

Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa

Ano letivo 2018/2019

Mestrado em Direito Forense e Arbitragem

# Introdução à Arbitragem

Professor António Pedro Pinto Monteiro

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
1.1. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS .....	5
1.2. A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM .....	5
1.3. A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	6
1.4. A BASE LEGAL.....	6
<b>2. A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E AD HOC: OS PRINCIPAIS CENTROS DE ARBITRAGEM.....</b>	<b>7</b>
2.1. A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E A ARBITRAGEM AD HOC .....	7
2.2. OS CENTROS DE ARBITRAGEM .....	8
2.3. A ARBITRAGEM EM PORTUGAL .....	10
<b>3. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM .....</b>	<b>12</b>
3.1. NOÇÃO E NATUREZA JURÍDICA .....	12
3.2. AS MODALIDADES DE CONVENÇÃO ARBITRAL.....	12
3.3. OS REQUISITOS DE VALIDADE.....	13
3.3.1. <i>O acordo das partes</i> .....	13
3.3.2. <i>A forma</i> .....	14
3.3.3. <i>O conteúdo</i> .....	14
3.3.4. <i>A autonomia</i> .....	15
3.3.5. <i>A arbitrabilidade</i> .....	15
3.4. O CONTEÚDO E REDAÇÃO.....	16
3.5. A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL A TERCEIROS .....	17
3.5.1. <i>A transmissão ou modificação da convenção de arbitragem</i> .....	17
3.5.2. <i>Os contratos múltiplos: extensão por remissão</i> .....	21
3.5.3. <i>Os critérios gerais de extensão da convenção</i> .....	22
3.6. O EFEITO POSITIVO E NEGATIVO DA CONVENÇÃO ARBITRAL .....	22
3.7. A MODIFICAÇÃO, REVOGAÇÃO E CADUCIDADE DA CONVENÇÃO .....	24
<b>4. A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....</b>	<b>24</b>
4.1. A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	24
4.2. A SELEÇÃO DOS ÁRBITROS .....	25
4.3. A IMPORTÂNCIA DA IGUALDADE DAS PARTES .....	26
4.4. OS MÉTODOS DE CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	26
4.4.1. <i>A autonomia das partes</i> .....	26
4.4.2. <i>A Lei da Arbitragem Voluntária</i> .....	27
4.4.3. <i>A nomeação de autoridade</i> .....	27
4.5. A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL QUANDO EXISTAM MÚLTIPLAS PARTES .....	27
<b>5. O ÁRBITRO.....</b>	<b>28</b>
5.1. O SECRETÁRIO.....	32
<b>6. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E ORDENS PRELIMINARES.....</b>	<b>33</b>
<b>7. O PROCESSO ARBITRAL .....</b>	<b>39</b>
7.1. A ESCOLHA DAS REGRAS PROCESSUAIS .....	40
7.2. A INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	41
7.3. ALEGAÇÕES DAS PARTES.....	42
7.4. A FASE INTERMÉDIA.....	43
7.5. A PROVA, O JULGAMENTO E A DECISÃO.....	44
7.6. OS LIMITES ÀS REGRAS PROCESSUAIS – OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUSTO.....	46
<b>8. ARBITRAGENS COMPLEXAS.....</b>	<b>47</b>
8.1. A RECONVENÇÃO .....	47
8.2. A PLURALIDADE SUBJETIVA .....	48
8.2.1. <i>Litisconsórcio e coligação</i> .....	48
8.2.2. <i>A intervenção de terceiros</i> .....	48
8.3. EXTENSÃO DO CASO JULGADO A TERCEIROS .....	49

8.4.	A APENSAÇÃO .....	50
<b>9.</b>	<b>A SENTENÇA ARBITRAL .....</b>	<b>51</b>
9.1.	TIPOS DE SENTENÇAS .....	51
9.2.	CRITÉRIO DE DECISÃO .....	52
9.3.	FORMA E CONTEÚDO .....	52
9.4.	O PRAZO.....	53
9.5.	ENCERRAMENTO DO PROCESSO, RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA E SENTENÇA ADICIONAL.....	54
9.6.	A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA .....	54
<b>10.</b>	<b>A IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL.....</b>	<b>55</b>
10.1.	A AÇÃO DE ANULAÇÃO .....	55
10.2.	A OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO .....	59
<b>11.</b>	<b>AS ESPECIFICIDADES DA ARBITRAGEM .....</b>	<b>59</b>

# 1. Introdução

A **arbitragem** é um meio de resolução alternativo de litígios, sendo o seu carácter alternativo em relação ao tribunal judicial. Funciona como os hospitais: quando estamos doentes podemos ir a um hospital público ou privado; quando temos um litígio, podemos ir a um tribunal judicial ou a um tribunal privado (de arbitragem).

Trata-se de um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros, sendo a sua decisão vinculativa para as partes.

A arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos: não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva.

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

A doutrina atual tem adotado a **conceção mista** que defende que a arbitragem voluntária está a meio caminho entre o julgamento da autoridade judicial e o contrato livremente consentido pelas partes – o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz.

Falamos de alguém que tem, sem qualquer dúvida um **fundamento contratual** – a convenção de arbitragem, mas constitui uma **atividade jurisdicional** e conduz a uma decisão com eficácia jurisdicional.

Prova deste carácter misto é a eficácia executiva da decisão arbitral (elemento público), mas por outro lado a limitação da competência do tribunal à convenção arbitral (elemento privado).

Assim, tem-se tornado comum dizer que a arbitragem voluntária é:

- Contratual na sua origem;
- Privada na sua natureza;
- Jurisdicional na sua função;

Nos últimos anos, a arbitragem captou a atenção de muitas pessoas. Isto está a acontecer por todo o mundo e sobretudo devido às vantagens que a arbitragem apresenta em relação aos tribunais, ainda que lhe sejam reconhecidos também algumas desvantagens.

Para além da arbitragem existem ainda outros meios de resolução alternativa de litígios:

- A negociação
- A mediação
- A arbitragem
- A conciliação (apenas reconhecida por alguns autores)

Interessa-nos, aqui, a arbitragem. A **arbitragem** consiste num modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão é confiada a terceiros com base na vontade das partes.

Normalmente funciona assim: imagine-se as empresas A e B que estabeleceram um contrato no qual estabeleceram que qualquer litígio deve ser resolvido por arbitragem. Cada parte vai nomear um juiz e ambos os árbitros vão nomear um terceiro – o presidente. A questão tem de ser, contudo, arbitrável. Questões penais, por exemplo, não são suscetíveis de ser resolvidas pela arbitragem.

As cinco principais características da arbitragem são:

1. Alternativa (ao tribunal judicial)
2. Consensual
3. Privada
4. Escolhida e controlada pelas partes
5. Final e vinculativa

Quando se diz que a arbitragem é **consensual** quer dizer-se as partes vão para a arbitragem porque a escolheram e porque assim querem. Se as partes querem ir para um tribunal arbitral em vez de para um tribunal judicial, tem que haver um acordo prévio que preveja essa vontade.

Por exemplo, imagine-se um litígio entre a empresa A e B. A quer resolver o litígio perante um tribunal arbitral, mas B não. Como não há acordo, não poderá haver arbitragem.

O Tribunal arbitral só terá competência quando as partes tenham uma convenção de arbitragem.

Existe uma exceção a esta consensualidade – a arbitragem obrigatória que é imposta pela lei às partes. Só acontece em casos muito escassos, havendo, inclusive, muitos autores que considerem que esta não trata realmente de arbitragem.

A arbitragem é também **escolhida e controlada pelas partes**, o que concorre para uma ideia muito importante da arbitragem – a **autonomia das partes**. Esta autonomia manifesta-se na possibilidade de as partes determinarem a forma, estrutura, sistema e outros detalhes da arbitragem.

Cabe-lhe a elas determinar como a arbitragem vai proceder: o número de árbitros, quem serão, o tempo limite para a sentença, onde a audiência vai ter lugar, etc. Só na circunstância de as partes nada decidirem quanto a estes aspetos é que as leis nacionais vigorarão.

### 1.1. As vantagens e desvantagens

Quando falamos de vantagens e desvantagens, falamos em comparação ao Tribunal comum.

#### Vantagens:

- **Flexibilidade:** na arbitragem são as partes que decidem o processo a seguir, ao contrário do Tribunal judicial, em que se seguem as leis processuais estabelecidas.
- **Especialização:** havendo uma disputa numa área específica, é possível apontar como árbitro alguém que seja especialista nessa área. O árbitro pode até ser alguém que não seja licenciado em direito apesar de ser recomendado, já que o aumento da especialização aumenta a confiança das partes no processo.
- **Confidencialidade:** a natureza provada da arbitragem torna-a confidencial. Não só será mantido em privado o que resultar da arbitragem, como será confidencial.
- **Velocidade:** a arbitragem é mais rápida do que o tribunal judicial. Para empresas, sobretudo, isto é muito valioso. Contudo, depende da complexidade do caso; podem também haver casos de arbitragem muito longos.
- **Adequação para transações internacionais:** combate-se aqui a desconfiança face aos tribunais estrangeiros. Por exemplo, se uma empresa russa tem um litígio com uma empresa americana e estas têm de decidir onde resolver um eventual litígio, a empresa russa não quererá ir a um tribunal americano e vice-versa. A arbitragem surge como uma solução a estas questões.

#### Desvantagens:

- **Custos:** normalmente a arbitragem é mais cara já que tem que se pagar aos árbitros, que existem. A exceção é a arbitragem nos casos de consumo que não é gratuita, mas é bastante económica.
- **Arbitrabilidade:** nem todas as disputas podem ser submetidas à arbitragem;
- **Problemas específicos:** quando uma parte não aponde um árbitro, quando não haja consenso, etc.;

### 1.2. A história da arbitragem

O facto de a arbitragem ter ganho importância nos últimos tempos, faz com que as pessoas olhem para ela como se fosse uma coisa nova, mas na realidade não é

A arbitragem é bastante antiga, sendo já utilizada na idade romana e na idade média. Escolas da antiguidade defendem, inclusive, que os gregos já recorriam à arbitragem. A sua fama diminuiu nos séculos XV, XVI e XVII não deixando, por isso, de existir.

### 1.3. A jurisdição do tribunal arbitral

A arbitragem é voluntária por natureza, pelo que o tribunal arbitral só resolverá validamente os litígios que as partes tenham concordado em submeter-lhe. É, portanto, a autonomia das partes que dá ao tribunal a autoridade para decidir os litígios entre si.

Mas como é possível que as partes “criem” um tribunal para o seu próprio litígio? E que tipo de tribunal é este? De onde surge? Qual é a sua natureza?

A questão da natureza jurídica da arbitragem é uma questão que tem sido discutida desde o século XX, sendo a resposta a muitas das perguntas acima formuladas, assim como a chave para identificar a forma como o sistema estadual se relaciona com o mecanismo da arbitragem.

Quatro teorias foram sugeridas quanto à natureza jurídica da arbitragem:

- 1. Teoria jurisdicional:** baseia-se no papel quase jurídico do árbitro como alternativa ao júízo local e à lei local. Assim, como o juiz, o árbitro retira o seu poder da lei, sendo considerado uma figura bastante semelhante a um juiz. A principal diferença é que apesar de ambos retirarem o seu poder da lei, a nomeação dos árbitros cabe às partes. Pode dizer-se que esta teoria pode ser vista em países onde a arbitragem está associada essencialmente ao Estado.
- 2. Teoria contratual:** baseia-se na natureza contratual da arbitragem, tendo origem no acordo das partes. Tanto a convenção de arbitragem como a sentença arbitral refletem este carácter contratual. As partes aceitam submeter a disputa a arbitragem e o Estado não tem qualquer influência ou controlo na decisão. Se as partes não honrarem voluntariamente a sentença arbitral, esta pode ser reforçada enquanto contrato.
- 3. Teoria mista ou híbrida:** conjuga a teoria jurisdicional e contratual. O papel do árbitro é equiparado ao de um juiz, mas não na totalidade. A arbitragem depende de elementos das duas naturezas: públicos e privados. Apesar de nenhuma das teorias ser aceite unanimemente, esta é a teoria que tem maior aceitação no mundo por serem encontrados na lei moderna elementos de ambas as teorias jurisdicional e híbrida.
- 4. Teoria autónoma:** é a mais recente e defende que a arbitragem evoluiu a partir de um regime emancipado tendo, por isso, um carácter autónomo. A arbitragem não pode ser classificada como contratual ou jurisdicional, nem como mista. A arbitragem não pode funcionar no contexto das ideologias estabelecidas para a lei internacional privada nem dos sistemas nacionais legais. Pode sim, realmente, operar fora dos seus constrangimentos.

### 1.4. A base legal

Para a arbitragem existir e prosperar tem de haver lei que a faça funcionar. A arbitragem é uma jurisdição selecionada pelas partes, mas as partes só o podem fazer porque a lei o permite, em primeiro lugar. Tem que existir sempre uma lei primeiro.

Os principais instrumentos são:

- Lei da arbitragem voluntária (Lei 63/2011)
- UNCITRAL Model LAW (versão 2006): é uma lei modelo para ser adotada pelos diferentes países;
- Convenção de Nova Iorque
- Regras de arbitragem dos principais centros de arbitragem: ICC (França), CAC (Portugal), LCIA (Inglaterra);

A LAV entrou em vigor a 14 de março de 2012, aplicando-se apenas aos processos arbitrais que se iniciem após esta data. As partes podem acordar na aplicação da lei noca, mas na falta deste acordo será aplicada a LAV de 86. Esta regra de aplicação no tempo abrange ainda os processos judiciais que digam respeito às arbitragens instauradas antes de 14 de março de 2012.

## 2. A arbitragem institucional e ad hoc: os principais centros de arbitragem

### 2.1. A arbitragem institucional e a arbitragem ad hoc

Imagine-se que estamos convencidos acerca das vantagens da arbitragem e que queremos recorrer a ela num determinado litígio. Onde nos dirigimos? Qual o melhor centro?

As partes podem optar por:

- **Arbitragem ad hoc:** é um mecanismo de arbitragem estabelecido especificamente para aquele litígio específico. Não existe qualquer instituição por detrás disso; são simplesmente as partes e os árbitros e o secretário que assiste os árbitros. Quando se concorda com este tipo de arbitragem também se concorda, normalmente, nas outras questões da arbitragem como a lei aplicável, por exemplo. Quando as partes não concordarem com estas questões, geralmente serão aplicáveis as disposições padrão da lei do local da arbitragem. Em caso de silêncio quanto a esta questão, a arbitragem será ad hoc.
- **Arbitragem institucional:** submete-se o litígio a uma instituição de arbitragem que tem a sua própria infraestrutura e as suas regras de arbitragem. Existem instituições de vários tipos que servem para providir estes serviços especificamente.

Recorrendo a informações estatísticas, ninguém sabe realmente se existe mais arbitragem ad hoc ou institucional. Ainda assim, há consenso de que a arbitragem institucional é mais popular. Portugal é a exceção: muitos autores acreditam que há mais arbitragem ad hoc do que institucionalizada.

#### A arbitragem ad hoc

A principal característica deste tipo de arbitragem é que é independente de todas as instituições. O sistema de arbitragem não existe a não ser no contexto daquele litígio.

Enquanto todos os centros de arbitragem têm os seus mecanismos próprios, a arbitragem ad hoc não tem quaisquer procedimentos. Assim, as partes têm uma muito maior flexibilidade para determinarem estes aspetos à sua vontade. Estes aspetos incluem a nomeação dos árbitros, o procedimento a ser tomado, etc.

Deste modo, é muito importante que as partes regulem os procedimentos da arbitragem ad hoc, já que estes não existem previamente. É muito comum que se recorra às **UNCITRAL Arbitration Rules**. É que quando estas foram criadas, eram as únicas para o seu propósito (1976, atualizadas em 2010).

Se não se recorrer às regras da UNCITRAL, as partes e os árbitros podem criar as suas próprias regras de acordo com o permitido na Lei da Arbitragem.

Pela experiência do professor, normalmente as partes selecionam regras específicas, não as criam.

O caráter efémero do tribunal ad hoc pode trazer dificuldades designadamente no tratamento da matéria das consequências da anulação da decisão arbitral e também em certos aspetos do princípio da competência

#### A arbitragem institucional

Cada centro de arbitragem tem um conjunto de funcionários e um órgão decisório. Não têm contudo, árbitros, já que estes devem ser pessoas privadas selecionadas pelas partes.

É muito importante que as partes saibam o que estão a fazer quando escolhem este tipo de arbitragem porque muitos dos centros de arbitragem têm leis de procedimento próprias que serão aplicáveis quando as partes concordem nisso. Assim, é importante ao escolher um centro, conhecer as regras que lá se aplicam.

Na arbitragem institucionalizada há dois modelos:

- O primeiro é típico na arbitragem comercial. é o do centro funcionar apenas como órgão administrativo, constituindo-se tribunais arbitrais para cada litígio. Os árbitros são nomeados para cada litígio, pelo que

há a constituição de um tribunal ad hoc para cada processo. O centro de arbitragem tem, por regra, funções muito importantes de secretaria e de decisão antes da constituição do tribunal arbitral e em caso de recusa de árbitros, mas não tem qualquer interferência na decisão do caso.

**Exemplos:** ICC, LCIA, CAC.

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

### Qual será então o melhor modelo?

Ambos os modelos têm vantagens e desvantagens.

- A **arbitragem institucional** é conduzida de acordo com o conjunto de regras estipulado pelo centro e por um conjunto de funcionários profissionais, o que reduz o risco neste tipo de arbitragem e permite a prestação de um melhor serviço. O envolvimento do centro de arbitragem é também bastante valioso quando a questões como a nomeação dos árbitros, a resolução dos problemas quanto à mesma, a fixação dos honorários dos árbitros, etc.
- A **arbitragem ad hoc** é mais flexível, mais barata (já que não tem que se pagar ao centro de arbitragem) e tem um maior nível de confidencialidade, uma vez que apenas as partes e os árbitros estão envolvidos. Tem como desvantagem o facto de depender muito da cooperação entre as partes e os seus advogados. Basta que uma das partes discorde de algo ou se recuse a nomear um árbitro para que não exista tribunal arbitral.

Ainda que haja espaço para debate, a tendência é para que se prefira a arbitragem institucional pela maior certeza e segurança que transmite: existência de regras próprias, árbitros, etc.

## 2.2. Os centros de arbitragem

Optando pela arbitragem institucionalizada, segue-se a escolha do centro de arbitragem. Quais as características que devemos valorizar ao procurar um centro de arbitragem?

- **Permanência:** é importante que a instituição seja genuína e exista no momento da disputa. Pode dar-se o caso de se convencionar que no caso de litígio, se recorre a tal centro e no momento em que surge a disputa este já não existir.
- **Regras modernas de arbitragem:** a prática da arbitragem tem mudado bastante nos últimos anos quanto a regras, procedimentos, etc. assim, é importante que as regras do centro que se escolha não sejam obsoletas. Nos dias de hoje, os centros de arbitragem revêm as suas próprias regras assiduamente, fruto de um trabalho de consultoria de modo a se refinarem as regras vigentes, mantendo a eficiência do centro.
- **Funcionários qualificados:** o propósito do centro de arbitragem é assistir árbitros, partes e advogados de uma forma eficiente, e também aconselhá-los consoante a sua experiência pelo que a existência de funcionários qualificados nesta tarefa deverá ser um aspeto a ter em conta.
- **Custos razoáveis:** o que se vai gastar na arbitragem é sempre importante para as partes. Tendo isto em atenção, é importante notar que nos centros de arbitragem se tem de pagar taxas de administração (pagar ao centro) para além de pagar aos árbitros. Alguns dos maiores centros de arbitragem têm, inclusive, à disposição das partes, uma ferramenta de cálculo para que se possa orçar quanto se irá pagar se se pretender recorrer ao determinado centro. Se o montante for substancial, muitas vezes funcionará como um desincentivo.

## Os principais centros de arbitragem

- **ICC – international chamber of commerce (Paris)** – É a instituição mundial número 1 em arbitragem institucionalizada. Quando se refere ao ICC tem de se referir o International court of arbitration (ICA), cuja função é garantir que a aplicação das regras no ICC está a ser feita da maneira correta. Muitos dos casos aqui resolvidos são questões internacionais, com partes de todo o mundo. O ICC tem regras próprias (ICC rules) que são semelhantes à de muitos outros centros de arbitragem, nomeadamente às UNCITRAL rules. O ICC responsabiliza-se por diversos aspetos tais como:
  - Fixar e receber pagamento de adiantamentos sobre os custos da arbitragem pelas partes;
  - Confirmar as nomeações de árbitros das partes;
  - Apontar árbitros se as partes falharem nessa tarefa;
  - Ponderar os desafios para os árbitros, sobretudo quando à falta de independência;
  - Rever a sentença da arbitragem quanto a questões formais ou outros vícios;
  - Fixar os honorários dos árbitros;

As taxas deste centro têm sido criticadas por serem demasiado caras, mas considera-se o valor legítimo para a sua eficiência. Apesar dos custos, não tem havido diminuição de casos ao longo dos anos.

O ICA não é na realidade um tribunal que resolve disputas, mas sim um corpo administrativo que atua como supervisor da aplicação das regras e do funcionamento do ICC.

- **LCIA – London Court of International Arbitration (Londres)** - é a segunda instituição europeia mais conhecida com mais de 220 casos fechados por ano. As regras da LCIA são regras de Common Law, pelo que têm algumas diferenças em relação a centros situados em países de Civil Law. Por exemplo, na produção da prova, existem diferenças. Ao contrário da ICC, a LCIA tem uma base de dados de árbitros a partir dos quais as partes podem selecionar árbitros. A maior parte dos centros arbitrais portugueses têm uma lista de árbitros. Para se recorrer a esse centro, então tem de se recorrer a árbitros que constem da lista do centro. Isto garante que o centro tenha sucesso uma vez que serão os seus próprios árbitros a tratar do litígio. Na perspetiva das partes, isto pode ser negativo, porque limita a sua escolha na nomeação de árbitros.
- **AAA – American Arbitration Association (Nova Iorque)** – Fundada em 1926, é a principal instituição de arbitragem nos Estados Unidos da América. As regras utilizadas na maioria dos casos são as AAA Commercial Arbitration Rules, mas existem outros conjuntos de regras especializados aos diferentes tipos de litígios, que podem ser selecionados pelas partes na convenção de arbitragem. Em 1996, a AAA criou o ICDR – International Centre of Dispute Resolution como centro de administração que administra os casos de arbitragem internacionais disponibilizando, inclusive, um conjunto de regras específico para utilização em litígios internacionais.
- **PCA – Permanent Court of Arbitration (Haia)**: criado pela Convenção de Haia, com o particular foco em arbitragem internacional envolvendo Estados e Entidades Públicas. Apesar de este ser o principal propósito, desenvolveu -se numa instituição de arbitragem moderna e multifacetada. Hoje em dia confere serviços relacionados com litígios entre Estados, entidades públicas, organizações intergovernamentais e particulares. AS PCA Rules são inspiradas nas UNCITRAL Rules, assegurando grande flexibilidade às partes, sendo também criadas com o propósito de servirem as especificidades dos casos envolvendo Estados, entidades controladas pelos estados, e organizações intergovernamentais.
- **DIS – German Institution of Arbitration (Berlim)**: tem regras tanto para a arbitragem nacional como internacional. Tem regras importantes como as DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09.

- **SCC - Stocckholm chamber of commerce arbitration institute (Estocolmo 1917);**
- **VIAC – Vienna International Arbitral Centre (Viena, 1975);** administra arbitragem nacional e internacional de acordo com as VIAC rules. Tem regras modernas de arbitragem que têm em conta a lei da arbitragem austríaca.
- **CIMA - Corte Civil y Maercantil de Arbitraje (Madrid, 1989);** é um tribunal arbitral que oferece arbitragem em questões comerciais e civis. Tem uma lista de árbitros. De acordo com a lei da arbitragem espanhola, o tribunal funciona como alternativa aos tribunais judiciais.
- **SIAC - Singapore international arbitration centre (Singapura, 1991):** energy, financial...
- **HKIAC – Hong Kong arbitration centre (Hong Kong, 1985)**
- **CIETAC – chinese internacional economic and trade arbitration cener (Pequim, 1956):** foca-se em litígios nacionais

**Outros centros de arbitragem para matérias específicas são:**

- **WIPO - World intelectual property organization (Genebra, 1995):** é desenhado especificamente para disputas sobre propriedade intelectual apesar de não se excluírem outras matérias
- **CAS/TAS – court of arbitration of sport (Lausanne, 1984):** é muitas vezes conhecido como “supreme court of world sport” e serviu como inspiração ao TAD – Tribunal Arbitral do Desporto em Portugal.

### 2.3. A arbitragem em Portugal

Quanto a leis portuguesas referentes à arbitragem temos:

- Lei da arbitragem voluntária (Lei 63/2011): é a principal lei portuguesa sobre arbitragem. Introduziu em Portugal um regime de arbitragem muito mais moderno que o anterior que foi revogado com esta nova lei. Foi inspirada pela lei modelo da UNCITRAL e pelas leis de arbitragem europeias.
- Constituição da República Portuguesa: no seu **artigo 209º/2** reconhece os tribunais arbitrais como organismos jurisdicionais.
- Código de Processo Civil: estabelece questões quanto a arbitragem compulsórias nos **artigos 1082º - 1085º**.

A **arbitragem institucionalizada** em Portugal foi regulamentada pelo DL 425/86 de 27 de setembro, que determina, em síntese, a necessidade de reconhecimento pelo Ministério da Justiça dos centros de arbitragem institucionalizada.

Se pensarmos bem, a **arbitragem ad hoc** é controlada apenas pelos tribunais posteriormente à prolação da sentença, isto é, o controlo é feito casuisticamente. Assim sendo, fará sentido controlar de forma mais intensa a arbitragem institucionalizada.

Há diversos centros de arbitragem institucionalizada a funcionar em Portugal, com uma expressão clara na área do consumo. Nesta área temos uma dezena de centros de arbitragem de consumo de carácter territorial e um centro de âmbito nacional – o CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

Temos ainda dois centros de competência especializada no setor automóvel; e dois centros ligados à iniciativa pública: o Arbitrare – centro de arbitragem relativo à propriedade industrial; e o CAAD – centro de arbitragem administrativa e tributária.

Para além destes, há que destacar outros ligados à arbitragem comercial, sendo o principal, o CAC – Centro de arbitragem Comercial da câmara de comércio e indústria portuguesa, também designado por Centro de Arbitragem Comercial.

As suas regras datam de 2014 e dispõem sobre:

- I. Princípios gerais
- II. Tutela Cautelar
- III. Tribunal Arbitral
- IV. Processo arbitral
- V. Sentença arbitral
- VI. Disposições diversas
- VII. Encargos da arbitragem
- VIII. Disposição Final e transitória

Vejamos as principais normas:

**Artigo 4º:** interim measures and preliminary orders – este artigo é muito importante porque é, desde logo, controverso. É o equivalente, em português, a providências cautelares. O problema é que isto funciona como uma expressão de autoridade de uma parte perante a outra.

**Artigo 5º:** este conceito de árbitro de emergência foi criado pelo ICC. Basicamente, esta figura existe para resolver um assunto da arbitragem. Este é apontado pelo presidente do centro.

**Artigo 8º:** possibilidade de designar os árbitros que decidirão o caso. Isto cria alguns problemas, sobretudo quando as partes não concordam na formação do tribunal arbitral. O nº4 do artigo resolve esse problema dizendo que o presidente do centro resolve o problema. Esta é uma das vantagens da arbitragem institucional.

**Artigo 9º:** quando existem múltiplas partes, tudo se dificulta. O número de juízes tem de ser sempre ímpar, independentemente do número de partes existentes. O número de partes influencia também o preço da arbitragem. Pode ainda comprometer o processo de arbitragem porque é mais difícil gerir um processo com maior número de partes. Se alguém não indicar o árbitro, o presidente do centro pode nomear o árbitro em falta, ou todos eles. Isto cria um problema, porque as outras partes podem já ter apontado árbitros.

**Artigo 41º:** as sentenças arbitrais são públicas, a menos que as partes decidam o contrário, se uma das partes for o estado ou uma entidade pública. Quando as partes sejam entidades privadas, a sentença é também pública, mas apenas depois de serem removidos os elementos que identificam as partes. Nestes casos, basta que uma parte se oponha à publicidade.

**A arbitragem rápida – “fast track arbitration”:** a evolução da arbitragem levou a esta arbitragem rápida que, para além de célere, é também mais barata. Não se trata de uma inovação ou de um tipo diferente de arbitragem, é simplesmente uma forma de arbitragem com algumas nuances.

A característica mais específica são os “shorter time limits”. Para além disto, há outros elementos distintivos deste tipo de arbitragem, como os limites de testemunhas. Normalmente há apenas um árbitro, tem-se limites escritos para os articulados, prazos mais curtos, etc.

Este tipo de arbitragem foi introduzido no CAC, cabendo ao presidente decidir a aplicação das regras da arbitragem rápida consoante o valor do litígio e a adequação.

## 3. A convenção de arbitragem

### 3.1. Noção e natureza jurídica

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

É a convenção arbitral que determina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, o tribunal arbitral só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção de arbitragem. É este aspeto que faz o estudo da convenção arbitral nuclear no estudo da arbitragem.

O método mais fácil de explicar isto é a metáfora da lanterna. Tudo o que está sobre a luz está coberto pelo acordo de arbitragem; tudo o que está no escuro não está abrangido pela arbitragem. Assim sendo, o tribunal só terá competência naquilo que estará coberto pela luz. Se se submete um conflito à arbitragem que não está previsto no acordo de arbitragem, não haverá jurisdição arbitral para decidir o caso.

Se houver decisão sobre matéria não incluída na convenção, essa decisão é anulável, por ser proferida por tribunal incompetente nos termos do **artigo 46º/3, iii da LAV**.

Porque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem competência se e onde houver contrato. Assim, para que o tribunal arbitral seja competente, é necessário que o litígio em causa esteja contemplado na convenção arbitral.

### 3.2. As modalidades de convenção arbitral

A **convenção arbitral** pode revestir duas modalidades:

- Cláusula compromissória;
- Compromisso arbitral;

A distinção é dada pelo **artigo 1º/3, LAV**, residindo o critério na existência ou não de litígio. É **compromisso arbitral** a convenção que tenha por objeto um litígio atual e é **cláusula compromissória** a que tem por objeto conflitos eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual.

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

O mais frequente é a inserção destas cláusulas em contratos. Podem ter as mais diversas formulações dentro das regras imperativas de direito privado, pelo que as partes poderão convencionar o que entenderem.

Temos ainda outra “modalidade” de convenção arbitral sob a forma de declaração unilateral de adesão. Tal declaração existe no nosso ordenamento jurídico em alguns centros de arbitragem de consumo e significa uma adesão das empresas ao centro para a resolução de litígios com futuros consumidores.

Isto não se pode tratar de uma cláusula compromissória porque não há contraparte: a vinculação da empresa faz-se perante todos (público não identificado). Serão, quanto muito, promessas de celebração de convenção arbitral. Esta é a sua melhor qualificação. É que:

- 1- Esta promessa, sendo unilateral necessitaria sempre da aceitação da parte contrária;
- 2- A derrogação do direito de ação – que a celebração da convenção arbitral implica – só pode verificar-se nos casos em que a lei permite, isto é, no caso de compromisso arbitral ou cláusula compromissória.

Assim, a declaração unilateral genérica deve ser considerada uma mera promessa de celebração da convenção arbitral.

O **efeito** da celebração da convenção é essencialmente processual: a celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso por se verificar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral.

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

### 3.3. Os requisitos de validade

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

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

Ainda assim, é importante não esquecer, relativamente às regras gerais, a necessidade de as partes terem capacidade jurídica e capacidade judiciária.

A validade da convenção arbitral deve ser analisada de acordo com os seguintes parâmetros:

- Acordo das partes
- Arbitrabilidade
- Forma
- Conteúdo
- Autonomia

#### 3.3.1. O acordo das partes

Quanto ao **acordo das partes** os problemas prendem-se, sobretudo, com normas do regime das cláusulas contratuais gerais.

**Artigo 21º, h:** “*são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que (...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei*”.

A remissão para a lei, é para a LAV? É que se assim fosse, nada de novo estaria aqui previsto, na medida em que não pode haver arbitragem em Portugal que não respeite as garantias processuais da LAV, pois as respetivas decisões seriam anuláveis.

Esta regra visa proteger os consumidores de abusos dos profissionais quando estes estabeleçam convenções de arbitragem nos seus contratos.

Com vista a resolver este problema, entende-se que a convenção de arbitragem em cláusulas contratuais gerais com consumidores não é exclusiva para o consumidor, ou seja, este poderá optar entre propor a ação no tribunal estadual ou arbitral. Assim se dá algum sentido útil à lei e, mais importante, se confere uma maior proteção ao consumidor na medida em que se alarga o sistema de tutela.

**Artigo 19º, g:** “*são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente as cláusulas contratuais gerais que (...) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem*”.

Só muito excecionalmente o foro arbitral será gravemente inconveniente para uma das partes (Lima Pinheiro e Raul Ventura).

### 3.3.2. A forma

Nos termos do **artigo 2º/1, LAV**, a convenção de arbitragem deve adotar a forma escrita. Considera-se forma escrita não só a convenção constante de documento assinado pelas partes, mas também a resultante de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de comunicação de que fique prova escrita (**artigo 2º/2**).

A convenção arbitral tem que ter necessariamente forma escrita, ainda que o contrato a que diz respeito não tenha.

As razões da exigência de forma são várias:

- 1- A gravidade dos efeitos da celebração de uma convenção de arbitragem:** o direito potestativo de constituição e tribunal arbitral implica a renúncia ao direito de ação judicial (efeito negativo do princípio da competência).
- 2- Necessidade de delimitação do conteúdo da convenção arbitral:** em especial o seu objeto, conferindo certeza quanto as questões submetidas à jurisdição arbitral. Quando surge o conflito há normalmente uma parte interessada em atrasar o processo e a insegurança quanto à existência e conteúdo da convenção arbitral será a primeira a servir de obstáculo para a rápida resolução do litígio, o que explica a necessidade de clareza quanto à existência, objeto e conteúdo da convenção.

O **artigo 2º/3, LAV** vai ao encontro da ideia e que o interesse é a possibilidade de determinação quanto ao conteúdo da convenção. *“a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte eletrônico, magnético, ótico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”*.

Quanto aos documentos eletrônicos, o problema está apenas naqueles que não estão assinados eletronicamente, porque os que estão são equiparados a documentos particulares. Assim sendo, os documentos não assinados eletronicamente podem satisfazer o requisito de forma escrita, mas o seu valor probatório difere em função das suas características.

É ainda suficiente que estes documentos contenham apenas uma remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida. Trata-se da aceção ampla de forma escrita (**artigo 2º/4, LAV e artigo 7º/6, LM UNCITRAL**).

A falta de forma escrita gera a nulidade da convenção arbitral nos termos do **artigo 3º, LAV**. Esta nulidade implica a incompetência do tribunal arbitral para dirimir o litígio, pelo que é fundamento de anulação da sentença arbitral (**artigo 46º/3, a, i**).

Esta nulidade pode ser sanada pela sua não invocação. Nos termos do **artigo 18º/4**, a nulidade tem de ser invocada até à apresentação da defesa, ficando depois precluído o fundamento de anulação (**artigo 46º/4**). Este regime de preclusão conduz à sanção da invalidade se esta não for invocada em momento oportuno (**artigo 2º/5**).

### 3.3.3. O conteúdo

A convenção de arbitragem tem um conteúdo essencial ou obrigatório e um conteúdo facultativo.

O **conteúdo essencial** é determinado pela Lei: em relação ao compromisso arbitral é necessária a determinação com precisão do objeto do litígio, em relação à cláusula compromissória é obrigatória a especificação da relação jurídica a que os litígios dizem respeito (**artigo 2º/6, LAV**).

O necessário para esta determinação é a segurança na atribuição de jurisdição do tribunal arbitral, pelo que não se trata aqui de qualquer precisão do objeto da ação, mas tão só da identificação da situação jurídica.

O não cumprimento deste requisito gera a nulidade da convenção (**artigo 3º, LAV**).

### 3.3.4. A autonomia

A nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não implica a nulidade desta. Esta é a regra geral da autonomia da convenção arbitral face ao contrato onde ela está inserida (**artigo 18º/3, LAV**). Existe autonomia da convenção face ao contrato.

Esta questão tem muita importância porque impede a invocação da nulidade do contrato como expediente de desaforamento do tribunal arbitral.

### 3.3.5. A arbitrabilidade

Desde que não seja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária por lei especial, são arbitráveis todos os litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial e ainda os respeitantes a interesses não patrimoniais se forem transacionáveis (artigo 1º/1 e 2, LAV).

As exclusões feitas são os conflitos cuja jurisdição competente é a pública. São exemplos os processos criminais e de insolvência.

A arbitrabilidade distingue-se em:

- **Objetiva:** trata das limitações da arbitragem em função do conteúdo do litígio;
- **Subjetiva:** trata da possibilidade de entidades públicas serem partes em processo arbitral

A **arbitrabilidade subjetiva** encontra-se no **artigo 1º/5, LAV**, nos termos da qual a participação de entidades públicas em processo arbitral é possível em duas situações:

- Autorização por lei especial
  - Litígios respeitantes a relações de direito privado
- } incluem-se todos os atos de gestão privada, pois são matérias que não pertencem à jurisdição administrativa, mas à judicial.

Existem várias normas que preveem esta arbitrabilidade:

- Situações de contratos, responsabilidade civil e atos administrativos (**artigo 180º, CPTA**);
- Situações de contratos, responsabilidade civil da administração, funcionalismo público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo (**artigo 187º, CPTA**);

A **arbitrabilidade objetiva** tem sido um dos temas mais discutidos em Portugal e no mundo. A nível internacional há três critérios de arbitrabilidade objetiva:

- 1- A disponibilidade do direito
- 2- A ligação do litígio com a ordem pública
- 3- A patrimonialidade

O critério utilizado em Portugal é o da patrimonialidade: um litígio é arbitrável se envolver qualquer tipo de interesse económico.

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

Neste contexto surge a **doutrina do segundo olhar** de acordo com a qual, o controlo do tribunal estadual pode fazer-se apenas depois da arbitragem. Isto é, admite-se um conceito amplo de arbitrabilidade, mas o Estado reserva-se o direito de validar posteriormente a decisão dos árbitros no que diz respeito à aplicação do direito material do Estado do reconhecimento. O problema desloca-se assim da arbitrabilidade do litígio, para o controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública.

Se por um lado este critério tem a vantagem e alargar o conceito de arbitrabilidade, por outro tem a desvantagem de estabelecer para os tribunais estaduais a possibilidade permanente de averiguarem o mérito da decisão arbitral.

A extensão da arbitrabilidade está diretamente relacionada com o âmbito de intervenção do Estado – um estado muito intervencionista não permitirá a existência de tribunais privados com a mesma legitimidade dos seus.

Nos termos do **artigo 1º/1 e 2, LAV**, são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos patrimoniais e, ainda, os direitos não patrimoniais transacionáveis. O critério da patrimonialidade é de aplicação muito simples: sempre que estiver em causa um interesse pecuniário ou económico a arbitragem é admissível. A patrimonialidade deve ser aferida não pelo pedido, mas sim pela relação jurídica existente.

A lei introduz ainda duas pormenorizações:

- 1- Quanto a litígios de trabalho mantém-se o critério da disponibilidade (artigo 4º/4 da lei de aprovação da LAV);
- 2- O critério da disponibilidade continua a ser utilizado enquanto segundo critério de arbitrabilidade (em geral), na medida em que, nos termos do **artigo 1º/2, LAV**, é admissível convenção de arbitragem relativamente a direitos não patrimoniais que sejam transacionáveis.

O **conceito de disponibilidade** foi objeto de muita discussão na doutrina e jurisprudência portuguesa. Este é bastante relevante na medida em que é critério subsidiário da arbitrabilidade e da mediabilidade (**artigo 1º/1**) e critério principal da transação (**artigo 1º/2**).

É preciso distinguir aqui:

- **Indisponibilidade absoluta:** direito que não pode nunca deixar de ser exercido, independentemente da vontade do seu titular;
- **Indisponibilidade relativa:** direito que pode, em certos casos, deixar de ser exercido;

Pela jurisprudência conclui-se que critério da disponibilidade apenas obsta à arbitrabilidade dos litígios sobre direitos absolutamente indisponíveis. São, então, arbitráveis os litígios em que estejam em causa direitos relativamente disponíveis.

Assim, um litígio não patrimonial que seja relativamente indisponível é ainda arbitrável.

### 3.4. O conteúdo e redação

O conteúdo da convenção pode ser o mais variado possível, não havendo formulações únicas ou perfeitas para a redação desta cláusula.

A sua redação pode ser difícil. A maior parte das vezes não lhe é prestada a devida atenção no contexto do contrato. A negociação da cláusula arbitral é comumente deixada para último lugar, acabando por ser negligenciada, motivo pelo qual se lhe dá o nome de cláusula da meia-noite.

Esta desatenção facilmente se torna em problemas, porque no momento em que surge o litígio, uma cláusula arbitral defeituosa traz dificuldades geradoras de atrasos e dispendiosas. Daqui que seja importante ter cautela quanto à redação da convenção arbitral.

Uma cláusula arbitral deve abordar, pelo menos cinco tópicos:

- **Definir o litígio eventual:** esta definição passa pela descrição da relação jurídica da qual esse conflito possa resultar. A expressão “todos os litígios emergentes deste contrato” é comum e é uma boa expressão porque permite englobar tudo aquilo em que as partes não se entendam, mesmo que não o pudessem nunca ter previsto.
- **Referir o número de árbitros:** esta referência é importante se as partes quiserem estipular um número diferente do que é supletivamente imposto pela lei (3 árbitros). As partes podem ainda estabelecer o

modo de escolha dos árbitros, mas isto pode tornar-se incompatível com as regras institucionais aplicadas, pelo que não há grande vantagem na sua pormenorização. Importância, pode ter a autoridade que designa os árbitros em caso de silêncio das partes – no caso português, o Tribunal da Relação, o que pode justificar que as partes queiram definir outra pessoa ou órgão para fazer esta seleção.

- **Escolher as regras arbitrais:** esta escolha pode ser feita através da institucionalização da arbitragem, pela aplicação de algum regulamento nacional, ou internacional ou ainda conjuntos de regras com esse propósito. Fazer na própria convenção de arbitragem um regulamento processual não é costume, nem recomendável.
- **Selecionar o local:** a sede da arbitragem é importante, sobretudo no que toca à arbitragem internacional. É a sede que determina a aplicação da Convenção de Nova Iorque, ou não, assim como a aplicação da sua cláusula de reciprocidade<sup>1</sup>. A sede determina ainda o lugar da anulação da sentença e o tribunal estadual competente para todos os litígios decorrentes dessa arbitragem (desde a nomeação dos árbitros em falta, à decisão do próprio tribunal arbitral sobre a sua competência...). A sede acarreta também a lei aplicável à arbitragem. Por exemplo, em Portugal é aplicável a LAV.
- **Selecionar a língua arbitragem:** A língua da arbitragem deve ser escolhida caso, naturalmente, se trate de um litígio com partes e/ou documentos em mais que uma língua. Os árbitros deverão também ser escolhidos consoante a sua fluência na língua da arbitragem.

### 3.5. A extensão da convenção arbitral a terceiros

Este tópico trata da possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a terceiros e a diferentes relações contratuais. O problema é material: é o de saber se a cláusula compromissória vincula ou não terceiros não signatários ou se se pode estender a relações contratuais diversas das que expressamente regula.

#### 3.5.1. A transmissão ou modificação da convenção de arbitragem

Esta questão é abordada na LAV, no **artigo 36º**

#### **A morte ou extinção de uma das partes**

A esta pergunta dá resposta o **artigo 4º/4, LAV**, estabelecendo que “salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extinguir a instância no tribunal arbitral”.

A posição da parte numa convenção de arbitragem transmite-se para o seu sucessor, independentemente de o processo arbitral ter começado ou não.

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

#### **A cessão da posição contratual**

A cessão da posição contratual encontra-se regulada nos **artigos 424º - 427º, CC** e permite que qualquer das partes transmita a terceiro a sua posição em determinado contrato, desde que a contraparte consinta nessa transmissão.

---

<sup>1</sup> A convenção de Nova Iorque trata o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Portugal, por exemplo, segue a Convenção, o que significa que é bastante favorável e recetivo ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Portugal aderiu à CNI tendo formulado uma reserva de reciprocidade: apenas aplicará a CNI caso as sentenças arbitrais estrangeiras em causa tenham sido proferidas no território de Estados igualmente vinculados pela CNI.

Se o cessionário não quiser ficar vinculado pela convenção de arbitragem tem duas hipóteses:

1. Não se vincular ao negócio de cessão, caso em que não existe cessão da posição contratual;
2. Negociar com o outro contraente a alteração dos termos do contrato cedido, excluindo a cláusula compromissória

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

## A da cessão de crédito

Esta situação é diferente da acima relatada, uma vez que aqui o negócio não depende do consentimento do devedor. A cessão é admitida mesmo contra a sua vontade, a menos que o crédito esteja ligado pela própria natureza à pessoa do credor (**artigo 577º/1**).

Importa então saber se, cedido o crédito, pode o cessionário invocar a cláusula de arbitragem constante do contrato celebrado entre o cedente e o devedor.

Se se entender que a cláusula arbitral é um dos elementos que integra o crédito cedido, aplicar-se-á o **artigo 582º/1, CC** que determina a transmissão para o cessionário “das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente”.

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

É de aceitar a aplicação analógica, na medida em que a convenção se liga indiscutivelmente ao crédito cedido, só justificando a sua existência pela existência do crédito.

Assim, a extensão do crédito ao cessionário verifica-se, a menos que exista convenção em contrário entre o credor originário e o devedor, ou que resulte da cláusula compromissória que esta não é separável da pessoa do cedente.

## A sub-rogação

A sub-rogação implica a participação de um terceiro no momento do cumprimento da obrigação. Esta participação pode ser direta, quando o terceiro cumpre no lugar do devedor; ou indireta, quando o terceiro proporciona ao devedor os meios para o cumprimento da obrigação.

Nos termos do **artigo 593º**, “o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam.” O **artigo 594º** remete para o regime da transmissão de garantias e outros acessórios da cessão de créditos do **artigo 582º**.

Assim sendo, a cláusula arbitral deve ser considerada para este efeito um dos elementos do crédito, pelo que o terceiro fica sub-rogado nos direitos dela resultantes, exceto se existir convenção prévia em contrário entre o credor e devedor ou a cláusula tiver na relação jurídica concreta, carácter pessoal.

## A transmissão singular da dívida

Esta situação consiste na relação creditícia passar a ter um novo devedor, dependendo isto do consentimento do credor. A transmissão pode exonerar o anterior devedor ou gerar uma obrigação solidária entre o antigo e o novo devedor.

Na primeira forma, o devedor é parte do contrato de transmissão e o credor é livre de ratificar o contrato. Na segunda forma, o novo devedor e o credor são as partes do contrato de transmissão, sendo, portanto, livres quanto à sua celebração.

Se o novo devedor não pretender assumir a dívida com a convenção de arbitragem tem duas possibilidades:

1. Não celebrar o contrato com o antigo devedor ou com o credor;
2. Acordar com o credor no sentido da revogação da convenção;

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

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

## A novação

Na **novação objetiva** não intervém qualquer terceiro, mantendo-se na nova obrigação a configuração objetiva da obrigação anterior.

Para saber se as partes se mantêm vinculadas à arbitragem, é necessário interpretar o acordo relativo à novação, concluindo se à nova obrigação se aplica a convenção de arbitragem, por esta se manter em vigor no âmbito da relação contratual ou por as partes o estipularem, ou se esta desaparece com o desaparecimento da anterior obrigação.

No primeiro caso, a novação não afasta a convenção de arbitragem, ao contrário do que sucede no segundo caso, em que as partes deixam de estar vinculadas pela convenção.

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

Na **novação subjetiva**, verifica-se uma substituição do credor ou do devedor por um terceiro, constituindo-se em qualquer dos casos uma nova obrigação. A extinção da obrigação anterior constitui um elemento essencial desta figura.

Com a extinção da anterior obrigação, extinguem-se igualmente todos os elementos ligados a esse crédito, incluindo eventual convenção de arbitragem a este associada. Se as partes assim o entenderem, podem estipular que a nova obrigação seja associada a uma convenção de arbitragem, distinta da convenção anterior.

## Contrato a favor de terceiro e a favor de pessoa a nomear?

No contrato a favor de terceiro, o terceiro adquire o direito à prestação convencionada entre o promitente e o promissário (**artigo 444º**). O cumprimento da promessa pode ser exigido quer pelo terceiro beneficiário, quer pelo promissário.

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

No contrato para pessoa a nomear, uma das partes reserva o direito de nomear um terceiro que assumirá a sua posição contratual (**artigo 452º, CC**).

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

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

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

## Garantia das obrigações

Também se pode colocar o problema da extensão da convenção de arbitragem a terceiros. Em sede de garantia geral as obrigações, o Código Civil prevê várias formas de o credor se defender de práticas do devedor das quais possa resultar uma diminuição do seu património e consequentemente uma mais difícil satisfação do crédito.

- **Nulidade:** qualquer credor pode invocar a nulidade dos atos praticados pelo devedor, nos quais se incluem negócios jurídicos. Se o contrato do qual se quer arguir a nulidade contiver uma cláusula compromissória, o credor não fica, obviamente, adstrito a ela por não ser parte do contrato.
- **Impugnação pauliana:** o credor não se encontra vinculado pela convenção de arbitragem inserida no contrato celebrado entre o devedor e o terceiro. A ação pauliana só pode ser objeto de decisão por arbitragem no caso de existir compromisso nesse sentido entre o credor e o terceiro adquirente.
- **Sub-rogação do credor ao devedor:** é o caso de o devedor não exercer determinado direito contra terceiro e esse não exercício impedir a satisfação do crédito do credor, pelo que o credor se substitui ao seu devedor na sua posição e credor. O credor exerce um direito que não é propriamente seu, sendo essencialmente do seu devedor. Havendo uma substituição, deve entender-se que o credor se encontra vinculado a exercer o direito ou a contestar a existência da dívida nos exatos termos que o devedor o poderia fazer. O que significa que, se existir convenção de arbitragem, esta mantém os seus efeitos.
- **Fiança:** no que respeita à convenção de arbitragem constante apenas do contrato entre credor e devedor, não há, em princípio, extensão ao fiador, terceiro em relação a essa convenção. O fiador só fica vinculado por uma cláusula arbitral se existir consentimento, ou seja, se esta constar do conteúdo do contrato de fiança por si celebrado, podendo a referência ser direta ou resultar de remissão para um documento em que uma convenção esteja contida.

Nos casos em que várias sociedades, ou uma sociedade e uma pessoa singular, atuam em conjunto como parte, num ou em vários contratos, mas nem todas são referidas na convenção de arbitragem relevam duas teorias:

- **Veil-piercing theory:** consubstancia situações que se encontram no limite da fraude, uma vez que o objetivo passa por apenas incluir no contrato – e na convenção de arbitragem – uma sociedade com menor capacidade financeira ou responsabilidade mais limitada, assim restringindo a capacidade da outra parte de obter a satisfação da sua pretensão.
- **Alter ego theory:** o aspeto essencial consiste na determinação da possibilidade de extensão a todas as pessoas envolvidas no negócio da convenção de arbitragem na qual só uma aparece – formalmente – como contraente.

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

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

É possível recorrer ao abuso de direito, nomeadamente à figura das inalegabilidades formais, sempre que se conclua que o comportamento da parte é orientado no sentido de aceitar a validade do contrato em que se insere a cláusula compromissória, encontrando-se portanto vinculado a ele como se o tivesse subscrito.

O contrato deve ser interpretado como um todo pelo que, se a análise dos elementos relevantes das negociações, nomeadamente troca de cartas ou mensagens de correio eletrónico, revelar que várias sociedades ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento, ainda que tacitamente, essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem

### 3.5.2. Os contratos múltiplos: extensão por remissão

Estes grupos de contratos definem-se através da sua unidade ou relação económica ou dependência funcional.

O problema que se coloca é o da possibilidade de, surgido um litígio, poderem várias partes figurar uma mesma arbitragem. Ou, ainda, o problema de saber se, surgindo um litígio entre as partes que celebram diversos contratos em simultâneo e apenas em um deles constar uma cláusula compromissória, ser possível tratar os vários objetos negociais numa única arbitragem.

A melhor solução para situações deste género é preventiva: a redação de uma cláusula arbitral suficientemente ampla para permitir às partes não só entrarem em processos arbitrais contra cada um dos diversos contraentes, mas também permitirem resolver de uma vez só todos os litígios que possam resultar dos diversos contratos.

Por exemplo, um contrato de empreitada com diversos subcontratos com subempreiteiros. Acionado o empreiteiro principal pelo dono da obra, poderá aquele pedir o chamamento dos outros, responsáveis subsidiariamente?

A análise deste tipo de casos tem que ser feita casuisticamente, analisando a relação contratual e tipo de cláusulas compromissórias previstas.

Distinguem-se três grupos de casos:

- 1- As partes são diferentes, mas os contratos contêm a mesma cláusula arbitral ou cláusulas arbitrais compatíveis:** há jurisprudência divergente quanto à possibilidade de demandar todos num mesmo processo arbitral.
- 2- Casos de partes diferentes em que os contratos não contêm cláusulas idênticas ou compatíveis, ou algum deles não contém cláusula arbitral:** em geral, não é aceite a extensão da convenção arbitral às relações contratuais conexas.
- 3- As partes são as mesmas, os contratos entre elas são vários, um com cláusula compromissória, outro com cláusula de jurisdição estadual, outro com cláusula compromissória incompatível com a primeira:** a jurisprudência tem-se orientado no sentido de admitir a extensão da convenção a todos os contratos quando entre eles existe uma forte conexão.

O problema dos contratos múltiplos redundará na interpretação da vontade das partes. Dependerá sempre do caso concreto, da exata determinação da vontade das partes no contexto contratual específico.

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

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

Esta teoria foi desenvolvida em especial no âmbito da arbitragem internacional e determina que uma pessoa pode ficar vinculada à arbitragem se existir uma remissão para uma convenção de arbitragem constante de outro contrato, com configuração subjetiva ou material parcialmente diversa. A nossa lei recebeu esta teoria no **artigo 2º/4, LAV**.

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

### 3.5.3. Os critérios gerais de extensão da convenção

Estas são as ideias que se devem ter sempre em mente aquando da convenção de arbitragem:

- A convenção de arbitragem presume-se não celebrada intuitu personae e, portanto, é suscetível de transmissão como qualquer outra posição contratual.
- A convenção de arbitragem deve ser considerada como acessória do contrato, presumindo-se, assim, a sua transmissão sem prejuízo de esta poder ser expressa ou tacitamente excluída.
- Sendo a convenção de arbitragem um contrato, não lhe são aplicáveis diretamente as regras dos contratos (sub-rogação, cessão de créditos, etc.). contudo aplicam-se analogicamente as regras dos regimes que determinam a transmissão de acessórios do direito ou da obrigação.
- É imprescindível interpretar-se a vontade das partes para determinar se a remissão existe e se, existindo, engloba a convenção de arbitragem.

### 3.6. O efeito positivo e negativo da convenção arbitral

A celebração de uma convenção de arbitragem faz nascer um direito potestativo de qualquer um dos subscritores do acordo em constituir o tribunal arbitral. A recusa de uma das partes em participar no processo não impede o seu prosseguimento, assim como não evita que a parte não participante fique vinculada às decisões do tribunal arbitral.

A convenção de arbitragem tem como **efeitos positivos**:

- Obrigar as partes a submeter os litígios abrangidos pela convenção à arbitragem;
- Providenciar a base jurisdicional do tribunal arbitral (**artigo 18º, LAV**):

A convenção de arbitragem não exige que a parte inicie a arbitragem, nem proíbe a parte de procurar ou aceitar soluções negociadas para o litígio.

Pelo contrário, o que a convenção impõe é que, iniciado o processo de arbitragem por uma das partes, a outra participe no processo honrando o seu compromisso (a convenção é um contrato e os contratos são para serem cumpridos – *pacta sunt servanda*). Mas não se trata de simplesmente participar. A participação deve ser cooperativa e de boa-fé.

Para assegurar que o efeito positivo é cumprido, este deve ser acompanhado pelo **efeito negativo**, nomeadamente pelo facto de a existência de uma convenção de arbitragem impedir que as partes recorram ao tribunal estadual nas questões por si abrangidas (**ver artigo 5º, LAV**). As partes não podem procurar a resolução de litígios cobertos pela convenção de arbitragem dos tribunais estaduais.

As exceções a este princípio são as seguintes:

- Constituição do tribunal arbitral
- Providências cautelares (**artigo 7º e 29º, LAV**)
- Revisão da sentença arbitral

É reconhecida ao tribunal arbitral a competência para se pronunciar sobre a sua própria competência - o princípio da competência da competência (**artigo 18º/1, LAV e 16º, UNCITRAL**).

Este princípio é essencial para que a parte interessada em atrasar a resolução do litígio não o consiga fazer com esta invocação, mesmo que sem fundamento. O atraso é evitado ao permitir aos árbitros resolver a questão eles próprios, questão que pode também ser resolvida por tribunais estaduais, o que não implicará a suspensão da instância arbitral.

O **artigo 18º/2** consagra, ainda, a autonomia da convenção arbitral face ao contrato em que está inserida. esta regra significa que a invalidade do contrato onde a cláusula está inserida não acarreta a automaticamente a invalidade da convenção arbitral.

### **Será esta competência dos tribunais arbitrais apreciarem a sua competência exclusiva, impedindo os tribunais estaduais de apreciarem a competência daqueles?**

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

Se optar por propor a ação em tribunal arbitral, o tribunal decidirá se é ou não competente.

Se decidir que é competente, qualquer uma das partes pode impugnar a decisão no prazo de 30 dias perante o Tribunal da Relação do distrito do lugar da arbitragem (**artigo 18º/9 e 59º/1, f**).

Levanta-se aqui a questão de saber se esta impugnação preclui a posterior possibilidade de impugnação da sentença arbitral com o fundamento da incompetência do tribunal arbitral. A maioria da doutrina defende que a não impugnação no prazo de 30 dias impede a posterior invocação do mesmo vício em ação de anulação de sentença.

Esta é a regra mais conveniente porque poupa tempo e dinheiro às partes ao evitar a continuação desnecessária do processo arbitral. Precluindo a faculdade da parte em 30 dias, evita-se que o processo arbitral continue para depois no final ser impugnado, dando-se a perder todo o dinheiro e recursos investidos.

A professora Mariana França Gouveia discorda, considerando esta uma vantagem apenas eventual. É que feita a impugnação no prazo de 30 dias, a decisão do tribunal não será automática, levará tempo, durante o qual o processo arbitral continuará a decorrer, gastando-se à mesma dinheiro, tempo e recursos. Na realidade jurídica portuguesa, é até provável que a sentença arbitral seja proferida primeiro do que a decisão da questão preliminar.

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

Será mais valioso um regime que permita a opção. É perfeitamente possível retirar do **artigo 18º/9** que este se limita a oferecer à parte que alegou a incompetência a possibilidade de recorrer de imediato, não fazendo precluir tal opção, caso o faça mais tarde.

Assim, a parte que alegou a incompetência e perdeu pode tomar duas opções:

1. Impugnar no prazo de 30 dias a decisão de competência perante os tribunais estaduais;
2. Esperar pela decisão arbitral e propor então ação de anulação nos termos do artigo 46º da LAV;

Esta impugnação não tem efeito suspensivo sobre o processo arbitral que pode prosseguir normalmente nos seus termos, incluindo proferir sentença (**artigo 18º/10**). É claro que quaisquer decisões perdem eficácia caso o tribunal estadual considere que o tribunal arbitral não tem competência.

Estando pendente uma ação de impugnação da decisão de competência do tribunal arbitral, se for proferida sentença arbitral a autoria da impugnação terá de decidir se pretende impugnar ou não a sentença e com que fundamentos. Se tiver ganho a ação, não terá interesse nem legitimidade na impugnação, pelo que esta caducará.

Se pretender invocar apenas os fundamentos que estão já em discussão no processo de impugnação da decisão de competência, nada mais terá de fazer a não ser esperar por esta decisão. Poderá, por cautela e informação do tribunal estadual, juntar a sentença arbitral e reforçar o seu interesse na impugnação.

Já se a parte vencida pretender alegar outros fundamentos de anulação, deverá propor ação de anulação autónoma, requerendo a apensação da primeira.

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

Se o autor optar por propor a ação no tribunal estadual e a parte contrária alegar a exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário, há que definir a posição do juiz face a esta invocação.

A opção que parece mais razoável é a de que o tribunal judicial pode decidir-se pela incompetência do tribunal arbitral superficialmente, isto é, apenas nos casos de manifesta nulidade da convenção arbitral. Tratar-se-ia de uma análise *prima facie* da eficácia da convenção.

Por um lado, respeita-se o princípio da autonomia privada, a desjudicialização pretendida pelas partes aquando da celebração da convenção; por outro, não o leva ao exagero de não permitir ao tribunal estadual apreciar uma manifesta existência ou invalidade da convenção (**artigo 5º/1**).

A última questão a tratar é a da **eficácia das decisões sobre a jurisdição de um tribunal** (arbitral ou estadual) **em relação ao outro**.

Quando o tribunal estadual decide julgar procedente a exceção e preterição de tribunal arbitral, limita-se a declarar que a convenção de arbitragem não é manifestamente nula, o que é diferente de declarar que a convenção é válida.

Logo, o tribunal arbitral pode, posteriormente, na apreciação da sua competência, vir a decidir que é incompetente por a cláusula arbitral ser inválida.

### 3.7. A modificação, revogação e caducidade da convenção

A convenção de arbitragem resulta da autonomia privada das partes, pelo que lhes cabe a elas a sua manutenção. É-lhes permitido:

- Modificar a convenção de arbitragem até à aceitação do primeiro árbitro ou, havendo acordo de todos os árbitros, até à prolação da sentença (**artigo 4º/1**);
- Revogar a convenção de arbitragem até à prolação da sentença (**artigo 4º/2**);

Estes acordos devem revestir **forma escrita** (**artigo 4º/3**).

## 4. A constituição do tribunal arbitral

### 4.1. A importância da constituição do tribunal arbitral

Imagine-se que se opta pela arbitragem. O que se faz a seguir? Já falamos na escolha fundamental que as partes têm que fazer entre arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada, mas aqui o que interessa é saber como o tribunal vai ser formado, quem serão os árbitros, etc.

O sucesso ou insucesso da arbitragem pode depender destes aspetos. Os ingleses costumam dizer que “a arbitragem será tão boa, quanto os seus árbitros”, o que revela a importância desta questão para a arbitragem.

Ao contrário do processo estadual que se inicia com os pedidos, na arbitragem é necessário primeiro formar o tribunal arbitral e escolher os terceiros, privados, que o vão constituir. Esta necessidade pode não existir em certos tribunais institucionalizados, como os tribunais arbitrais de consumo, que são a exceção. Mesmo nos centros internacionais de arbitragem institucionalizada a regra é diferente, na medida em que o centro de arbitragem funciona como apoio administrativo, constituindo-se, à mesma, cada tribunal especificadamente para cada ação.

A única regra relativa ao início do processo arbitral encontra-se no **artigo 33º, LAV**, nos termos do qual o processo arbitral tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio foi recebido pelo demandado, salvo convenção das partes em contrário.

Em todo o caso, se pensarmos bem, não é de facto necessário estabelecer o modo como se desenrola o processo de constituição do tribunal arbitral. É sim necessário que se respeitem os termos da cláusula compromissória e, com isto, a vontade das partes no momento da sua celebração.

É também de acautelar a provada iniciativa da parte que decide recorrer à arbitragem, o que se traduz em a demandante provocar o conhecimento da parte contrária acerca da sua intenção através de meio seguro em termos probatórios.

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

A **autonomia das partes** ganha grande importância neste aspeto, uma vez que são as partes que vão decidir todos os aspetos da constituição do tribunal, nomeadamente, o/os árbitro/s

#### 4.2. A seleção dos árbitros

Fazer uma escolha acertada no que toca aos árbitros é crítico para o sucesso da ação. A mesma ação que pode ser resolvida rapidamente, pode tornar-se muito morosa nas mãos do tribunal arbitral errado.

As partes podem escolher os árbitros considerando as suas qualificações técnicas e os seus conhecimentos. Estes não têm que ser eminentemente jurídicos, podem ser conhecimentos e especializações nas mais diversas áreas.

O tribunal arbitral pode ser constituído por apenas um árbitro, ou por vários, desde que estes sejam um número ímpar (**artigo 8º, LAV**). Normalmente as partes optam por escolher 3 árbitros, na medida em que cada uma quer apontar o seu próprio árbitro. Caso não haja acordo quanto ao número de árbitros, a LAV estipula que o tribunal arbitral será composto por 3 árbitros. Optar por apenas um árbitro é também vantajoso já que é menos dispendioso, mais rápido e que evita a tendência natural de os árbitros nomeados pelas partes tentarem chegar a acordo.

Apesar das vantagens que traz a nomeação dos árbitros, esta também tem desvantagens, nomeadamente quando uma das partes não aponte o seu árbitro, por exemplo.

Quando se aponta um árbitro, o que se quer é ganhar o caso, pelo que se deve apontar alguém que nos vá ajudar nesse sentido. Assim, ao escolher um árbitro, há vários aspetos a que devemos olhar:

- Conhecimento (em arbitragem e na sua área técnica)
- Experiência em arbitragem
- Disponibilidade
- Conhecimento e controlo os procedimentos
- Respeito pelas partes
- Conhecimento do historial e da cultura das partes
- Linguagem

Um dos aspetos mais importantes para o professor é a **experiência**. Não faz sentido nomear alguém que não saiba o que é a arbitragem. Mesmo que esteja em causa um advogado ou professor de renome, o conhecimento da arbitragem surge primeiro.

Este critério pode conflitar com o da **disponibilidade**, uma vez que muitos dos árbitros com mais experiência acabam por ser os menos disponíveis. Assim sendo, não basta que o árbitro tenha muita experiência, se este já estiver envolvido em muitos casos arbitrais poderá não ser uma boa escolha.

Quanto à **linguagem**, um árbitro deve ter um bom conhecimento da língua utilizada na arbitragem e deve ter capacidade de proferir uma sentença nessa língua. Se um árbitro é apontado e não tem conhecimento suficiente nessa língua, torna-se necessário adotar tradutores, o que significa um gasto extra e perda de informação.

Por fim, a **nacionalidade** também pode ser importante, sobretudo numa arbitragem internacional. Idealmente, a nacionalidade deveria ser irrelevante, a experiência e conhecimento do árbitro deveria ser o suficiente. Porém, nos interesses da neutralidade tenta-se adotar um árbitro de nacionalidade diferente da das

partes. Se uma parte é portuguesa e a outra espanhola, tenta-se que, havendo apenas um árbitro, este seja de uma terceira nacionalidade.

Para se chegar a um árbitro com as qualidades desejadas é importante entrevistar vários possíveis árbitros. O árbitro potencial deverá ser questionado quanto à sua experiência, qualificações, etc.

O **artigo 9º, LAV** dá-nos alguns requisitos quanto aos árbitros:

- 1- Ser pessoa singular e plenamente capaz (capacidade jurídica e judiciária)
- 2- Não ser preterido em razão da nacionalidade
- 3- Ser independente e imparcial
- 4- Ser irresponsável pelas suas decisões (exceto nas situações em que os juízes têm responsabilidade)

#### 4.3. A importância da igualdade das partes

É essencial que em todo o procedimento de constituição do tribunal seja respeitado o **princípio da igualdade das partes**, que aqui se traduz na identidade da sua influência na constituição do tribunal arbitral. A igualdade entre as partes é:

- Um dos princípios fundamentais da lei portuguesa – direito ao processo equitativo;
- Equiparável ao princípio do juiz natural nos tribunais estaduais por garantir independência e imparcialidade.

Nos tribunais estaduais não é preciso ter um especial respeito pelo princípio da igualdade das partes, já que não há questões de formação do tribunal estadual, ele já está composto e esta composição já salvaguarda a igualdade das partes.

Na arbitragem o cenário altera-se porque geralmente as partes têm que nomear o árbitro e tomar outras decisões referentes à constituição do tribunal.

A igualdade das partes deve ser respeitada durante todo o processo, em especial no momento da constituição do tribunal arbitral (**artigo 30º/1, b, LAV e 18, LMU**).

Assim sendo, na constituição do tribunal em específico:

- Cada parte deve poder escolher o mesmo número de árbitros que a outra;
- Se apenas existir um árbitro, as partes devem ter a mesma influência na sua escolha;

Se não existir igualdade entre as partes, a sentença arbitral pode ser anulada com este fundamento (**artigo 46º/3, a, ii, LAV**).

#### 4.4. Os métodos de constituição do tribunal arbitral

##### 4.4.1. A autonomia das partes

As partes podem (**artigo 10º/1, LAV**):

- Decidir elas próprias o árbitro ou os árbitros;
- Decidir como deverá ser escolhido o/os árbitro/árbitros;

Existem limites à autonomia das partes. Por exemplo, não se pode estabelecer que uma parte vai escolher três árbitros e que outra só vai escolher um. A igualdade das partes tem que ser respeitada a todo o momento.

#### 4.4.2. A Lei da Arbitragem Voluntária

As partes podem seguir a LAV quanto à escolha dos árbitros. As regras que a lei coloca são as seguintes:

- Se só existir um árbitro e as partes não chegarem a consenso, a decisão é tomada pelo tribunal estadual;
- Quando existam 3 ou mais árbitros, cada parte deve selecionar igual número de árbitros e os árbitros designados devem selecionar o último – o presidente do tribunal arbitral;
- [salvo estipulação em contrário] Se no prazo de 30 dias a contar da receção do pedido para escolha de árbitro uma das partes não fizer qualquer designação; ou se, no mesmo prazo, os árbitros designados não selecionarem o presidente, a designação é feita pelo tribunal competente, a pedido de qualquer uma das partes.
- O mesmo se aplica se as partes tiverem cometido a designação do/s árbitro/s a um terceiro e este não o tenha feito – nomeação de autoridade.
- Quando a nomeação seja feita pelo tribunal estadual, este tem em consideração os aspetos relevantes do caso.
- Das decisões tomadas pelo tribunal estadual quanto a este aspeto não cabe recurso;

Como se pode verificar, os tribunais judiciais têm um importante papel na arbitragem. Têm, essencialmente, duas funções:

- **Função de controlo:** quando seja necessária a anulação da sentença, por exemplo;
- **Função de suporte:** quando por exemplo uma das partes não coopere e não nomeie o seu árbitro;

Daqui se conclui que os tribunais judiciais vivem sem a arbitragem, mas os tribunais arbitrais não vivem sem os judiciais.

#### 4.4.3. A nomeação de autoridade

A **nomeação e autoridade** pressupõe que a nomeação dos árbitros é feita por uma terceira parte em relação à arbitragem.

Existem regras neste sentido de várias instituições, como o CAC e da própria UNCITRAL. O serviço prestado pelo CAC, por exemplo, é pago.

#### 4.5. A constituição do tribunal arbitral quando existam múltiplas partes

O primeiro problema da arbitragem em que existem múltiplas partes é a constituição do tribunal arbitral. A grande questão é saber como conciliar o procedimento de nomeação de árbitros respeitando a igualdade das partes, sobretudo se pensarmos que podem existir cinco partes e apenas três árbitros. Quanto maior for o número de partes, maior será o problema.

O exato significado e o respeito pelo princípio da igualdade torna-se difícil de compreender quando existam várias partes.

Vejamos duas situações exemplificativas:

1. A apresenta ação contra B e C. A aponta um arbitro. B e C devem apontar o outro conjuntamente? Se cada um nomeasse um arbitro teríamos quatro árbitros o que não seria possível à luz da lei portuguesa.
2. A apresenta uma ação contra B. o tribunal é formado. Depois disto, C junta-se ao caso. Pode C participar no processo de nomeação de árbitros, ou pode nomear um árbitro? Se C o poder fazer, isto significará uma alteração no tribunal arbitral que já estava formado. Se existir apenas um arbitro, não há problema porque nenhuma das partes nomeará um arbitro.

A origem deste problema é o **Caso Dutco**: Dutco contra duas empresas (A e B). Neste caso, a defesa defendia que cada um queria nomear um árbitro e que A deveria ter colocado duas ações independentes, uma contra B e outra contra C. O tribunal arbitral decidiu que ambas as partes deviam, em conjunto, nomear o seu árbitro. As partes recorreram ao tribunal judicial que concordou com o tribunal arbitral. Recorreram de novo e o supremo tribunal francês alterou a decisão.

Esta decisão foi muito importante porque chamou a atenção para este problema e para a sua associação ao princípio da igualdade das partes. Surgiram assim regras neste sentido, nomeadamente os **artigos 6º/6 e 8º das ICC rules**, o **artigo 9º, CAC** e o **artigo 11º da LAV**.

Em todos eles, o critério é o de assegurar a igualdade das partes.

### **Artigo 11.º**

#### **Pluralidade de demandantes ou de demandados**

- 1** - Em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, e devendo o tribunal arbitral ser composto por três árbitros, os primeiros designam conjuntamente um árbitro e os segundos designam conjuntamente outro.
- 2** - Se os demandantes ou os demandados não chegarem a acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, cabe ao tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, fazer a designação do árbitro em falta.
- 3** - No caso previsto no número anterior, pode o tribunal estadual, se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro, têm interesses conflituantes relativamente ao fundo da causa, nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem é o presidente, ficando nesse caso sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efetuado.
- 4** - O disposto no presente artigo entende-se sem prejuízo do que haja sido estipulado na convenção de arbitragem para o caso de arbitragem com pluralidade de partes.

Na opinião de Sampaio Caramelo, a designação de todos os árbitros pelo tribunal judicial, como previsto no **nº3** só deve acontecer em casos excepcionais. Isto porque, ao permitir-se a nomeação dos três árbitros por tribunal judicial, está a negar-se à parte que já tinha nomeado árbitro o direito de o fazer.

Esta restrição não consta dos regulamentos do CCI ou do CAC. A escolha da LAV acaba por ser então mais restrita porque limita a possibilidade de indicar todos os árbitros quando a parte plural falhe nessa tarefa e existam interesses conflituantes.

Em todo o caso, o que é essencial é que o tribunal arbitral seja independente e imparcial e não que as partes possam influir na sua constituição. É evidente que a independência pode resultar dessa forma de designação, mas o modo normal de designação não é o único que assegura a natureza jurisdicional ao painel de juízes-árbitros.

Deve prevalecer a igualdade das partes sobre o direito de uma delas nomear um árbitro. É certo que essa igualdade se manifesta aqui de uma forma negativa – nenhuma nomear árbitro – mas não deixa de ser igualdade.

## **5. O árbitro**

Como já foi dito anteriormente, a arbitragem é tão boa quanto o seu árbitro. Esta frase revela a extrema importância da figura do árbitro e da sua escolha. É que se escolhermos alguém que não tenha capacidade para ser árbitro, a arbitragem poderá acabar por não funcionar ou a sua sentença poderá não ser eficiente

A arbitragem depende do tribunal arbitral. Isto diz respeito à escolha de um tribunal adequado às especificidades do caso, no sentido de ter as competências necessárias para o mesmo. Sendo o tribunal arbitral composto pelo/s árbitro/s, esta é uma figura central da arbitragem, sendo o seu estudo essencial.

O **árbitro** é a pessoa escolhida para decidir uma disputa ou resolver as diferenças entre as partes. É um juiz privado que vai decidir o conflito.

O **estatuto do árbitro** pode ser definido como o conjunto de deveres e direitos dos árbitros durante o procedimento arbitral.

De acordo com o **artigo 9º/1, LAV**, os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes. Excluem-se, portanto as pessoas coletivas e as pessoas judiciais, exigindo-se a capacidade jurídica.

Não há qualquer restrição quanto à sua área de formação ou quanto às habilitações literárias sendo, contudo, o mais frequente, que os árbitros sejam juristas.

As partes podem definir os critérios para a eventual designação dos árbitros, podendo até indicar desde logo quem pretendem como árbitro(s). Todavia, não é aconselhável entrar desde logo em grande pormenor porque no momento em que o litígio surge é incerto e pode ser difícil respeitar as indicações da convenção, podendo estas revelar-se, inclusive, pouco adequadas.

Diz ainda o **artigo 9º/2** que “ninguém pode ser preterido, na sua designação como árbitro, em razão da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no artigo 10º/6 e da liberdade de escolha das partes”.

A liberdade de escolha das partes concorre para a sua autonomia no processo de arbitragem. É que “*uma característica dominante da seleção do tribunal arbitral é o princípio da autonomia das partes*”. O **princípio da autonomia** pode, contudo, sofrer limitações, por exemplo quando as partes concordem em aceitar regras de arbitragem de uma instituição e esta tenha a sua própria lista e árbitros fechada.

As **características essenciais** do árbitro são:

- Independência e imparcialidade (característica mais controlável pelas parte)
- Eficiência
- Competência
- Bom senso
- Autoridade moral

Discute-se o **tipo de relação jurídica existente entre árbitros e partes**. Existem duas teses quanto a esta matéria:

- ➔ **Tese contratualista:** entre as partes e os árbitros existe um contrato ou vários contratos independentes entre si.
- ➔ **Tese legalista:** nega a existência de qualquer contrato, defendendo que os árbitros se limitam a aderir à convenção de arbitragem celebrada entre as partes.

Na opinião da professora Mariana França Gouveia, nenhuma destas teses explica inteiramente a relação decorrente do exercício das funções de árbitro.

Uma boa forma de aferir esta questão poderá ser definir o regime da responsabilidade civil dos árbitros.

Este surge no **artigo 9º/4, LAV** e diz que “os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser”. Há uma equiparação dos árbitros aos juízes no que respeita aos danos decorrentes das decisões arbitrais.

Prevêm-se depois duas normas especiais quanto à responsabilidade do árbitro:

- **Artigo 12º/3:** “o árbitro que, tendo aceite o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa”;
- **Artigo 43º/4:** “os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados”;

## Os árbitros de parte

Prevê o **artigo 10º/3** que “no caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que atua como presidente do tribunal”. É comum chamar-se aos árbitros nomeados pelas partes árbitros de parte.

Perante a possibilidade das partes nomearem árbitros, levantam-se várias questões. Interessa saber se estes têm, ou não, um estatuto diferenciado: se o árbitro de parte está, ou não, obrigado a um dever de imparcialidade e independência idêntico ao árbitro-presidente ou não designado.

O regime quanto a isto é claro: todos os árbitros, independentemente do modo da sua designação estão obrigados a agir com imparcialidade. Isto é inclusive sufragado no Código Deontológico da APA, que prevê no **artigo 1º** que o árbitro de parte tem exatamente o mesmo dever de independência que os outros. A regulação deste código releva pelo facto de a maior parte dos árbitros portugueses serem associados à APA.

Isto é, inclusive, sufragado na maior parte dos países, sendo a grande exceção os EUA, onde se encontra prevista a figura do árbitro neutral. Esta previsão estabelece que os árbitros de parte, salvo disposição em contrário, não estão obrigados à imparcialidade.

Na teoria funciona desta forma, mas e na prática? Na prática existe realmente a percepção de que o árbitro de parte não é mandatário de quem os nomeou, devendo agir com imparcialidade e independência. Esta independência não está, porém, ao nível da do árbitro-presidente. O árbitro de parte não é mandatário da parte, mas está obrigado a garantir que a posição da parte que o nomeou é devidamente conhecida e tomada em consideração.

Assim, a prática parece admitir um nível intermédio de independência apesar de a teoria exigir um nível máximo de independência.

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

Esta imparcialidade decorre, inclusive do **artigo 209º/2, CRP** que atribui poder soberano aos tribunais arbitrais. Assim, um árbitro tem de ser independente e imparcial dada a função jurisdicional que lhe é incumbida.

A independência é um requisito constitucional para todos os tribunais (**artigo 203º, CRP**) sendo estes apenas sujeitos à lei.

## O dever de independência e imparcialidade

Apesar de a independência e a imparcialidade (**artigo 9º/3, LAV**) surgirem como um aspeto conjunto, é comum distinguir a **independência** – para a inexistência de relação entre o árbitro e as partes, - da **imparcialidade** – inexistência da relação entre o árbitro e o objeto do litígio.

Assim, o **dever de independência e imparcialidade** inclui duas dimensões:

- A exigência em que o árbitro seja livre de quaisquer preconceitos subjetivos, inclinações ou afinidades que possam, de qualquer forma, interferir com uma decisão justa e imparcial;
- A exigência em que o árbitro seja livre de quaisquer preconceitos objetivos, nomeadamente livre de qualquer relação pessoal, contratual, ou institucional que possa comprometer a sua independência

Quanto a este dever dois pontos essenciais são:

- ➔ A obrigação de revelação e factos que possam gerar falta de independência ou de imparcialidade (**artigo 13º/1**) - *disclosure*;
- ➔ O regime de dedução das escusas e impedimentos - *challenge*;

As partes podem regular um procedimento específico para os casos de suspeição de acordo com o **artigo 14º/4, LAV**.

O regulamento do CAC prevê, por exemplo, que os incidentes de recusa sejam decididos pelo Presidente do Centro (**artigo 12º/3, RCAC**).

Esta questão é regulada na LAV no **artigo 13º**, no qual se estabelece no **nº2** que “o árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo”. Daqui se retira que esta obrigação existe durante todo o processo. Se durante o decurso do processo arbitral ocorrer algum facto que possa pôr em causa a independência do árbitro, este está obrigado a comunicá-lo às partes e aos demais árbitros.

Norma semelhante encontra-se no Código Deontológico do Árbitro da APA, nomeadamente no seu **artigo 4º/2**.

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

A lei não explicita que tipo de factos podem gerar as fundadas dúvidas, pelo que a análise da independência terá que ser sempre casuística. Ainda assim, alguns organismos tentaram a regulamentação mais específica destes factos, pelo que os podemos tomar a título exemplificativo. Encontram-se aqui factos como: ser representante da parte, ter um interesse financeiro direto no resultado da ação, o árbitro ter sido consultor da parte, ter sido nomeado pela mesma parte duas ou mais vezes, etc. basicamente consideram-se qualquer tipo de relação perceptível entre um árbitro e a parte a nível financeiro económico ou social

Se for pedido a recusa do árbitro, o procedimento a seguir é o que consta do **artigo 14º, LAV**. Nos termos deste preceito:

- A parte que pretenda recusar o árbitro deve expor, por escrito, os motivos de recusa ao tribunal arbitral no prazo de 15 dias a contar da data de que teve conhecimento do facto que justifica o pedido.
- O árbitro pode voluntariamente retirar-se do tribunal (prática na arbitragem internacional), mas também pode não o fazer. Na segunda hipótese participará na decisão sobre a sua recusa com os restantes membros do tribunal arbitral.

Esta decisão é impugnável de imediato se a decisão for de indeferimento. Isto é, se se mantiver no tribunal o árbitro cuja falta de independência ou imparcialidade se invocou. (**artigo 14º/3**). Assim se a recusa por uma das partes não levar à destituição do árbitro, esta ainda pode requerer a sua destituição junto do tribunal judicial.

A impugnação imediata do indeferimento do pedido de destituição justifica-se na medida em que a manutenção daquele árbitro pode provocar a anulação da sentença nos termos do **artigo 46º/3, a, iv**. Uma sentença proferida por um tribunal cuja independência não está garantida é uma sentença inválida. Já a situação inversa, não gera invalidade da sentença, daí que não seja impugnável.

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

A substituição do árbitro faz-se de acordo com o **artigo 16º, LAV**:

- Caso se trate de árbitro nomeado por uma das partes, é a respetiva que deve indicar outro;
- Se se tratar do árbitro-presidente, deve ser escolhido por acordo entre os árbitros nomeados pelas partes;

O papel do árbitro enquanto juiz é incompatível com o papel de advogado (ou outro agente) a agir em nome de um cliente. Um árbitro é essencial para a resolução de uma disputa entre duas partes tendo que olhar para ela de forma independente e imparcial.

Assim sendo, é essencial que um árbitro não esteja relacionado com qualquer uma das partes numa relação cliente-advogado.

A LAV prevê, ainda, a destituição em situações de incapacitação ou inação de um árbitro. Esta situação verificar-se-á, por regra, quando ambas as partes estão de acordo quanto ao afastamento do árbitro.

Caso não estejam, a parte que pretenda agastar o árbitro pode requerê-lo ao tribunal estadual. A decisão do tribunal – seja ela a de manter ou de destituir o árbitro – não é recorrível nos termos do **artigo 15º/4, LAV**. Repare-se que no caso da destituição, ao contrário da renúncia, não se prevê a prévia decisão da questão pelo tribunal arbitral.

**Nota:** Ver IBA guidelines on conflict of interest in international comercial arbitration. O documento encontra-se dividido em duas partes: a primeira contém as regras gerais sobre independência e imparcialidade dos árbitros e a segunda uma aplicação prática das regras gerais. Esta segunda parte é muitas vezes utilizada. Contém três listas: verde, laranja e vermelha com elencos de factos que podem ou não pôr em causa a independência do árbitro. A lista vermelha compreende os factos que claramente trazem dúvidas sobre a posição do árbitro. Está dividida numa lista de fundamentos que não podem ser afastados nem por acordo das duas partes, e noutro que pode levar à nomeação do árbitro, mas apenas se ambas as partes concordarem. A lista laranja contém situações que podem levantar dúvidas e portanto exigem uma análise concreta do caso; e a lista verde elenca questões que não são problemáticas.

## Os outros deveres e direitos

O árbitro tem também os seguintes deveres:

- O **dever de cuidado e diligência**. Estas funções incluem dedicar o tempo e atenção necessários ao processo, bem como à análise das alegações e às provas com as habilidades e capacidades necessárias;
- O **dever de julgar o litígio** para a resolução final da disputa;
- O **dever de confidencialidade** de acordo com o qual os árbitros são obrigados a manter o sigilo sobre todas as informações respeitantes ao caso (**artigo 30º/5**);

Por outro lado, o árbitro tem os seguintes direitos:

- Direito a ser remunerado (**artigo 17º**)
- Direito de cooperação (cooperação e boa-fé das partes)
- Direito à imunidade (**artigo 9º/4**)

### 5.1. O secretário

O árbitro presidente pode ser assistido por um secretário (pode ocorrer tanto na arbitragem institucional, como na arbitragem ad hoc).

O **secretário** é alguém que auxilia o tribunal arbitral durante a arbitragem cabendo-lhe a execução de diferentes tarefas e que não resume as tarefas administrativas. Quando existe, esta é uma pessoa bastante importante sendo até considerando por muitos um “árbitro sombra” ou um “quarto árbitro”. Obviamente, são os árbitros que decidem a disputa, esta figura apenas os auxilia.

Quanto aos **limites e funções** do secretário arbitral:

- ➔ Alguns consideram que o papel do secretário arbitral deve ser limitado puramente a atos administrativos;
- ➔ Outros consideram que não há problema se o árbitro decidir delegar tarefas mais substanciais a um secretário.

No entanto, há o consenso de que o secretário deve ser nomeado com o conhecimento e consentimento das partes

#### **Notas da ICC sobre a nomeação, deveres e remuneração dos secretários administrativos:**

- Podem fornecer um serviço útil às partes e ao Tribunal;
- Podem ser nomeados a qualquer momento durante a arbitragem;
- Devem satisfazer os mesmos requisitos de independência e imparcialidade como as que se aplicam aos árbitros;
- Não há nenhum processo formal de nomeação do(a) secretário(a), contudo o tribunal arbitral deve informar as partes da sua intenção de fazê-lo;

De acordo com o ICC, o secretário pode executar tarefas organizacionais e administrativas como:

- Transmissão de documentos e comunicações em nome do tribunal arbitral;
- Organização e manutenção de arquivos do Tribunal Arbitral e localização e documentos;
- Organização de audições e reuniões;
- Assistir a audiências, reuniões e deliberações;
- Realização de pesquisas legais ou similares;
- Revisão e verificação de citações, datas e referências cruzadas em ordens processuais e prêmios, bem como corrigir erros tipográficos, gramaticais ou de cálculo;

Em nenhuma circunstância devem ser delegadas funções ao secretário que envolvam a tomada da decisão do caso, ou qualquer outro dever essencial da figura do árbitro.

## 6. Providências cautelares e ordens preliminares

A LAV segue de perto a Lei Modelo da UNCITRAL no que toca a providências cautelares e ordens preliminares. Esta matéria encontra-se nos **artigos 20º - 29º**.

Este é um tema altamente controverso na arbitragem e que traz bastantes problemas. É que esta matéria situa-se no limiar dos poderes do tribunal arbitral, da sua jurisdição. A aptidão para decretar medidas cautelares é, sem dúvida, uma expressão de autoridade de quem decide na medida em que se trata da possibilidade de ditar regras antes de as partes terem exaurido a demonstração das suas razões e pontos de vista. Daí que a concessão e poderes cautelares aos tribunais arbitrais necessite de ponderação.

Vejamos dois aspetos:

- ➔ Poderia pensar-se que decidir cautelarmente é um menos em relação à decisão final e que se se atribui ao tribunal poderes para julgar definitivamente, se atribui o menos – poderes para julgar cautelarmente, mas esta não seria uma forma de pensar correta. A decisão cautelar não está necessariamente contida na decisão definitiva. Pelo contrário, é uma expressão de jurisdição e de autoridade de grau superior, porque decide indiciariamente ou sem exercício do contraditório só pode ser admitido a quem se reconhece uma especial autoridade legal e social. Essa competência não decorre automaticamente da concessão de poderes para decidir a final.
- ➔ Há ainda a questão de o tribunal arbitral que decreta a medida cautelar ser o mesmo que decide a final. Há, neste caso, ao contrário do que é a regra (em termos práticos) nos tribunais estaduais, uma verdadeira antecipação da decisão de fundo porque proferida exatamente pelas mesmas pessoas que vão decidir a final. É certo que a lei dispõe que o juízo sobre o direito não vincula de forma alguma a decisão final (**artigo 21º/2, LAV**), mas também é verdade que o mesmo tribunal arbitral que, perante determinadas prova e argumentação, decidiu num sentido, só perante outra ou mais prova e outra ou mais argumentação, reverterá o seu juízo.

## **Pode o tribunal judicial ordenar providências cautelares apesar da existência de uma convenção de arbitragem?**

Relembre-se que a convenção de arbitragem tem a vertente positiva e negativa, sendo que a negativa impede as partes de procurar a resolução de um litígio abrangido pela convenção junto de um tribunal estadual.

Porém, existem exceções e esta é uma delas. Apesar da existência de uma convenção de arbitragem, é possível ir a um tribunal judicial e solicitar uma providência cautelar e isso não será uma violação da convenção. A lei estabelece esta possibilidade nos **artigos 7º e 29º, LAV**, havendo também acolhimento da regra na **LMUNCITRAL, artigo 9º**.

Assim sendo, é seguro dizer que solicitar uma providência cautelar num tribunal estadual não representa uma renúncia à convenção de arbitragem. A maioria das regras de arbitragem são explícitas na confirmação e que o pedido de medidas provisórias de um tribunal não é incompatível com uma convenção de arbitragem.

Mas qual é a razão de conferir a possibilidade de recorrer a tribunais estaduais para solicitar providências cautelares? Podem haver momentos em que a intervenção de um juiz do estado é necessária para assegurar o bom desenrolar da arbitragem. É importante não esquecer que os tribunais estaduais têm um papel importante na arbitragem, nomeadamente:

- Função de controlo
- Função de suporte/apoio

Esta possibilidade de requerer o decretamento de providências cautelares ao tribunal estadual é um dos exemplos da função de suporte. Nomeadamente, nas seguintes situações:

- ➔ Quando o tribunal arbitral ainda não existe ou não está constituído, o tribunal arbitral não pode emitir providências cautelares;
- ➔ Uma providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral não pode afetar terceiros, pelo que se a intenção for o decretamento de uma providência neste sentido pode ser necessário recorrer ao tribunal estadual;
- ➔ Há a possibilidade de o tribunal arbitral não ter poder para decretar este tipo de medidas, ou porque a lei aplicável ou as regras institucionais não o preveem, ou porque na convenção essa possibilidade foi excluída.

Assim sendo, é seguro afirmar que os tribunais arbitrais não têm exclusividade neste assunto, podendo um pedido de providências cautelares ser dirigido quer a um tribunal estadual, quer ao tribunal arbitral.

Qual será então a melhor escolha? Tem que se ponderar a lei relevante, a natureza das medidas solicitadas e as circunstâncias do caso.

A relevância das decisões dos tribunais estaduais ao conceder ou negar providências cautelares para procedimentos arbitrais é que pode levar um tribunal estadual a concluir que a parte que procurou a providência cautelar o tribunal estadual fica impedida de procurar o mesmo no tribunal arbitral.

**Nota:** este é um dos tópicos onde mais se verifica o desenvolvimento da arbitragem nos últimos anos. Historicamente, proibia-se o decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral por aplicação do princípio de que os árbitros não podiam emitir medidas coercivas, nas quais se incluíam as providências cautelares.

## **Pode um tribunal arbitral emitir uma providência cautelar ou uma ordem preliminar?**

A LAV confere poder ao tribunal arbitral para decretar medidas cautelares ao estabelecer no **artigo 21º** que “salvo disposição em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objeto do litígio”.

Esta formulação é importante porque ressalva:

- A possibilidade de as partes concordarem em contrário na convenção de arbitragem – “salvo disposição em contrário”;
- O facto de ao contrário da lei processual civil não haverem medidas provisórias sem que a outra parte seja ouvida – “e ouvida a parte contrária” -, sendo aqui que entram as ordens preliminares;

As **providências cautelares** são diligências destinadas a manter uma situação de facto ou de direito com a finalidade de salvaguardar o direito cujo reconhecimento é solicitado ao juiz de mérito. Têm natureza provisória, acautelando o direito ou o efeito útil da ação.

A LAV define providência cautelar no **artigo 20º/2** como “uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma”, enunciando depois, exaustivamente, os quatro fins que as medidas cautelares podem prosseguir:

- Conservar a situação existente
- Assegurar a estabilidade do processo arbitral
- Garantir a execução da sentença arbitral
- Preservar a prova

A **ordem preliminar** é uma medida que pretende garantir que a providência cautelar obtém o seu efeito útil. De acordo com o **artigo 22º** qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, em simultâneo uma ordem preliminar. A ordem preliminar é decidida sem prévia audição da contraparte e tem como fim não frustrar a providência cautelar.

Trata-se de uma decisão do tribunal que, de acordo com o pedido da parte que requer a providência cautelar, visa prevenir a frustração desta.

Esta dependência da ordem preliminar face à providência cautelar faz com que a ordem preliminar pedida possa ser exatamente igual ou diferente da providência cautelar, mas não possa ter um fim diverso mais amplo que o da providência. Assim, só será admitida uma ordem preliminar que se enquadre na enumeração exaustiva do **artigo 20º/2** que seja idêntica ou instrumental à providência cautelar concomitantemente requerida.

As providências cautelares que o tribunal arbitral pode declarar não necessitam de qualquer correspondência com as admitidas no processo civil. Por outro lado, o tribunal arbitral também não tem qualquer impedimento legal ao decretamento de medidas de conteúdo idêntico, ainda que sem utilização da nomenclatura processualista.

Vejam os fins que podem ser prosseguidos pelas providências cautelares e, subsequentemente, pelas ordens preliminares.

**1. Manter ou restaurar a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido:** refere-se essencialmente a medidas conservatórias, não abrangendo situações que tenham por fim antecipar o mérito. É uma forma comum de manter o status quo entre as partes (relações contratuais ou legais, preservar especificadas circunstâncias factuais...). Interessa discutir se medidas de pagamentos antecipados ao credor (interim payment) são admissíveis. Estes pagamentos antecipados têm como fim garantir à parte a sobrevivência, caso os montantes em causa sejam decisivos para a sua eventual rutura financeira ou insolvência. Este pagamento cautelar é reconhecido por algumas ordens jurídicas e recusado por outras. Este tipo de pagamento pode ser consequência de uma ordem de cumprimento de contrato, de manutenção do seu cumprimento ou, em sentido oposto, de devolução e algo prestado em restauração da situação anterior. Nestes casos, não há como excluir esta alínea, só tendo que se verificar o preenchimento dos requisitos do **artigo 21º**.

- 2. Praticar atos que previnam ou abster-se de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral:** este tipo de providências destina-se a assegurar a estabilidade do processo arbitral. Incluem-se aqui medidas como ordens para manter a execução do contrato durante o processo arbitral, ordens para suspender a prática de atos até ao proferimento da sentença arbitral, etc. A questão mais discutida foi a da competência do tribunal arbitral para decretar anti-suit injunctions<sup>2</sup> (ordens de abstenção). Estas são decisões em que o tribunal proíbe uma das partes de iniciar um processo judicial sobre o objeto da arbitragem. Pode ser útil se houver suspeita de que a parte tem a intenção de atrasar ou perturbar o processo arbitral. Não é claro se é admissível na lei portuguesa.
- 3. Assegurar a preservação e bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada:** O tipo de medidas incluídas nesta alínea são: ordens para não retirar bens de certo território nacional, depositar quantias de dinheiro em contas do tribunal, depositar os bens objeto da disputa junto de um terceiro o para não os retirar de certo lugar, apresentar garantia de pagamento de custos de arbitragem... há vários pontos quanto a esta finalidade que geram discussão, sendo um deles o de determinar se estão aqui incluídas as chamadas providências de natureza executiva<sup>3</sup>. Outro ponto importante é a inclusão das garantias de pagamento e custas do processo arbitral - security for costs. Este tipo de decisão visa assegurar que a parte que perde – e, portanto, suporta os custos da litigância -, tem os meios para o fazer. Acabou por se concluir que não se devia permitir ao tribunal arbitral que proferisse este tipo de decisões (vide sobre este assunto o **artigo 17º/5, LAV**). A própria letra do preceito foi escolhida de forma a não incluir este tipo de providências, estando visivelmente orientada para medidas que garantam a utilidade material da sentença final, ou seja, da condenação do demandado ou do demandante a pagar um determinado montante ou entregar alguma coisa. Estarão aqui incluídas medidas de preservação da garantia da execução da eventual condenação, incluindo-se quer providências relativas ao objeto do litígio, quer medidas relativas a assegurar o pagamento, ou seja, medidas que antecipam a execução da sentença, como sejam a apreensão de bens que sirvam de garantia à obrigação.
- 4. Preservar meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio:** Tem em vista a preservação da produção de prova, reconduzindo-se em geral à produção antecipada de prova. Para que um meio de prova seja considerado relevante, tem de estar relacionado com a disputa; e para que seja importante tem que ter valor enquanto meio probatório.

Os **requisitos para o decretamento de providências cautelares** encontram-se no **artigo 21º**, de acordo com o qual “uma providência cautelar requerida ao abrigo das alíneas ), b) e c) do nº2 do artigo 20º é decretada pelo tribunal arbitral desde que:

- a) Haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e
- b) O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar;”

Em suma, os requisitos são:

- O fumus boni iuris, ou a probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente;
- O periculum in mora, ou o medo de que tal direito seja lesado;
- A proporcionalidade do dano;

---

<sup>2</sup> A estas opõem-se as anti-arbitration injunctions: decisões em que o tribunal estadual impede uma das partes de abrir processo num tribunal estadual. É o oposto da anti-suit injunction. São excluídas pela LAV no **artigo 5º/4**.

<sup>3</sup> Inexistindo competência executiva do tribunal arbitral não pode este decretar uma medida em que o momento declarativo e executivo se confundam, como é o caso do arresto. Isto não implica que o tribunal não possa decretar uma medida que, materialmente, se assemelhe ao arresto, designadamente ordenar ao requerido que entregue a terceiro certos bens. Estas medidas não poderão é subsumir-se ao tipo arresto, à garantia real assim estabelecida pelo legislador e, por isso não beneficiam dos seus efeitos. Caso a parte requerente pretenda requerer o arresto, terá de o fazer junto dos tribunais judiciais.

Note-se que estes requisitos apenas se aplicam às primeiras três alíneas do **artigo 20º**. Quanto à alínea d), estabelece o **artigo 21º/4** que estes requisitos só serão aplicados na medida que o tribunal arbitral considere adequada.

Quanto às ordens preliminares, estabelece o **artigo 22º**:

- 1- Salvo havendo acordo em sentido diferente, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.
- 2- O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.
- 3- Os requisitos estabelecidos no artigo 21.º são aplicáveis a qualquer ordem preliminar, considerando-se que o dano a equacionar ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º é, neste caso, o que pode resultar de a ordem preliminar ser ou não emitida.

A característica mais importante das ordens preliminares é o facto de a outra parte não ser ouvida, o que vai completar o regime das medidas provisórias.

Devido à sua estreita ligação, a ordem preliminar tem de ser solicitada juntamente com a medida provisória. Têm que ser simultâneas. Não podemos ter uma ordem preliminar sem ter uma providência cautelar.

A ordem liminar é basicamente:

- (i) Uma “medida pré-cautelar”
- (ii) Que não requer a notificação da parte contrária
- (iii) Visando evitar a frustração do propósito da medida provisória

### **Artigo 23.º**

#### **Regime específico das ordens preliminares**

**1** - Imediatamente depois de o tribunal arbitral se ter pronunciado sobre um requerimento de ordem preliminar, deve informar todas as partes sobre o pedido de providência cautelar, o requerimento de ordem preliminar, a ordem preliminar, se esta tiver sido emitida, e todas as outras comunicações, incluindo comunicações orais, havidas entre qualquer parte e o tribunal arbitral a tal respeito.

**2** - Simultaneamente, o tribunal arbitral deve dar oportunidade à parte contra a qual a ordem preliminar haja sido decretada para apresentar a sua posição sobre aquela, no mais curto prazo que for praticável e que o tribunal fixa.

**3** - O tribunal arbitral deve decidir prontamente sobre qualquer objecção deduzida contra a ordem preliminar.

**4** - A ordem preliminar caduca 20 dias após a data em que tenha sido emitida pelo tribunal arbitral. O tribunal pode, contudo, após a parte contra a qual se dirija a ordem preliminar ter sido dela notificada e ter tido oportunidade para sobre ela apresentar a sua posição, decretar uma providência cautelar, adoptando ou modificando o conteúdo da ordem preliminar.

**5** - A ordem preliminar é obrigatória para as partes, mas não é passível de execução coerciva por um tribunal estadual.

## **Artigo 24.º**

### **Modificação, suspensão e revogação; prestação de caução**

- 1** - O tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou uma ordem preliminar que haja sido decretada ou emitida, a pedido de qualquer das partes ou, em circunstâncias excepcionais e após ouvi-las, por iniciativa do próprio tribunal.
- 2** - O tribunal arbitral pode exigir à parte que solicita o decretamento de uma providência cautelar a prestação de caução adequada.
- 3** - O tribunal arbitral deve exigir à parte que requeira a emissão de uma ordem preliminar a prestação de caução adequada, a menos que considere inadequado ou desnecessário fazê-lo.

## **Artigo 25.º**

### **Dever de revelação**

- 1** - As partes devem revelar prontamente qualquer alteração significativa das circunstâncias com fundamento nas quais a providência cautelar foi solicitada ou decretada.
- 2** - A parte que requeira uma ordem preliminar deve revelar ao tribunal arbitral todas as circunstâncias que possam ser relevantes para a decisão sobre a sua emissão ou manutenção e tal dever continua em vigor até que a parte contra a qual haja sido dirigida tenha tido oportunidade de apresentar a sua posição, após o que se aplica o disposto no n.º 1 do presente artigo.

## **Artigo 26.º**

### **Responsabilidade do requerente**

A parte que solicite o decretamento de uma providência cautelar ou requeira a emissão de uma ordem preliminar é responsável por quaisquer custos ou prejuízos causados à outra parte por tal providência ou ordem, caso o tribunal arbitral venha mais tarde a decidir que, nas circunstâncias anteriormente existentes, a providência ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou ordenada. O tribunal arbitral pode, neste último caso, condenar a parte requerente no pagamento da correspondente indemnização em qualquer estado do processo.

## **Artigo 27.º**

### **Reconhecimento ou execução coerciva**

- 1** - Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º
- 2** - A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado.
- 3** - O tribunal estadual ao qual for pedido o reconhecimento ou a execução coerciva da providência pode, se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria ou se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros.
- 4** - A sentença do tribunal arbitral que decidir sobre uma ordem preliminar ou providência cautelar e a sentença do tribunal estadual que decidir sobre o reconhecimento ou execução coerciva de uma providência cautelar de um tribunal arbitral não são susceptíveis de recurso.

## Artigo 28.º

### Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução coerciva

1 - O reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar só podem ser recusados por um tribunal estadual:

- a) A pedido da parte contra a qual a providência seja invocada, se este tribunal considerar que:
- i) Tal recusa é justificada com fundamento nos motivos previstos nas subalíneas i), ii), iii) ou iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 56.º; ou
  - ii) A decisão do tribunal arbitral respeitante à prestação de caução relacionada com a providência cautelar decretada não foi cumprida; ou
  - iii) A providência cautelar foi revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral ou, se para isso for competente, por um tribunal estadual do país estrangeiro em que arbitragem tem lugar ou ao abrigo de cuja lei a providência tiver sido decretada; ou
- b) Se o tribunal estadual considerar que:
- i) A providência cautelar é incompatível com os poderes conferidos ao tribunal estadual pela lei que o rege, salvo se este decidir reformular a providência cautelar na medida necessária para a adaptar à sua própria competência e regime processual, em ordem a fazer executar coercivamente a providência cautelar, sem alterar a sua essência; ou
  - ii) Alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento previstos nas subalíneas i) ou ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 56.º se verificam relativamente ao reconhecimento ou à execução coerciva da providência cautelar.

2 - Qualquer decisão tomada pelo tribunal estadual ao abrigo do n.º 1 do presente artigo tem eficácia restrita ao pedido de reconhecimento ou de execução coerciva de providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral. O tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a execução de providência cautelar, ao pronunciar-se sobre esse pedido, não deve fazer uma revisão do mérito da providência cautelar.

## Artigo 29.º

### Providências cautelares decretadas por um tribunal estadual

1 - Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.

2 - Os tribunais estaduais devem exercer esse poder de acordo com o regime processual que lhes é aplicável, tendo em consideração, se for o caso, as características específicas da arbitragem internacional.

**Nota:** ver exemplos (powerpoint – aula 7, slides 37 – 41)

## 7. O processo arbitral

A Lei da arbitragem Voluntária regula apenas alguns aspetos relativos ao processo arbitral. Há uma regulamentação a um nível mínimo que se justifica pela natureza privada e contratual da arbitragem e, conseqüentemente, pela possibilidade da escolha das regras processuais pelas partes ou pelos árbitros. A única baliza ao poder de conformação processual das partes são os princípios processuais do **artigo 30º, LAV**, nomeadamente:

- O demandado é citado para se defender;
- As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;
- Em todas as fases do processo é garantida a observância do processo do contraditório, salvas as exceções previstas na presente lei;

## 7.1. A escolha das regras processuais

O **artigo 30º/2, LAV** determina que as partes podem escolher a tramitação processual, desde que o façam até à aceitação do primeiro árbitro. O acordo pode consistir na criação de um processo específico ou na simples remissão para regulamentos de arbitragens de centros de arbitragem institucionalizados.

Na falta de laboração pelas partes, as regras são determinadas pelos árbitros que têm as mesmas opções: criar regras próprias ou adotar regras estabelecidas. Não há delimitação temporal para a escolha das regras pelos árbitros, pelo que se depreende que esta pode ser feita a todo o tempo. Ainda assim, é aconselhável elaborá-las/seleccioná-las num momento inicial, nomeadamente na primeira reunião de árbitros com as partes. É que dificilmente se poderá prosseguir com o processo arbitral sem essas regras.

Na falta de escolha das partes, a LAV atribui a competência aos árbitros, sendo também recomendável que se procure a sua colaboração neste trabalho. Conseguir a sua cooperação e acordo pode ser importante para evitar a posterior invocação de vícios geradores de anulabilidade da sentença arbitral. A doutrina tem, inclusive, sugerido a marcação de uma reunião preliminar entre árbitros e partes precisamente para a escolha e elaboração das regras de tramitação processual.

A realidade tem demonstrado que na maioria dos casos as partes não seleccionam as regras antes de o litígio ocorrer e, depois, quando ele surge, já não há disponibilidade para negociar. Acresce que os árbitros têm muitas vezes a tentação de escolher regras processuais pré-definidas. A escolha das regras do CPC, por exemplo, é contraditória com a natureza alternativa da arbitragem que visa fugir à complexidade do processo judicial permitindo a criação e regras processuais flexíveis que possibilitem um tratamento célere e adequado ao caso específico.

De modo a possibilitar este tratamento célere e adequado ao caso, poderá ser importante consagrar nas regras arbitrais um poder-dever de gestão processual, que permita aos árbitros flexibilizar o processo caso seja necessário. Esta atribuição e poder já existe na UNCITRAL Arbitration Rules e no Regulamento do LCIA. No CAC, este poder tem expressão no **artigo 18º, CAC**, com a limitação do respeito pelas normas inderrogáveis do Regulamento. No caso da CCI, a ampla liberdade dos árbitros tem como limite qualquer acordo das partes em sentido contrário, o que quer dizer que os árbitros não podem impor regras às partes com que estas não concordem.

Assim sendo, o assento tónico das regras processuais arbitrais é a **flexibilidade**. É pressuposto que se procure o melhor conjunto de regras processuais para o que se antecipa que venha a ser aquele conflito, tendo em conta também os advogados que representem as partes e a sua prática habitual.

O **artigo 30º/3, LAV** refere que os árbitros devem indicar a lei processual subsidiariamente aplicável. daqui pode entender-se que é sempre necessário indicar uma legislação processual subsidiariamente aplicável, mas não é este o conteúdo da norma. O que ela estabelece é que pode não existir qualquer legislação processual aplicável, sendo a arbitragem conduzida da forma que se considerar adequada.

É também comum a remissão para um regulamento institucional na **arbitragem ad hoc**, mas é necessário ter cautela quanto a isto. É que há regulamentos que não o permitem, como é o caso da CCI.

Na escolha da tramitação processual mais adequada, devem ter-se em conta diversos pontos, como:

- O lugar da arbitragem;
- A língua do processo;
- Os serviços administrativos;
- As custas;
- A confidencialidade;
- Os meios de comunicação entre partes e entre partes e tribunal
- O numero limite de peças processuais
- A definição e pontosa decidir
- As disposições sobre a prova

- As regras sobre as audiências
- A decisão do tribunal

Os Princípios do Processo Civil Transnacional (**artigo 9º**) referem que o processo será, em regra, dividido em três fases:

1. **Fase preliminar ou dos pedidos:** as partes apresentam as suas pretensões e defesas e identificam a prova mais importante;
2. **Fase intermédia:** o tribunal organiza o processo, estabelecendo um calendário para o mesmo, aprecia as questões prévias e prepara a produção de prova;
3. **Fase final:** a prova ainda não produzida é-o numa audiência, seguindo-se a decisão do caso.

Essencialmente é isto que se processa, embora haja centenas de formas de o fazer. Assim, estudar-se-á em seguida as cinco áreas correspondentes às comuns fases do processo:

- ➔ Instalação do Tribunal
- ➔ Alegações das partes;
- ➔ Fase intermédia
- ➔ Produção de prova
- ➔ Julgamento e decisão

## 7.2. A instalação do tribunal arbitral

Na arbitragem, é necessário constituir e instalar o tribunal. Já se falou na constituição do tribunal que se reconduz, essencialmente, à escolha dos árbitros, mas não é essa a constituição e que aqui se trata.

Após a constituição do tribunal é comum a produção de um ato formal que dá início ao processo – a **ata de instalação**. A LAV nada prevê sobre este instrumento, mas é uma prática habitual, sobretudo na arbitragem ad hoc.

Neste instrumento, o tribunal identifica as partes e os seus mandatários, os árbitros, o secretário (caso exista), os seus endereços postais e eletrónicos e o local da arbitragem. Por regra, é transcrita a convenção de arbitragem de onde decorre o seu poder e é feita uma descrição muito genérica do litígio. São também incluídas algumas regras processuais, em especial as relativas à fase inicial (das alegações) e dos meios de comunicação entre as partes. Por fim, estabelece-se os honorários e os encargos ou a forma de os calcular<sup>4</sup>.

Esta ata tem importância por várias razões:

- Estabelece a data a partir da qual se contam os prazos para o proferimento da decisão arbitral. O tribunal dispõe do prazo de doze meses para proferir a sentença contados a partir da data de aceitação do último árbitro (**artigo 43º/1, LAV**). Por regra, é nessa ata que se formaliza a aceitação do último árbitro, pelo que a contagem do prazo se inicia aí.
- Delimita-se aqui o litígio e a competência do tribunal arbitral, assim como se estabelecem as regras processuais.

Mesmo em arbitragem institucionalizada, por vezes utiliza-se um instrumento deste género. Na CCI prevê-se mesmo a figura das terms of reference que é o equivalente à ata de instalação. Também o CAC estabelece no **artigo 30º** que no primeiro momento de contacto dos árbitros com as partes, o tribunal deve definir as questões a decidir, o calendário processual provisório, os articulados a apresentar, os meios de prova e os prazos quanto à sua produção, entre outros aspetos.

---

<sup>4</sup> Na arbitragem ad hoc há a prática de remeter esta questão para as tabelas do CAC, o que não quer dizer que isto tenha que acontecer em todos os casos.

Claro que em arbitragem institucionalizada, a constituição e a instalação do tribunal arbitral ocorre quando já há requerimento de arbitragem e resposta, mas também é prática em arbitragem institucionalizada em centros de arbitragem de referência, esses requerimentos serem muito sintéticos e limitarem-se a enquadrar genericamente o pedido e os seus fundamentos. Pelo que o momento em que se faz esta ata de missão é anterior às peças processuais iniciais.

Definida, então, a estrutura essencial do processo, pode este verdadeiramente começar. É evidente que a estrutura e a calendarização pode ser alterada, caso se mostre necessário pelo decurso do processo. Mas uma tramitação conversada e entendida por todos os intervenientes constitui uma garantia quase certa de que o processo decorre sem incidentes de maior.

### 7.3. Alegações das partes

A primeira fase tem como função a apresentação pelas partes das suas pretensões. Destina-se às alegações de factos e à dedução dos pedidos.

Interessa ver que tipo de peças devem as partes apresentar: se articulados típicos e complexos, se meros relatos resultantes das pretensões. Deve também estabelecer-se a regra quanto à admissão das respostas e em que termos. Pode, pois, fixar-se o numero de peças processuais, a admissibilidade de reconvenção e de resposta à contestação, bem como os prazos de apresentação de cada uma destas peças.

Quanto a isto, a LAV estabelece no **artigo 33º/2**, uma regulamentação algo pormenorizada destes articulados:

- ➔ **Petição:** apresentada pelo demandante onde deve enunciar o sue pedido e os factos em que este se baseia;
- ➔ **Contestação:** apresentada pelo demandado, em que explana a sua defesa relativamente aos pedidos e factos da petição.

A lei estipula ainda, no **artigo 33º/4**, a possibilidade de o demandado deduzir reconvenção, caso o seu objeto seja abrangido pela convenção de arbitragem. Isto quer dizer que a reconvenção não está dependente dos requisitos do código de processo civil, mas de outros, que serão estudados mais à frente.

Um outro problema é o da **alteração do objeto do processo** depois do momento da sua apresentação. Pode adotar-se a regra da cristalização do objeto do processo após as alegações das partes, admitindo alterações muito restritivamente, ou admitir-se a conformação do objeto do processo até ao final da produção de prova.

Esta questão é decisiva no tipo de alegações iniciais que se admitem e na condução e todo o processo. Repare-se que, se se admitem até ao fim da produção da prova alterações objetivas da instância, designadamente a concretização dos pedidos ou até a formulação de novos pedidos, as partes não terão a preocupação e alegar todos os factos nas peças iniciais. Poderão nestas peças limitar-se a dar noticia daquilo que pretendem, deixando para depois da produção da prova a exata delimitação do pedido e da causa de pedir. Este é o modelo anglo-saxónico de notice pleading.

Vários regulamentos adotam posições distintas quanto a isto:

- **ICC:** limitam a alteração do objeto após a ata de missão, impedindo após esse momento novas pretensões que não estejam dentro dos seus limites (artigo 23º)
- **LMUNCITRAL:** na falta de estipulação em sentido contrário, qualquer parte pode alterar a sua pretensão durante o curso do processo arbitral. A rejeição é apenas admissível em casos em que o tribunal arbitral entenda que a alteração pode causar atraso considerável no processo (artigo 23º)
- **LCIA:** o tribunal arbitral pode admitir alterações de pedido, a reconvenção, da defesa ou da resposta (artigo 22.1, a).

Qualquer um dos modelos tem vantagens e desvantagens. O modelo da alteração em qualquer momento tem a desvantagem da imprevisibilidade, mas a vantagem de atingir maior justiça e uma solução definitiva para o caso.

A LAV adota o modelo da LMUNCITRAL no **artigo 33º/3** de acordo com o qual “salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante”.

São os elementos essenciais:

- Salvo disposição em contrário;
- Qualquer uma das partes pode modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação;
- A menos que o tribunal entenda que não deve admitir a alteração (em razão do seu atraso, sem que este tenha justificação);

Assim sendo, deixa-se aos árbitros a decisão sobre a admissão das novas alegações e novos pedidos, não colocando quaisquer limites para além daquilo que a lei prevê, isto é, o atraso injustificado. Não se verificando este atraso, caberá aos árbitros decidir se aceitam ou não as alterações.

Nessa ponderação não podem ser esquecidos os princípios essenciais do processo justo, como o direito de defesa e o contraditório.

#### 7.4. A fase intermédia

A fase intermédia é destinada à organização do processo, isto é, à análise das alegações apresentadas pelas partes e à preparação da produção de prova.

Importa, desde logo, decidir se há ou não necessidade da sua existência, sendo que na maior parte dos casos haverá utilidade nisto.

Após as alegações das partes existe já um conhecimento razoável do caso que permite prever o que irá acontecer em termos processuais e organizá-lo de forma a gerar eficácia e celeridade.

Esta fase pode ser oral ou escrita, apesar de na maior parte dos regulamentos estar prevista uma audiência oral. Mais que uma audiência é uma reunião de árbitros e partes para resolver o que pode ser resolvido e preparar o que se segue.

Dependendo do tipo de requerimentos iniciais apresentados, este momento poderá ser uma audiência e instalação do tribunal e definição de regras processuais ou, caso os requerimentos sejam já verdadeiras peças de preparação de produção de prova.

Um aspeto comum aos vários instrumentos internacionais sobre arbitragem é a importância da determinação das questões a decidir. Nos instrumentos internacionais, o que se tenta fazer neste sentido é fixar as questões a decidir e não propriamente fazer uma separação entre direito e facto e, posteriormente, fixar a matéria provada e a provar.

É importante, quando assim seja, que o tribunal tenha um controlo forte sobre a audiência. É ele que, tendo estudado o processo, sabe o que quer saber e, nessa medida, deve impedir as partes de utilizarem a produção de prova para outras matérias que não as que entende serem essenciais.

Um outro aspeto a ponderar é a eventual separação das questões a decidir – bifurcação do processo. Este aspeto não é comum no nosso processo, mas pode ser de grande utilidade. Basicamente, distingue-se, por exemplo, julgamento da responsabilidade e do montante indemnizatório. O tribunal realiza, portanto, todo o processo para apurar se há ou não responsabilidade e só depois, se a pretensão for procedente, avança-se para o julgamento. Para além deste caso há outros em que se admite a separação das questões a decidir. Por exemplo, se o demandado alega uma cláusula penal com vista à redução dos danos indemnizáveis, pode ser importante começar por decidir se esta realmente é eficaz e só depois avançar para a responsabilidade.

A separação das questões a decidir implica várias decisões de mérito, várias sentenças parciais. A LAV prevê esta possibilidade no **artigo 42º/2**, de acordo com o qual “salvo convenção das partes em contrário, os

árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quanto entendam necessárias”.

## 7.5. A prova, o julgamento e a decisão

Os problemas que se suscitam em relação à prova relacionam-se essencialmente com:

- A admissibilidade
- O ónus da prova
- Os métodos de produção de prova

A questão da **admissibilidade** é de fácil resolução. A LAV é muito clara quanto a esta matéria ao estipular no **artigo 30º/4** que “os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir”.

Fica claro que os árbitros podem admitir os meios de prova que entenderem, mesmo que não previstos na lei processual. O único limite são os princípios do processo equitativo.

É claro que não se podem admitir provas ilícitas por violação da ordem pública. São ilícitos os meios de prova que violem os direitos fundamentais ou se tenham obtido por meios ilícitos.

Quanto ao **ónus da prova**, o **artigo 27º** das Arbitration Rules da **UNCITRAL** estabelece que cada parte tem o ónus da prova dos factos que fundamentam o seu pedido ou defesa.

Quanto à terceira questão, os **métodos de produção de prova**, cumpre tomar em conta: as declarações de partes, a prova documental, a produção de prova testemunhal (oral e escrita), a prova pericial e eventuais inspeções judiciais.

**Declarações de parte:** o CPC admite-as quanto a factos favoráveis, mantendo-se os depoimentos de parte com o fim de provocar a confissão. Com toda esta distinção, ficava mais fácil equiparar a parte a testemunha.

Na arbitragem, pode escolher-se este regime mais simples incluindo nas regras processuais um preceito muito simples de equiparação: “as partes são ouvidas como testemunhas”. Caso confessem, o valor probatório das suas declarações pode ter um peso maior na formação da convicção do juiz. Assim, não é necessário prever um regime para as declarações de parte, mas tão só equipará-las às testemunhas e distinguir o conteúdo das suas declarações, caso confirmem factos que lhes são desfavoráveis.

**Prova documental:** as regras arbitrais mais importantes (ICC, LCIA e UNCITRAL) preveem que os documentos devem acompanhar as peças processuais iniciais.

Pode ser, porém, importante prever a possibilidade de as partes pretenderem consultar ou requerer outros documentos em nome da parte contrário, pelo que se podem estabelecer prazos para este tipo de requerimentos e sua entrega, poupando-se tempo na preparação da prova.

Há uma clara dificuldade em conciliar esquemas que privilegiem a procura da verdade material, sendo difícil conceber uma sua limitação e esquemas que criem maior eficácia. Há várias práticas que podem ser utilizadas para tentar a compatibilização:

- Reuniões com as partes para que se chegue a acordo quanto às categorias de documentos a pedir;
- Tabela de Redfern, onde são colocadas em colunas as categorias de documentos pedidos, as razões para esse pedido, as razões apresentadas pelo requerido para a recusa do pedido e, numa última coluna, a decisão do tribunal;

A regra das IBA Rules determina que após a junção voluntária de documentos pelas partes, cada uma delas pode submeter ao tribunal um requerimento de produção de mais prova documental, indicando quais os documentos que pretende ver revelados e as razões de ser do pedido. A parte contrária é conferido prazo para

entregar os documentos ou apresentar oposição. O tribunal tem, ainda, o poder de requerer a qualquer uma das partes documentos que entenda serem relevantes para a causa.

É recomendável que se estabeleça uma data limite para a junção de documentos que será, provavelmente, a audiência de preparação de produção de prova, momento em que o tribunal já leu as alegações das partes e saberá melhor o que poderá eventualmente faltar.

**Prova testemunhal:** Na prova testemunhal também é normal encontrar-se sistemas híbridos que misturam regras e práticas típicas da Common law e civil law. Antes de mais, é muito frequente que a testemunha deponha por escrito, o que é contrário à prática do nosso regime processual civil que só o admite em casos excepcionais.

Depois da apresentação desses depoimentos por escrito, a parte contrária pode indicar qual ou quais as testemunhas que pretende que sejam inquiridas em audiência.

**Prova pericial:** há diversas formas de produzir prova pericial, cabendo ao tribunal arbitral ponderar a mais adequada ao caso.

Em primeiro lugar, é necessário decidir se haverá apenas peritos nomeados pelas partes, ou se haverá também peritos nomeados pelo tribunal. A LAV admite no **artigo 37º** a nomeação de peritos pelo tribunal o que não exclui a possibilidade de outras formas de produção pericial.

Os peritos nomeados pelo tribunal estão obrigados a revelar factos que possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade, podendo ser recusados pelas partes. É o que resulta da remissão operada pelo **artigo 37º/4** para o estatuto dos árbitros (artigos 13º e 14º).

O tribunal pode criar um sistema misto, permitindo às partes que tentem chegar a acordo sobre um perito, apenas nomeando se estas não conseguirem concordar num. O tribunal pode também pedir a colaboração das partes na preparação da produção de prova pelos peritos, designadamente através da elaboração de questões a considerar.

Também a prestação e depoimento em audiência pelos peritos pode ser feita de diversos modos. Podem ouvir-se os peritos depois de toda a produção e prova ou em simultâneo, sendo questionados sobre os mesmos pontos. Outra técnica é a inquirição e contra-inquirição dos peritos pelas partes e, depois, a elaboração de uma lista de temas controvertidos a ser discutida entre tribunal e peritos, finalizando-se com uma nova rodada de perguntas pelos advogados das partes – método da conferência.

A LAV estabelece no **artigo 37º/3** que qualquer uma das partes e o tribunal oficiosamente pode requerer a presença do perito em tribunal para responder a questões sobre o seu relatório. Esta regra não impede, porém, que o tribunal decida de outra forma ou que as partes acordem noutro modo de produzir a prova pericial.

**Prova por inspeção judicial:** A inspeção arbitral não é muito reconhecida, pelo que a maioria dos instrumentos de arbitragem mais conhecidos não contém regras sobre inspeção pelos árbitros. O mais comum é ser o perito a realizar essas inspeções.

**Prova dependente de terceiro:** pode acontecer existir uma prova que dependa de um terceiro que se recuse a comparecer ou a colaborar com o tribunal arbitral. A própria parte, embora obrigada pela convenção arbitral, pode recusar-se a colaborar. Caso seja imprescindível para sanar estes obstáculos o recurso aos tribunais judiciais, a LAV permite-o em situações em que a produção de prova dependa de terceiro ou de parte que não colabore voluntariamente. Nestes casos, a prova é produzida junto do tribunal judicial que depois envia os seus resultados para o tribunal arbitral (**artigo 38º, LAV**).

Para que as partes possam deduzir este pedido junto dos tribunais judiciais têm de requerer autorização previa ao tribunal arbitral. Isto tem que ver com a autonomia do tribunal arbitral e no carácter marcadamente instrumental da intervenção do tribunal judicial. Assim, se esta autorização não existir, a parte demandada no tribunal judicial poderá arguir a exceção de preterição de tribunal arbitral.

O problema inverso é o da reação da parte em caso de recusa desta autorização por parte do tribunal arbitral. Esta decisão é seguramente impugnável, mas já é duvidoso que possa ser causa de anulação da sentença arbitral.

Em suma, a prova é produzida junto do tribunal judicial através de ação proposta com esse único fim. Concluída a diligência, os resultados probatórios são enviados ao tribunal arbitral que os apreciará em conjunto com os restantes. A competência para este pedido é dos tribunais e 1ª instância em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem nos termos do **artigo 59º/4, LAV**.

Quanto à **audiência final**, antes de mais convém pensar se está é imprescindível – se toda a prova documental ou se a questão em litigio for exclusivamente jurídica, não é necessária uma audiência.

A LAV no **artigo 34º/1** prevê expressamente a possibilidade de o processo ser exclusivamente escrito, embora nestes casos deva ponderar-se a realização de uma audiência para alegações das partes.

É preciso ponderar certos aspetos, tais como:

- Local adequado
- Se a audiência decorrerá em dias seguidos ou não
- Se haverá limites de tempo para inquirir testemunhas e para alegações finais
- O tempo de produção de prova ao dispor de cada parte

Por ultimo, no que diz respeito à **decisão arbitral**, os pontos a regular são apenas os que não resultam de normas imperativas aplicáveis à sentença arbitral e que serão explicados adiante.

Dentro das matérias que podem ser objeto de ponderação, pode referir-se a eventual separação entre decisão de matéria de facto e de direito, o proferimento oral ou a dispensa de fundamentação.

Quanto à fundamentação da decisão, a LAV admite que as partes a possam dispensar ao abrigo do **artigo 42º/3, LAV**. Podem fazê-lo, por exemplo, para que a sentença possa ser oralmente proferida. Caso não o façam, pode ser importante determinar o tipo de fundamentação pretendida, designadamente quanto à matéria de facto. poderá, ainda, tal fundamentação ser oral ou escrita, assim como admitir-se ou não remissão para peças das partes, por exemplo para as alegações.

## 7.6. Os limites às regras processuais – os princípios fundamentais do processo justo

As regras processuais escolhidas têm como **limite** os princípios fundamentais do processo justo, ou seja, o processo arbitral tem de respeitar o normativo constitucional do processo equitativo do **artigo 20º/4, CRP** de acordo com o qual “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

Estes princípios estão genericamente relacionados com os princípios fundamentais do **artigo 30º/!** Que, inclusive, são causa de anulação da sentença arbitral apenas se esse incumprimento tiver influência na resolução do litigio (**artigo 46º/3, a, v**).

As regras aí definidas são o principio da igualdade entre as partes (alínea b), a obrigatoriedade de citação (alínea a) e o principio do contraditório (alínea c).

Todos estes princípios tendem a assegurar ps direitos de defesa das partes e a imparcialidade de julgamento pelo tribunal arbitral. São princípios essenciais que se relacionam com a validação pública de um processo privado. Isto é, o Estado só pode reconhecer que decisões de tribunais privados sejam vinculativas se se cumprirem as regras mínimas de justiça processual.

É importante ressaltar que não se trata aqui da violação dos princípios processuais *per se*. É que o não cumprimento destas regras não corresponde inevitavelmente à violação dos princípios no âmbito do processo arbitral. As situações devem ser analisadas casuisticamente, em função, portanto, da situação concreta e das regras processuais específicas que o regulam.

A obrigação de citação levanta uma questão interessante por envolver o direito de defesa. É que é essencial que o conhecimento do processo para que a parte se possa defender.

Para além disto, levanta a questão da revelia. Nos termos do **artigo 35º/2**, a omissão de contestação não produz prova sobre os factos alegados, ou seja, a revelia não tem qualquer efeito cominatório, nem pleno, nem semipleno.

A regra da LAV é, porém, supletiva: as partes podem acordar em atribuir efeitos probatórios às omissões (**artigo 35º/5, LAV**).

## 8. Arbitragens complexas

A arbitragem complexa reconduz-se, no essencial, às pluralidades objetivas e subjetivas: problemas de litisconsórcio e coligação, iniciais ou sucessivos, assim como de cumulação de objetos processuais, pedidos e/ou causas de pedir, formuladas por uma mesma parte ou por partes contrárias (reconvenção e contra pedidos entre partes).

Se em tribunal judicial estes incidentes complicam e atrasam deveras o processo, em arbitragem o problema pode ser ainda mais complicado, na medida em que há que relacionar estas questões com a fonte contratual da jurisdição do tribunal arbitral (resultante da convenção de arbitragem) e com o necessário respeito pelos princípios do processo justo.

Por essa razão – a fonte contratual da jurisdição arbitral – é costume enquadrar-se neste capítulo das arbitragens complexas situações em que se discute a vinculação da convenção de arbitragem de terceiros não signatários.

Vamos tratar, especificamente de pluralidades objetivas e subjetivas, em especial das seguintes questões: a admissibilidade de reconvenção, litisconsórcio e de coligação, intervenção de terceiros e apensação.

Desde logo, verifique-se que a realização de arbitragens complexas pode fornecer algumas **vantagens**:

- A única arbitragem pode, em algumas circunstâncias, ser mais eficiente do que duas ou mais arbitragens separadas (que permite a mesma poupança de taxas gerais legais, o tempo das testemunhas, os esforços de preparação e outras despesas que existem em tribunais estaduais);
- Um processo de arbitragem consolidada reduz o risco de resultados inconsistentes em dois ou mais arbitragens separadas (uma parte de uma disputa tripartida pode ser considerado responsável à outra parte como uma arbitragem, enquanto numa segunda arbitragem a mesma parte pode ser negada a recuperação de uma parte diferente em uma teoria inconsistente com a lógica do primeiro processo).

Em contrapartida pode apresentar algumas **desvantagens**:

- Problemas com relação à nomeação de árbitros e composição do tribunal;
- Confidencialidade
- Demora do processo e potencial atraso da aplicação dos direitos da parte;

### 8.1. A reconvenção

A reconvenção encontra-se prevista no **artigo 33º/4**, nos termos do qual o demandado pode deduzir reconvenção desde que o seu objeto esteja abrangido pela convenção de arbitragem.

Um problema que surge é o da **admissibilidade da compensação**. Se o direito a compensar resulta da relação jurídica (por regra o contrato) abrangida pela mesma convenção de arbitragem, não há qualquer dúvida de que é admissível. A dificuldade surge quando o direito a compensar não decorre da relação jurídica abrangida por aquela convenção, mas por outra.

Esta dificuldade foi resolvida pelo CPC que expressamente determina que a compensação, seja qual foro valor, é sempre deduzida em reconvenção. Porém, se se adotar esta regra, a invocação da compensação ficará sempre limitada aos casos em que decorre da mesma relação contratual, o que é muito limitativo. Com efeito,

se esta reconvenção decorrer de outra convenção de arbitragem que até pode estar num contrato relacionado com o que iniciou a arbitragem, a interpretação literal da lei impede a sua dedução na mesma arbitragem.

A professora Mariana França Gouveia defende que se deve, então, privilegiar uma interpretação extensiva do preceito, admitindo pedidos reconventionais mesmo quando não resultem da mesma convenção de arbitragem, desde que haja convenção de arbitragem compatível.

A reconvenção pode justificar a intervenção de terceiros, espontânea ou provocada, necessária ou voluntária por via do **artigo 36º/4**.

## 8.2. A pluralidade subjetiva

Tradicionalmente, litisconsórcio e intervenção de terceiros na arbitragem só são possíveis se as partes tenham acordado, por unanimidade, tal resultado, tipicamente no seu acordo de arbitragem original.

Todavia, quando decidem que em casos de litígio recorrerão a arbitragem as partes não consideram ponderadamente esta questão.

A LAV estabelece expressamente a possibilidade de litisconsórcio e coligação. Nomeadamente, tem dois artigos reservados para as questões da pluralidade subjetiva, nomeadamente:

- **Artigo 11º**: regime de designação de árbitros
- **Artigo 36º**: intervenção de terceiros

### 8.2.1. Litisconsórcio e coligação

Na norma sobre o regime da designação de árbitros não há qualquer distinção entre litisconsórcio e coligação. Já no **artigo 36º/3**, a propósito da intervenção de terceiros, há referência ao litisconsórcio, a casos de oposição do direito de regresso (intervenção acessória). Esta circunstância podia levar-nos a duvidar da admissibilidade da coligação em arbitragem, porque faz com que a sua admissibilidade não seja evidente.

Temos de pensar que o princípio geral subjacente às regras das pluralidades subjetivas é o de elevar ao máximo a eficácia de cada um dos processos, o ganho das partes com cada um dos seus processos. Devem, assim, ser admitidas quando potenciem esse máximo e recusadas quando não o alcancem. Chegar-se-á, por aqui, ao critério da conexão entre processos, regra conhecida de quase todos os ordenamentos jurídicos e afluídas em todas as normas processuais sobre pluralidades subjetivas ou objetivas.

Este critério atribui grande discricionariedade aos árbitros no momento de apreciar a admissibilidade da pluralidade.

Um outro critério que tem sido defendido baseia-se no facto de as partes terem o direito a arbitrar com quem querem e como querem. A ser assim, retira-se da interpretação da convenção de arbitragem que foi vontade das partes ter um único processo com todos ou vários.

O ideal é conjugar estes dois critérios. Os árbitros terão de analisar se, à luz da convenção arbitral, as partes quiserem ou não afastar o julgamento único de todas as questões e, ainda, se tal julgamento é útil para a eficiência daquele processo.

### 8.2.2. A intervenção de terceiros

A LAV regula esta questão no já referido **artigo 36º**.

Para que sejam admissíveis as pluralidades subjetivas, é necessário que exista convenção de arbitragem entre todos os intervenientes.

As razões desta exigência são conhecidas: sendo a fonte da arbitragem contratual, só há competência do tribunal arbitral se houver convenção. No **artigo 36º/1**, LAV estabelece-se a necessidade de vinculação à

convenção, quer desde o início, quer por adesão posterior. Neste último caso, porém, é necessário o consentimento de todas as partes primitivas da convenção de arbitragem.

A LAV admite, então, as intervenções posteriores à constituição do tribunal arbitral. As anteriores à constituição do tribunal apenas são admitidas em arbitragem institucionalizada, conforme é referido no **artigo 36º/6**. Neste último caso, a LAV exige que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros.

A razão de ser desta norma é de ordem prática: em arbitragem ad hoc, antes da constituição do tribunal arbitral não há quem decida da admissibilidade da intervenção; já em arbitragem institucionalizada, o requerimento, provocado ou espontâneo, é por regra decidido pelo órgão diretor do centro.

Sendo requerida a intervenção de terceiros por uma das partes (provocada) ou pelo próprio terceiro (espontânea) e vinculando a convenção de arbitragem todas elas, caberá ao tribunal arbitral decidir se admite ou não a intervenção independentemente das posições que as partes assumam.

Sendo assim só resta cumprir os requisitos do **artigo 36º/3** para que as intervenções sejam admissíveis:

- A não perturbação do andamento do processo: impõe que os árbitros verifiquem, no caso concreto e no momento concreto, se a intervenção é ou não oportuna. Admite-se aqui, bastante discricionariedade aos árbitros no seu juízo sobre a razoabilidade prática da intervenção requerida.
- A existência de razões de relevo que a justifiquem;



A lei identifica quatro situações em que entende estar reunida esta relevância:

- a) O terceiro tenha em relação ao objeto da causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que inicialmente permitisse o litisconsórcio voluntário ou impusesse o litisconsórcio necessário entre uma das partes na arbitragem e o terceiro; ou
- b) O terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objeto que o do demandante, mas incompatível com o deste; ou
- c) O demandado, contra quem seja invocado crédito que possa, prima facie, ser caracterizado como solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem; ou
- d) O demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante.

### 8.3. Extensão do caso julgado a terceiros

Admitida a intervenção, o problema que se coloca é o da extensão do caso julgado se o terceiro não participa na arbitragem. Trata-se de uma questão que existe apenas na intervenção provocada, já que na intervenção espontânea, uma vez que a adesão é autónoma ao processo arbitral, implica automaticamente a sujeição do interveniente ao caso julgado.

Já vimos que a LAV admite a intervenção provocada a título principal ou acessório. Sendo requerida essa intervenção e admitida pelo tribunal arbitral, se o terceiro se recusar a participar no processo, é discutível se ficará abrangido pelo caso julgado que se venha a formar.

Repare-se que se pressupõe que há convenção de arbitragem entre todas as partes, já que esta é condição e admissibilidade da intervenção de terceiros.

Assim sendo, havendo convenção de arbitragem entre todos é de admitir a extensão do caso julgado, mesmo sem nenhuma norma que o refira expressamente.

Deste modo, deve estender-se o efeito de caso julgado aos terceiros cuja intervenção tenha sido provocada, independentemente de terem ou não tido efetiva intervenção no processo. Desde que a estes terceiro seja dada

a oportunidade de se defenderem, em igualdade com as restantes partes na arbitragem, não há preclusão de nenhuma garantia que, em termos de processo justo, impeça esta extensão.

**Nota** relativa ao **litisconsórcio necessário**: a não submissão do terceiro, em litisconsórcio necessário, à convenção arbitral levará à ineficácia da sentença arbitral e, logo, à inutilidade da arbitragem. Há litisconsórcio necessário se a produção de determinado efeito jurídico necessita da presença de todas as partes, quer tal resulte da lei, de convenção das partes ou da natureza da relação jurídica. Ora, se uma das partes estiver vinculada à convenção arbitral, mas outra não, não poderá ser o litígio resolvido por arbitragem, restando a sujeição de todas as partes à jurisdição estadual. Este é o caso de a convenção arbitral não ser celebrada por todos os litisconsortes, o que é diferente de estes não intervirem no processo arbitral. Neste caso, nada impede a eficácia plena da sentença arbitral.

#### 8.4. A apensação

A questão da apensação relaciona-se com a possibilidade de cumular num único processo diversas pretensões que isoladamente poderiam dar lugar a vários processos.

A LAV não regula esta questão, assim como não o faz a LMUNCITRAL. Alguns ordenamentos jurídicos regulam a questão atribuindo poderes para apensar os processos arbitrais aos tribunais judiciais e outros aos tribunais arbitrais.

Esta possibilidade é, porém, contrária à Convenção de Nova Iorque, na medida em que viola a convenção de arbitragem subscrita pelas partes.

Na opinião da professora Mariana França Gouveia, a apensação só deverá ser admissível num de dois casos:

- **Houver acordo das partes**: Havendo acordo das partes a jurisdição do tribunal arbitral fica salvaguardada, não havendo, tal apensação não é possível porque violaria a convenção arbitral e transcenderia a jurisdição do tribunal arbitral.
- **Se o regulamento da instituição arbitral escolhida o permitir**: não há neste caso violação da convenção de arbitragem, na medida em que a remissão para um regulamento de instituição arbitral faz incluir nessa convenção as regras da instituição escolhida

Tome-se o exemplo de alguns regulamentos:

- ➔ **CCI (artigo 10º)**: atribui ao Court o poder de ordenar a apensação de duas arbitragens se ambas estiverem pendentes na CCI e couberem em alguma das situações previstas nas alíneas do preceito. Se as partes tiverem dado o seu acordo ou se a convenção for a mesma para todas as questões, a apensação é admitida sem mais.
- ➔ **CAC (artigo 26º)**: estabelece como requisitos a identidade das partes e que se verifiquem os requisitos da intervenção de terceiros. A competência para ordenar a apensação é do presidente do centro, que deve ouvir a parte requerida e os árbitros já designados para o primeiro processo. A apensação pode ser recusada se a necessidade de reconstituir o tribunal, o estado dos processos ou outra qualquer razão o torne inconveniente.

Este tema relaciona-se também com a **arbitragem multi-contrato**, isto é, os casos em que uma transação económica envolve mais de um contrato.

Pode dar-se o caso de existirem vários contratos interligados, mas apenas alguns deles conterem cláusula de arbitragem, o que pode deixar dúvida quanto ao facto de as partes quererem, ou não arbitragem. Torna-se necessário interpretar a verdadeira intenção das partes no caso concreto.

De acordo com Bernard Hanotiau, existem três casos de arbitragem multi-contrato:

1. As partes são diferentes, mas os contratos contêm a mesma cláusula de arbitragem ou as cláusulas são compatíveis.

2. As partes são diferentes e os contratos não contêm cláusulas de arbitragem idênticas ou compatíveis, ou um deles não conter uma cláusula de arbitragem.
3. As partes são as mesmas e concluíram dois ou mais contratos, um deles sem cláusula de arbitragem, com uma cláusula que atribui competência aos tribunais nacionais, ou com uma cláusula compromissória incompatível com a do outro contrato.

Quando um documento contém uma cláusula de arbitragem, levanta-se a questão de saber se essa referência é suficiente para que as partes fiquem vinculadas pela convenção de arbitragem.

Esta questão é respondida pelo **artigo 2º/4** de acordo com o qual “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 a forma escrita e a remissão seja feita e modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo”.

## 9. A sentença arbitral

A sentença arbitral é amplamente regulada pela LAV, que regula hoje aspetos como o critério de decisão ou o prazo, o modo de tomada de decisão por tribunais colegiais ou o conteúdo da sentença.

Apesar de não existir nenhuma definição universalmente aceite de “sentença arbitral” e de, inclusive, a lei portuguesa não conter nenhuma definição, a Convenção de Nova Iorque define-a no seu **artigo 2º** dizendo que “o termo “sentenças arbitrais” deve incluir não só sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso, mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam”.

O conteúdo da sentença pode ser bastante amplo:

- ➔ Pode dizer respeito a discrepâncias legais ou factuais entre as partes;
- ➔ Pode envolver a interpretação de cláusulas contratuais ou determinar os respetivos direitos e obrigações as partes decorrentes do contrato;
- ➔ Pode lidar com questões preliminares, tais como a jurisdição do tribunal, a lei aplicável e a limitação de ações

### 9.1. Tipos de sentenças

É importante distinguir aqui, desde logo, **decisão** de **sentença**. A decisão é genérica e refere-se ao resultado de qualquer conclusão ou resolução alcançada após consideração, enquanto a sentença é uma decisão que afeta realmente os direitos entre as partes e que, geralmente, é capaz de ser aplicada.

Temos, depois, vários tipos de sentenças:

- **Final:** sentença última da arbitragem, que marca o seu fim assim como a cessação de funções do tribunal arbitral.
- **Interina:** resolve as providências cautelares enquanto se aguarda pela decisão final do tribunal arbitral.
- **Parcial:** resolve algumas reivindicações que sejam submetidas ao tribunal arbitral (ex: jurisdição ou questões de direito aplicáveis).
- **Padrão:** sentença feita pelo tribunal em consequência da não participação de uma das partes.
- **Proferida nos termos acordados:** decisão que incorpora qualquer aspeto a que as partes tenham chegado a acordo durante a arbitragem.

## 9.2. Critério de decisão

Desde logo, os árbitros têm o dever de emitir uma decisão correta e exequível.

De acordo com o **artigo 39º, LAV**, estes podem julgar de três formas diferentes, desde que as partes assim autorizem:

1. Segundo o direito constituído (**artigo 39º/1**);
2. De acordo com a equidade (**artigo 39º/2**);
3. Pela composição amigável (**artigo 39º/3**);

Os critérios de decisão que levantam mais questões são, obviamente, a equidade e a composição amigável, nomeadamente pela dificuldade relativa ao seu conceito.

São defendidas duas noções de **equidade**:

- ➔ **Aceção fraca:** a equidade caracteriza-se pela correção e injustiças da lei aquando da sua aplicação ao caso concreto, isto é, a equidade funciona como elemento de conformação do direito estrito na sua concretização. A equidade funciona, assim, movimentando-se nos conceitos e valores propugnados pela lei e desistindo da sua aplicação apenas quando a solução encontrada não se ajuste, em concreto, precisamente a esses conceitos e valores.
- ➔ **Aceção forte:** a equidade prescinde em absoluto do direito estrito, tornando-se, portanto, o único critério de decisão. Não há qualquer vinculação ao direito legislado, baseando-se a decisão exclusivamente na justiça do caso concreto.

A doutrina e a jurisprudência têm-se dividido na defesa de uma e outra teoria. A maioria da doutrina portuguesa prefere a aceção fraca, entendendo, então, que a decisão segundo a equidade não prescinde de considerar as soluções jurídicas em vigor.

No entanto, no caso da arbitragem, são as próprias partes que erigem a equidade como critério de decisão, pelo que poderá ser defensável a equidade na sua aceção forte.

A **composição amigável** é estabelecida no **artigo 39º/3, LAV**, através da formulação segundo a qual “o tribunal pode decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo”.

A composição amigável será, pois, um juízo de decisão diferente do direito estrito e também da equidade. A sua exata configuração é, porém, fruto de desacordo entre a doutrina.

Na posição seguida em Portugal por Sampaio Caramelo e Dário Moura Vicente, a composição amigável reconduz-se a uma equidade forte, delimitada por princípios jurídicos irrevogáveis próprios da comunidade de negócios internacional e ponderada com uma necessidade de aplicar a solução que mais se adequa àquilo que as partes aceitariam.

A professora Mariana França Gouveia defende que este conceito só faz sentido na arbitragem internacional, na medida em que é realmente difícil encontrar utilidade para uma situação estritamente nacional.

## 9.3. Forma e conteúdo

Nos termos do **artigo 40º, LAV**, a decisão é tomada por maioria dos membros do tribunal arbitral. Caso não se possa formar essa maioria, estabelece a lei que a decisão é tomada pelo presidente (**artigo 40º/1**).

Sucederam já casos em que um dos árbitros se recusa a estar presente na deliberação ou a assinar a mesma. Tem sido entendido que o necessário não é a presença efetiva de todos os árbitros, mas a sua regular convocação.

Nestas situações é necessário tomar algumas cautelas formais que garantam a perfeição da sentença arbitral. Estabelece o **artigo 40º/2** que caso algum árbitro se recuse a participar na votação, os outros árbitros podem proferir a sentença, a menos que haja acordo das partes em contrário.

As partes são subsequentemente informadas da recusa de participação desse árbitro na votação. Esta notificação não é outra para além da notificação da própria sentença prevista no **artigo 42º/6, LAV**.

A sentença arbitral é reduzida a escrito e assinada, pelo que nesta situação faltará a assinatura de um dos árbitros. A LAV esclarece que não há qualquer problema com a ausência, desde que devidamente mencionada a razão da omissão. Nos termos do **artigo 42º/1, LAV**, é suficiente para a validade da decisão arbitral, a assinatura da maioria dos árbitros, desde que estejam explicadas as razões da ausência das restantes.

A violação deste artigo é fundamento de anulação da sentença nos termos do **artigo 46º/3, a, vi**. Este artigo tem que ser interpretado apropriadamente. Significa que são fundamentos de anulação da sentença arbitral não só a ausência de assinaturas da maioria ou só do presidente, caso a sentença deva ser por este proferida, mas também a ausência das razões que justificam a falta das assinaturas dos restantes membros do tribunal.

Para além da assinatura dos árbitros, da sentença tem ainda que constar a data e o lugar da arbitragem, considerando-se que a sentença foi aí proferida (**artigo 42º/3**).

A sentença deve, ainda, ser fundamentada, a mesmo que as partes dispensem essa fundamentação ou se trate de sentença de homologação de acordo. A possibilidade de dispensa de fundamentação prevista no **artigo 42º/3, LAV** constitui uma exceção ao princípio constitucional das decisões jurisdicionais.

Todas estas regras formais são aplicadas, nos termos do **artigo 45º/7** à retificação, ao esclarecimento e à sentença adicional.

#### 9.4. O prazo

A razão de ser da existência de um prazo de decisão é, antes de mais, assegurar que o litígio seja resolvido rapidamente. Importa garantir que as partes não fiquem eternamente dependentes da atividade do tribunal arbitral.

O prazo para decisão é fixado livremente pelas partes, sendo de 12 meses na falta de estipulação, contados a partir da data de aceitação do último árbitro (**artigo 43º/1**), podendo haver livre prorrogação por acordo das partes ou por decisão do próprio tribunal arbitral (**artigo 43º/2**).

Ultrapassado o prazo, havendo falta da sentença, a lei determina a extinção automática do processo arbitral. Essa extinção não implica, porém, a caducidade da convenção arbitral. A convenção mantém-se eficaz, podendo as partes dar início a outra arbitragem (**artigo 43º/3**). A consequência é, pois, a extinção da competência dos árbitros para julgarem aquele processo.

Quanto à sentença proferida depois de esgotado o prazo, continua a ser impugnável para o tribunal estadual nos termos do **artigo 46º/3, a, vii**.

É defensável, face ao **artigo 46º/4**, que constitui abuso de direito a invocação do decurso do prazo enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral quando não se tenha invocado o vício em tempo oportuno do decurso do processo arbitral. É que este artigo estabelece que se a parte não invocou a violação de uma disposição legal supletiva, deve entender-se que renunciou à sua invocação enquanto fundamento de impugnação.

A LAV consagra regras que permitem de forma equilibrada atender a estes interesses. Assim, as prorrogações do prazo podem ser livremente decididas pelo tribunal arbitral, sem necessidade de acordo das partes.

Estas podem, porém, obstar a essas prorrogações se, em conjunto, o pretenderem. Fica, assim, salvaguardado a própria razão de ser da existência de um prazo: evitar que as partes fiquem em absoluto dependentes de um painel arbitral improdutivo.

## 9.5. Encerramento do processo, retificação da sentença e sentença adicional

Nos termos do **artigo 42º/7**, a sentença é plenamente eficaz depois de ultrapassados os prazos de impugnação.

Estabelece-se, porém, a obrigatoriedade do presidente do tribunal arbitral de conservação do original do processo arbitral durante um prazo mínimo de dois anos e do original da sentença arbitral por um prazo mínimo de cinco anos (**artigo 44º/4**).

Para além da sentença arbitral, o processo arbitral pode terminar por várias razões (**artigo 44º/2**):

- Desistência
- Acordo entre as partes (ver artigo 41º, LAV)
- Inutilidade ou impossibilidade superveniente

A desistência pode ser contraditada pelo demandado, caso em que o tribunal, reconhecendo o interesse legítimo no prosseguimento da ação, pode determiná-lo.

Encerrado o processo, esgotam-se os poderes jurisdicionais do tribunal: a autoridade do tribunal expira e este não pode fazer mais nada em relação às diferenças das partes (**artigo 44º/3**) ressalvando-se as seguintes situações:

- **Artigo 45º - possibilidade de retificação e esclarecimento da sentença e sentença adicional:** as partes dispõem de 30 dias para requerer ao tribunal arbitral que retifique qualquer erro de cálculo, material, tipográfico ou de semelhante natureza, ou ainda que o tribunal esclareça ambiguidades ou obscuridades da sentença. A prolação destas retificações ou esclarecimentos é um ato discricionário do tribunal, que o faz apenas dentro do prazo e se o considerar justificado.  
A retificação e o esclarecimento destinam-se a corrigir vícios formais da sentença, não podendo, naturalmente, implicar qualquer alteração no seu conteúdo. Já a possibilidade de proferimento de sentença adicional implica a alteração de conteúdo. Neste caso previsto no **artigo 45º/5**, o tribunal pode pronunciar-se sobre pedidos apresentados no decurso do processo que não apreciou na sentença. Permite-se, por através deste mecanismo a sanção do vício de omissão de pronuncia, vício este que é fundamento de anulação da sentença arbitral (**artigo 46º/3, a, v**).
- **Artigo 46º/8:** “quando lhe for pedido que anule uma sentença arbitral, o tribunal estadual competente pode, se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue suscetível de eliminar os fundamentos da anulação”.

## 9.6. A publicação da sentença

Nos termos do **artigo 30º/5** “os árbitros, as partes e, se for caso disso, as entidades que promovam, com caráter institucionalizado, a realização e arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem o prejuízo de as partes tornarem públicos os atos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”.

A **confidencialidade** é uma das características mais valorizadas na arbitragem, ainda que não seja uma característica-padrão.

Este parágrafo não obsta, contudo, à publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral com a exclusão de quaisquer elementos de identificação das partes, a menos que alguma delas se oponha a isto (**artigo 30º/6**).

## 10. A impugnação da sentença arbitral

A impugnação da decisão arbitral é a condição necessária para que esta possa ser equiparável a uma sentença judicial. É que o Estado só reconhece decisões vinculativas de privados se puder controlar a sua validade e poder verificar se foram cumpridas as regras mínimas do processo justo. É também por este motivo, que o direito a requerer a anulação da decisão arbitral é irrenunciável (**artigo 46º/5**).

Os eventuais vícios do processo arbitral apenas podem ser alegados na impugnação da sentença final. Porem, existe desde logo, um conjunto de decisões que são imediatamente impugnáveis, não tendo que esperar pela sentença, como é regra. São elas:

- A decisão sobre a competência do tribunal arbitral (**artigo 18º/9**);
- A decisão de manter o árbitro recusado (**artigo 14º/3**);
- A decisão dos honorários (**artigo 17º/3**).

Gerou dúvida o facto de se poder impugnar imediatamente as sentenças parciais, ou não. Porém, admitir a sua anulação imediata implicaria, na prática, ou a paralisação da arbitragem ou o eventual aumento de custos com decisões que se podem vir a revelar inúteis. Mesmo no caso em que a ação de anulação seja improcedente, a probabilidade de se imiscuir no processo arbitral é imensa, perturbando o seu regular andamento.

Assim, parece ser preferível impugnar todas as decisões num único momento.

A impugnação ordinária da sentença arbitral pode ser feita de três formas:

- Recurso
- Ação de anulação
- Oposição à execução.

O **recurso** da decisão arbitral apenas poderá ser possível se as partes o estipularem e, ainda assim, só quando a decisão não tenha sido determinada pela equidade, ou por composição amigável (**artigo 39º/4**). O recurso passa assim a ser exceção na arbitragem. Por este motivo, dar-se-á maior relevância aos outros institutos.

### 10.1. A ação de anulação

#### A tramitação

As partes têm 60 dias para impugnar a sentença arbitral, a contar da data em que (**artigo 46º/6**):

1. A parte que pretenda essa notificação recebeu a notificação da sentença; ou
2. Se tiver feito um requerimento nos termos do artigo 45º, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre esse requerimento;

A competência para a apreciação da ação de anulação consta do **artigo 59º** e caberá, consoante a matéria do litígio:

- Ao Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem;
- No Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem;

De acordo com o **artigo 46º/2** a ação inicia-se com a apresentação de requerimento de anulação.

Se o requerido tiver deduzido exceções na oposição, o requerente pode apresentar resposta. Segue-se a produção de prova, que deve ser oferecida com os articulados. Há, portanto, uma audiência de julgamento na Relação, só depois se seguindo a tramitação do recurso de apelação.

Uma questão importante é a dos prazos de oposição (contestação) e resposta. Face à lacuna legal, a hipótese mais razoável é dar-se 30 dias.

Esta opção tem a seu favor o forte argumento formal de a ação de anulação ser uma ação especial, pelo que em tudo o que não seja especificadamente regulado se segue a tramitação do processo comum. É, por outro lado, o prazo previsto para as contra-alegações de recurso de apelação, se se entender que é este o regime aplicável. Cumpre, por fim, o princípio constitucional do due process.

Pelas mesmas razões, o prazo para resposta a oposição deverá ser de 15 dias.

## Fundamentos dependentes de alegação da parte

**Regra da preclusão dos fundamentos de anulação (artigo 46º/4):** se a parte que conhece o vício não o invocar de imediato, continuando na arbitragem, não poderá alegá-lo enquanto fundamento de anulação. Esta regra está limitada por duas exceções:

1. Vício da incompetência do tribunal – o prazo de arguição é mais curto;
2. Vícios decorrentes de normas que dependem da vontade das partes, isto é, normas legais supletivas e normas contratuais estabelecidas na convenção de arbitragem – não é aplicável a preclusão;

Quanto à **competência**, o **artigo 18º/4** estabelece que a incompetência do tribunal arbitral só pode ser arguida até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa ou juntamente com ela.

Quanto a **fundamentos supervenientes** determina o mesmo preceito no **artigo 18º/6** que devem ser alegados imediatamente, sem prejuízo de o tribunal arbitral admitir exceções que considere justificadas.

Quanto aos **restantes fundamentos**, o **artigo 46º/4** estabelece dois requisitos para que se verifique a preclusão:

- o conhecimento do vício
- a possibilidade de o invocar em momento anterior

Os fundamentos decorrentes de norma imperativa não preclude, podendo ser ainda invocáveis como fundamento de anulação, mesmo se não alegados em tempo no processo arbitral.

São fundamentos decorrentes de norma imperativa, para além dos de conhecimento oficioso, como a inarbitrabilidade do litígio e a violação da ordem pública, os decorrentes da aplicação dos princípios de due process do **artigo 30º/1**.

O **artigo 46º/3** distingue dois tipos de fundamentos conforme sejam dependentes das alegações das partes (alínea a), ou de conhecimento oficioso (alínea b).

Trate-se aqui dos primeiros:

- **Artigo 46º/3, a, i:** este fundamento diz respeito à convenção de arbitragem. Será anulável a sentença arbitral proferida com base numa convenção arbitral inválida. O preceito pormenoriza ainda a situação de incapacidade de uma das partes.
- **Artigo 46º/3, a, ii:** é motivo de anulação a violação de algum dos princípios fundamentais referidos no **artigo 30º/1**, desde que essa violação tenha influência decisiva no litígio. O que este preceito protege é o respeito pelo due process, o processo equitativo conforme previsto na Constituição da República Portuguesa. A concretização do requisito da influencia decisiva não é fácil. É preciso utilizar aqui bom senso, não dotando perspetivas muito rígidas, nem muito flexíveis. É preciso analisar, perante o caso concreto, se a falha é, ou não importante para o cumprimento dos princípios do processo justo, em bloco, e não olhar isoladamente para a omissão ou violação.

- **Artigo 46º/3, a, iii:** este fundamento trata da incompetência do tribunal arbitral por se ter pronunciado sobre litígios não contidos na convenção de arbitragem. Neste caso, a sentença arbitral pronunciou-se fora do seu âmbito de competência.
- **Artigo 46º/3, a, iv:** estabelece dois fundamentos de anulação: a irregularidade face às normas aplicáveis à composição do tribunal arbitral ou ao curso do processo arbitral. Este preceito trata, portanto, de vícios relativos à constituição do tribunal e ao processo. Os vícios são, naturalmente, aferidos em função das regras aplicáveis, que poderão resultar da convenção, de um regulamento ou da própria Lei. Prevê-se aqui também que este vício tenha influencia decisiva no litígio.
- **Artigo 46º/3, a, v:** trata-se aqui do excesso de pronuncia, ou seja, das situações em que embora o tribunal decida no âmbito da convenção de arbitragem, há excesso ou omissão de pronuncia. Há excesso de pronuncia quando o tribunal condenou em quantidade superior ou objeto diverso do pedido ou conheceu de questão de que não podia tomar conhecimento. Há omissão de pronuncia quando o tribunal deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar. Estes princípios constituem violações do principio do dispositivo.
- **Artigo 46º/3, a, vi:** é anulável a sentença que seja proferida sem cumprimento de alguns dos seus requisitos formais, nomeadamente dos previstos no **artigo 42º/1 e 3**. Pode ser anulada a sentença não reduzida a escrito e a sentença não assinada. Inclui-se também aqui a falta de fundamentação da sentença. O padrão de fundamentação deverá ser o da inteligibilidade da decisão para as partes, isto é, que o tribunal consiga explicar às partes porque decidiu assim. Há cumprimento do dever de fundamentação quando resulte claro para uma pessoa média o caminho e a razão da decisão. Sendo a fonte da decisão a equidade, poderia não exigir o mesmo em termos de justificação da sentença. A doutrina não tem entendido assim. Pelo contrário, porque a decisão, segundo a equidade não é uma decisão arbitrária, a sua justificação racional é tão ou mais necessária do que nos outros casos.

A LAV nada diz quanto às questões de contradição entre fundamentos e decisão, mas a professora Mariana França Gouveia considera que estes são reconduzíveis à situação de falta de fundamentação pelas mesmas razões que o dever de fundamentação exige uma apreciação material. A questão coloca-se no mesmo nível da inteligibilidade da decisão.

- **Artigo 46º/3, a, vii:** trata-se aqui da notificação da sentença depois de decorrido o prazo para a sua prolação, tal como ele é fixado pelas regras do **artigo 43º**. O decurso do prazo extingue o processo arbitral e a consequente competência dos árbitros.

### **Fundamentos de conhecimento officioso**

Estes são os motivos que se encontram no **artigo 46º/3, b**. o facto de estes motivos serem de conhecimento officioso, quer dizer que podem ser conhecidos pelo tribunal, independentemente da sua invocação pelas partes. São dois os fundamentos:

- **Artigo 46º/3, b, i:** inarbitrabilidade;
- **Artigo 46º/3, b, ii:** violação da ordem pública internacional do Estado português;

Quanto à **inarbitrabilidade**, a sentença deve ser anulada caso o objeto do litígio não seja suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português. O fundamento diz, portanto, respeito ao requisito da arbitrabilidade objetiva. Nos termos do **nº1** são arbitráveis todos os litígios respeitantes a interesses patrimoniais e ainda os litígios respeitantes a interesses não patrimoniais desde que transacionáveis. Se o processo tiver como objeto matérias que não preencham estes requisitos, a sentença será anulada.

É de recordar, ainda, que os litígios de Direito do Trabalho têm de obedecer ao requisito da disponibilidade, de acordo com o **artigo 4º/4 da Lei de aprovação da LAV**.

Quanto à **violação da ordem pública internacional**, para aferir se a sentença incorre nesta violação, é preciso fazer um juízo complexo. Este tem três passos:

- 1- Determinar se certa regra integra a ordem pública internacional
- 2- Verificar se era ou não aplicável ao caso concreto
- 3- Apurar se o resultado da não aplicação ou errónea aplicação é diverso do que se atingiria caso o tivesse sido;

A ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna, pelo que uma regra que não pertence à ordem interna, não pertence à ordem internacional.

A ordem pública internacional integra tão-só a proteção de interesses ou valores considerados imprescindíveis para o Estado Português. A ordem pública interna contém os princípios e regras considerados como essenciais para determinado Estado, pelo que a sua amplitude é maior que a da ordem pública internacional.

Enquanto a ordem pública interna está construída para impedir situações contrárias aos calores fundamentais da ordem jurídica quanto é aplicável o direito português; a ordem pública internacional visa atingir o mesmo objetivo, mas relativamente à aplicação do direito estrangeiro.

Sendo a ordem pública um conceito indeterminado, não é possível fixar o seu conteúdo, sendo difícil definir que princípios são estes que o integram.

A doutrina fez algumas sugestões, incluindo na ordem pública internacional: o princípio pacta sunt servanda, o princípio da boa-fé, o princípio do abuso de direito, o princípio da proporcionalidade, a proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras, a proteção dos civilmente incapazes, a proibição das vinculações perpétuas, a proibição e indemnizações punitivas em matéria cível, as normas legais destinadas a proteger os contraentes mais fracos, a proibição da discriminação racial ou da escravatura, o respeito dos direitos do homem e de proteção do património cultural, a proteção do ambiente, a invalidade de contratos que envolvam corrupção, tráfico de droga ou armas, as regras do direito da concorrência...

### **Efeitos da anulação**

A LAV estabelece que após a anulação da sentença, as partes terão de iniciar outro processo arbitral para decidir do mérito da questão (**artigo 46º/9**), na medida em que a anulação da sentença nenhum efeito produzirá na convenção de arbitragem.

São de ressalvar os casos em que a anulação se ficou a dever a vícios da própria convenção, caso em que esta não é também aproveitada.

Este efeito é consequência da impossibilidade de o tribunal estadual se substituir ao tribunal arbitral na decisão. Este está, conforme o **artigo 46º/9**, impedido de conhecer do mérito da questão ou das questões decididas. Mantendo-se plenamente eficaz a convenção arbitral, o tribunal judicial não tem competência para o litígio. Esta regra decorre do absoluto respeito pela vontade das partes e da autonomia e competência do próprio tribunal arbitral.

A LAV prevê, ainda, uma **situação intermédia** no **artigo 46º/8**. O tribunal judicial pode “dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer medida que o tribunal arbitral julgue suscetível de eliminar os fundamentos de anulação”. Prevê-se aqui o envio do processo para o tribunal arbitral (que ressuscitará), ficando, porém, em aberto a problemática da relação entre o tribunal arbitral e o judicial.

Na opinião da professora Mariana França Gouveia, o tribunal não é obrigado a corresponder ao convite, posição que deriva da autonomia do tribunal arbitral.

É também possível a **anulação parcial** da sentença arbitral. Desde que a sentença seja cindível e o vício não implique a nulidade de toda a decisão, é admissível a anulação parcial (**artigo 46º/7**).

Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação puder ser dissociada do resto, é unicamente anulada a atingida pelo vício.

## 10.2. A oposição à execução

Neste caso, a iniciativa não está dependente do vencido, mas sim da parte vencedora que poderá iniciar processo de execução num tribunal estadual.

A convenção de Nova Iorque torna-se aqui bastante importante, na medida em que a escolha do país onde se vai fazer a execução pode beneficiar por passar por um Estado signatário da convenção, o que facilitará todo o processo de execução da sentença.

É preciso fazer duas distinções:

- ❖ **Reconhecimento/coercividade (ser executável):** geralmente quando uma sentença arbitral é coerciva, é também reconhecida, mas podem haver casos em que seja reconhecida e não coerciva.
- ❖ **Sentenças nacionais/Sentenças estrangeiras:** enquanto a execução de sentenças domésticas é regulada pelas leis nacionais de arbitragem, a execução de sentenças estrangeiras rege-se pela Convenção de Nova Iorque /se se tratar de um Estado parte). Ver a este propósito o **artigo 55º, LAV**.

A LAV estabelece que o executado não pode, em sede de oposição à sentença, alegar fundamentos de anulação se já tiver decorrido o prazo para a sua invocação (60 dias), o mesmo se passando com aqueles fundamentos que já tenham sido rejeitados no âmbito de ação de anulação da sentença arbitral.

A preclusão dos fundamentos é, porém, restrita àqueles que não são de conhecimento officioso. Os fundamentos de conhecimento officioso previstos no **artigo 46º/3, b** podem ser invocados independentemente do decurso do prazo da anulação. Mesmo que não sejam alegados, podem ser officiosamente conhecidos.

Estas regras constam do **artigo 48º, LAV** e tentam encontrar um equilíbrio entre a preterição do direito a pedir a anulação da sentença arbitral e a necessidade de impedir a execução de uma decisão intolerável face ao ordenamento jurídico português.

O **artigo 726º/2, d, CPC** prevê, ainda, que o agente de execução remeta o processo de execução de sentença arbitral ao juiz, para apreciação liminar, nas situações de inarbitrabilidade do litígio. Não consagra aqui a violação da ordem pública, mas parece-me que se a infração for manifesta a atitude do agente de execução deve ser a mesma.

## 11. As especificidades da arbitragem

A arbitragem é um meio de RAL bastante conhecido no contexto dos litígios internacionais, opondo-se ao meio tradicional de recurso aos tribunais judiciais.

A arbitragem internacional tem alguns aspetos e especificidades que são importantes destacar. Nomeadamente:

- Este modelo não é indicado para a proteção de direitos humanos;
- Este modelo não é indicado para disputas relacionadas com interesses públicos;

De modo que se mantenham protegidas as especificações da arbitragem nestas situações, é importante assegurar:

- A transparência
- Os custos reduzidos

Portugal é considerado um “porto seguro” para arbitragem. O nosso sistema acolhe arbitragem em litígios administrativos ou fiscais o que, noutros países, poderia ser considerado impossível.

Aqui, o modelo de arbitragem internacional que é normalmente aplicado a litígios de direito privado coexiste com outros modelos, com a arbitragem no consumo e no desporto (questão mais crítica).

A arbitragem em Portugal é legitimada pelo **artigo 209º/2, CRP** e pode recair em diversas áreas. Vejamos:

**Arbitragem em Direito do Consumo:** está prevista numa lei específica e toma em consideração o facto de o consumidor ser tradicionalmente a parte mais fraca. Regra geral as disputas têm um valor económico baixo, o que faz com o que procedimento seja gratuito ou de baixo preço. Os centros arbitrais responsáveis para administrar arbitragem de conflitos de consumo têm uma forte independência, estando, inclusive, as suas sentenças disponíveis ao público.

**Arbitragem em Direito administrativo:** existe um enquadramento bastante liberal quanto a arbitragem administrativa, especialmente se considerarmos que em muitos países litígios concernentes à legalidade de atos administrativos não são disponíveis para as partes. É aplicável a LAV, apesar de o CPTA já ter também muitas normas específicas à arbitragem. Podem ser submetidos à arbitragem:

- questões de contratos públicos, incluindo a anulação ou nulidade de atos administrativos;
- questões relacionadas com as entidades públicas portuguesas - responsabilidade civil extracontratual e questões relacionadas com o direito de regresso;
- problemas relacionados com a validade dos atos administrativos, a menos que proibido por lei;
- questões envolvendo contratos públicos de emprego, exceto o objeto da disputa é irrenunciável.

Todas as sentenças arbitrais em questões administrativas são públicas.

A arbitragem em direito administrativo tem características especiais porque:

- ➔ O objetivo do direito administrativo é proteger o cidadão de qualquer abuso cometido pela Administração;
- ➔ A Administração Pública tem um mandato constitucional para prosseguir o interesse público.

**Arbitragem em Direito Tributário:** o tribunal arbitral em matéria fiscal tem competência para fiscalizar a legalidade dos atos administrativos nos litígios fiscais. Este tipo de arbitragem é administrado apenas por um centro de arbitragem – o CAAD e não é possível submeter este tipo de litígios a arbitragem ad hoc. O CAAD tem uma lista de árbitros especialmente concebidos para este tipo de arbitragem. Sendo a lista de árbitros restrita, a fim de se manter a independência, o árbitro tem o dever de não falar em particular com as partes através de todo o processo. Não é também permitido aqui decidir de acordo com a equidade.

**Arbitragem no desporto:** As disputas desportivas dizem normalmente respeito a disputas entre federações e clubes, não havendo normalmente um grande interesse económico. Normalmente, da arbitragem nestes casos retiram-se sanções disciplinares em consequência da violação de regulamentação por um atleta, ou clube.

Uma das principais características da arbitragem desportiva é que ela se opõe regularmente a federações desportivas, a clubes desportivos e a atletas.

É importante referir aqui o CAS (Court of Arbitration for Sport), situado em Lausanne que tem um serviço de arbitragem e mediação para o desporto. O CAS é, contudo, criticado, sobretudo por ter se reservado funções muito importantes como escolher os árbitros da sua lista de árbitros. Nos casos concretos, eles acabam por ser selecionados por entidades com funções de regulação desportiva, como federações e os atletas perdem a oportunidade de participar na seleção do seu árbitro.

Em Portugal temos o TAD – Tribunal arbitral do Desporto, inspirado no CAS, que é bastante especial sobretudo pela sua fórmula obrigatória. O TAD tem poder para analisar a legalidade de atos administrativos das federações desportivas, podendo todo o outro tipo de disputas ser submetido enquanto arbitragem voluntária.

O estabelecimento deste tribunal arbitral não é consensual, tendo sido contestado junto do Tribunal arbitral por duas vezes. O TAD acabou por introduzir um mecanismo de revisão que permite ao tribunal judicial analisar e rever o mérito das sentenças arbitrais e até mesmo decidi-las de novo, dentro das limitações da discricionariedade administrativa.

O TAD tem uma lista fechada de 40 árbitros estabelecida pelo conselho de administração, o que levanta questões de independência institucional e de imparcialidade dos árbitros. Para além disso, a maior parte dos árbitros são escolhidos por entidades com responsabilidades na regulação do desporto Português, não deixando margem aos atletas.

O TAD apresenta também um problema quanto ao seu elevado custo, substancialmente mais elevado do que os litigantes pagariam pela resolução do litígio num tribunal estadual.

A lógica adotada para a arbitragem no desporto foi a da arbitragem comercial internacional, mas estas não são semelhantes, pelo que este modelo não é adequado para a realidade do desporto português