

REVISTA INTERNACIONAL DE

ANUAL-ANO 2009

ARBITRAGEM

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

E CONCILIAÇÃO



ALMEDINA



APA

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

Doutrina

Vida Institucional

Legislação

Jurisprudência

e Documentação

Notícias

Crónicas

Recensões

## **A reforma da lei da arbitragem voluntária**

### **As circunstâncias em que foi elaborado o Projecto**

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

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

A apresentação deste Projecto constituiu a resposta ao desafio lançado pelo Senhor Ministro da Justiça à Direcção da A.P.A., quando, em entrevista que teve lugar no início de Fevereiro do corrente ano, esta lhe fez sentir a necessidade de o nosso país se dotar de uma lei de arbitragem moderna que permitisse ultrapassar as dificuldades e insuficiências que a actual Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada em 1986, desde há muito revela. Tendo esse desafio sido logo aceite pela Direcção da A.P.A., ficou acordado com o Ministro de Justiça que, até ao final daquele mês, aquela lhe apresentaria um projecto da nova LAV, baseado na Lei Modelo da UNCITRAL<sup>2</sup> (como foi então preconizado pelos

---

<sup>1</sup> Traduzida na capacidade para dar uma adequada formulação normativa às soluções escolhidas.

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

representantes desta Associação e obteve a concordância do Ministro), a fim de que, devendo depois o Ministro da Justiça submeter tal projecto (com as alterações que entendesse conveniente efectuar) ao Governo, este viesse a apresentá-lo, como Proposta de Lei, à Assembleia da República, de modo que aquela pudesse ser aprovada por este órgão legislativo antes do termo da legislatura então em curso<sup>3</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

ficada (nomeadamente no que respeita à origem profissional dos seus membros), a exemplo do que tem acontecido na maioria dos processos de elaboração das leis de arbitragem que foram aprovadas, nos últimos 20 anos, em numerosos estados dos cinco continentes, leis essas que, na sua maioria, são baseadas na (ou inspiradas pela) matriz proporcionada pela Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional adoptada pela UNCITRAL em 1985 e a que, em 2006, foram feitos importantes aditamentos. O exemplo da metodologia seguida na preparação da reforma do regime de arbitragem na Alemanha<sup>5</sup> é um claro exemplo desse caminho alternativo que, muito provavelmente, teria permitido produzir obra de melhor qualidade do que aquela que a Direcção da A.P.A. pôde apresentar ao Ministro da Justiça.

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

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

---

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

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

4. Dadas as limitações de espaço inerentes à publicação de quaisquer textos nesta revista, não poderá, nesta sede, analisar-se a totalidade das disposições do projecto de nova LAV (adiante abreviadamente designado por “Projecto”), nem sequer todas aquelas em que este nitidamente inovou relativamente à actual lei da arbitragem voluntária. Acresce que as notas justificativas incluídas no Projecto apresentado permitem, em grande medida, dispensar comentários adicionais a muitas das suas disposições. Assim, apenas serão aqui objecto de referência alguns pontos do seu articulado, seleccionados quer pela sua importância intrínseca quer pelo facto de as soluções aí consagradas requererem particular explicação. Entre os pontos a que se dedicará especial atenção figuram alguns daqueles em que a Direcção da Associação<sup>6</sup>, mediante votação realizada no final dos seus trabalhos, decidiu adoptar soluções de que o autor do presente texto discorda, em maior ou menor grau, e que, no seu entender, deverão ser objecto de reponderação por quem quer que venha a retomar o trabalhos da reforma da lei reguladora das arbitragem voluntária no nosso país.

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

## **A convenção de arbitragem**

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

---

<sup>6</sup> Enquanto “comissão revisora” do projecto inicial apresentado pelo autor do presente texto.

Partindo-se da verificação da inadequação do critério da disponibilidade do direito, consagrado na actual LAV<sup>7</sup>, por impedir (ou tornar muito duvidosa) a submissão à arbitragem de muitos litígios que nenhuma razão ponderosa justificam que dela fiquem arredadas, seguiu-se o exemplo da lei alemã de 1998, fazendo depender a arbitrabilidade do litígio, não já do carácter disponível do direito, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial. Para atender ao possível reparo de que há litígios sobre os quais se pode concluir transacção, embora não envolvam interesses patrimoniais (o que se admite acontecer em relação a alguns direitos ou interesses, ainda que seja muito reduzido o número dos exemplos que se apontam nesse sentido), combinou-se, também à semelhança do que fez o legislador alemão, o critério principal de patrimonialidade do interesse com o da transigibilidade da pretensão em litígio.

Não é possível incluir aqui uma adequada justificação desta opção (que o autor do presente texto já ensaiou noutro lugar<sup>8</sup>), mas importa, ainda assim, fazer notar que a adopção pela lei de um critério genérico de arbitrabilidade não impede o legislador de excluir da possibilidade de submissão a arbitragem algumas categorias de litígios que, devido à particular “sensibilidade” das matérias em causa, se considere deverem ser exclusivamente dirimidos pelos tribunais do Estado<sup>9</sup>.

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

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

---

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

<sup>8</sup> In “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões *de jure condendo*” – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 66, II ( Dezembro 2006), pp. 1233-1265.

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

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

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

Finalmente, relativamente à falta de pronúncia da sentença final pelo tribunal arbitral no prazo fixado pelas partes ou pela lei (que, como se mostrará adiante, ficou estabelecido de modo muito mais flexível no Projecto), se se compreende que ela deve fazer extinguir a jurisdição desse particular tribunal arbitral, não parece constituir razão bastante para também fazer caducar a convenção de arbitragem (como estabelece o art. 4.º, n.º 1, b) da actual LAV), vedando-se assim que esse litígio seja submetido por qualquer das partes a outro tribunal arbitral constituído com base na mesma convenção e composto por árbitros a mais diligentes<sup>10</sup>. Na verdade, ponderadas todas as circunstâncias, parece dever

---

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



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

7. O artigo 5.º do Projecto contempla, no seu n.º 1, o chamado “efeito negativo da convenção de arbitragem” que, em si mesmo, significa apenas a exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para conhecerem do litígio abrangido por tal convenção<sup>11</sup>.

Aproveitou-se, contudo, este artigo para aqui regular (nos seus vários números) outro aspecto da articulação das competências do tribunal arbitral e dos tribunais estaduais relativas a um mesmo litígio, que consiste na atribuição ao tribunal arbitral da competência para decidir sobre a sua competência para julgar o litígio que lho foi submetido, ou seja, a chamada regra “competência-competência”, mais precisamente, o *efeito negativo* desta regra<sup>12</sup>, que determina que os tribunais estaduais se recusem a examinar a questão da jurisdição do tribunal arbitral até que os árbitros se hajam pronunciado sobre essa questão, o que se traduz em estabelecer a favor daqueles uma regra de prioridade cronológica quanto à tomada de uma decisão sobre tal matéria. Como noutro lugar escreveu o autor do presente texto, trata-se de permitir que os árbitros sejam, não

---

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

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

<sup>12</sup> O *efeito positivo* da regra “competência-competência” é regulado no artigo 18.º do Projecto.

os únicos juízes (o que não é aceite em nenhum ordenamento jurídico conhecido), mas os primeiros juízes da sua competência<sup>13</sup>.

Para justificar a consagração do *efeito negativo* da regra da “competência-competência”, a doutrina francesa salienta que o facto de se preceituar que o tribunal estadual só possa verificar a competência do árbitro depois de este se ter pronunciado sobre esta questão, tem por efeito que a intervenção do juiz estadual, chamado a controlar essa decisão do árbitro, possa vir a ser dispensada (se esta decisão, convincentemente fundamentada, for acatada pelas partes, o que acontece em muitos casos) e que, se aquele controlo vier a ter lugar, o seu exercício seja mais simples e eficiente, dado ser efectuado com referência a uma decisão anteriormente tomada<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> V. “A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral” -Revista da Ordem dos Advogados – ano 68, T. I (Janeiro 2008), pág. 367.

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

Foi este *efeito negativo* da regra “competência-competência” que visou consagrar-se através da inserção do adjectivo “manifestamente” no n.º 1 deste artigo (claramente inspirado na legislação francesa sobre arbitragem<sup>15</sup>) de modo a operar perante o tribunal estadual ao qual tenha sido submetido o litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, possibilitando ao demandado invocar esta perante este tribunal, mediante dedução da excepção dilatória prevista no art. 489.º, j) *in fine* do nosso Código do Processo Civil. A inserção daquele adjectivo tem por consequência que o tribunal estadual só possa fazer uma verificação *prima facie* da existência, validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem<sup>16</sup> que seja invocada pelo demandado na acção proposta

---

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

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

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

perante aquele tribunal<sup>17 18</sup>, cabendo ao tribunal arbitral apreciar aprofundadamente e decidir, em primeiro lugar, sobre tal questão.

Solução diferente é a adoptada em muitos outros ordenamentos jurídicos que apenas acolhem o chamado *efeito positivo* da regra da “competência-competência”, o que implica não só permitir-se (ou impor-se) ao tribunal estadual perante o qual se invoque a existência de uma convenção de arbitragem, que conheça aprofundadamente da questão da validade, eficácia e exequibilidade de tal convenção, mas também admitir-se a propositura no tribunal estadual competente de uma acção tendente a fazê-lo conhecer da existência, validade, eficácia ou exequibilidade de uma convenção de arbitragem, a título principal<sup>19</sup> e não já em sede de

---

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

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

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

decisão sobre uma excepção tendente à extinção da acção por absolvição da instância<sup>20</sup>. É para vedar completamente essa possibilidade que o n.º 4 do artigo 5.º do Projecto impede que, quer através da uma acção de simples apreciação proposta perante um tribunal estadual (como a que é admitida nos ordenamentos acima mencionados) quer mediante requerimento de procedimento cautelar perante aquele instaurado, se possa pôr em causa a supra-referida prioridade que se visou conferir ao tribunal arbitral quanto à decisão sobre a sua própria competência.

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

---

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

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

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

## Constituição do tribunal arbitral

8. No que tocante à constituição do tribunal arbitral, domínio em que a actual LAV continha nítidas deficiências ou omissões<sup>21</sup>, o Projecto inovou profundamente.

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

---

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

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

ordem jurídica portuguesa, é a própria Constituição da República que impõe a aplicação dos supramencionados requisitos aos membros dos tribunais arbitrais<sup>23</sup>, uma vez que, conforme o Tribunal Constitucional tem considerado em vários dos seus acórdãos, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais em sentido constitucional<sup>24</sup> e exercem a função jurisdicional, constituindo o tribunal arbitral voluntário um caso de exercício privado desta função<sup>25</sup>. Por outro lado, como o Tribunal Constitucional também tem salientado, o conceito de jurisdição tem como elementos essenciais a independência e imparcialidade do decisor<sup>26</sup>, sendo indispensável que estas sejam asseguradas através de garantias orgânicas, estatutárias e processuais. Ainda segundo o Tribunal Constitucional, no caso dos tribunais arbitrais, aquelas garantias não são satisfeitas com a simples aplicação aos árbitros do regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes (constante do artigo 10.º da actual LAV), sendo ainda necessário garantir, na sua própria constituição e funcionamento, a independência e imparcialidade dos membros do tribunal arbitral<sup>27</sup>.

---

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

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

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

<sup>25</sup> V. o Acórdão do TC n.º 230/86.

<sup>26</sup> Requisitos estes que também são enunciados no art. 10.º DUDH e no ar. 6.º da CEDH.

<sup>27</sup> V. o Acórdão do TC, n.º 55/92.

A luz deste entendimento, é por demais evidente a inadequação do disposto no art. 10.º da actual LAV, devido à flagrante diferença (em que os autores desta lei manifestamente não atentaram) que existe entre os contextos socioprofissionais em que os juízes, por um lado, e os árbitros, por outro, exercem as suas funções<sup>28</sup>, donde resulta que a remissão feita na lei actual para o regime de impedimentos e escusas dos juízes nunca poderia constituir, sequer parcialmente, uma expressão minimamente satisfatória dos supra-referidos requisitos essenciais de independência e imparcialidade no exercício da jurisdição para que se constitui o tribunal arbitral.

Face a esta evidente insuficiência da actual LAV, impôs-se nos artigos 9.º e 13.º do Projecto que os árbitros (todos eles e não só “os não nomeados por acordo das partes”, diferentemente do disposto no art. 10.º da LAV actual) sejam independentes e imparciais<sup>29</sup>. Além disso, procu-

---

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

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



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

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

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

**9.** No art. 11.º do Projecto regula-se o modo da designação dos membros do tribunal arbitral em arbitragens em que exista pluralidade *real* de partes<sup>30</sup>.

---

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

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

Sendo diversas, como é sabido, as soluções que, na sequência do acórdão *Dutco* proferido, em 1992, pela *Cour de cassation* francesa, vieram a ser adoptadas por várias leis estrangeiras e pelos regulamentos de arbitragem mais utilizados nas arbitragens internacionais, optou-se no Projecto por uma solução que é equivalente à consagrada no artigo 10 (2) do Regulamento da CCI<sup>31</sup>. Consiste esta solução em confiar-se ao tribunal estadual competente a decisão sobre se o facto de as partes que constituem um dos lados (que são, quase sempre, os demandados) da estrutura bipolar que as arbitragens em regra assumem, e que, devendo designar conjuntamente um dos árbitros<sup>32</sup>, não o tenham feito com a alegação de que têm interesses conflituantes relativamente ao fundo da causa, se deve à existência de um conflito real de interesses entre essas partes que justifique que todos os árbitros sejam designados pelo tribunal estadual competente ou se, ao invés, tal alegação não passa de mera desculpa que vise apenas tornar ineficaz a nomeação do árbitro entretanto feita pela parte ou partes que constituem o pólo oposto dessa arbitragem. Só no primeiro desses casos é que o tribunal estadual deverá nomear a totalidade dos membros do tribunal arbitral, devendo, no segundo caso, nomear apenas o árbitro que as partes em falta haviam omitido fazer.

### **A competência da competência do tribunal arbitral**

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

---

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

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

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

não seja paralisado pela excepção deduzida por uma das partes, de que lhe falta para o efeito competência, permitindo-se-lhe, se entender que a tem, negar procedência aos argumentos aduzidos por essa parte, o que possibilita a continuação do processo arbitral, em princípio, até à decisão final sobre o litígio<sup>33</sup>. No entanto, a decisão do tribunal arbitral sobre essa questão não a resolve definitivamente, uma vez que sobre aquela pode prevalecer a decisão, em sentido contrário, proferida pelo tribunal estadual competente.

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

**11.** Estreitamente relacionado com o *efeito positivo* da regra da competência-competência (embora dele se deva distinguir) está o princípio da “autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem”, segundo a qual a decisão pelo tribunal arbitral de que o contrato é inválido não acarreta, só por si, a invalidade da cláusula de arbitragem que dele faça parte. Este princípio de “separabilidade” da cláusula compromissória está acolhido na segunda parte do n.º 1 do art. 18.º do Projecto<sup>35</sup>. O facto de se enunciar este princípio no mesmo número em que se afirma

---

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

<sup>34</sup> Quanto ao *efeito negativo* da regra “competência-competência”, remete-se para o que ficou dito no parágrafo 7. *supra*.

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

o *efeito positivo* da regra da competência-competência<sup>36</sup> explica-se por esta, só por si (isto é, sem a simultânea consagração da separabilidade da cláusula de arbitragem), não permitir que os árbitros afirmem a sua competência para decidir o litígio, caso considerem inválido o contrato em que se insere a cláusula arbitral. Com efeito, é a separabilidade dessa cláusula (relativamente ao contrato arbitral) que permite aos árbitros manterem a sua competência, apesar de declararem inválido ou ineficaz o contrato litigioso<sup>37</sup>.

**12.** A mais significativa diferença existente, relativamente ao regime da competência da competência do tribunal arbitral, entre o disposto na actual LAV e o que consta do Projecto, reside no facto de este, no seu art. 18.º, n.º 7, permitir que uma decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral, pela qual este afirme a sua competência para decidir o litígio que lhe fora submetido, seja logo impugnada por qualquer das partes perante o tribunal estadual competente<sup>38</sup>. A solução consagrada no n.º 21, n.º 4, da actual LAV, que é claramente minoritária no plano do direito comparado, não parece ser a melhor, pois obriga as partes a esperarem que o processo arbitral chegue ao fim e nele seja proferida sentença final sobre o fundo da causa, para só então poderem impugnar a decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral decidira ter competência para julgar o mérito da causa, o que pode implicar desperdício de considerável tempo e de dinheiro. Ao invés, a solução acolhida no n.º 4 do art. 18.º do Projecto, não impedindo (tal como a solução consagrada na actual LAV) que o processo arbitral prossiga e não premiando, por-

---

<sup>36</sup> Tal como fazem o art. 16 (1) da Modelo da UNCITRAL e as disposições correspondentes da leis que nesta se basearam.

<sup>37</sup> V., do autor do presente texto, “A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral”- *loc. cit.*, p. 368-370.

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

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

### **Providências cautelares e ordens preliminares**

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

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

Por outro lado, as análises que a doutrina da especialidade tem efectuado sobre esta temática mostram bem a dificuldade da resposta a dar à questão da admissibilidade do decretamento de tais providências cautelares pelos tribunais arbitrais, quando as partes, na convenção de arbitragem (ainda que só implícita ou indirectamente), não tenham autorizado os árbitros a decretá-las<sup>39</sup>, evidenciando assim a necessidade de uma intervenção do legislador neste domínio.

Num ponto estão de acordo os autores que têm abordado esta questão: os árbitros não podem ordenar medidas cautelares cuja aplicação exija o uso de meios coercivos, como é o caso do arresto. Para além deste ponto, não existe no direito português em vigor base para formular conclusões seguras; quando muito, podem nele encontrar-se “pistas” para uma resposta positiva àquela questão, cuja fragilidade não é escondida pelos autores que as tentam explorar<sup>40</sup>.

---

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

<sup>40</sup> V. o estudo citado na nota anterior, a pp. 229-232.

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

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

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

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

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

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

### **Condução do processo arbitral**

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

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

Esta solução corresponde ao entendimento defendido pelos mais reputados autores no campo da arbitragem internacional<sup>41</sup>, os quais acenam que, na falta de disposição legal ou de prévio acordo entre as partes em contrário, os árbitros devem decidir o litígio com base na prova efectivamente produzida perante eles e não com base em factos *considerados como admitidos* unicamente por não terem sido contestados pela parte contrária<sup>42</sup>.

---

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

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

16. O segundo ponto que, neste capítulo, é merecedor de destaque diz respeito à questão da admissibilidade da “intervenção de terceiros” no decurso do processo arbitral. Esta matéria não constava do Projecto inicial apresentado pelo autor do presente texto aos outros membros da Direcção da A.P.A., por haver entendido que a complexidade do tema e a inadequação da transposição de grande parte do regime da intervenção de terceiros em processo civil para o processo arbitral<sup>43</sup> tornavam preferível que, à semelhança do que acontecera na preparação de leis estrangeiras sobre arbitragem<sup>44</sup>, o Projecto não tratasse tal matéria, deixando às partes a possibilidade de a regularem na convenção de arbitragem, quer directamente quer através da remissão para regulamentos de arbitragem que admitem, com maior ou menor latitude, a intervenção de terceiros em arbitragem em curso, seja por iniciativa destes seja a requerimento de quem nelas já seja parte. A maioria dos membros da Direcção da A.P.A. foi, contudo, de opinião que o Projecto deveria incluir um artigo sobre este tema, que veio a ser o art. 36.º.

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

---

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

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

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



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

A razão principal de no n.º 1 do art. 36.º do Projecto se ter consagrado um regime (supletivo<sup>45</sup>) com requisitos tão apertados para a intervenção de terceiros em arbitragens em curso, residiu na preocupação de se reduzir, na máxima medida possível, a perturbação que esse intervenção inevitavelmente causa na ordenação e condução dos processos arbitrais<sup>46</sup>, em virtude de não estar sujeita ao regime e tramitação que a lei processual civil estabelece para a intervenção de terceiros em acções que corram perante os tribunais judiciais<sup>47</sup>.

---

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

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

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

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

Seja como for, alguns aspectos da solução acolhida no n.º 1 do art. 36.º merecem ser objecto de reflexão mais aprofundada, caso o Projecto venha a ser retomado pelo Governo como base de trabalho na preparação de uma nova LAV<sup>48</sup>.

---

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

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

### A sentença arbitral e a conclusão do processo

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

18. Assim, além de se ter mantido o disposto na actual LAV sobre a obrigação dos árbitros, nas arbitragens internas<sup>49</sup>, julgarem segundo o direito constituído, a menos que as partes na convenção de arbitragem ou em documento por eles subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os tenham autorizado a julgar segundo a equidade, admitiu-se agora, conforme alguns autores já haviam proposto<sup>50</sup>, que os árbitros possam, durante todo o processo e até à sentença final, ser autorizados pelas par-

---

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

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

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

tes a julgar segundo a equidade, alterando-se a rigidez da actual LAV que só admite que tal autorização seja dada na convenção de arbitragem ou em documento escrito até à aceitação do primeiro árbitro. Ressalvou-se, porém, que uma tão importante alteração dos parâmetros de decisão do litígio, no caso de se operar após a aceitação dos árbitros, só possa ter lugar com o seu acordo<sup>51</sup>.

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

Embora se discuta na doutrina portuguesa qual seja o conteúdo desta figura prevista na actual LAV e o que a distingue do julgamento segundo a equidade, entendem alguns autores que este instituto, tal como a actual LAV o define, constitui um método de resolução de litígios submetidos a arbitragem perfeitamente distinto da decisão segundo a equidade<sup>52</sup>.

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

---

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

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

é de admitir realmente a possibilidade de as partes ou o objecto do litígio terem conexões estreitas com ordenamentos jurídicos em que a “composição amigável” é vista como um critério ou método de decisão diferente do julgamento segundo a equidade<sup>53</sup>, o que justificaria que a nossa lei facultasse às partes, no âmbito dessas arbitragens, a escolha desse específico método ou critério de decisão. Ao invés, não sendo a “composição amigável” entendida como uma figura autónoma na cultura jurídica portuguesa e não havendo indícios de que pudesse fazer falta na prática das arbitragens de carácter doméstico, não se vê justificação bastante para, nestas arbitragens, ela ser legalmente previsto como critério decisório distinto do julgamento segundo a equidade<sup>54</sup>.

Não foi este o entendimento que, em sede de revisão do Projecto de nova LAV, veio a prevalecer no seio da Direcção da A.P.A., pelo que, na versão desse Projecto que foi apresentada ao Ministro da Justiça e ao público, a “composição amigável” veio a aparecer como aplicável também no âmbito das arbitragens de carácter doméstico<sup>55</sup>. É, contudo, legítimo duvidar que o alargamento do âmbito de utilização desta figura às arbitragens de carácter doméstico venha a ter algum alcance prático.

**20.** O tema relativo às vantagens e inconvenientes de se fixar na lei, a título supletivo<sup>56</sup>, um prazo para os árbitros desempenharem a sua

---

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

<sup>54</sup> Foi muito provavelmente essa a razão por que os redactores da actual LAV só previram a “composição amigável”, como instituto autónomo, para as arbitragens internacionais.

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

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

missão, proferindo sentença final na arbitragem<sup>57</sup>, bem como à determinação de qual deveria ser esse prazo, foi um dos que suscitou maior discussão no seio da Direcção da A.P.A., em sede de apreciação do Projecto inicialmente apresentado pelo autor deste texto.

As divergências que a este respeito surgiram referiam-se menos à necessidade de se alterar o disposto no art. 19.º da actual LAV, do que à determinação da solução que a deveria substituir<sup>58</sup>.

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

Na verdade, a Lei Modelo da UNCITRAL não estabelece qualquer limite temporal para a duração das arbitragens e o mesmo faz a grande maioria das leis de arbitragem que se basearam nessa matriz normativa ou que foram por ela influenciadas<sup>59</sup>. As leis que adoptaram esta solução confiaram nos remédios que nelas se oferece às partes, quando se verifique demasiado atraso dos árbitros no cumprimento da sua missão, nomeadamente a possibilidade de, de comum acordo, fazerem cessar o encargo que lhes foi conferido bem como a faculdade que qualquer das

---

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

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

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

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

partes tem de, com o mesmo fundamento, pedir ao tribunal estadual competente que destitua o árbitros ou árbitros em causa<sup>60</sup>.

Só num reduzido número de leis de arbitragem estrangeiras, (nomeadamente, a francesa<sup>61</sup>, a belga<sup>62</sup>, a italiana e a espanhola) se estabelece um prazo para os árbitros proferirem sentença final sobre o litígio, sendo de notar que essas leis (com excepção da espanhola<sup>63</sup>) permitem que tal prazo seja prorrogado pelo tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes ou dos árbitros.

Solução análoga a esta foi preconizada pelo autor do presente texto na versão inicial do Projecto, com a diferença de o prazo legal supletivo aí previsto ser de 18 meses, o que além de não parecer excessivo em relação à maioria das arbitragens comerciais, se considerava ser necessário para as de maior complexidade<sup>64</sup>. Tendo especialmente em vista estas

---

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

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

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

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

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

arbitragens, propunha-se, na versão inicial do Projecto, que tal prazo pudesse ser prorrogado, por uma única vez, por mais 12 meses, por decisão do tribunal competente, mediante requerimento devidamente justificado de qualquer das partes ou dos árbitros<sup>65</sup>. Isto, sem prejuízo de, em conformidade com o previsto na Lei Modelo da UNCITRAL, qualquer das partes poder requerer ao tribunal estadual competente que destituísse os árbitros que não actuassem com a diligência exigível (remédio este que, constando já da versão inicial do Projecto, se manteve nas versões posteriores do mesmo; v. art. 15.º, n.ºs 2 e 3).

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

---

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

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



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

Esta solução, para a qual não se conhece paralelo no direito comparado<sup>66</sup>, é merecedora de crítica. Não porque contra ela proceda, em bom rigor, o argumento de que, ao possibilitar-se que a duração da missão dos árbitros se torne assim ilimitada, se abre a porta a uma eventual denegação de justiça<sup>67</sup>, nem tão pouco o argumento de que a atribuição aos árbitros da faculdade de, de modo directo ou indirecto, determinarem a duração da arbitragem, significa conferir-se-lhes a poder de fixarem o prazo de cumprimento da obrigação de que são devedores<sup>68</sup>. Com efeito, a previsão no Projecto da possibilidade de qualquer das partes requerer ao tribunal estadual competente a destituição dos árbitros que, actuando sem a diligência exigível, demorem demasiado a prolação da sentença final, bem como da possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem a qualquer prorrogação do prazo da arbitragem pretendida pelos árbitros, arreda tais argumentos, visto que a existência destes remédios

---

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

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

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

permite sustentar que a duração da arbitragem não foi pelo Projecto deixada totalmente à livre decisão do árbitros<sup>69</sup>.

O reparo que, com razão, pode fazer-se à solução adoptada no art. 43.º do Projecto é o de ela ser algo incongruente, pois que os limites temporais aí definidos para os árbitros proferirem sentença só aparentemente existem, dado poderem ser ultrapassados por aqueles, sem grande dificuldade. Tendo-se aqui adoptado uma solução que é, no fundo, equivalente à das leis que, seguindo o modelo da UNCITRAL, prescindem de fixar limites precisos à duração das arbitragens por elas regidas<sup>70</sup>, teria sido preferível que se tivesse optado, com clareza, pela solução preconizada naquela Lei Modelo ou, em alternativa, que se tivesse fixado um prazo inicial minimamente praticável, fazendo depender a sua prorrogação de decisão do tribunal estadual competente ou da ocorrência de circunstâncias que objectivamente pudessem justificar que os árbitros prorrogassem, com esses fundamentos, por uma única vez, o limite temporal para prolação da sentença final na arbitragem, à semelhança do que se fez na reforma do regime da arbitragem realizada, em 2006, em Itália<sup>71</sup>.

---

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

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

<sup>71</sup> Após esta reforma, ficou consignado o seguinte no artigo 820 do CPC Italiano:

– as partes são livres de fixar o prazo que entenderem para os árbitros proferirem sentença; para o caso de não o terem feito, a lei fixa esse prazo em 240 dias, o qual pode ser prorrogado, por uma ou mais vezes, por acordo das partes, ou por decisão do tribunal estadual competente, a pedido de uma das parte ou dos árbitros:

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

## **A impugnação da sentença arbitral**

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

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

Com efeito, a irrecorribilidade da sentença passou a ser a regra, mesmo em matéria de arbitragens domésticas, a menos que as partes hajam estipulado expressamente na convenção de arbitragem a possibilidade de dela se recorrer<sup>73</sup>, o que nunca será possível se a causa tiver sido julgado segundo a equidade ou mediante “composição amigável”<sup>74</sup>. A regra supletiva estabelecida sobre a recorribilidade das sentenças proferidas em arbitragens domésticas passa, portanto, a ser a inversa da que consta do art. 29.º, n.º 1, da actual LAV.

---

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

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

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

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

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

Relativamente a este recurso<sup>76</sup>, dispõe-se claramente no Projecto (art. 46.º, n.º 9) que a decisão do tribunal *ad quem* que dê provimento à impugnação da sentença arbitral, anulando-a, tem efeitos meramente cassatórios (tal como acontece com a acção de anulação regulada na LAV actual<sup>77</sup>).

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É sabido que entre os conceitos de “ordem pública interna” e “ordem pública internacional” existe uma relação que pode representar-se através de dois círculos concêntricos, em que o círculo exterior, mais amplo, corresponde à ordem pública interna, e o círculo interior, mais restrito, corresponde à ordem pública internacional, o que equivale a dizer que esta última abrange apenas alguns dos princípios ou normas jurídicas que integram a primeira, mais precisamente, aquelas de cuja defesa um ordenamento jurídico não abdica ou cuja violação não pode tolerar, mesmo quando se trate de uma solução plurilocalizada (*i.e.*, conexas com vários ordenamentos jurídicos) e, por isso, possa ser estrangeiro o direito chamado a regê-la. Entende também a generalidade dos autores que na chamada “ordem pública internacional” devem considerar-se incluídos as normas e princípios constitucionais<sup>78</sup>.

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

---

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

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

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

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

Importa sublinhar que a circunstância de o art. 27.º da actual LAV não incluir a infracção da ordem pública entre os fundamentos da anulação da sentença arbitral nele enumerados, não impediu que a generalidade dos autores portugueses que sobre esta matéria se pronunciaram, tivessem vindo a defender que naquela disposição legal existe, quanto a este ponto, uma lacuna que deve ser integrada de acordo com as regras aplicáveis para este efeito<sup>80</sup>. Idêntico entendimento foi adoptado pelo Supremo Tribunal de Justiça num importantíssimo Acórdão datado 10 de Julho de 2008 (proferido no *Proc. N.º. 08ª1698*)<sup>81</sup>.

---

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

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

<sup>81</sup> V. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/>

Os referidos autores divergem, porém, quanto ao conteúdo a atribuir ao conceito da “ordem pública” para que constitua causa de anulação da sentença arbitral. Enquanto para uns, o que deve constituir causa de anulação das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas é a violação da “ordem pública interna” (ou de direito material)<sup>82</sup>, para outros autores, a integração da lacuna que entendem existir no art. 27.º da actual LAV deve ser feita mediante a consideração do lugar paralelo do art. 1096.º, f) do C.P.C., donde concluem que a “ordem pública” cuja violação relevaria para o efeito do disposto no art. 27.º da LAV é a ordem pública internacional (ou do direito internacional privado) do Estado Português<sup>83</sup>.

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

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

---

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

<sup>83</sup> José Lebre de Freitas – *ob. cit.*; Luís de Lima Pinheiro – *ob. cit.*

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



Definições semelhantes podem encontrar-se nas obras de autores franceses, belgas, suíços e alemães. Por exemplo, segundo Pierre Mayer, a “ordem pública” (interna) é constituída pelas regras e princípios fundamentais sobre os quais repousa a sociedade, sejam elas de natureza moral, política, social ou económica e que, por serem necessários à salvaguarda dos interesses da sociedade, os particulares não podem derogar nos seus contratos”<sup>85</sup>. Também este autor salienta que a ordem pública (interna), caracterizada pela primordial importância e reforçada injuntividade dos princípios e normas que a integram, tem um âmbito mais restrito do que o conjunto das meras normas imperativas<sup>86</sup>.

---

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

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

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

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

---

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

valor absoluto ou universal, é que se deve concluir que ela contraria a “ordem pública internacional” desse Estado<sup>87</sup>.

Congruentemente com esta distinção, na esmagadora maioria das legislações estrangeiras sobre arbitragem, a ordem pública (interna) é expressamente prevista como causa da possível anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas, enquanto que a ordem pública internacional, de âmbito mais restrito, constitui fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internacionais<sup>88</sup>.

Eram soluções plasmadas de acordo com este entendimento que estavam consagradas na versão inicial do Projecto e nas sucessivas versões que ele conheceu até à sua versão final<sup>89</sup>. Só na última versão deste documento<sup>90</sup> é que a ordem pública (interna) deixou de constituir causa de anulação da sentenças proferidas em arbitragens domésticas, embora a infracção à ordem pública internacional continuasse a constituir uma causa de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internacionais.

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

---

<sup>87</sup> Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 730.

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

<sup>89</sup> Esse fundamento de impugnação e de anulação da sentença proferida em arbitragem interna estava previsto no art. 46, n.º3, b), (ii) do Projecto e constituía, tal como a insusceptibilidade de o objecto do litígio ser decidido por árbitros, um fundamento de anulação da sentença de que o tribunal estadual competente deveria conhecer officiosamente, de acordo com o que fora preconizado na Lei Modelo da UNCITRAL e veio a ser acolhido nas numerosíssimas leis que naquela se basearam. Relativamente às arbitragens internacionais, o art. 54.º do Projecto dispunha que o que relevaria como causa de possível anulação da sentença seria a ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, o que foi mantido na versão final do Projecto, dando embora azo à incongruência referida no texto.

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

mente inderrogáveis, uma sentença proferida em arbitragem doméstica que viole esses mesmos princípios não pode ser impugnada e anulada! Podem até os princípios e valores violados por uma tal sentença ter consagração na Constituição, que nem mesmo então poderá essa sentença ser impugnada perante o tribunal estadual competente e por este ser anulada<sup>91</sup>.

A solução que prevaleceu na versão final do Projecto é tanto mais merecedora de crítica, quanto é certo que, em virtude da substituição do critério de disponibilidade do direito pelo da patrimonialidade do interesse, o âmbito dos litígios que podem ser dirimidos por arbitragem, resultou muito significativamente ampliado. Ora, muitos são os autores com vasta e valiosa obra publicada sobre a problemática da arbitragem, que põem em realce a correlação que deve existir entre o alargamento do campo da arbitrabilidade dos litígios e o reforço da necessidade de um controlo estadual sobre o conteúdo da sentença final proferida pelos árbitros, particularmente no que toca à sua conformidade com os princípios fundamentais que os Estados não podem tolerar que sejam derrogados pelas partes e, conseqüentemente, também não podem permitir que sejam preteridos pelos árbitros<sup>92</sup>.

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

---

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

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

bunal Federal americano no caso *Mitsubishi* (1985), passou a aceitar-se a arbitrabilidade desses litígios, salientando-se, porém, que a adopção desse entendimento pressupunha que os tribunais estaduais, em sede de decisão sobre a possível anulação ou sobre execução coerciva da sentença arbitral, pudessem verificar se aqueles princípios e normas pacificamente reconhecidos como fazendo parte da “ordem pública” (*public policy*) desses ordenamentos jurídicos, foram devidamente tidos em consideração pelos árbitros<sup>93</sup>.

Evolução idêntica ocorreu no espaço da União Europeia. Depois de, durante muitos anos, se ter defendido que os tribunais arbitrais só a título incidental poderiam pronunciar-se sobre a aplicação das normas ou princípios do direito europeu da concorrência, passou a entender-se, a partir dos últimos anos do século passado<sup>94</sup>, que os tribunais arbitrais poderiam conhecer, mesmo a título principal, da interpretação e aplicação de tais princípios e normas. Mas o Tribunal de Justiça da EU deixou bem claro (no acórdão proferido no caso *Eco Swiss v. Benetton*) que normas como a do art. 81.º do Tratado, sendo indispensáveis para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento mercado interno, devem ser consideradas como disposições de ordem pública. Consequentemente, segundo o Tribunal de Justiça, o direito comunitário exige que as questões atinentes à interpretação e aplicação de tais normas possam ser examinadas pelo órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um pedido de anulação de uma decisão arbitral e que este órgão jurisdicional deve deferir tal pedido quando entenda que essa decisão é efectivamente contrária ao artigo 81.º do Tratado da EU<sup>95</sup> (ou, é lógico concluir, a outras normas do direito comunitário dotadas de idêntica imperatividade).

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

---

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

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

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

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

É de notar que, para os autores que defendem a necessidade de os tribunais estaduais verificarem, em sede de acção ou recurso visando a anulação da sentença arbitral, se o conteúdo desta contraria ou não os princípios e normas que integram a ordem pública, tal verificação não pode incidir apenas sobre a parte dispositiva da sentença, devendo também entender-se à sua fundamentação<sup>97</sup>. Por outro lado, como salienta a melhor doutrina, o que cumpre verificar em sede de anulação de sentença arbitral com este fundamento não é se o resultado da execução desta contraria a ordem pública<sup>98</sup>, mas antes se os princípios e normas que integram a ordem pública são ofendidos pela pretensão ou meio de defesa (*legal claim* ou *defense*) a que a sentença deu provimento<sup>99</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

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

Num mundo ideal, talvez se pudesse confiar em que os árbitros não deixassem nunca de impor a observância das supramencionadas normas ou princípios de ordem pública. Na prática, contudo, é legítimo duvidar que isso aconteça sempre. Não só podem os árbitros, por mero desconhecimento ou desatenção, omitir a aplicação da tais princípios ou normas, como também não se pode excluir que, por razões menos desculpáveis, como o receio de desagradar às partes, o desacordo quanto ao conteúdo desses princípios ou normas, o intuito não sobrecarregarem a sua tarefa ou até a conivência com o propósito das partes de se subtraírem ao alcance de normas ou princípios tidas como contrárias aos seus interesses, eles permitam conscientemente que, através da sentença que proferirem, sejam postergado ou violados princípios ou normas de crucial importância e inquestionável inderrogabilidade, sem que contra isso fique a existir remédio eficaz<sup>101</sup>.

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

---

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

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

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

A essa objecção há que opor não só o facto de o invocado perigo não ter a dimensão que se alega (visto que seria debelado pela judiciosidade que não faltaria aos tribunais do Estado, quanto tivessem de decidir sobre este fundamento de anulação da sentença arbitral) mas sobretudo o de essa invocação encobrir um perigo bem maior<sup>102</sup>. Este perigo é o de, através da decisão de um tribunal arbitral ao qual a lei atribui o exercício de função jurisdicional, se “legalizarem” actuações claramente nocivas para interesses e valores cuja lesão o Estado e a comunidade nacional não podem de nenhum modo tolerar.

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

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

---

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



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

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

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

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

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

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

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

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