, in *Blog of the European Journal of International Law*, December 19, 2017.

⁶ Acerca da participação de terceiros ou de partes terceiras no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cfr. ANNA STUMPF, *Die Drittbeteiligung im Verfahren vor dem EGMR*, Würzburg: Würzburg University Press, 2024, e NICOLE BÜRLI, *Third-party interventions before the European Court of Human Right: Amicus curiae, member-state and third-party interventions*, Cambridge: Intersentia, 2017.

⁷ Com uma interessante análise da realidade norte-americana e dos possíveis equivalentes no Direito alemão e apontando possíveis diretrizes para a participação do *amicus curiae* nos tribunais alemães, ULRICH KÜHNE, *Amicus curiae: richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

⁸ Acerca deste tema, *colorandi causa*: ANNEMARIE GRIMM, *Die Rechtsfigur des Amicus curiae im Kartellzivilprozess: Entwicklungen, Funktionen und Problemstellungen*, Frankfurt am Main: PL Acad. Research, 2014; ANDREAS ZUBER, *Die EG-Kommission als amicus curiae: die Zusammenarbeit der Kommission und der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages*, Köln: Heymann, 2001.

gar a figura do *amicus curiae* no domínio da arbitragem, nem sequer da arbitragem de investimento.

Tal como se anuncia na parte final da Introdução⁹, começa a Autora por estudar a origem e evolução da figura em geral (capítulo I)¹⁰, a que se segue uma apresentação do respetivo enquadramento normativo (capítulo II)¹¹, uma análise dos casos da jurisprudência onde a participação da figura em arbitragens de investimento terá surgido e sido admitida (capítulo III)¹², a realização de algumas considerações gerais sobre a arbitragem de investimento (capítulo IV)¹³ e, por fim, a discussão da participação efetiva do *amicus curiae* no processo arbitral (capítulo V)¹⁴.

A progressão entre os capítulos permite à Autora abordar o tema de forma abrangente e articulada, conectando fundamentos históricos às implicações práticas e normativas. Mais do que isso, permite à Autora construir uma base sólida para analisar o papel legitimador do *amicus curiae* na arbitragem de investimento. Na verdade, os diversos capítulos servem o propósito, previamente anunciado na mesma parte final da Introdução, de perceber qual é na atualidade a participação do *amicus curiae* na arbitragem de investimento e se poderá (ou não) essa figura ser considerada um instrumento legitimador da própria arbitragem de investimento¹⁵.

Não se limitando a colocar questões para as quais já possuía uma prévia resposta, lança-se então a Autora na procura de elementos que permitam compreender a figura e tornar visível as razões que suportam a

⁹ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 14-15.

¹⁰ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 17-25.

¹¹ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 27-41.

¹² NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 43-80.

¹³ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 81-105.

¹⁴ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 107-129.

¹⁵ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., p. 14.

tendência de admissão (ainda que limitada ou com reduzido impacto) do *amicus curiae* na arbitragem de investimento.

IV. As considerações realizadas pela Autora nos capítulos I, II e V (acerca da origem e evolução da figura, em relação ao enquadramento normativo do *amicus curiae* e sobre a caracterização e requisitos para a participação efetiva do *amicus curiae* no processo arbitral) parecem assumir relevância para outros domínios que não apenas o da arbitragem de investimento.

É o caso, desde logo, das referências constantes do capítulo I à ambiguidade do conceito de *amicus curiae*, à facilidade de importação da figura para diferentes enquadramentos jurídicos, à não qualificação do *amicus* como parte, interveniente ou perito, ao auxílio que o mesmo poderá prestar ao Tribunal, por via de *submissions* ou outras formas de participação, à provável origem da figura no direito inglês medieval e à disseminação ocorrida para vários sistemas jurídicos do Reino Unido e para os EUA (ainda que neste caso aproximando-se da figura do lobista), bem como para sistema de jurídicos de *civil law* que o adotaram formal ou informalmente (França e vários países da América Latina)¹⁶.

É também o caso das referências realizadas no capítulo II a instâncias internacionais e europeias nas quais a figura marca presença (ainda que com outra designação), tais como o *International Court of Justice*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, às regras de Arbitragem UNCITRAL, à Convenção e Regras de Arbitragem ICSID, às Regras de Arbitragem do *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* e às Regras de Arbitragem de Investimento do *Singapore International Arbitration Centre* e ainda aos tratados de investimento (v.g. NAFTA)¹⁷.

É, por fim, o caso das diversas referências constantes do capítulo V. Em primeiro lugar, às cinco características atribuídas ao *amicus curiae*, a saber: não precisa ser uma ONG, ainda que normalmente o seja; a sua participação é considerada um instrumento processual; não se torna parte

¹⁶ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 17-25.

¹⁷ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 27-41.

e não é titular de direitos processuais ou substantivos; propõe-se fornecer informação adicional útil ao Tribunal na resolução do caso; e é alguém interessado e não neutro. Em segundo lugar, às quatro funções habitualmente desempenhadas pela figura: auxílio ao Tribunal; representação do interesse público pela sociedade civil; redução de divergências ou contradições entre decisões; e incremento da transparência. Essas características e funções destacam o potencial do *amicus curiae* como ferramenta processual. Em terceiro lugar, às três categorias em que os *amici* têm vindo a ser arrumados: os que disponibilizam informação adicional ao Tribunal; os que defendem ou representam um interesse público ou privado; e os que corrigem deficiências do Tribunal, aprimorando ou desenvolvendo o sistema em que se inserem as arbitragens. Em quarto lugar, às vantagens e desvantagens da figura e à distinção e aproximação/sobreposição perante figuras próximas (como a testemunha, o perito ou o interveniente). Em quinto lugar, aos requisitos da sua participação: ter uma perspectiva, particular conhecimento ou entendimento diferente ou mais amplo do que as partes; pronunciar-se no âmbito do escopo do litígio; possuir um interesse afetado direta ou indiretamente pelo resultado da arbitragem; e estar envolvido na arbitragem um interesse público. Em sexto lugar, aos limites e aos efeitos da sua participação. No que respeita a estes dois aspetos, a Autora suscita questões que mereciam talvez desenvolvimento em estudo(s) autónomo(s). Por um lado, sublinha que as partes devem pronunciar-se sobre o pedido de participação formulado pelo *amicus* e também sobre a respetiva submissão, mas que compete, em última análise, ao Tribunal Arbitral avaliar se a participação irá (ou não) perturbar o processo, sobrecarregá-lo ou prejudicar de forma injusta as partes. Por outro lado, demonstra que a participação do *amicus* não implica uma modificação dos problemas que o Tribunal terá de resolver, mas, sendo aceite a participação, deverá o Tribunal Arbitral explicar as razões de ter acolhido ou não o contributo do *amicus*. Por fim, questiona em que medida deverá ser atribuído valor probatório às *submissions* realizadas pelo *amicus*¹⁸.

¹⁸ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 107-129.

V. A possível relevância da obra para outros domínios manifesta-se também no capítulo III (sobre a evolução jurisprudencial quanto à participação do *amicus curiae* na arbitragem de investimento) e, em menor medida, no capítulo IV (sobre a arbitragem de investimento).

No capítulo III, a Autora evidencia dois aspetos de elevada importância para a arbitragem de investimento, mas porventura transversalmente aplicáveis a outros tipos de arbitragem e processos. Por um lado, que não existe dúvida que um Tribunal Arbitral tem autoridade para admitir a participação do *amicus curiae*. Por outro lado, que suscitam discussão a apreciação casuística dos requisitos aplicáveis e, sendo a participação do *amicus* deferida pelo Tribunal Arbitral, o modo como poderá ser usada a informação recebida e o impacto que a mesma poderá ter na sentença¹⁹.

Por seu turno, no capítulo IV, depois de uma explicação do sentido da crise de legitimidade da arbitragem de investimento e de um excursus sobre a respetiva origem e evolução, considera a Autora que estamos perante um mecanismo de resolução de litígios de Direito Internacional Público. Por essa razão, entende a Autora, na esteira de outra literatura estrangeira, que a arbitragem terá de acomodar o interesse público, acolher uma postura mais proativa dos árbitros, satisfazer exigências acrescidas de transparência na condução do processo e na decisão e ainda tomar em consideração argumentos relativos a direitos humanos possivelmente postos em causa pela atividade dos investidores. Tudo elementos que parecem favorecer a participação do *amicus curiae* no processo arbitral²⁰.

Ainda que o foco da análise seja a arbitragem de investimento, as conclusões da Autora sobre a legitimidade e a transparência podem ser igualmente relevantes para processos arbitrais nacionais ou outras formas de resolução de litígios. Por exemplo, a aplicabilidade do *amicus curiae* em processos arbitrais domésticos poderia contribuir para aumentar a transparência e a representatividade de interesses públicos em litígios de maior impacto social. No âmbito doméstico, a figura do *amicus curiae* poderia também ser explorada em processos administrativos de grande

¹⁹ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., p. 43.

²⁰ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 81-105.

repercussão pública, contribuindo para ampliar a transparência e o controle pela sociedade das decisões que têm ou podem ter impacto coletivo.

VI. Conclui a Autora que no domínio da arbitragem de investimento, por si só e nos moldes em que atualmente vem sendo admitida a respectiva participação, a figura do *amicus curiae*, apesar de inequivocamente presente, tem ainda um impacto prático limitado e que subsiste lamentavelmente como um amigo distante do Tribunal Arbitral²¹.

Embora a conclusão final seja algo “desoladora” quanto à relevância e participação efetiva do *amicus curiae* na arbitragem de investimento na atualidade, a obra de NATALINA GONÇALVES HERMANO apresenta elementos para o estudo da figura que vale a pena recordar: (i) a versatilidade e a adaptabilidade do *amicus curiae*, características essas que conduzem a uma multiplicidade de concepções, definições e propósitos acerca da figura eventualmente úteis para a arbitragem e fora dela; (ii) a dificuldade de concretizar a participação no processo arbitral do *amicus curiae*, por ser um terceiro (não parte, mas também não interveniente nem perito), apesar das vantagens e do impacto que a sua participação poderia ter na decisão arbitral numa lógica de ampliação da perspectiva do Tribunal Arbitral sobre o litígio; (iii) a existência de regulação da figura do *amicus curiae*, a qual é fruto de uma importante evolução da jurisprudência no sentido de enquadrar a participação do *amicus* no processo arbitral; (iv) as características que o *amicus* deve possuir e os requisitos que devem ser observados para que seja admitida a respectiva participação no processo arbitral; (v) o campo fértil que pode representar a arbitragem de investimento para o acolhimento da figura do *amicus curiae*, a qual poderia até dar o seu contributo para a legitimação deste domínio da arbitragem por via de um alargamento da perspectiva do Tribunal Arbitral; (vi) a necessidade de ajustamento dos requisitos para a admissão da figura do *amicus curiae* no processo arbitral e de redução da margem de discricionariedade habitualmente conferida ao Tribunal Arbitral neste particular.

A investigação torna manifesta a relevância da figura para auxiliar o Tribunal Arbitral a chegar a uma decisão que componha efetivamente o litígio, a mais quando esteja em causa um tipo de litígio que extravasa

²¹ NATALINA GONÇALVES HERMANO, *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento* cit., pp. 132-133.

os interesses das partes ou cuja resolução possa produzir impacto social. Certamente a obra permitirá abrir caminho para futuras investigações, sobretudo em relação ao impacto prático da figura do *amicus curiae* em sistemas jurídicos de *civil law* e a sua possível incorporação em processos e arbitragens realizadas em Portugal.

Em suma, o trabalho de NATALINA GONÇALVES HERMANO oferece uma contribuição significativa para o estudo do *amicus curiae*, combinando uma análise histórica e normativa com reflexões críticas sobre a sua aplicabilidade. Além de fomentar futuras investigações, a obra reafirma a relevância do *amicus curiae* para a transparência e legitimidade de processos em contextos internacionais e nacionais.

DOCTRINA – DOSSIER ARBITRAGEM LUSÓFONA

A importância e a origem do princípio da competência-competência para a consolidação da arbitragem e a jurisprudência brasileira

Selma Ferreira Lemes

Ação de complementação de sentença arbitral: alguns aspectos controvertidos

Humberto Dalla Bernardina de Pinho / Marcelo Mazzola

Simbiose Arbitral no Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais Proferidas fora de Macau – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau no Processo n.º 302/2024, de 25 de julho de 2024

Ana Coimbra Trigo / Joana Pegacha

Arbitragem de Direito Público em Moçambique

Nelson Osman Jeque

Arbitragem em Cabo Verde: quadro legal, desafios e oportunidades

Amílcar Neves / Rickson Neves

Meios de resolução alternativa de litígios nos acordos de planeamento sucessório em empresas familiares: uma abordagem Luso-Brasileira

Gabriela Carvalho Steiner

DOCTRINA – OUTROS CONTRIBUTOS

Perturbações do cumprimento da cláusula compromissória: primeiras interrogações

Catarina Monteiro Pires / Eduardo Hallén Cordeiro

Sentimento de confiança na arbitragem: diretrizes da IBA e determinação das circunstâncias a revelar

Nuno Pena

JURISPRUDÊNCIA

Crónica de Jurisprudência

Armindo Ribeiro Mendes / Sofia Ribeiro Mendes

RECENSÕES

Recensão à obra *The Regulation of International Commercial Arbitration: Arbitrators' Duties and the Emerging Arbitral Market*, de João Ilhão Moreira

Rui Pinto Duarte

Recensão à obra *O Amicus Curiae na Arbitragem de Investimento*, de Natalina Gonçalves Hermano

Rui Soares Pereira

ISSN 1647-192X PVP 22,90€

