

ARBITRATION REVIEW

01

Jurisprudência
comentada de
2016



Ficha técnica

Título:

PLMJ Arbitration Review
Revista PLMJ Arbitragem

2ª edição

Coordenação:

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

Contacto:

plmjlaw@plmj.pt
(+351) 213 197 300

Proprietário:

PLMJ Advogados, SP, RL

ISSN:

2184-4488 (versão impressa)
2184-4496 (versão eletrónica)

Morada:

Av. Fontes Pereira de Melo, 43
1050-119 Lisboa, Portugal

Periodicidade:

Anual

Autores

Ana Carolina Dall'agnol

Associada PLMJ

Ana Coimbra Trigo

Associada PLMJ

António Júdice Moreira

Associado Sénior PLMJ

António Pedro Pinto Monteiro

Associado Sénior PLMJ

Carla Góis Coelho

Associada Coordenadora PLMJ

Francisco da Cunha Matos

Associado PLMJ

Iñaki Carrera

Associado PLMJ

João Tornada

Associado PLMJ

Maria Beatriz Brito

Estagiária PLMJ

Mariana França Gouveia

Sócia PLMJ

Nuno Pimentel Gomes

Associado Sénior PLMJ

Pacôme Ziegler

Associado Coordenador PLMJ

Pedro Metello de Nápoles

Sócio e Co-coordenador PLMJ Arbitragem

Rui Barroso de Moura

Consultor PLMJ

Rute Alves

Associada Sénior PLMJ

Telma Pires de Lima

Associada Coordenadora PLMJ

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Índice

1	RUI BARROSO DE MOURA / IÑAKI CARRERA Los swaps y el orden público (una perspectiva ibérica) (Tribunal Superior de Justicia, Madrid, 19 de enero de 2016)	P.9
2	ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO / JOÃO TORNADA A intervenção de terceiros na arbitragem: alguns problemas (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2016)	P.25
3	FRANCISCO DA CUNHA MATOS / MARIA BEATRIZ BRITO A superveniente insuficiência económica das partes como alegado fundamento de inoponibilidade da convenção de arbitragem (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2016)	P.39
4	ANA CAROLINA DALL'AGNOL Notas sobre Arbitragem, Arbitramento e Dispute Boards (REsp No. 1.569.422/RJ do STJ Brasileiro de 26 de Abril de 2016)	P.51
5	RUTE ALVES / IÑAKI CARRERA (Des)ordem pública internacional (Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Junho de 2016)	P.61
6	TELMA PIRES DE LIMA Cláusula comprissória em contrato quadro e princípio da competência da competência do tribunal arbitral (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 2016)	P.75
7	PEDRO METELLO DE NÁPOLES Os critérios para aferição da razoabilidade dos honorários dos árbitros (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Julho de 2016)	P.81
8	MARIANA FRANÇA GOUVEIA / ANA COIMBRA TRIGO Ad hoc admission of foreign counsel in international arbitration-related judicial proceedings (Singapore High Court Judgment of 2 August 2016)	P.89
9	ANTÓNIO JÚDICE MOREIRA Remissão (parcial?) para regulamentos de arbitragem; competência territorial - lugar vs sede? (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2016)	P.103
10	CARLA GÓIS COELHO A falsa especificidade do caso julgado da sentença arbitral (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2016)	P.113
11	TIAGO DUARTE O critério da nacionalidade e outras histórias na arbitragem de investimentos (Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. Rep. Bolivariana de Venezuela de 12 de Dezembro de 2016)	P.123
12	PACÔME ZIEGLER Tiers á l'arbitrage et droit français de l'arbitrage: Clarté et confusion du jugement du tribunal de grande instance de Paris dans S.A. Deleplanque et Compagnie c. S.A. Sesvanderhave (Jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 25 avril 2017)	P.131

Prefácio

José Miguel Júdece

Diziam os antigos “quod abundat non nocet”. Isso seria um bom pretexto para a repetição da “Introdução” que os meus Colegas António Pedro Pinto Monteiro e Iñaki Carrera (que têm o enorme mérito de criarem a PLMJ Arbitration Review | Revista PLMJ Arbitragem) escreveram e onde está tudo dito.

Por isso apenas direi do meu orgulho e alegria ao ler o que se segue. Quando em finais de 2013 aceitei o desafio que a PLMJ me fez para criar uma equipa autónoma de arbitragem, que começou com 3 pessoas, nunca imaginaria que em quatro anos já tivéssemos feito tanto e crescido deste modo.

Mas não me admiro. Creio que o que talvez me defina ao fim de tantos anos de vida é nunca achar que se não consegue fazer o que muitos outros pensarão inviável.

Nada se faz de grande – mesmo que no modesto e limitado mundo em que me mexo – se não tivermos a convicção de que somos capazes de muito mais do que poderíamos imaginar.

PLMJ Arbitragem é exemplo disso. E com muita alegria o digo, nesta que é afinal a última iniciativa que como Coordenador da equipa de arbitragem da PLMJ impulsionei.

Em 2018, o meu antigo estagiário, atual sócio e admirado amigo, Pedro Metello de Nápoles, em que inoculei há mais de 20 anos o vírus da arbitragem, já será o coordenador único da equipa de arbitragem da PLMJ. Será ele quem terá de levar o barco para a frente, em que continuarei algum tempo mais como simples marujo.

Escreveu Fernando Pessoa, “Deus quer, o Homem sonha, a Obra nasce”. Acredito que Deus quis, pois se assim não fosse não teríamos conseguido. Pessoa tinha razão. Agora temos de continuar a manter a Obra.

Lisboa, 2 de novembro de 2017

Introdução

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

A arbitragem, em Portugal, assume-se hoje como um meio de resolução alternativa de litígios com grande notoriedade e credibilidade.

É um facto que, sobretudo nos últimos anos, temos vindo a assistir a um aumento do número de processos arbitrais e ao alargamento da arbitragem a vários domínios que, há alguns anos atrás, pareciam ser mais distantes (caso, por exemplo, da arbitragem tributária e da arbitragem desportiva). Celeridade, confidencialidade, flexibilidade e maior especialização são algumas das principais vantagens que – à semelhança do que sucede em muitos outros países – têm vindo a seduzir os Governos de diferentes quadrantes políticos, os diversos operadores judiciários e, sobretudo, os próprios cidadãos e empresas que, cada vez mais, optam por resolver os seus litígios nos tribunais arbitrais.

Fruto desta evolução, a produção científica em Portugal centrada na arbitragem tem vindo, igualmente, a aumentar (em quantidade e qualidade). Se, por exemplo, na vigência da anterior Lei da Arbitragem Voluntária não tínhamos nenhuma anotação, hoje existem já quatro leis de arbitragem anotadas. Ao mesmo tempo, tem crescido o número de manuais, artigos científicos, revistas, obras coletivas, teses de mestrado e até de doutoramento, sobre os mais diversos temas de arbitragem.

Neste contexto, a PLMJ Arbitration Review (Revista PLMJ Arbitragem) nasce de uma ideia original e antiga. Em 2015, a equipa de arbitragem da PLMJ publicou, pela Coimbra Editora, o livro 100 Anos de Arbitragem – Os casos essenciais comentados (n.º 9 da Coleção PLMJ) – livro que se centrou nos principais casos jurisprudenciais de arbitragem a nível nacional e, sobretudo, internacional, isto é, aqueles casos históricos que marcaram a arbitragem. Logo nessa altura, surgiu a ideia de criar uma publicação periódica de arbitragem que desse à jurisprudência o devido destaque e atenção que ela merece, assim contribuindo para uma maior percepção dos principais problemas e questões de arbitragem que se encontram a ser discutidos nos tribunais estaduais e arbitrais. A PLMJ Arbitration Review visa concretizar essa ideia.

A Revista é, em breves palavras, uma publicação periódica anual que se centra, essencialmente, na anotação dos principais acórdãos de arbitragem do ano transato. Em cada número, serão analisados e comentados os principais acórdãos nacionais e internacionais no âmbito da arbitragem (acórdãos que serão comentados em diversas línguas, consoante o caso

e a respetiva origem dos mesmos). À semelhança de outras publicações que já existem no mercado, a publicação é feita em formato electrónico e disponibilizada gratuitamente. Cada comentário é, naturalmente, da exclusiva responsabilidade de cada autor, não refletindo a posição dos restantes autores (ou da equipa de arbitragem da PLMJ).

Com base nos pressupostos supra mencionados, o n.º 1 da PLMJ Arbitration Review, que ora se publica, centra-se na jurisprudência referente ao ano de 2016. Nele são analisados e comentados 12 acórdãos no total: 7 acórdãos nacionais (Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal da Relação de Lisboa e Tribunal da Relação do Porto) e 5 internacionais de diversas jurisdições (Espanha, França, Brasil, Singapura e um acórdão de um tribunal arbitral ICSID). Os comentários foram redigidos em português, espanhol, francês e em inglês.

De entre os vários (e controvertidos) temas de arbitragem abordados no n.º 1 da Revista, destacamos os temas da ordem pública, intervenção de terceiros, caso julgado, insuficiência económica das partes, princípio da competência da competência, critérios para aferição da razoabilidade dos honorários dos árbitros, representação ad hoc de advogados estrangeiros em processos judiciais relativos a arbitragem internacional, diferença entre arbitragem e arbitramento, alcance da remissão para regulamentos de arbitragem e arbitragem de investimentos.

Tratando-se de uma publicação periódica anual, e não obstante o n.º 1 visar a jurisprudência do ano 2016, decidiu incluir-se já uma decisão de 2017 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 25/04/2017), como forma de antecipar o conteúdo do n.º 2 da Revista que se centrará na jurisprudência de 2017.

Com a publicação da PLMJ Arbitration Review, há a intenção de contribuir para o estudo da arbitragem e para a discussão dos mais variados temas que, em cada ano, se encontram a ser discutidos nos tribunais estaduais e arbitrais, dando à jurisprudência o devido destaque e atenção que ela merece.

Por fim, os coordenadores da Revista gostariam de agradecer: (i) ao Dr. José Miguel Júdece, pelo incentivo dado à criação da PLMJ Arbitration Review; (ii) ao Senhor Juiz Conselheiro, Dr. António Abrantes Geraldés, pela honra de ter procedido à apresentação da Revista; (iii) a todos os autores pelos seus valiosos contributos; e (iv) ao Dr. João Tornada, também membro da equipa de arbitragem da PLMJ, pela sua disponibilidade e resolução de várias questões de formatação da Revista.

LOS SWAPS Y EL ORDEN PÚBLICO (UNA PERSPECTIVA IBÉRICA)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA,
MADRID, 19 DE ENERO DE 2016

Rui Barroso de Moura

Doutor em Gestão (ISEG – UTL)
MBA (FEUNL)
Consultor PLMJ Arbitragem

Iñaki Carrera

Mestre em Direito (FDUCP)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUL)
Associado PLMJ Arbitragem

Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal Madrid

Sentencia de 19 de enero de 2016 (ROJ: STSJ M 11915/2016)¹
Ponente: Jesús María Santos Vijande
Resolución n.º 3/2016

Resumen:

El 18 de mayo de 2015 Caslofrán, S.L. dio entrada a una acción de anulación de un laudo arbitral de 24 de marzo de 2015 contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), dictado por D. Luis Pedro en el procedimiento arbitral nº 2593 (Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid).

Afirma el demandante que el laudo impugnado desestimó íntegramente la demanda de Caslofrán, S.L. contra BBVA, por la que solicitaba la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras de 14 de septiembre de 2007 y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés ("swap") de fecha 22 de febrero de 2008, con inicio el 1 de marzo de 2008 y vencimiento el 1 de marzo de 2011.

Fundamenta su demanda de anulación en la infracción del orden público, en concreto por haber interpretado el árbitro y aplicado incorrectamente las normas de conducta recogidas en el Título VII de la Ley del Mercado de Valores y los Reales Decretos 629/1993, de 3 de mayo, y 217/2008, de 15 de febrero, así como la jurisprudencia nacional y comunitaria que las interpreta, que le resultaban exigibles al BBVA a la hora de comercializar un producto financiero complejo.

El BBVA habría incumplido obligaciones de diligencia, lealtad e información impuestas por la antedicha normativa, que es de *ius cogens* y que integra lo que se ha dado en llamar "orden público económico", con la consiguiente infracción del principio de buena fe en la contratación.

La actora entiende, pues, que el Laudo vulnera el "orden público económico" por las siguientes razones:

1. Por no atribuir la debida trascendencia jurídica al hecho, que el propio Laudo declara probado, de que "la demandada incumplió sus deberes de información derivados de la normativa bancaria" – § 7.2-, no constando, en el procedimiento, la realización del test de conveniencia.
2. Porque de la prueba practicada en autos no se puede considerar que el Banco informó a Caslofrán, S.L. de los elevados riesgos y costes asociados al producto comercializado así como de la probabilidad de su materialización y posible alcance.

3. Por afirmar, en contra de lo dispuesto en el art. 79.8 LMV en relación con el art. 2, que el swap comercializado "es un contrato swap simple".
4. Por no aplicar el estatuto de protección del minorista recogido en la LMV – descartando la existencia del error excusable sobre la base de apreciaciones subjetivas – conjeturas arbitrarias acerca de la experiencia y conocimientos del administrador de la actora y de su hijo, para así minorar las obligaciones exigibles al Banco respecto del análisis de conveniencia o idoneidad del swap.

La demandada se opone al motivo de anulación por entender, en síntesis, que la pretensión de la actora excede del ámbito propio de la acción ejercitada, que no abre una segunda instancia y que no permite, como en realidad pretende la demandante – incluso en contra de lo que evidencia la grabación que invoca y del tenor literal de su transcripción –, volver a valorar una prueba que el árbitro ha considerado razonada y razonablemente.

A juicio de la demandada, en este proceso de anulación no se pueden reconsiderar, so pena de sustituir indebidamente la convicción alcanzada por el árbitro, aspectos ya suscitados en el seno del arbitraje y en él sometidos a actividad probatoria, tales como (i) la complejidad del contrato suscrito entre las partes, (ii) las circunstancias personales del administrador de la demandante; o (iii) la información precontractual y contractual facilitada al cliente.

La demandada, por su parte, afirma que lo relevante no es la realización de un determinado test/cuestionario, sino la obtención o tenencia de información suficiente sobre los conocimientos y experiencia del cliente para comprender los riesgos inherentes al producto, siendo que el árbitro, tras la valoración conjunta de la prueba, considera que a la fecha de la firma de los contratos el inversor cuenta con la experiencia y capacidad suficiente para asumir intelectualmente el contenido y consecuencias negativas de los mismos.

Entiende asimismo que el laudo no sólo no infringe el orden público, sino que repara en la normativa nacional y comunitaria de aplicación al caso, al tiempo que pondera la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error-vicio en contratos de *swap*, laudando de conformidad con lo en ella establecido, en particular, porque el Laudo considera, de acuerdo con la aludida jurisprudencia, que, en las circunstancias del caso, los déficits de información no han abocado a un vicio del consentimiento con virtualidad anulatoria.

El TSJ de Madrid concluye que la calificación del *swap* hecha por el Tribunal Arbitral es equivocada y que, tal como afirma dicho laudo, los deberes de información han sido violados por lo que la única decisión posible sería considerar el contrato nulo. De lo contrario la decisión entraría en contradicción con la motivación y vulneraría el orden público. Esta posición se centra en cuatro cuestiones relevantes:

¹ <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7901051&links=&optimize=20170104&publicinterface=true>

1. La acción de anulación: entiende el TSJ que la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si el Tribunal estuviera habilitado por ley a revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuado por los árbitros al laudar. Todavía, eso no quiere decir que en ningún caso se puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del laudo. Afirma que existen excepciones, como los casos de vulneración del orden público. Por ende, si un Laudo ignora normas imperativas como son el principio de buena fe contractual, el equilibrio en la contratación y la igualdad entre las partes a la hora de prestar el consentimiento. Entiende, además, que debe entonces el TSJ tener presente la doctrina sobre el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos.
 2. Motivación del laudo: la falta o arbitrariedad de la motivación del laudo (art. 24.1 de la Constitución) puede conllevar a la vulneración del orden público, como causa de anulación. Entiende que se puede anular un laudo por infracción del deber de motivación constitucionalmente exigible, puesto que al vulnerar el derecho constitucional, se infringe el orden público. En ese sentido la motivación del laudo contraviene el orden público por ser arbitraria en un doble sentido: de un lado, incurre, tanto en irracional valoración probatoria como en manifiesta contravención de reglas legales imperativas que constituían inexcusables premisas del proceso racional de formación de la decisión.
 3. Orden público: al amparo del orden público económico, el Tribunal defiende que el derecho constitucional y el derecho de la Unión Europea incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección. Esto es el caso del principio general de buena fe en la contratación cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes, bien, en unos casos, por la cualidad de consumidora de una de éstas, bien, en otros, por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes. En concreto, los deberes de información en ámbitos especialmente dispensados de protección – consumidores, inversores no profesionales – constituyen expresiones irrenunciables por disposición expresa del Legislador comunitario y nacional, del principio de buena fe en la contratación. Esto es el caso de la Directiva MiFID 2004/39/CE. En el laudo arbitral se vulnera dichas normas que son de *ius cogens* como expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes.
 4. La normativa sobre *swaps*: la doctrina y jurisprudencia delimita el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros. En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información. Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento
- El presidente del TSJ emitió un voto particular que se puede resumir de la siguiente forma:
1. La decisión extralimita las funciones en el ámbito de la acción de anulación de laudos: no se puede confundir con una apelación. La acción de anulación no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral.
 2. En lo relativo a la obligación de la motivación de laudos: no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional. Sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución.
 3. En lo relativo al laudo arbitral: el laudo reconoce el incumplimiento de la normativa MiFID, pero llega a la conclusión de que no se produjo un error en el consentimiento dado el conocimiento que tenía el contratante del producto contratado. Por ende, no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa y claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia.

Anotação

1. Introducción

Aunque mucho se haya escrito sobre los laudos arbitrales en materia de *swaps* y sobre la anulación por parte del TSJM, pretendemos, todavía, dar algo novedoso al traer un análisis económico y una perspectiva ibérica.

Aprovechando los conocimientos específicos de los autores, se ha dividido el presente comentario en cuatro temas, siendo el enfoque del primero sobre el *swap* desde un punto de vista económico-financiero. Los remanentes tendrán un enfoque jurídico.

Lo que se pretende, en suma, es: (i) explicar de forma resumida los aspectos económico-financieros del *swap* para situar los deberes de información del intermediario financiero; y (ii) analizar el concepto de orden público y la anulación de laudos por los tribunales ordinarios.

2. Los swaps

2.1. Los swaps de tipo de interés

Los *swaps* son un derivado, esto es, un producto financiero cuyo importe depende de la evolución de otros importes, o tipo de referencia (bonos, divisas, riesgo crediticio o tipos de interés)². Además de los *swaps* existen las opciones y los futuros³.

Los *swaps*, al mismo tiempo, pueden tener varias configuraciones⁴, siendo la del presente caso una permuta financiera de tipo de interés (*interest rate swap*). Esto es: dos partes que acuerdan intercambiarse durante un período previamente definido, dos flujos de pagos de interés, calculándose cada uno de estos en base a diferentes índices de tipo

de interés, pero sobre un mismo importe de referencia o de contrato, designado por principal (o notional)^{5/6}.

En este contrato se establecen, además, el importe del contrato o principal, el índice de referencia para el cálculo de tipo variable, la fecha de inicio y la duración del *swap*. La contraparte que se compromete a pagar el tipo fijo asume una posición larga y se designa *Payer Swap* (o pagador fijo), mientras que la que se compromete a pagar el tipo variable asume una posición corta y se designa de *Receiver Swap* (o pagador variable)⁷. Aunque no hay cambios de principales en este tipo de *swap*, es como si el *payer swap* vendiera una obligación a tipo fijo y comprase una obligación a tipo variable. Por otro lado, y una vez que, en los casos más simples, se establecen en la misma moneda los pagos a efectuar por ambas partes, en la fecha establecida de pagos será calculado el diferencial entre los dos importes a pagar, en la moneda establecida, y únicamente se pagará esa diferencia líquida (*netting*). O sea, como el *swap* de tipo de interés no da origen a un flujo financiero de capital, sino únicamente de interés, el importe de capital (importe nominal del *swap*) sirve solamente para calcular el importe del flujo de interés objeto del *swap*.

Con la generalización en la utilización de tipos de interés variable en las diversas operaciones de préstamos ejecutadas por los varios agentes económicos, fueron surgiendo diferentes referentes comúnmente utilizados en los mercados. En la Zona Euro se destaca la utilización generalizada de tipos EURIBOR. Claro que la utilización de un tipo variable aplicable al servicio de deuda de un determinado préstamo implica que, en los diversos periodos, los intereses a pagar dependen del importe que asume el respectivo referente en cada periodo⁸.

2 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives*, Prentice Hall, 8th Edition, 2012, pp. 148-150. **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera", in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8/2013, p. 454; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps por cuenta propia*, in *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 1/2012, *working paper*, p. 1, disponible en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/zunzunegui-negociacion-de-swaps-por-cuenta-propia.pdf>. **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6ª Edición, Almedina, 2014, p. 875; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, p. 647; MARIA CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Jurídica 51, 2000, pp. 126-127; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato de Swap de Taxa de Juro: Dever de Informação e Efeitos da Violação do Dever*, AAFDL, 2017, pp. 1.

3 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives...*, pp. 148-150. Los *Interest rate swaps* y las opciones *cap*, *floor* y *collar*, son las más utilizadas en el mercado de los instrumentos derivados, véase SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 456 y 457; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 875-876, 883-885; STRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015.

4 Dependiendo del activo subyacente, que puede ser patrón oro, bonos, divisas ("*currency swaps*"), materias primas ("*commodity swaps*"), valores ("*equity-linked swap*"), tipos de interés ("*interest rate swap*"), mixtas de tipos de interés y de divisas ("*cross-currency rate swaps*"), de crédito ("*credit default swaps*"), etc. **Derecho español:** véase SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 455, n. 1 y 457; JESÚS M^a RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera o Swap", in *Economist & Jurist*, p. 42. **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 890; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 44, Año 2013, p. 4; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, p. 27.

5 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives...*, 2012, pp. 148-150; **Derecho español:** JESÚS M^a RUIZ DE ARRIAGA, *Contratos de Permuta Financiera...*, p. 43; **Derecho portugués:** CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Swaps de Troca e Swaps Diferenciais*, in Instituto dos Valores Mobiliários, pp. 3-9, disponible en https://institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1452093140swaps_de_troca_e_swaps_diferenciais.pdf, que distingue entre los *swaps* de trueque y los *swaps* de diferencial; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Instrumentos Financeiros: os swaps*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, p. 68; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 889-893; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, p. 5; MARIA CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap*, p. 39; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato de Swap de Taxa de Juro...*, pp. 24-25 y 27-30.

6 Dentro de los *swaps* de tipo de interés podemos destacar los siguientes: (i) *swaps* de tipo de interés fijo/variable, una de las partes contratantes paga a la otra parte un interés con base en un tipo fijo y beneficia, en cambio, de un tipo de interés variable. En este tipo de *swap*, normalmente, se cambia un tipo de interés fijo a largo plazo por un tipo de interés variable a corto/medio plazo; y los *swaps de tipo de interés variable/variable*, ambas partes pagan intereses basados en un tipo de interés variable pero utilizan referencias distintas.

7 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", p. 458.

Así, se puede concluir que el swap de tipo de interés permite cambiar la naturaleza del tipo fijo a tipo variable, o viceversa y, por lo general, son operaciones realizadas entre bancos y grandes empresas. Aunque hablamos del tipo EURIBOR, otros tipos de interés pueden ser considerados de referencia (e.g. LIBOR). Sin embargo, las combinaciones y variantes son numerosas y el hecho de que los swaps puedan ser negociados fuera de los mercados organizados les permite una gran versatilidad que favorece la innovación en este tipo de instrumento.

Por ejemplo, si una empresa contrata un préstamo a 5 años (10 semestres) con un tipo de interés variable de EURIBOR + 3% y con pago semestral, entonces, al inicio de cada semestre, se observa cuál es el tipo de EURIBOR en vigor en ese periodo y se obtiene el tipo de interés a pagar, tras la suma del *spread* establecido. En el semestre siguiente, se aplicará el mismo procedimiento, siendo, sin duda, el EURIBOR entonces aplicable ya diferente, en función de las condiciones de mercado.

Los swaps de tipo de interés pueden tener como objetivo efectuar una cobertura de riesgo del tipo de interés o, por lo contrario, aumentar deliberadamente la exposición a dicho riesgo en base a determinada expectativa sobre la evolución futura del tipo de interés⁹. Ni que decir tiene, que el último se aproxima a la especulación, mientras que el primero sirve para minorar los riesgos de la incertidumbre. Aunque haya existido una tendencia a la especulación, se comprende que un swap de tipo de interés es, ante todo, una herramienta para gestionar el riesgo, al transformar un tipo variable en tipo fijo, permitiendo obtener alguna seguridad en cuanto al importe de intereses a pagar en cada periodo, independientemente de la evolución del tipo de interés que exista en el mercado¹⁰. Creemos que ésta es la gran contribución del Mercado de Swap de Tipo de Interés, en su modelo *plain vanilla*¹¹.

Para distinguir los swaps especulativos de los de cobertura de riesgo, utilizaremos las palabras de FERNANDO ZUNZUNEGUI: *“Para el cliente, la causa subjetiva del contrato, según la oferta recibida del banco, es la cobertura de la financiación ante la subida de los tipos de interés. El cliente contrata una cobertura frente a las subidas de los tipos. Para que esta finalidad se cumpla, el nocional y el plazo de swap no podrán ser superiores al del préstamo al que sirven de cobertura. Y dicho nocional debe ir reduciéndose en la misma medida que lo haga el préstamo conforme a su tabla de amortización. De tal modo, que aquellos*

*swaps no cumplan estos requisitos, no pueden ser calificados de cobertura”*¹².

Como se puede ver, existen razones económicas en la utilización de los swaps de tipos de interés, con sus ventajas y desventajas¹³, véase el siguiente cuadro:

VENTAJAS	DESVENTAJAS
Altera la estructura de endeudamiento de las empresas, permitiendo cambiar el tipo de interés fijo por uno variable, o variables con distintos tipos de referencia.	Los importes de los capitales subyacentes son, en general, muy elevados.
Existe un cierto nivel de estandarización de las operaciones en los mercados, aunque cada una de las partes pueda obtener el tipo de interés necesario para reducir su coste.	Los costes de intermediación y de implementación de las operaciones son elevadas.
El riesgo de incumplimiento contractual está limitado a la diferencia entre el tipo de intereses que se ha cambiado. No existe riesgo sobre el capital puesto que este no se cambia.	Dificultades para deshacer la operación antes de que se devenga y para buscar otro agente que proporcione contrapartida.
Permite una gestión más activa de las responsabilidades de las empresas.	Riesgo de contrapartida difícil de controlar en caso de que no exista intermediario.
Proporciona una excelente cobertura de riesgo contra las oscilaciones del tipo de interés.	

8 JOÃO AGUIAR JORGE DA SILVA, *Interest-Rate Risk Management and the usage of Interest-rate Swap Derivatives in State Owned Enterprises: A portuguese Case Study*, University of Porto, 2014.

9 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, “La problemática...”, p. 455; JESÚS M^a RUIZ DE ARRIAGA, *Contratos de Permuta Financiera...*, p. 42. **Derecho portugués:** ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 864-866; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos...*, pp. 647-648; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, pp. 5-6; MARIA CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap*, pp. 18 y 67; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Contrato de Swap meramente especulativo, regime de validade e de alteração de circunstâncias*, pp. 943 y ss.; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato de Swap de Taxa de Juro...* pp. 22, 30-41; STRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015.

10 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, “La problemática...”, p. 454, (“La Ley 63/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, recomendaba a las entidades bancarias ofrecer mecanismos de cobertura de riesgo de variación de los tipos de interés de los riesgos financieros de sus clientes”).

11 El tipo de swap mas común es el llamado Swap de Tipo de Interés “plain vanilla”, en el que un agente económico se compromete a pagar un conjunto de flujos financieros con base en un tipo de interés fijo predeterminado y, en simultaneo, recibe flujos financieros indexados a un tipo de interés variable.

12 FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 12.

13 SERGIO BAZ BARRIOS, “La problemática...”, pp. 458-459.

2.2. La valoración de los swaps de tipo de interés

Lo que se ha explicado hasta ahora no presenta ningún tipo de complejidad, es algo que se puede fácilmente explicar a un inversor, ya sea sofisticado o no. Pasemos ahora a la parte compleja del *swap* de tipo de interés, esto es, su valoración^{14/15}, en efecto el valor del *swap* no está determinado en el momento de la conclusión del contrato, pero es determinable en función de ciertos criterios por referencia a oscilaciones futuras conforme el tipo de referencia. Dichos cálculos se hacen sobre el notional, en nuestro caso, sobre el principal del préstamo¹⁶. Este cálculo se hace por el agente de cálculo que, en los plazos pactados, calcula el diferencial a pagar por una parte y a recibir por la otra¹⁷. Al mismo tiempo el banco es la entidad encargada de liquidar el producto como agente de pagos¹⁸.

El valor del *swap* de tipo de interés es establecido en función del valor actualizado de los flujos financieros futuros. En el momento en el cual el contrato *swap* es celebrado, el valor del *swap* tendrá un importe nulo, en la medida en que el valor en el momento cero corresponde a la diferencia de importes atribuidos a cada flujo financiero¹⁹.

Tras su venta, el importe del *swap* podrá variar en función de del mercado, o sea, en la medida que de la variación del tipo variable al compararse con el tipo fijo que se está negociado²⁰. Existen esencialmente dos enfoques en la valorización del *swap*: el primero trata el *swap* como diferencia entre importes actuales de dos obligaciones y el segundo como un porfolio de FRA's (*forward rate agreement*)²¹. Cualquiera de los métodos deberá conducir al mismo resultado.

2.3. El caso portugués²²

En Portugal, los casos paradigmáticos sobre la celebración de *swaps* están relacionados con empresas del Estado existiendo una Comisión Parlamentaria de Investigación a la Celebración de Contratos de Gestión de Riesgo Financiero por Empresas del Sector Público²³. El 28 de septiembre de 2012, el importe del mercado de las operaciones *swaps* objeto de la Comisión era, aproximadamente, de 3 mil millones de Euros.

El caso paradigmático que tomaremos como ejemplo es el Metro de Lisboa y un contrato celebrado con una Institución Bancaria española. En mayo de 2006, el Metro de Lisboa celebró una *snowball swap* con un importe notional de 4,3 millones de euros. Con arreglo a las cláusulas contractuales, entre marzo de 2006 y mayo de 2010, la empresa pagaba al banco un tipo fijo de 2% y, en contrapartida, recibía un tipo de interés superior a 2%.

Al pagar un tipo de interés más bajo del que estaba recibiendo, con esta operación el Metro de Lisboa obtuvo ganancias financieras hasta marzo de 2010. Pero, a partir de marzo de 2010, el tipo de interés soportado por el Metro de Lisboa era determinado por la suma de 1,65% y de un *conditional spread* dependiente de la evolución del tipo de interés de EURIBOR a 3 meses. Si el EURIBOR a 3 meses bajara más que el 2%, era añadido al tipo de referencia de 1,65% el diferencial entre el nivel de 2% y el importe de EURIBOR a 3 meses multiplicado por 2,25. Esto significa, que el tipo de pago que pagaría el Metro de Lisboa podría aumentar de modo virtualmente ilimitado, ya que los cupones pagados por la empresa en un determinado período dependían no sólo del comportamiento del índice de referencia en ese periodo, sino también de la evolución de dicho referente en periodos anteriores, i.e., había un factor de acumulación en los tipos de cupones a pagar por la empresa durante el periodo de vida del *swap*.

Teniendo en cuenta lo que se explicó sobre el caso portugués, es normal concluir que hubo un exceso de confianza de los responsables de Metro de Lisboa, no existiendo por parte de la administración ningún tipo de evaluación sobre lo que podría pasar con la inversión en caso de que los tipos de interés bajasen rápidamente, algo que no se tuvo en cuenta. No hubo un análisis del futuro, olvidándose de la volatilidad y la incertidumbre de los mercados.

Asimismo, en finanzas, las apariencias engañan. Ante la situación financiera en la que Metro de Lisboa se encontraba, existiendo un excesivo endeudamiento, los responsables de la empresa tuvieron solamente en cuenta el corto plazo, sin considerar las implicaciones futuras de una inversión en un escenario de tipos de interés en alta.

14 Para más detalles véase, ROBIN AXELSSON, *Valuation of Interest Rate Swaps in the presence of Counterparty Credit Risk*, disponible en http://www.economics.handels.gu.se/digitalAssets/1421/1421877_ra.pdf.

15 FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 23. Nos dice SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", p. 475, ("pese a que tanto la normativa MiFID como la jurisprudencia menor analizada, lo clasifican como un producto especialmente complejo, no compartimos esa opinión, pues estamos ante un negocio jurídico que no es más que una apuesta"), todavía no podemos estar de acuerdo con este entendimiento en lo relativo a la valoración del *swap* de tipo de interés, como se ve en este capítulo, es una materia compleja.

16 FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 10.

17 FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 1.

18 FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 26.

19 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives...*, p. 160; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, pp. 19-20, nos explica que no es del todo cierto puesto que la banca ofrece *swaps* con comisiones implícitas no comunicadas al cliente, por lo que nacen desequilibrados; JOÃO CANTIGA ESTEVES, *Contratos de swap revisitados*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 44, Abril 2013, p. 76.

20 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives...*, p. 160.

21 JOHN. C. HULL., *Options, Futures, and Other Derivatives...*, pp. 160-162.

22 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 942-944 y 957-965; JOSÉ PEDRO PARREIRA DA SILVA, *Swaps: Uma análise ao Caso das Empresas Públicas Portuguesas*, Universidade do Porto, 2015.

23 Véase las audiciones en dicha Comisión en <https://www.parlamento.pt/sites/COM/XIILEG/CPICCGRFESP/Paginas/Audicoes.aspx> y el Informe Final en <https://www.parlamento.pt/sites/COM/XIILEG/CPICCGRFESP/Paginas/RelatoriosActividade.aspx>.

Tan sólo era necesario, por ejemplo, observar lo sucedido en Japón en los últimos quince años²⁴.

2.4. El presente caso

En el presente caso se discute si el contrato de permuta financiera del 2008 ha sido calificado por el árbitro como un contrato de *swap* simple, es decir, si considera que el *swap* en causa no es de alto riesgo. Afirma el árbitro que el cliente, simplemente, gracias a la permuta consigue estabilizar los efectos de la inflación.

La clasificación del *swap* como complejo o simple es relevante a efectos legales²⁵ pero, en una perspectiva económica, el *swap* es algo complejo cuyo importe se calcula teniendo en cuenta distintos supuestos, como hemos visto. Incluso en la concepción simple de un *interest rate swap* se puede asumir diversas modalidades conllevando a configuraciones más complejas.

El contrato *swap* en causa consistía apenas en un intercambio de flujos entre el inversor y el banco dependiente de la relación entre un tipo fijo (3,48%) y el dato de inflación que fuese publicado en diciembre de cada año.

3. Los deberes de información

En lo relativo al marco legal, los deberes de información precontractuales, contractuales y post-contractuales²⁶ son de gran importancia, sobre todo en España, puesto que la mayor parte de las controversias están relacionadas con la contravención de dichos deberes²⁷ que puede llevar a la nulidad del contrato o a una indemnización. En Portugal,

los inversores utilizan varios tipos de defensión, a saber: (i) alteración de las circunstancias²⁸; (ii) la invalidez del contrato de *swap* bajo la doctrina del juego y apuestas²⁹; (iii) vulneración del orden público Interno Portugués; y (iv) vulneración de los deberes de información³⁰. En ambos países se han incorporado a sus ordenamientos la normativa MiFID^{31/32}.

En España, no existe un marco legal general sobre los *swaps* pero si existen sendas disposiciones legales que son importantes a efectos de los deberes de información relacionados con la contratación de productos y servicios de inversión³³:

- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV);
- Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La presente sentencia aplica la Ley 24/1988, pero actualmente está en vigor el mencionado RDL 4/2015. Por no ser el objeto de este comentario, no hablaremos de la nueva normativa, sino solamente la que aplicó tanto el árbitro como el TSJ.

Establecía el artículo 79 bis LMV los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras, a saber, el nivel de información y la documentación que se debe proporcionar a los inversores teniendo en cuenta su clasificación (minorista, profesional o contraparte elegible) y la valoración del conocimiento de dichos clientes³⁴. Estos deberes existen en todo momento (artículo 79 bis LMV).

24 <https://tradingeconomics.com/japan/interest-rate>

25 **Derecho español:** MANUEL CONTHE, *Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015*, in La Ley, nº 8515, jueves 9 de abril de 2015; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas*, in Revista de Derecho del Mercado de Valores, nº 17/2015, nº 17, 1 de julio de 2015, pp. 15-18.

26 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 114-116.

27 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 453, 455 y 466 y ss..

28 **Derecho portugués:** JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Contrato de Swap...*, pp. 943 y ss; SSTJ, Proc. nº 1387/11.5TBCL.G1.S1, 10 octubre 2013; STRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015.

29 **Derecho portugués:** CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Swaps de Troca...*, pp. 9-19; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, pp. 7-22; SSTJ, Proc. nº 531/11.7TVLSB.L1.S1, 29 enero 2015. **Derecho español:** en España el Swap no es un contrato de seguro accesorio de un préstamo u otra operación de pasivo, pero un contrato autónomo e independiente puesto que se trata de un producto dotado de un alto componente de aleatoriedad, existiendo un elevado grado de incertidumbre. JESÚS M^a RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 45. Véase asimismo Juzgado de lo Mercantil de las Palmas de Gran Canaria de 9 mayo 2011, ("puede afirmarse técnicamente la existencia de una causa diferencial atípica y única, que sirve a los fines económicos de gestión del riesgo buscando coberturas, a la especulación sobre la evolución del mercado, o al arbitraje (...); lo que, además, descarta la eventual objeción de juego del artículo 1798 del Código Civil"). FERNANDO ZUNZUNEGUI lo considera un contrato especulativo, de naturaleza aleatoria, *Negociación de swaps...*, p. 9, ("p[er]jese a su presentación habitual como "protección frente a la subida de tipo de interés", es un genuino derivado especulativo, de naturaleza aleatoria (art. 1790 CC)"), pero no de apuesta, *ob. cit.*, p. 10.

30 **Derecho portugués:** PAULA COSTA E SILVA/DUARTE GORJÃO HENRIQUES, "Arbitration in swaps: the Portuguese experience", in *Arbitration International*, 2016, 0, pp. 1-25; afirmando que esta defensión no es muy común en Portugal comparando con otros países; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, p. 19; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato de Swap de Taxa de Juro...*, pp. 17-18; STRL, Proc. nº 2408/10.4TVLSB-B.L1-8, 17 febrero 2011; SSTRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015; SSTJ, Proc. nº 1880/10.7TVLSB.L1.S1, 16 junio 2015.

31 Directiva 2004/39/CE, y las alteraciones efectuadas por la Directiva 2006/73/CE de 10 de agosto de 2006 y por la Directiva 2008/10/CE de 11 de marzo de 2008.

32 Actualmente existe la MiFID II, Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 y el RMIF, Reglamento (UE) nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 todavía no transpuesta en ambos países. **Derecho español:** ISABEL AGUILAR ALONSO, *La Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID II)*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, pp. 91-95. **Derecho portugués:** ANA SÁ COUTO/INÉS DIAS LOPES, *Notas Prévias à transposição da DMIF II*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 45-2017, pp. 13-22; Nota Informativa PLMJ, *A DMIF II/RMIF*, in https://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2017/janeiro/A_DMIF_II_RMIF.pdf.

33 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 9.

34 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 463-464; JESÚS M^a RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 46; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, pp. 13-15.

Estamos ante una obligación activa, no de mera puesta a disposición³⁵. Así, es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información y no son los clientes del mercado financiero y de inversión quienes deben pedir aclaraciones, plantear cuestiones, o buscar asesoramiento experto.

El ordenamiento jurídico español impone un deber de informar de manera detallada, clara e imparcial a los clientes sobre el contrato, la naturaleza y riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (artículo 79 bis, apartado 2 LMV y artículo 64 del RD 217/2008, de 15 de febrero)³⁶. Esto es, información comprensible y adecuada sobre este producto que incluya una advertencia sobre los riesgos concretos que asume, de forma a que el cliente sea capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le conviene. Por ejemplo, información sobre los costes de su cancelación, la previsión de la fluctuación que puedan experimentar los tipos de interés, etc.³⁷.

La información suministrada antes de la firma del contrato deberá ser suficiente de manera a que permita informar adecuadamente sobre los riesgos del producto. La intensidad de dichos deberes es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido al perfil del inversor³⁸.

Es obligatorio llevar a cabo el *test de conveniencia* (artículo 79.bis.7 de la LMV) que es la evaluación inicial del cliente obteniendo información sobre los tipos de instru-

mentos financieros que conoce, la frecuencia de las transacciones del cliente sobre estos productos, nivel de estudios, su profesión, etc.³⁹ y la ausencia de dicho *test* es considerada infracción muy grave (artículo 99 apartado z bis de la LMV). Se suma, además, el *test* de idoneidad del producto, teniendo en cuenta la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente.

Asimismo, siendo la mayor parte de los *swaps* celebrados mediante contratos estandarizados⁴⁰, éstos deben cumplir con los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁴¹. Se considera además que los deberes de información se basan también en el principio de la buena fe contractual y la lealtad en las relaciones comerciales, con arreglo al art. 7 del Código Civil y al art. 57 del Código de comercio⁴². Por último, cabe mencionar un régimen específico para los sistemas de cobertura de tipo interés que se comercialicen asociados a un préstamo (artículo 24.1 Orden EHA/2899/2011).

Las consecuencias de la vulneración de dichos deberes de información han permitido declarar la nulidad del *swap* por vicios del consentimiento, ya sea por error⁴³ o por dolo⁴⁴ (artículos 1261 y ss. del Código Civil), por falta de determinación del objeto, inexistencia de causa y por violación de normas imperativas⁴⁵. Además, existen otras consecuencias como las infracciones administrativas y el deber de indemnizar (1103 CC)⁴⁶.

En cuanto a Portugal, tampoco existe un marco general⁴⁷, pero sí existe normativa específica en lo relativo a los deberes de información de los *swaps* que van más allá de lo establecido en el artículo 227º del Código Civil⁴⁸. Se deben

35 **Derecho español:** 2014; JESÚS Mª RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 45.

36 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 22.

37 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 464-465.

38 **Derecho español:** STS, 13 de noviembre de 2015.

39 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", p. 465; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 3.

40 Muchos de estos contratos están basados en los contratos ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*), el CMOF (Contrato Marco de Operaciones Financieras, elaborado por la Asociación Española de Banca Privada) y a nivel europeo el EMA (European Master Agreement) de la European Banking Federation. **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", p. 461; JESÚS Mª RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 43; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 15; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 3-4; sobre la validez de cláusulas arbitrales en los *swaps* véase el reciente estudio de FRANCISCO G. PROL PÉREZ, *La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)*, in *Diario La Ley*, n.9070, 2017. **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 931-939; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 26 y 41-49. Sobre la validez de cláusulas arbitrales véase *infra* TELMA PIRES DE LIMA, *Cláusula Compromissória em Contrato Quadro e Princípio da Competência do Tribunal Arbitral, infra*.

41 **Derecho español:** STS, 13 de noviembre de 2015.

42 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 20.

43 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 467-470 y 473-475; JESÚS Mª RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 46; FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, pp. 2, 24 y 28; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 25-26; STS, 21 noviembre 2012; STS, 21 noviembre 2012; STS, 29 octubre 2013; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria de 9 de mayo de 2011, ("la revelación de los costes de cancelación en el caso enjuiciado habría frustrado el negocio pues no cabe esperar en un cliente racional que, a cambio de la expectativa de unas pequeñas liquidaciones positivas (lo que se le auguró como más probable) se arriesgue el pago de un coste de cancelación exorbitante").

44 **Derecho español:** SERGIO BAZ BARRIOS, "La problemática...", pp. 470-471; JESÚS Mª RUIZ DE ARRIAGA, "Contratos de Permuta Financiera...", p. 4; SAP Álava, 18 enero 2011.

45 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, p. 4.

46 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, pp. 3-4; MANUEL CONTHE, *Swaps de intereses...*, entendiendo que "Lo más que el Tribunal arbitral podría haber acordado habría sido condenar al BBVA a una modesta indemnización, al amparo del artículo 1.103 del Código Civil, por no haber cumplido a la perfección las obligaciones de información pre-contractual que le imponía el Real Decreto 629/1991, indemnización que sería deducible de las liquidaciones a satisfacer por la empresa al BBVA en los vencimientos periódicos del swap "; STS 15 septiembre 2015; STS 15 octubre 2015; STS 20 de enero de 2003.

47 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 908.

48 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, p. 55; SSTJ, Processo nº 1880/10.7TVLSB.L1.S1, 16 junio 2015, ("Como afirma MENEZES CORDEIRO (...) 'não há qualquer dever geral, por parte do banqueiro, de prestar informações: o banco não é, por profissão, uma agência de informações e mesmo esta teria de ser contratada, para informar. (...)'. No que concerne aos serviços oferecidos por intermediários financeiros, o legislador foi para lá dos deveres de informação decorrentes do artigo 227.º CC e consagrou uma série de específicos deveres de informação no Código dos Valores Mobiliários.").

tener en cuenta, asimismo, los deberes de información establecidos para los intermediarios financieros (arts. 312 y siguientes del CVM), los previstos para contratos de adhesión (arts. 5 y 6 de Ley de las Cláusulas Contractuales Generales, en adelante "LGCC")⁴⁹ y el Reglamento de la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios ("CMVM") Nº 2/2012⁵⁰.

El Decreto-Ley nº 357-A/2007, de 31 de octubre, que modificó el Código de los Valores Mobiliarios, transpone en Portugal la directiva MiFID. Este marco legal establece deberes específicos de información sobre el intermediario financiero que deben orientar su actividad a la protección de los legítimos intereses de sus clientes, de la eficiencia del mercado y observar los dictámenes de la buena fe, con arreglo a elevados estándares de diligencia, lealtad y transparencia. Asimismo, deben en la medida de lo necesario para el cumplimiento de sus deberes informarse sobre la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversión y los objetivos que pretenden mediante los servicios que prestan (Artículo 304 CVM)⁵¹.

Todas las informaciones son necesarias para una decisión con el debido conocimiento de causa y fundamentada (Artículo 312)⁵², tales como los riesgos específicos del instrumento financiero (artículos 312.d) y e), 312-C.1.j) y 312-E.1.a)), y esta información debe ser dada de forma completa, verdadera, actual, clara⁵³, objetiva y lícita (artículo 7) en aras a que el inversor medio pueda entender los riesgos asociados (artículo 312.2.c))⁵⁴. El inversor medio es definido como aquel cliente que actúa con cuidado, diligencia y atención media⁵⁵.

El detalle de la información que se debe dar al cliente en los *swaps* de tipo de interés dependen del grado de conocimiento y de experiencia del cliente, según sea considerado como inversor cualificado o no (arts. 304, 314; 314-B, 317 y ss.)⁵⁶, pero debe obligatoriamente incluir elementos tales como sus riesgos y naturalezas (artículo 312-A CVM)⁵⁷.

En suma, con referencia a un inversor medio y teniendo en cuenta si antes ha celebrado o no un instrumento financiero, debemos atender a la complejidad de la presentación, del lenguaje utilizado, del recurso a fórmulas matemáticas y a conceptos del ámbito específicamente económico, jurídico o financiero. Todo de modo, una vez más, a que la información sea prestada de forma completa, verdadera, actual, clara, objetiva y lícita⁵⁸.

Además, existe en el ordenamiento jurídico luso, al igual que el español, un deber de adecuación, definido como el deber de recoger toda la información relacionada con el cliente en aras a hacer una evaluación de los objetivos de la inversión y su posible (in)adecuación (art. 314.2 CVM)⁵⁹.

Por último, en Portugal, la violación del deber de información puede determinar la nulidad del negocio por error⁶⁰ (art. 251 del Código Civil), por dolo⁶¹ (art. 253 del CC) y también la obligación de indemnizar⁶² (artículo 304-A CVM y 227 del CC)⁶³. Además, la vulneración de dichos deberes es un ilícito que conlleva a la aplicación de un *corpus* sancionatorio con la aplicación de los artículos 304-A, 324 y 389⁶⁴.

Existen, además, los deberes de información y comunicación establecidos en los artículos 5 y 6 del Decreto-Ley nº. 446/85, de 25 de octubre, la denominada Ley de las Cláusulas Contractuales Generales (en adelante "LCCG"), que también deben ser consideradas si el contrato swap es un contrato de adhesión⁶⁵. Incluso el CVM establece la equiparación entre el inversor y el consumidor (art. 312-B.2.b) y 321.3)⁶⁶.

Como se puede ver de la descripción sumaria del marco legal español y portugués, las normativas no difieren mucho, por lo que podemos hacer un análisis conjunto sobre qué informaciones debe dar el intermediario financiero.

49 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 900; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 88-97. Contra véase STRL, Proceso nº 309.11.8TVLSB.L1-7, 13 mayo 2013.

50 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 77-88.

51 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 968; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, p. 14; PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª Edición, Almedina, 2016, p. 711.

52 **Derecho portugués:** STRL, Proc. nº 540/11.6TVLAB.L2-1, 28 abril 2015.

53 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 968; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 60-61.

54 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 55, 66-67. Defiende este autor que el criterio de inversor medio debe ser interpretado de forma restrictiva, mencionando la SSTJ, Proc. n. 1387/11.5TBCL.G1.S1, 10 octubre 2013.

55 **Derecho portugués:** SSTJ, Proc. nº 1880/10.7TVLSB.L1.S1, 16 junio 2015 y dictamen jurídico de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO ahí mencionado.

56 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 62, 65 y 102-114; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo...*, p. 18; PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, p. 712; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, p. 61; SSTJ, Proc. nº 1880/10.7TVLSB.L1.S1, 16 junio 2015.

57 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, p. 66.

58 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 55-60, 70 y 72.

59 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 107-109.

60 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 968; SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp.117-118; pp. 118-145; STRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015.

61 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 76-77; 117-118; 145-151.

62 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 76-77; 117-118; 150-168.

63 **Derecho portugués:** Sobre la conjugación de las tres consecuencias, véase SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp.159-163.

64 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 151-152.

65 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 95-96 y 170; SSTJ, Proc. n.º 1880/10.7TVLSB.L1.S1, 16 junio 2015.

66 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 110-114.

En el presente caso, el árbitro ha determinado que el contrato era simple y no complejo desde una perspectiva económica y no jurídica. No obstante esa clasificación, consideró efectivamente aplicables los deberes de información establecidos en la LMV, afirmando que no se había hecho el obligatorio *test* de conveniencia. Concluye, por ende, que hubo incumplimiento de los deberes de información derivados de la normativa bancaria.

En lo relativo al grado de conocimiento de los *swaps* por Caslofran a efectos de determinar si el error es invalidante, determinó el árbitro que no hubo error-vicio en función del conocimiento que de hecho tenía el inversor, considerando que no existe entre las partes una asimetría que invalide el consentimiento prestado por Caslofran. Debido a la poca información presente en la sentencia que aquí comentamos, no nos es posible determinar si hubo un pedido de daños y perjuicios por parte de Caslofran y si dicho pedido fue o no desestimado y porqué.

4. El concepto de orden público

El orden público es un concepto jurídico indeterminado con gran relevancia en el arbitraje⁶⁷, no sólo a efectos de impugnación de laudos (orden público negativo), sino también a efectos de determinar, por parte de los árbitros, normas que exigen su aplicación (orden público positivo o *lois de police*).

Por eso, es de suma importancia plantearse criterios para determinar si una norma es de orden público. Esta definición deberá tener en cuenta el prisma de la impugnación de laudos, puesto que lo que está verdaderamente en causa es un control mínimo que los tribunales ordinarios deben hacer, interpretando restrictivamente dicho concepto⁶⁸.

En España, a efectos de anulación, establece la Ley de Arbitraje en su art. 41.1.f) (en adelante "LA") que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el laudo es contrario al orden público.

Nos dice SALA SÁNCHEZ que el orden público desde el prisma del arbitraje es "[el] conjunto de normas jurídicas imperativas para las partes; como derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados por la Constitución; como principios inspiradores del ordenamiento jurídico, necesarios para la conservación de los modelos estatal, de sociedad y económico de un pueblo y época determinadas; como principios y formalidades esenciales para el ordenamiento jurídico procesal nacional e internacional; como exigencias vertebrales de la ética y la equidad; como principios que fundamentan que el interés general prevalezca sobre el particular e incluso como principios y disposiciones destinados a la protección de minorías o de personas que estén situadas en un plano de inferioridad, principalmente en el campo de transacciones económicas complejas"⁶⁹. Defiende, además, FERNÁNDEZ ROZAS que se deberán incluir "el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de derecho, prohibición de discriminación o la prohibición de expropiación sin un debido proceso"⁷⁰.

En Portugal la Ley de Arbitraje Voluntario de 1986 no establecía como fundamento de anulación la violación del orden público, aunque la doctrina y jurisprudencia sí creían que los laudos podrían ser anulados con base en este fundamento. Esto significaba que había mayores dudas en cuanto a su concepto. La nueva LAV si establece como fundamento de anulación de laudos la violación de "*princípios da ordem pública internacional do Estado português*"⁷¹.

Una buena definición se puede encontrar en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia portugués: "*a ordem pública internacional do Estado Português, distinta da ordem*

67 **Derecho español:** JUAN CADARSO PALAU, "Artículo 41, Motivos", *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. Julio González Soria, Thomson/Arazandi 2004, p. 436. **Derecho portugués:** ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 593-594.

68 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, Arbitraje, Vol. VIII, nº 3, p. 824, ("Centrándonos, pues, en el control de anulación del laudo, debe adelantarse su carácter negativo, pues únicamente tendrá eficacia cuando no se hayan respetado los principios esenciales que conforman el arbitraje y su tramitación. Dicho control se fundamenta en tres elementos. En primer lugar, en su carácter limitado, que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva"); PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 10-13; ATSJ País Vasco, 19 abril 2012; STSJ Comunidad Valenciana, 19 noviembre 2014; STSJ Canarias, 19 junio 2015; STSJ Cataluña, 19 diciembre 2016. **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Ordem Pública nas Arbitragens: as últimas tendências*, VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, p. 74; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, pp. 453-454: "[a] interpretação dos preceitos legais devem considerá-los na íntegra e deve inseri-los no contexto a que pertencem: por isso existe uma hermenêutica jurídica, diversa da meramente vocabular e linguística. A essa luz, a ordem pública, inserida na lei para sancionar o conteúdo de decisões internas não equivale à usada para ponderar o resultado de decisões internacionais".

69 PASCUAL SALA SÁNCHEZ, *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones*, in *Arbitraje*, vol. IX, 2016 (2), p. 352. Véase, asimismo, **Derecho español:** J.A. XIOL RÍOS, "Comentario al art. 41", *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. C. González Bueno, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 833 y siguientes; JESÚS REMÓN, "La anulación del Laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 1/2008, p. 116; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 825 y 828-831, 839-840; MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43-2016, pp. 86-87; STC 43/1986, de 15 de abril; SAP Madrid, 4 octubre 2003; ATS, 24 octubre 1979; STSJ Murcia, 28 junio 2012; STSJ Cataluña, 7 enero 2014; STSJ Madrid, 28 enero 2015; SAP Alicante, 15 junio 2011; STSJ Canarias, 9 julio 2012; STSJ Madrid, 23 mayo 2012; STS, 31 diciembre 1979; STSJ Cataluña, 19 diciembre 2016; STSJ Madrid, 28 setiembre 2016; STC, nº 54/1989, de 23 de febrero; STSJ Madrid, 21 julio 2015; SAP Madrid, 26 mayo 2000; SAP Valencia, 6 febrero 2002.

70 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 839-840; contra véase PILAR PERALES VISCASILLAS, *Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011-2015)*, in *La Ley*, Especial Cuadernos de Mediación y Arbitraje, Número 7, Año XXXVII, p. 2; y MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos arbitrales...*, pp. 88-89.

71 **Derecho portugués:** Art. 46.3.b)ii) LAV.

*pública de direito interno, é constituída por aquele conjunto de normas e conecções sobre a vida em sociedade que servem de base ao nosso sistema ético-jurídico e que devem respaldar a prolação de decisões jurisprudenciais equitativas, independentemente dos fundamentos que as sustentam*⁷².

Tanto en España como en Portugal, se intenta distinguir el orden público interno del orden público internacional⁷³, pero como en tierras lusas la LAV hace referencia específica al orden público internacional del Estado portugués a efectos de anulación existen sendos comentarios sobre este tema⁷⁴. Incluso, MENEZES CORDEIRO, lo llama orden público internacional-interno al previsto en el artículo 46.3.b).ii) afirmando que "Além de todos os elementos que encontramos na internacional, a 'internacional-interna' joga, ainda, com os princípios totalmente injuntivos, isto é: aqueles que se impõem e que não poderiam ser postergados pelo recurso a árbitros"⁷⁵, todavía nos dice que: "a ordem pública internacional-interna fica próxima da ordem pública interna: dela só se distingue por ter, implícita, uma mensagem legislativa de só se recorrer a ela em casos substancialmente sérios"⁷⁶.

Es nuestro entendimiento que el concepto de orden público es igual a efectos de anulación y de reconocimiento de laudo arbitral ya que lo que realmente importa es que en un determinado país se pretende dar eficacia y/o ejecutar un laudo arbitral, independientemente de la "nacionalidad" del laudo⁷⁷. Pero, una cosa es cierta, no se puede

confundir, como lo hace el TSJ de Madrid en esta sentencia, orden público y normas imperativas^{78/79}.

En efecto, no se pueden confundir los distintos conceptos legales de orden público: orden público interno, (orden público lato y orden público restringido)⁸⁰, orden público procesal, orden público internacional y orden público europeo⁸¹. Una cosa es una anulación en arbitraje, otra es la cláusula de reserva de orden público en derecho internacional privado⁸².

Pero y ¿qué es eso del Orden Público Económico?⁸³

Tal como lo entiende el TSJ en esta sentencia, con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunales Ordinarios, son principios básicos constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español de la contratación⁸⁴ y entiende alguna doctrina y jurisprudencia española que los deberes de información establecidos en la LMV son de Orden Público Económico⁸⁵.

El TSJ en el presente caso aplica un concepto amplio de lo que es el orden público, aproximándose a las posiciones defendidas por alguna doctrina portuguesa, introduciendo toda normativa basada en la buena fe⁸⁶. Pero, como hemos dicho, de ningún modo se puede confundir orden público con normas imperativas⁸⁷. El hecho de que el inversor pueda renunciar a la protección que le garantiza esta normativa nos hace pensar que no son normas de orden público ("opting up")⁸⁸.

72 **Derecho portugués:** SSTJ, Proc. nº 50/14.0 YRGM.R.S1, 20 octubre 2015. Véase asimismo, Manuel Barrocas, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 79-80.

73 **Derecho español:** JUAN CADARSO PALAU, "Artículo 41, Motivos", *Comentario...*, p. 440; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 824, 828 y 848-850; STSJ País Vasco, 18 febrero 2013; SSTJ Cataluña 19 diciembre 2016. **Derecho portugués:** ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação da sentença Arbitral*, Almedina, 2014, pp. 71 y siguientes.

74 **Derecho portugués:** ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação...*, pp. 71 y siguientes;

75 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 454;

76 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 454. En sentido próximo, véase SSTJ, Proc. nº 103/13.1YRLSB.S1, 4 marzo 2017.

77 **Derecho español:** STSJ País Vasco, 18 febrero 2013 ("Siendo éste el contenido imprescindible del orden público (que lo es por igual, del orden público interno, del orden público internacional y, en consonancia con los convenios internacionales de derechos fundamentales, también del orden público transnacional) que ha de ser tenido en cuenta en la función del control postarbitral de un laudo recaído en un procedimiento arbitral, ya se trate de un arbitraje interno o de un arbitraje internacional"). **Derecho portugués:** RUTE ALVES/IÑAKI CARRERA, "(Des)orden Pública Internacional", *infra*.

78 **Derecho español:** JUAN CADARSO PALAU, "Artículo 41, Motivos", *Comentario...*, p. 437; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 830 y 838; STSJ Madrid, 6 abril 2015; STSJ Madrid, 21 abril 2015; SAP Madrid, 4 abril 2008; SAP Madrid, 12 mayo 2008; AAP Madrid, 7 junio 2011. **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, pp. 448 y 453; STRL, Proc. nº 2455/13.4YLLSB-A.L1-2, 14 abril 2016, ("[s]ão coisas diversa as normas que se revistam de imperatividade na ordem jurídica interna e os princípios que integram a ordem pública internacional. Enquanto aquela se reporta ao conjunto de normas imperativas do nosso sistema jurídico, constituindo um limite à autonomia privada e à liberdade contratual; a ordem pública internacional restringe-se aos valores essenciais do Estado português, representando os princípios e regras veiculados pela ordem pública internacional um núcleo mais restrito do que aqueles que subjazem à "ordem pública de Direito material", referida designadamente nos artigos 271.º, n.º 1, 280.º, n.º 2 e 281.º todos do Código Civil").

79 Véase, por curiosidad, el laudo alemán BGH de 28 de enero de 2014 que dice expresamente que no es contrario al orden público todo lo que contraría normas imperativas, sino que además debe ser contrario a principios fundamentales del Derecho Alemán Citado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 450, n. 1752.

80 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª Ed. 2012, pp. 584 y siguientes.

81 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, pp. 444-445.

82 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 453. En sentido contrario nos dice LIMA PINHEIRO: "o reconhecimento de efeitos de sentença estrangeiras é uma técnica de regulação de situações transnacionais e o princípio de reserva jurídico-material deve ser respeitado em igual medida qualquer que seja a técnica de regulação. O decisivo para a intensidade da actuação da reserva de ordem pública internacional é o grau de ligação entre a situação e o Estado do foro e não a circunstância de a situação ter ou não ter sido objecto de decisão estrangeira", in *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Almedina, 2012, p. 521.

83 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 830-831.

84 **Derecho español:** STC, 23 de febrero de 1989; STS, 20 enero 2014 y 22 abril 2015.

85 **Derecho español:** FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Negociación de swaps...*, pp. 16-17 y 18; STSJ Madrid, 28 enero 2015, 6 abril, 14 de abril, 23 octubre y 17 noviembre de 2015. Contra MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos arbitrales...*, p. 88.

86 **Derecho español:** contra PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 11 ("...enlazar el orden público económico y el principio de la buena fe como motivo habilitante para anular el laudo es tanto como abrir un cajón de sastre que va a ser sin duda alguna utilizado como un factor atrayente de acciones de nulidad, tan amplio, vago e indeterminado, que es contrario a la misma esencia de los causales de anulación como supuestos de interpretación estricta y restringida...").

87 **Derecho español:** MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos arbitrales...*, p. 89; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 11. **Derecho portugués:** SSTJ, 23 octubre 2014; STRL, 14 de abril de 2016; SSTJ, 13 de julio de 2017.

Se olvida, pues, el TSJ sacar conclusiones de que el inversor puede renunciar a la protección que le da la normativa bancaria, al solicitar que se le considere inversor profesional. ¿Es qué no defiende, el TSJ, que el orden público son reglas básicas y principios **irrenunciables** de la contratación? El hecho de que la renuncia deba cumplir ciertos requisitos no lo hace irrenunciable.

Además, entendemos que no es correcto el entendimiento (aunque inconsciente) del TSJ de que la vulneración del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos por incumplimiento de los deberes de información conlleva automáticamente al vicio de consentimiento. Ante un incumplimiento de dichos deberes, deberá el Árbitro/Juez tener en cuenta los supuestos establecidos en ambos países sobre el error esencial. Fue lo que hizo el Árbitro en el laudo arbitral, consideró que había incumplimientos de los deberes de información pero no significó un consentimiento viciado por parte del inversor.

La libertad del árbitro para concluir sobre el error-vicio es, incluso defendida por el TJSM en el presente caso, veamos: *"en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (...). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento"*.

O sea, el árbitro puede determinar, libremente si hay o no un error sustancial por vulneración de los deberes de información⁸⁹, y esto no puede ser reexaminado por el TSJ⁹⁰.

5. La anulación del laudo por vulneración del orden público y por la falta de motivación

En España, la impugnación del laudo viene regulada en el Título VII, artículos 40 al 43 de la LA. En cuanto a Portugal, la LAV, está establecida en el Capítulo VII (*Da Impugnação da sentença arbitral*), artículo 46. Tanto en España como en Portugal esta acción de anulación no es un recurso de apelación, sino un proceso declarativo especial⁹¹. El hecho de que sea una acción declarativa especial es relevante pues el tribunal se pronuncia solamente acerca de la validez del laudo, no sustituyendo la decisión anterior. Por tanto, en caso de anulación la controversia seguirá sin estar resuelta, teniendo un carácter rescindente y no rescisorio^{92/93}.

Los motivos de anulación son tasados y para el presente caso nos interesa la vulneración del orden público (art. 41.1.f) LA y 46.3.b).ii) LAV) y la falta de motivación (art. 41.1.f) LA y art. 42.3 LAV (ex vi art. 46.3.a).vi) LAV)).

La contravención del orden público tiene que ser flagrante, efectiva y concreta, verificando los tribunales ordinarios si estamos ante una violación grave⁹⁴. Además, la revisión del fondo del asunto está vedada a los tribunales ordinarios, tanto en España, mediante el principio de intervención judicial mínima (art. 7 LA)⁹⁵, como en Portugal, estableciéndose expresamente en el artículo 46.9 LAV que "[o] tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões

88 **Derecho portugués:** SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, pp. 100-101 y 106.

89 **Derecho español:** Hablando de una presunción, nos dice MANUEL CONTHE, *Swaps de intereses...*, p. 5: "cuando una entidad no las cumple [las obligaciones de información] cabe presumir que la empresa pudo incurrir en error esencial excusable, salvo que la entidad demuestre lo contrario"; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 5, "El motivo que aduce el TSJM en los casos enjuiciados es la contravención del orden público económico, y en concreto la falta de motivación de los laudos por los árbitros, pero no incide, ni tiene por qué hacerlo, al menos así lo indica como petición de principio el TSJM en si el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento". Véase asimismo, PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 22-25. **Derecho portugués:** Nos dice SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Contrato Swap de Taxa de Juro...*, p. 160: "Importará sempre esclarecer que, a existência de um determinado dever de informação e esclarecimento será sempre independente da essencialidade que o mesmo possa ter para a correta formação da vontade". Véase asimismo pp. 171-172; La sentencia del TRL, Proc. nº 540/11.6TVLSB.L2-1, 28 abril 2015, parece que da prioridad a la anulación del swap sobre la obligación de indemnizar: "o dispositivo legal da responsabilidade civil do nosso direito civil revela-se economicamente ineficiente porque não contém um mecanismo claramente dissuasor da prática de ilícitos".

90 **Derecho español:** En sentido próximo, pero haciendo apenas mención a la indemnización, nos dice MANUEL CONTHE, *Swaps de intereses...*: "pero la fijación de esa eventual indemnización habría entrado dentro del margen de apreciación de las circunstancias del caso por los árbitros y en ningún caso podría haber sido objeto de revisión por el TSJ al amparo de la acción de anulación".

91 **Derecho español:** JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (Coord.), *Curso de Derecho Arbitral*, Valencia, 2009, pp. 216-217. **Derecho portugués:** DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Edición, revista y actualizada, 2017, p. 147.

92 **Derecho español:** JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (Coord.), *Curso...*, pp. 216 y 229; JESÚS REMÓN, *La anulación del laudo...*, pp. 119 y 121; MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ BALLESTEROS, "Artículo 40, Acción de anulación del laudo", *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. Julio González Soria, Thomson/Arazandi 2004, p. 412; JESÚS REMÓN, *Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas*, InDret 3/2007, p. 7; MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos...*, p. 86; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 6; STS, 21 febrero 2006; SSTC, 23 noviembre 1995 y 30 abril 1996; STSJ Cataluña, 14 julio 2014. **Derecho portugués:** MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Edición, 2014, pp. 314-315; STRL, 13 julio 2017.

93 IÑAKI CARRERA, *Anotação ao Acórdão Chromalloy*, pp. 169-170, in AA.VV., *100 Anos de Arbitragem, Os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, 2015;

94 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, p. 831; STSJ Cataluña 7 enero 2014; STSJ Madrid, 24 de junio de 2014; STSJ Madrid, 5 de noviembre de 2013.

95 **Derecho español:** PASCUAL SALA SÁNCHEZ, *El principio...*, pp. 337 y siguientes; JESÚS REMÓN, *La anulación del Laudo...*, p. 116; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden...*, p. 824; MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos...*, pp. 86 y 87; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 5 y 7; STC 43/1986, 15 abril; STC 54/1989, 23 febrero; STC 131/1991, 17 junio; STC 91/2000, 30 marzo; STSJ Madrid, 3 febrero 2012; STSJ Madrid, 24 junio 2014; STSJ Madrid, 13 junio 2013; STSJ Madrid, 5 noviembre 2013; STS, 15 septiembre 2008; ATSJ País Vasco, 19 abril 2012.

por aquella decididas...". De no ser así, de nada serviría la voluntad de las partes de que sean los árbitros quienes decidan su controversia y no un tribunal ordinario⁹⁶, transformándose los tribunales arbitrales en una instancia previa, pero con la gravedad de no admitir rectificación, pudiendo ocurrir que una determinada controversia sea decidida por un tribunal arbitral infinitas veces e infinitas veces anulada, hasta que coincidiera el entendimiento del árbitro con el del juez⁹⁷.

Por eso es necesario tener mucho cuidado con las anulaciones basadas en el orden público, puesto que fácilmente las partes perdedoras lo alegarán de forma abusiva y los jueces controlarán abiertamente el fondo del asunto del laudo arbitral^{98/99}.

Atendiendo a lo mencionado, el control hecho por los tribunales ordinarios en el panorama ibérico debe seguir los siguientes supuestos:

- No se pueden reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral¹⁰⁰;
- No se puede corregir/completar sus deficiencias u omisiones¹⁰¹;
- No se puede valorar la prueba que se practicó durante el procedimiento arbitral¹⁰²;

- No se puede complementar la prueba presente en el procedimiento¹⁰³;
- No se puede examinar su motivación¹⁰⁴;
- No se puede efectuar la revisión del juicio de derecho realizado en el laudo¹⁰⁵.

En suma, no se puede analizar la justicia del laudo, ni sus deficiencias o el modo más o menos acertado de laudar¹⁰⁶.

En cuanto a su aplicación, que es lo que nos va a interesar en este capítulo, se deberá apenas identificar una de las siguientes cuestiones: (i) si ciertas normas son de orden público y no han sido aplicadas; o (ii) si el laudo arbitral, con su decisión, ha contravenido dichas normas. La pregunta esencial es cómo se hará esta identificación, siendo nuestro entendimiento que el Tribunal "de control" debe hacer lo siguiente:

- 1.º Identificar qué normas son de orden público;
- 2.º Identificar si el árbitro las consideró aplicables al caso o si el contenido de la decisión vulnera dicho orden público.

En lo que respecta al último punto, esta evaluación debe ser hecha *prima facie* del laudo y del procedimiento¹⁰⁷, por lo que estará vedado al juez saber si las aplicó bien o

96 **Derecho español:** JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (Coord.), *Curso...*, p. 229; PASCUAL SALA SÁNCHEZ, *El principio...*, pp. 340 y 341; STC 43/1988; Auto 231/1994, de 18 de julio del Tribunal Constitucional; STC 174/1995; ATS 1ª 15 de noviembre de 2005; STSJ Madrid CP 1ª 7 febrero 2014, recurso 54/2013; SAP Madrid 20ª 26 septiembre 2007; SAP Madrid 18ª de 3 de mayo de 2011; STS, 22 de junio de 2009; STSJ Madrid de 21 de abril de 2015; STC de 18 de julio de 1994. **Derecho portugués:** JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Anotación al artículo 46", DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Edición, revista y actualizada, 2017, p. 154, ("*Consagra-se aqui [artigo 46.º, n.º 9 da LAV] a proibição de o tribunal estadual proceder ao reexame do mérito da sentença arbitral. Conferir ao tribunal estadual o poder de reexaminar o mérito de uma decisão arbitral equivaleria a negar a definitividade da própria decisão arbitral.*"); DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública*, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Galvão Teles, p. 327, "[p]oria em risco a eficácia da arbitragem como meio de resolução extrajudicial de litígios e o reforço da atratividade do sistema jurídico nacional do ponto de vista da localização de arbitragens em Portugal, visado através da presente reforma."; STRL, 13 julio 2017 ("*A apreciação a efectuar por parte dos tribunais estaduais sob a perspectiva da compatibilidade do conteúdo da decisão com a ordem pública terá de assentar numa interação de dois vectores: eficácia do exercício do controlo e o cuidado em não bulir com a 'definitividade' da decisão arbitral*").

97 **Derecho español:** véase PASCUAL SALA SÁNCHEZ, *El principio...*, p. 351.

98 NIGEL BLACKABY, J. MARTIN HUNTER, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN, *Redfern and Hynter on International Arbitration*, 6ª Edición, 2015, pp. 598-599.

99 **Derecho español:** véase lo que dice un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco: "[l]a ampliación injustificada o descuidada de la noción de orden público además de conllevar un serio riesgo de banalización o, aún más grave, de devaluación del principio, podría afectar muy negativamente al arbitraje al extender más allá de lo necesario el ámbito objetivo del control, incentivar intervenciones judiciales más agresivas y fomentar las pretensiones de anulación y oposición al reconocimiento y ejecución de quienes solo están dispuestos a respetar sus reglas y resultados cuando aquel les resulte favorable..."; ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, *El control postarbitral del laudo extranjero. El Convenio de Nueva York. Y la Causal de Orden Público*, in VIII Congreso del Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2015, p. 40; PASCUAL SALA SÁNCHEZ, *El principio...*, pp. 335-336; SAP Madrid, 10 diciembre 1991; SAP Madrid, 30 septiembre 2010; SAP Baleares, 26 enero 2011.

100 **Derecho español:** PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 5.

101 **Derecho español:** JESÚS REMÓN, *La anulación del Laudo...*, p. 119; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 5; STS, 17 marzo 1988; STS, 28 noviembre 1988; STS, 7 junio 1990. **Derecho portugués:** STRL, Proc. nº 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, 14 abril 2016, ("*a acção de anulação de sentença arbitral se limita a apreciar fundamentos formais de validade da mesma, não comportando, por isso, a reapreciação da prova produzida...*").

102 **Derecho español:** MANUEL VÉLEZ FRAGA/LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *La anulación de laudos...*, p. 87; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 25; SAP Barcelona, 11 marzo 2009; SAP Barcelona, 30 junio 2009; STSJ Cataluña, 14 julio 2014.

103 **Derecho portugués:** JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Anotación al artículo 46", p. 154.

104 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, p. 825, contra véase SSTJ Madrid, 28 setiembre 2016.

105 **Derecho español:** STSJ Cataluña, 14 julio 2014. **Derecho portugués:** SSTJ, Proc. nº 1698/08, 10 julio 2008; STRL, Proc. nº 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, 14 abril 2016; MANUEL BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 184, §25.

106 **Derecho español:** STS, 14 julio 1986; SAP Vizcaya, 12 febrero 2009, contra véase SSTJ Madrid, 28 setiembre 2016.

107 **Derecho portugués:** JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Anotación al artículo 46", p. 151; SSTJ, 10 julio 2008; SSTJ, 26 septiembre 2017, ("*...nao se confunde com revisão de o controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado do foro: o juiz, ao apreciar a sentença arbitral em questão, não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se tal sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro: «O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas», como estatui o art. 46º nº 9 da LAV, pelo que, a apreciação de uma alegada violação de ordem pública internacional, não podendo envolver um reexame do mérito da decisão, deve limitar-se, numa avaliação prima facie, aos casos de aparente ou manifiesta contradição com os princípios que integram essa ordem, ponderando a situação que a decisão estabelece e não os fundamentos em que esta assenta.*").

mal¹⁰⁸, aunque se pueda admitir que el control llegue a casos notorios de mala aplicación, puesto que no se pueden permitir decisiones arbitrarias¹⁰⁹, pudiendo hablarse de no aplicación *tout court*. Esto quiere decir que el juez tendrá que hacer, indirectamente, una revisión muy limitada del fondo, a efectos de determinar dicha arbitrariedad¹¹⁰, sin decidir cuestiones de hecho ni de derecho¹¹¹. Además, este control solamente dice respecto a la parte decisoria y no a sus fundamentos¹¹².

Esta posición no contraría lo defendido por el Tribunal Superior en el presente caso en lo referente a la vulneración de la tutela judicial efectiva sobre la motivación del laudo. Tal como lo afirma la sentencia, solamente en casos de un laudo arbitrario, ilógico o absurdo y casos de error patente se puede anular un laudo por ese causal¹¹³.

En cuanto a la falta de motivación, como hemos dicho antes, en Portugal es un causal autónomo del orden público, mientras que en España no¹¹⁴. No cabe duda que existe una obligación por parte de los árbitros para motivar su laudo, tanto en España como en Portugal. Otra cosa es la revisión que pueden hacer los tribunales ordinarios a efectos de anular un laudo con base en una motivación equivocada, frágil, insuficiente o deficiente¹¹⁵.

Nos dice PILAR PERALES VISCASILLAS¹¹⁶, utilizando como guía el ATSJ País Vasco, que esta revisión debe seguir los siguientes parámetros:

- La motivación responde a los cánones de razonabilidad;
- La motivación contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión;

- La motivación no resulta manifiestamente irrazonada, irrazonable, ni incurre en error patente.

En suma: "en ningún caso cabrá admitir como decisiones motivadas y razonadas aquéllas en las que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas"¹¹⁷.

Nos dice así el TSJ de Madrid: "la genérica vulneración del orden público, que frecuentemente se alega como causa de anulación del laudo para discutir los fundamentos en los que se basó la resolución arbitral, solo puede prosperar cuando hubiera una ausencia notoria de motivación, que impidiera conocer las razones de la decisión, o cuando el conjunto de los argumentos del árbitro denotaran un total apartamiento de la racionalidad exigible a la resolución de la controversia, que fueran la manifestación de una notoria arbitrariedad."¹¹⁸.

A pesar de lo anterior, en la sentencia que aquí comentamos, el TSJ entiende que la revisión del fondo de la controversia y/o de la argumentación del laudo no está vedada, aunque afirme que la acción de anulación no abre una segunda instancia en el que se pueda revisar sin limitaciones, con plenitud de jurisdicción el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado. De manera contradictoria afirma que el juicio de Derecho puede ser revisado sin limitaciones para delimitar si los eventuales defectos de motivación son subsumibles en la categoría de infracción del orden público. Incluso concluye que "la Sala no puede compartir que, en una simplificación extrema y carente de

108 **Derecho español:** ATSJ País Vasco, 19 abril 2012. **Derecho portugués:** STRL, 13 julio 2017. Contra, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, pp. 313-314 y ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública*, in Temas de Direito da Arbitragem, Coimbra Editora, 2013, p. 330, ("o controlo da sentença arbitral, em matéria de direito, deve abranger não só a aplicabilidade das normas e princípios de ordem pública vocacionados para reger a situação litigiosa, mas também a concreta aplicação pelo árbitro de tais regras e princípios. O juiz não pode contentar-se com a verificação da aplicabilidade dessas regras ou princípios de ordem pública, limitando-se a verificar se eles "foram tidos em conta", pelo árbitro, sem escrutinar o modo como este realmente os aplicou").

109 **Derecho español:** MANUEL CONTHE, *Swaps de intereses...*, "en reiteradas ocasiones he defendido que la posibilidad de que los Tribunales de Justicia, al amparo del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, puedan anular aquellos laudos que contengan vicios graves es bueno, como regla general, para el arbitraje, pues ese riesgo de anulación tiene un saludable efecto disciplinante sobre los árbitros"; STSJ Cataluña 7 enero 2014, STSJ Andalucía 11 octubre 2013. **Derecho portugués:** DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação da Sentença Arbitral...*, p. 335; SSTJ, Proc. nº 103/13.1YRLSB.S1, 14 marzo 2017, ("...não se cuida aqui de aquilatar da adequação da fundamentação de facto ou de direito utilizada pelo árbitro para a concretização das estipuladas consequências do declarado incumprimento – designadamente se foi mal aplicado o direito espanhol, ou eventualmente, o comunitário – nem, também, de uma hipotética divergência entre as regras de direito que foram aplicadas e a que seriam aplicadas pelos tribunais portugueses se tivessem sido estes a conhecer do litígio que foi submetido a arbitragem necessária"). En contra véase ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de sentença arbitral...*, p. 333, ("Quando verifique que o árbitro errou, deve o juiz, comparando a situação criada pela sentença arbitral com a que resultaria da correta aplicação da regra ou princípio da ordem pública desapplicada pelo árbitro, verificar se é grave a divergência detetada entre essas duas situações, à luz dos objetivos prosseguidos por tal norma ou princípio, pois só uma ofensa concreta e séria (grave) aos fins que aqueles prosseguem deve ser sancionada. Não devem, por isso, ser anuladas sentenças arbitrais que, apesar de conterem erros flagrantes, não têm consequências importantes sob o ponto de vista dos objetivos visados pelas disposições de ordem pública em causa").

110 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, p. 832; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 10.

111 **Derecho portugués:** DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação da Sentença Arbitral...*, p. 335.

112 **Derecho portugués:** ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 453.

113 **Derecho español:** STSJ Madrid, 13 junio 2013.

114 **Derecho español:** JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Contravención al orden público...*, pp. 844-847; PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 6-7; STSJ Andalucía, 11 octubre 2013.

115 **Derecho español:** PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 9-10; STSJ Andalucía, 11 octubre 2013.

116 **Derecho español:** PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, pp. 9-10. **Derecho portugués:** con sabe en la anterior ley véase STJ, Proc. nº1698/08, 10 julio 2008: "Só em caso de falta absoluta de motivação gera uma situação de nulidade da sentença arbitral, de acordo com o disposto nos arts. 27.º, n.º 1, alínea d), e 23.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86; sempre que a motivação seja deficiente, não havendo lugar a anulação, essa deficiência será suscetível de impugnação através de recurso interposto contra a sentença arbitral, se houver lugar ao mesmo".

117 **Derecho español:** Decisión citada por PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 10.

118 **Derecho español:** STSJ Madrid, 7 febrero 2014.

justificación, se pretenda asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de 'error patente' – apreciable sin necesidad de elucubración alguna-; o que, como a veces se ha propugnado en el colmo del simplismo, se aduzca a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación".

El control de la motivación del laudo sirvió al TSJ para fiscalizar la motivación en general, y la valoración probatoria, en particular.

Por eso el TSJ yerra en esta sentencia al haber indagado, con gran detalle, la doctrina y jurisprudencia sobre el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos. Incluso entra en el fondo del asunto cualificando al inversor de minorista, estableciendo la complejidad o no del contrato y determinando si el inversor tenía o no efectivo conocimiento del *swap* a efectos de determinar si había o no error-vicio de consentimiento. Estamos ante un verdadero recurso. Que no haya duda.

Además, el propio TSJ cita decisiones en las que se afirma expresamente que: *"la omisión del test que debía recoger*

*esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"*¹¹⁹.

Por ende, el TSJ se sustituye al árbitro, al decidir de otra forma. El árbitro tiene total libertad de averiguar si hubo o no vicio de consentimiento sin contravenir el orden público, ni mucho menos la normativa MiFD.

No creemos, acompañando el Presidente del TSJ de Madrid, que la motivación del árbitro sea arbitraria, puesto que éste ha considerado que hubo vulneración de los deberes de información, y aún entendió que, teniendo en cuenta el efectivo conocimiento del inversor, no hay vicio de consentimiento.

La única conclusión a la que podemos llegar es la de que estamos ante un recurso encubierto en el cual el TSJM decide la controversia con la agravante de que su decisión no substituye el árbitro. Las partes tendrán que volver a la casilla de salida¹²⁰.

¹¹⁹ **Derecho español:** STSJ Madrid, 20 enero 2014.

¹²⁰ **Derecho español:** lo mismo concluye PILAR PERALES VISCASILLAS, *Contratos de permuta financiera y arbitraje...*, p. 12, *"la mayoría de la Sala del TSJM ha desnaturalizado y pervertido la acción de anulación en la que conviven la propia acción de anulación de los laudos típica del arbitraje, el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación y el de apelación. Todo en uno"*.

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM: ALGUNS PROBLEMAS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DO PORTO DE 8 DE MARÇO DE 2016

António Pedro Pinto Monteiro

Doutor em Direito (FDUNL)
Pós-Graduação em Arbitragem (FDUNL)
Associado Sénior PLMJ Arbitragem

João Tornada

Mestrando em Direito Orientado
para a Investigação (FDUCP)
Advogado-estagiário PLMJ Arbitragem

Tribunal da Relação do Porto,

Processo n.º: 2164/14.7TBSTS.P1¹
Relator: Vieira e Cunha

Sumário:

I – Vigorando, entre nós, o princípio da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência (artºs 5º nº1 e 18º nº1 LAV), o tribunal estadual em que a acção foi proposta deve limitar-se a verificar a excepção de preterição do tribunal arbitral, mas assumindo que esse tribunal apenas pode decidir pela incompetência do tribunal arbitral nos casos de inexistência, nulidade ou ineficácia da cláusula compromissória.

II – Subsistindo porém a questão da amplitude do caso julgado formado na acção em que se discutiu a excepção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal arbitral deve ficar vinculado a aceitar a competência que o tribunal judicial lhe reconheceu, sob pena de nenhum dos tribunais, nem o tribunal judicial, nem o tribunal arbitral, se considerar competente para a apreciação de um mesmo objecto.

III – Nos termos do artº 36º nº1 LAV, é admitida a intervenção de terceiros no processo arbitral (independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral), intervenção que seria sempre imposta, para além da eficácia de um caso julgado absolutório, em matéria de preterição do tribunal arbitral, pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual – seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência.

IV – O contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos documentos relevantes das negociações revelar que várias partes ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento (mesmo tacitamente), essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem.

V – Um não signatário da arbitragem pode forçar um signatário a aceitar a arbitragem – basta que exista (ou seja invocada) uma actuação concertada entre o terceiro não

signatário e uma das partes signatárias do contrato, tudo com recurso à figura ou às várias figuras em que se desenrola o abuso de direito, que funciona então como paralisação da invocação da incompetência do tribunal arbitral.

VI – Os objectivos de plena realização prática dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação, subjacentes à norma flexibilizadora do nº7 do artº 6º RCP, só são plenamente alcançados se ao juiz for possível moldar o valor pecuniário correspondente ao remanescente da taxa de justiça devida nas causas de valor especialmente elevado, ponderando as especificidades do caso concreto”, de acordo com os critérios apontados no citado normativo.

Resumo:

O presente caso envolve duas sociedades autoras (1.ª Autora e 2.ª Autora) e quatro réus (1.º Réu, 2.ª Ré, 3.ª Ré e 4.ª Ré), numa complexa teia de contratos celebrados entre as partes, alguns dos quais com cláusulas compromissórias. Pelo que nos é dado a conhecer no acórdão sob anotação, podemos traçar o seguinte quadro:

A 2.ª Ré celebrou um contrato com as autoras, nos termos do qual garantiu o cumprimento de obrigações assumidas pela 3.ª Ré, contrato este que previa uma cláusula compromissória entre as autoras e a 2.ª Ré. Posteriormente, as autoras celebraram com a 3.ª Ré vários contratos de opção de venda de acções com vários aditamentos, contendo várias cláusulas compromissórias entre as autoras e a 3.ª Ré. Volvidos cerca de quatro anos, a 2.ª Autora celebrou individualmente com a 2.ª e a 3.ª Ré dois contratos de penhor de acções, tendo as referidas partes estabelecido em cada um deles cláusulas compromissórias. Para “compor o ramalhete”, o 1.º Ré intermediou e negociou o contrato que colocou a 4.ª Ré no capital social da sociedade (cujas participações sociais eram objecto do contrato de opção de venda de acções) e intermediou outros contratos com as autoras.

Em virtude do incumprimento da obrigação de pagamento do preço previsto nos contratos de opção de venda de acções, as autoras intentaram uma acção declarativa de condenação contra os 4 réus, cumulando vários pedidos². Sendo que, importa recordar, para além das autoras apenas a 2.ª e a 3.ª Ré vincularam-se – por meio de cláusulas compromissórias – a recorrerem à arbitragem para

¹ Disponível em www.dgsi.pt.

² Em causa estavam dois pedidos de condenação solidária dos réus ao pagamento do preço das acções objeto do exercício da opção de venda, acrescido do valor da cláusula penal prevista no contrato de opção de venda de acções acrescido de juros de mora vencidos e calculados até 25/07/2014, cumulado com pagamento dos juros de mora vincendos, a calcular sobre o preço das acções, desde o dia 26/07/2014 até integral pagamento, perfazendo um total de € 2.235.828,64 peticionado pela 1ª Autora e um total de € 2.047.009,92 pela 2ª Autora. *Cumulativamente*, a 2ª Autora peticionou ainda o pagamento de juros de mora devidos e encargos respetivos que o “Banco H” lhe viesse a exigir, por conta do atraso e falta de pagamento do valor de capital mutuado no âmbito do empréstimo celebrado. Subsidiariamente, as autoras peticionaram que os réus [ou qualquer Réu, caso a improcedência fosse apenas quanto a um ou mais réu(s)] fossem condenados pelo valor dos benefícios económicos e/ou lucros, associados aos rendimentos que retiraram/auferiram, nomeadamente nos anos de 2008, 2009 e 2010, dos negócios *sub judice* que foram celebrados com as autoras e/ou decorrentes da integração da “sociedade I...” (sociedade cujas acções eram objecto do contrato de opção de venda de acções) no “Grupo J...” e/ou da exploração da “I...”, directamente e/ou por via das empresas que controlavam e/ou tinham relações especiais e/ou detinham participações sociais e/ou eram Agrupados, nomeadamente, por via da “K...”, “S.A” e da “L...”, “ACE” e/ou através de qualquer outra entidade, até ao montante total peticionado nos pedidos principais.

dirimir todos os litígios atinentes à interpretação, execução ou cessação dos contratos *supra* referidos.

As autoras fundamentaram os seus pedidos no incumprimento desses contratos por partes dos réus, na violação da sua confiança jurídica, no exercício abusivo da personalidade jurídica colectiva dos réus e no enriquecimento sem causa. Adicionalmente, as autoras procuraram ainda justificar a preterição de processo arbitral em três ordens de razão. Em primeiro lugar, as autoras só podiam demandar a 3.^a Ré em processo arbitral, já que os demais réus não eram partes signatárias nem dos contratos de opção de venda de acções, nem das convenções de arbitragem neles contidas. Ademais, tanto o pedido (que abrangia todos os réus) como a causa de pedir extravasavam o escopo das cláusulas compromissórias, acarretando por isso a sua “inexequibilidade” ou “inaplicabilidade”. Em todo o caso, concluiriam as autoras, as várias convenções de arbitragem eram incompatíveis entre si, porquanto umas prescreviam a arbitragem institucionalizada, ao passo que outras previam o recurso à arbitragem *ad hoc*.

Por sua vez, o 1.^o Réu e a 2.^a Ré (em articulado conjunto) e a 4.^a Ré contestaram e arguíram a incompetência absoluta do tribunal por preterição de tribunal arbitral, alegando que o litígio em causa tinha como causa de pedir a apreciação dos contratos celebrados entre as autoras e a 2.^a e 3.^a Ré, os quais continham cláusulas compromissórias. A 3.^a Ré, apesar de ter sido regularmente citada, não apresentou contestação, ficando em revelia.

Em resposta, as autoras pleitearam pela improcedência dessa excepção dilatória por falta de legitimidade do 1.^o Réu, da 2.^a e da 4.^a Ré para a argüirem em juízo. Alega-

ram, ainda, que, em todo o caso, a convenção de arbitragem havia sido revogada tacitamente pela 3.^a Ré por esta não ter apresentado contestação. Enfim, sustentaram que o recurso à jurisdição estadual (e, conseqüentemente, a preterição do tribunal arbitral) era indispensável para fazerem valer em juízo, contra todas as partes, o direito de que se arrogavam, sob pena de violação dos princípios do dispositivo e do direito de acesso ao direito.

O tribunal de 1.^a instância deu provimento à referida excepção dilatória e declarou-se como absolutamente incompetente para o conhecimento da causa, absolvendo os réus da instância. Em sede de recurso para o Tribunal da Relação do Porto, as autoras vieram alegar que esse entendimento contendia com as normas constantes dos artigos 97.^o, n.^o 1, do Código de Processo Civil (CPC), e dos artigos 1.^o, 2.^o, 3.^o, 5.^o e 36.^o, aplicáveis *ex vi* art. 6.^o, (todos) da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), recuperando a sua tese de que, entre os 4 réus demandados, apenas a 3.^a Ré era parte da convenção de arbitragem, pelo que apenas esta teria legitimidade para arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral voluntário.

Cumprindo-lhe decidir, o Tribunal da Relação do Porto não concedeu provimento ao recurso de apelação. Para tal, sustentou que qualquer um dos réus litisconsortes tinha legitimidade para arguir a excepção de preterição de tribunal arbitral, concluindo, a final, pela existência de convenção de arbitragem e pela subsequente imposição do 1.^o Réu, da 2.^a Ré e da 4.^a Ré a intervirem no processo arbitral (se este se iniciar), por força da eficácia do caso julgado absolutório e pelo princípio da boa fé enquanto conduta processual.

Anotação

1. Introdução

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2016 versa sobre várias questões pertinentes e complexas – questões estas que, certamente, dificultaram a tarefa de julgar o presente litígio, tornando, porém, mais interessante (e desafiante) uma anotação ao mesmo.

De entre os vários problemas que se colocam, assume preponderância o tema da *intervenção de terceiros* – o tema “forte” do acórdão. Em todo o caso, para além desta questão, o Tribunal da Relação do Porto deparou-se, ainda, com outras igualmente controversas. Referimo-nos em particular: (i) aos vários problemas que se levantaram, no presente caso, com a *excepção de preterição de tribunal arbitral*

voluntário; (ii) ao tema da *revogação tácita da convenção de arbitragem por revelia do réu*; e (iii) à *alegada inconstitucionalidade por violação do princípio do dispositivo e do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva*.

O comentário que faremos de seguida irá analisar cada um destes temas e a posição adoptada pelo Tribunal da Relação do Porto em relação aos mesmos. No final, terminaremos a anotação com uma breve conclusão.

2. A intervenção de terceiros na arbitragem³

I – A arbitragem voluntária é, como se sabe, contratual na sua origem⁴. Em consequência desse facto, existe, por

vezes, uma certa tendência de presumir que a arbitragem envolve somente duas partes⁵. A verdade, porém, é que, ao contrário do que se poderia inicialmente pensar, o número de arbitragens com pluralidade de partes é cada vez maior (como o demonstra o presente caso e como o demonstram as estatísticas conhecidas de vários centros de arbitragem institucionalizada)⁶.

A arbitragem não se desenvolve, assim, apenas entre dois sujeitos, isto é, entre um demandante e um demandado. Com alguma frequência, encontramos casos em que o processo arbitral opõe vários demandantes a vários demandados (no acórdão sob análise, duas autoras a quatro réus). As razões para tal circunstância são conhecidas: o fenómeno da globalização e o rápido (e enorme) crescimento do comércio internacional das últimas décadas conduziram a um aumento do número e da complexidade das transacções comerciais – transacções estas que, muitas vezes, envolvem mais de duas partes⁷.

Neste contexto, os (muitos) problemas que a pluralidade de partes levanta na arbitragem têm vindo a ser discutidos na comunidade arbitral há já largos anos. Entre eles, o tema da *intervenção de terceiros*, sobre o qual o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/03/2016 incide particularmente.

II – A intervenção de terceiros na arbitragem é, desde há muito, uma questão controversa, fonte de inúmeras dúvidas e problemas (a ponto de, durante muito tempo, ter sido vista como uma fronteira que dificilmente viria a ser ultrapassada⁸). E a verdade é que, não obstante a atenção que, sobretudo nos últimos anos, tem sido dada a esta questão – quer por parte de vários legisladores⁹, quer por parte de alguma doutrina e jurisprudência –, ainda assim persistem os problemas e as dúvidas associadas a tal intervenção. Não surpreende, por isso, que, ainda hoje, muitos autores continuem a considerar a intervenção de terceiros como o grande desafio que se coloca na arbitragem internacional¹⁰; não surpreendendo, igualmente, alguns equívocos de que o acórdão sob anotação parece revelar (e que justificam considerações adicionais sobre o tema).

O problema começa logo com a própria *origem contratual* da arbitragem voluntária. Afinal, se a arbitragem tem, como referimos *supra*, uma origem contratual, como poderá um terceiro intervir no processo arbitral?

Embora a noção de terceiro (tomada em sentido processual) seja comum ao processo arbitral e ao processo civil (terceiro é aquele que não é parte^{11/12}, isto é, todo aquele que não figura no processo como parte), a verdade é que

- 3 O presente capítulo seguirá de muito perto o que o primeiro Autor já anteriormente escreveu em *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, e “A pluralidade de partes na arbitragem: a necessidade de uma adequada compreensão dos principais problemas”, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, Macau (em curso de publicação).
- 4 Sobre a origem contratual da arbitragem voluntária (e a sua cobertura constitucional e legal, que não deverá ser esquecida), veja-se, entre muitos outros, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 168 a 215.
- 5 Vide JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003, p. 377, KRISTINA MARIA SIIG, “Multi-party arbitration in international trade: problems and solutions”, in *International Journal Liability and Scientific Enquiry*, vol. I, n.º 1 e 2, Inderscience Publishers, Genebra, 2007, p. 75, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, in *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress Series*, n.º 14, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 351, ERIC A. SCHWARTZ, “Multi-Party Arbitration and the ICC – In the Wake of Dutco”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 10, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1993, pp. 5 e 6, YVES DERAÏNS, “The Limits of the Arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties”, in *Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2003, p. 31, e MICHAEL KRAMER / GUIDO E. URBACH / RETO M. JENNY, “Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators”, in *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, Manzsche Verlags, Viena, 2009, p. 149.
- 6 É isso que sucede, desde logo, com as estatísticas da *Câmara de Comércio Internacional* (CCI), que nos mostram que cerca de um terço dos processos submetidos à CCI são *arbitragens multipartes* (cfr. “2013 Statistical Report”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, n.º 1, Paris, 2014, p. 7, ANNE MARIE WHITESELL / EDUARDO SILVA ROMERO, “Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience”, in *Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2003, p. 7, ANNE MARIE WHITESELL, “Multiparty Arbitration: the ICC International Court of Arbitration perspective”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 203, e “The 1998 ICC Rules of Arbitration Today”, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, CCI, Paris, 2005, p. 926, bem como BERNARD HANOTIAU, “Introduction”, in *Multiparty Arbitration*, Dossier VII, CCI, Paris, 2010, p. 7). Números semelhantes verificam-se, ainda, por exemplo, no *London Court of International Arbitration*, LCIA (veja-se MARTIN PLATTE, “When should an arbitrator join cases?”, in *Arbitration International*, The Journal of the London Court of International Arbitration, vol. 18, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, p. 67, e ADRIAN WINSTANLEY, “Multiple parties, multiple problems: a view from the London Court of International Arbitration”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 213), bem como no *Permanent Court of Arbitration*, PCA (cfr. T.JACO T. VAN DEN HOUT, “Preface”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. v).
- 7 A este propósito, veja-se, nomeadamente, ALEXIS MOURRE, “L’intervention des tiers à l’arbitrage”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, p. 100, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, cit., p. 343, bem como BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, in *La convention d’arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats – Arbitrageovereenkomst. Vennootschaps-groepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelas, 2007, p. 118, e “Multiple parties and multiple contracts in international arbitration”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 35.
- 8 Para vários autores, este era um tema, de certa forma, paradoxal. *Arbitragem e terceiros* pareciam ser dois conceitos incompatíveis. A este respeito, veja-se BERTRAND MOREAU, “Introduction”, in *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, vol. 1988, n.º 3, Paris, 1988, p. 431. Sobre o tema, vide, ainda, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 246 a 256, 290 e ss.
- 9 Vide MIGUEL TEIXEIRA de SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 922 a 925.
- 10 Neste sentido, STAVROS L. BREKOUKAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 21.
- 11 É esta a definição clássica de terceiro que encontramos, por exemplo, em ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, 5.ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1992, p. 82, PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, parte seconda, Cedam, Pádua, 1943, p. 199, JUAN MONTERO AROCA, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2.ª ed., tirant lo blanch, València, 2016, p. 235, JUAN MONTERO AROCA / JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER / SILVIA BARONA VILAR / MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 23.ª ed., tirant lo blanch, València, 2015, p. 60, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO / BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 154, JOSÉ LEBRE DE FREITAS,

a arbitragem apresenta especificidades importantes que não poderão ser ignoradas.

A este respeito, importa, desde logo, ter em atenção que os tribunais arbitrais têm uma *jurisdição limitada no que toca à intervenção de terceiros*. Com efeito, diferentemente do que sucede com os tribunais estaduais, em relação aos quais, em princípio, estarão submetidas todas as pessoas a que a lei atribua personalidade judiciária (radicando a admissão da intervenção de um terceiro “nos poderes de autoridade do tribunal e na submissão de todos à sua jurisdição”), o tribunal arbitral não tem um poder jurisdicional sobre todos, mas apenas sobre aqueles que se tiverem submetido à sua jurisdição através da *convenção de arbitragem*¹³ – sendo necessário, portanto, que o terceiro esteja vinculado à mencionada convenção (seja na modalidade de compromisso arbitral, seja na modalidade de cláusula compromissória)¹⁴ para que possa intervir no processo. Como veremos *infra*, este é um ponto em relação ao qual parece haver alguma confusão no acórdão que anotamos.

Compreende-se, por isso, o estabelecido no artigo 36.º, n.º 1, da LAV, nos termos do qual para que um terceiro possa intervir num processo arbitral é necessário que ele esteja *vinculado pela convenção de arbitragem* em que o processo se baseia, quer o terceiro esteja vinculado (por essa convenção) desde a respectiva conclusão, quer tenha aderido a ela subsequentemente (caso em que a adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem, podendo ser realizada só para os efeitos da arbitragem em causa).

A LAV não exige, assim, que a vinculação do terceiro à convenção de arbitragem seja *originária*, podendo ser *subsequente*, desde que todas as partes da convenção arbitral *consintam* nessa adesão (admitindo-se, ainda, a possibilidade de limitar a intervenção do terceiro para os efeitos da arbitragem em causa, isto é, o terceiro poderá intervir no litígio em questão e não em outros eventuais litígios que, porventura, venham a surgir). A exigência do mencionado consentimento é compreensível: visa, essencialmente, proteger-se o interesse das partes primitivas

e evitar o risco de alguns inconvenientes que a intervenção de terceiros lhes poderá trazer¹⁵, designadamente ao nível da celeridade e da confidencialidade do processo. Ao mesmo tempo, esta é, também, a solução mais congruente com a origem contratual da arbitragem voluntária. Note-se, em todo o caso, que o consentimento referido no citado preceito é o consentimento para a adesão subsequente do terceiro à convenção e não o consentimento para a sua admissão no processo arbitral. Nos termos do artigo 36.º, n.º 3, da LAV, a admissão da intervenção do terceiro (vinculado pela convenção de arbitragem) não depende do consentimento das partes, mas sim de decisão do tribunal arbitral¹⁶.

III – Dito isto, o ponto mais relevante que importa ter aqui em atenção é o de que, diferentemente do processo civil, na arbitragem existe um importante requisito prévio para que o terceiro possa intervir no processo: a *vinculação à convenção arbitral*¹⁷. Este requisito prévio compreende-se bem, atendendo à origem contratual da arbitragem voluntária, que “implica uma jurisdição naturalmente restrita às partes que celebraram a convenção [de arbitragem] e à matéria objecto da convenção e do processo”¹⁸. De facto, importa não esquecer que a convenção de arbitragem delimita o âmbito subjectivo do processo arbitral¹⁹, pelo que se o terceiro não assinou a convenção de arbitragem, nem está, de alguma forma, vinculado pela mesma, pura e simplesmente não poderá intervir – o tribunal arbitral não terá jurisdição em relação a esse terceiro; dir-se-á, a este propósito, que nem o terceiro pode impor às partes a sua *intervenção espontânea*, nem as partes podem forçar a sua *intervenção provocada*²⁰.

A *convenção de arbitragem* é, portanto, o centro da questão. Na verdade, “só há competência do tribunal arbitral se houver convenção”²¹, pelo que se não houver convenção de arbitragem entre todos os intervenientes, não haverá arbitragem²². A questão que sempre se terá de colocar é, pois, a de saber se o terceiro *consentiu* ou não em se submeter à jurisdição arbitral. Conforme se costuma salientar, *o consentimento é a “pedra angular da arbitragem”*²³ – esta é, de facto, uma das mais importantes

Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 76 e 77, e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimpressão), p. 9.

12 Defendendo – por referência à arbitragem – que terceiro é “todo aquele que não é parte na acção arbitral”, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Intervenção de terceiros em processo arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 183.

13 PAULA COSTA E SILVA / MARCO GRADI, “A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr, ano VIII, n.º 28, Síntese, Porto Alegre, 2010, p. 65.

14 Cfr. Artigo 1.º, n.º 3, da LAV.

15 Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 114.

16 Sobre o artigo 36.º da LAV, vide, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 332 a 343.

17 Cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 249 e ss.

18 JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 4 (2011), Almedina, Coimbra, 2011, p. 112.

19 Vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., p. 936.

20 Neste sentido, por referência à lei portuguesa, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., pp. 936 e ss. Na doutrina francesa, veja-se, em particular, CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, pp. 312 e 313.

21 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 271 (a este respeito, veja-se, ainda, a p. 126).

22 Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 135. A vinculação à convenção de arbitragem é, desta forma, o “requisito indispensável” para que um determinado sujeito possa participar no processo arbitral e ficar submetido à sentença que vier a ser proferida (STAVROS L. BREKOUKAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, cit., p. 3).

(e indiscutíveis) máximas deste meio de resolução alternativa de litígios. Deste modo, para que qualquer sujeito possa litigar no foro arbitral, é necessário que o mesmo *consinta* em se submeter à jurisdição arbitral. Caso não o faça, esse sujeito não estará vinculado pela convenção de arbitragem e, conseqüentemente, não poderá intervir no processo arbitral²⁴.

A vinculação à convenção de arbitragem é, em suma, uma importante especificidade (uma questão prévia muito relevante) que não deverá ser esquecida quando falamos da intervenção de terceiros no processo arbitral.

Ora, é precisamente aqui que, com o devido respeito, nos parece existir alguma confusão no texto do acórdão – confusão esta que está presente, desde logo, no ponto III do sumário *supra* transcrito (posteriormente reproduzido no texto do acórdão).

Segundo o referido ponto III do sumário: “*nos termos do artº 36º nº1 LAV, é admitida a intervenção de terceiros no processo arbitral (independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral), intervenção que seria sempre imposta, para além da eficácia de um caso julgado absolutório, em matéria de preterição do tribunal arbitral, pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual – seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência*”²⁵.

Conforme resulta do que referimos antes, a intervenção de terceiros não pode ter lugar “independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral”. O terceiro tem de estar vinculado à convenção de arbitragem para que possa intervir no processo arbitral. O artigo 36.º, n.º 1, da LAV é, a este respeito, bem claro: “*só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso ter-*

ceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia [...]”.

Não obstante esta redacção menos feliz, julgamos que o Tribunal da Relação do Porto se está a referir, essencialmente, ao facto de o terceiro não ter de ser *signatário* da convenção de arbitragem. A “vinculação expressa” que o acórdão refere será, possivelmente, a assinatura da mencionada convenção. E, neste caso, o Tribunal da Relação do Porto terá razão. O importante, de facto, é o terceiro estar vinculado à convenção de arbitragem (algo que não implica, necessariamente, que o mesmo tenha de ser *signatário* da convenção, como veremos de seguida).

IV – Esclarecida a necessidade de o terceiro estar vinculado à convenção de arbitragem, a questão seguinte que se poderá colocar (e que, no presente caso, efectivamente se coloca) é a de saber *como se deverá manifestar o referido consentimento*, para que um determinado sujeito se possa considerar parte da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, se possa entender vinculado a tal convenção (podendo vir a ser considerado terceiro no processo arbitral)²⁶. A este respeito, importa desde já esclarecer que *não é necessário que uma pessoa seja signatária da convenção de arbitragem*, para que se possa entender que está vinculada pela mesma – a LAV não o exige.

Com efeito, o artigo 36.º, n.º 1, não se refere a terceiros *signatários* da convenção de arbitragem em que o processo arbitral se baseia, mas sim a terceiros *vinculados* pela convenção. O que se compreende, uma vez que, nos termos da LAV, não é necessária a *assinatura* das partes para que estas se possam considerar vinculadas pela convenção de arbitragem – à semelhança, aliás, do que se verificava na anterior LAV²⁷ e à semelhança do que sucede em muitas leis estrangeiras²⁸.

23 “*Cornerstone of arbitration*” ou “*pierre angulaire de l’arbitrage*” são as expressões frequentemente usadas por vários autores para salientar a importância do consentimento das partes na arbitragem. A este respeito, vejam-se, por exemplo, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Multiple parties and multiple contracts: divergent or comparable issues?”, e KARIM YOUSSEF, “The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies”, ambos os artigos publicados em *Multiparty Arbitration*, Dossier VII, CCI, Paris, 2010, pp. 25 e 72, respectivamente, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, Haia, 2005, pp. 32 e 33, W. LAURENCE CRAIG, “Introduction”, e WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma”, ambos em *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. lvii e pp. 3 e 4, respectivamente, DAVID D. CARON / LEE M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 54, ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1, OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l’arbitrage international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 7, NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 71, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO / JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Class Actions & Arbitration in the European Union – Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 202.

24 Cfr. DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, in *La convention d’arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats – Arbitrage-geovereenkomst. Vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 25, e PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999, p. 280. O consentimento das partes é, assim, poderemos considerar, uma condição prévia da arbitragem (vide NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., p. 85), cuja importância nunca deverá ser subestimada (cfr. OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l’arbitrage international*, cit., p. 7).

25 Destaque nosso.

26 Sobre este ponto, veja-se, em geral, DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 372 a 388, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Giuffrè Editore, Milão, 2004, pp. 206 e ss., e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 250 e ss.

27 DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., p. 373.

28 Vide JEAN-FRANÇOIS POUDET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 211, WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts...”, cit., pp. 8 e 9, ALAN SCOTT RAU, “‘Consent’ to arbitral jurisdiction: disputes with non-signatories”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105 e 106, e BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., pp. 32, 33, 52 a 54, e “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 348 a 350.

Conforme observa Dário Moura Vicente, é certo que a vontade de cometer a árbitros a resolução de litígios tem de ser devidamente exteriorizada. Razão pela qual se exige que a convenção de arbitragem adopte *forma escrita* (artigo 2.º, n.º 1, da LAV). Face à importância que tal convenção reveste (retirando jurisdição aos tribunais estaduais), compreende-se que assim seja; por outro lado, o requisito da forma escrita permite, ainda, que as partes possam ponderar melhor a sua opção e evita incertezas quanto à jurisdição competente²⁹. Em todo o caso, a necessidade de a convenção de arbitragem revestir forma escrita não implica, nos termos da LAV, que a mesma tenha de ser assinada pelas partes^{30/31}.

Assim se compreende, em suma, a existência de casos em que, não obstante determinado sujeito não ter assinado a convenção arbitral, ainda assim o mesmo intervém no processo como terceiro (por se entender estar vinculado a tal convenção)³². É o que se verifica, designadamente, com os casos compreendidos no âmbito da chamada *extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros* (bem como com as *arbitragens multicontratos*): “extensão” esta que, aparentemente, segundo o texto do acórdão, ter-se-á verificado no presente caso³³.

Resumidamente, o Tribunal da Relação do Porto entendeu que, no caso concreto, a intervenção de terceiros seria admissível – apesar da ausência de “*vinculação expressa*” [falta de assinatura] em relação à convenção de arbitragem – “*pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual*”, pois “*seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência*”³⁴. Mais acrescenta que “*o contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos documentos relevantes das negociações revelar*

que várias partes ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento (mesmo tacitamente), essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem”³⁵. O Tribunal da Relação do Porto coloca depois a tónica no abuso do direito para concluir, *in casu*, pela vinculação dos terceiros à convenção de arbitragem e a sua conseqüente possibilidade de intervenção.

Embora formulada em termos algo imprecisos, o Tribunal da Relação do Porto segue, assim, a teoria da chamada *extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros* para, nos termos *supra* descritos, sustentar a possibilidade da intervenção de terceiros. Neste contexto, algumas observações se impõem.

Em rigor, não existe aqui qualquer *extensão* da convenção arbitral, nem existe uma intervenção de terceiros (assim se compreendendo as críticas que têm sido dirigidas a esta terminologia). Com efeito, acima de tudo, estamos perante casos em que um determinado sujeito aparenta não estar vinculado pela convenção de arbitragem (por não a ter formalmente subscrito), mas na realidade está. Na verdade, esse sujeito não é terceiro em relação à convenção, mas sim parte da mesma – ele é, poder-se-á dizer, um “*falso terceiro*” perante a convenção arbitral³⁶. Deste modo, a questão que se deverá sempre colocar é a de saber *quem é parte da convenção de arbitragem*. Não é um caso de “*extensão*”, uma vez que a convenção não se estende³⁷.

O problema é, portanto, contratual e não processual³⁸, ou seja, não é um problema de intervenção de terceiros propriamente dito; verdadeiramente, nem é um problema específico da arbitragem, ou melhor, é um “*falso problema*”³⁹. Neste sentido, saber se e quando um não sig-

29 Vide DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., pp. 33 e 34, e “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., pp. 372 a 375; sobre este ponto, vejam-se, ainda, DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, cit., pp. 27 a 31, e JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., pp. 147 e ss.

30 Diferente era o que sucedia no anterior Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, cujo artigo 2.º, n.º 1, exigia, expressamente, que a convenção de arbitragem fosse “*reduzida a escrito, assinado pelas partes*”; sobre o regime então consagrado, RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, in *ROA*, ano 46, vol. I, Lisboa, 1986, pp. 26 a 30.

31 Por outro lado, importa também notar que um determinado sujeito pode ter assinado, formalmente, a convenção de arbitragem e, ainda assim, não ser considerado parte da referida convenção ou, pelo menos, não ser considerado a única parte da convenção – a este respeito, vejam-se BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., pp. 8, 32 e ss., WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts...”, cit., p. 8 (nota de rodapé n.º 12), e JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 211. Tal poderá suceder, por exemplo, em situações de *grupos de sociedades*, bem como se estivermos perante um vício da vontade (cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 498 e ss.), designadamente perante um erro-vício nos termos do artigo 251.º do CC (vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 16 e ss.).

32 É isso que poderá suceder, desde logo, por força de uma cessão da posição contratual. O mesmo se poderá verificar, ainda, noutros casos; por exemplo: cessão de créditos, sub-rogação, contratos a favor de terceiro, garantia das obrigações, grupos de sociedades, etc. Sobre estas e outras possibilidades de se verificar uma extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros, veja-se, entre outros, JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, cit., pp. 114 a 143.

33 Na jurisprudência, sobre o tema, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011 (Relator Abrantes Geraldes, processo 3539/08.6TVLSB.L1-7), in <http://www.dgsi.pt/> (acórdão proferido no âmbito da anterior LAV).

34 Ponto III do sumário do acórdão sob anotação.

35 Ponto IV do sumário do acórdão sob anotação, correspondente ao texto de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 168 e 169.

36 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., pp. 930 e 931, e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da condução do processo arbitral. Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vols. II e III, Lisboa, 2013, pp. 715 a 717.

37 Sobre as mencionadas críticas, vejam-se JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 211, GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 1414, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., p. 5, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, cit., pp. 370 a 372, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 253 e 254 (nota de rodapé n.º 1061).

38 Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 153.

39 BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 139.

natário se pode considerar vinculado pela convenção de arbitragem (ou por qualquer contrato) é algo que, muitas vezes, exigirá um cuidadoso esforço de interpretação do caso concreto – em particular, da vontade das partes e do não signatário aquando da celebração da convenção de arbitragem, bem como em momento posterior à mesma, designadamente na execução do contrato. Conforme acertadamente referem vários autores, não existe, assim, uma solução única para este problema (não sendo possível proceder a generalizações); ele é “*fact specific*”, isto é, tem de ser determinado *caso a caso*, podendo a resposta variar em função das circunstâncias de cada situação concreta⁴⁰.

O mesmo se poderá dizer, aliás, por referência ao problema das *arbitragens multicontratos*. Entre as muitas hipóteses abrangidas por estes casos, incluem-se, designadamente, aquelas em que um determinado sujeito está vinculado não pela *mesma* convenção de arbitragem das restantes partes, mas sim por uma convenção de arbitragem *compatível*, levantando-se então a questão de saber se o terceiro pode intervir nestas situações.⁴¹

Não obstante as críticas que dirigimos, a verdade é que, em tese, a posição assumida no acórdão poderá não estar errada. Em todo o caso, esta é uma matéria em que têm de ser tomadas especiais cautelas e onde tem de ser dada uma grande atenção à factualidade do caso concreto – algo que, face à insuficiência de elementos factuais, não nos é possível aferir com o necessário rigor.

3. A excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário: interesse em agir e procedência da excepção

I – Conforme referimos em sede introdutória, para além do tema (forte) da intervenção de terceiros, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/03/2016 defrontou-se, ainda, com alguns problemas adicionais, igualmente pertinentes e complexos. Um deles prendeu-se com a excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário. Em concreto: (i) com a questão do interesse em agir para arguir a referida excepção por parte dos réus que não assinaram a convenção de arbitragem; e (ii) com a questão

da procedência da excepção – questões que iremos analisar de seguida.

Na decisão em análise, as autoras suscitaram a falta de legitimidade para invocar a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral. O Tribunal da Relação do Porto, porém, sustentou que a legitimidade para arguir essa excepção aferia-se à luz do critério geral do artigo 30.º do CPC, concluindo assim que qualquer réu tem um “interesse directo” em invocar a excepção de incompetência absoluta, na medida em que é demandado e integra a relação jurídica material controvertida tal como o autor a definiu. Mais acrescentou que dos artigos 96.º e 97.º do CPC tão pouco resulta qualquer obstáculo à invocação dessa excepção por qualquer litisconsorte.

Contrariamente ao entendimento sufragado no acórdão em análise, a questão é, na verdade, mais controvertida do que à “primeira vista” poderia parecer. Tal como o Tribunal precisou, é necessário distinguir o plano da legitimidade (ou melhor do *interesse em agir*) para arguir uma excepção do plano da procedência dessa excepção. Ora, resulta dos artigos 97.º do CPC e 5.º, n.º 1, da LAV, que o conhecimento desta excepção não pode operar *ex officio*, cabendo a sua arguição às partes.

A razão de ser desta solução é simples: tal como está na disponibilidade das partes retirar a jurisdição aos tribunais estaduais⁴², mediante um ato da sua autonomia privada (a convenção de arbitragem), também fica em seu poder a revogação desse acordo, devolvendo a jurisdição ao Estado⁴³. Por isso, a propositura de uma acção que pretira uma convenção de arbitragem, confere ao réu demandado a *faculdade* (em rigor, o *ónus*) de invocar essa excepção dilatória⁴⁴. Está aqui em causa, portanto, a natureza contratual das cláusulas compromissórias⁴⁵. A preterição de tribunal arbitral voluntário num processo estadual, mais não é do que o reconhecimento por parte desse tribunal estadual de que as partes que lhe podiam ter subtraído a sua jurisdição por meio de um contrato, a vieram restabelecer por meio de um ato concludente tácito de sinal inverso.

Neste sentido, poderá entender-se que nem todas as partes poderão invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral

40 Vide BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, *cit.*, p. 139, “Non-signatories in International Arbitration...”, *cit.*, pp. 351 e 358, e “Multiple parties and multiple contracts in international arbitration”, *cit.*, pp. 47 e 68, ANNE MARIE WHITESELL, “Non-signatories in ICC Arbitration”, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 373 e 374, CARLA GONÇALVES BORGES / RICARDO NETO GALVÃO, “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 135, e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 195.

41 Sobre o problema das arbitragens multicontratos, vejam-se BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, *cit.*, pp. 101 a 162, ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, *cit.*, pp. 161 a 164, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Multiple parties and multiple contracts...”, *cit.*, pp. 11 a 33, e JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, *cit.*, pp. 134 a 142.

42 Sobre a diferença entre jurisdição e competência, vide João Luís Lopes dos Reis, *A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, in ROA, Ano 58.º, III, pp. 1126 e 1127.

43 Vide José Lebre de Freitas / Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª ed., vol. I, 2014, pp. 200 e 201, e João Luís Lopes dos Reis, *A Excepção da Preterição...*, *cit.*, p. 1124, 1127 e 1128.

44 Vide António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem...*, *cit.*, p. 120, João Luís Lopes dos Reis, *A Excepção da Preterição...*, *cit.*, pp. 1120, e Mário Esteves de Oliveira (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 101.

45 Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *A arbitragem voluntária em Portugal*, in O Direito, 1992, IV, pp. 541 ss., e José Lebre de Freitas, *Algumas implicações da natureza jurídica da convenção de arbitragem*, in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, 2002, vol. II, pp. 625 ss. Na doutrina estrangeira, vide PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, *cit.*, pp. 11 ss.

junto de um tribunal estadual, mas apenas as “partes interessadas”⁴⁶. Foi isso que sucedeu, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/07/2016, no qual se decidiu que o conhecimento desta excepção “depende de arguição *da parte interessada*, determinante da absolvição do Réu da instância, como se retira da articulação do disposto nos artigos 96.º, alínea b), 99.º, n.º 1, 576.º, n.º 2 e 578.º, todos do Código de Processo Civil.”⁴⁷. A título de exemplo, facilmente se percebe que o autor não poderá ser “parte interessada”, pois este ao intentar a acção nos tribunais estaduais já prescindiu da convenção de arbitragem⁴⁸. Por esta razão, o legislador, no artigo 5.º, n.º 1 da LAV, refere-se apenas ao réu.

Ora, quererá isto dizer que qualquer réu pode invocar em juízo uma convenção de arbitragem, mesmo quando não alegue (nem prove) que esta lhe é aplicável a si e ao litígio em disputa?

No presente caso, como existia um litisconsórcio voluntário (activo e passivo), a procedência da excepção dilatária por preterição de tribunal arbitral por cláusula compromissória celebrada entre as autoras e a 3.ª Ré, só poderia originar a absolvição da instância dessa ré, e nunca dos demais litisconsortes. Note-se que, em diante, assumimos, para este efeito, que os demais réus não estavam abrangidos pela convenção de arbitragem questão sobre a qual não podemos tomar posição pelas razões atrás mencionadas. Quanto a esses réus não abrangidos pela convenção de arbitragem, importa recordar que, nos termos do artigo 35.º do CPC, a sua posição processual é independente dos demais litisconsortes. Deste modo, não podendo esses réus retirar qualquer vantagem material ou processual da arguição dessa excepção, poderá entender-se que não gozavam de qualquer *interesse (processual) em agir*. Atendendo ao elemento teológico dos artigos 97.º do CPC e 5.º da LAV – deixar na disponibilidade das partes que se vincularam à convenção de arbitragem a *faculdade* ou o *onus* de a revogarem – coloca-se a questão de saber se não deverá interpretar-se restritivamente o artigo 97.º, n.º 1 do CPC, entendendo “partes” como “partes interessadas”, em linha com o artigo 130.º do CPC que proíbe atos processualmente inúteis.

Por outro lado, note-se que o réu que não seja parte da convenção de arbitragem (não estando vinculado pela mesma) ao invocar a excepção de preterição do tribunal arbitral poderá, com isso, estar a “atropelar” a vontade do outro réu em recorrer aos tribunais estaduais, revogando tacitamente a convenção de arbitragem (direito que lhe assiste)⁴⁹. Razão pela qual, mais uma vez, se afigura contro-

vertida a possibilidade de qualquer réu poder invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário.

Note-se que por “interesse em agir” não nos referimos ao interesse em agir do réu de estar em juízo e em se opor à procedência do pedido, o qual configura um pressuposto processual cuja falta determina a absolvição da instância⁵⁰. Aqui estará apenas em causa um *interesse (processual) em agir* das partes, não de estarem em juízo na acção, mas de poderem deduzir incidentes processuais que, nos termos do artigo 130.º do CPC, têm de ser úteis para a sua posição material e/ou processual.

Em suma, parece-nos que só existiria interesse processual em arguir esta excepção, se os réus tivessem invocado a preterição de tribunal arbitral alegando a existência de uma convenção de arbitragem que lhes fosse *alegadamente* aplicável, *i.e.*, cuja procedência pudesse alterar a sua instância e não apenas de outro litisconsorte. Esta questão do interesse processual surge, frisamos, a montante de saber se essa excepção seria ou não procedente.

II – Ainda no âmbito da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário, uma segunda ordem de considerações se impõe a respeito da decisão de o acórdão ter julgado a excepção procedente.

O Tribunal da Relação do Porto, na sua fundamentação, começou por explanar que dos artigos 5.º e 18.º da LAV resulta que “os árbitros são, assim, os primeiros juízes da sua competência, estabelecendo-se uma regra de prioridade cronológica quanto à tomada de decisão sobre a competência” sobre os tribunais estaduais. Citando o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012⁵¹, o Tribunal da Relação do Porto concluiu, assim, que quando uma acção seja proposta nos tribunais estaduais, estes devem-se limitar “a verificar a excepção de preterição do tribunal arbitral e absolver da instância ou julgar improcedente essa excepção, mas sempre na base de que o tribunal estadual apenas pode decidir pela incompetência do tribunal arbitral nos casos de inexistência, nulidade, ineficácia (nulidade relativa) da cláusula compromissória”.

Atento o caso concreto, esta formulação não é totalmente feliz, pois não está aqui em causa o conhecimento da incompetência do tribunal arbitral (que nem se havia constituído), mas sim o conhecimento da nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção de arbitragem. Ora, o efeito negativo da convenção de arbitragem dita que os tribunais estaduais não podem conhecer do litígio objecto dessa convenção⁵², salvo nos casos de nulidade, ineficácia

46 Vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 89.

47 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/07/2016 (Relator Ezagüy Martins, processo 508/14.0TBLNH-A.L1-2), in <http://www.dgsi.pt/>.

48 Parecendo apontar neste sentido, vide MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 166, referindo-se apenas ao “demandado”, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120, defendendo que a invocação só cabe “à outra parte” que interpôs a acção no tribunal estadual.

49 Cfr. Ponto 4 da presente anotação.

50 Sobre o tema, vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 97 e ss., e ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 262 a 264.

51 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012 (Relatora Albertina Pedrosa, processo 477/11.8TBACN.C1), in <http://www.dgsi.pt/>.

52 FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 402 ss.

ou inexecuibilidade manifesta, conforme resulta do dispõe o artigo 5.º, n.º 1, da LAV. Dito de outro modo, para salvaguardar o princípio da “*Kompetenz-Kompetenz*”⁵³, em princípio basta que as partes demonstrem com um grau de *plausibilidade*⁵⁴ a existência e a vinculação a uma convenção de arbitragem para dirimir um certo litígio, para que o tribunal estadual se abstenha de julgar a validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem antes de um tribunal arbitral se ter pronunciado sobre a questão. Quer-se com isto dizer que decorre do artigo 5.º, n.º 1, e do artigo 578.º ambos do CPC que o réu tem o *onus de alegar e provar* a existência de uma convenção de arbitragem “susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor”⁵⁵, o que, neste caso, pela factualidade que conhecemos, parece-nos que o Tribunal da Relação do Porto não estava em condições de concluir quanto a *todos* os réus.

Como se viu, e resultou dos factos dados como assentes pelo tribunal, existiam três convenções de arbitragem que vinculavam apenas as autoras, a 2.ª e a 3.ª Ré. É, portanto, com alguma perplexidade que constatamos que o Tribunal, por um lado, refere que a cláusula compromissória com maior enfoque no caso era a que vinculava as autoras e a 3.ª ré contida no contrato cujo incumprimento havia sido invocado (Contrato de Opção de Venda de Acções), mas parece acabar por concluir que todos os réus estavam obrigados a intervir na arbitragem independentemente de serem partes nas convenções de arbitragem.

O Tribunal da Relação do Porto, demitiu-se da tarefa de conhecer da “existência de várias convenções de arbitragem, nos contratos invocados pelas Autoras” que fossem susceptíveis de “prejudicar a procedência da matéria da preterição do tribunal arbitral” a fim de definir, com exactidão, quais dos réus eram afinal parte na convenção de arbitragem que cobria o litígio sindicado junto desse tribunal.

Face ao exposto, pela factualidade que nos é dada a conhecer, é no mínimo controverso que a convenção de arbitragem celebrada entre as Autoras e a 3.ª Ré abrangesse também o 1.º Réu, a 2.ª Ré e a 4.ª Ré. Permanece, por-

tanto, a (forte) dúvida de saber se o Tribunal da Relação do Porto não devia ter antes concluído pela manifesta inaplicabilidade da convenção de arbitragem, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da LAV.

4. Da revogação tácita da convenção de arbitragem por revelia do réu

Outro problema igualmente pertinente prende-se com a questão suscitada pelas autoras de que a revelia da 3.ª ré havia acarretado a revogação tácita da convenção de arbitragem invocada pelos demais réus – questão esta que o Tribunal da Relação do Porto não chegou a endereçar, sendo a fundamentação do acórdão completamente omissa quanto aos efeitos da revelia. Fica, assim, a dúvida de saber se o Tribunal ao conhecer da sua incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral e absolvendo todos os réus da instância, terá aplicado o disposto no artigo 568.º, a) do CPC, determinando a revelia inoperante da 3.ª ré.

Quanto à questão de saber se a revelia de um réu que seja parte em convenção de arbitragem importa a revogação tácita desta, importa, desde logo, lembrar que do artigo 5.º, n.º 1 da LAV, conjugado com o artigo 97.º do CPC, resulta que a não invocação da preterição de tribunal arbitral pelo réu após o momento da prolação do “seu primeiro articulado sobre o fundo da causa” importa a revogação tácita dessa convenção de arbitragem. Como já o dissemos⁵⁶, o legislador decidiu deixar na disponibilidade das partes tanto a celebração destas cláusulas como a sua revogação que, nos termos do artigo 217.º do CC, tanto poderá ser expressa como tácita. Tanto assim é que a propositura de acção pelo autor num tribunal estadual conjugada com a não invocação da excepção dilatória pelo respectivo réu, consubstancia uma revogação tácita da convenção de arbitragem⁵⁷, devolvendo o exercício do poder jurisdicional aos tribunais estaduais. Importa também lembrar que o “efeito negativo” da convenção de arbitragem consiste na *faculdade* de invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral⁵⁸ diante dos tribunais estaduais, existindo um *onus de invocação da sua preterição*⁵⁹.

53 O princípio da “*kompetenz-kompetenz*” não significa, note-se, que os tribunais arbitrais gozam do poder exclusivo de decidir sobre a sua própria competência. Significa antes que estes gozam de poderes plenos para serem os primeiros juízes da sua própria competência, não sendo necessariamente os últimos. Assim, vide FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 400 e 401. Sobre este importante princípio, veja-se, por exemplo, JENS-PETER LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2008, pp. 187 a 189, KARL HEINZ SCHWAB / GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsverfahren*, 7.ª edição, Verlag C. H. Beck / Helbing & Lichtenhahn, Munique, 2005, pp. 48 e 49, ROLF A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 5.ª edição, NJW Praxis, Verlag C. H. Beck, Munique, 2012, p. 85, e, entre nós, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 133 a 142, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, Lisboa, 2013, pp. 291 a 325, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 134 e 135.

54 Vide JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1123.

55 Vide JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1124.

56 Vide Ponto 3. da presente anotação.

57 Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, cit., p. 182; JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., pp. 1115-1132 (em especial, 1124); MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 47; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 89 e FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 405 e 441 a 442. Na jurisprudência, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014, (Relator García Calejo, processo 232/06.8TBBRR.L2.S1), in <http://www.dgsi.pt/>.

58 Vide RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, pp. 379 ss e 391 ss. Na doutrina estrangeira, vide FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 381 ss.

59 Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120, JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1120, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem...*, cit., p. 101.

Com a ressalva de que a solução ao problema enunciado não é líquida, temos por certo, portanto, que a não invocação atempada da preterição de tribunal arbitral importará a revogação tácita da convenção. Resta, pois, saber *até que momento processual pode um réu revel arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral*.

Em primeiro lugar, o artigo 567.º, n.º 1, do CPC, quanto à cominação da revelia, refere-se aos “factos articulados pelo autor” e não à (in)existência de excepções dilatórias no geral. Importa, portanto, ter presente a distinção entre factos e excepções dilatórias (que são, diríamos, qualificações jurídicas de factos)⁶⁰. Quer isto dizer que o efeito de confissão tácita da revelia não poderá ter o alcance de o réu revel confessar a não preterição de tribunal arbitral ou a inexistência de quaisquer outras excepções dilatórias. Apenas poderá acarretar a confissão dos factos que sustentam essas excepções. Mesmo que assim não se entendesse, como ensina Lebre de Freitas, o aproveitamento da contestação dos réus contestantes ao réu revel não vale no que toca à “impugnação de factos que, por só respeitarem ao revel, o réu contestante não tem interesse em contradizer”⁶¹, sendo que, como referimos antes, é controverso que os réus contestantes tivessem algum interesse processual legítimo em provocar a absolvição da instância da 3.ª ré revel.

A isto acresce que o prazo para arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta, ao abrigo do artigo 97.º do CPC, finda com a prolação de sentença de mérito⁶². Segundo Lebre de Freitas, o artigo 97.º do CPC, conjugado com o artigo 573.º, n.º 2, do CPC, permite que esta excepção dilatória seja conhecida posteriormente à contestação⁶³. Assim, poderá eventualmente sustentar-se que o réu revel pode, ainda, arguir a existência de excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral aquando da alegação por escrito prevista no artigo 567.º, n.º 2, do CPC, caso o facto que essa excepção tem por base (*i.e.*, a existência de cláusula compromissória) já constasse do processo, conforme exige o artigo 573.º, n.º 2, do CPC⁶⁴. Esta solução parece estar, aliás, em sintonia com a letra do artigo 5.º, n.º 1, da LAV, o qual não se refere à contestação do réu, mas sim ao “seu primeiro articulado sobre o fundo da causa”.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência não se tenham pronunciado directamente sobre esta questão, Menezes Cordeiro refere que o prazo de invocação da convenção de arbitragem termina com o “primeiro articulado do interessado” e que “depois da contestação ou equivalente” essa convenção “não mais pode ser invocada, salvo su-

perveniência admissível”⁶⁵, o que parece ir ao encontro do que aqui se escreveu. Já Lebre de Freitas, em linha com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014⁶⁶ conclui que o réu só pode arguir esta excepção “no prazo da contestação”⁶⁷, o que parece fechar a porta à invocação da excepção aquando da alegação por escrito do réu revel.

Em todo o caso, para quem logre defender uma solução contrária, isto é, de que a revelia importa automaticamente a revogação tácita da convenção de arbitragem, findo o prazo para contestar, apenas notamos que dificilmente se descortina qual a permissão legal para atribuir ao silêncio (do réu revel) um valor declarativo para revogar a convenção de arbitragem à qual se vinculou, como exige o artigo 218.º do CC. Nem se diga que essa norma seria o artigo 567.º do CPC, pois já sabemos que esta se refere apenas a factos, e tão pouco parece bastar o artigo 5.º, n.º 1 da LAV que se refere ao “primeiro articulado sobre o fundo da causa” e não à contestação.

5. Da inconstitucionalidade por violação do princípio do dispositivo e do direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

Uma última questão, por fim, merece um destaque especial no nosso comentário: referimo-nos à alegada inconstitucionalidade por violação do princípio do dispositivo e do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva.

No presente caso, as autoras alegaram que o recurso à jurisdição estadual (e, conseqüentemente, a preterição do processo arbitral) era indispensável para fazerem valer em juízo, contra todas as partes, o direito de que se arrogavam, sob pena de violação dos princípios do dispositivo e do direito de acesso ao direito. Muito embora o Tribunal da Relação não se tenha pronunciado sobre esta questão, e não cabendo neste comentário uma análise detalhada do tema, iremos apenas destacar alguns pontos:

- a) Num sistema de fiscalização da constitucionalidade como o nosso em que não existe a figura da “queixa constitucional” ou do “recurso de amparo”, a mera invocação da violação da Lei Fundamental desacompanhada da identificação das normas (ou interpretações normativas) ilegais ou inconstitucionais aplicadas pelo tribunal *a quo* – como fizeram as autoras – nunca seria

60 Sobre a diferença entre a invocação de excepções dilatórias e a arguição dos factos em que essas se baseiam, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum: à luz do código de processo civil de 2013*, 3ª ed., Coimbra Editora., pp. 97-98 e 107.

61 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., p. 90 (em nota).

62 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª ed., vol. II, 2017, p. 201.

63 Neste sentido, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., p. 97 (em nota).

64 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., pp. 97-98 e 107.

65 Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120.

66 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014, (Relator García Calejo, processo 232/06.8TBBRR.L2.S1), in <http://www.dgsi.pt/>.

67 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 580.

suficiente para desencadear o processo de fiscalização concreta da constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional⁶⁸. Contudo, nem por isso deixaria o tribunal de 2.ª instância de estar obrigado a não aplicar normas ou proferir decisões que violem direitos fundamentais.

- b) Contudo, apenas o direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva consubstancia um direito fundamental (de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, adiante-se⁶⁹) consagrado no artigo 20.º da CRP. Já o princípio do dispositivo, quando muito, goza de uma protecção constitucional residual⁷⁰.
- c) Configurando esta acção um litisconsórcio voluntário activo e passivo, tem-se que a negação da possibilidade das autoras de obter junto de um só tribunal (estadual ou arbitral) a condenação de todos os réus advém de um ato da sua autonomia privada (a cláusula compromissória) e não de uma qualquer violação pelo tribunal estadual do seu direito fundamental de acesso à Justiça.
- d) Segundo o Tribunal da Relação do Porto, com a absolvição da instância dos réus, o acesso ao direito nunca sairia prejudicado, pois a extensão da força do caso julgado formado nas acções em que o tribunal judicial se declara incompetente por preterição de tribunal arbitral, obrigará o tribunal arbitral a reconhecer a sua própria competência⁷¹, sob pena de nenhum dos tribunais se considerar competente para apreciar o litígio. A verdade, porém, é que este entendimento não é pacífico na doutrina, existindo quem defenda – a nosso ver com razão – que o tribunal arbitral pode ainda assim julgar a sua incompetência, devendo, nesse caso, o tribunal estadual admitir a propositura de uma nova acção⁷².

6. Conclusão

Conforme oportunamente salientámos em sede introdutória, várias foram as questões controversas com que o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2016 se deparou.

Fruto desta complexidade, e não obstante a qualidade da decisão (que não cumpre aqui apreciar), várias foram também as críticas que lhe dirigimos. Com efeito, em certos momentos, o texto do acórdão parece revelar alguns aspectos menos claros em determinados temas de arbitragem.

Chegados a este ponto, importa recordar, sumariamente, algumas das principais críticas e observações que fizemos a este respeito:

- A intervenção de terceiros na arbitragem não pode ter lugar “independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral”⁷³. O terceiro tem de estar vinculado à convenção de arbitragem para que possa intervir no processo arbitral (não tendo, porém, necessariamente, de ser signatário da mesma).
- A (alegada) possibilidade de qualquer réu poder invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário é controvertida, podendo entender-se que nem todas as partes poderão invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral junto de um tribunal estadual, mas apenas as partes interessadas.
- O efeito negativo da convenção de arbitragem dita que os tribunais estaduais não podem conhecer do litígio objecto dessa convenção, salvo nos casos de nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade manifesta, conforme resulta do dispõe o artigo 5.º, n.º 2, da LAV.
- No que se refere à (alegada) revogação tácita da convenção de arbitragem por revelia do réu, importa salientar o seguinte: (i) o não exercício do ónus de invocação da convenção de arbitragem devolve a jurisdição aos tribunais estaduais, funcionando a propositura da acção e a não invocação da excepção como comportamentos tácitos concludentes da sua revogação; (ii) o réu revel só renuncia tacitamente à convenção quando preclui o seu ónus de a invocar em juízo; (iii) quanto ao apuramento do momento da preclusão desse ónus, propendemos a admitir que o réu ainda possa alegar essa excepção dilatatória, ao abrigo do artigo 97.º do CPC, aquando da alegação por escrito prevista no artigo 567.º, n.º 2, do CPC,

68 Sobre o tema, vide MARIA LÚCIA AMARAL, *Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (uma Lição de Direito Público Comparado)*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 a 499, e CARLOS LOPES DO REGO, *Os recursos de fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 2010, Almedina, Coimbra, pp. 31 e ss.

69 Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 178

70 Ainda que o princípio do dispositivo não tenha guarida expressa enquanto direito fundamental, e apesar de o direito de acesso ao direito (artigo 20.º da CRP) conferir ao legislador ordinário um amplo espaço para determinar os poderes de cognição dos tribunais (cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 438 e 439), parece-nos que a observância mínima do princípio do dispositivo decorre não só desse direito fundamental como também do princípio da liberdade ou da autonomia privada. Em termos próximos, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vols. II e III, Lisboa, 2013, p. 615.

71 Neste sentido, na vigência do anterior CPC, veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 134 e 135, e A *Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex-Edições Jurídicas, 1994, p. 135. No actual CPC, a violação de convenção de arbitragem passou a ser considerada um caso de *incompetência absoluta*, nos termos da alínea b) do artigo 96.º – alínea que compreende a preterição do tribunal arbitral necessário e a violação de convenção de arbitragem, previstas na alínea j) do artigo 494.º do anterior CPC. A propósito desta alteração legislativa, vejamos-se JOÃO CORREIA / PAULO PIMENTA / SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 27, PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 497, ARMANDO RIBEIRO MENDES, “O novo Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem Voluntária”, in *RIAC*, APA, n.º 6 (2013), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 267 e 268, e ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, 3.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2015, p. 169 (anotação ao artigo 96.º).

72 Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 181 e 182, e JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., pp. 1129-1130.

73 Ponto III do sumário do acórdão sob anotação.

desde que o facto que esta excepção tem por base (i.e., a existência de cláusula compromissória) já constasse do processo, conforme exige o artigo 573.º, n.º 2, do CPC.

- Contrariamente ao entendimento defendido no acórdão, é controvertido que a extensão da força do caso julgado

formado nas acções em que o tribunal judicial se declara incompetente por preterição de tribunal arbitral obrigue o tribunal arbitral a reconhecer a sua própria competência. Com efeito, será possível sustentar que o tribunal arbitral pode, ainda assim, julgar a sua incompetência, devendo, nesse caso, o tribunal estadual admitir a propositura de uma nova acção.

**A SUPERVENIENTE
INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA
DAS PARTES COMO
ALEGADO FUNDAMENTO
DE INOPONIBILIDADE DA
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

**ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 24 DE ABRIL DE 2016**

Francisco Da Cunha Matos

Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas (FDUC)
Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais
(FDUC)
Associado PLMJ Reestruturação e Contencioso
Financeiro

Maria Beatriz Brito

Mestranda em Direito (FDUNL)
Bolseira da Fundação de Ciência de Tecnologia
Investigadora no CEDIS (FDUNL)
Advogada Estagiária PLMJ Contencioso Penal

Supremo Tribunal de Justiça,

Processo n.º: 1212/14.5T8LSB.L1. S1
Relatora: Ana Paula Boularot

Sumário:

- I *A existência de um compromisso arbitral entre a Recorrente e o Recorrido, perfeitamente válido e operante para conhecer todos e quaisquer diferendos resultantes do contrato quadro havido entre ambos, traduz a afirmação do princípio da «competência da competência do Tribunal arbitral», igualmente designado por kompetenz-kompetenz ou competence-competence ou ainda compétence-compétence.*
- II *Este princípio pressupõe na sua análise um efeito positivo, o qual consiste em habilitar o Tribunal Arbitral a decidir da sua própria competência e um efeito negativo, que se traduz em atribuir aos árbitros o poder de serem não os únicos juízes, mas antes os primeiros juízes da sua competência, incumbindo apenas ao tribunal estadual apreciar a competência do tribunal arbitral depois de este se ter pronunciado sobre a mesma, quer através da impugnação da decisão interlocutória sobre a questão da competência quer em sede de oposição a execução da sentença proferida.*
- III *A Lei 47/2007, de 28 de Agosto no seu artigo 7º veio consagrar o princípio da inaplicabilidade do instituto do apoio judiciário às pessoas colectivas com fins lucrativos, entendendo-se que as pessoas colectivas que tenham sido instituídas por particulares para a realização de actividades económicas geradoras de lucros, devem, pela sua própria natureza, encontrar-se dotadas de uma organização financeira que lhes permita fazer face aos custos da sua própria actividade, incluindo aqueles que possam eventualmente resultar de uma litigância causada pelo seu giro comercial, o que implica que a aqui Autora não tem direito a tal benesse nos Tribunais comuns e tão pouco nos Tribunais arbitrais por nestes não ter aplicação tal instituto.*
- IV *A Recorrente, enquanto sujeita ao PER e se este procedimento for deferido, está e estará isenta de custas nas acções judiciais que intentar, desde que as mesmas não sejam do foro laboral nos termos do artigo 4º, nº1, alínea u) do RCP, sendo que uma questão é a isenção de custas, em sede de processo judicial (já que esta isenção não se estende como é óbvio aos processos instaurados nos Tribunais Arbitrais), e questão outra, é a eventual interferência deste procedimento na convenção de arbitragem havida entre a Recorrente e a Recorrida.*
- V *O CIRE no seu artigo 87º, nº1 inserido no capítulo referente aos efeitos da declaração de insolvência,*

prevê a suspensão da eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, desde que nos litígios se ponham questões cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis, exceptuando o seu nº2, os processos pendentes, os quais prosseguirão os seus termos.

- VI *Se esta disposição pudesse ser aplicável aos processos de revitalização, o que desde já se afirma que nos repugna conceder, tendo em atenção os objectivos prosseguidos com este específico procedimento, uma vez que os presentes autos foram instaurados antes da propositura do PER, nunca a Recorrente poderia chamar à colação, a seu favor, o ali preceituado.*
- VII *Por outro lado, continuando no pressuposto da aplicação paralela do artigo 87º ao PER, uma eventual suspensão da convenção arbitral, apenas seria de admitir durante o prazo das negociações, o que significa que apenas seria por um período de três meses, prazo este correspondente ao período legal de negociação do plano de recuperação, artigo 17º-D, nº5 do CIRE, mas tão somente quanto às eventuais acções em que a Recorrente fosse Ré e não Autora, como no caso em análise.*
- VIII *De qualquer modo, a circunstância de uma sociedade comercial se encontrar em PER ou em processo de insolvência, não significa a se que não tenha meios económicos para suportar as custas com um procedimento arbitral, acrescentando-se ainda que, mesmo nos casos de insolvência, como deflui do artigo 87º, nº2 do CIRE, as acções arbitrais pendentes na data da declaração de insolvência, prosseguem os seus termos normais.*
- IX *A ausência de possibilidades económicas para suportar os custos com a propositura de uma acção – judicial ou arbitral – dependerá sempre da alegação e prova dos factos consubstanciadores de tal situação, o que, adiante-se, nem sequer foi feito in casu, sendo que a nossa Lei não contém qualquer disposição que preveja esta específica situação, a não ser no caso especial da suspensão da convenção arbitral naquele específico caso de declaração de insolvência, nem consente que o Tribunal se exima ao deferimento da excepção dilatória de preterição do Tribunal Arbitral, oposta por uma parte à *ultra*, sendo antes injuntiva a norma que obriga ao seu conhecimento e à imediata absolvição da instância o que decorre inequivocamente do disposto no artigo 21º, nº1 da LAV.*
- X *É a própria Constituição ao admitir a existência de outras realidades jurisdicionais, como os Tribunais Arbitrais, no seu artigo 209º, nº2, que afasta o monopólio estadual da administração da justiça, atribuindo a particulares a solução de um litígio, gozando a decisão por estes proferida de força executiva idêntica à das sentenças judiciais, nos termos do artigo 705º, nº2 do CPCivil.*

XI *O confronto entre a garantia da tutela arbitral, constitucionalmente consagrada, artigo 209º, nº2 e 3 da CRP bem como o direito da personalidade na vertente da autodeterminação das partes e a tutela do direito ao direito, prevenida no artigo 20º, nº1 daquele diploma fundamental, tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais, sem prejuízo de, se assim vier a ser entendido, a questão poder vir a ser tratada nos Tribunais comuns, se e quando aqueles Órgãos concluírem pela sua incompetência, com a inaplicação da cláusula compromissória.*

Resumo:

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça tem origem na instauração de uma ação declarativa de condenação num Tribunal Judicial, não obstante existir uma cláusula compromissória válida e com efeitos vinculativos perante a Autora.

No essencial, a Autora alega que a sua situação de insuficiência económica superveniente constitui causa legítima de incumprimento de uma convenção de arbitragem válida

e eficaz (artigo 790.º do Código Civil), invocando ainda o princípio constitucional da garantia do acesso à justiça (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa) para justificar o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral, sob pena de denegação de justiça.

O Supremo Tribunal de Justiça pronuncia-se no sentido de que a ausência de possibilidades económicas para suportar os custos com a propositura de uma ação arbitral não autoriza o Tribunal a eximir-se ao deferimento da exceção dilatória de preterição do Tribunal Arbitral, remetendo a análise da concreta situação material para a sede arbitral.

Assim, entende este Tribunal que *[o]confronto entre a garantia da tutela arbitral, constitucionalmente consagrada, artigo 209º, nº2 e 3 da CRP bem como o direito da personalidade na vertente da auto-determinação das partes e a tutela do direito ao direito, prevenida no artigo 20º, nº1 daquele diploma fundamental, tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais, sem prejuízo de, se assim vier a ser entendido, a questão poder vir a ser tratada nos Tribunais comuns, se e quando aqueles Órgãos concluírem pela sua incompetência, com a inaplicação da cláusula compromissória.*

Anotação

1. Enquadramento: exposição dos factos e sentido e alcance da decisão do Tribunal

É largamente controvertida¹ a questão de saber se a insuficiência económica de uma das partes em processo arbitral torna inexigível o cumprimento de uma convenção de arbitragem válida.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça tem origem na instauração de uma ação declarativa de condenação num Tribunal Judicial ao arrepio de uma cláusula compromissória válida, alegando a Autora que a sua situação de insuficiência económica superveniente constitui causa legítima

de incumprimento da convenção de arbitragem (artigo 790.º do Código Civil), assim se pretendendo eximir da vinculação à jurisdição arbitral.

Com efeito, a Autora recorre para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão do Tribunal *a quo* que julgou procedente a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral invocada pela Ré, decidindo pela absolvição da instância.

Nas suas alegações, a Recorrente invoca a “*degradação da sua situação económica, que não lhe é imputável, e que a impossibilita de custear as despesas de arbitragem*”, o que determinou que, *por despacho judicial de 20/03/2015,*

1 No ordenamento jurídico português, veja-se, entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de maio de 2008 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), Processo n.º 753/07, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/> e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de setembro de 2015, Processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, disponível em www.dgsi.pt. Ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de janeiro de 2000, Processo n.º 99A1015, Relator Aragão Seia, disponível em www.dgsi.pt e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de novembro de 2010, Processo n.º 454/09.0TVLSB.L1-7, Relatora Graça Amaral, disponível em www.dgsi.pt. Na doutrina, José MIGUEL JÚDICE, *Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 2, 2009, Almedina, 2010, pp. 161 a 190, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *Efeitos Da Insolvência Na Convenção De Arbitragem, Insuficiência Económica Das Partes Em Processo Arbitral*, in V Congresso Do Centro De Arbitragem Da Câmara De Comércio E Indústria Portuguesa (Centro De Arbitragem Comercial) Intervenções, pp. 139-158, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A autonomia da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral*, in Estudos de Homenagem ao professor Galvão Telles, Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, pp. 105-128, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 7, 2014, Almedina, 2014, pp. 201 e ss. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, in Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções, 2009, pp. 93 e ss; JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A exceção do Tribunal Arbitral (voluntário)*, in ROA, Ano 58, pp.117-118; JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, *Sobre A Qualificação Civil Da Incapacidade De Suportar Os Custos Do processo Arbitral Por Uma Das Partes*, in Themis, Ano IX, nº16, 2009, pp. 225-244 e ainda MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada Coordenação*, Almedina, 2014, pp. 97-104.

portanto já posteriormente à instauração da acção, a Recorrente tenha sido admitida a PER”.

Ademais, alega que *essa impossibilidade de custear as despesas de arbitragem acarreta, nos termos do art. 790.º n.º 1 do CC uma extinção da obrigação de recorrer à arbitragem, fundada na impossibilidade do seu cumprimento por causa não imputável ao devedor, acrescentando que ao [r]ecursar-lhe o acesso aos tribunais judiciais, encaminhando-a para a justiça arbitral, o Acórdão recorrido está na prática a denegar justiça à Recorrente por insuficiência de meios económicos.*

Assim, em apertada síntese, a Recorrente sustenta a alegada inoponibilidade da cláusula compromissória em dois núcleos de fundamentação autónomos e de natureza distinta, apelando simultaneamente a razões de índole constitucional e infraconstitucional.

A um passo, invoca o princípio constitucional da garantia do acesso à justiça (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa) para justificar o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral, assim entendendo que a impossibilidade de acesso aos tribunais judiciais implicaria, como resultado constitucionalmente inaceitável, denegação de justiça.

Noutro plano, e com independência, reconhece a convenção de arbitragem como negócio jurídico, invocando a insuficiência económica superveniente como causa justificativa da não realização da obrigação contratual, por impossibilidade objetiva, nos termos do artigo 790.º do Código Civil.

Feito este enquadramento, antecipamos que, em nosso entender, a consistência dos fundamentos invocados pela Recorrente foi bem perscrutada pela decisão em análise, muito embora o Supremo Tribunal de Justiça se tenha deliberadamente afastado de uma solução comprometida e apodítica quanto à questão essencial do caso.

Em nossa opinião, a pertinência da solução encontrada pelo Tribunal assenta, desde logo, no reconhecimento² do efeito negativo da convenção de arbitragem como decorrência do princípio *Kompetenz-Kompetenz*,³ determinando, em solução descomplexada, que sempre caberia ao Tribunal Arbitral determinar os efeitos da impossibilidade económica superveniente de uma das partes na convenção de arbitragem.

Não obstante a virtualidade desta constatação, trata-se de uma solução que implicou um certo relativismo deci-

sório, porquanto o Supremo Tribunal de Justiça não ofereceu uma resposta comprometida quanto à questão essencial de saber se a superveniente insuficiência económica de uma das partes em processo arbitral torna inexigível o cumprimento da convenção de arbitragem.

Assim, apenas refere que, *se se admitir, como é possível admitir, que a superveniência de uma situação de debilidade económica é susceptível de constituir uma causa legítima de incumprimento da convenção arbitral, de forma a que a parte afectada possa submeter a apreciação do litígio aos Tribunais estaduais, teremos de concluir, tendo em atenção o princípio da competência da competência dos Tribunais Arbitrais, que caberá a estes aferir em sede liminar da aplicabilidade ou inaplicabilidade por motivos financeiros, da cláusula atributiva do foro[...].*

É evidente que admitir como possível que a superveniente insuficiência económica das partes seja *causa legítima de incumprimento da convenção arbitral* não é o mesmo que validar esta solução, nem tampouco significa aceitar que a insuficiência económica das partes torna, sem mais, inexigível o cumprimento de uma convenção de arbitragem válida.

Em contrário, se bem entendemos, o Supremo Tribunal de Justiça pronuncia-se timidamente no sentido do afastamento de qualquer solução que paralise os efeitos da convenção de arbitragem em virtude da insuficiência económica de uma das partes.

Tanto assim é que, fazendo referência à conhecida decisão do Tribunal Constitucional de 30 de maio de 2008,⁴ que negou de eficácia à convenção de arbitragem face à insuficiência económica de uma das partes, se tenta dela afastar, recusando o seu sentido decisório e o fio de fundamentação por inaplicáveis ao caso.

Assim, na esteira do Supremo Tribunal de Justiça [...] *a tese desenvolvida assentava no pressuposto – não comprovado nos autos – que o valor das custas arbitrais fossem incomportáveis, face aos custos advenientes da via judicial; secundum, partiu-se do facto, decisivo, que a insuficiência invocada fosse decorrente das questões que deram origem à acção; tertio, a decisão nele plasmada baseou-se na circunstância, entretanto alterada e sem qualquer validade para os processos vindouros, da possibilidade de atribuição de apoio judiciários às pessoas colectivas com fins lucrativos.*

Nesta linha de ponderação, antecipamos que as alterações em matéria de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos,⁵ em atenção ao muito recente Acórdão do Tri-

² Assim, refere este Tribunal que [...] *o confronto entre a garantia da tutela arbitral, constitucionalmente consagrada, artigo 209º, nº2 e 3 da CRP bem como o direito da personalidade na vertente da auto-determinação das partes e a tutela do direito ao direito, prevenida no artigo 20º, nº1 daquele diploma fundamental, tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais, sem prejuízo de, se assim vier a ser entendido, a questão poder vir a ser tratada nos Tribunais comuns, se e quando aqueles Órgãos concluírem pela sua incompetência, com a inaplicação da cláusula compromissória.* (p. 17)

³ Cfr ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ob. cit., p. 110,

⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de maio de 2008, Processo n.º 753/07 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), que declarou inconstitucional, por violação do artigo 20º, nº1 da CRP, a norma do artigo 494º, alínea j) do CPCivil, na versão pretérita, quando interpretada no sentido de a exceção de violação da convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recaí sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar a essa situação.

bunal Constitucional n.º 86/2017, nos servirão como pedra de toque para a defesa, que mais adiante retomaremos, da existência puramente virtual de um conflito de direitos.

Deve ainda notar-se que o Supremo Tribunal de Justiça se pronuncia com especial assertividade em relação à irrelevância da admissão da Recorrente em PER para efeitos de aplicação da regra de suspensão de eficácia da convenção de arbitragem prevista no artigo 87.º do CIRE: trata-se de um normativo por natureza inaplicável ao PER, falhando em qualquer caso o preenchimento do requisito cronológico.

No que interessa à nossa análise, importa ainda notar que este tribunal desconstrói a ideia de que a arbitragem é, como tradicionalmente entendido, mais dispendiosa por comparação aos tribunais judiciais, em contrário considerando *não ser apodítica a asserção de que os custos da arbitragem são substancialmente superiores aos custos de um processo judicial*.

Esta constatação deve valer como ponto de referência para retirar sustentação à invocação do *princípio do acesso ao direito*: se os custos da litigância em arbitragem forem equivalentes ou inferiores aos da instância judicial, o exercício do direito é indiferentemente cumprido numa ou noutra instância, não valendo aquele princípio para retirar eficácia ou oponibilidade à cláusula arbitral.

Assim, a situação conflituante entre princípios deixa de existir sempre que o *princípio do acesso ao direito* não seja um argumento atendível, o que ocorrerá num de dois casos: (i) quando os custos da arbitragem forem inferiores ou equivalentes aos custos da via judicial; e (ii) quando a parte não esteja em condições de beneficiar, na via judicial, de qualquer apoio judiciário gerador de uma variação relevante de custos face à jurisdição arbitral.

Nestes casos, não se verifica a existência de um conflito de direitos: *situando-se o princípio do acesso ao direito fora da equação, pois deixa de existir uma variável em sentido antinómico, o que implica o desaparecimento da tensão dialética entre os princípios*.

Nesta linha de ponderação, o Supremo Tribunal de Justiça menciona que [...] *o confronto entre a garantia da tutela arbitral, constitucionalmente consagrada, artigo 209º, nº2 e 3 da CRP bem como o direito da personalidade na vertente da auto-determinação das partes e a tutela do direito ao direito, prevenida no artigo 20º, nº1 daquele diploma fundamental tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais*.

Assim, muito embora se trate de uma asserção que não compromete o sentido decisório do Supremo Tribunal de Justiça, o seu relevo está no reconhecimento de uma tensão dialética entre direitos, servindo ainda de enquadramento para aquilo que parece constituir uma pista de resposta do Supremo Tribunal de Justiça quanto à solução a adotar pelo Tribunal Arbitral.

Note-se então que este Tribunal refere que [...] *a verificação da execução do contrato havido entre a Recorrente e o Recorrido nos termos em que a problemática nos é suscitada por aquela, apenas pode ser objecto de decisão definitiva no seio dos Tribunais Arbitrais, em cumprimento dos princípios da liberdade contratual e da confiança, como expoentes da auto-determinação e de conformação constitucional*.

Isto dito, uma correta interpretação destes segmentos decisórios implica constatar a existência de uma situação conflituante de valores, mas também o apelo aos *princípios da liberdade contratual e da confiança, como expoentes da auto-determinação*, enquanto referentes prioritários da solução.

Se bem entendemos, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, ainda que prometedora porque bem sustentada e consistente do ponto de vista da fundamentação, detém-se numa solução pouco assertiva, *insinuando* pistas de resposta, mas nunca *afirmando* uma solução expressa.

De resto, atendendo à fundamentação da decisão, o Supremo Tribunal descompromete-se com aquilo que só poderia constituir o correto desenlace jurídico da questão: afirmar a produção de efeitos juridicamente vinculantes da convenção de arbitragem mesmo em casos de superveniente insuficiência económica de uma das partes em arbitragem.

Ainda assim, trata-se de uma decisão descomplexada face à jurisdição arbitral, desfazendo equívocos quanto aos custos da arbitragem e relembrando que, em virtude do efeito negativo da convenção de arbitragem, são os árbitros os primeiros juízes da sua competência.

2. Valores em conflito e as soluções dos ordenamentos jurídicos

É evidente que uma situação conflituante de princípios jurídico-constitucionais implicará uma solução optativa de preferência absoluta de um dos valores, em sacrifício total do outro, nos casos em que não seja possível a harmonização de direitos através de cedência recíproca.

5 Sobre este aspeto, detalhadamente, vide PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *Efeitos Da Insolvência Na Convenção De Arbitragem. Insuficiência Económica Das Partes Em Processo Arbitral*, in V Congresso De Arbitragem Da Câmara De Comércio E Indústria Portuguesa (Centro De Arbitragem Comercial) Intervenções, pp. 139-158.

6 Entendendo que os valores em equação são distintos dependendo da posição da parte (*Claimant* ou *Respondent*) que alega insuficiência económica superveniente, PATRICIA ŽIVKOVIĆ, *Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' Practice*, Croatian Arbitration Yearbook Volume 23 (2016). Esta Autora refere, com pertinência, que a insuficiência de fundos do *Claimant* preclui as mais das vezes o início ou a continuação do processo arbitral, ao passo que a insuficiência de fundos do *Respondent* se reflete no momento em que a decisão é tomada, e releva apenas na medida em que contender com o *due process*, designadamente nas situações em que o *Respondent* se vê impedido de apresentar contra-alegações e estas se relacionam com o exercício do direito de resposta.

A questão de saber que efeito, se algum, produz na convenção de arbitragem a insuficiência económica de uma das partes em processo arbitral convoca em abstrato dois valores constitucionais em conflito,⁶ quando não mais, atendendo à variação relevante de interesses jurídicos consoante a posição assumida pelas partes em processo arbitral.⁷

Por um lado, o valor *do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva* (artigo 20.º CRP),⁸ alegadamente condicionado pela circunstância de uma das partes, que renunciou contratualmente à propositura da ação pela via judicial, se ver também impossibilitada de fazer valer a sua pretensão em sede arbitral, por insuficiência de fundos.

Por outro lado, o *exercício da autonomia privada ou liberdade negocial* como expressão da *autodeterminação* (artigos 26.º e 61.º CRP), o que significaria a imposição de efeitos juridicamente vinculantes à convenção de arbitragem independentemente das circunstâncias concretas do caso.

Para além de reconhecidos pelo Tribunal Constitucional português,⁹ são precisamente estes os valores apontados como fatores de ponderação atendíveis em todos os ordenamentos jurídicos que sobre ela se pronunciaram, deles resultando soluções e perspetivas distintas do problema.¹⁰

Assim, no ordenamento jurídico germânico tem sido possibilitada a paralisação dos efeitos jurídicos da convenção de arbitragem em virtude da superveniente insuficiência económica de uma das partes, tendo sido tradicionalmente atribuída à parte um *direito de resolução do contrato* e, a partir da decisão do Tribunal Federal Alemão,¹¹ entendendo-se que a convenção de arbitragem se torna *incapable of being performed*.¹²

Por contraste, outras jurisdições, como a Inglesa e a Francesa, têm sublinhado que a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico (processual), produz efeitos juridicamente vinculantes para as partes que a celebram,

não se devendo negar eficácia ao livremente acordado em razão da insuficiência económica de uma das partes.

Com efeito, de forma particularmente correta e impressionante, pronunciou-se o England and Wales High Court no caso *Nasharty v. J Sainsbury Plc* no sentido de que: *[t]he Claimant has validly waived his right of access to a court. It adds nothing because inherent in any finding of waiver will be a finding that the Claimant freely and voluntarily entered into an arbitration agreement which imported a transparent published costs regime*.¹³

Em perspetiva semelhante, ainda que não absolutamente coincidente, também no ordenamento jurídico francês¹⁴ a questão tem sido perscrutada privilegiando a dimensão contratual do problema, relevante sobretudo duas decisões recentes: o caso *Lola Fleurs*¹⁵ e o *Caso Pirelli*.¹⁶

Quanto ao primeiro caso, mais importante e próximo do caso que analisamos, o Tribunal de Primeira Instância pugnou pela absolvição da instância num caso em que a Autora, *Lola Fleurs*, instaurou ação em tribunal judicial em descondição da convenção de arbitragem.

Em sede de recurso, *Lola Fleurs* alegou a inoponibilidade, quanto a si, da convenção de arbitragem porquanto não estaria economicamente capaz de custear a litigância arbitral, decidindo o Tribunal de Recurso de Paris confirmar a decisão de primeira instância e não admitir que a insuficiência económica de uma das partes seja fundamento de inoponibilidade da convenção de arbitragem, assim remetendo a competência decisória para o tribunal arbitral.

Em nossa opinião, a relevância deste caso está em reconhecer que cabe ao tribunal arbitral garantir o acesso à justiça através do recurso à arbitragem, mas que em qualquer caso a eficácia da cláusula arbitral se mantém intacta ainda que uma das partes se veja numa situação de superveniente insuficiência económica.

7 Muito interessante, por se basear na insuficiência económica do Demandado, o *Caso Pirelli*, Société Licensing Projects (LP) et autres v Société Pirelli & C. SPA et autres, Volume 2012 Issue 2 Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 2012 387 (Court of Appeal of Paris 2011), disponível em <https://www.courdecassation.fr>. Aqui é o Demandado que peticiona judicialmente pela anulação da decisão arbitral com fundamento na violação do *due process*, na dimensão de princípio da igualdade, porquanto, incapaz de custear o processo arbitral, lhe foi negada a possibilidade de apresentar contra-alegações. O Tribunal de Recurso de Paris entendeu que a impossibilidade de apresentar contra-alegações constitui uma restrição inadmissível ao direito à defesa e à igualdade das partes, em sentido discordante se pronunciando o Supremo Tribunal de Justiça Francês, que anulou a decisão do Tribunal de Recurso de Paris.

8 No sentido de que o *acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição é uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais e, como tal, inerente à ideia de Estado de direito [...]*, mas reconhecendo ainda assim a sua natureza de *direito prestacionalmente dependente e de direito legalmente conformado*, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação I ao artigo 20.º, p. 408.

9 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de maio de 2008 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), Processo n.º 753/07, disponível no site do tribunal constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

10 Essencial para a análise do problema do ponto de vista comparado, *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* In Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit Schriftenreihe Der August-Maria-Berges-Stiftung Für Arbitrales Recht 16 (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004).

11 Decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão de 14 de setembro de 2000, BGH (14.09.2000) BGHZ 145,116, *apud* GERHARD WAGNER, *Poor Parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles?*, in *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, ob. cit., p. 10.

12 Cf. Oberlandesgericht Köln, Order of 5 June 2013 – 18 W 32/13.OLG, *apud* TILMAN NIEDERMAIER, *Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic*, German-American Lawyers' Association Law Journal 1/2014.

13 *Amr Amin Hamza El Nasharty v. J Sainsbury Plc*, [2007] EWHC 2618 (Comm) 2007 WL 3389508. Ainda, *Janos Paczy v Haendler and Natermann* [1981] 1 Lloyds Rep 302.

14 Para um tratamento aprofundado da questão na jurisdição francesa, veja-se EMMANUEL GAILLARD, *Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View*, in *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, ob. cit. pp. 67 e ss.

15 *Caso Lola Fleurs*, CA Paris, Pôle 1 – Chambre 1, 26 février 2013, SARL Lola Fleurs c/ Société Monceau Fleurs et autres, RG n.º12/12953, ASA Bull. 4/2013, p. 900. Recentemente confirmado pela decisão do Tribunal de Recurso de Paris no *Caso Airbus*, de 7 de abril de 2015, n.º 15/00512, *Selafa MJA v. S.A.S. Airbus Helicopters and Societe Airbus Helicopters Deutschland GmbH* (Paris Court of Appeal 2015).

16 Veja-se Société Licensing Projects (LP) et autres v Société Pirelli & C. SPA et autres, Arrêt n.º 392 du 28 mars 2013, Cour de cassation, disponível em <https://www.courdecassation.fr>.

Ora, julgamos que a construção jurídica correta é a adotada nas decisões *Nasharty v. J Sainsbury Plc* e *Lola Fleurs*, num e noutro caso se fazendo o reconhecimento da natureza de negócio jurídico da convenção de arbitragem e se reforçando a decorrente produção de efeitos juridicamente vinculantes que não se afastam com a simples invocação de maior onerosidade da prestação.

Se bem entendemos, o problema deve colocar-se na sua dimensão contratual, em atenção ao princípio da prioridade do cumprimento e à irrelevância da impossibilidade relativa de cumprimento (*difficultas praestandi*).

De resto, a convenção de arbitragem reflete um modo concreto de exercício de liberdade negocial, expressão da autonomia privada, pelo que é dotada de garantias de efetividade próprias do direito civil.

Por ser assim, um dos efeitos vinculantes operados em virtude da celebração deste negócio jurídico processual é a renúncia livre, voluntária e expressa, à litigância judicial, sendo certo que as partes conheciam, ou deveriam conhecer, os custos da arbitragem no momento da renúncia.

Ora, estando a celebração de uma convenção de arbitragem na disponibilidade única das partes, dificilmente se compreende que exista uma obrigação constitucional implícita dirigida ao Estado no sentido de se invalidar uma renúncia livremente realizada ao direito de aceder à via judicial.

Ademais, é com algum equívoco que nalguns sítios se refere a natureza instrumental da convenção de arbitragem, tratando-se esta de uma asserção evidentemente errada porquanto preterir o tribunal arbitral não significa dispensar uma “via preferencial”, mas afastar a competência decisória do corpo jurisdicional próprio (artigo 209.º, n.º 2, da CRP) escolhido pelas partes.

Em apertada síntese: perfilhamos a abordagem que prefere a observância dos efeitos vinculativos da convenção de arbitragem e entendemos que a questão deverá ser contratualmente perspetivada, inexistindo na maioria dos casos um verdadeiro conflito de direitos constitucionais, e tudo estando em saber se a superveniente insuficiência económica das partes constitui um fundamento de impossibilidade de cumprimento por causa não imputável ao devedor (artigo 790.º do CC).

Ainda nesta sede, breve excursão para notar que a questão da *insuficiência económica das partes para suportar custos da arbitragem* não se confunde com a problemática da *desproporcionalidade entre custos da arbitragem e retorno da ação*.

Trata-se esta de uma clarificação necessária em virtude da construção dogmática norte americana, nem sempre clara, tomando-se por referência os casos *Tillman v. Tillman* e *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*

No *Caso Tillman*,¹⁷ de 15 de junho de 2016, o Tribunal de Recursos da Nona Circunscrição dos EUA confirmou a decisão do Tribunal Distrital da Califórnia no sentido de admitir o recurso à jurisdição estadual com fundamento em insuficiência económica comprovada para custear um processo arbitral.

Sobre assunto distinto, no caso *American Express Co. et al v. Italian Colors Restaurant et al*,¹⁸ o Supremo Tribunal Norte Americano pugnou pelo efeito juridicamente vinculante da convenção de arbitragem (*courts "rigorously enforce" arbitration agreements according to their terms*) no caso de desproporcionalidade entre os custos da arbitragem e o valor do retorno (*the plaintiff's cost of individually arbitrating a federal statutory claim exceeds the potential recovery*).¹⁹

Assim, muito embora exista, nalguns casos, coincidência de fundamentação, o objeto desta análise não se confunde com a questão do binómio custos/retorno como tratada na última decisão citada, assim se clarificando o verdadeiro sentido e alcance da questão que analisamos: determinar os efeitos jurídicos da insuficiência económica de uma das partes numa convenção de arbitragem válida e por isso geradora de vínculos obrigacionais.

3. Da inexistência de um conflito de direitos

Como antecipámos, julgamos que a perspetiva essencial de resolução do problema é contratual, sendo a dimensão conflituante entre os princípios jurídico-constitucionais de *acesso ao direito* e a *autonomia privada*, senão virtual, pelo menos eventual.

Assim é porquanto o argumento do *acesso ao direito* só pode proceder nos casos em que a parte, sendo incapaz de suportar os custos normais na litigância arbitral, tem na via judicial capacidade de o fazer: seja porque o valor da litigância é aqui comprovadamente menor, seja porque é beneficiário de proteção judiciária.

Em todos os casos em que a capacidade económica para litigar não seja afetada pela instância escolhida, falece o argumento do acesso ao direito como fator de ponderação atendível, tudo se reconduzindo ao problema infraconstitucional de determinar se a insuficiência económica de uma das partes em arbitragem releva como causa de justificação do não cumprimento da convenção de arbitragem nos termos da lei civil.

¹⁷ *Tillman v. Rheingold*, D.C. No. 2:09-cv-02017-VAP-RC, 9th Cir. NO. 13-56624, 2016. Esclarece contudo o Tribunal, na página 13 da decisão, que [...] *Our decision that Tillman's case may proceed does not mean that parties may refuse to arbitrate by choosing not to pay for arbitration. If Tillman had refused to pay for arbitration despite having the capacity to do so, the district court probably could still have sought to compel arbitration under the FAA's provision allowing such an order in the event of a party's "failure, neglect, or refusal" to arbitrate.*

¹⁸ Veja-se o caso *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.* 570 U.S. (2013).

¹⁹ Também sobre esta questão, *Green Tree Financial Corp.-Ala. v. Randolph* 531 U.S. 79 (2000).

Dito de outro modo: se os custos da litigância em arbitragem forem equivalentes ou inferiores aos da instância judicial, em ambos os casos a parte está capaz ou incapaz de litigar, sendo o exercício do direito indiferentemente cumprido numa ou noutra instância, e por isso não valendo aquele princípio para retirar eficácia à cláusula arbitral.

Assim, o princípio do acesso do direito, enquanto garantia primária de que ninguém pode ser privado de levar a sua causa a tribunal, tem nesta questão um lastro de aplicação bastante limitado, não podendo ser, sem mais, convocado como fator de ponderação.

Desde logo, está por demonstrar que os custos do tribunal arbitral sejam por princípio superiores aos custos do tribunal judicial,²⁰ pelo que o argumento do acesso ao direito só tem a virtualidade de funcionar nos casos em que seja evidente que a parte, não podendo pagar os custos da arbitragem, pode comprovadamente comportar os custos do processo judicial, ou, não podendo, é, todavia, beneficiário de apoio judiciário.

Depois, notamos que na jurisdição portuguesa o princípio do acesso ao direito não é um valor absoluto²¹ e insuprível, sendo até genericamente limitado pelo próprio Estado no contexto da litigância judicial: veja-se a consagração, na Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, da regra geral inaplicabilidade do instituto de proteção jurídica às pessoas coletivas com fins lucrativos, assunto que se tratará em detalhe em articulação com o Acórdão n.º 86/2017 do Tribunal Constitucional.

Com efeito, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça aqui anotada foi proferida num contexto jurídico-constitucional conformador do princípio da garantia da tutela jurisdicional efetiva diferenciado daquele que foi instituído pelo Acórdão n.º 86/2017, de 16 de fevereiro, do Tribunal Constitucional.

À data (26 de abril de 2016) o Tribunal perfilhou o entendimento de que as *peças coletivas que tenham sido instituídas por particulares para a realização de atividades económicas geradoras de lucros, devem, pela sua própria natureza encontrar-se dotadas de organização financeira que lhes permita fazer face aos custos da sua própria atividade, incluindo aqueles que possam eventualmente resultar de uma litigância causada pelo seu giro comercial.*²²

Com base neste pressuposto, conclui-se que se a superveniente insuficiência económica de uma sociedade comercial não justifica que o Estado lhe assegure o acesso à justiça, então aquela também não poderá arvorar-se no benefício, com o mesmo fundamento, da ineficácia da

convenção de arbitragem, quer através do instituto da impossibilidade de cumprimento (artigo 790.º do Código Civil), quer através da alteração das circunstâncias (artigo 437.º do Código Civil).

Contudo, no mencionado Acórdão n.º 86/2017, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, a norma do artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto (Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais), na parte em que recusa proteção jurídica a pessoas

coletivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas.

O Tribunal Constitucional decidiu que merece censura a interpretação do artigo 7.º, n.º 3, da Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais que denega justiça às pessoas coletivas, pela absoluta postergação do direito à proteção jurídica em todas as suas modalidades e seja qual for a sua condição económico-financeira, fundando o seu juízo de inconstitucionalidade por referência à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na qual se estabelece que deve ser “*concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça*”.

Deste modo, foi sufragada a posição adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que decidiu que o princípio da proteção jurisdicional efetiva deve ser interpretado no sentido da possibilidade de concessão de apoio judiciário a pessoas coletivas, e que esse apoio pode abranger as modalidades de dispensa de pagamento antecipado dos encargos judiciais e/ou a assistência de um advogado.

Consequentemente, o Tribunal Constitucional julgou que o princípio da proteção jurisdicional efetiva consagrado afasta a ideia de uma necessária incompatibilidade entre o apoio judiciário concedido a pessoas coletivas com fins lucrativos e o bom funcionamento dos mercados concorrenciais, salientando que aquele apoio pode constituir uma condição necessária da efetividade de tutela jurisdicional.

No fundo, incumbe ao Tribunal verificar se os requisitos da concessão de apoio judiciário constituem, no caso concreto, uma limitação do direito de acesso aos tribunais suscetível de prejudicar a essência desse direito, mediante um exercício de razoável proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo prosseguido.

20 Sobre esta questão, veja-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Quando a arbitragem deixa de ser a justiça dos ricos*, *Advocatus*, março de 2017, pp-14-15.

21 Neste preciso sentido, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *Efeitos Da Insolvência Na Convenção De Arbitragem, Insuficiência Económica Das Partes Em Processo Arbitral*, *ob. cit.*, p. 154, referindo este Autor que “[...] se, para o próprio Estado, o princípio do acesso à justiça não passa por assegurar que sociedades em má situação económica tenham a possibilidade de aceder aos tribunais, então a convenção de arbitragem deixa de poder ser posta em causa através da alegação de insuficiência económica (pelo menos com base em suposta inconstitucionalidade).

22 O racional subjacente ao entendimento perfilhado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça prende-se com a necessidade de apresentação à insolvência das entidades que carecem de meios económicos e que, sendo a sua atividade destinada a gerar lucros, devem deixar de a exercer. Este sentido veja-se JOAQUIM SHERMAN MACEDO, “*Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes*”, in *Themis*, n.º 16, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009, pp. 245-278.

Assim, hodiernamente, admite-se a possibilidade de conceder apoio judiciário às pessoas coletivas com fins lucrativos, impondo-se ao tribunal um juízo casuístico para aferir: **a)** a situação do requerente, **b)** a sua situação de insuficiência económica e **c)** as circunstâncias do litígio²³.

Em suma: no atual quadro jurídico constitucional, a insuficiência económica de uma pessoa coletiva com fins lucrativos para suportar os custos com a propositura de uma ação judicial ou arbitral dependerá sempre da alegação e prova dos factos consubstanciadores daquela insuficiência.

Acrescentamos, nesta linha de ponderação, que a arbitragem oferece a vantagem de uma das partes poder financiar o processo arbitral, substituindo-se à parte faltosa (artigo 17.º, n.º 5, LAV), pelo que é em abstrato mais favorável – pelo menos – às pessoas coletivas com fins lucrativos em situação de insuficiência económica, por comparação a um tribunal judicial.

Ora, especialmente relevante e atual, neste contexto, é a tendência verificada em arbitragem internacional de permitir e incentivar formas de *third-party funding* como modo de resolver a tensão conflituante, quando exista, entre o *acesso ao direito* e a obrigação de litigar em arbitragem.²⁴

Se bem vemos a questão, a circunstância de se possibilitar a celebração de contratos de financiamento de terceiros tem respaldo essencial no tratamento a conferir à questão que nos ocupa: demonstrar a impossibilidade económica de litigar em arbitragem implicará agora fazer prova da incapacidade de obtenção de financiamento externo.

Portanto, a insuficiência económica assume uma dimensão interna – que implica a prova da incapacidade económica para litigar em arbitragem e a demonstração de capacidade para o fazer judicialmente – e uma dimensão externa – referida à demonstração de que foram realizados os melhores esforços para obter financiamento de terceiros.

Ora, o que se disse permite já antecipar que nem todas as situações de insuficiência económica de uma das partes em arbitragem convocam o *princípio do acesso ao direito* como fundamento para recorrer à via judicial.

Em todos os casos que apontámos, inexistente verdadeiramente um conflito de direitos constitucionalmente relevantes porquanto o princípio do acesso ao direito não tem espaço de operatividade, e, assim, tudo se reconduz à au-

tonomia privada (refletida no reconhecimento de efeitos jurídicos à convenção de arbitragem) como único interesse constitucional tutelado.

4. A resolução da convenção de arbitragem por justa causa e o princípio da irrelevância da disparidade entre os custos judiciais

Identificada e superada a aparente tensão dialética entre princípios constitucionais na qual se entreteceu a decisão em apreço, centramo-nos na dimensão jurídico-civilística da invocação da insuficiência económica para postergação de uma convenção de arbitragem.

Antes, porém, importa referir que a convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico apresenta-se como uma manifestação do princípio da autonomia privada, estruturante do direito civil português, na sua dimensão mais evidente da liberdade contratual. Este princípio caracteriza-se pelo poder intersubjetivo reconhecido aos particulares de autorregular os seus interesses e de autogovernarem a sua esfera jurídica.²⁵

Em virtude da sua ligação com as funcionalidades do sistema económico-social, o princípio da liberdade contratual, embora não consagrado expressamente na Constituição, está implicado em preceitos constitucionais integradores da *constituição económica*. A tutela constitucional da liberdade contratual decorre do reconhecimento da iniciativa privada (artigo 61.º), devendo esta norma articular-se com as aquelas que consagram a propriedade privada (artigos 62.º e 89.º).

Como acima se enunciou, como forma de enquadramento da relevância dada à superveniente incapacidade financeira da parte de uma convenção de arbitragem, o presente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça expôs duas soluções de direito comparado que se antagonizam, sem que tenha optado descomplexadamente por nenhuma delas, o que, em nosso parecer, frustrou a decisão quanto à questão essencial do caso concreto.

Tributário de um entendimento favorável à invocação da superveniente insuficiência económica da parte como fundamento para a resolução da convenção de arbitragem por justa, o direito alemão admite que, por circunstâncias anormais ou excecionais, não seja exigível o respeito pela cláusula compromissória e à submissão à jurisdição arbitral, nomeadamente quando este meio de resolução de litígios já não esteja no alcance económico-financeira de uma das partes.

23 Com pertinência, salienta-se que o Acórdão n.º 86/2017 consagra um regresso ao regime normativo originário, preceituado pela redação inicial da LADT que previa o direito à proteção jurídica das pessoas coletivas, na modalidade de apoio judiciário, mediante prova da sua insuficiência económica, sem que se verificasse qualquer discriminação quanto à sua finalidade.

24 Sobre esta questão, detalhadamente, JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, in *International Arbitration Law Library Series Volume 35*, 2016, Kluwer Law International.

25 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral de Direito Civil*, 4.ª edição, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 102.

O sentido da *supra* citada jurisprudência alemã (*vide supra* Capítulo 2.) valoriza a relevância jurídica do empobrecimento em detrimento da sujeição a uma convenção de arbitragem, afirmando que a *ninguém deve ser negada a efetivação dos seus direitos*, reconhecendo-se à *parte desfavorecida ou desprovida de meios económicos o direito de se libertar de uma convenção de arbitragem, mediante o preenchimento de determinados pressupostos*²⁶.

Na medida em que o direito arbitral alemão (tal como o português) não reconhece o direito ao apoio judiciário num processo arbitral, estaria a parte incapaz de suportar os custos de um processo de arbitragem e impossibilitada de defender os seus direitos.

Situando-se nos antípodas da referida posição, a jurisprudência e doutrina inglesas (igualmente elencadas *supra* no Capítulo 2.) entendem ser irrelevante a disparidade que possa existir entre os custos de arbitragem e os custos dos tribunais comuns²⁷, proclamando-se que o princípio da capacidade ou incapacidade financeira de uma das partes da convenção de arbitragem não é facto a ter consideração quanto ao indeferimento de uma exceção de preterição de tribunal arbitral.

Tendo a decisão aqui anotada optado timidamente por uma solução que não obstasse à paralisação dos efeitos da convenção de arbitragem, embora pela via da afirmação do princípio da competência dos tribunais arbitrais, o Supremo Tribunal de Justiça deu um passo seguro na superação do dogma jurídico de que a arbitragem é uma *justiça dos ricos*.²⁸

A este propósito, importa realçar que as custas processuais nos tribunais judiciais têm vindo, recentemente, a ser criticadas por diversos operadores judiciários, em virtude do seu montante excessivo.

Como salienta António Pedro Pinto Monteiro, *aquilo que deveria funcionar como uma taxa moderadora acaba por ser, em certas situações, um entrave real no acesso à justiça por parte de muitos cidadãos (especialmente em relação àqueles que, apesar de não reunirem as condições para ter apoio judiciário, não tenham meios económicos para suportar as custas)*.²⁹

Assim, constata-se que os montantes avultados de custas geram, além do mais, uma situação antitética, pois, em muitas situações (sobretudo quando o valor do litígio for elevado), os tribunais arbitrais acabam por ser mais baratos

do que os tribunais estaduais. Tendencialmente, a partir de certo montante, o tribunal arbitral revela-se claramente a melhor opção em termos de custas processuais.

É cada vez maior o número de casos em que afinal a alegada *justiça dos ricos* se revela mais barata do que a justiça praticada nos tribunais estaduais. Ou seja, para além de mais rápida, confidencial, flexível e com um maior grau de especialização, a arbitragem é, ainda, em vários casos mais barata do que a justiça estadual.

Ou seja, num quadro jurídico-constitucional de tendencial afirmação do princípio de acesso ao direito (sobretudo, pela admissibilidade da atribuição de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos) e num momento em que a prática forense descortina o esbatimento da disparidade entre as custas processuais praticadas no tribunais judiciais e as despendidas com as ações arbitrais, impunha-se que o Supremo Tribunal de Justiça tivesse decidido sobre a natureza jurídica na eventual oponibilidade da insuficiência económica à convenção de arbitragem.

Não o tendo feito, o Supremo Tribunal de Justiça não definiu nenhuns critérios ou princípios aferidores que balizem uma solução. O resultado será expectável: sempre que uma empresa não pretenda sujeitar-se a um procedimento arbitral – que em regra é mais expedito – por incumprimento contratual, passa a possuir um interesse estratégico em avançar com uma ação judicial em que invoque danos causados pela outra parte em dimensão superior ao das suas responsabilidades, informando o tribunal de que está numa situação de insuficiência económica que a impede de recorrer à arbitragem e até afirmando que a razão nasce precisamente dos danos que a outra parte lhe causou³⁰.

5. Convenção arbitral como negócio jurídico de cariz processual

5.1. Enquadramento: da produção de efeitos juridicamente vinculantes para os sujeitos envolvidos

Como vimos, a convenção arbitral tem a sua génese no império da vontade das partes, sendo a arbitragem uma jurisdição contratual privada.

A arbitragem tem natureza jurisdicional na medida em que a sua função é desempenhada através de poder de decisão de litígios exercidos por uma instância neutral. Por seu

26 JOAQUIM SHERMAN DE MACEDO, *op. cit.*, p. 231.

27 ROBERT MERKIN, *Arbitration Law, 2004*, p. 274.

28 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Quando a arbitragem deixa de ser a justiça dos ricos*, *Advocatus*, março de 2017, pp-14-15.

29 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p.14.

30 José Miguel Júdice salienta ainda que «O resultado desta opção – sobretudo se acompanha por uma *anti-arbitration injunction* que o nosso sistema não proíbe – será colocar o credor que conheça o seu bom direito num dilema complexo: optar por contestar o processo judicial apenas com fundamento na exceção de preterição do tribunal arbitral e na falta de fundamento para aplicar o acórdão sob comentário, mas com isso perder muito tempo (pois a questão irá acabar na justiça constitucional) e correndo o risco – se não atacar a questão efundo – de decair no processo se a doutrina do TC for aplicada; ou então, desistir de invocar a exceção, confiar que ela não poderá ser conhecida oficiosamente e que nenhum terceiro a venha invocar numa intervenção processual relevante, mas neste caso abdicando da arbitragem». (JOSÉ MIGUEL JÚDICE, "Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano II, Coimbra, Almedina*, p. 183-186).

turno, tem natureza contratual privada, porque os tribunais arbitrais são criados em conformidade com as convenções de arbitragem, que constituem a fonte dos seus poderes e delimitam o âmbito da respetiva competência.

As convenções de arbitragem são negócios jurídicos bilaterais, quer estejam inseridas, como cláusulas compromissórias, em contratos de conteúdo mais amplos, quer sejam estipuladas de modo autónomo, como geralmente sucede com os compromissos arbitrais. São contratos definitivos, porque a eficácia entre as partes não depende da celebração de qualquer contrato posterior devido.

Desta convenção emerge um direito potestativo para cada uma das partes, cujo conteúdo consiste na faculdade de fazer constituir um tribunal arbitral para julgamento de certo litígio que, à data da convenção, tanto pode ser atual como futuro – trata-se do *efeito positivo central da convenção de arbitragem* (artigos 11.º e 12.º da Lei da Arbitragem Voluntária), bem como o efeito lateral de interrupção da prescrição pelo compromisso arbitral (artigo 324.º, n.º 1 do Código Civil). Por seu turno, o efeito negativo decorre da faculdade de invocar a exceção de preterição do tribunal arbitral^{31/32}.

Portanto, conclui-se que a parte contra quem o mesmo é exercido não pode senão sujeitar-se ao respetivo exercício, na medida da vinculação operada pela mesma convenção de arbitragem. Por conseguinte, é esta vinculação ou sujeição que será violada quando uma das partes da convenção resolva nos Tribunais Comuns uma ação respeitante a um litígio previsto na mesma convenção.

Dito de outro modo, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico gerador de direitos e obrigações juridicamente vinculantes para as partes que, em regra, se encontra submetida ao princípio geral de *pacta sunt servanda*.

5.2. Princípio da prioridade do cumprimento e irrelevância da impossibilidade relativa como causa justificativa de afastamento da convenção arbitral (artigo 790.º cc)

Caracterizada a natureza do vínculo negocial em causa importa analisar, como o deveria ter ponderado e decidido o Acórdão em apreço, relativamente à dicotomia existente entre o princípio da prioridade do cumprimento das obrigações contratuais e a invocação da relevância da *diffi-*

cultas praestandi como causa justificativa do afastamento da convenção arbitral, nos termos do disposto no artigo 790.º do Código Civil.

Desde já se antecipa que entendemos que a incapacidade económica superveniente não se configura como justa causa pois não se consubstancia numa situação de impossibilidade objetiva de cumprimento da obrigação.

Em primeiro lugar, constata-se que uma alteração da situação económica do devedor se trata de um facto temporário, a menos que estejamos em presença de acontecimentos que contendam coma a inevitável probabilidade do devedor não poder alcançar uma melhoria da sua condição.

Como acontece quando o devedor é confrontado com uma incapacidade física definitiva e absoluta, perante proibição legal do exercício de respetiva declaração de insolvência, sem que haja sido submetido ou aprovado qualquer plano de recuperação. Neste sentido, a mera incapacidade de prover os custos de um processo arbitral, mesmo que o devedor se encontre nas condições legais previstas para a concessão de apoio judiciário, não pode ser considerada como um facto definitivo.

Em segundo lugar, verifica-se que a *difficultas praestandi* é um facto subjetivo, porque eminentemente respeitante ao devedor. Em abono deste entendimento está a transmissibilidade entre vivos da posição contratual (quer esta se apresente como compromisso arbitral sob a forma de uma cláusula compromissória), cessão de créditos ou assunção liberatória de dívida. Seja como for, tinha sempre o devedor a possibilidade de se fazer substituir por terceiro no pagamento dos custos de arbitragem.

Em terceiro lugar, importa aferir se a insuficiência económica superveniente se tornou efetiva e verdadeiramente impossível, quer física quer legalmente. A este respeito, vale a pena referir que o facto de o cumprimento se ter tornado extraordinariamente oneroso ou excessivamente difícil (*a difficultas praestandi*), não acarreta a extinção da obrigação por impossibilidade³³. Acresce que esta dificuldade e onerosidade excessiva advém, em regra, de circunstâncias externas ao devedor mas relacionadas com a prestação.

Em apertada síntese, concluímos que a mera falta de liquidez ou até a insolvência do devedor não pode considerar-se como impossibilidade da prestação. Esta pode ser

31 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 82-83 e 93.

32 No mesmo sentido, Raul Ventura refere que "A criação desses direitos potestativos é permitida pelas leis que admitem os tribunais arbitrais. Essas mesmas leis criam o efeito negativo reflexo – exclusão da competência dos tribunais estaduais para o conhecimento do mesmo litígio. A exceção de convenção de arbitragem –, arguida contra a parte na dita convenção que proponha a ação no tribunal estadual, não aciona o incumprimento de uma obrigação do demandante, antes efetiva o direito potestativo do demandado. À efetivação do direito potestativo, mas agora do demandante, destinam-se os preceitos legais que permitam vencer a resistência do demandado quanto à constituição do tribunal arbitral" (RAUL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, consultado em <https://portal.ao.pt/upl/{1fb76b36-575c-4576-8102-6b41e874c208}.pdf>, pp. 296-301).

33 Neste sentido veja-se JOAQUIM SHERMAN DE MACEDO, *op. cit.*, p. 238. Em sentido contrário pugnou a doutrina alemã do *Limite do Sacrifício (Opfergrenze)*, que considerava liberatória a mera impossibilidade relativa reputando o devedor apenas obrigado a despender aqueles esforços e gastos que são de exigir-lhe segundo a boa fé. O devedor não se encontraria adstrito a esforçar-se para além desse limite de sacrifício. Esta posição foi defendida entre nós por Vaz Serra (cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2.ª Edição, Almedina, p. 112).

uma razão para se evitar expor (o devedor e determinados bens) à execução, mas não à condenação.

5.3. Oponibilidade da situação de superveniência económica e distribuição do ónus da prova

Ao invés, entendemos que a situação de superveniência económica se pode opor ao cumprimento da cláusula arbitral, desde que se encontrem verificados os pressupostos normativos do regime da alteração das circunstâncias do contrato, estabelecidos no artigo 437.º do Código Civil.

O artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil preceitua que *[s]e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração normal, tem a parte lesada direito à resolução o contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

Em primeiro lugar, na celebração de uma convenção de arbitragem, especificamente se se tratar de uma cláusula compromissória, é de admitir que a vontade das partes na tutela jurídica dos seus direitos através do acionamento do tribunal arbitral se conformou com um juízo relativo à suficiência de meios financeiros para o efeito. Por esta razão, propendemos para considerar que a disponibilidade de meios para desencadear a arbitragem integra a causa objetiva do negócio jurídico autónomo que constitui a convenção de arbitragem.

Quanto à anormalidade da alteração, esta deve ser considerada apenas quando se tratar de uma mudança de económica significativa que coloque a parte de uma convenção de arbitragem em condições de poder requerer apoio judiciário caso o litígio devesse ser apreciado nos tribunais comuns. Isto é, a parte da convenção deve sofrer uma alteração financeira que se subtraia ao seu normal funcionamento ou à série natural dos acontecimentos.

No que concerne à lesão da parte em cuja esfera se verificou a superveniente incapacidade económica traduz-se no sacrifício contratual que é imposto à parte em insuficiência financeira. A inexigibilidade da observância da obrigação (nos termos em que a mesma se encontra predisposta) à luz dos princípios da boa-fé decorre dessa lesão.

Finalmente, quanto à sua exclusão dos riscos próprios do contrato, isto é, da convenção de arbitragem, entendemos que a insuficiência económica de uma das partes, enquanto circunstância relativa ao incumprimento, não faz parte dos riscos próprios resultantes da convenção de arbitragem, ligados às vicissitudes da constituição, funcionamento, atividade do tribunal arbitral, ao risco de inarbitrabilidade do litígio.

Verifica-se que o presente regime da alteração das circunstâncias, além de salvaguardar de forma mais eficaz o equilíbrio contratual, enquadra adequadamente a superveniência

de uma situação económica que impossibilita uma parte de suportar a constituição e funcionamento de um tribunal arbitral. Por último, trata-se de um regime que possibilita à contraparte optar pela modificação dos termos da convenção, reposicionando as partes em termos do equilíbrio contratual.

O problema a resolver prende-se com a capacidade de suportar os custos da constituição e funcionamento do tribunal arbitral, ou seja, os custos como os honorários dos árbitros e os encargos administrativos conexos com a instrução e julgamento da causa arbitral.

Como acima já aludimos, a convenção de arbitragem pode regular diretamente esta matéria, remetendo para um regulamento de um centro de arbitragem institucionalizada ou ainda poderá a mesma estar sujeita a determinação supletiva pelos árbitros. Em todo o caso, não se torna sequer necessário invocar a igualdade das partes, como princípio fundamental a observar na Arbitragem (artigo 16.º, a), LAV), para sustentar a naturalidade ou inevitabilidade da repartição em partes iguais do adiamento dos custos da constituição e funcionamento do tribunal arbitral.

6. Considerações finais

A questão essencial de saber que efeitos, se algum, produz a insuficiência económica de uma das partes na validade ou oponibilidade da convenção de arbitragem acarreta uma análise jurídica aturada em perspetiva constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, no contexto jurídico-constitucional, verificámos que nem todas as situações de insuficiência económica das partes convocam o princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, sendo de especial pertinência a perspetiva deste direito quanto a pessoas coletivas com fins lucrativos.

Em termos simples, entendemos preferível uma solução assente na observância dos efeitos vinculativos da convenção de arbitragem do ponto de vista contratual, inexistindo nos mais dos casos um verdadeiro conflito com o princípio da liberdade contratual como vertente da autodeterminação.

Assim, tudo está em saber se a superveniente insuficiência económica das partes constitui um fundamento de impossibilidade de cumprimento por causa não imputável ao devedor nos termos do artigo 790.º do Código Civil ou se se admite a sua recondução ao regime da alteração das circunstâncias do contrato, estabelecido no artigo 437.º do Código Civil.

Tudo considerado, entendemos que o desenlace correto da questão passará por afirmar genericamente a produção de efeitos juridicamente vinculantes da convenção de arbitragem em casos de superveniente insuficiência económica de uma das partes em arbitragem, admitindo-se, todavia, sua oponibilidade ao cumprimento de cláusula arbitral por via do enquadramento no artigo 437.º do Código Civil.

NOTAS SOBRE ARBITRAGEM, ARBITRAMENTO *E DISPUTE BOARDS*

RESP NO. 1.569.422/RJ DO STJ
BRASILEIRO DE 26 DE ABRIL DE 2016

Ana Carolina Dall’Agnol

LL.M., Direito Internacional, University
of Cambridge
Bacharelado em Relações Internacionais,
UniCuritiba
Bacharelado em Direito, UniCuritiba
Associada PLMJ Arbitragem

Superior Tribunal de Justiça Brasileiro,

Recurso Especial n.º: 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9)¹
Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Ementa:

Recurso Especial. Cláusula Compromissória Veiculada Em Documento Apartado Do Instrumento Contratual Subjacente (Meio Epistolar). Aposição De Assinatura No Documento. Desnecessidade. Anuência Inequívoca Sobre A Convenção De Arbitragem. Reconhecimento. Disposição Contratual Que Delega A Terceiro A Solução De Específica Controvérsia (Valor Da Participação Acionária A Ser Adquirida), Cujas Decisões Seriam Finais, Definitivas E Acatadas Pelas Partes. Cláusula Compromissória, Ainda Que Vazia, Apta A Subtrair Do Poder Judiciário O Julgamento Da Questão. Efeito Negativo. Observância. Pretensão Acerca Do Cumprimento Da Obrigação Assumida. Resistência Da Parte Demandada. Inexistência. Extingção Do Processo, Sem Julgamento De Mérito. Necessidade. Recurso Provido.

1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, **seja em documento apartado**. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, *v.g.*, o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam.

1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.

2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro – o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das

partes –, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, – deve ser detidamente observada.

2.2. Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

2.3. No caso, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, convenção de arbitragem, ainda que vazia, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário. Para tal propósito, é irrelevante o termo utilizado na avença (“avaliador”, “arbitrador”, etc).

3. As demandadas reconhecem, sem qualquer ressalva, a obrigação de adquirir a participação acionária, assumida por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação, nos moldes dispostos na Primeira Carta a ele anexada, não se eximindo, é certo, de seu cumprimento. Pugnam, tão-somente, que se observe a integralidade das disposições insertas na aludida correspondência, notadamente em relação ao valor das ações a serem adquiridas, no que reside propriamente a controvérsia, cuja solução, como visto, foi atribuída à arbitragem, de modo definitivo e irrevogável, de modo a subtrair do Poder Judiciário o julgamento da questão. Ressai evidenciado, no ponto, a própria ausência do interesse de agir.

¹ O presente Acórdão encontra-se disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64046199&num_registro=201501776949&data=20160830&tipo=51&formato=PDF.

3.1 A jurisdição estatal, caso haja resistência de qualquer das partes em implementar a arbitragem convencionada – o que, por ora, apenas se pode atribuir ao próprio demandante – poderá, como visto, ser acionada para o exclusivo propósito de efetivar a instauração da arbitragem, a quem caberá solver a controvérsia reservada pelas partes, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 9.307/96.

4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha (Presidente). Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Brasília, 26 de abril de 2016 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator”

Resumo:

Trata-se de Recurso Especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 14 de setembro de 1995, Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A. (“**Lorentzen**”) e Hugo Pedro de Figueiredo (“**Sr. Hugo**”) firmaram protocolo de incorporação da empresa Norinter pela Norsul (“**Protocolo**”). Na mesma data, Lorentzen emitiram Carta-Compromisso em favor do Sr. Hugo, na qual se comprometeram a adquirir 7% das ações ordinárias (em um total de 25%) de titularidade do Sr. Hugo, emitidas pela Companhia de Navegação Norsul, da qual também são acionistas.

Subjaz a este recurso especial ação ordinária promovida pelo Sr. Hugo em face de Lorentzen, a qual teve por escopo:

- (i) a declaração judicial de que “os réus se obrigaram, por meio da Primeira Carta [...], a adquirir ações ordinárias da Norsul, de titularidade do Sr. Hugo, equivalentes a 7% (sete por cento) do capital social da Nova Norsul.
- (ii) a apuração do valor de mercado da Norsul, tal como descrito na Primeira Carta, por meio de perícia técnica a ser determinada por esse MM. Juízo; e

- (iii) condenação dos demandados a cumprir a obrigação assumida em carta-compromisso emitida em 14 de setembro de 1995, em que se comprometeram a adquirir 7% das ações ordinárias (em um total de 25%) de titularidade do autor, emitidas pela Companhia de Navegação Norsul, da qual também são acionistas.

Especificamente, na ação subjacente, o S. Hugo descreveu que, na referida Carta-Compromisso, Lorentzen teriam se obrigado a adquirir ações de titularidade do Sr. Hugo “equivalentes a 7% do total das ações ordinárias da Nova Norsul, sendo a única condição para o exercício da Opção o encerramento da atuação do Sr. Hugo como principal executivo da Companhia”.

Ainda, a Carta preveria que, exercida a Opção e, caso as partes não chegassem, no prazo de trinta dias, a um consenso quanto ao valor de mercado da Norsul quando do exercício da Opção pelo Sr. Hugo, o seguinte procedimento deveria ser seguido: “*seriam nomeados dois avaliadores – cada parte indicaria um –, para que estes, em caráter definitivo, fixassem o valor de mercado das ações. A partir de tal arbitramento haveria um prazo de 90 (noventa) dias para o pagamento em favor do Sr. Hugo do valor apurado das ações pela OLSA e pelos Srs. Erling e Haakon*”.

Em contestação, Lorentzen rebateram todas as pretensões do Sr. Hugo. Em sede preliminar, pleitearam: (i) a existência de convenção de arbitragem, fato que retira do Poder Judiciário a competência para analisar a questão; (ii) a impossibilidade jurídica do pedido de perícia como pedido autônomo da ação de conhecimento; e (iii) a falta de interesse de agir do Sr. Hugo, na medida em que Lorentzen em momento algum se negaram a cumprir o compromisso assumido perante o Sr. Hugo de comprar suas ações da Norsul.

O Juízo de Direito da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro rejeitou as preliminares suscitadas por Lorentzen, sob os seguintes fundamentos:

[...] *Quanto à preliminar de convenção de arbitragem, rejeito-a, eis que não consta dos autos concordância expressa do aderente, nos termos do parágrafo segundo do artigo 4º da Lei de Arbitragem.*

Rejeito a questão preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, eis que os pedidos formulados existem no mundo jurídico, sendo passíveis, em tese, de acolhimento.

As demais preliminares também merecem ser rejeitadas, uma vez que se confundem com o mérito e com o mesmo devem ser apreciadas. Presentes as condições de legitimidade para o exercício do direito de ação e procedibilidade DECLARO SANEADO o feito.

Lorentzen interpuseram agravo de instrumento a esta decisão, ao qual o tribunal de origem negou provimento, com base nos mesmos argumentos acima descritos em ementa.

Em sede do Recurso Especial aqui analisado, os Recorrentes pleitearam violação dos Artigos 3º, 4º, § 2º, 5º e 8º da Lei nº 9.307/96 ("**Lei Brasileira de Arbitragem**"), bem como dos artigos 165, 267, VI e VII, e 301, § 4º, 458, II e 535 do Código de Processo Civil.

Anotação

Por maioria de votos, o Recurso Especial No. 1.569.422/RJ foi provido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro ("**STJ**").²

Afirmando que a controvérsia a ser dirimida tinha natureza jurídica, e não fática, o voto vencedor delineou a lide da seguinte forma:

*A controvérsia submetida a esta Corte de Justiça, por sua vez, consiste em saber se a Carta enviada pelos demandados ao demandante, em que se comprometeram a adquirir suas ações (e-STJ, fl. 68), – em conformidade com a remissão expressamente feita no acordo de unificação das companhias de navegação, subscrito por todas as partes (e-STJ, fls. 77-84) –, encerraria, entre suas disposições, cláusula compromissória arbitral, ao dispor que, no caso de divergência sobre os valores das ações, as partes nomeariam, cada qual, um avaliador, que, por sua vez, indicaria um terceiro, para tal definição.*³

Assim, a Corte afirmou que o deslinde da controvérsia demandaria determinar (i) num primeiro momento, "se a cláusula compromissória de arbitragem, para seu estabelecimento, exige a aposição da assinatura das partes signatárias no documento em que insere, ou a anuência dos contratantes com o Juízo arbitral poderia ser extraída a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes"; e (ii) subsequentemente, "se a cláusula/disposição contida na Carta enviada por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A à Hugo Pedro de Figueiredo consubstancia efetivamente uma cláusula compromissória arbitral".⁴

Validade da Cláusula Arbitral: é Essencial a Assinatura?

A primeira questão colocada pela Corte foi objeto de menos controvérsia entre comentários recentes à decisão.⁵ No que tange à forma da cláusula arbitral e da existência de consentimento das partes, o STJ afirmou não haver impedimento à instauração do procedimento arbitral, já que a Lei Brasileira de Arbitragem dispõe apenas que a cláusula arbitral deve constar por escrito, seja no próprio documento contratual, seja em documento apartado.⁶ Restrições a este requisito formal existiriam somente se a cláusula arbitral estivesse inserida em contratos de adesão, de acordo com o artigo 4º, § 2º da Lei Brasileira de Arbitragem.

Assim, o Ministro Bellizze concluiu ser desnecessária assinatura do próprio documento em que está inserida a cláusula arbitral. Isto porque a Carta-Compromisso não poderia ser analisada isoladamente, já que o Acordo de Incorporação fazia referência à aludida Carta. Assim, decidiu-se que a Carta-Compromisso em análise não configurava contrato de adesão.

Segundo o Ministro Bellizze,

*[...] a doutrina especializada não diverge no tocante à possibilidade de a cláusula compromissória encontrar-se inserida em documento apartado do instrumento contratual a ele relacionado, inclusive em correspondências, telegramas, etc, casos em que a aceitação do destinatário deve encontrar-se, por qualquer outro meio, devidamente demonstrado.*⁷

Outrossim, entendeu-se ser possível extrair o consentimento das partes à cláusula arbitral a partir da análise das

2 Os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro votaram com o Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze. Os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha foram vencidos.

3 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, p. 8.

4 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, p. 9.

5 Ver CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES E LUCAS SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA, "Jurisprudência Estatal Nacional Comentada, Comentário ao Recurso Especial nº 1.569.422/RJ", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 52, out./dez. 2016, pp. 146-148; FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, "Arbitramento, Arbitragem e *Dispute Boards*: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, pp. 13-14.

6 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, p. 10.

7 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 11-12.

negociações que tiveram. Assim, o contexto negocial da Carta-Compromisso demonstraria que, ainda que não tivesse assinado a referida Carta, o Sr. Hugo consentiu com seus termos, já que o documento constava como anexo ao Acordo de Incorporação, este sim assinado por todos.

Em conclusão, a decisão quanto a este ponto parece acertada, já que cristalizou entendimento de que o consentimento à cláusula arbitral pode ser aferido a partir da análise das negociações das partes.

Ademais, ainda que não expressamente mencionado nos Votos, a decisão pode iluminar debate a respeito da incorporação por referência da cláusula arbitral ao contrato principal.⁸ Diante disto, esta decisão evidencia o alinhamento da posição da jurisprudência brasileira com o entendimento internacional acerca da possibilidade de a cláusula arbitral ser incorporada por referência.

Arbitragem, Arbitramento e *Dispute Boards*: Termos Intercambiáveis?

Enquanto a decisão quanto ao primeiro ponto acima parece ter sido objeto de elogios, a segunda questão analisada pela Terceira Turma do STJ tem levantado maiores discordâncias.

A cláusula ora analisada assim dispõe:

Caso não seja acordado tal valor dentro de 30 (trinta) dias, as partes nomearão dois avaliadores (um indicado por cada parte), que apontarão um terceiro, se necessário for, e no prazo de no máximo 60 (sessenta) dias apresentarão o valor de mercado para a(s) Empresa(s). A decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes[.]

Ao tentar qualificar o acordo ora analisado, o Ministro Bellizze vislumbrou o que descreveu como “*inequívoca cláusula compromissória*”:

Na espécie, segundo convencionado pelas partes contratantes, a eventual divergência sobre o valor das ações pertencentes ao Sr. Hugo Pedro de Figueiredo, a serem adquiridas por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A, deve ser dirimida por um avaliador nomeado por cada parte e, não havendo consenso, estes, em conjunto, indicariam um terceiro, para tal propósito, cuja decisão, segundo expressamente ajustado, seria final e aceita pelas partes de modo definitivo.

Trata-se, pois, na compreensão deste relator, de inequívoca cláusula compromissória, por meio da

*qual as partes signatárias convencionaram que a controvérsia acerca da definição do valor das ações a serem adquiridas (conflito de interesses determinado, portanto), advindos de uma relação contratual subjacente (no caso, do acordo de unificação das companhias de navegação), deve ser decidida por dois “avaliadores”, indicados por cada parte, que, se necessário for, indicarão um terceiro para tal propósito, cuja decisão **“será final, definitiva e acatada pelas partes”**.*

Efetivamente, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes, ao elegerem um terceiro para, em definitivo e em sua substituição, solver específica controvérsia advinda no bojo de uma relação contratual, estabeleceram, inarredavelmente, uma convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória. Para tal propósito, é irrelevante, o termo utilizado na avença (“avaliador”, “arbitrador”, etc).

[...]

Se assim ajustaram as partes em delegar a solução de específica controvérsia a um terceiro, cuja decisão seria final, definitiva e por elas acatadas, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa tarefa, podendo, quando muito, ser acionado para efetivar o cumprimento da convenção de arbitragem.⁹

Desta forma, o voto vencedor entendeu que seria irrelevante diferenciação dos termos “avaliador” e “árbitro”, os quais estariam incumbidos de resolver a “*controvérsia acerca da definição do valor das ações a serem adquiridas*”. Por outro lado, este voto atribuiu maior peso ao fato de que a natureza da decisão seria “*final, definitiva e acatada pelas partes*”.

Ademais, o Ministro Bellizze foi além ao levantar o instituto dos *dispute boards*, comparando-o ao presente caso da seguinte forma:

Sobre o termo “avaliador” utilizado pelos contratantes – sem descurar da existência de alguma controvérsia no âmbito doutrinário –, este deve, sim, ser compreendido como “árbitro”, na medida em que, no caso dos autos, a ele se atribuiu a função de dirimir específica controvérsia (decisão sobre o valor das ações a serem adquiridas), com força de definitividade e em substituição às partes.

Efetivamente, afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em

8 CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES E LUCAS SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA, “Jurisprudência Estatal Nacional Comentada, Comentário ao Recurso Especial nº 1.569.422/RJ”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 52, out./dez. 2016, p. 148.

9 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 19-21 (ênfase no original).

não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão.

Assim, com o propósito de atender as particularidades de cada contrato, notadamente naqueles em que seus efeitos perduram ao longo do tempo, as partes podem reputar necessário, sob o enfoque da preservação do objeto contratual, ou mesmo desejável, sob o aspecto da manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes, que as pontuais divergências surgidas nesse interregno sejam imediatamente dirimidas por um terceiro ou um "colegiado" criado para tal propósito.

Nesse contexto, os contratantes, ainda baseados no princípio da autonomia da vontade, devem estabelecer a natureza conferida à decisão a ser prolatada pelo terceiro ou pelo "colegiado", se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento –, deve ser detidamente observada.

*Ressalta-se, por oportuno, que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos ("árbitro" x "arbitrador", "avaliador", "perito", etc.) remonta à própria gênese dos chamados *dispute boards*.*

*Na definição de Arnoldo Wald, cuja lição será oportunamente transcrita, "dispute boards" são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards*, DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB), ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes". Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).*

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. [...]

Na hipótese dos autos, interessante notar que as partes contratantes, cientes da complexidade da operação societária de unificação das companhias de navegação, assim como da necessidade de manutenção de um ambiente de cooperação e parceria dos signatários, chegaram a nomear um Comitê Consultivo para, em caráter opinativo, dirimir as questões divergentes pontuais. Ressai evidente que, nesse contexto, a deliberação do Comitê Consultivo não teria, em princípio, o condão de vincular definitivamente as partes contratantes porque assim não avançaram.

Diversamente, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, na hipótese de o Sr. Hugo Pedro de Figueiredo deixar o cargo de executivo das companhias em questão, as partes avançaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, método alternativo de heterocomposição, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário.¹⁰

À luz dos fatos do caso, bem como da Lei de Arbitragem, o acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ suscita alguns pontos de discussão a serem analisados. Primeiramente, entendo que o acordo analisado pelo STJ não consiste em cláusula compromissória, dadas a inexistência de litígio a ser dirimido por arbitragem (**Seção 1**) e as consequências da atribuição de efeitos de sentença arbitral à decisão de terceiro (**Seção 2**). Por fim, ressalto a diferença entre arbitragem, arbitramento e resolução de conflitos por *dispute boards* (**Seção 3**).

1. Da (in)existência de litígio

Como se pode depreender através dos trechos transcritos acima, o voto condutor da maioria simplificou as diferenças entre arbitragem e arbitramento. O Ministro Bellizze afirmou que:

[O] termo "avaliador" utilizado pelos contratantes [...] deve, sim, ser compreendido como "árbitro", na medida em que, no caso dos autos, a ele se atribuiu a função de dirimir específica controvérsia (decisão sobre o valor das ações a serem adquiridas), com força de definitividade e em substituição às partes.¹¹

10 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 21-22, 26-27.

Neste ponto, o seguinte trecho de correspondência enviada pelo representante do Sr. Hugo aos Lorentzen é esclarecedor:

[...] Ademais, contrariamente ao que foi afirmado em sua carta, entendo não existir qualquer óbice legal ou mesmo prático para que pudéssemos prosseguir no processo de avaliação económica da Norsul, tal como regulado e previsto na carta-compromisso onde inserida a opção de venda concedida a HPF. [...] Inicialmente, bastaria às partes nomear seus respetivos avaliadores, a estes obter as informações necessárias para produzir sua avaliação do valor de mercado da Norsul, segundo os critérios julgados por eles como aplicáveis, somente cabendo a nomeação conjunta de um terceiro avaliador caso às [sic] partes não chegassem [sic] um consenso baseado nos laudos produzidos pelos avaliadores por elas escolhidos anteriormente. Por mais singelo que seja essa descrição, sempre tivemos absoluta confiança de que o procedimento de avaliação era capaz de produzir o resultado almejado pelas partes.¹²

A partir do trecho transcrito, percebe-se que o mandato dos “avaliadores”, tanto aqueles indicados unilateralmente pelas partes, quanto aquele terceiro a ser conjuntamente por elas nomeado, era de tão somente “produzir [...] avaliação do valor de mercado da Norsul”.

No caso em tela, o mandato dos “avaliadores” é bastante específico: determinar elemento material do negócio jurídico, qual seja, o valor de mercado da empresa. Ainda, as partes autonomamente determinaram que tal opinião seria “final” e “definitiva”, nos termos da cláusula então analisada pelo STJ.¹³

Juristas brasileiros já se esforçaram em definir o conceito de arbitramento e, ainda, distingui-lo daquele de arbitragem. De acordo com Luiz Olavo Baptista, o arbitrador não decide matéria de direito, mas tão somente “[a]valia aspectos de fato específicos de determinadas situações”.¹⁴ O autor descreve que as partes podem incumbir o arbitrador de “[estimar] o preço, a qualidade ou outro elemento qualquer do negócio, integrando suas vontades”.¹⁵

Conforme bem elucidado por Carlos Alberto Carmona:

A distinção entre árbitro e arbitrador continua a ser relevante nos dias que correm, e não por questões meramente acadêmicas. Trata-se de estabelecer e precisar funções e atividades diferentes (e para isto serve a linguagem técnica). Quem nomeia um arbitrador não quer substituir a atividade jurisdicional estatal pela privada, mas almeja completar o negócio jurídico que nasceu (ou se tornou) incompleto: seria o caso de estipular o preço do bem vendido, ou delimitar o objeto do contrato. Quem nomeia árbitro certamente está buscando uma decisão autoritativa para o caso concreto, e espera uma sentença, com os mesmos requisitos e atributos da decisão emanada do Estado.¹⁶

Francisco Marino também relembra que a determinação do preço por terceiros consiste em negócio jurídico *per relationem*. Assim explicou:

A fim de englobar as hipóteses de determinação incompleta do conteúdo negocial, a teoria geral do negócio jurídico construiu a figura do negócio jurídico per relationem. Consoante o conceito tradicional, esse pode ser definido como o negócio jurídico cujo conteúdo é, no momento da celebração, deixado parcialmente “em branco”, para que seja determinado no futuro. Essa parte do conteúdo negocial, conquanto ainda não determinada, é, desse modo, determinável.¹⁷

Da mesma forma, entendo que a questão a ser dirimida pelo *expert* não possui natureza jurídica, mas somente técnico-factual. Neste caso, a determinação *a posteriori* do valor de mercado da empresa Norsul visa tão-só garantir a eficácia negocial das partes.¹⁸ Além disso, no caso em tela inexistiu litígio a ser dirimido por meio da arbitragem, requisito este imposto pelo Artigo 1º da Lei de Arbitragem Brasileira.¹⁹

Ainda, questiono se, caso instaurado procedimento arbitral de acordo com a cláusula em análise, este respeitará princípios básicos de devido processo legal, como contraditório e ampla defesa, nos termos do Artigo 21, § 2º da Lei Brasileira de Arbitragem.²⁰

11 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, p. 753 do processo.

12 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, pp. 131-132 do processo (ênfase adicionada).

13 A cláusula sob análise da Corte assim dispunha: “Caso não seja acordado tal valor dentro de 30 (trinta) dias, as partes nomearão dois avaliadores (um indicado por cada parte), que apontarão um terceiro, se necessário for, e no prazo de no máximo 60 (sessenta) dias apresentarão o valor de mercado para a(s) Empresa(s). A decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes[.]”

14 LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, Lex Editora, 2011, p. 30.

15 LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, Lex Editora, 2011, p. 29.

16 CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Editora Atlas, 2009, p. 228.

17 FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, “Arbitramento, Arbitragem e Dispute Boards: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, pp. 23-24.

18 FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, “Arbitramento, Arbitragem e Dispute Boards: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, p. 23, nota 41.

19 Lei 9.307/96, subsequentemente alterada pela Lei 13.129/2015, Artigo 1º (“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”) (ênfase adicionada).

20 Lei 9.307/96, subsequentemente alterada pela Lei 13.129/2015, Artigo 21, § 2º (“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”).

É de se notar que o voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva interpretou corretamente o acordo das partes. Assim entendeu o referido Ministro:

Aliás, sequer seria necessário o exame de toda a documentação carreada aos volumosos autos do processo para concluir que não se trata de convenção de arbitragem, porquanto, da simples leitura da cláusula inserta na carta em foco, constata-se que carece dos requisitos mais elementares para a sua constituição.

[...] [A] referida cláusula remete à nomeação de avaliadores, profissionais que, por definição, são responsáveis simplesmente por realizar o cálculo do valor de um bem, e não de se substituir à vontade das partes dirimindo conflitos.

Logo, não há elementos mínimos para concluir que o recorrido tenha, mediante manifestação de vontade, ainda que ulterior e em apartado, expressamente demonstrado a sua intenção de abrir mão da jurisdição estatal e submeter esse ou qualquer outro atrito relacionado às relações jurídicas que envolvem as partes a um órgão arbitral. [...]

De tudo quanto exposto, nota-se que, em verdade, a menção feita no instrumento à indicação de avaliadores não passou de uma cláusula de arbitramento ou de peritagem, que, como cedoço, por não se confundir com a cláusula de arbitragem, não tem sua revisão excluída da esfera judicial.²¹

2. Da atribuição de efeitos de sentença arbitral à decisão de terceiro

Ao tratar da existência ou não de distinção entre árbitro, avaliador e membros de *dispute boards*, o voto vencedor discorreu sobre os efeitos da decisão a ser proferida por terceiro:

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado

para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.²²

Neste trecho, o voto vencedor parece sugerir que as partes poderão determinar os efeitos que a decisão proferida por terceiro terá, por respeito ao princípio da autonomia da vontade das partes.

Neste ponto, destaca-se a opinião de Francisco Marino, que chama atenção à natureza vinculante do arbitramento. No entanto, tal efeito vinculante teria efeito somente entre as partes do negócio jurídico, ou seja, por força de contrato. Para ele, a obrigatoriedade da decisão do terceiro, para as partes, consiste em eficácia natural deste instituto.²³ Assim, no caso sob análise, o acordo das partes de que “a decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes”, não poderia, por si só, atrair a jurisdição arbitral.²⁴

Assim, esta obrigatoriedade difere-se do efeito vinculativo da sentença arbitral, a qual não pode ser revisada pelo Poder Judiciário.²⁵ Conforme ilumina Luiz Olavo Baptista, o arbitramento não tem caráter decisório, podendo ser objeto de revisão judicial.²⁶

Por outro lado, a Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que a sentença arbitral constitui título executivo, caso seja condenatória,²⁷ em consonância com o Código de Processo Civil.²⁸

Ao considerar que a cláusula de arbitramento tratava-se, na realidade, de cláusula arbitral, o STJ determinou que a decisão a que o *expert* chegará terá efeito *res judicata*, já que será caracterizada como sentença arbitral.²⁹ Por consequência, não poderá ser revisada pelo Judiciário, por mais que permeada por erro, má fé ou fraude.³⁰

Naturalmente, esta consequência é desfavorável ao instituto da arbitragem. Entendo que, assim como apontado por Tibúrcio e Barroso, a cláusula compromissória deve ser interpretada de forma sistemática, a fim de se considerar as demais disposições do contrato em que está inserta.³¹ Assim,

21 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 34-35.

22 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, p. 22.

23 FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, “Arbitramento, Arbitragem e *Dispute Boards*: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, p. 21.

24 FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, “Arbitramento, Arbitragem e *Dispute Boards*: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, p. 21.

25 Lei 9.307/96, subsequentemente alterada pela Lei 13.129/2015, Artigo 33 (“A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”).

26 LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, Lex Editora, 2011, p. 29.

27 Lei 9.307/96, subsequentemente alterada pela Lei 13.129/2015, Artigo 31 (“A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”).

28 Código de Processo Civil Brasileiro, artigo 515: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral”.

29 MAURICIO ALMEIDA PRADO, “Expert Determination in MA Transactions”, in *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, ICC Dossier, 2017, p. 41, § 12.

30 MAURICIO ALMEIDA PRADO, “Expert Determination in MA Transactions”, in *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, ICC Dossier, 2017, in ICC Bulletin, p. 41, § 12.

31 CARMEN TIBÚRCIO, LUIS ROBERTO BARROSO, “Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e questão intertemporal”, in *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Professor Theóphilo de Azeredo Santos*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 109-112.

dependendo da construção da vontade das partes, a cláusula compromissória poderá ser interpretada restritivamente.

Por fim, parece-me acertada a opinião de comentaristas brasileiros acerca da decisão do STJ em análise:

[O] fato de as partes mencionarem que a determinação é "final" não é determinante para se concluir que se trata de cláusula compromissória. Outros fatores devem ser analisados em conjunto. Do contrário, o arbitramento e o comitê de resolução de disputas (dispute resolution board) se tornariam arbitragem se as partes derem às suas decisões e determinações caráter final.³²

3. Arbitragem, arbitramento e *dispute boards*

Ademais, o voto vencedor fez referência à figura dos *dispute boards*. Assim discorreu o Ministro Bellizze:

Ressalta-se, por oportuno, que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos ("árbitro" x "arbitrador", "avaliador", "perito", etc.) remonta à própria gênese dos chamados *dispute boards*.

Na definição de Arnoldo Wald, cuja lição será oportunamente transcrita, "dispute boards" são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards, DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB), ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes". Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).³³

Conforme apontado no trecho acima, *dispute boards* são órgãos permanentes, normalmente estabelecidos na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de

médio ou longo prazo, a fim de evitar ou superar desencontros ou litígios que possam surgir ao longo da execução do contrato. Assim, ao implementar uma abordagem *problem-solving*, os *dispute boards* poderão (i) encorajar as partes a atingirem acordo, (ii) prestar assistência informal às partes na obtenção deste acordo, ou (iii) solucionar o litígio através de uma recomendação ou decisão.³⁴

A referência feita aos *dispute boards* foi objeto de análise de juristas brasileiros. Ao interpretar a comparação de *dispute boards* à arbitragem feita pelo Ministro Bellizze, Ricardo Ranzolin afirmou que:

Nessas circunstâncias, o enquadramento na figura da arbitragem é possível, com as seguintes ponderações: os Disputes Boards deverão sempre se processar e ser decididos, dentro dos princípios estabelecidos no art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem, vale dizer, através de procedimento, ainda que singelo e bastante prático, que transcorra a luz de um mínimo contraditório, com igualdade de tratamento das partes, e, sobretudo, com atuação imparcial do Board, culminando com decisão escrita e racionalmente fundamentada.

Atendidos tais requisitos, os Dispute Boards contratados de forma atípica, com a finalidade de produzir uma decisão definitiva, como antes visto, contarão com toda a eficácia prevista em nosso sistema para a arbitragem – é nessa linha que segue a decisão do STJ. Claro que essa decisão final e definitiva proveniente dos Dispute Boards também fica sujeita ao controle judicial, da mesma forma que a sentença arbitral, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem. [...]

*Desde que haja a mínima observância à igualdade das partes, à oportunidade de defesa, reitere-se, e a decisão seja fundamentada, ainda que resumidamente, esta já atenderá e gozará de toda a eficácia de uma sentença arbitral.*³⁵

No entanto, acredito que, apesar de bem-intencionada, a referência feita pelo Ministro Bellizze aos *dispute boards* acabou por gerar ainda mais confusão conceitual. De fato, arbitragem, arbitramento e *dispute boards* não se confundem.

A submissão de litígio à arbitragem não é equivalente ao encaminhamento da lide ao *dispute board*, já que os membros de tais *boards* não estão desempenhando função de árbitros. Neste sentido, o tratamento dado por instituições internacionais, tais como a CCI³⁶ e FIDIC,³⁷ a esta questão

32 CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES E LUCAS SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA, "Jurisprudência Estatal Nacional Comentada, Comentário ao Recurso Especial nº 1.569.422/RJ", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 52, out./dez. 2016, p. 151.

33 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Recurso Especial No. 1.569.422-RJ (2015/0177694-9), 26 de abril de 2016, Inteiro Teor de Acórdão, p. 22.

34 Câmara de Comércio Internacional, Regulamento Relativo aos *Dispute Boards*, 2015, p. 2

35 RICARDO RANZOLIN, "A Eficácia dos *Dispute Boards* no Direito Brasileiro", in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 14, No. 52, 2017, pp. 216-217 (ênfase adicionada).

36 Câmara de Comércio Internacional, Regulamento Relativo aos *Dispute Boards*, 2015, Artigo 1º, (2) ("Os *Dispute Boards* não são tribunais arbitrais e suas Conclusões não são exequíveis da mesma forma como sentenças arbitrais. Em vez disso, as Partes aceitam, contratualmente, se submeter às Conclusões sob certas condições específicas enunciadas no presente documento. [...].").

confirma e elucida as diferenças entre arbitragem e *dispute boards*.³⁸

Arbitramento e *dispute boards* também se diferem, vez que o arbitrador tem como função preencher ponto do conteúdo negocial deixado em aberto, enquanto o *dispute board* apreciará um conflito, seja com dever consultivo (*dispute review board*) ou decisório (*dispute adjudication board*).

Por fim, concluo que não foi acertada a decisão de que cláusula de arbitramento pode ser considerada cláusula compromissória. Para além dos pontos desenvolvidos na Seção I acima, acrescenta-se que o Protocolo foi firmado pelas partes em 1995, sendo, portanto, anterior à Lei Brasileira de Arbitragem. Considerando os obstáculos à utilização da arbitragem antes da Lei 9.307/1996,³⁹ entendo não restar claro que era intenção das Partes submeter a avaliação do valor de mercado da companhia à arbitragem.

No mais, a partir da leitura do acórdão proferido, assim como dos votos, apreende-se que o Protocolo não possui

cláusula de foro. Tal ausência de estipulação em favor de algum método de solução de disputas pode ter incentivado o STJ a considerar que a cláusula de arbitramento em análise consistiria em cláusula compromissória. Assim, o STJ continuaria a confirmar sua posição favorável à arbitragem, a qual tem sido bastante bem recepcionada.

Por fim, entendo que a arbitragem, por ser meio flexível de solução de litígios, admite fórmulas criativas para ir ao encontro da vontade das partes. No entanto, parece-me que tal permissividade encontra limites quando passa a abrir margem a medidas que enfraquecem o próprio instituto da arbitragem.

No caso do Recurso Especial No. 1.569.422 – RJ, a Terceira Turma do STJ acabou por lançar precedente que permite que opinião técnico-factual proferida por arbitrador tenha força de sentença arbitral. Apesar de não ter especificado as consequências de uma decisão técnica de determinação do valor de mercado de uma companhia ter força de título executivo, espera-se que esta não seja tendência que se confirme em futuras decisões quanto a casos análogos. Caso contrário, será aberta caixa de Pandora de decisões fragmentadas, ainda que bem-intencionadas.

37 The International Federation of Consulting Engineers, Red Book, 1996, Artigo 20.4 (“[...] *The DAB [Dispute Adjudication Board] shall be deemed to be not acting as arbitrator(s).*”).

38 FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, “Arbitramento, Arbitragem e *Dispute Boards*: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, p. 25.

39 Neste ponto, ver Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Editora Atlas, 2009, pp. 4-5.

(DES)ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 02 DE JUNHO DE 2016

Rute Alves

Mestre em Direito (FDUNL)
LL.M. Comparative and International Dispute
Resolution (Queen Mary University of London)
Associada Sénior PLMJ Arbitragem

Iñaki Carrera

Mestre em Direito (FDUCP)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUL)
Associado PLMJ Arbitragem

Tribunal da Relação de Lisboa,

Processo n.º: 103/13.1YRLSB-2¹

Relator: Maria Teresa Albuquerque

Sumário:

- I A não verificação dos requisitos de validade definidos pelo art II/3 da CNI constitui um fundamento de não reconhecimento da decisão arbitral estrangeira nos termos do art 5º/ al a) dessa CNI, pelo que o juiz a quem compita a decisão sobre este reconhecimento tem sempre de proceder à avaliação prévia desses requisitos.*
- II A doutrina da separabilidade da convenção de arbitragem relativamente ao contrato principal – segundo a qual, a invalidade deste não afeta a validade da cláusula arbitral – não impede a análise desses requisitos nas situações em que possam estar em causa fundamentos de invalidade que afetem tanto o contrato como a convenção de arbitragem que nele se insere.*
- III A proibição da revisão do mérito da sentença arbitral pelo tribunal de controlo, que é (também) válida no âmbito de reconhecimento de decisão arbitral, significa que o tribunal de controlo não pode substituir a decisão do tribunal arbitral, no seu mérito, pela sua própria decisão. Mas não obsta a que o tribunal estadual reexamine o mérito daquela decisão, o que sucede necessariamente quando seja chamado a apreciar a contrariedade da sentença arbitral com a ordem pública ou a ordem pública internacional, e pode suceder também para se concluir pela verificação dos requisitos de validade definidos pelo art II/3 da CNI.*
- IV A ofensa de normas imperativas do país do reconhecimento releva para efeito de recusa do reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, por via da violação manifesta da ordem pública internacional, mas também por via da caracterização daquelas normas imperativas como normas autolimitadas susceptíveis de aplicação necessária.*
- V São razões de política legislativa que levam a que cada Estado decida a respeito das matérias que podem ou não ser resolvidas por arbitragem e por isso essa definição varia ao longo do tempo.*
- VI A violação pela sentença arbitral estrangeira do caso julgado anterior, constitui fundamento do não reconhecimento dessa sentença subsumível à violação da ordem pública internacional prevista no art V/2/b) da CNI e do art 56º/1/b ii da LAV. A força de caso decidido dos atos administrativos, não.*

VII O juiz a quem é pedido o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira para verificar se essa sentença contraria a ordem pública internacional deve centrar-se no resultado a que mesma chegou. Podendo e devendo verificar o trajeto argumentativo utilizado na sentença arbitral, fá-lo para melhor compreender o seu resultado, de modo a, congruentemente, aferir da sua conformidade relativamente à ordem jurídica internacional do Estado de reconhecimento.

VIII O art 812º CC português é aplicável a todas as espécies de penas convencionais, encerrando um princípio de alcance geral destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes da liberdade contratual, subjazendo à respetiva disciplina o princípio da boa fé no exercício do direito da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações.

IX Para que o tribunal possa ajuizar sobre o montante excessivo da pena é necessário que o devedor solicite a sua redução, mas este pode fazê-lo de forma indireta ou mediata, bastando que, de algum modo, manifeste o seu desacordo relativamente ao montante exigido em função do respetivo excesso.

X Deixa de ser necessária a referida atitude do devedor se é o próprio credor quem suscita na ação a questão da redução da cláusula penal.

XI Constitui princípio fundamental protegido pelo Estado português nas relações jurídico privadas, o de em nome da justiça e moral, ou, se se quiser, da boa fé, proteger o devedor dos abusos do credor na exigência do direito à pena, permitindo-lhe que não possa ser condenado numa pena desproporcionada ou excessiva por ter ao seu dispor um mecanismo de correção desse excesso. Por isso, o Estado português não poderá consentir no resultado de uma condenação numa pena excessiva advinda de uma sentença (arbitral) estrangeira que tenha sido obtido em função da não admissão daquele mecanismo corretor, como sucedeu na situação dos autos.

Resumo:

Factos Relevantes:

A) A ação arbitral subjacente

Este caso opôs um advogado português e duas sociedades de advogados (espanhola e portuguesa) no âmbito de uma ação de reconhecimento e execução de sentença arbitral.

Na arbitragem subjacente que teve lugar em Espanha, o tribunal arbitral (árbitro único) condenou o advogado requerido no pagamento de € 4.516.536,78 com fundamento

1 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 103/13.1YRLSB-2, 2 de junho de 2016, disponível www.dgsi.pt

no incumprimento do "Convénio de Integração Profissional das Relações Sociais" de ambas as sociedades requerentes, subscrito por todos os respetivos sócios, incluindo o próprio requerido.

O advogado em causa era sócio de ambas, na sociedade portuguesa desde 1998 e na sociedade espanhola desde 2004 (tendo saído em 2011), sendo que sempre tinha exercido a sua atividade na área de bancário e seguros em Portugal, e nunca em Espanha.

O referido Convénio (referindo não pretender uma fusão mas apenas efetivar a integração profissional dos sócios das sociedades) previa um pacto de não concorrência e as consequências do respetivo incumprimento: "...a obrigação de indemnizar os danos causados e, «adicionalmente, a título de cláusula penal», «uma importância igual ao triplo de todas as retribuições satisfeitas por esta aos colaboradores implicados dentro dos vinte e quatro meses anteriores à saída do sócio» (cláusula 18.2) e «uma importância igual ao triplo do montante faturado pela Sociedade aos clientes a que se refira o incumprimento dentro dos vinte e quatro meses anteriores à data da saída do sócio» (cláusula 19.3)...".

A arbitragem teve lugar em Barcelona, de acordo com a lei espanhola e em espanhol. Apesar de citado, o Requerido não contestou a ação arbitral em causa.

A sentença arbitral tem data de 30 de agosto de 2012.

Consequentemente, as requerentes (Demandantes na ação arbitral) solicitaram o reconhecimento da referida sentença arbitral estrangeira em Portugal.

B) Reconhecimento da sentença arbitral

O requerido (advogado português) opôs-se ao pedido de reconhecimento apresentado pelos requerentes nos tribunais portugueses alegando o seguinte:

- As partes não estavam vinculadas pela convenção arbitral contida no acordo (nomeadamente a requerente portuguesa);
- A convenção era inválida dado a lei espanhola exigir um tribunal coletivo para arbitragem de litígios entre membros de sociedades de advogados;
- A convenção era ineficaz porque o referido convénio visava obter um resultado idêntico ao da fusão das sociedades, sem estar registado junto da Ordem dos Advogados (doravante "OA") portuguesa (imposto por

normas de ordem pública e com vocação de aplicação necessária e imediata), sendo que a O.A. já tinha declarado tal convénio ineficaz em 2012

- A matéria do litígio era inarbitrável por força do art. 204.º Estatuto da Ordem dos Advogados (doravante EOA) vigente em 2009
- O resultado da sentença arbitral é contrário à ordem pública internacional do estado português por violar:
 - O princípio da segurança jurídica de que goza o ato administrativo que declarou ineficaz o convénio
 - As normas de concorrência (art. 101/1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e art. 9.º da Lei da Concorrência)
 - O direito de liberdade de escolha de profissão e livre iniciativa económica
 - Várias normas do Código Civil (doravante "CC"), nomeadamente os arts. 811.º, n.º 3 e 812.º, n.º 1, bem como o princípio da proporcionalidade previsto no art. 18.º da Constituição.

As requerentes refutaram estes argumentos, e a Relação de Lisboa concluiu contra o reconhecimento da sentença, decidindo que o resultado da sentença arbitral (condenação superior a 4,5 milhões de euros decorrente da aplicação da lei civil espanhola) contrariava o princípio integrante da ordem pública internacional do Estado português, consagrado no art. 812.º do CC.

Concretamente, no que respeita à contrariedade com a ordem pública internacional do Estado Português relacionado com a pena excessiva, o Tribunal da Relação entendeu, em suma, que: "...constitui um princípio fundamental protegido pelo Estado português nas relações jurídico privadas o de, em nome da justiça e moral (ou da boa fé se se quiser), proteger o devedor dos abusos do credor na exigência do direito à pena, evitando que o mesmo possa ser condenado numa pena desproporcionada ou excessiva por ter ao seu dispor um mecanismo de correcção desse excesso, de tal modo que não poderá consentir no resultado de uma condenação numa pena excessiva advinda de uma sentença (arbitral) estrangeira que tenha sido obtido em função da não admissão daquele mecanismo corrector, como sucedeu na situação dos autos."

Desta decisão foi interposto recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça², que manteve a decisão da Relação.

² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, 14 de março de 2017, disponível em www.dgsi.pt.

Anotação

1. Introdução

Este acórdão, a par do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que se seguiu respeitante ao mesmo caso, é, na nossa opinião, muito relevante para a comunidade arbitral em Portugal: advogados, árbitros e juízes.

Trata-se de um acórdão importante, na medida em que não são raras as vezes em que clientes e contrapartes acordam a estipulação de cláusulas penais que – a verificar-se um entendimento como aquele que foi proferido neste recente acórdão – obriga a uma maior atenção quanto (i) à lei aplicável, (ii) à sede da arbitragem e (iii) ao local onde a execução de uma eventual sentença arbitral terá maior probabilidade de vir a ocorrer.

De igual modo, este acórdão tem implícita uma mensagem para os árbitros com casos semelhantes em mão: é necessário conferir especial atenção ao elenco de factos que formam a decisão do tribunal arbitral de forma a deixar claro que não havia lugar a uma redução do valor associado às cláusulas compulsórias acordadas.

Já no que respeita aos juízes, entendemos que o acórdão que se comenta deixa um alerta no sentido de ser imperativo não confundir os poderes de controlo conferidos para a verificação de uma violação de princípios de Ordem Pública Internacional, consagrados a título excecional, com uma verdadeira revisão do laudo arbitral, proibida. Os tribunais judiciais não devem – e não têm poderes nos termos da lei portuguesa para – rever a matéria de facto e de direito das sentenças arbitrais quando não esteja prevista a possibilidade de recurso. Ao invés, os tribunais judiciais devem focar-se – no que à ordem pública diz respeito – nos efeitos que a sentença arbitral produzirá no ordenamento jurídico português.

Posto isto, e como se antecipa, importa referir que a nossa análise se concentrará: (i) na parte do acórdão que se pronunciou sobre e concluiu que a não aplicação do 812.º do Código Civil enformava uma violação do "*principio fundamental protegido pelo Estado português*", isto é, o princípio de ordem pública internacional que visava "*proteger o devedor dos abusos do credor na exigência do direito à pena*", decorrente dos princípios gerais de direito da boa

fé e do abuso de direito, bem como (ii) no controlo da revisão de mérito realizado pelo Tribunal da Relação de Lisboa para chegar à conclusão *supra*.

2. O conceito de ordem pública

2.1. Reflexões sobre a doutrina em Portugal

A determinação do conteúdo/definição de ordem pública é um aspeto tão central quanto complexo para a arbitragem³. Trata-se de um conceito indeterminado cuja maleabilidade passa sobretudo pela dependência do contexto histórico, político, social, geográfico e económico dos ordenamentos jurídicos tornando-se sem dúvida num conceito de conteúdo difícil de alcançar⁴. Por isso, têm-se entendido que o conceito deve ser interpretado tendo em conta a sua função, i.e., como um mecanismo de controlo de impugnação de sentenças arbitrais⁵. A sua caracterização "funcional" é relevante, por duas ordens de razão:

- Em primeiro lugar, porque, como veremos de seguida, a "ordem pública" em arbitragem não tem a mesma função que a ordem pública interna prevista no art. 280.º do Código Civil, nem a mesma função que a reserva de ordem pública internacional do Estado Português prevista no art. 22.º do mesmo diploma⁶; e
- Em segundo lugar, porque a utilização desse "mecanismo de controlo" pode ser necessária em ações para reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras ou em ações de anulação de sentenças arbitrais que venham a produzir efeitos em Portugal e/ou apliquem direito português.

Assim, devemos, desde já, indagar se o facto de estarmos neste caso concreto perante a recusa de reconhecimento de decisão arbitral estrangeira é relevante para efeitos de determinar o conceito de ordem pública.

Entendemos que não, pois o que constitui a nossa ordem pública internacional deve ser igual independentemente de estarmos perante uma anulação ou um reconhecimento. Neste sentido já defendia, e bem, LIMA PINHEIRO, na vigência da Lei de Arbitragem Voluntária de 1986 que:

3 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 593-594.

4 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública...*, p. 595 e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Ordem Pública na Arbitragem*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, I, 2014, p. 38.

5 Mecanismo por excelência de controlo estadual sobre as decisões arbitrais. LUIS DE LIMA PINHEIRO, "Recurso e Anulação da Decisão Arbitral: Admissibilidade, Fundamentos e Consequências", *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, Almedina, 2008, p. 181 e *Arbitragem Transnacional*, Almedina, 2005, pp. 73 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública* Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Almedina, 2012, Vol. 2, p. 327.

6 Por isto não podemos concordar com ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO quando afirma que: "*Analizadas, brevemente, as acepções de ordem pública interna e internacional, vemos que as mesmas se distinguem, essencialmente, pela sua função, respondendo a exceção de ordem pública internacional, no fundo, a uma preocupação do Direito Internacional Privado.*", in *Da Ordem Pública...*, p. 613.

"Em tese geral, creio que nos Estados que atribuem força executiva às decisões arbitrais "nacionais" independentemente de qualquer procedimento judicial prévio faz todo o sentido que a ordem pública internacional relevante para a impugnação das decisões 'nacionais' seja a mesma que pode ser oposta ao reconhecimento de decisões 'estrangeiras'"⁷

O mesmo entendiam LEBRE DE FREITAS e MANUEL BARROCAS⁸.

Já PAULA COSTA E SILVA e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS entendiam que o conceito aplicável para efeitos de anulação deveria ser o da ordem pública interna⁹.

A atual Lei da Arbitragem Voluntária¹⁰ (doravante "LAV") teve em consideração as posições dos primeiros autores e acolheu um único conceito para efeitos de impugnação de sentença arbitral, ou seja, estará sempre em causa a ordem pública internacional¹¹, mas flexibilizando-se o que se entende

por sua violação por forma a ter em consideração aquilo que se diz ser a intensidade dos laços de uma sentença arbitral com Portugal¹². Esta flexibilização encontra-se refletida no art. 54.^o¹³ e no art. 56.^o da LAV ao se ter decidido pela inclusão do advérbio "manifestamente" com vista a atender situações em que¹⁴: (i) a sentença arbitral foi proferida fora de Portugal; (ii) a lei portuguesa não era a aplicável e (iii) a decisão não vai produzir efeitos em território português.

Assim, o conteúdo da ordem pública para efeitos de reconhecimento e de anulação, é composto por normas e princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa (que também podem ser de fonte supraestadual), nomeadamente direitos fundamentais constitucionalmente consagrados que vigoram no Estado do foro¹⁵. Contudo, não é a violação de qualquer princípio, "mas apenas do núcleo mais restrito daqueles princípios de ordem pública interna que sejam também princípios de ordem pública internacional"¹⁶.

7 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 277. Veja-se também *Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, III, pp. 1031-1034 e *Recurso e Anulação...*, p. 189.

8 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 1.^a Edição, p. 522, ("...apenas o resultado manifestamente incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa, isto é, a ordem pública portuguesa com o mesmo conteúdo da ordem pública internacional do Estado português, a que a sentença arbitral tenha chegado, e não a violação de qualquer outra norma de interesse...") e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2.^a ed. Coimbra Editora, Coimbra 2006, p. 74, n. 27: ("Embora a violação de ordem pública internacional não esteja consagrada na Lei de Arbitragem Voluntária como fundamento de anulação de sentença arbitral, ela não pode, pela sua gravidade, bem como pela consideração dos casos paralelos (cf. Designadamente, o art. 1096-f), deixar de ser admitida como tal").

9 PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, III, pp. 944-945 e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS *Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)*, in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Almedina, 1988, p. 347.

10 Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

11 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Sentença Arbitral Contrária à Ordem Pública Perante a Nova LAV*, Nota de Atualização, in Direito da Arbitragem, Ensaios, Almedina, 2017, p. 42 ("No contexto do art. 46.^o, n.º3, em que se elencaram os fundamentos cuja verificação pode determinar a anulação de sentença arbitral, o legislador, com o intuito de dificultar a anulação baseada em ofensa à ordem pública (e assim reforçar a finalidade da sentença), erigiu em bitola da validade da sentença impugnada com este fundamento, o reduto normativo mais restrito da "ordem pública internacional". Por muito criticável que seja a opção do legislador, compreende-se a sua intenção").

12 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO afirma que "...a verdade é que, relativamente a estes autores [Lima Pinheiro, Manuel Barrocas e Lebre de Freitas], não era claro se o que defendiam traduzia uma assumida posição teórica ou resultava antes da consideração de que a referida lacuna da LAV de 1986 deveria ser preenchida mediante recurso ao lugar paralelo do art. 1096.^o, f) do CPC de 1961, que se referia à chamada exceção de 'ordem pública internacional', a qual, como é sabido, é o conceito que releva em matéria de reconhecimento de sentenças (judiciais e arbitrais) estrangeiras. Permanecia, portanto, por precisar qual o conteúdo da 'ordem pública' relevante para efeito de controlo e eventual anulação de sentenças arbitrais...", in *A Impugnação da sentença Arbitral*, Almedina, 2014, p. 73. Contudo, entendemos que as posições defendidas por esses autores são posições teóricas como se pode ver das seguintes citações: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, p. 277 ("...faz todo o sentido que a ordem pública internacional relevante para a impugnação das decisões 'nacionais' seja a mesma que pode ser oposta ao reconhecimento de decisões 'estrangeiras'..."), e por MANUEL PEREIRA BARROCAS, in *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2.^a Edição, pp. 528-529 ("É apenas a ordem pública da lei portuguesa que não admite a validade de uma sentença arbitral em qualquer circunstância, ou seja, quer se trate quer não se trate de uma sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica localizada em Portugal...").

por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, p. 277 ("faz todo o sentido que a ordem pública internacional relevante para a impugnação das decisões 'nacionais' seja a mesma que pode ser oposta ao reconhecimento de decisões 'estrangeiras'"), e por MANUEL PEREIRA BARROCAS, in *Manual de Arbitragem*, 2.^a Edição, pp. 528-529 ("É apenas a ordem pública da lei portuguesa que não admite a validade de uma sentença arbitral em qualquer circunstância, ou seja, quer se trate quer não se trate de uma sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica localizada em Portugal"), são posições teóricas, pelo que se encontra razões dogmaticamente justificáveis para tais posições e não meramente a procura de preencher lacunas.

13 No que diz respeito ao art. 54.^o entendemos que se deve fazer uma interpretação corretiva dada a infelicidade da redação desta provisão. Assim, caso a sentença arbitral ponha em causa interesses do comércio internacional, não tenha sido aplicado direito português e não vier a produzir efeitos em Portugal, o controlo da violação da ordem pública internacional deve ser menor, tendo em conta a menor intensidade de laços com o nosso ordenamento, não se aplicando o art. 46.^o, 3, al. b), subal. ii). Outras soluções são dadas por ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Impugnação...*, pp. 87-94 e DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação...*, p. 338.

14 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO defende uma visão contrária, veja-se *Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública*, Revista do Ministério Público, Ano 126, Abril-Junho 2011, p. 164, ("A nosso ver, é indiferente para a solução da questão da anulabilidade da sentença arbitral proferida em Portugal e que ofenda a ordem pública do nosso sistema jurídico, que aquela tenha decidido o fundo da causa por aplicação do direito português ou de um direito estrangeiro, visto que não se cuida aqui de decidir sobre o reconhecimento de eficácia jurídica, na ordem jurídica nacional, à decisão de um tribunal estrangeiro que já originou a constituição de situações jurídicas no âmbito de uma ordem jurídica estrangeira. Trata-se, isso sim, de saber se uma sentença arbitral proferida em Portugal e, por isso, ancorada na ordem jurídica portuguesa, afronta ou não, pelo seu conteúdo, qualquer que haja sido o direito aplicado ao fundo da causa, princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, a ponto de esta não poder tolerar que ela constitua solução válida e vinculativa para o litígio sobre que versou."). Consideramos, por nosso turno, que laços mais fortes terá uma sentença arbitral que aplica o Direito Português do que uma arbitragem que tenha a sede convencional em Portugal.

15 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, p. 278-279; Veja-se também MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 1.^a Edição, pp. 520-522 e 2.^a Edição, pp. 527-529, e *A Ordem Pública...*, p. 38, ("...a ordem pública constitui um complexo normativo de conteúdo ético-sócio-económico formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respetivo com prevalência sobre outras normas, princípios ou valores de uma ordem jurídica estrangeira estranhos ou conflitantes com ela.").

16 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Anotação ao artigo 46.^o", *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.^a Edição, 2017, p. 151. Contra DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação...*, p. 334, ("afigura[-nos] questionável o emprego neste contexto do conceito de ordem pública internacional, cuja intervenção, pela função que desempenha no ordenamento jurídico, se deveria cingir aos casos em que resulte da aplicação do Direito estrangeiro competente, do reconhecimento de sentenças estrangeiras..."). Não concordamos com esta posição posto que a função do conceito de ordem pública internacional depende do instituto onde se insere. O conceito e conteúdo de regras deve ser o mesmo para efeitos de anulação e reconhecimento, depois, conforme os laços com Portugal, deve-se mitigar o controlo.

Quanto ao controlo da violação da Ordem Pública interna, este será feito, de forma posteriormente não sindicável, pelo tribunal arbitral por via do art. 280.º do Código Civil se o direito português for o direito aplicável, quer esteja a arbitragem a decorrer em Portugal ou fora do nosso país¹⁷.

Esta posição que adota a uniformidade do conceito de ordem pública, a que poderemos chamar escola legalista, é fundamentalmente defendida, após a promulgação da atual LAV, por MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁸, MANUEL BARROCAS¹⁹, ROBIN DE ANDRADE²⁰, DÁRIO MOURA VICENTE²¹ e LIMA PINHEIRO²². Quanto à flexibilização por via do controlo, esta posição continua a ser defendida por LIMA PINHEIRO²³.

Mas existem posições críticas quanto à uniformidade do conceito e quanto à utilização do termo “manifestamente” nos preceitos mencionados.

No que diz respeito à uniformidade do conceito de ordem pública defende SAMPAIO CAMELO que a “ordem pública internacional” é um limite ou barreira à aplicação do direito estrangeiro ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira servindo para mitigar o risco de um “salto no escuro” ou “salto no desconhecido”²⁴ e neste sentido não se deveria aplicar este limite nas anulações de sentenças arbitrais domésticas pois a sua maioria aplicará o direito português, faltando assim o “salto no desconhecido” inerente à reemissão para uma lei estrangeira²⁵.

17 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Decisão Arbitral e Ordem Pública*, p. 10, (“Ora os árbitros estão sujeitos, ao proferirem numa sentença proferida aplicando o direito português ou mesmo a equidade, a observar as mesmas normas fundamentais do sistema jurídico”). Disponível em <http://arbitragem.pt/noticias/2010/2010-09-27—ordem-publica.pdf>.

18 *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, 2014, p. 310 (“A ordem pública interna deve ser distinguida da ordem pública internacional. A ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna, pelo que uma regra que não pertence à ordem pública interna não pode ser considerada como uma norma de ordem pública internacional. A ordem pública interna contém os princípios e regras considerados como essenciais para determinado Estado, no caso, para o Estado Português. A sua amplitude é maior que a ordem pública internacional. A ordem pública internacional integra tão só a proteção de interesses ou valores considerados imprescindíveis para o Estado Português. As definições diferenciam-se apenas em termos de grau – em ambos os casos falamos de normas essenciais a um ordenamento jurídico. Dentro deste conjunto torna-se necessário distinguir um outro, mais restrito, de normas de valor axiológico superior. Defende-se, na vigência da LAV 86, que o conceito de ordem pública relevante para a anulação de sentença arbitral era o de ordem pública interna. A atual LAV adotou porém o conceito mais restrito – o de ordem pública internacional. É este, pois, o conceito que tem agora de operar-se, embora tal não seja inteiramente fácil.”).

19 *A Ordem Pública...*, pp. 42-43, (“Note-se que a LAV adota o mesmo conceito de ordem pública internacional do Estado português nos dois casos previstos, um no art. 46.º, número 3., alínea b)(ii), isto é, para efeitos e no âmbito de uma ação de anulação de uma sentença arbitral proferida em arbitragem interna (cfr. art. 61.º da LAV), e outro na hipótese do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, isto é, proferida em arbitragem que não tenha tido lugar em Portugal, ou seja, para os efeitos e no âmbito do disposto no art. 56.º, número 1., alínea b) (ii) da LAV. Nesta matéria, esta lei adotou uma opção correta e mostra-se de acordo com as mais modernas concepções da função e do conceito de ordem pública internacional de um estado, fazendo coincidir o conteúdo da ordem pública do Estado português, in casu a ordem pública internacional do Estado português, em ambos os domínios da arbitragem interna e da arbitragem estrangeira. Mas, pergunta-se, como pode no limite uma ordem pública dita internacional invalidar, mediante uma ação de anulação, uma sentença arbitral totalmente nacional, em que a arbitragem, designadamente, teve lugar em Portugal, a lei portuguesa foi aplicável, quer ao processo arbitral (*lex arbitri*), quer ao mérito da causa e, a acrescentar, eram portuguesas as partes e os interesses em litígio situavam-se totalmente em Portugal e aqui, e só aqui, produziam os seus efeitos? Isso pode suceder e é essa a vontade da lei arbitral portuguesa, mediante uma ficção que a LAV operou. Na verdade, com o propósito de uniformizar ou aproximar o mais possível os fundamentos de anulação de uma sentença arbitral doméstica e os fundamentos de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, denotando assim um propósito não discriminatório relativamente à arbitragem internacional ou a uma arbitragem doméstica estrangeira, seja ou não internacional o litígio, a LAV estatuiu as matérias em que a ordem jurídica portuguesa não cede perante uma sentença baseada numa ordem jurídica estrangeira e aceita que as mesmas matérias, todavia sempre com um propósito anti-discriminatório, também sirvam para anular uma sentença arbitral doméstica proferida quer numa pura arbitragem doméstica, como se vê do citado preceito do art. 46.º, quer numa arbitragem internacional sediada em Portugal (art. 54.º).”) *Manual de Arbitragem*, 2.ª Edição, pp. 528-529, e em termos idênticos, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2.ª Edição, 2013, p. 177.

20 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Anotação ao artigo 46.º*, p. 151.

21 DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação...*, p. 333-338.

22 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa*, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Anual n.º 5, 2012, p. 126, (“Assim, perante a NLAV, a violação da ordem pública internacional do Estado português constitui um fundamento de anulação de decisões arbitrais ‘nacionais’ (art. 46.º/3/b/ii NLAV) e, dentro de certos limites, um fundamento de oposição à execução baseada em sentença arbitral (art. 815.º CPC e art. 48.º NLAV). Eliminou-se, deste modo, a dúvida que surgiu a este respeito perante a Lei de Arbitragem Voluntária de 1986 (LAV), consagrando-se a solução que foi por mim preconizada...”).

23 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Ordem pública internacional...*, p. 127, (“...quer no contexto do reconhecimento da decisão ‘estrangeira’, quer em sede de impugnação ou oposição à execução da decisão, deve flexibilizar-se a cláusula de ordem pública internacional, por forma a atender não só à intensidade dos laços com o Estado de reconhecimento/impugnação, mas também à posição peculiar dos árbitros enquanto destinatários de diretrizes emanadas de vários Estados e de regras e princípios de Direito Transnacional.”).

24 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Impugnação...*, pp. 73-78. No mesmo sentido, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública...*, p. 649, (“Ora, o citado preceito deixa-nos, antes de mais, algo estupefactos pela utilização, neste domínio, da aceção de ordem pública internacional. Com efeito, vimos que a reserva ou exceção de ordem pública internacional surgiu no âmbito do Direito Internacional Privado como um limite à aplicação da lei estrangeira ou ao reconhecimento dos efeitos de um ato público estrangeiro (caso do reconhecimento de uma decisão estrangeira). E, na verdade, é com este sentido que está consagrada no nosso ordenamento jurídico – artigos 22.º do Código Civil, 1096.º, alínea f), do Código de Processo Civil, 1651.º, n.º 2, do Código Civil e 6.º, n.º 1, do Código de Registo Civil, além do já referido artigo V, n.º 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque, de que Portugal é parte.”).

25 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Impugnação...*, pp. 76-77. A mesma opinião tem ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da ordem pública...*, p. 650. Em sentido convergente ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, pp. 453-454, (“a o.p. do 46.º/3, b), ii), em causa tem um conteúdo próprio: por várias razões. Poderemos, assim, falar numa ordem pública internacional-interna. A) Razões sistemáticas. A interpretação dos preceitos legais deve considerá-los na íntegra e deve inseri-los no contexto a que pertencem (...). A essa luz, a ordem pública, inserida na lei para sancionar o conteúdo das decisões internas não equivale à usada para ponderar o resultado de decisões internacionais. B) Razões liteiras. O próprio legislador, na letra dos diplomas em causa, deu-nos as pistas para superar o problema. Com efeito, enquanto elemento sindicante interno, ela traduz-se em ‘o tribunal verificar’ (...) que ‘o conteúdo’ da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português’. Ora, no 54.º como no 56.º/1,b),ii), a decisão arbitral pode ser bloqueada (...) se conduzir (...) a um resultado manifestamente incompatível (...). Ou seja, perante as decisões internas, basta que o conteúdo contrarie a o.p.; para as internacionais, é necessário que o resultado ofenda manifestamente a o.p. internacional’. γ) Razões jurídico-científicas: as decisivas. A o.p. internacional próprio sensu visa prevenir que, no espaço jurídico nacional, surjam elementos legitimados por ordenamentos estrangeiros, mas que contundam com dados estruturantes do sistema (...). A o.p. ‘internacional-interna’ pretende constatar se a decisão arbitral, assente no Direito e no ordenamento português, é reconhecida como axiologicamente jurídica. Além de todos os elementos que encontramos na internacional, a ‘internacional-interna’ joga, ainda, com os princípios totalmente injuntivos, isto é: aqueles que se impõem e que não poderiam ser postergados pelo recurso a árbitros. (...). δ) Razões práticas. O juiz, confrontado com um pedido de anulação de uma decisão por grave contrariedade a valores básicos do sistema, nunca poderia ficar inerte. No limite, ele poderia sempre invocar o abuso do direito de exe-

Consideramos, no entanto, que este entendimento poderá constituir um obstáculo à vontade de tornar Portugal num centro independente de arbitragens internacionais, principalmente lusófonas²⁶. Além disso, tendo em conta a nossa experiência, devemos dizer que nos temos efetivamente deparado com contratos que incluem cláusulas compromissórias que não aplicam direito português e estabelecem a sede em Portugal, do mesmo modo que, contrariamente, temos encontrado contratos que aplicam direito português, mas que fixam a sede fora de Portugal.

Perfilhando a posição da dualidade de critérios, os contratos que aplicassem direito português, mas com sede fora de Portugal, continuariam a ficar de fora do controlo da ordem pública interna. Este facto demonstra que o preceito estabelecido no art. 56.º da LAV nem sempre tem a mesma função que a reserva de ordem pública internacional de direito internacional privado prevista no art. 22.º, pois, aplicando-se direito português, o salto no desconhecido referente ao mérito não se aplica²⁷.

No que diz respeito ao advérbio “manifestamente” previsto no art. 56.º, diz MANUEL BARROCAS que:

“A nosso ver, porém, é criticável a diferença de redação adotada, pois pode criar a confusão baseada na existência de uma ordem pública internacional do Estado português bicéfala, uma mais e outra menos restrita. Na verdade, o conceito de ordem pública internacional do Estado português é um e único. É verdade que é difícil saber exatamente qual o seu conteúdo e a sua extensão. É encontrado mais pelo recurso ao sentimento jurídico sobre os valores essenciais da ordem jurídica portuguesa do que por uma aplicação positiva, concreta, de determinada lei. Depende mais do conhecimento global da ordem jurídica e dos seus princípios e valores essenciais do que de uma determinada ou determinadas normas jurídicas em concreto. Mas, não deixa de ser a mesma e única ordem pública internacional portuguesa enquanto vista numa ótica, quer de confronto com uma lei estrangeira ou outro normativo estrangeiro

concreto, quer quando aplicada apenas no domínio interno que se encontra insito no artigo 46.º²⁸.

Como dizíamos *supra* os artigos 54.º e 56.º da LAV servem para flexibilizar o que se entende por violação de ordem pública internacional nos casos em que não se aplica o direito português e/ou a sede da arbitragem se situa fora do nosso ordenamento jurídico, pelo que se justifica que a intensidade do controlo seja menor. Mas tal não significa que aos casos em que seja aplicada a lei portuguesa se deva atender a um conteúdo de ordem pública internacional ancorado na noção de ordem pública interna do CC Português, recorrendo a um conceito distinto daquele a que se atende quando estão em causa sentenças arbitrais que aplicam outro direito e/ou que não têm sede em Portugal.

Perante o exposto, concentramo-nos no caso concreto, e em particular na invocação das normas imperativas dos artigos 811.º, n.º 3 e 812.º, n.º 1 do CC e o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º da Constituição.

2.2. O acórdão da Relação de Lisboa

2.2.1. Enquadramento

A respeito da violação da ordem pública internacional do Estado Português, *i.e.*, da alegada violação dos artigos 811.º e 812.º do Código Civil Português, o acórdão da Relação começa por referir que, embora inicialmente parecesse que o requerido assentaria a sua argumentação na violação do princípio constitucional da proporcionalidade, “nas alegações de direito o Requerido parece abandonar esta referência constitucional ao princípio da proporcionalidade, substituindo-a – mais adequadamente, segundo julgamos – pelos princípios gerais de Direito da boa fé e do abuso de direito.”.

Passando a Relação a delimitar a sua pronúncia do seguinte modo: “saber se contraria a ordem pública internacional do Estado português reconhecer o resultado condenatório a que chegou a sentença arbitral espanhola depois de na mesma ser recusada a redução desse montante [condena-

cutar semelhante decisão. Mas isso poderia remetê-lo para algum casuismo, instalador de instabilidade na arbitragem. Deste modo, a remissão para um corpo de princípios permite uma aplicação mais generalizada e previsível.). Ver também do mesmo autor, *A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências*, VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, pp. 100-103.

26 Veja-se a exposição de motivos da Proposta de Lei da Lei de Arbitragem Voluntária: “Finalmente, considerou-se que a elaboração de uma nova lei seria um elemento muito valioso para sensibilizar as empresas e os profissionais de diversas áreas que frequentemente recorrem a arbitragem noutros países (sobretudo naqueles com os quais o nosso se relaciona economicamente de forma mais intensa) para as vantagens e potencialidades da escolha em Portugal como sede de arbitragens internacionais, sobretudo no tocante a litígios em que intervenham empresas ou outros operadores económicos de países lusófonos ou em que a lei aplicável seja a de um destes, com particular destaque para o Brasil, que e hoje em dia um dos países onde a resolução de litígios por via arbitral tem tido maior crescimento, fazendo deste país um dos que actualmente estão na primeira linha neste domínio”. Disponível em <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-preambulo030509.pdf>

27 Veja-se a afirmação interessante de ROBIN DE ANDRADE, *Decisão Arbitral e Ordem Pública*, p. 3 (“...a razão subjacente a uma eventual impugnação de sentenças com base na violação da ordem pública nada tem a ver com os limites à aplicação de direito estrangeiro, mas sim com a desconfiança do Estado relativamente ao conteúdo das sentenças dos tribunais arbitrais”). Contra, veja-se a decisão em análise que parece concluir que a recusa de reconhecimento é tem sempre a função prevista no art. 22.º do CC: “O que se pretende é ainda recusar o concreto resultado a que se chegou em função da aplicação do direito estrangeiro, à boa maneira da exceção da ordem pública internacional, tal como é concebida no Direito Internacional Privado e resulta consagrada entre nós no art. 22.º CC, onde surge como exceção ou limite à aplicação de uma norma de direito estrangeiro, fundada no interesse do Estado local (*lex fori*)”. Inclusive, na determinação do conteúdo da ordem pública internacional prevista no art. 56.º da LAV invocam a definição da reserva de ordem pública internacional. O Acórdão do STJ, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, de 14 de março de 2017 cai na mesma generalização errada: “o reconhecimento poderá ser recusado se a autoridade competente do país em que o mesmo for pedido constatar que o mesmo é contrário à ordem pública desse país, sendo consensual que a ordem pública de que aqui se fala, por suscitar uma questão de direito internacional privado, é apenas a internacional.”.

28 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada...*, p. 178

tório]...”, sendo, para tanto necessário, segundo o Tribunal da Relação “*atentar nas cláusulas penais em causa e nos termos concretos dessa sentença.*”

Dito de outra forma: resulta desde logo claro que ao analisar a eventual violação da ordem pública internacional do Estado Português, o acórdão da Relação não se debruçou sobre o princípio da proporcionalidade constitucionalmente protegido, mas sim sobre “*princípios gerais de Direito da boa fé e do abuso de direito.*”

2.2.2. As constatações do Acórdão quanto à contrariedade da sentença arbitral face aos artigos 811.º e 812.º do Código Civil Português

Segundo o acórdão, as cláusulas penais aplicadas ao caso concreto exigiam o pagamento de uma quantia correspondente ao triplo de todas as retribuições pagas nos últimos vinte e quatro meses aos colaboradores, e ao triplo do montante faturado pela sociedade aos clientes em causa nos últimos vinte e quatro meses, a acrescer ao pagamento dos prejuízos sofridos pela sociedade.

O Tribunal da Relação considerou estar-se perante cláusulas penais de natureza exclusivamente compulsória, entendendo consequentemente que os argumentos quanto à violação do artigo 811.º, n.º 3 eram descabidos na medida de que tal preceito não se aplica a cláusulas penais compulsórias, mas apenas àquelas que revestissem natureza indemnizatória (que não era o caso dos autos).

Já no que respeita ao artigo 812.º, a Relação entendeu que o preceito se aplicava a todas as espécies de penas convencionais e por conseguinte também às cláusulas penais de natureza compulsória em causa.

Da sentença arbitral, que aplicava estritamente o direito civil espanhol, resulta segundo o acórdão que a redução de cláusulas penais apenas é admissível em caso de incumprimento parcial ou irregular da obrigação em causa, de onde o tribunal concluiu que por estar perante um caso de incumprimento total não se poderia falar quer de redução quer de desproporção ou indeterminação da pena.

Além disso, o tribunal arbitral considerou que as partes tinham tido oportunidade de calcular os prejuízos que as situações de incumprimento gerariam sob critérios livremente acordados por estas (no âmbito da jurisprudência relevante, e de acordo com o brocardo “*Standum est chartae*”).

Face ao exposto, a Relação de Lisboa considerou que o artigo 812.º encerrava um princípio destinado a “*corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual*”, salientando ainda que o fundamento subjacente a tal disposição era o princípio da boa fé através do qual se pretendia evitar o exercício abusivo do direito à pena.

Pese embora tenha discutido o facto de o requerido não ter contestado a ação arbitral e, consequentemente, não ter pedido qualquer redução da pena, foi entendimento da Relação que a correção judicial no sentido da redução da cláusula penal, ao abrigo do direito português, poderia operar mediante solicitação indireta desde que a mesma se afigurasse flagrantemente desproporcional.

Já quanto aos argumentos das requerentes de que não existiam elementos que permitissem avaliar o caráter manifestamente excessivo da pena, a Relação concluiu que dispunha de elementos suficientes, seja pela diminuição da culpa do infrator – dada a inexistência e ineficácia na ordem jurídica interna para as requerentes da cláusula arbitral contida no Convénio – seja pela informação contida nos autos relativa aos rendimentos do requerido.

Mais, a Relação concluiu ainda que a inexistência de um pedido de redução feito pelo requerido na ação arbitral não deveria precluir a redução que a boa-fé reclamava, justificando, assim, que mesmo que tal pedido tivesse sido apresentado o resultado teria sido idêntico, pois as próprias requeridas introduziram o tema da redução na discussão em sede arbitral, e que não poderia esta omissão valer como renúncia ao fundamento de oposição ao reconhecimento quando este era inclusive de conhecimento oficioso (tudo segundo o direito português).

Da leitura do acórdão resulta ainda que o tribunal entendeu que o conceito de ordem pública internacional é um conceito indeterminado passível de conter princípios decisivos que não podem ceder nem sequer nas relações jurídico-privadas, podendo, e consequentemente, a ordem pública tem a ver “*com valores ético-jurídicos e específicos do Direito Privado*”. As características de ordem pública internacional são segundo a exposição feita no acórdão, (i) a excecionalidade, (ii) o caráter evolutivo e (iii) a relatividade, sendo certo que a ofensa em causa deve ser grave (sem ser flagrante).

Mais, a Relação considerou que ao estipular a nulidade para qualquer acordo contrário ao disposto no art. 812.º, o ordenamento jurídico português reconhece que a referida disposição emana um princípio fundamental, i.e., “*o princípio da boa fé contratual que fundamenta a necessidade de controlar a autonomia privada, de prevenir abusos do credor ao nível do exercício do direito à pena*”. É a partir desta conclusão que o coletivo acaba por enunciar que “*...não [se] poderá consentir no resultado de uma condenação numa pena excessiva advinda de uma sentença (arbitral) estrangeira que tenha sido obtido em função da não admissão daquele mecanismo corretor [i.e. da redução da cláusula penal prevista no direito português], como sucedeu na situação dos autos. Sendo que, na situação concreta, atento o facto da situação penalizada apresentar múltiplos e inegáveis laços com o Estado português – e, a bem dizer, nenhuns com o espanhol – não há motivo para afastar a aplicação do princípio em causa.*”

2.2.3. Conclusões quanto à invocação do conceito de ordem pública

Assim, quanto ao conceito de ordem pública internacional mobilizado neste acórdão, várias questões ficam por esclarecer.

Em primeiro lugar, as razões que levaram ao “salto” feito no acórdão do regime da nulidade de acordos que limitem a aplicação do artigo 812.º e o carácter imperativo desta e a sua recondução imediata a um princípio de ordem pública internacional não resulta exaustivamente explicado no acórdão.

A ordem pública internacional não abrange o conteúdo de todas as normas de carácter imperativo e de aplicação necessária e imediata existentes numa dada ordem jurídica²⁹. Mesmo admitindo que normas dessa natureza integrem a ordem pública interna do Estado Português – o que nem sempre ocorrerá uma vez que a contrariedade à lei pode não envolver a ofensa a um princípio de ordem pública – tal não significa que integrem a ordem pública internacional do Estado Português. Nesse sentido, o facto de o mencionado artigo 812.º se tratar de uma norma imperativa não implica que a mesma seja automaticamente reconduzível à ordem pública internacional.

Este entendimento tem sido adotado em vários acórdãos anteriores e posteriores ao que ora se comenta³⁰.

A título de exemplo, num caso em que se alegava que a sentença arbitral ofendia a ordem pública portuguesa por se considerar que o regime da prescrição integrava este instituto, em homenagem ao valor da segurança jurídica e certeza do direito (consagrada na norma imperativa do art. 300.º do Código Civil), e ainda porque tal regime protegia o interesse particular do devedor em relação à inércia do titular do direito (nos termos do art. 303.º do Código Civil), o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 14.04.2016, entendeu que: *“São coisa diversa as normas que se revistam de imperatividade na ordem jurídica interna e os princípios que integram a ordem pública internacional. Enquanto aquela se reporta ao conjunto de normas imperativas do nosso sistema jurídico, constituindo um limite à autonomia privada e à liberdade contratual; a ordem pública internacional restringe-se aos valores essenciais do Estado português, representando os princípios e regras veiculados pela ordem pública internacional um nú-*

*cleo mais restrito do que aqueles que subjazem à “ordem pública de Direito material”, referida designadamente nos artigos 271.º, n.º 1, 280.º, n.º 2 e 281.º todos do Código Civil.”*³¹

No mesmo sentido, num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.10.2014, pode ler-se: *“...da ordem pública nacional – tal constatação não implica, em atenção ao seu fundamento ou à natureza da indemnização de clientela, que a sua desaplicação pela decisão arbitral – por invocação de outra norma escolhida pelas partes e por outras razões – conflitue com a ordem pública internacional do Estado Português.”*³²

Em segundo lugar, o acórdão sob análise não é particularmente preciso quanto ao princípio que considera ter sido violado e que integra o referido conceito de ordem pública, remetendo para princípios de direito privado tais como a boa fé, a proibição de agir em abuso de direito e a proibição do excesso das penas, mas sem que proceda a uma autonomização que permita, em rigor, absorver a medida da violação da ordem pública internacional do Estado Português.

Com efeito, no sumário do acórdão pode ler-se que *“constitui princípio fundamental protegido pelo Estado português nas relações jurídico privadas, o de em nome da justiça e moral, ou, se se quiser, da boa fé, proteger o devedor dos abusos do credor na exigência do direito à pena, permitindo-lhe que não possa ser condenado numa pena desproporcionada ou excessiva por ter ao seu dispor um mecanismo de correcção desse excesso.”*

Julgamos ser esta uma das principais diferenças entre o acórdão que ora comentamos e o acórdão proferido, já em 2017, pelo Supremo Tribunal de Justiça, respeitante ao mesmo caso³³.

Neste último, o Supremo Tribunal, embora confirmando a decisão da Relação e tendo igualmente aludido aos princípios de boa fé e proibição de penas excessivas, concentrou a sua fundamentação nos direitos que apelidou de direitos “fundamentalíssimos” consagrados constitucionalmente, i.e., liberdade de escolha da profissão e da livre iniciativa económica (arts. 18.º, 47.º e 61.º da CRP). Como se conclui no sumário do acórdão proferido: *“A dignidade do exercício da advocacia, compartilhada por todos os países que nos são culturalmente próximos, não é compatível com o tratamento dispensado a uma qualquer actividade mercantil, já que se trata de ‘uma*

29 MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, pp. 448 e 453; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, de 14 de abril de 2016, (*“[s]ão coisas diversas as normas que se revistam de imperatividade na ordem jurídica interna e os princípios que integram a ordem pública internacional. Enquanto aquela se reporta ao conjunto de normas imperativas do nosso sistema jurídico, constituindo um limite à autonomia privada e à liberdade contratual; a ordem pública internacional restringe-se aos valores essenciais do Estado português, representando os princípios e regras veiculados pela ordem pública internacional um núcleo restrito do que aqueles que subjazem à “ordem pública de Direito material”, referida designadamente nos artigos 271.º, n.º 1, 280.º, n.º 2 e 281.º todos do Código Civil”*).

30 Veja-se, por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08A1698, de 10 de julho de 2008; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1036/12.4YRLSB.S1, de 23 de outubro de 2014; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, de 04 de abril de 2016; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 91358/16.5YRLSB-7, de 13 de julho de 2017; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 2455/13.4YYLSB, de 13 de julho de 2017; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1008/14.4YRLSB, de 26 de setembro de 2017; todos disponíveis em www.dgsi.pt.

31 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, 14 de abril de 2016, disponível em www.dgsi.pt.

32 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1, 23 de outubro de 2014, disponível em www.dgsi.pt.

33 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, 14 de março de 2017, disponível em www.dgsi.pt.

actividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objecto, é estranha à esfera das trocas económicas, assegurando a lei aos advogados as imunidades necessárias ao exercício dos actos próprios de forma isenta, independentemente e responsável, regulando-os como elemento indispensável à administração da justiça.”

Por fim – como aprofundaremos de seguida – o acórdão em análise, apesar de afirmar que a apreciação de uma situação de eventual violação da ordem pública internacional deve concentrar-se no resultado da decisão arbitral estrangeira, acabou por reapreciar factos relativamente aos quais existia entendimento diferente na sentença arbitral.

De facto, de acordo com a sentença arbitral transcrita no acórdão da Relação, o tribunal arbitral considerou que “(...) o incumprimento deve ser qualificado de total, sem que se possa falar de desproporção e muito menos de indeterminação, já que as demandantes e o demandado puderam calcular os prejuízos ou benefícios gerados pelo hipotético incumprimento da obrigação principal e decidiram fazê-lo em relação ao número de pressupostos incorridos, tendo acesso à documentação precisa para calcular em qualquer momento a quantia indemnizatória.”

Por outras palavras, parece resultar dos excertos do laudo arbitral transcritos no acórdão da Relação que, em rigor, o tribunal arbitral emitiu um juízo sobre a proporcionalidade da cláusula penal, considerando-a adequada. Isto apesar de a título secundário, e uma vez que o Requerido não participou na arbitragem em causa – também ter referido que a jurisprudência e doutrina espanhola iam no sentido de os tribunais não terem poderes para reduzir cláusulas penais em casos de incumprimento total.

Assim sendo, ao ajuizar sobre a proporcionalidade da cláusula penal, existe efetivamente a hipótese de a Relação ter desconsiderado factos apreciados pelo tribunal arbitral e que se terão tornado pressupostos nos quais assentou a sentença arbitral proferida (que, por sua vez, considerou a cláusula penal proporcional nos termos acima transcritos).

É, pois, certo que o Tribunal judicial deverá desempenhar com cuidado os poderes que lhe são conferidos aos juízes sob pena de facilmente se ultrapassarem os limites do controlo

tanto para efeitos de anulação como para reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, procedendo a uma verdadeira reapreciação de mérito que está legalmente, e contratualmente – através da escolha de a arbitragem – vedada.

3. Os poderes dos tribunais judiciais para efeitos de anulação por violação da ordem pública internacional do estado português

Providencia a LAV no seu artigo 46.º, n.º 3, al. b), como vimos, que a sentença arbitral poderá ser anulada pelo tribunal estadual competente se este verificar que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.”

Estamos perante uma ação especial, de natureza constitutiva,³⁴ com efeitos meramente cassatórios que não poderá substituir-se à sentença arbitral anulada³⁵.

Convém, pois, entender os poderes dos tribunais judiciais no âmbito do controlo da sentença arbitral em sede de anulação.

Podemos dizer também aqui que existem duas escolas, uma a que chamamos legalista, posição que consideramos ser a mais adequada, e outra a que denominamos expansionista/maximalista.

Chamamos legalista à primeira escola por considerarmos que esta defende uma posição mais próxima do teor literal e teleológico dos preceitos relevantes da LAV, sendo possível nela enquadrar autores como DÁRIO MOURA VICENTE, MANUEL BARROCAS, ROBIN DE ANDRADE, ARMINDO RIBEIRO MENDES e LUÍS LIMA PINHEIRO.

Com efeito, é para nós evidente que a LAV estabelece um claro limite à revisão de mérito no âmbito da ação de anulação (art. 46.º, n.º 9 da LAV)³⁶ e prevê uma única forma de impugnar a sentença arbitral, a ação de anulação, salvo se as partes tiverem convencionado o recurso (arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1 da LAV).

Ora, por mais voltas que se possam dar a tal preceito, este prevê um limite para os tribunais judiciais: (i) proceder ao

34 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação da sentença Arbitral*, Almedina, 2014, p. 31 e DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª Edição, 2017, p. 147.

35 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, “...importa realçar o que acima ficou dito, sublinhando que a acção especial de anulação ou os embargos de executado, com base nos fundamentos de anulação judicial da decisão arbitral implica um juízo puramente cassatório, não podendo o Tribunal Judicial substituir à decisão arbitral por outra...”. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Nova Lei de Arbitragem Voluntária Evolução ou Continuidade?*, p. 46, §50, (“A decisão da impugnação pelo tribunal de 2.ª instância é puramente cassatória e não permite que o tribunal estadual conheça do mérito das questões decididas pela sentença anulada e, salvo acordo em contrário, com a anulação da sentença volta a produzir efeitos a convenção de arbitragem em relação ao objecto do litígio (art. 46.º, nos 9 e 10). Pode haver redução da invalidade de sentença arbitral à parte afectada pelo vício (art. 46.º, n.º 7)”. Veja-se também MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, pp. 314-315 e ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 460, §47.

36 Veja-se Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2016, Processo n.º 1052/14.1TBBCL.P1.S1: “Como é sabido, a LAV actualmente vigente apenas permite a impugnação da sentença arbitral pela via do pedido de anulação dirigido ao competente tribunal estadual – só prevendo, como forma de reacção à dita sentença, a via do recurso nos casos em que as partes tiverem acordado na recorribilidade da decisão dos árbitros para os tribunais estaduais; o pedido de anulação – que origina uma forma procedimental autónoma, moldada pelas regras da apelação no que se não mostre especialmente previsto no nº2 do art. 46º da LAV – pressupõe a verificação de algum ou alguns dos fundamentos taxativamente previstos na lei, cumprindo, em regra, à parte que faz o pedido o ónus de demonstrar a respectiva verificação; e tal pretensão não envolve um amplo conhecimento do mérito da decisão que se pretende anular, estando a competência do tribunal estadual circunscrita à matéria da verificação do específico fundamento da pretendida anulação, cabendo, mesmo nos casos em que proceda a pretensão anulatória, a reapreciação do mérito a outro tribunal arbitral, nos termos do nº9 do citado art. 46º.”

exame das questões discutidas no processo arbitral desafiando a interpretação do tribunal arbitral dos factos dados por provados em sede arbitral³⁷; (ii) corrigir e/ou completar eventuais deficiências ou omissões³⁸ da sentença arbitral; (iii) aferir da pertinência, admissibilidade e valor da prova produzida no processo arbitral³⁹, não se podendo complementar nem reapreciar a prova⁴⁰; (iv) completar ou alterar a fundamentação⁴¹; e (v) proceder a uma revisão da decisão sobre o direito⁴².

Em suma, deve estar sempre vedado aos tribunais judiciais procederem a uma análise das eventuais deficiências de uma decisão.

Existe, contudo, uma “segunda escola”, na qual podemos encontrar outros igualmente ilustres autores, tais como MENEZES CORDEIRO, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO e SAMPAIO CAMELO com entendimento em certa medida diferente.

Para esta segunda escola, os tribunais judiciais têm poderes para proceder à revisão (i) da parte dispositiva e da fundamentação⁴³; (ii) do direito, nomeadamente no que diz respeito a interpretação e qualificação jurídica⁴⁴; (iii) dos factos apreciados pelo árbitro⁴⁵; e (iv) da forma como realmente o árbitro aplicou o direito aos factos⁴⁶.

Neste sentido, a título de exemplo, MENEZES CORDEIRO afirma que: “*embora a sindicância do Estado sobre os juízos arbitrais seja sobre a legalidade e não sobre o mérito, tal circunstância não deve, todavia, levar ao seu desvirtuamento: processo e substância estão interligados, fundindo-se na síntese final da decisão*”⁴⁷.

Pensamos de modo diferente: para nós, a posição em certa medida defendida por esta “segunda escola”, revela-se muito difícil de compatibilizar com a leitura do artigo 46.º, n.º 3, al. b) e n.º 9 da LAV. Uma posição tão ampla na atribuição de poderes aos tribunais judiciais potencia o desvirtuamento não só destas normas em concreto – refletindo mesmo uma interpretação ab-rogante dos preceitos⁴⁸ – mas também o afastamento da *ratio* que presidiu à estipulação do carácter excecional de recursos judiciais de decisões arbitrais e bem assim ao princípio do *favor arbitradum* subjacente à Convenção de Nova Iorque da qual Portugal é parte signatária.

Em nosso entendimento, o controlo da violação da ordem pública é possível de ser alcançado sem que para tal seja necessário reapreciar o mérito de decisões arbitrais. Para tanto entendemos que os tribunais se devem mover exclusivamente em dois planos: (i) a identificação das normas que emanam princípios de ordem pública internacional do Estado Português e a sua aplicação e (ii) a constatação se

37 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Apontamento sobre a impugnação...*, p. 1030. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada...*, p. 184, §25.

38 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, 14 de abril de 2016, (“a ação de anulação de sentença arbitral se limita a apreciar fundamentos formais de validade da mesma, não comportando, por isso, a reapreciação da prova produzida...”).

39 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 2548.10/0TVLSB.L1.7, 4 de junho de 2013, (“O que, segundo se julga, passa pela apreciação prévia da relevância desses factos para a decisão da causa. Ou seja, passa por um juízo sobre o mérito da causa. Que não tem cabimento no âmbito de uma ação de anulação, em face do disposto no art. 46.º, n.º 9 da LAV de 2011. Assim, não podendo o acórdão arbitral ser anulado por ter desconsiderado alguns factos alegados por uma das partes, a questão apenas poderia ser equacionada em termos de erro de julgamento, o que apenas seria admissível no âmbito de um recurso, mas não de uma ação de anulação”); Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 107/13.4YRGMR, 10 de abril de 2014, (“A ação de anulação de sentença arbitral, que segue a forma de processo especial previsto no artº 46º da NLAV (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) não comporta reapreciação da prova produzida, nem a apreciação de eventual erro de julgamento ou na aplicação do direito. Esta ação não se pronuncia sobre o mérito da decisão; mas apenas sobre as eventuais nulidades da sentença, contempladas no nº 3 do citado normativo.”).

40 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada...*, p. 182, §24, “O tribunal estadual não exerce qualquer tutela sobre o Tribunal Arbitral. Se assim fosse, ser-lhe-ia permitido, facilmente, alterar a decisão pela mera interpretação do seu sentido. Assim, nem por diferente interpretação dos factos provados, relativamente à interpretação tomada pelos árbitros, pode o tribunal estadual proferir decisão desconforme com a sentença arbitral.”.

41 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Anotação ao artigo 46.º*, p. 154: “O tribunal estadual deve analisar os fundamentos dos diversos tipos de pedido de anulação tendo presente esta proibição genérica. À luz desta proibição, o tribunal estadual não poderá, por exemplo, reavaliar o julgamento dos factos pelo Tribunal Arbitral e decidir de forma diversa, mesmo que esteja em causa um fundamento do pedido de anulação. Por outro lado, e por força do mesmo princípio, o tribunal estadual nunca poderá, depois de anular a totalidade ou parte da sentença arbitral, decidir ele próprio todo ou parte do objeto do litígio”.

42 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1698/08, 10 de julho de 2008, “Tendo no acórdão arbitral sido reconhecido às autoras um direito a uma indemnização contida numa cláusula penal acordada, apesar de a ré haver provado a ausência de dano decorrente do incumprimento desta, não resulta deste reconhecimento uma ofensa a uma norma de ordem pública, quer porque se não pode aferir da natureza exclusivamente indemnizatória da cláusula penal – por a mesma aferição implicar a reapreciação do mérito da causa arbitral, o que é vedado por força da renúncia ao recurso...”; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2, 14 de abril de 2016, “a ação de anulação de sentença arbitral se limita a apreciar fundamentos formais de validade da mesma, não comportando, por isso, (...) a apreciação de eventual erro de julgamento ou na aplicação do direito. (...) Não pode, por conseguinte, este Tribunal da Relação apreciar a bondade da qualificação da situação de responsabilidade civil em causa no processo arbitral, como de natureza obrigacional, que está definitivamente assente, sendo tal decisão definitiva igualmente com relação à aplicabilidade do prazo geral de vinte anos à prescrição do crédito invocado pela demantante/apelada...”. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Apontamento sobre a impugnação...*, p. 1030, (“[a] arbitragem seria muito prejudicada se se permitisse que as partes vencidas parasitassem sistematicamente a eficácia das decisões arbitrais mediante ações de anulação baseadas em erros na apreciação dos factos ou na aplicação do Direito, inobservância de formalismos previstos na lei processual comum ou deficiências de fundamentação.”); MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada...*, p. 184, §25: “...a questão da qualificação jurídica é matéria da competência dos árbitros e não do tribunal estadual”.

43 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de Sentença...*, pp. 188-189.

44 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 309, (“Primeiro há que determinar se certa regra jurídica integra ou não a ordem pública internacional, depois verificar se era ou não aplicável ao caso concreto, por fim apurar se o resultado da não aplicação ou errónea aplicação é diverso do que se atingiria caso o tivesse sido”).

45 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de Sentença...*, p. 189.

46 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de Sentença...*, pp. 189-190 e em concreto, p. 190: (“Todo o raciocínio seguido pelo árbitro deve, por isso, poder ser objeto de exame do juiz, tanto em matéria de direito quanto em matéria de facto, desde que isso tenha influência sobre a aplicabilidade de um princípio ou regra de ordem pública”).

47 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 440.

48 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, p. 314 (“Há que fazer um juízo de reapreciação da decisão, retomando-a para aferir se há diferença na solução. Este é, claro, um juízo de mérito – mas instrumental à anulação: se o tribunal concluir que a solução teria sido outra, limita-se a anular a sentença arbitral, não a substituí-la”).

o reconhecimento/execução de uma determinada sentença arbitral no ordenamento jurídico português viola concretamente algum desses princípios⁴⁹.

Contudo, a apreciação referida em (ii) deverá ser *prima facie*, isto é, sem que se proceda a uma nova seleção de factos e subsequente subsunção destes últimos ao Direito. O juiz está impedido de averiguar se a aplicação levada a cabo pelo tribunal arbitral foi correta ou não⁵⁰, tão só lhe sendo permitido averiguar se o seu resultado concreto do processo decisório vertido na decisão arbitral viola princípios de ordem pública internacional do Estado Português.

Dito pela negativa, todas as questões de mérito, – como as descreve ROBIN DE ANDRADE, ou seja, as questões que “...dizem diretamente respeito à substância de litígio, [e] o conhecimento da denominada legitimidade substantiva, de questões indemnizatórias conexas, de cláusulas penais, etc., e em geral, as questões de objeto de uma exceção perentória”⁵¹ – não podem ser reanalisadas pelos tribunais judiciais.

A não ser assim, de nada serviria a vontade das partes de que fossem os árbitros a dirimir o seu litígio e não os tribunais judiciais, transformando os primeiros numa mera instância prévia e permitindo por absurdo que os litígios fossem decididos ínfimas vezes pelo tribunal arbitral e ínfimas vezes anulados pelo tribunal judicial, até que o entendimento do primeiro coincidissem com o entendimento do último.

Em rigor, é esta a única posição consonante com o controlo excepcional das sentenças arbitrais a adoção do princípio da definitividade da sentença arbitral, sendo um tema de identidade e cultura da arbitragem⁵² e do *favor arbitrandum*⁵³.

No acórdão em análise, o Tribunal da Relação de Lisboa, embora referindo que a apreciação da eventual violação da ordem pública internacional deveria focar-se no resultado da decisão arbitral e não numa reapreciação de mérito da causa à luz do ordenamento onde se requer o reconhecimento, no que respeita à aplicação da cláusula penal, é possível concluir-se que o acórdão enveredou por reinterpretar a posição das partes na arbitragem, incluindo do requerido que nela não participou, o que vai além dos poderes em sede de controlo para reconhecimento.

3.1. O acórdão da relação de Lisboa

Este acórdão é um caso paradigmático do risco em que se incorre com uma abordagem que extravase os limites de controlo legalmente atribuídos.

Em verdade, – como avançámos *supra* – parte da transcrição da sentença arbitral constante do acórdão revela que foi entendimento do tribunal arbitral que a pena em causa não era desproporcional. Ora, é certo que não temos acesso a outras partes eventualmente relevantes do laudo arbitral, contudo, o acórdão da Relação ao pronunciar-se sobre a excessividade da pena aplicada à luz do princípio da proporcionalidade – que considerou integrar os princípios de ordem pública internacional – parece não ter tido em conta a factualidade concreta que relevaria para efetivamente avaliar a desproporcionalidade da pena.

A este respeito atente-se que um dos fundamentos do acórdão em análise é o seguinte: “*Mesmo não se desconhecendo que o Requerido retirou, seguramente, manifestas vantagens do incumprimento e que as terá ponderado antes do mesmo, «salta aos olhos – mesmo em função daqueles rendimentos e mesmo estando em causa um advogado bem*

49 Contra ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de Sentença...*, p. 190, (“O controlo da sentença arbitral, em matéria de direito, deve abranger não só a aplicabilidade das normas e princípios de ordem pública vocacionados para reger a situação litigiosa, mas também a concreta aplicação pelo árbitro de tais regras e princípios. O juiz não pode contentar-se com a verificação da aplicabilidade dessas regras ou princípios de ordem pública, limitando-se a verificar se eles ‘foram tidos em conta’ pelo árbitro, sem escrutinar o modo como este realmente os aplicou”).

50 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Anotação ao artigo 46.º*, p. 151, (“...[a] apreciação da alegada violação de ordem pública internacional não pode envolver um reexame do mérito da sentença, atento o princípio geral que neste sentido fica consagrado no n.º 9 do art. 46.º. Essa apreciação terá por isso de se resumir a uma avaliação *prima facie* da sentença e do processo, e de se limitar a casos de aparente ou manifesta contradição com os princípios dessa ordem pública internacional do Estado Português.”); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1, 26 de setembro 2017, (“...nao se confunde com revisão de o controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado do foro: o juiz, ao apreciar a sentença arbitral em questão, não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se tal sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro: «O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas», como estatui o art. 46º nº 9 da LAV, pelo que, a apreciação de uma alegada violação de ordem pública internacional, não podendo envolver um reexame do mérito da decisão, deve limitar-se, numa avaliação *prima facie*, aos casos de aparente ou manifesta contradição com os princípios que integram essa ordem, ponderando a situação que a decisão estabelece e não os fundamentos em que esta assenta.”).

51 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2013, 2.ª Ed., p. 511.

52 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei de Arbitragem Voluntária*, Almedina, 2017, p. 154, (“*Consagra-se aqui [artigo 46.º, n.º 9 da LAV] a proibição de o tribunal estadual proceder ao reexame do mérito da sentença arbitral. Conferir ao tribunal estadual o poder de reexaminar o mérito de uma decisão arbitral equivaleria a negar a definitividade da própria decisão arbitral.*”). Ver ainda NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª edição, Kluwer Law International, Oxford University Press 2015, p. 569: “*One of the advantages of arbitration is that it is intended to result in the final determination of the dispute between the parties. If the parties want a compromise solution to be proposed, they should opt for mediation. If they are prepared to fight the case to the highest court in the land, they should opt for litigation. By choosing arbitration, the parties choose, in principle, finality. An arbitral award is not intended to be a mere proposal as to how the dispute might be resolved, nor is it intended to be the first step on a ladder of appeals through national courts.*”; KLAUS PETER BERGER, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3.ª edição, Kluwer Law International 2015, Part III, 28th Scenario: Correction, Interpretation and Setting Aside of the Award, p. 652: “*Thirdly, an action for the setting aside of an arbitral award may never amount to a full-fledged review of the arbitral tribunal’s decision on the merits (révision au fond). This would violate the principle of finality of the arbitral award.*”; e ainda ALEXIS MOURRE and LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, ‘Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back’, em *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 2006, Volume 23 Iss. 2, pp. 171-172: “*One of the cornerstones of the principle of finality of arbitral awards is the prohibition of the review of the merits.*”.

53 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Ordem Pública...*, p. 37.

sucedido – que a condenação de uma pessoa singular no montante de € 4.516.536,78 corresponde a uma condenação manifestamente excessiva, a reclamar da boa fé uma generosa redução.” Assim, não nos parece que tenha existido um equilíbrio entre o escrutínio de argumentos avançados quanto à desproporcionalidade da pena, tendo em conta o valor concreto da indemnização, por um lado, e outros fatores igualmente relevantes nesta matéria, designadamente quais os benefícios do requerido com a violação do convénio, por outro lado. Isto além de não crermos ser adequado fundamentar a desproporcionalidade no facto de estar em causa uma pessoa singular, sem se atender a outras (eventuais) particularidades⁵⁴.

Ademais, ao longo do acórdão – independentemente do princípio de ordem pública internacional que o Tribunal da Relação considerou violado é possível constatar é uma avaliação pormenorizada de particularidades da lei portuguesa para concluir a respeito da conformidade de uma sentença proferida à luz do direito espanhol. Atente-se, por exemplo, na parte do acórdão que se pronuncia quanto à eventual desconsideração de redução do montante da cláusula penal à luz do artigo 812.º do Código Civil: *"Para que o tribunal possa ajuizar sobre o montante excessivo da pena é necessário que o devedor solicite a sua redução, mas este pode fazê-lo de forma indireta ou mediata, bastando que, de algum modo, manifeste o seu desacordo relativamente ao montante exigido em função do respetivo excesso. Deixa de ser necessária a referida atitude do devedor se é o próprio credor quem suscita na ação a questão da redução da cláusula penal."*; não deverá esta constatação ser qualificada como uma verdadeira reapreciação de mérito? Não temos dúvidas que deve.

Note-se que esta análise não invalida – a nosso ver – que exista espaço para defender a adequação do resultado final deste acórdão, pois entendemos que o resultado da decisão arbitral aqui em causa pode conflitar com os princípios de ordem pública internacional. O que defendemos é diferente: o escrutínio a que se procedeu neste acórdão – nos exatos moldes em que o fez – foi além dos poderes atribuídos aos tribunais judiciais, movendo-se do plano dos efeitos do resultado do reconhecimento daquela decisão arbitral para o campo da reapreciação de mérito proibida pela nossa LAV e pela Convenção de Nova Iorque.

Ao contrário, o Supremo Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre o mesmo caso, fê-lo ancorando o seu raciocínio precisamente naquilo que consideramos ser adequado: os efeitos jurídicos que a execução daquela sentença arbitral despoletaria no ordenamento jurídico português.

Este entendimento tem sido, de resto, o acolhido em diversos acórdãos tanto dos tribunais da Relação como do Supremo Tribunal de Justiça. Uma vez mais, a título de

exemplo, num acórdão proferido já em setembro deste ano de 2017, o Supremo Tribunal de Justiça referiu o seguinte:

"O controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado não se confunde com revisão: o juiz não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se a sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro; ainda assim, quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, (...)”⁵⁵.

Apesar de não ser intenção deste comentário proceder a uma análise desse acórdão, consideramos que foi precisamente esse o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal relativo ao mesmo caso ora análise através do qual se conclui que a pena aplicada pelo tribunal arbitral viola os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados de liberdade de escolha da profissão e da livre iniciativa económica e que *"o advogado – quer exerça a sua profissão isoladamente, quer o faça integrado em estruturas organizativas e na relação de colaboração com colegas ou terceiros –, não pode ficar adstrito a obrigações susceptíveis de comprometerem a sua liberdade e independência"*.

4. Conclusões

Este acórdão constitui exemplo da complexidade e da maleabilidade conceptuais que têm sido atribuídas à ordem pública internacional. Não só pelas características que acima mencionámos – sobretudo pelo seu carácter evolutivo e relativo – mas também pelo facto de, e conseqüentemente, nos encontrarmos perante um tema suscetível de acentuada oscilação interpretativa por parte da Doutrina e Jurisprudência.

Além disso, trata-se de um acórdão que encerra um exercício complexo quanto à delimitação dos poderes de controlo dos tribunais judiciais. Em particular, o acórdão faz-nos refletir sobre o exercício de separação que é necessário assegurar entre o resultado da sentença arbitral e os seus efeitos no ordenamento jurídico português, por um lado, e a tentação de percorrer o caminho já percorrido no laudo arbitral identificando eventuais correções ou omissões de princípios de ordem pública internacional do Estado Português e até de reapreciação de factos provados, por outro.

Em conjunto, são essencialmente estas duas reflexões que nos levam a considerar cuidadosamente as conseqüências que um acórdão como este – que constitui uma exceção e não a regra – poderá ter em casos futuros.

54 *Com opinião semelhante veja-se* ADRIANO SQUILACCE, "Recusa de reconhecimento de decisão arbitral estrangeira proferida à luz do Direito espanhol, por violação da ordem pública internacional: o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / ISSN: 2174-0828 / 45-2017 / pp. 85-95, disponível em www.uria.com.

55 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1, 26 de setembro de 2017, disponível em www.dgsi.pt.

Trata-se de um acórdão que representa, segundo temos experienciado, uma exceção entre a jurisprudência dos tribunais judiciais tanto a nível de anulação de sentenças como a nível de pedido de reconhecimento das mesmas e que não deve ser confundido com qualquer inversão de princípios que norteiam e justificam o controlo por parte dos tribunais judiciais. Por esse motivo, é igualmente necessária uma redobrada atenção aquando da sua invocação com vista a fundamentar futuros casos, tanto por parte de tribunais judiciais como por parte dos advogados.

Recorrendo às palavras dos mais reconhecidos autores em matéria de arbitragem internacional, queremos e acreditamos que este acórdão não mudará o sentido de uma afirmação que julgamos ser verdade em Portugal: "(...) *the laws of many countries, reflecting the policy of the New York Convention and the Model Law, have what has been described by the US federal courts as 'a pro-enforcement bias'. This means that whilst it may be possible to challenge*

an arbitral award, the available options are likely to be limited — and intentionally so."⁵⁶.

Para que tal seja possível é necessário que os tribunais judiciais continuem, no entanto, a ter presente a célebre frase de um juiz inglês, proferida há mais de um século, à qual não poucas vezes se recorre: "[*Public policy is*] *a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail.*"⁵⁷.

Resumindo, apenas a perceção dos perigos que (i) a recondução de todo e qualquer princípio de direito privado português a princípios de ordem pública internacional e (ii) a reapreciação de mérito de sentenças arbitrais representam poderá evitar uma verdadeira *desordem* na aferição e aplicação do conceito de ordem pública internacional pelos tribunais judiciais e o subsequente tratamento de ações de anulação e oposições ao reconhecimento de sentenças arbitrais como se de verdadeiros recursos se tratassem.

56 NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª edição, Kluwer Law International, Oxford University Press 2015, pp. 569-570.

57 NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 600.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATO QUADRO E PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 21 DE JUNHO DE 2016

Telma Pires de Lima

Pós-graduação Arbitragem (FDUNL)
Associada Coordenadora PLMJ Arbitragem

Supremo Tribunal de Justiça,

Processo n.º: 301/14.0TVLSB.L1.S1¹
Relator: Fernandes do Vale

Sumário:

- I *Ao apreciar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, devem os tribunais judiciais actuar com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhes cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos tribunais estaduais para a composição do litígio que o A. lhes pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesta e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada.*
- II *Manifesta inexistência (nulidade, ineficácia ou inexequibilidade) é aquela que não necessita de mais prova para ser apreciada, afastando, à partida, qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato e deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitrabilidade.*

Resumo:

- 1 – A. e R. celebraram os acordos datados de 17.06.05, 26.06.07 e 20.08.08, na modalidade de «contrato de permuta de taxa de juros»;
- 2 – Datado de 17.06.05, A. e R. celebraram o denominado «contrato-quadro para operações financeiras»;
- 3 – A cláusula 1.ª, n.º 1 deste contrato-quadro estabelece que «destina-se a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as partes, sejam elas do mesmo tipo ou natureza jurídica ou de tipo ou natureza diferente»;
- 4 – A cláusula 1.ª, n.º 2 dispõe que cada uma das operações financeiras a realizar entre as partes «reger-se-á pelos respetivos termos e condições particulares, que serão estabelecidos de acordo com o que abaixo se indica»;

5 – A cláusula 1.ª, n.º 3 dispõe que, em tudo o que não resulte expressamente dos respetivos termos e condições particulares, as operações financeiras a realizar entre as partes ficarão sujeitas ao estabelecido no presente contrato;

6 – A cláusula 1.ª, n.º 4 dispõe que, para os efeitos do determinado nos números anteriores, o estabelecido no presente contrato «constitui parte integrante do enquadramento de cada uma das operações financeiras a realizar entre as partes, salvo quando por escrito for por elas acordado o contrário»;

7 – A cláusula 41.ª, n.º 1 estabelece que os «diferendos que possam surgir entre as partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância».

Questão Decidenda:

O Acórdão sob comentário foi proferido no âmbito de recurso de revista excecional interposto para o STJ e admitido ao abrigo do art. 672.º, n.ºs 1, alínea c) e 3 do C.P.C., com o seguinte fundamento e delimitação:

“Está em causa, em ambos os processos e decisões, como resulta do respetivo confronto, a efetiva aplicabilidade da convenção de arbitragem, não considerada inválida, ao deferimento da competência para conhecer do pedido de declaração de invalidade dos contratos de swap, decorrendo a divergência de decisões da circunstância de, no acórdão recorrido, se ter considerado que à apreciação da declaração de nulidade do contrato se aplicam as regras (cláusulas) por ele acolhidas estando, assim, perante um diferendo a dirimir pelo tribunal arbitral, enquanto no acórdão-fundamento, diversamente, se julgou que, não pretendendo a A. fazer-se valer do contrato, antes supondo o pedido e a causa de pedir a sua invalidade, o diferendo não seria da competência do tribunal arbitral.”

O STJ julgou sobre duas questões com interesse para a arbitragem voluntária: por um lado, a extensão da eficácia de cláusula compromissória inserta em contrato quadro e, por outro lado, o princípio da competência da competência do tribunal arbitral.

1 <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/BF805607F63B394680257FD90054A9B9>.

Anotação

1. Extensão da eficácia de cláusula compromissória inserta em contrato quadro

Como resulta do resumo da factualidade relevante, as partes celebraram no mesmo dia um acordo na modalidade de «contrato de permuta de taxa de juros» (contrato de *swap*) e um denominado «contrato-quadro para operações financeiras». Posteriormente, em datas diferentes, as partes celebraram outros dois contratos de *swap*. Só o contrato quadro previa expressamente cláusula compromissória.

A primeira questão colocada perante o STJ era, em suma, saber se as partes, ao celebrarem o contrato quadro e nele acordarem numa cláusula compromissória, pretenderam vincular-se a essa mesma cláusula compromissória também nas operações futuras de contratos de *swap* celebrados no âmbito e em desenvolvimento do contrato quadro ou se a cláusula compromissória não se aplicaria aos diferendos que pudessem surgir em cada uma das operações futuras.

O recorrente (e autor da ação) pugnava pela declaração retroativa da nulidade dos contratos de *swap*, entretanto extintos pelo seu cumprimento. Não contendo os contratos de *swap* qualquer cláusula compromissória, o recorrente defendia que a questão decidenda exorbitava o âmbito de abrangência da cláusula compromissória estipulada no contrato quadro.

No Acórdão sob comentário, o STJ foi perentório em afirmar que a questão decidenda não exorbita o âmbito de abrangência da cláusula compromissória estipulada no contrato quadro, porquanto "os controvertidos contratos de permuta de taxa de juro não podem deixar de ser considerados operações financeiras que, na decorrência daquele contrato-quadro, foram estabelecidas entre os respetivos sujeitos contratuais". Este entendimento está em linha com anterior jurisprudência dos tribunais superiores.

O art. 1.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro ("LAV"), dispõe que "Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros."

É, assim, pacífico que "A arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, e, porque o Estado quebrou o monopólio do exercício da função jurisdicional por reconhecer a sua utilidade pública, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado."².

A cláusula compromissória, enquanto manifestação da autonomia privada, é a fonte dos poderes do tribunal arbitral. É por vontade das partes que existe um desaforamento do tribunal judicial para a apreciação de determinado litígio e se afeta essa competência ao tribunal arbitral, desprovido de *jus imperii* e que apenas adquire poder jurisdicional precisamente através dessa manifestação de vontade das partes na convenção de arbitragem.

Tendo a arbitragem natureza contratual e sendo uma forma de resolução de litígios alternativa à jurisdição estadual, é incontestável que só poderão ser resolvidos por arbitragem os litígios que as partes acordaram em submeter a arbitragem.

Desta forma, para que o tribunal arbitral possa conhecer determinada questão controvertida é imprescindível a verificação de que a mesma se encontra prevista na convenção de arbitragem, que consubstancia portanto um encontro de vontades ancorado em declarações negociais necessariamente reduzidas a escrito, nos termos do art. 2.º, n.º 1 da LAV³.

O problema da extensão da competência da jurisdição arbitral a todos os contratos não é processual, mas exclusivamente material, consistindo em saber se se pode estender a convenção de arbitragem a relações contratuais diversas das que expressamente regula⁴.

Estando em causa a celebração de um contrato quadro e de um ou mais contratos de *swap*, ter-se-á de interpretar o clausulado a fim de concluir pela existência ou ausência de articulação entre ambos no domínio da definição de jurisdição⁵.

Por força da sua natureza contratual, aplicam-se à convenção de arbitragem os princípios fundamentais e as regras gerais do direito dos contratos⁶, designadamente em matéria de interpretação do negócio jurídico *inter partes* em que a convenção de arbitragem se traduz.

2 Ac. do STJ de 18.01.2000, Proc. n.º 99A1015 [ARAGÃO SEIA], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/312408c5e5637f97802569f20059b182?OpenDocument>.

3 Ac. TRL de 04.10.2011, Proc. n.º 3768/05.4TBVFX.L1-1 [ANTÓNIO SANTOS], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1f1cf185573370398025793c0039b4e1?OpenDocument>.

4 MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.03.2011, Proc. 5961/09, Cadernos de Direito Privado, n.º 36, p. 45.

5 Ac. TRL de 05.11.2015, Proc. n.º 2672/14.0T8LSB.L1-6 [CARLOS MARINHO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/7EEDA3D9238657A180257EFF00574504>. Com interesse, mais se escreve neste aresto que a finalidade central da figura do contrato quadro "é a de emprestar celeridade, simplificação e eficácia às relações jurídico-económicas e comerciais de largo referente temporal e concentração temática e subjectiva, através da regulação unívoca e centralizada de um tronco comum de cláusulas definidas por antecipação e complementadas, ulteriormente, através de uma regulação adicional, de mera especificação e carácter fluido e flexível".

6 JOÃO CALVÃO DA SILVA, Convenção de Arbitragem – Algumas Notas, in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 Anos, Almedina, Coimbra, 2007, p. 541.

De acordo com as regras de interpretação das declarações negociais contidas nos arts. 236.º a 238.º do Código Civil, a convenção vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir da posição do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; e sendo um negócio formal, não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento⁷.

Na interpretação de um contrato, ou seja, na fixação do sentido e alcance juridicamente relevantes, deve ser procurado, não apenas o sentido de declarações negociais artificialmente isoladas do seu contexto negocial global, mas antes o discernir do sentido juridicamente relevante do complexo regulativo como um todo⁸ [como ação de autonomia privada e como globalidade da matéria negociada ou contratada]⁹.

A interpretação do contrato apresenta-se, assim, bem mais complexa que a interpretação da mera declaração negocial¹⁰, e os elementos a esse respeito atendíveis não de valer para ambos os contratantes, com vista a alcançar um sentido final comum.

Concretizando, *"No domínio da interpretação de um contrato há que recorrer, para a fixação do sentido das declarações, nomeadamente à letra do negócio, às circunstâncias que precederam a sua celebração ou são contemporâneas desta, bem como as negociações respectivas, a finalidade prática visada pelas partes, o próprio tipo negocial, a lei e os usos e os costumes por ela recebidos¹¹, os termos do negócio, os interesses que nele estão em jogo (e a consideração de qual seja o seu mais razoável tratamento) e a finalidade prosseguida^{12, 13}.*

Admitindo que um contrato quadro tem na sua essência uma regulação de enquadramento, a definição prévia de um conjunto de regras negociais que deverão enformar a contratação situada sob o seu âmbito subjetivo, temático, contextual e económico, o mesmo só se justifica e adquire sentido quando lhe é conferido um objeto de enquadramento, ou

seja, quando emerge ou é desenvolvido sob os seus traços definidores, um negócio jurídico que a ele se submeta em termos de grandes linhas da disciplina negocial¹⁴.

Nessa linha de entendimento, o STJ¹⁵ já havia decidido que *"A conexão funcional e económica entre um contrato-quadro e os contratos sucessivamente celebrados entre as partes sob a cobertura daquele conduz a que, apesar da autonomia jurídico-formal dos contratos, a convenção de arbitragem estipulada no âmbito da primeira relação contratual quadro se encontre incluída na genérica "represtinação" dos efeitos subsequentes desse primeiro contrato, operada aquando da celebração dos subsequentes"*.

Assim, *"a convenção de arbitragem na forma de cláusula compromissória inserida no contrato quadro deve ser entendida como aplicável a todos os contratos e operações financeiras a estabelecer de futuro entre as mesmas partes no desenvolvimento e dentro da cobertura desse mesmo contrato quadro"*.

Em suma, a convenção de arbitragem abrange toda a conflitualidade prática e jurídica compromissória decorrente tanto do contrato quadro como das operações financeiras a estabelecer entre as partes no desenvolvimento e sob cobertura desse contrato quadro¹⁶. Admite-se que seja de excecionar os casos em que o contrato quadro prevê uma cláusula compromissória que refere expressamente só se aplicar às questões suscitadas pela interpretação das suas cláusulas ou em que os contratos de *swap* estipulem pactos de atribuição de competência aos tribunais judiciais¹⁷.

2. Princípio da competência da competência do tribunal arbitral

A segunda questão colocada perante o STJ era, em suma, aferir se a cláusula compromissória enfermava de nulidade, patente, manifesta, evidente e incontrovertida.

O recorrente (e autor da ação) pugnava pela nulidade da cláusula compromissória por o recorrido (e réu na ação),

7 MANUEL PEREIRA BARROCAS, Manual de Arbitragem, Almedina, 2010, p. 171.

8 Ac. STJ de 05.07.2012, Proc. n.º 1028/09.0TVLSB.L1.S1 [ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ea09d7f9e644fc980257a37004724e1?OpenDocument>.

9 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, Teoria Geral do Direito Civil, 6.ª edição, 2010, Almedina, pp. 546/547.

10 Como é consabido, o art. 236.º do C.C. consagra a doutrina da impressão do destinatário, de onde resulta que, *"Em homenagem aos princípios da protecção da confiança e da segurança do tráfico jurídico, é dada prioridade, em tese geral, ao ponto de vista do declaratário, mas a lei não se basta apenas com o sentido por este apreendido e, por isso, concede primazia àquele que um declaratário normal colocado na posição do real declaratário depreenderia (art. 236.º do CC)"*, sendo que *"o declaratário normal corresponde ao "bonus pater familias" equilibrado e de bom senso, pessoa de qualidades médias, de instrução, inteligência e diligência normais"*. A este propósito e a título meramente exemplificativo, v. Ac. STJ de 05.07.2012, Proc. n.º 1028/09.0TVLSB.L1.S1.

11 Cfr., neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, 2.ª ed., Lex, 1996, pp. 349/350, e Teoria Geral do Direito Civil, II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 3.ª ed., Universidade Católica Portuguesa, pp. 416/417.

12 Cfr., a este propósito, MANUEL DE ANDRADE, Teoria Geral da Relação Jurídica, II, p. 213; VAZ SERRA, RLI, Ano 111, p. 220; Ac. STJ de 14.01.1997, CJ/STJ, Ano V, Tomo I, pp. 46 e ss., e Ac. STJ de 11.10.2001, CJ/STJ, Ano IX, tomo III, pp. 81 e ss.

13 Ac. STJ de 05.07.2012, Proc. n.º 1028/09.0TVLSB.L1.S1.

14 Ac. TRL de 05.11.2015, Proc. n.º 2672/14.0T8LSB.L1-6.

15 Ac. STJ de 09.07.2015, Proc. n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1 [MÁRIO MENDES], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a99626837f3580980257e7d004b9770?OpenDocument>.

16 Ac. STJ de 09.07.2015, Proc. n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1. No mesmo sentido, veja-se o Ac. STJ de 02.06.2015, Proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1 [GARCIA CALEJO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fc2f05204c1b9f5f80257e59003620a2?OpenDocument>.

17 Ac. TRC de 19.12.2012, Proc. n.º 477/11.8TBACN.C1 [ALBERTINA PEDROSO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/077001f4e247540880257af00038bed?OpenDocument>.

na qualidade de predisponente das cláusulas constantes do contrato quadro, não ter, sequer, alegado que satisfizera o ónus de comunicação previsto no art. 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/84, de 25 de outubro¹⁸, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

No Acórdão sob comentário, o STJ julgou não se verificar a nulidade propugnada, porquanto *"não emerge, inapela-velmente e sem necessidade de produção de correspondente e complementar prova, de evidente inobservância de requisitos externos de forma, não caindo, por outro lado, no campo da inarbitrabilidade a matéria abrangida pela estipulada cláusula compromissória"*. De novo, este entendimento está em linha com anterior jurisprudência dos tribunais superiores.

O art. 18.º, n.º 1 da LAV dispõe que *"O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção."* Por seu turno, o art. 5.º, n.º 1 da LAV dispõe que *"O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável."*

Com a redação destes dois preceitos, a LAV consagrou inequivocamente o princípio da competência da competência dos árbitros tanto com o seu efeito positivo (art. 18.º, n.º 1), como com o seu efeito negativo (art. 5.º, n.º 1)¹⁹. O efeito positivo consiste em facultar a qualquer das partes a constituição de um tribunal arbitral competente para o julgamento de litígios nela previstos, facultade essa que constitui um direito potestativo a que corresponde a inerente sujeição da outra parte à atribuição do julgamento do litígio ao tribunal arbitral. O efeito negativo consiste na exclusão dos tribunais do Estado do conhecimento desse litígio²⁰.

Por outras palavras, o princípio da competência da competência traduz-se num duplo nível de competências do tribunal arbitral na medida em que o tribunal arbitral tem plena competência para resolver todas as questões que se colocam no processo arbitral ou relativas ao processo arbitral, quer sejam de natureza substantiva relativas ao mé-

rito da causa, quer sejam de natureza processual, incluindo a competência própria para concluir se tem competência para conhecer o litígio²¹.

Basta uma plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário apreciação da sua própria competência, só podendo o tribunal judicial deixar de proferir a absolvição da instância se for manifesta, clara, patente a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula²².

Reiterando jurisprudência anterior²³, o Acórdão sob comentário afirmou que, ao apreciar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, o tribunal judicial deve atuar com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhe cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos tribunais estaduais para a composição do litígio que se lhe pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesta e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada.

Também na doutrina há entendimento concordante relativamente à interpretação do art. 5.º, n.º 1 da LAV, como segue:

- O tribunal judicial tem apenas de verificar a existência, meramente factual ou material, de uma convenção suscetível de aplicação ao litígio²⁴;
- O advérbio "manifestamente" tem o sentido de dispensar a produção de prova, para se alcançar a nulidade, a ineficácia ou a inexecutabilidade²⁵;
- A manifesta inexistência não necessita de mais prova para ser apreciada, requisito que afasta à partida qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato, deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitralidade²⁶;
- O advérbio "manifestamente" pretende significar o respeito pelo princípio da competência-competência, sendo que o juiz apenas pode conhecer daqueles vícios se eles forem tão evidentes que praticamente não careçam de demonstração, donde só em casos exce-

18 Na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto.

19 Na vigência da anterior Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, reportando-se em particular ao disposto nos arts. 12.º e 21.º, a maioria da doutrina defendia ser essa a melhor interpretação da lei. V. ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaios*, Almedina, p. 52, nota de rodapé 21.

20 RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, ROA, ano 46, vol. 2, 1986, pp. 301, 379-380.

21 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, pp. 84-85.

22 Ac. STJ de 09.07.2015, Proc. n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão daquele Tribunal, de 02.06.2015, Proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1.

23 Ac. STJ de 10.03.2011, Proc. n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1 [LOPES DO REGO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e7c5c23f95b233cc802578560037c0d6?OpenDocument>.

24 JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1124.

25 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, p. 203.

26 MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.03.2011*, Proc. 5961/09, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, p. 44.

cionais e evidentes pode o juiz obviar à remessa do processo para a arbitragem²⁷.

Bem se compreende que a manifesta inexistência (nulidade, ineficácia ou inexequibilidade) da convenção de arbitragem não se compatibiliza com a necessidade de produção de prova que, seja pela sua natureza (v.g. testemunhas) ou pelo seu conteúdo (v.g. documentos), não revela ou não é suscetível de a revelar, pelo que, existindo dúvida fundada sobre o âmbito da convenção de arbitragem, o tribunal judicial deve julgar procedente a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral.

Refira-se ainda que o Acórdão sob comentário é categórico em afirmar que não basta invocar a verificação dos requisitos das cláusulas contratuais gerais para afastar a cláusula compromissória com fundamento na demonstração da

ausência de comunicação do conteúdo de qualquer cláusula integrante do contrato de adesão²⁸. Antes, impende sobre o aderente o ónus de alegação e prova desse facto impeditivo ou extintivo²⁹.

Em suma, a abordagem que se impõe aos tribunais comuns fazer é de "*traço grosso, de atenção ao flagrante e manifesto*", devendo deixar a "*análise fina*" para o tribunal arbitral³⁰.

Uma vez que o tribunal judicial se limita a julgar que a convenção de arbitragem não é manifestamente nula, não proferindo qualquer declaração sobre a sua validade, o tribunal arbitral pode, posteriormente, na apreciação da sua própria competência vir a concluir pela invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, ou mesmo pela sua inaplicabilidade em relação a alguma das partes do litígio, ou a este mesmo³¹.

27 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 49.

28 Ac. STJ de 28.05.2015, Proc. n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1 [JOÃO BERNARDO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f6ab575db4ad288280257e5300578c01?OpenDocument>.

29 A razão da repartição desse ónus é compreensível, na medida em que "*Em todas as cláusulas contratuais, a parte a quem não agradasse o respectivo cumprimento, invocava que as cláusulas dum contrato que lhe não convinham haviam sido redigidas, sem negociação prévia e com características de indeterminação e, só por aí, atirava para cima da contraparte ónus de prova terríveis, cominados com o afastamento das mesmas cláusulas. Na prática, um modo fácil de não cumprir, legalmente, contratos. O que também é inaceitável.*", como se expendeu no Ac. STJ de 10.05.2007, Proc. n.º 07B841 [JOÃO BERNARDO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/9c194082ff17c1e3802572d80032682c?OpenDocument>. Na mesma linha, vejam-se também os Acs. STJ de 24.02.2005, Proc. n.º 04B4826 [ARAÚJO BARROS], de 25.05.2006, Proc. n.º 06B1016 [PEREIRA DA SILVA], e de 18.02.2014, Proc. n.º 1630/06.2YRCBR.C2.S1 [GREGÓRIO SILVA JESUS], todos in www.dgsi.pt. Nesta consonância, previamente à apreciação da validade das alegadas cláusulas contratuais gerais, à luz do regime jurídico destas, tinha de ocorrer a demonstração probatória, a cargo da parte que queria beneficiar da aplicação desse regime (com vista, em especial, a obter a declaração de invalidade dessa cláusula), de que se estava em terreno próprio destas, nos moldes do art. 342.º, n.º 1 do CC, conforme Ac. STJ de 11.02.2015, Proc. n.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1 [GREGÓRIO SILVA JESUS], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ab20d602caf34e080257de90056f373?OpenDocument>.

30 Ac. TRL de 05.11.2015, Proc. n.º 2672/14.0T8LSB.L1-6.

31 JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1131. No mesmo sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.03.2011*, Proc. 5961/09, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, p. 44.

OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA RAZOABILIDADE DOS HONORÁRIOS DOS ÁRBITROS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 14 DE JULHO DE 2016

Pedro Metello de Nápoles

Sócio e co-coordenador de PLMJ Arbitragem

Tribunal da Relação de Lisboa,

Processo n.º: 660/16.0YRLSB-2¹
Relator: Ondina Carmo Alves

Sumário:

- I *Nos termos do artigo 17.º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), na falta de acordo entre as partes interessadas, cabe aos árbitros fixar o montante dos seus honorários e despesas.*
- II *Na fixação dos honorários dos árbitros há que ponderar na natureza da ação arbitral em que se discutem questões complexas, nos interesses económicos de elevado montante que estão em causa, na qualidade técnica dos árbitros, no tempo por estes despendido ou a despende, circunstâncias estas que terão de ser calçadas por critérios de proporcionalidade e equidade entre o montante arbitrado e o trabalho realizado.*

Resumo:

O Acórdão foi proferido na sequência de um pedido de redução do montante de honorários formulado ao abrigo dos artigos 17.º, n.º 3, 59.º, n.º 1, alínea d) e 60.º, n.º 1 e n.º 4 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (LAV).

Esses honorários tinham sido fixados em Ata de Instalação, não aceite pela aí Demandada. O litígio diz respeito a uma arbitragem necessária promovida ao abrigo da Lei 62/2011 de 14 de Dezembro (arbitragem dita de "genéricos).

Na Decisão da Relação julgou-se improcedente a pretensão da Recorrente e Demandada no processo arbitral de ver reduzidos os honorários previstos na ata de Instalação do Tribunal.

Para além dos detalhados fundamentos apresentados na mesma, que adiante se comentarão, a decisão é interessante na medida em que parece representar uma viragem numa sucessão de Acórdãos da Relação de Lisboa, proferidas em arbitragens ditas de "genéricos", determinando redução do valor dos honorários e, nessa medida, justifica que se faça uma resenha sobre qual tem sido a evolução nessa matéria.

Anotação

1. Jurisprudência em matéria de honorários de árbitros

Os nºs 2 a 4 do artigo 17º da Lei 63/2011 vieram trazer disciplina inovadora em Portugal, sem paralelo na antiga Lei 31/86,^{2/3} que se limitava a dizer que a questão deveria ser acordada na convenção de arbitragem ou em documento anterior, sem todavia regular o que sucedia se isso não sucedesse.

Curiosamente, e apesar da omissão (ou talvez por causa dela), a matéria não foi objeto de muitas decisões de tribunais superiores na vigência da Lei 31/86. De facto, e antes da publicação da Lei 63/2011, apenas encontramos dois Acórdãos que tratassem diretamente da questão dos honorários dos árbitros, um do Supremo Tribunal de Justiça e outro do Tribunal da Relação de Lisboa.⁴ Todavia, ambos

os arestos se limitavam a validar a opção das partes por tabelas de honorários de instituições arbitrais, sem se pronunciarem propriamente sobre o valor dos mesmos.⁵

A razão para isso deverá radicar em primeiro lugar no constrangimento que envolve pôr em causa os honorários dos árbitros.⁶

Em segundo lugar, a circunstância de a Lei 31/86 não prever expressamente essa possibilidade também poderá ter servido de obstáculo, pelo menos durante algum tempo, já que no final da sua vigência surgiram vários processos.

A entrada em vigor da Lei 62/2011, com todos os problemas que trouxe, teve a virtualidade de trazer esta discussão para a primeira linha, numa primeira fase, ainda ao abrigo da Lei 31/86⁷ e, depois, ao abrigo do Artigo 17º da atual LAV. Não

1 Texto integral disponível em www.dgsi.pt.

2 E, por sinal, na Lei-Modelo da CNUDCI, principal fonte de inspiração da nova lei.

3 As fontes destas normas foram várias, correspondendo o resultado final àquilo que acontece na generalidade dos outros países – Ver *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª edição, revista e atualizada, APA/Almedina, 2017, págs. 51-53.

4 Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23.03.1995 (Proc.086890) e da Relação de Lisboa de 20.06.2011 (379/11.9YRLSB-2).

5 E negando a aplicação, respetivamente, do Código das Custas Judiciais e do Regulamento das Custas Processuais.

6 Ver JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Fixação dos honorários dos árbitros*, in RIAC nº6, 2013, págs. 139-144.

7 Embora publicadas com apenas 2 dias de intervalo, a Lei 62/2011 entrou em vigor em 17.12.2011, enquanto a Lei 63/2011 apenas entrou em vigor 14.03.2012, pelo que alguns dos Acórdãos adiante referidos foram proferidos na vigência da anterior lei (embora seja visível a influência da nova solução legal).

8 Com exceção dos 2 primeiros, todos disponíveis em www.dgsi.pt. Quanto aos dois primeiros, ver JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Fixação dos honorários dos árbitros*, in RIAC nº6, 2013, págs. 139-166.

obstante o diferente enquadramento legal (e o meio através do qual a questão chegou ao Tribunal da Relação), o tratamento dado à questão foi o mesmo.

Assim, entre Maio de 2013 e a prolação do Acórdão que dá título a este artigo encontramos referência a um total de 14 Acórdãos tratando da questão do valor dos honorários dos árbitros:⁸

##	Trib	Data	Processo	Tema	Decisão
1	TRL	02.05.2013	157/13.0YRLSB	Arbitragem de Genéricos	Altera
2	TRL	11.07.2013	537/13.1YRLSB	Arbitragem de Genéricos	Altera
3	TRL	10-09-2013	297/13.6VRLSB-7	Arbitragem de Genéricos	Altera
4	TRL	03-10-2013	747/13.1YRLSB.L1-8	Arbitragem de Genéricos	Altera
5	TRL	06-02-2014	1068/13.5YRLSB-6	Arbitragem de Genéricos	Altera
6	TRL	06-02-2014	866/13.4YRLSB-2	Arbitragem de Genéricos, Lei 31/86	Mantém
7	TRL	13-02-2014	1053/13.7YRLSB-2	Arbitragem de Genéricos, Lei 31/86	Altera
8	TRL	29-04-2014	1337/13.4YRLSB-7	Arbitragem de Genéricos	Altera
9	TRL	01-07-2014	200/14.6VRLSB-7	Arbitragem de Genéricos	Altera
10	TRL	04-12-2014	1181/14.1YRLSB.L1-6	Arbitragem de Genéricos	Altera
11	TRL	15-01-2015	1362/14.8VRLSB.L1-8	Arbitragem de Genéricos	Altera
12	TRL	12-02-2015	1551/14.5YRLSB-8	Arbitragem de Genéricos	Altera

Desses Acórdãos, verifica-se que 13 são do Tribunal da Relação de Lisboa e 1 do Supremo Tribunal de Justiça.⁹

Por seu turno, desse total de 14 decisões, 13 foram proferidas no âmbito de litígios desencadeados ao abrigo da Lei 62/2011, ou seja, arbitragens ditas de genéricos.

Ainda desse total, 12 foram proferidas em processos regidos pela Lei 63/2011 e 2 de ainda acordo com a Lei 31/86.

Finalmente, dos 13 arestos que se pronunciaram sobre a adequação do valor dos honorários, apenas 2 mantiveram o valor dos honorários, havendo redução nos outros 11.

Dos 2 casos em que o valor foi mantido, tal sucedeu porque, no primeiro caso,¹⁰ as partes haviam dado acordo ao valor dos encargos da arbitragem aquando da assinatura da ata de Instalação e, no segundo,¹¹ porque o valor resultava de uma tabela de encargos de um centro de arbitragem escolhido pelas partes.

Há ainda um caso intermédio,¹² em que o Tribunal da Relação validou a escolha de uma tabela de encargos de um centro de arbitragem (que por sinal conduzia a um total de honorários de árbitros de EUR 137.250,00), apenas tendo revogado a decisão do Tribunal Arbitral na parte em que este havia decidido pela majoração desse valor em 1,5.

Quanto aos restantes 10 casos, nos quais houve redução do valor dos honorários, em 9 deles não houve Contestação¹³ e no restante¹⁴ é-nos dito que houve contestação, mas que era simples.

Temos, portanto, 9 decisões, proferidas em arbitragens de genéricos e em processos em que não foi oferecida Contestação, em que o Tribunal da Relação decidiu reduzir o valor dos honorários dos árbitros. De referir ainda que nas arbitragens de medicamentos tem havido um fenómeno de “comoditização”, pelo que quer o valor dos honorários, que a sua forma de cálculo, são muito parecidas na generalidade dos procedimentos.

Todavia, a homogeneidade termina aqui. Não há qualquer constância nem no valor das reduções determinadas, nem no valor dos honorários finais.

Assim, e por exemplo:

- Em 2 processos, os honorários são reduzidos em 40%, de EUR 60.000 para EUR 36.000.¹⁵
- Noutros 2, de EUR 30.000 para, respetivamente, EUR 18.000 e EUR 12.000 (reduções de 60% e 40%).¹⁶
- Finalmente, noutros 2, de EUR 18.000 para, respetivamente, EUR 15.000 e EUR 10.500 (reduções de 16,67% e 41,67%).¹⁷

⁹ Sendo que o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 26.11.2015, Proc. 538/13.0YRLSB,S1 – o 14 da tabela) não respeita propriamente a honorários, mas sim a reembolso de custas de parte e à eventual aplicação dos mecanismos previstos a esse título no Código de Processo Civil.

¹⁰ Acórdão de 06.02.2014, Proc. 866/13.4YRLSB-2 (o 6 da tabela).

¹¹ Acórdão de 19.02.2015, Proc. 1422/14.5YRLSB.L1-8 (o 13 da tabela). Neste caso não se tratava de arbitragem de genéricos.

¹² Acórdão de 13.02.2014, Proc. 1053/13.7YRLSB-2 (o 7 da tabela).

¹³ Números 1 a 4 e 8 a 12 da tabela.

¹⁴ Número 5 da tabela (Acórdão de 06.02.2014, Proc. 1068/13.5YRLSB-6).

¹⁵ Acórdãos de 29.04.2014 e 01.07.2014, Procs. 1337/13.4YRLSB-7 e 200/14.6VRLSB-7 (números 8 e 9 da tabela).

¹⁶ Acórdãos de 10.09.2013 e 03.10.2013, Procs. 297/13.6VRLSB-7 e 747/13.1YRLSB.L1-8 (números 3 e 4 da tabela).

Iremos de seguida analisar alguns aspetos destas decisões.

2. A operacionalização na jurisprudência dois critérios do artigo 17º nº2 da LAV

Não podemos senão especular sobre quais as características específicas de cada processo e da atividade neles desenvolvida por cada Tribunal Arbitral, mas não deixa de ressaltar que para situações teoricamente parecidas, o Tribunal da Relação arbitrou valor de honorários entre EUR 10.500 e EUR 36.000 e procedeu a reduções de 16,67% a 60,00% no valor fixado pelo Tribunal Arbitral.

O Artigo 17º nº2 da LAV aponta três critérios para determinação do valor dos honorários, a saber, (i) a complexidade das questões decididas, (ii) o valor da causa e (iii) o tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste.

Começando pelo mais objetivo dos critérios, o do valor da causa, a aplicação do mesmo tem sido dificultada no caso das arbitragens de medicamentos pela prática em dissociar o valor da causa do valor económico dos interesses em disputa, impedindo que o mesmo sirva para auxiliar a fixação do valor dos honorários. Tal é reconhecido na maioria dos casos referidos, onde o Tribunal da Relação reconhece que o valor atribuído a cada uma das causas visa apenas ressaltar o direito de recurso, estando dissociado do valor económico dos interesses em disputa, aceitando que o valor real dos interesses em litígio é muito superior (frequentemente socorrendo-se dos volumes de vendas dados por provados em cada processo).

Porém, se não há dúvidas quanto a isso, nenhuma ilação é daí retirada. Pelo contrário, havendo em Portugal uma longa tradição de fixação de honorários de árbitros em função do valor da causa (a que não são obviamente alheios os sucessivos sistemas de custas judiciais que têm vigorado) e sendo reconhecido na generalidade das decisões acima listadas que os processos envolvem interesses económicos substanciais, tal circunstância é pura e simplesmente desconsiderada.

A situação é tão ou mais paradoxal quando, no único caso em que o Tribunal tentou fixar o valor do processo em função dos interesses em disputa¹⁸ e tendo apontado para um valor de EUR 10.000.000, o Tribunal da Relação, apesar de contestar a forma de determinação do valor da ação,¹⁹ acabou

por validar um teto de honorários de EUR 137.250 (o valor mais elevado de todas as decisões analisadas), precisamente em função do valor dos interesses em disputa.

Em contrapartida, num caso em que o Tribunal da Relação reconhece que o valor dos interesses em disputa era substancialmente elevado,²⁰ na medida em que o volume de vendas anual do medicamento de referência em causa era de EUR 35.900.000, acaba por reduzir o valor total dos honorários dos três árbitros para EUR 12.000!

Em suma, e quanto ao aspeto do valor da causa, parece poder concluir-se que o estabelecimento de valores da causa dissociados do valor dos interesses em litígio tem levado à total desconsideração do valor da disputa, mesmo quando do processo constam elementos que permitem ter uma ideia desse valor.²¹

Passando ao critério da complexidade das questões decididas, tratando-se de um critério estabelecido na lei, é referido e apreciado na generalidade das decisões listadas; todavia, em termos que se afiguram de difícil compreensão. A seguinte passagem representa o que na maioria delas é dito:

*"No que respeita à complexidade, releva o facto de se estar perante um processo não contestado, mas sem particular exigência dentro da especificidade própria da lide, sendo certo que as questões levantadas têm sido estudadas no âmbito dos nossos tribunais."*²²

Ora, salvo o devido respeito, se uma questão só não é complexa "dentro da especificidade própria da lide" então é porque à partida ela é complexa. Por outro lado, se é verdade que a circunstância de se tratar de ações não contestadas (como é o caso da quase totalidade das decisões aqui referidas – cfr. supra) reduz alguma complexidade ao litígio (embora o seu efeito mais premente será ao nível da atividade processual), o certo é que, com poucas exceções, nos casos aqui referidos, os Tribunais Arbitrais já tinham reduzido o valor dos honorários precisamente em função da ausência de contestação.

Se há questões que são realmente complexas, parecem ser as tratadas nas ditas arbitragens de genéricos.²³ Sendo verdade que a falta de contestação resolve um dos problemas,²⁴ a experiência mostra que na generalidade destes processos são formulados outros pedidos os quais, face à

17 Acórdãos de 12.02.2015 e 04.12.2014, Procs. 1551/14.5YRLSB-8 e 1181/14.1YRLSB.L1-6 (números 12 e 10 da tabela). De referir todavia que, no primeiro aresto, não é claro se o valor base dos honorários era de EUR 60.000 reduzidos em 30%, ou seja EUR 42.000, ou reduzidos a 30%, ou seja, EUR 18.000 (o texto diz ambas as coisas, julgando nós ser este último o valor a considerar).

18 Acórdão de 13.02.2014, Proc. 1053/13.7YRLSB-2 (número 7 da tabela).

19 O Tribunal Arbitral calculou o valor extrapolando-o do valor da sanção pecuniária compulsória peticionada. O Tribunal da Relação, embora explicando que o valor não pode ser calculado dessa forma (com o que se concorda), acaba por concluir que o valor dos interesses em litígio era superior ao valor calculado pelo Tribunal Arbitral.

20 Acórdão de 03.10.2013, Proc. 747/13.1YRLSB.L1-8 (número 4 da tabela).

21 Para além da decisão antes referida, o mesmo sucede nos Acórdãos de 29.04.2014 (Proc. 1337/13.4YRLSB-7, número 8 da tabela), 04.12.2014 (Proc. 1181/14.1YRLSB.L1-6, número 10 da tabela) e 12.02.2015 (Proc. 1551/14.5YRLSB-8; número 12 da tabela).

22 Acórdão de 12.02.2015, Proc. 1551/14.5YRLSB-8 (número 12 da tabela).

23 "Onde sempre é necessário munir-se de um manancial de conhecimentos de química e processo de fabrico de medicamentos" – Acórdão de 30.05.2017, proferido no Proc. 39/16.4YRLSB-1.

24 Cfr. nº2 do Artigo 3º da Lei 62/2011,

inexistência de cominação plena em resultado da falta de contestação, obrigam à produção de prova sobre a matéria controvertida.²⁵

Finalmente, quanto ao aspeto jurídico, se é certo que a generalidade das questões suscitadas nestas arbitragens de genéricos têm sido estudadas na doutrina e são objeto de diversa jurisprudência, também é igualmente correto que, quanto à maioria dessas questões, não existe uma resposta unânime.²⁶

Em suma, e independentemente da aferição da adequação do valor, pensamos que não correto partir do pressuposto de que a circunstância de não ter sido deduzida contestação retira automaticamente complexidade à disputa. Tendencialmente assim sucederá, mas não com os contornos lapidares que se têm referido.

Por último, quanto ao derradeiro critério (tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste), alguns reparos há a fazer quanto à forma como a questão é abordada nas decisões aqui referidas.

Desde logo é necessário ter em conta que no momento em que os honorários são postos em causa, o processo está normalmente numa fase inicial. Os próprios honorários propostos pelo Tribunal assentam na expectativa que os respetivos membros têm de como se vai desenrolar o processo. Ora, não se suspendendo o processo enquanto essa questão estiver a ser decidida nos Tribunais Judiciais,²⁷ no momento em que esses Tribunais conhecem da questão, já se desenvolveu mais atividade no processo arbitral, havendo mais informação. Em que medida é que é lícito às partes (e ao Tribunal da Relação) socorrerem-se desses dados se, no caso inverso (mais trabalho do que o antecipado), o Tribunal Arbitral não tem como rever a sua remuneração?

Em segundo lugar, é importante notar que o modelo de remunerações fixas (mas variáveis em função de alguns aspetos do processo), desligado do valor do processo, é um modelo que ganhou relevância no âmbito das arbitragens de genéricos. Foi divulgado e promovido pelas partes nesses processos e não pelos membros dos Tribunais Arbitrais, pelo que deve ser também analisado nesse contexto.

Em terceiro lugar, parecem-nos espúrios os exercícios destinados a quantificar o trabalho feito pelos Árbitros, seja pela contagem das páginas de decisões arbitrais,²⁸ seja

pela realização/extensão de audiências, na medida em que cremos ser pacífico não haver correlação entre o número de páginas das decisões e a qualidade das mesmas ou de que a dificuldade do processos se cinja à audiência de produção de prova.

Assim, se não se pode deixar de concordar que “na fixação de honorários ter-se-á que atender ao sinalagma entre serviços prestados no âmbito dos autos e a respectiva contrapartida monetária, a pagar pelas partes à luz de critérios de proporcionalidade, equidade, justiça diluídos pela noção de adequação à quantificação e qualificação dos actos processuais levados a cabo”,²⁹ há que ter em conta que a primeira missão do Tribunal – porventura a parte mais relevante desse sinalagma – é a resolução da disputa que lhe foi submetida, o que não estava posto em crise em nenhuma das decisões referidas.³⁰

3. O acórdão de 14.07.2016

Como acima referido, esta decisão veio de alguma forma inverter a tendência de revisão até então verificada na jurisprudência proferida pela Relação de Lisboa. O processo arbitral é, uma vez mais, uma arbitragem de genéricos e a Relação foi chamada a intervir imediatamente após a assinatura da ata de instalação. Nessa ata, e em matéria de remuneração dos árbitros, estabelecia-se o seguinte:

"Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro será fixado pelo Tribunal Arbitral, nos termos da lei. Não havendo pedidos indemnizatórios, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro ascenderá, no máximo, a € 20.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável.

Se, porém:

- a. *O processo terminar antes da apresentação dos articulados ou sem actividade relevante por parte do Tribunal Arbitral, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro será fixado em € 3.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável;*
- b. *O Tribunal se limitar a homologar um acordo das partes ou a declarar a inutilidade superveniente da lide, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro*

25 Cfr. Artigo 35º n.º2 da LAV.

26 Como é bem evidenciado pelo recente choque entre o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.12.2016 (Proc. 1248/14.6YRLSB.S1) e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 24.05.2017 (Proc. 251/2017).

27 Ver PEDRO METELLO DE NÁPOLES e CARLA GÓIS COELHO, *A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspetos práticos*, in RIAC n.º5, 2012, págs. 206-208. Em sentido contrário, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem*, Almedina, 2015, pág. 184, §§ 64-65 e pág. 185, §§ 71-76.

28 No Acórdão de 10.09.2013 (Proc. 297/13.6VRLSB-7 – número 3 da tabela) diz-se o seguinte: “foi lavrada a acta de instalação do tribunal Arbitral (pouco mais de 6 páginas); foi proferido o aludido despacho de 04 de Janeiro de 2013 (duas páginas), onde os árbitros fixaram o valor dos honorários; foi proferido o acórdão de 12 de Fevereiro de 2013 (pouco mais de três páginas) no qual foi julgada improcedente a questão prévia da “inutilidade superveniente da lide” suscitada pela Requerente, sem qualquer dificuldade; foi decidido não realizar a audiência preparatória, não produzir prova testemunhal e não elaborar o guião de prova. E foi proferida a decisão final (acórdão de 09.04.2013) onde foram apreciados os três pedidos referidos, o terceiro sem qualquer dificuldade”.

29 Acórdão de 12.02.2015, Proc. 1551/14.5YRLSB-8 (número 12 da tabela).

30 Ainda que algumas possam não ter sido totalmente confirmadas.

será fixado entre € 3.000,00 e € 6.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável;

c. For apresentada petição inicial e não for apresentada contestação, não se realizando a audiência de produção de prova, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro será fixado entre € 5.000,00 e € 10.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável;

d. For apresentada petição inicial e não for apresentada contestação realizando-se, ainda assim, audiência de produção de prova, o valor dos honorários a atribuir a cada árbitro será fixado entre € 6.000,00 e € 15.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável;

e. Houver incidentes da instância (mormente, um pedido de providência cautelar), os honorários dos árbitros deverão ser determinados autonomamente, à razão de 1/3 dos honorários devidos pela acção.

Os honorários do árbitro presidente serão majorados em 1.30, relativamente aos honorários dos demais árbitros. Para evitar qualquer dúvida, não obstante o disposto no artigo 41.0 supra, os honorários do Árbitro-Presidente ascenderão, no máximo, a € 26.000,00, acrescidos de IVA à taxa em vigor, quando aplicável.

Os honorários dos árbitros poderão, ainda, ser incrementados, por decisão do Tribunal, caso o processo venha a apresentar especial complexidade, determinando, nomeadamente, a elaboração de várias decisões intercalares ou uma inusitada duração da audiência de julgamento; a decisão relativa à fixação dos honorários deverá ser precedida da audiência das partes."

A cláusula é bastante detalhada, mas não é muito diferente das que existiam nos processos a que respeitam as decisões acima listadas.

Uma das partes no processo veio questionar esta previsão, defendendo que os valores referidos nas alíneas a) a d) acima transcritas deveriam antes ser:

a) EUR 2.000;

b) Entre EUR 2.000 e EUR 3.000;

c) Entre EUR 3.000 e EUR 5.000;

d) Entre EUR 5.000 e EUR 8.000;

O Tribunal da Relação veio negar tal pretensão, explicando que não havia indícios de que o valor estabelecido na Ata de Instalação (incluindo as suas possíveis reduções) não fosse compatível com a esperada complexidade, duração e valor da disputa.³¹

Como acima referido, afigura-se que esta é a forma correta de colocar a questão. Trata-se de um juízo de razoabilidade, em que o poder de censura só deve funcionar em caso de manifesta desadequação. Não se visa determinar quais os honorários corretos, mas apenas evitar que sejam praticados honorários desrazoáveis.

Todavia, mais interessante é a circunstância de o Tribunal fazer expressa relevância a um conjunto de fatores adicionais que devem ser considerados. Citando largamente MENEZES CORDEIRO,³² o Tribunal faz referência à "alocação de serviços, de pessoal e de instalações; a responsabilidade inerentes às questões a decidir, bem como a incompatibilidade que os árbitros podem ter ao aceitar uma arbitragem, implicando, eventualmente, limitações ao nível da respectiva vida profissional".³³

É a este tipo de fatores que gostaríamos de dedicar mais umas linhas.

No que respeita à alocação de serviços, pessoal e instalações, serve desde logo para aferir da desrazoabilidade de procurar comparativos entre a remuneração de árbitros e de magistrados. Cada juiz dispõe (com melhor ou pior qualidade) de instalações, pessoal de apoio, material e serviços. O árbitro tem ele próprio de custear toda essa infraestrutura.³⁴

Quanto à responsabilidade, ela é bem mais que psicológica. Ainda que de forma limitada, os árbitros podem ser responsabilizados por alguns dos seus atos enquanto tal, nomeadamente nos termos do nº2 do Artigo 15º da LAV. Decisões e procedimentos que dificultem o desempenho da atividade do árbitro podem ter como consequência colocar os mesmos em situações das quais pode resultar responsabilidade.

Relativamente à matéria das incompatibilidades, melhor dizendo conflitos de interesse, e pesem embora algumas decisões divergentes da jurisprudência nacional, a evolução vai no sentido da afirmação da independência e imparcialidade como um pilar fundamental da arbitragem,³⁵ independência e imparcialidade essas entendidas de forma

31 A decisão refere que a Petição Inicial foi entretanto apresentada, mas não resulta do aresto se o Tribunal da Relação teve acesso à mesma.

32 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem*, Almedina, 2015, pág. 180, §§ 34-37.

33 Acórdão de 14-07-2016, Proc. 660/16.0YRLSB-2.

34 Em todo o caso também parece excessivo – como sugere MENEZES CORDEIRO, op. cit., pág. 181, §§ 40.41) pretender equiparar o custo do árbitro com o dos advogados da causa; para além da infraestrutura de que tenha de dispor, o árbitro está sozinho e é ele que tem de decidir; por seu turno o advogado, na maioria dos casos de alguma dimensão, trabalha em equipa, com um envolvimento muito substancial de recursos humanos, não só jurídicos, mas noutras áreas (economistas, engenheiros, etc.).

35 Ver por exemplo, SELMA FERREIRA LEMES, *A independência e imparcialidade do árbitro e o dever de revelação*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria, Almedina, págs. 41-43 e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3ª Edição, Almedina, págs. 200-207.

abrangente, à maneira do que é o padrão na arbitragem internacional.³⁶

A circunstância de alguém aceitar ser árbitro num processo tem implicações importantes no demais trabalho que o árbitro pode desempenhar, seja como árbitro ou, sendo o caso, como advogado.

É que para além deste aspeto, atualmente exige-se do árbitro que tenha efetiva disponibilidade para conduzir o processo arbitral de forma rápida e eficiente.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) exige atualmente um compromisso escrito dos árbitros nesse sentido no momento da aceitação do encargo, acompanhado da indicação dos números de processos em que o árbitro está envolvido, como árbitro ou advogado.³⁷

Assim, e para além da problemática crescente dos conflitos de interesse, também por esta razão, pelo facto de alguém ser nomeado árbitro num processo, está efetivamente a precluir a possibilidade de ser nomeado noutros processos.

4. Considerações finais

À laia de conclusão dir-se-á que analisada a jurisprudência onde se procedeu à redução de honorários, afigura-se que essa redução foi determinada de forma casuística, porventura influenciada por fatores que nada têm a ver com a questão,³⁸ aparentemente sem ponderação devida dos critérios da lei, à luz dos interesses efetivamente em discussão.

Pela sua própria natureza, a questão dos honorários dos árbitros nunca poderá ser objeto de determinação matemática. Por essa razão, não faz sentido querer, a cada solicitação, procurar proceder a uma determinação casuística. Essas tentativas levam a distorções de valores, bem evidenciadas nas inexplicáveis discrepâncias resultantes entre

algumas das decisões aqui referidas, que não podem ser explicadas numa lógica de sistema.

O mecanismo previsto no número 3 do Artigo 17º da LAV deve funcionar como válvula de escape, destinada a prevenir abusos, mas não deve ser usado para procurar correções que, face ao valor dos interesses em disputa no processo em causa, são pouco relevantes em termos relativos.

Por outro lado, estando os árbitros vinculados ao valor que resultar da decisão do Tribunal Judicial, não tendo a possibilidade de se escusar (pelo menos sem arriscar responsabilização), é importante que essa decisão não frustre por completo as expectativas de quem aceitou ser árbitro em certas circunstâncias, porventura não teria aceitado noutras.

Os árbitros são, em princípio, selecionados pelas partes, pelo que as partes devem ponderar qual a contrapartida que os árbitros assim escolhidos pretenderão auferir, não devendo tentar (ainda por cima *a posteriori*) impor limitações a esse valor.

Finalmente, mesmo em arbitragens mais padronizadas, como é o caso da de genéricos, a comoditização da atividade de árbitro tem perigos graves, correndo-se o risco de algumas pessoas deixarem de estar disponíveis para atuar em tal qualidade, com consequências que só se manifestarão na qualidade das decisões que vierem a ser proferidas por quem os substitua. Afinal, "*arbitration is only as good as its arbitrators*".³⁹

O Acórdão de 14.07.2016, ao aparentemente inverter a tendência de redução de honorários até então verificada nas decisões da Relação,⁴⁰ é um marco importante na questão da determinação do valor dos honorários. Para além do sentido da decisão em si, chama a atenção para duas realidades até então desconsideradas, a de que o mecanismo de nº3 do Artigo 17º da LAV apenas se destina a obstar a situações de desrazoabilidade, e chamando a atenção para um conjunto de fatores a levar em conta ao aferir do valor das funções desempenhadas pelo árbitro.

36 Refletido, por exemplo, nas *Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses* e, entre nós, no Código Deontológico da APA ou no Código Deontológico do Centro de Arbitragem da CCIP.

37 <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Arbitrator-Statement-Acceptance-Availability-Impartiality-and-Independence-ICC-Arbitration-Rules-PORTUGUESE.pdf>

38 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem*, Almedina, 2015, pág. 181, §§ 38-39.

39 JEAN FLAVIEN LALIVE, *Mélanges en l'honneur de Nicholas Valticos*, in *Droit et Justice* (1989).

40 Inversão essa confirmada no recente Acórdão de 30.05.2017, proferido no Proc. 39/16.4YRLSB-1.

AD HOC ADMISSION OF FOREIGN COUNSEL IN INTERNATIONAL ARBITRATION- RELATED JUDICIAL PROCEEDINGS

SINGAPORE HIGH COURT JUDGMENT
OF 2 AUGUST 2016

Mariana França Gouveia

Doutora em Direito (FDUNL)
Professora da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Consultora PLMJ Arbitragem

Ana Coimbra Trigo

LL.M. em Direito Europeu e Internacional
(China – E.U. School of Law, Univ. Hamburg)
Associada PLMJ Arbitragem

Case Information

Court: Singapore High Court
Case no.: SGHC 172, Original Summons no. 643 of 2016
Judge: Steven Chong

Summary:¹

Pursuant to the Legal Profession Act ("LPA") of Singapore, a British Queens' Counsel filed an ad hoc application to be admitted before the Singapore High Court and appear in judicial proceedings regarding the setting aside of an arbitral award.

The applicant, the Kingdom of Lesotho, argued that the British QC fulfilled all requirements provided in Article 15 of the LPA, including relevant and specialized expertise in the area of public international law and investment arbitration (namely, regarding the concept of "international investment", relevant to the underlying analysis of the award to be set aside). Likewise, the four elements established in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012 were also met: complex topics with precedential value were to be discussed (e.g., the extent of a Member State's liability for acts undertaken by international organisations), the Singaporean pool of local counsel lacked advocates with equivalent experience, and the appearance of this lead counsel was considered reasonable and fair.

The defendants, Mr Josias Van Zyl, the Josias Van Zyl Family Trust and the Burmilla Trust (investors allegedly expropriated by the applicant) replied that the barrister in question did not, in fact, have any experience related to the law they deemed applicable, the International Arbitration Act ("IAA"), that it would be unreasonable to admit him taking into account that the legal issue at hand could

be resolved through the application of principles of interpretation regarding commonly addressed treaties and respective case law, and also that the applicant had failed to demonstrate that it had undertaken reasonable efforts to find available local counsel.

After considering the stance of the Law Society of Singapore (that sided with the defendants) and of the Attorney-General (that, conversely, sided with the applicant), the judge decided in favour of the Kingdom of Lesotho, transitorily admitting the barrister's participation before the High Court of Singapore, in regard to the specific case mentioned.

The court concluded that, in light of Article 15 of the LPA, the applicant-counsel held the necessary qualifications and experience to aid both its client and the court regarding the requested annulment of the arbitral award, also because it considered that at the centre of the dispute were issues of public international law and Investor-State arbitration, including the concept of "international investment". Accordingly, the court concluded that this QC had indeed regularly explored this topic in previous cases. Furthermore, the court highlighted that these topics had been object of a dissenting opinion by one of the arbitrators in the underlying arbitration award (in crisis).

Following the summarized analysis, the judge moved on to the elements established in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012, and decided that the same conclusion was due considering the potential precedential value, with significant public (and international) impact, of an eventual setting aside decision. Lastly, as local counsel had no expertise regarding the legal topics at hand, the judge considered the presence of the British QC as "necessary", more so than "convenient".

This decision constitutes the second recorded acceptance of a foreign counsel ad hoc admission application since the LPA's newest amendment in 2012, and the first decision addressing international arbitration.

Case note

1. introduction

The Singapore High Court Judgment of 2 August 2016, under analysis here, decided in favour of a request for the ad hoc admission of foreign counsel in the judicial actions seeking the setting aside of an arbitral award.

The fact that Singapore is the seat of numerous arbitrations, under the auspices of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) and of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC), among others, in addition to the circumstance that it is a small city-state which thus has a limited

¹ Award available at: [https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/os-643-of-2016---re-samuel-sherratt-wordsworth-qc-\(amd-v2-for-release\)-\(27-09-16\)-pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/os-643-of-2016---re-samuel-sherratt-wordsworth-qc-(amd-v2-for-release)-(27-09-16)-pdf).

number of practicing lawyers, has prompted several requests for ad hoc admission of foreign counsel in arbitration-related proceedings. These applications have a special framework, provided for by this Asian city-state's legislation.

These two favourable aspects – the positive outcome of this application and the affirmation of Singapore as an Asian arbitral hub – are not a coincidence. The possibility of admitting foreign lawyers to appear before Singaporean courts from time to time is seen as a step towards the development of this arbitration location. By allowing the parties to international arbitration proceedings to be represented in any proceedings that may be brought to set aside the respective arbitral award by the same counsel that represented them during those arbitral proceedings, this regime generates a stable environment that supports choosing Singapore as the seat for international arbitrations.

This decision is also extremely interesting because it is of an exceptional nature, even in Singapore – there are more refused applications than approved ones, and it is not sufficient for their success that the legal proceedings be related to international arbitration, as will be explained further in this case note.

But if today this ad hoc admission of foreign counsel is extraordinary, in Singapore as is in the rest of the world, this decision, allowing the admission of a foreign lawyer before the Singaporean courts, raises questions about the future of international legal practice. In a globalised world, in which a growing number of companies do business in an international market, the many barriers raised will become, sooner or later, with more or less ease, obstacles to easily overcome.

2. The arbitration

In the arbitral award under analysis, a British *Queen's Counsel* ("QC")² applied to be admitted, under Singapore's *Legal Profession Act* ("LPA"), to represent the Kingdom of Lesotho in its application to set aside an arbitral award at the Singapore High Court.³

The decision subject to the setting aside proceedings was a final arbitral award, deciding both on merits and jurisdiction, dated 18 April 2016. It was the outcome of an arbitration seated in Singapore that took place under the

UNCITRAL Arbitration Rules. The said British QC was lead counsel in these arbitral proceedings.

The underlying dispute related to the concession of mining leases in five areas of Lesotho in 1988, to Swissborough Diamond Mines (Pty) Limited (company registered under the laws of Lesotho, the shares of which were owned by Mr Josias Van Zyl and the Josias Van Zyl Family Trust and Burmilla Trust, all established under the laws of South Africa). Between 1989 and 1990, this company entered into licensing agreements with other five companies (also registered under the laws of Lesotho) assigning them the rights to each of the five areas covered by the mining leases. These companies were Matsoku Diamonds (Pty) Limited, Motete Diamonds (Pty) Limited, Orange Diamonds (Pty) Limited, Patiseng Diamonds (Pty) Ltd, and Rampai Diamonds (Pty) Limited.

Sometime in the middle of 1991, disputes emerged over the validity of the mining leases and the Kingdom of Lesotho took measures reporting to cancel them. In reaction to this alleged expropriation, the six companies (the licensee and the five assignees of the mining leases) commenced proceedings in the Lesotho High Court to recover damages. However, in separate parallel proceedings, the same Court held that the lease and the respective licencing agreements were void *ab initio*, a decision that was upheld on appeal in 6 October 2000.

Regardless of this adverse decision, the allegedly expropriated companies tried their luck with the *Southern African Development Community* ("**SADC**"). This is an international organisation of 15 members, established by the Windhoek Treaty, signed on 17 August 1992 and in effect since 1 September 1993.⁴ The main objectives of the SADC are to promote development, peace, security, and economic growth, to alleviate poverty, enhance the standard and quality of life of the peoples of Southern Africa, building it based on democratic principles and equitable and sustainable development. Alongside its several decision-making institutions (among which we highlight the Summit of Heads of State or Governments, or "**SADC Summit**") and executive institutions, the SADC Treaty provides for a community tribunal that ensures adherence to and proper interpretation of its provisions and subsidiary instruments ("**SADC Tribunal**"). It was established by the Protocol on the Tribunal, which was signed in Windhoek (Namibia), on 7 August 2000, and has been in effect since 14 August 2001.⁵

The companies in question issued proceedings against the Kingdom of Lesotho on 12 June 2009, claiming compensation

² Samuel Sherratt Wordsworth QC.

³ On 14 August 2017, the judge Kannan Ramesh of the Singapore High Court annulled the mentioned arbitral award. This was the first time an investment arbitration award was set aside in Singapore on the basis of jurisdiction and merits – see *Josias Van Zyl v Lesotho* [2017] SGHC 104, Decision of 14 August 2017.

⁴ The SADC was preceded by the *Southern African Development Coordinating Conference* (SADCC), established on 1 April 1980. At its origin were concerns to reduce the dependence of its Member States on South Africa, which, at that time was still under the Apartheid system, and to promote an integrated regional development. Its Member States are Angola, Botswana, Democratic Republic of Congo, Kingdom of Lesotho, Madagascar, Malawi, Mauritius, Mozambique, Namibia, Seychelles, South Africa, Swaziland, United Republic of Tanzania, Zambia e Zimbabwe. For more official information see: <http://www.sadc.int/member-states/>.

⁵ The SADC Treaty provides in its Article 9 for the creation of a Tribunal to judge all cases that may be submitted to it under the Treaty. The SADC Tribunal Protocol establishes the composition, powers, jurisdiction and procedures for the SADC Tribunal. Available at: <http://www.sadc.int/>.

for the alleged expropriation by Lesotho of the mining leases, on grounds that this country had breached a number of provisions of the SADC Treaty as well as other obligations provided for under international law. These proceedings were however suspended when the SADC Summit unanimously decided not to renew the terms of office of five judges of the SADC Tribunal, whose terms would expire in October 2010 (at the initiative of the Republic of Zimbabwe, in reaction to an unrelated case, *Mike Campbell (Pvt) Ltd v Zimbabwe*, was decided against Zimbabwe by this Tribunal).⁶ The SADC Tribunal thus ceased to function, and was dissolved in August 2012.⁷

Shortly afterwards, on 20 June 2012, the companies attempted to take yet another measure to resolve the dispute within the SADC – arbitration. Their request for arbitration was admitted under Article 28 of Annex I to the SADC Investment Protocol. This Article provides that all disputes emerging after the entry into force of the Protocol (16 April 2010) between an investor and a State Party, concerning an obligation of the latter in relation to an admitted investment of the former, which has not been amicably settled, and after exhausting local remedies, will be submitted to international arbitration.⁸

In the first phase of proceedings, the companies asked the tribunal to recognise that it had jurisdiction and to declare that Lesotho had violated its obligations under the SADC Tribunal Protocol, the SADC Protocol on Finance and Investment and the SADC Treaty, and also that it award such relief and compensation to the defendants as could have been granted by the SADC Tribunal (already dissolved at that time). The companies also requested that upon conclusion of the second phase of proceedings, the Kingdom of Lesotho be ordered to pay compensation in similar terms as could have been granted by the SADC Tribunal, along with its costs.

The hearing took place in Singapore during the year of 2015, and on 18 April 2016 the arbitral award was rendered.

In this award, the tribunal found it had jurisdiction only to hear and resolve the claims of the shareholders of the first company (Swissborough Diamond Mines (Pty) Limited), i.e., Mr Josias Van Zyl, and the two funds Josias Van Zyl Family Trust and Burmilla Trust, but not the claims made

by the licensee and assignee companies. The arbitral tribunal held that in light of the SADC Protocol on Finance and Investment,⁹ the applicable law in that case, only these shareholders were considered “investors”, as only they fulfilled the legally established requirements, and therefore only they could be parties to arbitration.¹⁰

This is because the “investment” in question comprised the shares owned in the licensee and assignee companies, the mining leases and the rights arising thereunder, in addition to the money, effort and resources expended to pursue the exploitation of the mining leases in Lesotho. The tribunal considered the investment was pursued by the shareholders even if indirectly through the licensee and assignee companies. The tribunal also held that, because the right to bring a claim arising from an investment was a necessary and integral part of the concept of “investment” to be protected under international law, the shareholders’ investment remained alive, even if it had allegedly ended by the termination of the mining leases. The tribunal further observed that the investment arising out of the mining leases had been “admitted” by the Kingdom of Lesotho, based on its conduct, as it had demonstrated acceptance of the investment in its territory over the years.

The arbitral tribunal also found that the Kingdom of Lesotho had violated its obligations under the SADC Treaty, Tribunal Protocol and Protocol on Finance and Investment towards the investors. Specifically, the Kingdom of Lesotho had interfered with the secondary right granted to investors, under their investment, to litigate in the SADC Tribunal, and thus, demarcated the shuttering of the SADC Tribunal as the dispute to be decided.

Although this shuttering of the SADC Tribunal was the result of an act of an international organisation – the SADC –, the tribunal found that the Kingdom of Lesotho had contributed in part to the breach the investors’ rights.

As a consequence, the arbitral tribunal decided it had jurisdiction to determine the violation of the SADC Treaty and Protocols, as the violation had occurred when the SADC Protocol on Finance and Investment was already in force (the Protocol came into force in April 2010 and the shuttering of the SADC Tribunal took place in August 2012). Conversely,

6 For official information by the SADC see: <http://www.sadc.int/about-sadc/sadc-institutions/tribunal/>. In this action, the SADC Tribunal concluded that the government of Zimbabwe had breached provisions of the SADC Treaty when denying access to courts to white farmers, and by performing acts of racial discrimination against them, whose lands were confiscated in the process of an agricultural reform in the country.

7 The SADC Summit adopted a new protocol governing the functioning of the SADC Tribunal on 19 August 2014. However, it has not yet come into force.

8 Article 28 of Annex I of the SADC Protocol on Finance and Investment, signed in Masedu on 18 August 2006. Available at: <http://www.sadc.int/>. With the most recent amendment of this annex, dated 17 May 2017, this article has disappeared.

9 According to Article 1(2) of the SADC Protocol on Finance and Investment and Article 1(2) of the Annex to the Protocol. This last section defines investment as “*the purchase, acquisition or establishment of productive and portfolio investment assets, and in particular, though not exclusively, includes: (a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (b) shares, stocks and debentures of companies or interest in the property of such companies; (c) claims to money or to any performance under contract having a financial value, and loans; (d) copyrights, know-how (goodwill) and industrial property rights such as patents for inventions, trademarks, industrial designs and trade names; (e) rights conferred by law or under contract, including licences to search for, cultivate, extract or exploit natural resources*”. The same section also defines investor as “*a person that has been admitted to make or has made an investment*”.

10 However, this tribunal issued an interpretation award on 27 June 2016 adding that the licensee and assignee companies were not prevented from applying to participate in the subsequent arbitration proceedings.

the arbitral tribunal decided it did not have jurisdiction to decide on the merits (the alleged expropriation) as it pertained to a time (1991) prior to the SADC Protocol on Finance and Investment taking effect. On this topic, the arbitral tribunal added that the parties should begin new arbitral proceedings.¹¹

The arbitral award was not reached unanimously. One of the arbitrators issued a dissenting opinion, in which he rejected the re-characterisation of the relevant dispute as the shuttering of the SADC Tribunal.¹² In his view, the object of the dispute could be no other than the expropriation of the mining leases, an issue that the companies themselves admitted was not within the scope of Article 28(1) of Annex I of the SADC Protocol on Finance and Investment. Consequently, this arbitrator considered that the arbitral tribunal lacked jurisdiction to decide on any of the licensee and assignee companies' claims, as the true dispute at stake – expropriation of the mining leases – had occurred before the SADC Protocol on Finance and Investment entered into force. This in itself was a breach of the Vienna Convention of the Law of Treaties.¹³ The arbitrator added that the shuttering of the SADC Tribunal had no connection to the investment made by the companies, and thus did not amount to a violation of any obligation imposed on the Kingdom of Lesotho by the SADC. The shuttering related solely to the legality of a political decision of the SADC Summit that did not renew the terms of office of the respective judges – a decision the arbitral tribunal lacked jurisdiction to explore. He further added that the companies had not exhausted local remedies in Lesotho prior to filing the arbitration claim, as the SADC Protocol on Finance and Investment required.

The Kingdom of Lesotho sought an application to set aside this arbitral award in the courts of Singapore, on the basis that the tribunal did not have jurisdiction to hear the dispute, in light of the International Arbitration Act (“IAA”)¹⁴ and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.¹⁵

3. The ad hoc application of the foreign counsel to participate in the setting aside proceedings

It was in these setting aside proceedings filed in the courts of Singapore that the British QC, lead counsel in the arbitral proceedings, applied for an ad hoc appearance to represent the Kingdom of Lesotho.

In order to better understand the decision at hand, it is necessary to briefly introduce the legal framework of the problem, according to the law of Singapore.

The Legal Profession Act,¹⁶ which regulates the exercise of the legal profession in Singapore, provides the following requirements for admission of advocates and solicitors: to be over 21 years old, to be of good character,¹⁷ to have undertaken a six-month pupillage, to have attended courses and to have passed the examinations prescribed by the Singapore's Board of Legal Education, and to have petitioned the court to be admitted as an advocate or solicitor.¹⁸ As this is a *common law* jurisdiction, the courts are the entities that permit lawyers to practice before them, and enrolment in the respective professional association (*Singapore Bar*) is merely a consequence of meeting the LPA's requirements.

The LPA also provides for the possibility of a lawyer qualified overseas to petition the courts to appear as foreign counsel and litigate on issues of foreign law, and in some circumstances also on issues of Singapore law.¹⁹

Since 1962,²⁰ the LPA has also made it possible for a lawyer who is not considered qualified and who is not registered as a foreign lawyer according to the LPA provisions mentioned in the previous paragraph to apply to the courts for an ad hoc admission to be allowed to appear before them in a specific case.

The relevant application, provided under Article 15 of the LPA, lists three cumulative elements:

11 This new arbitral tribunal – currently seated in the Mauritius and with proceedings pending – would then hear the claims the shareholders at previously made before the SADC Tribunal. The arbitral tribunal concluded that it could not order the reestablishment of the SADC Tribunal, as it was not an enforceable measure under the local courts of the Kingdom of Lesotho.

12 This arbitrator was the South-African Petrus Nienaber, appointed by the Kingdom of Lesotho. The other arbitrators were Doak Bishop and David A. R. Williams QC (president).

13 Available at: <https://treaties.un.org/>.

14 Article 10(3) of IAA. Available at: <http://statutes.agc.gov.sg/>.

15 Article 3(1) of IAA, read together with Article 34(2)(a)(iii) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

16 As amended in 2012. Available at: <http://statutes.agc.gov.sg/>.

17 This requirement is assessed on the basis of two “*Certificates of Good Character*”, drafted and signed by two people that swear to know the applicant, and inform the court since when and how they are acquainted, as well as provide situations whereby they could assess his or her character, respectability and adequacy to practice law in the jurisdiction of Singapore. To access a draft, see: <https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/LSRA/Miscellaneous/Sample%20of%20a%20Certificate%20of%20Good%20Character.pdf>

18 Articles 11 to 18 of the LPA.

19 Singapore has a specific regime to welcome lawyers qualified overseas, allowing their registration with the local courts as foreign counsel (which permits them to advise clients on matters of foreign law) and also the enrolment as foreign counsel able to practice in some areas of Singapore law, after completing an exam for this purpose. For more information, see: <https://www.mlaw.gov.sg/>.

20 This was an amendment introduced in 1962 to the *Advocates and Solicitors Ordinance*, which regulated the legal profession at that time, through *Bill 174/1962*. Available at: <http://statutes.agc.gov.sg/>, and analysed in detail in *Re Geraldine Mary Andrews QC* [2012] SGHC 229, decision of 15 November 2012, § 21 and following.

- (i) holding Her Majesty's Patent of "*Queen's Counsel*"²¹ or any appointment of equivalent distinction of any jurisdiction;
- (ii) not residing in Singapore or Malaysia, but with the intention of coming to Singapore for the purpose of appearing in the case;
- (iii) having special qualifications or experience for the purpose of the case.

It is important to highlight that certain areas of law are excluded from the scope of the ad hoc admission regime, the so-called "*ring-fenced areas of law*", unless a justifiable reason is presented otherwise. These areas of law include, among others, constitutional law, public law, criminal law, property law, family law and succession law.

Article 15(6-A) of the LPA provides for the possibility of the **Chief Justice** to specify the criteria that the court may consider when deciding on admitting lawyers under this section. This was done with the issuance of the **Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012**,²² which specifies in its paragraph 3, four additional non-cumulative conditions for the courts to take into account:

- (i) the nature of the factual and legal issues involved in the case;
- (ii) the necessity for the services of foreign senior counsel;
- (iii) the availability of Senior Counsel,²³ or another advocate or local solicitor with appropriate experience; and
- (iv) having regard to the circumstances of the case, if it is reasonable to admit foreign senior counsel.

These legal requirements mean that, in a first phase, in order to admit a lawyer under this regime, the three mandatory requirements provided for in Article 15 of the LPA must be met. Only after this is confirmed, will the court, in a second phase, look into the four elements established in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012.

In the judgment being analysed, the court remarked that this method was applied in the case *Re Beloff*,²⁴ where it was emphasised that the "*necessity*" of the intervention of foreign legal counsel should be the guiding principle of the court. Thus, this "*necessity*" also arises from the angle of reasonableness of admitting foreign counsel.

The court must consider each of the four elements of the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012 as signposts of reasonableness, without requiring their cumulative application, as the court may assess and weight each one differently. The concept of "*necessity*" must then be defined in light of the characteristics of the case and the availability and areas of expertise of the local professionals.

These provisions have already been analysed in many judgments in Singaporean cases – we highlight the cases *Re Beloff* (already mentioned) and *Re Fordham*²⁵ – which explored the element of necessity regarding ad hoc admission of foreign counsel. We will refer to these cases later on.

4. The parties' arguments

When called upon to comment on this application, the parties held diverging positions.

The **applicant**, the Kingdom of Lesotho, argued that the British QC satisfied the requirement in Article 15(1)(c) of the LPA, as he had practical expertise in public international law and investor-state arbitration. Particularly, the barrister in question had specialised knowledge of the issue regarding the concept of international "*investment*". Equally, the applicant stated that the four additional elements provided for in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012 were met, as complex topics with precedential value were discussed, for example, the extent of a Member State's liability for acts undertaken by international organisations (with potential implications for rights and obligations of other sovereign States in the international environment) and a vast set of facts and legislation was taken into account. The lack of professionals in Singapore with comparable experience was notorious, and as such the Kingdom of Lesotho argued that it would be reasonable and fair to allow the intervention of its lead counsel.

The **defendants**, Mr Josias Van Zyl, the Josias Van Zyl Family Trust and the Burmilla Trust, counter-argued that the British QC in question had no expertise regarding the IAA, which the defendants deemed to be the applicable law for interpretation, and not the international law issues raised by the Kingdom of Lesotho. The defendants further argued that it would be unreasonable to admit the British QC as the allegations made by the Kingdom of Lesotho were not especially complex and the dispute could be

21 *Queen's Counsel*, as opposed to *junior counsel*, is an honorific title granted by the Crown to barristers, rewarding excellency as demonstrated before the higher courts to professionals of over 10 years of experience. This is an appointment that is autonomous from the *Bar Council* (entity that represents barristers; <http://www.barcouncil.org.uk/>) and from the *Law Society* (entity that represents solicitors; <http://www.lawsociety.org.uk/>). Very often these professionals are referred to as "*silks*", as their professional garment consists of a silk gown of a particular design. For more information, see: <http://www.qcappointments.org/>.

22 Notification S 132/2012, effective 1 April 2012.

23 In Singapore, Senior Counsel are lawyers with 10 years plus experience that obtain this title after being appointed for their experience and abilities. This title is the result of British influence, and is equated to that of *Queen's Counsel*, and does not have any equivalent in Portuguese.

24 *Re Michael Jacob Beloff QC* [2014] SGCA 25, decision of 16 May 2014.

25 *Re Michael Fordham QC* [2014] SGHC 223, decision of 5 November 2014.

resolved by applying well-established principles of treaty interpretation, investment treaty jurisprudence, and the decisions of the SADC Tribunal. Lastly, it was added that Lesotho had not taken reasonable steps to ascertain the availability of appropriate local counsel.

The professional entity representing advocates in Singapore – **Law Society of Singapore** – sided with the investors-defendants. It asserted that it would be unreasonable, and even dangerous, to admit the British QC solely on the basis that he had been lead counsel during the underlying arbitral proceedings. The Law Society considered that there was no evidence on how this foreign counsel's experience related to the specific issues surrounding the SADC Treaties. Further, it added that due credit had not been given to local counsel's availability, expertise and quality, reflecting poorly on the credibility of the local Bar.

Conversely, the **Attorney-General** supported the position of the state-applicant. He invoked the wider public interest in enhancing the attractiveness of Singapore as a venue for international arbitration, in addition to underlining the professional qualities of the British QC in question.

5. The court's judgment

As initially stated, the Court decided in favour of admitting the British QC to represent the Kingdom of Lesotho in the proceedings to set aside the arbitral award. Let us turn to the reasoning of the judgment on this application.

1. "Need" for foreign senior counsel

The judge started by setting forth the historical and systematic interpretations of the element of "necessity" of foreign senior counsel, as introduced by the 2012 amendment to the LPA.

Until then, the third cumulative condition provided for in the admissions regime demanded a demonstration that the case was of "*sufficient difficulty and complexity*", as opposed to the criteria of "*need*" presently required.

Following this, reflecting on various considerations of the *Re Beloff* judgment and on the logic underlying this admissions regime, the judge posited that the analysed "*need*" should not be considered solely within the prism of the parties, but in a broader manner aiming also to enlighten the court before which the case was presented.

This also explains that, in regard to the "*ring-fenced areas of law*" it was presumed that, as they were directly related

with the local social norms and were the result of a common base of values, the court would be satisfied with the participation of local counsel. Conversely, the more esoteric and complex the *thema decidendum* was, the more relevant was the need to aid the court.

The court then proceeded to analyse the specific requirements provided in the LPA and the elements provided in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012.

2. The legal issues at hand

As the two first conditions provided for in Article 15 of the LPA (holding Her Majesty's patent of "*Queen's Counsel*" and not residing in Singapore or Malaysia, but having the intention of coming into Singapore for the purpose of appearing in the case) were met, it was essentially relevant to evaluate whether the applicant counsel had special qualifications or experience for the purpose of the case and whether it was pertinent to consider the four additional elements within the discretion of the court.

Regarding the first requirement, the judge explained that an applicant must possess special qualifications or experience relevant to the specific issues that arise in the case at hand, and not just expertise in a generic practice area. Thus, the specific **issues to be decided** in any given case should first and foremost be clearly identified and characterised in the proceedings.

The judge considered that the issues to be decided in this case were intrinsically in the realm of public international law, as the arbitral tribunal's jurisdiction was grounded on Article 28(1) of Annex I of the SADC Finance and Investment Protocol. This position was in line with the applicant State's argument, as this was also the ground invoked by the Kingdom of Lesotho on which it based its request for assistance from counsel with experience in investor-state dispute resolution. The court rejected both the investors-defendants' attempt to characterize the issues as principally involving the interpretation of the IAA, and the position of the Law Society that demanded foreign counsel to be an expert in SADC Treaty and Protocols issues.²⁶

The judge concluded that it was necessary – and vital – to assess whether the tribunal was correct in interpreting the term "*investment*" as encompassing both the right to exploit the mining leases and the right to a remedy for interference with that underlying investment (a matter which was a point of departure between the majority of the tribunal and the dissenting arbitrator).²⁷

²⁶ §§ 44 and 45 of the judgment under analysis, *Re Wordsworth Samuel Sherratt QC* [2016] SGHC 172, decision of 2 August 2016.

²⁷ In the judge's view, this issue would also raise three subsidiary questions of public international law for the court analysing the setting aside application to consider, which are: (i) whether there is retroactive application of the SADC Finance and Investment Protocol contrary to Article 28(4) of Annex 1 to the Protocol, (ii) the liability of Lesotho for the acts of the SADC Summit, and (iii) whether and how the requirement to exhaust local remedies can apply in the circumstances of the dispute (§43, *Re Wordsworth Samuel Sherratt QC* [2016] SGHC 172, decision of 2 August 2016).

3. Special qualifications and experience for the purpose of the case

Turning to the **qualifications and experience of foreign counsel**, the judge concluded that the British QC satisfied the legally imposed requirement. The applicant had accompanied and led the arbitral proceedings from beginning to end (an aspect that, considered in isolation, would not have been decisive, as the judge points out and as results from case *Re David*).²⁸ This barrister was frequently appointed as counsel both on behalf of States and investors before international tribunals, such as the International Court of Justice or the International Tribunal for the Law of the Sea. He was also a Visiting Professor teaching investment arbitration at Kings College, London. More importantly, the foreign counsel had already argued about the issue at the core of the present dispute – characterisation of an “investment” – in various previous cases. Therefore, the abovementioned qualifications and experience demonstrated that the counsel-applicant would be able to fulfil his duty of assistance both to the client and to the court in the setting aside proceedings, in line with the underlying aims of the ad hoc admission application regime.

4. The reasonableness of the admission

Finally, Judge Steven Chong scrutinised the four elements postulated in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012.

Regarding the nature of the issues involved, it was necessary to determine if they were complex, difficult, novel, or of significant precedential value. In the opinion of the judge, because the setting aside procedure would primarily focus on legal issues (interpretation of the SADC Treaties and Protocols and the application of principles of public international law), more than on factual issues, and because the decision had potential precedential value with significant public (and international) impact, he concluded that the first element was met.

Regarding the necessity for foreign counsel and availability of local Senior Counsel, advocates or solicitors with appropriate expertise, concurring with the opinion of the Attorney-General, the judge considered these elements were met. The judge reiterated that it was only necessary to make a reasonably conscientious effort to secure the services of competent local counsel and that said effort was to be shown in court (according to case *Re Caplan*).²⁹ The defendants put forth the argument that the Kingdom

of Lesotho was already adequately assisted by a large law firm, and that the proceedings would be based principally on written advocacy, rather than oral advocacy, which would make the intervention of foreign counsel unnecessary (for this purpose, it raised two prior judgments rendered by the same court). The judge however dismissed this argument and renewed his conclusion that any foreign counsel admitted before the courts under this regime, so long as all legally imposed conditions were met, would be able to appear before them without limitations, including any written or oral intervention in the proceedings.

Finally regarding the reasonableness element, the judge highlighted that (the very relevant) argument mentioned by the Attorney-General of the public interest in promoting Singapore as an attractive venue for arbitration could not distort the legal concept of “necessity”.

Having considered all due requirements and elements, the judge finally admitted the British QC to represent the Kingdom of Lesotho in the setting aside proceedings pending before the courts of Singapore.

6. Other decisions of the courts of Singapore on ad hoc admission applications

It has already been stated that this decision was of an exceptional nature, not only because it applies a very narrow regime, but also because most applications made under it have been rejected. It is then critical to understand whether this decision represents a break from the previous case law or if it is part of the consolidation of an established trend.

Since the 2012 amendment to the LPA, only one ad hoc admission application had been allowed – *Re Andrews*.³⁰ Although it was not an international arbitration-related case, it was relevant insofar as it explained the new criteria set forth in the LPA, emphasising the joint comprehension of all the issues set forth by the new law and notification.

The judgment under analysis here was therefore the second decision accepting an ad hoc admission of foreign counsel since 2012, and the first addressing international arbitration.

The *Re Andrews* case related to a dispute regarding the enforcement of a settlement agreement and the ownership of shares in a company. During the proceedings, two previous procedural issues had been raised before higher courts, and

28 *Re Joseph David QC* [2012] 1 SLR 791, decision of 12 December 2011.

29 In this case, the court established that full details of the efforts to secure local counsel had to be furnished in the affidavits supporting the application for ad hoc admission, including the nature of contacts between the party and local counsel, the form of contact, the dates and duration of any meetings and a summary of the discussions with local counsel. In addition, the date of local counsel's refusal to take up the case and the reasons given should also be specified. Thus, it would be insufficient for the applicant to simply assert before the court that it had considered the available local counsel to discharge it of its burden of proof. Only then could would the court be able to verify whether the legally imposed requirement of “reasonably conscientious search for local counsel” had been met. Curiously, in the case at hand, the judge admits that these formalities were omitted, but also admits the present case they would have been of little utility, as he was already cognisant of the lack of available local counsel in the field of public international law (§§63 and 64, *Re Wordsworth Samuel Sherratt QC* [2016] SGHC 172, decision of 2 August 2016).

30 *Re Geraldine Mary Andrews QC* [2012] SGHC 229, decision of 15 November 2012.

were unsuccessful due to the insufficiently well-founded statement of claim that was drafted by various local counsel that the applicant had had during the proceedings. Faced with this situation, and in a case considered to be of manifest simplicity, the judge concluded that the applicant had lost confidence in the possibility of resorting to local counsel and that the participation of foreign senior counsel was necessary to fill in the gaps left in the applicant's statement of claim. The judge supported this decision on the need to allow the applicant to pursue its procedural rights in the most rapid and cost-effective way.³¹

In other known cases, the applications were rejected either because they pertained to areas of law where the LPA, in Article 15(2), did not encourage the intervention of foreign counsel (*Re Caplan*, *Re Lord Goldsmith*,³² *Re Fordham*), or because they addressed solely local issues (*Re Rogers*),³³ or because representation by local counsel was deemed sufficient (*Re Beloff*).

More recently, and after the judgment under analysis here, a new decision issued by the Singapore High Court on 28 November 2016 concerning the ad hoc admission regime of Article 15 of the LPA rejected a British QC's appeal to participate in the setting aside proceedings of another arbitral award – *Re Landau*.³⁴

In this case, the applicant QC asked to represent the company China Machine New Energy Corporation ("CMNC"), which he had also represented during the arbitral proceedings, ultimately unfavourable to this party. The Law Society of Singapore again sided with the defendants, Jaguar Energy Guatemala LLC and AEI Guatemala Jaguar Ltd, whereas CMNC had the support of Singapore's Attorney-General.

CMNC argued that the arbitral award should be set aside due to the breach of natural justice and/or rules of public order of Singapore. The High Court applied the criteria set out in the already extensively explained regime and, without a doubt, concluded that the application satisfied the three requirements set out in Article 15(1) of the LPA. Nevertheless, and unlike our case, the Higher Court, considering the four elements provided in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012, held that because both local counsel and the Singaporean courts had experience in arguing and deciding the issues in question, there was no issue of special complexity justifying the admission of foreign counsel.

The divergence in this case pertains directly to the grounds invoked to set aside the arbitral award – the public order of Singapore – in fact considered a local issue, and not an international issue. The court did not hesitate to determine that it was not the presence of international arbitration per

se, as a legal institute, that would prompt the ad hoc admission of foreign counsel, but instead the specific issues introduced as grounds to annul the arbitral award that would be the key consideration.

From a case law standpoint, we can conclude that the essential requirement of necessity is narrowly applied, which was the case in both *Re Andrews* and the judgment presently under scrutiny. We would say that these decisions, although appearing to be counter-current, are in line with the previous case law that strictly applies the ad hoc admission of foreign counsel in Singapore.

7. Foreign counsel admission regimes around the World

Before concluding, it seems important to grasp, on the one hand, the reasons for this specific legislation as it stands in Singapore, and on the other hand, regimes regarding this topic in other jurisdictions. The problem of appearance in court of foreign counsel is truly an international matter that will be affected by overseas trends.

1. Reasons in Singapore

The Singaporean system for the ad hoc admission of foreign counsel permits the harmonisation of several relevant interests relating to legal representation. If, on one side, it allows a swift and adequate administration of justice, on the other side, it enforces the parties' choice of representation without neglecting the competence and experience of the local pool of counsel.³⁵

On the one hand, the reasons behind the existence of this exceptionally natured regime of ad hoc admission of foreign counsel in cases related to commercial law issues, beyond the already implemented registration system, are understandable.

When the 2012 amendment of the LPA was discussed, the Singapore Parliament debated the need to multiply the offer of lawyers for some cases. Specifically, the Parliament addressed a recurring problem that appeared before parties to commercial disputes in Singapore when attempting to secure their court representation. Local counsel frequently rejected appointments by parties as they were mainly clustered in a few large firms in Singapore, and were thus prevented from acting against local banks or corporate clients (unable or unwilling to) due to potential conflicts of interest.³⁶ The Parliament posited that it was necessary to allow foreign

31 *Id.* §§ 73 and following.

32 *Re Jonathan Michael Caplan QC* [2013] SGHC 75, decision of 8 April 2013; *Re Lord Peter Henry Goldsmith PC QC* [2013] SGHC 181, decision of 19 September 2013. The latter mentioned case related to the appeal at the constitutional level of a criminal law rule in Singapore.

33 *Re Heather Rogers QC* [2015] SGCH 174, decision of 8 July 2015.

34 Toby Landau QC. *Re Toby Thomas Landau QC* [2016] SGHC 258, decision of 28 November 2016.

35 Balance mentioned in § 66 of case *Re Geraldine Mary Andrews QC* [2012] SGHC 229, decision of 15 November 2012.

36 § 35 of case *Re Wordsworth*.

counsel to fill in the gaps left by the lack of available Senior Counsel practicing in this city-state.

In this same parliamentary debate, the Minister for Law adopted the position that it would be necessary to broaden the scope of the concept of “need” mentioned in this discussion, allowing the courts discretion to admit foreign counsel also in complex civil matters, mentioning the issue of knowledge and experience of local professionals.³⁷

As already mentioned in relation to rarely debated issues or issues that demanded great expertise, the intervention of a lawyer with renown competence in a specific matter may be crucial for a fair result of the dispute, which if not achieved could amount to denial of justice.

On the other hand, it seems the ad hoc admission applications regime provided in Article 15 of the LPA was implemented with great care.

As has been mentioned, the issues in which foreign counsel simply cannot intervene are numerous and broad, save if a special reason justifies otherwise. Furthermore, these admission requests in Singapore are rarely granted, as is evidenced by the fact that the second positive decision granted under this regime was only issued in 2016.

In addition, the requirements provide for criteria of rigorous understanding and application. In the *Re Beloff* case the Singapore High Court determined that the requirement of necessity was in itself a demanding requirement that did not overlap with the desire or convenience of choice by the parties. Thus, in this case, the court decided that the threshold of “need” would be met if the litigant seeking admission of foreign counsel would be prejudiced if the application were disallowed.

The 2012 parliamentary discussion mentioned above also pondered the interest of an equivalent representation of the parties. It was highlighted that the choice of a Queen’s Counsel should not be dependent on the financial means of the parties, which could create unbalanced litigation positions, but rather the ad hoc admission of foreign counsel, not being a free for all, should be granted based on other relevant and fair considerations.³⁸ These thoughts are directly connected with the principle of equality of arms, and the courts have made it clear that its position was that if one party is represented by foreign counsel, the other need not be as well. However, it may apply to choose one if it so wishes.

2. Global Context

In the **global context**, as a rule, the admission of counsel before courts continues to be territorial, and also takes into account the interest of protection of the parties’ legitimate expectations and the interests of proper administration of justice. Therefore, very few countries allow for ad hoc regimes similar to the one that exists in Singapore.

In the **European Union**, the consideration of the freedoms resulting from the single market and legislation protecting consumer rights and legitimate expectations, lead to the production of several relevant documents. Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 sets out the regime for establishment of lawyers, in order to facilitate the effective exercise by lawyers of the freedom to provide services, and Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 intends to facilitate practice of the legal profession on a permanent basis in a Member State other than the one in which the qualification was obtained (enacted in Portugal in Law no. 9/2009 of 4 March, amended by Law no. 41/2012 of 28 August and Law no. 25/2014 of 2 May).

Upon looking into their content, one can conclude that a lawyer qualified in any European Union or European Economic Area jurisdiction is entitled to practice with the title obtained in the Member State from which he or she comes from.

English law establishes a similar regime to the Singaporean one named “*Temporary Call*”, where foreign counsel may apply to appear before the courts of **England and Wales** through local counsel, in order to conduct a specific case. To do so, the applicant must produce evidence that the he or she appears frequently in courts of the jurisdiction of origin, evidence to establish good character and repute, evidence of all academic and professional qualifications, criminal record and any other documents considered to support the application.³⁹

In tandem, we highlight that **Hong Kong** not only provides for a regime that allows registration of foreign counsel, but since 1999, also includes an ad hoc admission regime for foreign counsel (which, in practice, welcomes *Queen’s Counsel*) not registered in this jurisdiction, through an application to the Hong Kong High Court. The local bar association also reviews these applications, but it is the court that ultimately decides if the legal requirements are satisfied (these are substantial experience in advocacy in a court, court’s consideration that the applicant is a fit and proper person to be a barrister, and the acquisition of equivalent qualification).⁴⁰

³⁷ *Idem*.

³⁸ §§ 31 and 32 of case *Re Geraldine Mary Andrews QC* [2012] SGHC 229, decision of 15 November 2012.

³⁹ In order to establish that a person is of good character and repute, the applicant must provide documents such as a Certificate of the Senior Judge, Attorney General or Senior Law Officer of the Superior Court in which the applicant has practised showing that: for a period of not less than three years he or she has regularly exercised rights of audience in that court (identifying the period(s) and he or she is a fit and proper person to be Called to the Bar. For more information, see: <https://www.barstandardsboard.org.uk>. All the mentioned information regarding different jurisdictions may be checked at the IBA page, where the *Cross Border Legal Services Report 2014* is available: http://www.ibanet.org/PPID/Constituent/Bar_Issues_Commission/BIC_ITILS_Map.aspx.

⁴⁰ The legal base for this regime is section 27(4) of the Legal Practitioners Ordinance (Cap 159), available at: <https://www.elegislation.gov.hk/>.

It is necessary to highlight that local case law stresses the importance of this regime, for reasons such as its inherent public interest, in search of a balance between the right of Hong Kong residents to select their counsel, the need for the continuing development of case law with the aid of the best professionals of *common law*, the continued effort to maintain its recognised quality and confidence, the need of the bar association to preserve its independence as an institution but also to allow proper training for younger lawyers.⁴¹

Likewise, **India** also offers a system known as the “*Fly-in, Fly-out*” that allows foreign counsel to participate in local court proceedings that involve law of other jurisdictions and international law. This country typically adopts a protectionist and limitative position regarding the admission of foreign counsel and does not allow their appearance in court or the rendering of legal advice, thus this relatively open system is still regarded with restraint.⁴²

In other jurisdictions, the approach is often centred on the **local rules regarding admission to practice law** and on the possibility of allowing the registration of foreign counsel (without the ad hoc aspect, but with permanent effect). In this regard, the adopted solutions diverge.

For example, in the **United States of America**, each State regulates access to the legal profession differently and some States adopt a less rigid posture when it comes to registering lawyers that obtained their law training overseas and/or that have obtained their licence in a different State, demanding only that they take the respective bar exam.⁴³ Still, there is an application of exceptional nature named “*Pro hac vice*”, where a lawyer from the State where the application is made may apply for the courts to allow the appearance of counsel that obtained their qualification in a different State, regarding a specific case and under its guidance.⁴⁴

Japan allows the registration of counsel qualified abroad under the respective title, after evidence is provided that the lawyer has practiced at least three years in the jurisdiction where he or she qualified, and only when the applicant is a resident in Japan.⁴⁵

Russia also provides for an enrolment regime for foreign counsel with the Ministry of Justice, so long as a request is filed with the immigration authorities. This enrolment only allows the successful applicants to provide legal advice and to appear before Russian courts when matters pertaining to the law of their jurisdiction arise, save for very exceptional cases.⁴⁶

Other countries provide no solutions on this topic, omitting any possibility for registration for foreign professionals with the respective titles in their territory.

The **Peoples’ Republic of China** imposes a similar regime, where, provided he or she works with a Chinese or foreign law firm with duly authorised offices in China, a foreign lawyer may practice as a foreign law consultant. Only nationals may apply to take the national judicial exam that gives access to the full profession.⁴⁷

In **Turkey** foreign counsel may not appear before local courts, as the applicable rules only allow these practitioners to provide legal advice regarding foreign and international law within certain investment partnerships.⁴⁸ Even though the bar associations of different countries assume different positions, the truth of the matter is that in general they tend to restrict access to the legal profession regarding foreign qualified counsel.⁴⁹ These protectionist regimes contrast with the current growing economic globalisation.

3. Portuguese Speaking Countries

In **Portugal**, a lawyer qualified in any European Union Member State, in line with the EU regime mentioned above, may only appear before Portuguese courts in representation of a client with the title obtained in the Member State from which he or she comes and under the supervision of a lawyer registered with the Portuguese Bar Association (“*Ordem dos Advogados*”). Alternatively, he or she may pursue this legal profession in Portugal under the title obtained in the Member State of origin, under an establishment regime, by means of a prior registration with the Portuguese Bar Association.⁵⁰ These rules also establish a reciprocity regime that allows Brazilian lawyers that studied in Portugal or Brazil to also enrol in the Portuguese Bar Association.⁵¹

41 These criteria were developed on the basis of case *Re Flesch* QC [1999], 1 HKLRD 506), and others that followed. For a further analysis, see the guidelines of the *Hong Kong Bar Association* on this issue, available at: <http://www.hkba.org/sites/default/files/2015%20Revised%20Practice%20Guidelines%20for%20Admission%20of%20Overseas%20Counsel%20dd%207%20July%202015.pdf>

42 This is the case since the *Chennai High Court* decision of 2012; for more information, see Brendan K. Smith, *Protecting the Home Turf: National Bar Associations and the Foreign Lawyer*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 21, Iss. 2, Article 11, 2014, p. 674, available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol21/iss2/11/>. Malaysia previously provided this limitation, but since 2013, the said rule has not applied to arbitrators and to counsel representing all parties in international arbitration proceedings (see the Kuala Lumpur’s arbitration centre communication on this issue: <https://klrca.org/announcements-announcements-details.php?id=132>).

43 Examples of States that allow law graduates from overseas to take their Bar Examination are New York, California, Alabama, New Hampshire and Virginia, see “*Comprehensive guide to Bar Admissions Requirements 2016*”, National Conference of Bar Examiners and the American Bar Association, p. 12 and 13, available at: <http://www.ncbex.org/pubs/bar-admissions-guide/2016/mobile/index.html#p=1>.

44 For more information, see: https://www.law.cornell.edu/wex/pro_hac_vice/; and also the American Bar Association’s report on this topic, available at: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/cpr/mjp/report_201f.authcheckdam.pdf.

45 See the webpage of the Japanese Bar association, available at: <https://www.nichibenren.or.jp/en/>.

46 See the webpage of the Russian Federation Bar association, available at: <http://www.en.fparf.ru/documents/test/21156/>.

47 For more information, see the page of the Chinese Ministry of Justice, available at: <http://www.moj.gov.cn/>.

48 For more information, see the page of the Union of Turkish Bar Associations, available at: <http://eski.barobirlik.org.tr/eng/>.

49 *Protecting the Home Turf*, pp. 681 e 682.

50 Articles 203 to 207 of the Portuguese Bar Association Statute. Available at: www.oa.pt.

51 Article 201 of the Portuguese Bar Association Statute.

The Portuguese law that regulates the acts that are to be exclusively performed by lawyers ("*Lei dos Atos Próprios dos Advogados*") provides that these acts encompass both the representation of clients before courts and the provision of legal advice. Additionally, the title "lawyer" is exclusively reserved for law graduates properly enrolled in the Portuguese Bar Association, as well as for all other professionals who, under the respective regulation, meet the conditions required to obtain it.⁵²

As such, outside this reciprocity context and without the prior registration of lawyers that intend to appear before Portuguese courts, Portuguese law does not provide for an ad hoc admission regime for foreign counsel and, in this respect, it is similar to most other jurisdictions.

Much like the global analysis undertaken previously, Portuguese-speaking jurisdictions have more or less favourable stances on this matter.

Countries like **São Tomé and Príncipe** expressly provide for admission of foreign counsel in general. The Statutes of the Bar Association expressly allow both foreign counsel and people with a law degree obtained overseas in any of the member states of the Community of Portuguese Speaking Countries (CPLP) to register with the bar. The Statutes also cover people with a foreign law degree with residence in Guinea – always under a reciprocity regime.⁵³

In its Bar Association Statues, **Guinea Bissau** also provides, under the condition of reciprocity, for the possibility of registration of foreign citizens when satisfying the requirements imposed on local professionals – law degree, enjoyment full civic rights and no criminal record.⁵⁴ Specifically, this institution entered into a Protocol with the Portuguese Bar that allows for the free temporary provision of services in both countries for counsel regularly registered in the respective bar associations. For this to happen, the applicant must notify the local bar of the type and nature of service he or she intends to provide and the identity of the lawyer in the receiving country that will ensure joint representation. In additions, regarding the permanent and effective registration of foreign lawyers, both bar associations reciprocally recognise the foreign lawyers' respective licences in Portugal and Guinea Bissau, pursuant to the terms of both bars' rules regarding the registration of foreign lawyers.⁵⁵

Without allowing generic reception of foreign lawyers, **Cape Verde** still recognises Portuguese lawyers' qualifications, as the respective Bar Association signed a similar Protocol with the Portuguese Bar Association, providing for a similar regime to the one described above.⁵⁶

East Timor's regime also provides for two alternate registration procedures, one for the occasional admission of foreign counsel, and one for the permanent registration of these professionals.

Regarding the first procedure, the Legal Regime for Private Advocacy and Training of Lawyers provides that foreign counsel, not registered according to the regime provided therein and licenced overseas may represent a party in court in up to four cases a year. For that, counsel needs only to notify the relevant authority presiding over the case and the Lawyer Management and Supervisory Counsel that its client prefers to be represented or assisted by him or her.⁵⁷

Regarding the second option, the possibility of registration for permanent representation, the Legal Regime for Private Advocacy and Training of Lawyers establishes several cumulative conditions: law degree, licence to practice overseas, knowledge of the local legal system and proficiency in either Portuguese or Tetum (both official languages of East Timor) (evidenced though a public exam, that may be waived if the applicant is a Timorese citizen licenced to practice overseas and with 3 years of experience practicing in East Timor), and prior practice of 5 years. After registration, the lawyer may only appear in court and provide legal services jointly with a local lawyer, and must set out legal fees also in agreement with this local lawyer.⁵⁸

Other Portuguese-speaking countries stipulate similarly generally restrictive rules.

Brazil, where foreign counsel may only enrol as foreign law consultants with the Brazilian Bar Association ("*Ordem dos Advogados Brasileira*"), even though foreign law firms may open offices in the country.⁵⁹

Angola is especially limitative and fails to provide any regime for receiving foreign professionals who, as such, may not perform any acts pertaining to the legal profession. Foreign citizens may enrol in the local bar association to undertake the relevant training procedures if they have previously studied law in an Angolan university. The Angolan Bar Association's regulations ("*Ordem dos Advogados Angolana*") also provide

52 Law no. 49/2004, of 24 August, Articles 1 to 5, available at: www.dre.pt.

53 Articles 125 and 126 of the Statutes of the São Tomé and Príncipe Bar Association, available at: <http://www.oastp.st/pdf/estatutodaordemadvogadosdestp.pdf>.

54 Article 36 of the Guinea Bissau Bar Association Statutes, 7 November 1991, available at: <http://www.guineebissau.ao.pt/estatuto.htm>

55 Second paragraph no. 2, tenth to thirteenth paragraphs of the Protocol between the Portuguese Bar Association and the Guinea Bissau Bar Association, 15 November 2011, available at: <https://portal.ao.pt/advogados/protocolos-de-cooperacao-institucional/protocolo-entre-a-ordem-dos-advogados-e-a-ordem-dos-advogados-da-guine-bissau/>.

56 Second paragraph, no. 2, and eleventh to thirteenth paragraphs of the Protocol between the Portuguese Bar Association and the Cape Verde Bar Association, 25 October 2011, available at: <https://portal.ao.pt/advogados/protocolos-de-cooperacao-institucional/protocolo-entre-a-ordem-dos-advogados-e-a-ordem-dos-advogados-de-cabo-verde/>.

57 Article 68 of the Legal Regime for Private Advocacy and Training of Lawyers, Law no. 11/2008 of 30 July, available at: http://www.mj.gov.tl/jornal/public/docs/2015/serie_1/SERIE_1_NO_50.pdf. The Lawyer Management and Supervisory Counsel, according to the mentioned regime, regulates and supervises the exercise of the legal profession for lawyers in Timor until the creation of the Bar Association. The Statutes for this association have already been drafted as a bill, currently up for public consultation, according to the East Timor Ministry of Justice website - http://www.mj.gov.tl/?q=codigo_do_registo_civil-versao_para_consulta_publica.

58 Articles 2, nos. 3 and 5 to 7 of the Legal Regime for Private Advocacy and Training of Lawyers.

59 Note no. 91/2000, document issued by the Brazilian Bar Association (OAB), available at: <http://www.oab.org.br/visualizador/17/estatuto-da-advocacia-e-da-oab>.

for the possibility of a foreign lawyer to enrol if he or she has resided in Angola for more than 15 years and the enrolment was concluded under the terms of the law previously in effect (which allowed enrolment of foreign counsel resident in Angola for over 15 years at the National Advocacy Bureau of the Angolan Ministry of Justice – “*Departamento Nacional de Advocacia do Ministério da Justiça de Angola*”, prior to the creation of the Angolan Bar Association).⁶⁰

In **Mozambique**, the applicable legislation provides for the possibility of foreign counsel enrolling in the Mozambican bar association through a bilateral agreement (celebrated with their bar of origin) or by sitting exams with this body. Foreign citizens with studies in Mozambican law may also apply to undertake the full local training.⁶¹

Finally, in the Special Administrative Region of **Macau**, where an ad hoc admission regime is also absent, a foreign lawyer, who is a law graduate from a university recognised in Macau, may however undergo an adaptation course, instead of completing a full traineeship, in order to register with the local Bar. Lawyers with relevant local legal experience may be exempted from taking in these exams, as may anyone that is not required to undertake a traineeship.⁶² The Macau Lawyers Association had a Protocol in effect with the Portuguese Bar Association providing for the reciprocal recognition of counsel from both territories. However, this was revoked in 2013.⁶³

In conclusion, Portuguese lawyers enjoy increased mobility, as most Portuguese-speaking countries recognise their qualifications and facilitate their appearance before local courts.

4. Foreign Counsel in International Arbitration Proceedings

With regard to intervention of foreign counsel in **international arbitration** proceedings seated in any given coun-

try, the outlook is the opposite. In this area of law, the grand majority of domestic arbitration legislation is open to party representation by counsel that is qualified in a jurisdiction other than the seat of the arbitration.⁶⁴ This is the case in Singapore, the United Kingdom, Hong Kong, the United States of America, Japan, Russia, Brazil, China, India, Turkey and others. In the European Union, countries such as Germany, Austria, the Netherlands, Spain, Belgium, France, Switzerland and Sweden adopt a similar approach.⁶⁵

However, in some countries like Turkey or Thailand, arbitration relating to purely domestic legal issues is reserved for local professionals.⁶⁶ Other countries reject the intervention of foreign counsel in all arbitrations seated in the respective jurisdiction, such as Angola, due to the strict interpretation of the above-mentioned professional rules, or Mozambique, where again the same requirements for admission of local counsel apply to foreign counsel (law degree in Mozambique, or enrolment through bilateral agreement).

Curiously, Singapore’s original position on this issue was prohibitive – in 1988, the case *Builders Federal (Hong Kong) Ltd. And Joseph Gartner & Co. V. Turner (East Asia) Pte Ltd.* established that the presence of foreign counsel was not welcome in arbitration proceedings seated in Singapore, a rule that was overcome by the 1992 amendment of the LPA.

Furthermore, the arbitral institutions’ rules usually provide for a limitless possibility of appointing foreign counsel. Notably, the rules of the most reputable institutions, such as the ICA-ICC, SIAC, HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre), LCIA (London International Arbitration Centre), CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), and the CAC-CCIP (*Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*) do not impose any requirements on party representation, other than holding the necessary authority to do so.⁶⁷

60 Article 98 of the Angolan Bar Association Statutes, and Law of Advocacy (Law no. 1/95 of 6 January), available at: <http://www.aaang.org/>.

61 Article 150 of the Mozambican Bar Association Statutes, available at: <http://www.oam.org.mz/>. In 2009 this institution signed a Protocol with the Portuguese Bar Association that does not establish the possibility of enrolment of foreign counsel. This is relevant as the previous Cooperation Protocol concluded between these institutions related to the provision of services and enrolment of lawyers of 1996 did provide for that possibility, which, as of now, conflicts with with the Statute of this institution. These protocols are available at: <http://www.aa.org/>.

62 These are law professors teaching in Macau for over 2 years with a Master’s degree or higher, and former magistrates – judges and prosecutors, or notaries working in Macau for over 2 years. See the Rules on Access to Advocacy of the Macau Lawyers Association, Articles 1, 4, 16 and 23, available at: http://aam.org.mo/wp-content/uploads/2016/10/Regulamento_Acesso_Advocacia_PT.pdf.

63 See previous Protocols here: http://www.aa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=31158&ida=108980 and http://www.aa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31158&ida=15483.

64 As Gary Born mentions in *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, The Hague, 2014, p. 2839.

65 German Code of Civil Procedure (ZPO) §1042 (stating that counsel cannot be excluded as representatives of the parties), Austrian Code of Civil Procedure (ZPO) §594(3) (providing that parties may be represented by a person of their choosing, without that right being excluded or limited in any way), Dutch Code of Civil Procedure, Article 1038(1) and (2) (establishing that parties may appear in court represented by a lawyer or any other person with power of attorney), Law 60/2003 of 23 December regarding Arbitration in Spain (does not set any limitation), Swiss Code of Civil Procedure Article 373 (indicating that parties may be represented in arbitral proceedings), French Code of Civil Procedure Article 1481 (providing that an award must indicate the names of counsel or other representatives of the parties). In regard to Belgium, the restrictions regarding foreign counsel existing in judicial proceedings do not apply to arbitration. Looking in more in depth at the Swedish regime, its Code of Civil Procedure merely provides in chapters 11 and 12 principles that may justify rejection of a party representative by an arbitral tribunal. However, the domestic arbitration law omits any kind of formal limitation on this issue. For more information, see Gary Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2834.

66 “*Legal representation in arbitration – Interview with Gary Born*”, 14 July 2014, available at Lexis Nexis; see: https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/Publications/Documents/legal-representation-in-arbitration-gary-born-14-July-2014.pdf.

67 Article 17 and 26(4) of the ICC Arbitration Rules 2012 (mentioning only the need of authority by the party representative), Article 23 of the SIAC Arbitration Rules 2016 (stating that parties can appear represented by legal practitioners or any other authorised representatives), Article 13(6) HKIAC Administered Arbitration Rules (allowing parties to be represented by persons of their choice, making reference to the demand for the need for a fair and efficient conduct of the arbitration), Article 18(2) of LCIA Arbitration Rules 2014 (requiring an authorised legal representative), Article 22 of CIETAC Arbitration Rules 2015 (stating the need to have a Chinese or foreign authorised representative), Article 17 of the Arbitration Rules of the CAC-CCIP (establishing the free choice of legal representation).

The International Bar Association (IBA) Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013 for example, set out a concept of Party Representative which includes “any person, including a Party’s employee, who appears in an arbitration on behalf of a Party and makes submissions, arguments or representations to the Arbitral Tribunal on behalf of such Party, other than in the capacity as a Witness or Expert, and whether or not legally qualified or admitted to a Domestic Bar”.⁶⁸

Even the New York Convention, with regard to the enforcement of arbitral awards, provides for the possibility of annulling an arbitral award when a violation of the right to free choice of representation takes place, in light of its article V(1)(d).⁶⁹ The relevance of avoiding internal restrictions on the choice of parties’ representatives is thus of greater consequence, as it may even affect the neutrality of the proceedings and the parties’ expectations.⁷⁰

In sum, generally speaking, the national regimes regulating the appearance of foreign counsel before courts are restrictive; while party representation in international arbitration proceedings is, as a rule, extremely broad. This clear difference has a number of explanations, but requires moments of interconnection. An example of this is precisely the possibility of an ad hoc admission regime like the one commented on in this case note.

8. Conclusion

In the case addressed by this case note, Judge Steven Chong found that the requirements imposed in Article 15 of the LPA and the elements provided for in the Legal Profession (Ad Hoc Admission) Notification 2012 to allow the appearance before Singaporean courts of a British QC on behalf of the Kingdom of Lesotho in the setting aside proceedings of an arbitral award were met.

There was nothing “local” about the underlying arbitration dispute – all parties resided outside Singapore, the dispute concerned alleged breaches of international obligations and events which occurred in Lesotho, the origin of the dispute can be traced partly to a multilateral treaty involving 15 States of the SADC (to which Singapore is not a party) and the legal issues which will be fully aired in the setting aside proceedings are predominantly governed by principles of public international law.

The “necessity” and not only “convenience” of the intervention of the British barrister, with the title of “Queen’s Counsel”, was demonstrated based on his special qualifications and experience. His presence will benefit not only the litigant seeking admission, but also the court before which he appears and ultimately the proper judgment of the case.

Curiously, the court decided against the Law Society of Singapore’s position, stressing the contribution of the lawyer in question both to the training of local counsel not versed in the public international law topics addressed, and to the court; and the court decided in line with the Attorney-General’s position, that held that a favourable position would reinforce the strategic, public and established endorsement of Singapore as an attractive venue to administer arbitration proceedings.

Being one of the main economic and financial hubs in Asia, the availability and diversity of legal representation must be ensured to all economic players that come to this city-state. Besides this, as one of the biggest venues for arbitration in Asia, the concern to maintain this status and to promote it is constant.⁷¹

Considering the above, this judgment is a clear sign that parties that choose Singapore as the seat to resolve their dispute through international arbitration can trust that local courts will seek to achieve the most appropriate solution in setting aside applications of arbitral awards when the legal issues at hand are diverse and complex. This reaction fits the *ambiance* of international arbitration, which is a means of dispute resolution with special characteristics and usually encompasses different jurisdictions. This fosters the growing internationalisation of the legal professionals present in its development.

Even though this is an exceptional regime, it is essential to allow the competent and structured analysis of complex and novel legal issues in the courts of Singapore. Similarly, it invites the presence of jurists specialised in specific areas of law. The possibility of juggling these multiple interests benefits Singapore’s legal system, and favours the status of this city-state as an arbitral hub of the Asian southeast.

The ad hoc admission regime of foreign lawyers in Singapore raises questions regarding the wanderings of international advocacy and the future of the national exercise of the legal profession, namely appearance before courts. In a world where litigation is becoming increasingly global, will the exception become the rule?

68 See: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

69 Gary Born explains that that may happen in cases where a party is forced to continue to arbitrate with representation it does not desire, which differs from the situation where a State imposes specific limitations regarding the qualification of party representatives, as is discussed in this case note – see Gary Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2845 and 2846.

70 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2844.

71 See the new SIAC rules that entered into force on 1 July 2016, the new Investment Arbitration Rules also from SIAC that entered into force on 1 January 2017. Also, as an example, the efforts to regulate the phenomenon of Third-Party Funding.

**REMISSÃO (PARCIAL?)
PARA REGULAMENTOS
DE ARBITRAGEM;
COMPETÊNCIA
TERRITORIAL
- LUGAR VS SEDE?**

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 6 DE SETEMBRO DE 2016

António Júdice Moreira

LL.M Georgetown Law
Pós-Graduação (FDUC)
Associado Sénior PLMJ Arbitragem

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 6 de setembro de 2016¹
Relator: Helder Roque
Proc. 158/15.4YRCBR.S1 1ª Secção

Sumário:

- I *Os documentos não são factos, mas antes meios privilegiados de acesso aos mesmos, constituindo, apenas, meios de prova e não factos provados.*
- II *Não constituindo os documentos factos provados, mas antes meios de prova que os permitirão alcançar, instrumento da sua aquisição pelo tribunal, situam-se, independentemente, como é óbvio, da respetiva eficácia probatória, no mesmo plano dos depoimentos ou das perícias.*
- III *Na arbitragem institucionalizada, que se realiza no seio de uma instituição permanente, já constituída, e que se encontra à disposição dos litigantes, a resolução do litígio realiza-se, através de um ou mais árbitros, cuja competência radica numa convenção das partes.*
- IV *São distintos os conceitos de «sede do tribunal arbitral» e de «lugar de arbitragem», podendo suceder que a «sede» e o «lugar de arbitragem», não obstante, virtualmente, abrangidos pela mesma área territorial do tribunal arbitral, pertençam a distritos judiciais diversos.*
- V *Situando-se a «sede» do tribunal arbitral, no Porto, e o «lugar de arbitragem», em Coimbra, e sendo determinante, por força do art. 59.º, n.º 1, da LAV, o tribunal da Relação em cujo distrito se situe o «lugar de arbitragem», localizando-se este, na cidade de Coimbra, compreendida na circunscrição territorial afeta ao Distrito Judicial de Coimbra, é competente, em razão do território, o tribunal da Relação de Coimbra, entretanto, definido, no âmbito da jurisdição dos tribunais comuns, como o competente, em razão da matéria e da hierarquia.*
- VI *Os prazos de propositura de ação podem ser, também, prazos judiciais, o que ocorrerá sempre que o prazo esteja, diretamente, relacionado com uma outra ação e o seu decurso tenha um mero efeito de natureza processual e não o de extinção de direito material, como acontece com o prazo previsto no art. 382.º, n.º 1, al. a), do CPC, uma vez que funciona como simples condição de subsistência da providência cautelar, sem qualquer interferência no direito que constitua o fundamento da respetiva ação.*

VII *A força e autoridade do caso julgado formal significa, mais, limitadamente, que, decidida uma determinada questão que recaia, unicamente, sobre a relação processual, a mesma tem força obrigatória dentro do processo, atento o estipulado pelo art. 620.º, n.º 1, do CPC.*

Resumo:

O Hotel AA, Lda. propôs ação de anulação de decisão arbitral contra a BB, Lda., pedindo que na procedência da impugnação, fosse anulado o acórdão arbitral que “declarou improcedente o pedido e estabelecimento de providência cautelar formulado na presente acção”, com fundamento nas alíneas ii), iv) e vi) do n.º 3 do artigo 46.º da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária (LAV).

A Hotel AA, Requerente, dedica-se a atividade de gestão e exploração de unidades hoteleiras e a BB, Requerida, tem por atividade a construção civil e obras públicas.

A Requerente e a Requerida celebraram um contrato de empreitada em 13 de setembro de 2012 com vista à construção de um hotel em Miranda do Corvo, com execução convencionada no prazo de 730 dias. A Requerida apresentou uma garantia bancária à primeira solicitação para garantia do bom cumprimento do contrato, emitida pelo Banco CC.

O Contrato previa que “para a resolução de todos os litígios deste contrato, fica estipulada a competência do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com sede na Rua..., com expressa renúncia a qualquer outro”.

A Requerente tomou conhecimento em 20 de março de 2015 que a Requerida havia interposto, no Centro de Arbitragem AICCOPN, uma providência cautelar com vista a evitar o acionamento da *supra* referida garantia bancária, tendo sido constituído o Tribunal Arbitral em 2 e 15 de Abril, composto por três árbitros, um designado pelo Presidente do Centro de Arbitragem e os outros dois indicados pelas partes em litígio.

A Requerente deduziu oposição à constituição do Tribunal Arbitral, arguindo não ser da competência do Presidente do Centro a nomeação de qualquer árbitro, estando a mesma atribuída aos árbitros indicados pelas partes ou ao Tribunal Estadual competente.

Não obstante a oposição da Requerente, o Tribunal Arbitral constituiu-se e veio a proferir o acórdão final, com os votos do árbitro indicado pelo Presidente do Centro e do árbitro nomeado pela Requerida, tendo concedido provimento à providência cautelar, determinando que a Requerente não poderia acionar a garantia bancária.

1 Disponível em www.dgsi.pt.

A Requerente funda a impugnação do acórdão arbitral, *inter alia* e com relevância para o presente comentário, no facto de o mesmo ser anulável em razão da ilegalidade da composição do Tribunal Arbitral, porquanto o Presidente do Centro de Arbitragem carecia de competência para designar um árbitro, cabendo esta aos árbitros indicados pelas partes ou ao Tribunal Estadual competente. A composição do Tribunal Arbitral veio a revelar-se determinante no desfecho da decisão, considerando o sentido dos votos dos árbitros.

A Requerida em sede de oposição argui, *inter alia* com relevância para o presente, a incompetência do Tribunal da Relação de Coimbra, com o fundamento de que o Centro de Arbitragem convencionado tem a sua sede no Porto, pelo que nos termos do disposto no artigo 59.º n.º 1 da LAV a competência deveria ter sido atribuída ao Tribunal da Relação do Porto.

A Requerida sobre a ilegalidade da composição do Tribunal Arbitral, defende que a mesma se não verificou, porquanto a Requerente recusou o árbitro indicado pelo Presidente do Centro de Arbitragem e que, nos termos do disposto do artigo 14.º n.º 3 da LAV, podia requerer, junto do Tribunal Estadual competente, decisão a esse respeito, o que não fez. Pelo que se deverá considerar que renunciou ao direito de impugnar a decisão que viesse a ser proferida nos termos do artigo 46.º n.º 4 da mesma LAV.

Acrescentou ainda que a designação de árbitro pelo Presidente do Centro de Arbitragem está legitimada em face do que dispõe o artigo 21.º do Regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN.

A Requerente Hotel AA, em resposta à Requerida BB, sustenta o indeferimento da exceção invocada relativamente à competência territorial, alegando para tanto que a competência dos Tribunais Judiciais para o conhecimento deste tipo de ações não é determinada pelo local onde o Centro de Arbitragem tem a sua sede mas sim pelo local onde se situa a arbitragem.

O Tribunal da Relação julgou procedente a impugnação tendo em consequência anulado o acórdão arbitral.

A Requerida BB veio interpor recurso de revista, onde essencialmente arguiu o seguinte:

i) O Centro de Arbitragem da AICCOPN está autorizado a realizar arbitragens voluntárias ao abrigo do disposto no DL 425/86 de 27 de Dezembro, diploma publicado em execução do disposto na Lei nº 31/86 de 29 de Agosto, e dos despachos nº 61/MJ/96 e 10479/MJ/2000 respectivamente publicados no DR, II Série, nº 89 de 15 de Abril e 23 de Maio de 2005 e o qual em conformidade passou a constar da lista das entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas constante da Portaria nº 126/96 de 22 de Abril, estando os seus Estatutos e Regulamen-

tos publicitados no site da AICCOPN (https://issuu.com/aiccopn/docs/estatutos_tribunal_arbitral).

- ii) A Requerente e a Requerida estipularam na cláusula compromissória do contrato de empreitada que "*Para a resolução de todos os litígios decorrentes deste contrato, fica estipulado a competência do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com sede n[o Porto], com expressa a renúncia a qualquer outro*", pelo que foi a vontade das partes (que deve ser pontualmente cumprida – art. 406.º n.º 1 do Código Civil), que o lugar da arbitragem era no Porto.
- iii) A Requerente já havia intentado no Tribunal de primeira instância do Porto ação de impugnação da nomeação do terceiro árbitro efetuada pelo Presidente do Centro de Arbitragem, a qual foi liminarmente indeferida por se entender que o tribunal competente seria o Tribunal da Relação e não o de primeira instância.
- iv) A Requerente Hotel AA recorreu desta decisão para o Tribunal da Relação do Porto, tendo este último confirmado a decisão do Tribunal Judicial de 1ª instância do Porto.
- v) O artigo 31.º n.º 1 da LAV estipula que as partes são livres para fixar o lugar da arbitragem, e as partes determinaram competência do Tribunal Arbitral da AICCOPN com sede no Porto, pelo que competente para a ação de anulação é o Tribunal da Relação do Porto, violando o duto acórdão a referida disposição da LAV e bem assim os artigos 406.º n.º 1 do CPC.
- vi) A decisão de nomeação do terceiro árbitro efetuada pelo Presidente do Centro de Arbitragem da AICCOPN foi tomada em conformidade com o artigo 21.º do Regulamento de arbitragem desse centro de 2 de abril de 2015.
- vii) Como consta da cláusula compromissória, as partes estipularam para a resolução de todos os litígios decorrentes do contrato não só o Tribunal do Centro de Arbitragem da AICCOPN mas também a própria competência do Centro de Arbitragem AICCOPN.
- viii) Os Estatutos e o Regulamento de arbitragem do referido Centro da AICCOPN foram aceites pelas partes com a estipulação da cláusula compromissória.
- ix) A LAV estipula no seu artigo 10.º n.º 1 que as partes podem designar o árbitro ou árbitros ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos – foi exatamente o que as partes fizeram ao determinar a competência do Centro da AICCOPN, incluindo o artigo 21.º do seu Regulamento de Arbitragem.
- x) Muito embora a Requerente Hotel AA não tenha aceite a indicação do árbitro nomeado pelo Presidente do Centro de Arbitragem da AICCOPN, não colocou qualquer reserva ao árbitro nomeado pela Requerida BB em 2 de

abril de 2015 e não ocorreu qualquer alteração à cláusula compromissória depois dessa data.

- xi) A Requerida BB conclui que o Acórdão recorrido viola os artigos 10.º n.º 1, 4.º e 6.º da LAV, artigo 21.º n.º 3 do Regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN, a cláusula compromissória e os artigos 405.º e 406.º do CPC.

O Supremo Tribunal de Justiça, ponderado *thema decidendum*, determinou as várias questões a decidir, entre as quais, com relevância para o presente comentário, as seguintes:

I – Questão da competência em razão do território;

II – Questão da regularidade / legalidade da constituição do tribunal arbitral

I – DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO TERRITÓRIO

Nesta matéria o Supremo Tribunal de Justiça descreveu o seu *modus decidendum* sublinhando e levando em consideração, designadamente, o seguinte.

No âmbito da autonomia da vontade negocial das pessoas, inclui-se o de atribuir a hetero-composição do seu conflito a um terceiro imparcial que se encontre, permanentemente à disposição dos interessados, através de um negócio jurídico processual, distinto da atividade jurisdicional estatal, enquanto poder público inerente à soberania do Estado, em que se traduz a arbitragem institucionalizada.

Considerou o STJ que na arbitragem institucionalizada, que se realiza no seio de uma instituição permanente, já constituída, e que se encontra à disposição dos litigantes, a resolução do litígio realiza-se, através de um ou mais árbitros, cuja competência radica numa convenção das partes.

Nos termos do artigo 59.º n.º 1 da LAV, "*relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem (...), é competente para decidir sobre: (a) a nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º (...)* (g) a impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46.º."

Sublinha ainda o STJ que o artigo 31.º da mesma LAV determina que "*as partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem. Na falta de acordo das partes, este lugar é fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes*", acrescentando o seu n.º 2 que "*não obstante o disposto no n.º 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações*".

Assim, considera o STJ que a sede do Tribunal Arbitral pode coincidir com o lugar da arbitragem, mas, pode também localizar-se fora da sua sede e até da sua área territorial, pelo que são distintos os conceitos de «sede do tribunal arbitral» e de «lugar de arbitragem», podendo, assim, suceder que a «sede» e o «lugar de arbitragem», não obstante, virtualmente, abrangidos pela mesma área territorial do Tribunal Arbitral, pertençam a distritos judiciais diversos.

Conclui o STJ que situando-se a «sede» do Tribunal Arbitral, ou seja, do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, no Porto e o «lugar de arbitragem», em Coimbra, e, sendo determinante, por força do supramencionado artigo 59º, n.º 1, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o «lugar de arbitragem», localizando-se este no Distrito Judicial de Coimbra, é competente, em razão do território, o Tribunal da Relação de Coimbra, entretanto, definido, no âmbito da jurisdição dos tribunais comuns, como o competente, em razão da matéria e da hierarquia.

O STJ determinou a improcedência da exceção da incompetência territorial do Tribunal da Relação de Coimbra.

II – DA REGULARIDADE / LEGALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

O STJ descreve a essência dos argumentos aduzidos pela Requerida, no sentido da regularidade da constituição do tribunal arbitral, porquanto por via da cláusula compromissória as próprias partes instituíram a competência do Tribunal do Centro de Arbitragem da AICCOPN e do próprio Centro de Arbitragem, incluindo-se nesta a nomeação de terceiro árbitro, presidente do Tribunal Arbitral, pelo Presidente do Centro de Arbitragem, atento o disposto no artigo 21.º do Regulamento de arbitragem desse centro, uma vez que, após citação para a sua designação, por acordo das partes, estas não a efetuaram, como vem previsto no artigo 10.º n.º 1 da LAV. Acresce ainda que, muito embora a requerente não tivesse aceitado a nomeação do árbitro indicado pelo presidente do Centro de Arbitragem da AICCOPN, não colocou qualquer reserva ao primeiro árbitro e não ocorreu, após este momento, qualquer acordo entre as partes que modificasse a referida cláusula compromissória.

Sumaria o STJ que a requerida, ao contrário do acórdão impugnado, sustenta que o Presidente do Conselho de Arbitragem gozava da faculdade de nomear o terceiro árbitro, com as funções de presidente, uma vez que essa é uma competência que lhe pertence, por força do disposto pelo artigo 10º, nºs 1 e 3, da LAV, e não aos árbitros designados pelas partes.

Em seguida o STJ invoca uma série de argumentos que relevou no processo de decisão a que está adstrito nesta matéria, designadamente:

Sublinha que uma das causas de anulação da sentença arbitral, que só pode ser decretada pelo tribunal estadual competente, consagrada pelo artigo 46.º, n.º 3, iv), da LAV,

acontece quando *“a composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derogar ou, na falta de tal convenção, não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio”*.

Por seu turno, prescreve o artigo 10º, n.º 1, da LAV, que *“as partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro”*, acrescentando o seu n.º 3, que *“no caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que actua como presidente do tribunal arbitral”*, e o respetivo n.º 4 que, *“salvo estipulação em contrário, se, no prazo de 30 dias a contar da receção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente”*.

Sucedo que o STJ veio entender que na cláusula compromissória não constava qualquer convenção expressa para o modo como se devia proceder à nomeação dos árbitros nem tão-pouco existiu qualquer documento posterior assinado pela requerente nessa matéria, pese embora tenha admitido que se tenha estipulado expressamente que *“para a resolução de todos os litígios decorrentes deste contrato, fica estipulado a competência do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com sede n[º] Porto, com expressa renúncia a qualquer outro”*,

Deste modo, entendeu o STJ no acórdão que agora se comenta, que podendo o procedimento para a nomeação de árbitros ser, expressamente, regulado, na convenção de arbitragem, ou, supletivamente, na LAV, mas inexistindo qualquer convenção expressa sobre o modo como se deve proceder à nomeação dos árbitros, ou documento posterior assinado pela requerente, relativamente a esta questão, cada parte deve designar o seu árbitro e os, assim, designados devem escolher outro árbitro, para atuar como presidente do tribunal arbitral, consoante o preceituado pelo supramencionado artigo 10º, da LAV.

O STJ trouxe à colação o facto de as partes, sem a participação da Requerente, terem declarado aceitar os estatutos e o Regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN, em que se incluía o poder de o Presidente do Conselho de Arbitragem designar o árbitro presidente, com base no artigo 21º, do Regulamento do Centro de Mediação, Conciliação e Arbitragem da AICCOPN. E que, mais tarde, já com

a participação da Requerente, pela mesma ter sido comunicado que não aceitava os estatutos e o Regulamento do Centro de Arbitragem, bem como a indicação do árbitro designado pelo Conselho de Arbitragem, por esta ser uma competência dos árbitros designados pelas partes.

O STJ vem então referir que, a propósito da remissão para os regulamentos de arbitragem, preceitua o artigo 6º, que *“todas as referências feitas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem ou ao acordo entre as partes abrangem não apenas o que as partes aí regulem directamente, mas também o disposto em regulamentos de arbitragem para os quais as partes hajam remetido”*, e o artigo 10.º, n.º 1, ambos da LAV, que *“as partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro”*.

Sustenta o STJ que, resultando da cláusula compromissória 9.ª do contrato de empreitada que *“para a resolução de todos os litígios decorrentes deste contrato, fica estipulado a competência do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com sede n[º] Porto, com expressa renúncia a qualquer outro”*, sem que da mesma conste qualquer convenção expressa para o modo como se deverá proceder à nomeação dos árbitros, e, inexistindo, igualmente, qualquer documento posterior assinado pela requerente acerca desta matéria, e não tendo as partes, então, remetido para o Regulamento do Centro de Arbitragem, este não é relevante, de acordo com o preceituado pelos artigos 6.º, «in fine» e 10.º, n.º 1, da LAV.

Assim sendo, não podia o Presidente do Conselho de Arbitragem nomear o terceiro árbitro, com as funções de presidente, uma vez que essa é uma competência que não lhe pertence, por estar, legalmente, atribuída aos árbitros designados pelas partes, nos termos do disposto pelo artigo 10.º, n.ºs 1 e 3, com a consequente anulação da decisão arbitral, por a composição do tribunal arbitral não ter sido conforme com a lei aplicável, o que teve influência decisiva na resolução do litígio, uma vez que a posição que fez vencimento foi subscrita pelo árbitro presidente e pelo árbitro indicado pela requerida, considerando ainda o estipulado pelo artigo 46.º, n.º 3, vi), ambos da LAV.

Vem dizer o STJ que o que estava em causa nos autos era o procedimento para a nomeação do terceiro árbitro, que foi indicado pelo Presidente do Centro de Arbitragem, quando, legalmente, não o podia ser, contra o que, de imediato, se pronunciou a aqui requerente, pelo que, consequentemente, também, não se aplica o disposto no artigo 46º, n.º 4, da LAV, só aplicável, no caso de não se *“deduzir oposição de imediato”*, o que, reitera-se, «in casu», não se verifica, pois, que, repete-se, a aqui requerente, logo se opôs ao procedimento de nomeação do terceiro árbitro, nos moldes em que tal ocorreu.

Tendo concluído que as conclusões constantes das alegações da revista da requerida não mereciam acolhimento.

Concluiu, portanto o STJ, na matéria relevante para o presente comentário que:

I – São distintos os conceitos de «sede do tribunal arbitral» e de «lugar de arbitragem», podendo suceder que a «sede» e o «lugar de arbitragem», não obstante, virtualmente, abrangidos pela mesma área territorial do Tribunal Arbitral, pertençam a distritos judiciais diversos.

II – Situando-se a «sede» do Tribunal Arbitral, no Porto, e o «lugar de arbitragem», em Coimbra, e sendo determinante, por força do artigo 59.º, n.º 1, da LAV, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o «lugar de arbitragem», localizando-se este, na cidade de Coimbra, compreendida na circunscrição territorial afeta ao Distrito Judicial de Coimbra, é competente, em razão do território, o Tribunal da Relação de Coimbra, entretanto, definido,

no âmbito da jurisdição dos tribunais comuns, como o competente, em razão da matéria e da hierarquia.

III – Não constando na cláusula compromissória qualquer convenção expressa para o modo como se devia proceder à nomeação dos árbitros nem em documento posterior, embora as partes tenham conferido expressamente competência ao "Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com sede n[o Porto], com expressa renúncia a qualquer outro".

IV – Considerando que as partes não remeteram para o Regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN, não podia o Presidente do Conselho de Arbitragem nomear o terceiro árbitro, com as funções de presidente, uma vez que essa é uma competência que não lhe pertence, por estar, legalmente, atribuída aos árbitros designados pelas partes, nos termos do disposto pelo artigo 10.º, n.ºs 1 e 3. Tendo o Tribunal Arbitral sido constituído irregularmente.

Anotação

1. Introdução

Este acórdão do Supremo Tribunal de Justiça veio tomar posições inéditas sobre matérias que a generalidade da doutrina considerava pacíficas.

Com efeito, o STJ veio distinguir o conceito de «sede da arbitragem» do conceito de «lugar da arbitragem», quando a LAV não se refere a "sede da arbitragem" uma única vez, utilizando tão-somente a terminologia "lugar".

A distinção vem trazer confusão e eventuais conflitos de competência territorial, segundo a tese defendida pelo STJ qual seria o "lugar de arbitragem" quando a arbitragem tem sede no porto, teve audiência preliminar em Coimbra e audiência de julgamento em Lisboa?

Por outro lado, o STJ ao considerar que a atribuição de competência a um determinado Centro de Arbitragem não implicava que existisse acordo quanto ao modo de designação dos árbitros, parece inverter a intenção da LAV em matéria de remissão para regulamentos de arbitragem e inclusivamente para a lógica da generalidade desses regulamentos.

Com efeito, a remissão para um regulamento de arbitragem presume-se integral e caso as partes não pretendam a aplicação de alguma das disposições deverão fazê-lo na convenção arbitral, veja-se por exemplo em matéria de ár-

bitro de emergência ou arbitragem rápida no âmbito do regulamento da Câmara de Comércio Internacional ("CCI") ou do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa ("CAC").

2. Lugar da arbitragem

A LAV no seu artigo 31.º sob a epígrafe "Lugar da arbitragem" determina o seguinte:

"1 – As partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem. Na falta de acordo das partes, este lugar é fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes.

2 – Não obstante o disposto no nº 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações."

Armindo Ribeiro Mendes em anotação a este artigo refere que "o lugar da arbitragem não se confunde com o lugar onde fisicamente se praticam atos processuais arbitrais, que pode ser diverso por conveniências das partes e seus advogados, dos árbitros ou até de testemunhas".²

No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro que trata “lugar” e “sede” como sinónimos³, fala em funcionamento do tribunal “*extra muros*” que não prejudica o que se haja determinado para a sede da arbitragem.⁴

A anotação ao mesmo artigo da obra coordenada por Mário Esteves de Oliveira também trata como sinónimos “sede” e “lugar” da arbitragem,⁵ e, mais concretamente, refere que o n.º 2 do artigo 31.º permite “*que o tribunal arbitral se reúna ou funcione em lugar diverso do da sua sede, num local que se julgue ser apropriado para a realização de audiências, produção de diligências probatórias ou tomada de deliberações*”.⁶

Sempre se sublinhe que não é nova esta distinção entre lugar ou sede de arbitragem por oposição ao local onde por conveniência se pode reunir o tribunal arbitral ou realizar diligências. Já Lima Pinheiro, ainda sob a égide da anterior Lei de Arbitragem Voluntária, sustentava que “*o conceito jurídico de sede não corresponde muitas vezes ao conceito fáctico da sede (lugar onde se realiza a arbitragem). Frequentemente releva a sede convencionada pelas partes independentemente do lugar onde a arbitragem se realiza.*”⁷ Sendo o n.º 2 do artigo 31.º da LAV uma expressão dessa prática comumente aceite.

Não se vislumbra a necessidade e muito menos a razão que levou o STJ a destrinçar o conceito de sede de arbitragem daquele de lugar da arbitragem. Em primeiro lugar porque a LAV não faz essa distinção nem tão-pouco utiliza a terminologia de “sede da arbitragem”. Em segundo lugar, porque, como sumariamente verificado *supra*, a generalidade da doutrina considera sede e lugar da arbitragem como sinónimos.

No entanto, o STJ veio na decisão ora comentada assumir e decidir em sentido diametralmente oposto:

“Assim sendo, a sede do Tribunal Arbitral pode coincidir com o lugar da arbitragem, mas, situando-se embora este, tendencialmente, no âmbito do espaço territorial daquele, pode localizar-se fora da sua sede e até da sua área territorial, pelo que são distintos os conceitos de «sede do tribunal arbitral» e de «lugar de arbitragem», podendo, assim, suceder que a «sede» e o «lugar de arbitragem», não obstante, virtualmente, abrangidos pela mesma área territorial do Tribunal Arbitral, pertençam a distritos judiciais diversos.”

Esta distinção vem trazer implicações desde logo para a determinação da competência territorial dos tribunais estaduais em matérias determinantes, como resulta do artigo 59.º da LAV:

“1 – Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre:

- a) A nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.ºs 3,4 e 5 do artigo 10º e no n.º 1 do artigo 11º;*
- b) A recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14º, contra um árbitro que a não tenha aceite, no caso de considerar justificada a recusa;*
- c) A destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15º;*
- d) A redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17º;*
- e) O recurso da sentença arbitral, quando este tenha sido convencionado ao abrigo do n.º 4 do artigo 39º;*
- f) A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 9 do artigo 18º;*
- g) A impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46º;*
- h) O reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.”*

Reveste por isso especial importância a clara determinação e a estabilidade do lugar da arbitragem.

Assim não entendeu o STJ, o que poderá criar desafios acrescidos a uma lei de arbitragem ainda relativamente jovem, porquanto poderão surgir dúvidas quanto à competência territorial sobre uma arbitragem em que o lugar da arbitragem se encontrar em determinada área territorial e o local ou locais em que o tribunal arbitral considerou adequado reunir, realizar audiências ou diligências de produção de prova.

Em concreto, resulta do acórdão em análise que as partes convencionaram que o lugar da arbitragem seria na sede do Centro de Arbitragem da AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, constando da mesma inclusivamente a morada desse centro.

Entendimento que foi perfilhado pelo Tribunal da Relação de Coimbra que julgou procedente a impugnação e anulou o acórdão arbitral em causa.

Sempre se poderia dizer que as partes e o tribunal arbitral teriam querido alterar o lugar da arbitragem, que, por exemplo se admite conceptualmente na anotação ao artigo 31.º da obra coordenada por Mário Esteves de Oliveira, embora qualificando-a de “*alteração grave de circunstâncias, sufi-*

2 Coordenação Prof. Dário Moura Vicente, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3ª Ed. p. 104.

3 Prof. António Menezes Cordeiro, in Tratado da Arbitragem, comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro, p. 310 §II-6.

4 Idem, p. 313 §IV-12.

5 Coordenação Prof. Mário Esteves de Oliveira, Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, p. 390 §1.

6 Idem p. 393 §4.

7 Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, 2005, p. 142.

*cientemente alarmante para contrabalançar as consequências negativas para a estabilidade do processo resultantes da modificação do lugar da arbitragem”.*⁸

Sucedem que dos factos constantes da decisão que ora se comenta inexistem elementos que consubstanciem essa alteração do lugar da arbitragem.

Mais, o STJ em momento algum refere que as partes pretenderam alterar a sede da arbitragem, antes qualificou o n.º 2 do artigo 31.º uma alteração do lugar da arbitragem e com base nessa distinção, desnecessária e em oposição com a LAV e a generalidade doutrina, veio a decidir pela improcedência da exceção de incompetência territorial do Tribunal da Relação de Coimbra, o que, como resulta do exposto, não podemos acompanhar.

3. Remissão (parcial) para regulamento de arbitragem

O STJ, no âmbito de pronúncia sobre a regularidade/legitimidade da constituição do Tribunal Arbitral veio conhecer da matéria da remissão das partes na cláusula compromissória para regulamento de arbitragem.

Com efeito, a LAV determina no seu artigo 6.º que “[t]odas as referências feitas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem ou ao acordo entre as partes abrangem não apenas o que as partes aí regulem diretamente, mas também o disposto em regulamentos de arbitragem para os quais as partes hajam remetido.”

Como bem refere António Menezes Cordeiro “a remissão para regulamentos tem o efeito prático muito relevante de os incluir na própria convenção de arbitragem. Já assim resultaria das regras gerais; o 6.º reafirma-o para prevenir dúvidas”.⁹

A anotação da obra coordenada por Mário Esteves de Oliveira refere-se a este artigo como “uma norma algo redundante” sustentando que mesmo “se não estivesse posta expressamente nesse artigo da LAV, a disciplina da estatuição que nela se contém valerá e aplicar-se-ia à mesma”.¹⁰

Com efeito, a LAV considera que a remissão para um regulamento de arbitragem significa uma remissão integral, sendo naturalmente admissível – uma vez que estamos perante um negócio jurídico – no âmbito da autonomia da vontade, que as partes reduzissem ou limitassem a aplicação do regulamento de arbitragem remetido.

Dário Moura Vicente, na anotação a este artigo 6.º na obra por si coordenada é abundantemente claro sobre a possi-

bilidade de “as partes submeterem a respetiva disciplina ao disposto em regulamentos de arbitragem. Equipara-se neste preceito a remissão assim feita pelas partes ao que por elas houver sido estipulado na convenção de arbitragem ou de outro modo acordado.” Mais acrescentando que “essa remissão pode implicar renúncia ao direito de recorrer da sentença arbitral – reservado pelo art. 4.º, n.º 3, da Lei n.º 63/2011 pelo que respeita às convenções de arbitragem celebradas antes da entrada em vigor da nova LAV – quando o regulamento em causa os exclua”.¹¹

Fazendo especial referência ao Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Junho de 2015 em que se declara que “a aceitação e submissão, sem reservas, pelas partes, da aplicação das regras processuais previstas no Regulamento de Arbitragem de 2008 do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, no qual se prevê que a decisão final do tribunal arbitral não é suscetível de recurso, representa renúncia ao recurso dessa decisão.”¹²

Assim sendo, entende a doutrina, como entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, que mesmo não constando expressamente do texto da convenção arbitral, a renúncia ao recurso constante do Regulamento de Arbitragem do CAC era plenamente válida e oponível às partes.

Importa ainda relevar o disposto no artigo 10.º da LAV em matéria de designação dos árbitros:

“1 – As partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro.

2 – Caso o tribunal arbitral deva ser constituído por um único árbitro e não haja acordo entre as partes quanto a essa designação, tal árbitro é escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual.

3 – No caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que atua como presidente do tribunal arbitral.

4 – Salvo estipulação em contrário, se, no prazo de 30 dias a contar da receção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente.

5 – Salvo estipulação em contrário, aplica-se o disposto no número anterior se as partes tiverem cometido a designa-

⁸ Coordenação Prof. Mário Esteves de Oliveira, Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, p. 393 §3.

⁹ Prof. António Menezes Cordeiro, in Tratado da Arbitragem, comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro, p. 124 §IV-9.

¹⁰ Coordenação Prof. Mário Esteves de Oliveira, Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, pp. 107-8 §2.

¹¹ Coordenação Prof. Dário Moura Vicente, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3ª Ed. p. 40.

¹² Idem.

ção de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro e este não a tiver efetuado no prazo de 30 dias a contar da solicitação que lhe tenha sido dirigida nesse sentido.

6 – Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente tem em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de arbitragem internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

7 – Não cabe recurso das decisões proferidas pelo tribunal estadual competente ao abrigo dos números anteriores do presente artigo.”

A anotação de José Miguel Júdice na obra coordenada por Dário Moura Vicente sustenta que esta norma *“insere-se no princípio da liberdade contratual, pelo que poderia até ser considerada redundante. No entanto, exerce o efeito útil de afastar quaisquer dúvidas sobre a legalidade de regulamentos de instituições de arbitragem ou outras regras aplicáveis ao processo que determinem (como acontece com alguns centros arbitrais) que todos os árbitros sejam escolhidos com a participação (mas não mediante a escolha direta) das partes. Também decorre desta norma que é lícita a opção de as partes cometerem a terceiros a escolha de todos os árbitros.”*¹³

Sucedo que o STJ, embora reconhecendo a existência de uma remissão para o regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN, considerou que as partes na cláusula compromissória não haviam aceite expressamente as regras de designação e composição do Tribunal Arbitral constantes desse Regulamento, nem em escrito posterior.

Considerou o STJ que o procedimento para a nomeação de árbitros não fora expressamente regulado na convenção de arbitragem, fazendo tábua rasa do Regulamento de Arbitragem para o qual as partes haviam remetido.

Embora a doutrina se tenha referido tanto ao artigo 6.º como ao artigo 10.º da LAV como redundantes e que teriam o efeito útil de dissipar eventuais dúvidas,¹⁴ a verdade é que o STJ entendeu em sentido diverso daquele defendido pela generalidade da doutrina.

Sempre se diga que o acórdão ora comentado não refere que as partes promoveram qualquer modificação à cláusula compromissória, nem tão pouco refere eventual divergên-

cia entre a vontade real de uma das partes face ao texto da referida cláusula compromissória, nem mesmo versa sobre o eventual desconhecimento do regulamento e a eventual aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais, como admite ser possível António Menezes Cordeiro na sua anotação ao artigo 6.º da LAV.¹⁵

Seria sempre indiferente o facto que o STJ relevou de as partes, em momento posterior e sem a participação da requerente, terem declarado aceitar os estatutos e o Regulamento do Centro de Arbitragem da AICCOPN, em que se incluía o poder de o Presidente do Conselho de Arbitragem designar o árbitro presidente, com base no artigo 21.º, do Regulamento do Centro de Mediação, Conciliação e Arbitragem da AICCOPN.

Como seria indiferente a recusa posterior da requerente em aceitar aceitava os estatutos, o Regulamento do Centro de Arbitragem e a indicação do árbitro designado pelo Conselho de Arbitragem.

As partes, incluindo a requerente, haviam dado o seu consentimento na forma de composição do Tribunal Arbitral na cláusula compromissória, por remissão para o Regulamento do Centro de Mediação, Conciliação e Arbitragem da AICCOPN.

Assim, na nossa opinião, o entendimento do STJ no acórdão que agora se comenta veio contrariar tanto o artigo 6.º como o artigo 10.º da LAV, criando dificuldades numa matéria que era tida como assente e mesmo “redundante” pela generalidade da doutrina.

4. Conclusão

O Acórdão de 6 de setembro de 2016 veio trazer distinções onde a LAV as não faz e exigir complexificação da convenção arbitral quando a LAV admite exatamente o contrário.

Este acórdão acaba por colocar a nú alguma falta de penetração da doutrina arbitral portuguesa, que, embora recente, face também à juventude da LAV, é já sobeja e suficientemente densificada.

A integração da doutrina arbitral é tão ou mais importante quando o texto base da LAV resulta inclusivamente de uma iniciativa e participação invulgarmente ativa da Associação Portuguesa de Arbitragem no processo legislativo.

¹³ Coordenação Prof. Dário Moura Vicente, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3ª Ed. p. 47.

¹⁴ Vide nota 11 (anotação ao artigo 6.º na obra coordenada pelo Prof. Mário Esteves de Oliveira, Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, pp. 107-8 §2) e nota 14 (anotação de José Miguel Júdice na obra coordenada pelo Prof. Dário Moura Vicente, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3ª Ed. p. 47).

¹⁵ Idem p. 124 §IV-10.

A FALSA ESPECIFICIDADE DO CASO JULGADO DA SENTENÇA ARBITRAL

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 8 DE SETEMBRO DE 2016

Carla Góis Coelho

Mestre em Direito (Mestrado Científico
em Ciências Jurídicas – FDUL)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUNL)
Associada Sénior PLMJ

Supremo Tribunal de Justiça,

Processo n.º: 3316/05.6TBMTS.P1.S1¹
Relator: Olindo Geraldes

Sumário:

- I No processo de expropriação, o objeto da relação material controvertida está consubstanciada na expropriação de um bem mediante o pagamento da justa indemnização.
- II O caso julgado da decisão arbitral, no processo de expropriação, limita-se à indemnização fixada, não se estendendo à fundamentação.

Resumo:

O Acórdão foi proferido no âmbito de um processo de arbitragem necessária – a arbitragem prevista no Código das Expropriações aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro e, em particular, no artigo 38.º, n.º 1, do referido diploma.

Da sentença arbitral proferida no âmbito da aludida arbitragem foi, pelos Expropriados, interposto recurso para o Tribunal Judicial de 1.ª Instância² e, deste, pela Expropriante, para o Tribunal da Relação do Porto. Inconformados com o sentido do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, os Expropriados interpuseram recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

Em um parágrafo, antecipamos a nossa conclusão final: a decisão do Supremo Tribunal de Justiça é correta quanto

ao seu sentido último. Contudo, o raciocínio fundamentador para o efeito adotado pelo mesmo Tribunal é equívoco e infundado.

De facto, se nada temos a apontar quanto ao ponto I do Sumário do Acórdão, já o seu ponto II (“II – O caso julgado da decisão arbitral, no processo de expropriação, limita-se à indemnização fixada, não se estendendo à fundamentação”) mostra-se, *de per se*, enganador: o (correto) sentido da decisão do Acórdão justifica-se pelo não reconhecimento, à sentença arbitral em causa, de uma qualquer eficácia de caso julgado, e já não (como se entendeu no Acórdão) por via de uma restrição do escopo da autoridade de tal (suposto) caso julgado.

O Acórdão apresenta uma restrição quanto ao âmbito material da autoridade de um caso julgado que não só não fundamenta o (correto) sentido da decisão do Supremo Tribunal de Justiça, como é, por princípio e sem mais enquadramento, uma asserção incorreta e infundada.

Por fim, uma última nota introdutória se impõe quanto à circunstância de a sentença arbitral objetos dos três recursos elencados *supra* ter sido proferida no âmbito de uma arbitragem necessária: este fator não só não releva para a análise do problema em questão, como não introduz qualquer especificidade no raciocínio decisor do Supremo Tribunal de Justiça nem na análise que faremos quanto a esse mesmo raciocínio. As únicas particularidades daí resultantes circunscrevem-se à tramitação do processo em apreço, em especial no que se reporta ao facto de a sentença arbitral ter sido impugnada por via de recurso interposto para o Tribunal de 1.ª Instância territorialmente competente (artigos 38.º, n.º 1, 49.º, n.ºs 1 e 2, e 52.º, todos do Código das Expropriações). Este fator todavia não tem qualquer impacto ao nível do comentário que nos propomos fazer.

Anotação

1. O caso em análise

O Supremo Tribunal Justiça, por Acórdão datado de 8 de setembro de 2016, proferido pela 7.ª Secção e sob o processo n.º 3316/05.6TBMTS.P1.S1 (doravante “Acórdão”), decidiu, em conformidade com o seu Sumário, que:

I – No processo de expropriação, o objeto da relação material controvertida está consubstanciada na expropriação de um bem mediante o pagamento da justa indemnização.

II – O caso julgado da decisão arbitral, no processo de expropriação, limita-se à indemnização fixada, não se estendendo à fundamentação”³.

¹ Disponível em www.dgsi.pt.

² Nos termos previstos nos artigos 38.º, n.ºs 1 e 3, e 52.º do Código das Expropriações, da decisão arbitral cabe sempre recurso para os tribunais comuns, em particular, para o tribunal do lugar da situação dos bens ou da sua maior extensão.

Está em causa uma expropriação por utilidade pública urgente. Atenta a inexistência de acordo das partes quanto ao valor da indemnização a pagar aos Expropriados, foi desencadeado o processo de arbitragem necessária especificamente previsto no Código das Expropriações aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro (doravante “Código das Expropriações”) para o efeito. A sentença arbitral fixou a indemnização dos Expropriados em € 141.195,95.

O Tribunal de 1.ª Instância, concedendo provimento parcial ao recurso interposto pelos Expropriados (nos termos do qual os Expropriados requeriam a fixação de uma indemnização no valor de € 257.250,00), reviu o valor de tal indemnização para € 221.873,84.

Já o Tribunal da Relação do Porto, julgando parcialmente procedente o recurso interposto pela Expropriante, reduziu o valor da indemnização para € 169.814,49.

Para fundamentar tal decisão o Tribunal da Relação do Porto revisitou e alterou alguns dos fundamentos e pressupostos adotados na sentença arbitral. O Tribunal da Relação considerou ainda que a sentença arbitral, em processo de expropriação por utilidade pública, “faz caso julgado no que respeita ao montante da indemnização e não quanto às qualificações que os árbitros tenham efetuado”, isto especialmente em resposta à contra-alegação dos Expropriados no sentido de que alguns fundamentos que constituíam pressupostos da sentença arbitral haviam já transitado em julgado, por não terem sido questionados pela Expropriante no momento próprio (designadamente, equacionamos, no âmbito de um eventual recurso a interpor pela Expropriante para o Tribunal de 1.ª Instância), o que, na sua tese, seria impeditivo de uma tomada de decisão no sentido da revisão do valor da indemnização.

No recurso interposto pelos Expropriados para o Supremo Tribunal de Justiça estes pretendiam a fixação do valor da referida indemnização em € 221.873,84, valor correspondente à indemnização arbitrada pelo Tribunal de 1.ª Instância.

Considerando que de acordo com o previsto no artigo 66.º, n.º 5, do Código das Expropriações não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça salvo nos casos em que é sempre admissível recurso, os Expropriados interuseram o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça ao abrigo do disposto no artigo 672.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil, alicerçado na suposta existência de uma contradição entre a fundamentação do Acórdão proferido no processo pelo Tribunal da Relação do Porto e a fundamentação do Acórdão proferido em 22.02.2011 pelo Tribunal da Relação de Guimarães⁴, nos termos do qual foi decidido que “o caso julgado do acórdão

arbitral incide sobre a decisão, como conclusão de certos fundamentos, e atinge estes enquanto pressupostos da decisão”.

Tal como contra-argumentado na instância recursória de apelação, defendiam os Expropriados, no seu recurso de revista, que o Tribunal da Relação do Porto estaria vinculado ao efeito positivo / à autoridade do caso julgado da sentença arbitral, já “formada” no que especificamente se reporta à parte decisória desta sentença que não havia sido questionada no âmbito do recurso interposto pelos Expropriados para o Tribunal de 1.ª Instância.

Assim, e em síntese, os Expropriados defendiam que o juízo decisório do Tribunal da Relação do Porto estava vinculado pela autoridade de caso julgado de que estavam dotadas determinadas conclusões e pressupostos da sentença arbitral, não sindicados no recurso interposto para o Tribunal de 1.ª Instância. No seu entender o Tribunal da Relação do Porto não poderia, por isso, visitar e contrariar tais conclusões e pressupostos de decisão e, em consequência disso mesmo, revisar o valor da indemnização a atribuir aos Expropriados.

Não obstante ter considerado admissível o referido recurso de revista, o Supremo Tribunal de Justiça negou-lhe provimento, confirmando o decidido pelo Acórdão da Relação do Porto.

Tal como identifica o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão, subjacente à controvérsia suscitada no processo e nas suas três instâncias recursórias está, em particular, a valoração diferenciada do índice de construção e da necessidade de despesas para reforço e prolongamento de infraestruturas para o interior do prédio.

Feita esta breve introdução quanto ao processo e ao Acórdão objeto de comentário e também uma ainda mais breve apresentação quanto à análise crítica que o mesmo nos desperta, impõem-se algumas considerações sobre a sentença arbitral e a eficácia do caso julgado arbitral. Tratam-se de considerações necessariamente perfunctórias, que todavia entendemos serem úteis para uma análise com maior propriedade do Acórdão.

2. Em geral – o caso julgado da sentença arbitral

A Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (doravante “LAV”) consagrou o conceito de sentença arbitral no seu artigo 39.º, n.º 4, prevendo que seja qualificada como tal a decisão proferida “sobre o fundo da causa” ou que, “sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral”.

Assim, a sentença arbitral será aquela que põe termo ao processo, podendo ser uma decisão de mérito ou pro-

³ O texto integral deste Acórdão está disponível no sítio www.dgsi.pt.

⁴ Processo n.º 122/06.4TBFLG.G1; acórdão disponível no sítio www.dgsi.pt.

cessual (por exemplo, uma decisão que confere provimento à exceção de alegada incompetência do Tribunal Arbitral).

Ainda com respeito ao conceito de sentença arbitral (e, aqui, sem distinção relevante face ao que sucede quanto às sentenças judiciais) cumpre distinguir entre as sentenças contempladas pelo efeito de caso julgado material (aquelas que se pronunciam sobre o mérito da lide, decidindo sobre a procedência das pretensões e eventuais exceções perentórias materiais invocadas) e as decisões formais, que diferentemente se pronunciam sobre a relação processual (entre as quais se encontram as decisões que apreciam determinados pressupostos processuais e que, por exemplo, julgam procedente a alegada exceção de incompetência do Tribunal Arbitral) e, como tal, encerram efeito de caso julgado formal, com força obrigatória apenas dentro do processo em causa⁵.

Assim, a sentença arbitral será aquela que põe termo ao processo, podendo ser uma decisão de mérito ou processual (por exemplo, uma decisão que confere provimento à exceção de alegada incompetência do Tribunal Arbitral). Apenas às primeiras será, no entanto, reconhecida a eficácia de caso julgado material. As segundas, mesmo que determinando a extinção do processo, na medida em que não consubstanciam um qualquer pronunciamento sobre o mérito da causa, revestirão apenas eficácia de caso julgado formal.

A 1.^a Recomendação do Relatório da *International Law Association*⁶ sobre Caso Julgado proclama o reconhecimento do efeito de caso julgado relativamente às sentenças arbitrais, nas quais considera incluírem-se as sentenças arbitrais finais (podendo estas resultar do acordo das partes), as sentenças arbitrais parciais e também as decisões sobre jurisdição.

Neste sentido, também Gary Born⁷, ainda que por referência ao *common law*, defende que as decisões arbitrais provisórias, interlocutórias, parciais ou finais, todas elas revestem eficácia de caso julgado.

A atribuição de eficácia de caso julgado a uma sentença arbitral resulta, desde logo, da sua admissão e legitimação

constitucional, sendo que esta admissão e legitimação apenas será plena e o processo arbitral apenas revestirá conteúdo útil se aquela eficácia for reconhecida à sua sentença⁸.

Foi este, portanto, o sentido adotado desde cedo pela jurisprudência nacional e internacional, da qual se destaca o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que, com data de 30.01.1990⁹, definiu os requisitos necessários à qualificação de uma decisão arbitral como sentença e para a conseqüente atribuição da eficácia de caso julgado.

O Tribunal Constitucional¹⁰ pronunciou-se também no sentido da concessão de eficácia de caso julgado à sentença arbitral proferida no âmbito de um processo arbitral, tendo designadamente considerado que da admissão constitucional dos Tribunais Arbitrais se infere, tal como para uma qualquer sentença judicial que, uma vez reunidos determinados requisitos, dirima um determinado conflito de interesses que lhe seja submetido a apreciação pelas partes, que a sentença arbitral terá que estar dotada da estabilidade e da força características do caso julgado.

Neste preciso sentido, também o Tribunal de Justiça da União Europeia, através de decisão datada de 23.03.1982, proferida com respeito ao caso *Nordsee v. Reederei*¹¹, proclamou a equiparação da força executiva da sentença arbitral à da sentença judicial.

O caso julgado da sentença arbitral, tal como o da sentença judicial é, assim, o efeito mais importante das decisões jurisdicionais insuscetíveis de recurso ordinário, traduzindo-se precisamente na imutabilidade e indisputabilidade do seu segmento decisório.

A *ratio* do princípio do caso julgado assenta na necessidade de colocar um termo à litigância e assim obter segurança jurídica e paz social, de evitar a contradição de julgados e também no princípio de acordo com o qual ninguém – ou nenhuma pretensão – deve ser julgado duas vezes pelos mesmos factos.

Neste sentido, Peter Barnett¹² prescreve que a autoridade do caso julgado assenta em dois princípios fundamentais,

5 Tal como prescreve João Luís LOPES DOS REIS (“A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)” in *ROA*, 58, p. 56), cremos que apenas assim não será se o Tribunal Arbitral expressamente declarar que a decisão é uma decisão não final e meramente provisória (a ser confirmada no âmbito da decisão final do processo), justificando a necessidade de proferir uma decisão de tal natureza, por via de requerimento apresentado pelas partes ou com vista a acautelar interesses legítimos das partes, de uma das partes ou do próprio processo.

6 *International Law Association – “Berlin Conference, 2004”*, International Commercial Arbitration Committee – “*Interim Report: “Res judicata” and Arbitration*”, disponível em <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19> (conforme Ponto 19, página 30, do Relatório Provisório e n.º 1 das Recomendações definitivas).

7 *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, p. 2428.

8 Para mais desenvolvimentos vide, da nossa autoria, a Tese subordinada ao tema *O caso julgado arbitral: “eficácia e especificidades - em especial, o efeito preclusivo stricto sensu”* disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

9 Processo n.º 078288, disponível em www.dgsi.pt: “Quando uma decisão arbitral configura o litígio com alguma precisão, identifica os árbitros, refere a legalidade da arbitragem, o seu trânsito em julgado e a possibilidade executória, tal decisão contém o suficiente para se saber o modo e o porque da condenação, devendo assumir-se como sentença”.

10 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 506/96: Processo n.º 137/93, 1.ª Secção, disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960506.html>.

11 *In Revue de l'arbitrage*, 1982, p. 473.

12 *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments – The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford Private International Law Series, 2001, p. 9.

que são o interesse do estado na não eternização dos litígios e no não julgamento de uma pessoa duas vezes com respeito à mesma causa, evitando desde modo a ocorrência de processos redundantes.

As soluções consagradas em sede de direito convencional ilustram precisamente este entendimento: o artigo III da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958¹³, por exemplo, concede neste entendimento fazendo referência ao reconhecimento, pelos Estados membros, da autoridade da sentença arbitral e do seu carácter exequível¹⁴.

Quer nos regulamentos arbitrais dos Centros de Arbitragem institucionalizada nacionais e internacionais, quer no direito comparado, as soluções consagradas estão alinhadas com o exposto. O conceito de caso julgado consubstancia, assim, um princípio geral de direito internacional, integrante da ordem pública internacional, reconhecido pelos ordenamentos jurídicos de todos os Estados de Direito, e como tal reconhecido e atribuído também no domínio arbitral.

Na generalidade dos regimes de direito comparado consultados a atribuição da eficácia do caso julgado faz-se através da expressa consagração da equiparação, a esse nível, da sentença arbitral à sentença judicial ou através da equiparação efetuada por via de um juízo analógico, necessário face à ausência de regulação quanto aos efeitos e consequências da sentença arbitral e justificado pela admissão e legitimação constitucional da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios.

O regime arbitral português não é exceção: por via do disposto no n.º 7 do artigo 42.º da LAV, o legislador português procedeu à regulamentação do caso julgado arbitral por via da equiparação do seu conteúdo, efeitos e momento de constituição e produção de efeitos ao caso julgado judicial.

Nessa medida, a eficácia da sentença arbitral proferida no âmbito de uma arbitragem com sede em Portugal não fica,

portanto, dependente de um qualquer prévio reconhecimento ou homologação por parte da jurisdição estadual¹⁵. A atribuição de tal eficácia de caso julgado está tão-somente dependente no carácter irrecorrível e imodificável do seu segmento decisório, o que se afigura uma solução de *favor arbitrandum*¹⁶ por comparação com as soluções de direito comparado que exigem uma declaração judicial de *exequatur*¹⁷ enquanto condição da exequibilidade de uma sentença arbitral (condição de exequibilidade e não de eficácia de caso julgado, é certo, esta porém não se verificando plenamente e em todas as suas virtualidades sem a referida declaração).

De facto, o trânsito em julgado da sentença arbitral verificar-se-á quando esta não se afigure suscetível de alteração nos termos previstos no artigo 45.º da LAV (por decurso do prazo de trinta dias previsto para o requerimento de retificação, esclarecimento ou de sentença adicional sem a sua efetiva apresentação), e seja de igual modo insuscetível de interposição de recurso (quer porquanto este não tenha sido convencionado como admissível pelas partes ou não se afigure possível independentemente da dita convenção, nos termos do n.º 4 do artigo 39.º, quer porque, não obstante admissível, não foi interposto no prazo legalmente previsto).

Contudo, a eventual instauração e pendência de uma ação de anulação da sentença arbitral em nada perturba a concretização e os efeitos do trânsito em julgado da sentença arbitral, o que resulta desde logo do disposto no artigo 42.º, n.º 7, da LAV, mas também do n.º 3 do artigo 47.º do mesmo diploma, que autoriza que uma sentença arbitral seja oferecida enquanto título executivo, ainda que impugnada por via de uma ação de anulação. De resto, apenas o provimento de uma tal ação de anulação terá como consequência a “destruição” da sentença arbitral e, como tal, do efeito de caso julgado que lhe havia sido associado¹⁸.

Feito este enquadramento preliminar, e voltando ao caso concretamente em análise, sublinhamos que em matéria de arbitragem necessária nenhuma especificidade se re-

13 Convenção aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94, e com início de vigência relativamente a Portugal em 16 de janeiro de 1995.

14 Antes da celebração da mencionada Convenção de Nova Iorque, já a Convenção de Genebra de 1927, aprovada pelo Decreto n.º 18942, de 11 de setembro de 1930 – à qual aquela convenção sucedeu –, referente à execução de sentenças arbitrais proferidas em decorrência das cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais referidos no Protocolo de Genebra de 1923, reconhecia a autoridade de toda a sentença arbitral proferida em consequência de um compromisso ou de uma cláusula compromissória.

15 É esta também a solução do artigo 35.º n.º 1 e do artigo 34.º n.º 2 da Lei Modelo da CNUDCI, respetivamente na sua versão anterior e posterior a 15.08.2010.

16 A solução consagrada na LAV vai ainda mais longe, permitindo em determinadas hipóteses e mediante a verificação de determinados pressupostos, a execução da sentença arbitral ainda não transitada em julgado, tal como de resto é autorizado com respeito à sentença judicial.

17 É, por exemplo, o caso das ordens jurídicas Francesa – artigos 1477.º, 1478.º, 1488.º e 1489.º do Code de Procedure Civile Francês –, Inglesa – artigo 66.º do Arbitration Act –, Suíça – artigo 386.º do Code de Procedure Civile Suiço – Italiana – artigos 824.º, bis, e 825.º do Codice di Procedura Civile – e Alemã – artigo 1064.º do ZPO Alemão. Em geral, estes regimes preveem que a eficácia executória de caso julgado da sentença arbitral nacional ficará dependente, no país sede do processo arbitral do qual aquela emerge, da concessão de *autorictas* por via de uma declaração de *exequatur* nesse sentido por parte da instância judicial, ao que subjaz um controlo, ainda que de forma, da dita sentença e legitimidade do processo arbitral.

18 A este respeito, PAULA COSTA E SILVA (“Anulação e Recursos da Decisão Arbitral” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Dezembro 1992, p. 961) ensina que a anulação de decisão arbitral equivale a uma declaração de nulidade da mesma. Assim, verificar-se-á, em sua consequência, a invalidação da sentença arbitral e correspondente processo, deixando aquela de produzir quaisquer efeitos, o que designadamente determinará a extinção das ações executiva e de reconhecimento da sentença arbitral, se pendentes, bem como a obrigação das partes restituírem o indevidamente recebido ao abrigo e com fundamento na referida sentença. Por imposição do disposto no n.º 10 do artigo 46.º da LAV a anulação da sentença arbitral determina ainda a reconstituição da eficácia da convenção de arbitragem com respeito ao objeto do litígio.

gista quanto à fixação de eficácia de caso julgado a uma sentença arbitral: por via da remissão encerrada nos artigos 1082.º e 1085.º do Código de Processo Civil, será aplicável o disposto no n.º 7 do artigo 42.º da LAV. Em qualquer caso, o artigo 51.º do Código das Expropriações, que regula a execução prática do sentenciado pelo Tribunal Arbitral, também o confirma (ainda que indireta e implicitamente), na medida em que, não sendo interposto recurso, nos termos previstos no artigo 52.º, n.º 1, do Código das Expropriações, tal execução segue, sem mais e sem qualquer possibilidade de distorção, o decidido pelo Tribunal Arbitral.

3. Ainda em geral – a eficácia objectiva do caso julgado da sentença arbitral – os efeitos positivo e negativo do caso julgado

Por referência às sentenças judiciais e arbitrais proferidas sobre o mérito da causa, que revestem eficácia de caso julgado material, é tradicionalmente ponderada a atribuição de três tipos de efeitos distintos ao seu caso julgado: um efeito positivo, um efeito negativo e um efeito preclusivo¹⁹.

Sinteticamente, o primeiro desses potenciais efeitos, comumente designado por “autoridade de caso julgado”, traduz-se na imposição da decisão transitada em julgado no âmbito de um processo judicial ou arbitral conexo – através de uma exceção perentória de caso julgado –, enquanto o segundo, inversamente, traduz-se na inadmissibilidade da instauração de uma segunda ação sobre um mesmo objeto já decidido, constituindo essa primeira decisão, sob a veste de uma exceção processual – a exceção dilatária de caso julgado – um obstáculo a uma nova tomada de decisão sobre a mesma matéria.

Ambos os efeitos constituem uma dupla perspetiva e tutela processual que é conferida a uma mesma realidade substantiva – tal como definida pelo segmento decisório objeto da eficácia de caso julgado – e que, muito embora distinta, se afigura complementar entre si, na exata medida em que visa (i) assegurar e afirmar, designadamente em outras sedes jurisdicionais com objeto processual que

compreenda o (ou se relacione com o) objeto do caso julgado sem se esgotar nele, a autoridade da “verdade processual” do decidido, impondo-se como pressuposto indiscutível de uma posterior decisão de mérito e evitando, assim, que a relação jurídica material, tal como definida pelo julgado, seja apreciada ou considerada diferentemente em uma outra sede jurisdicional (efeito positivo ou autoridade de caso julgado)²⁰, e (ii) simultaneamente²¹ impedir que aquela “verdade processual”, tal como apresentada a decisão e decidida no primeiro processo entretanto transitado em julgado, seja submetida a uma nova (potencialmente distinta e inútil) decisão jurisdicional (efeito negativo do caso julgado).

Ambos os efeitos são reconhecidos pela generalidade dos sistemas jurídicos, na medida em que se traduzem numa consequência direta e necessária do princípio jurídico estruturante, de direito material – e integrante da ordem pública internacional do Estado Português – que é o princípio do caso julgado. Estes dois efeitos são, portanto, aplicáveis independentemente da natureza arbitral ou judicial dos processos e também independentemente do direito substantivo e processual aplicável. Assim é não obstante a específica consagração processual de tais efeitos apresentar variantes consoante o direito aplicável, sobretudo no que se refere ao efeito positivo do caso julgado, designadamente quanto aos pressupostos da sua verificação, tais como a eventual exigência da identidade das partes e/ou de uma relação de prejudicialidade ou, pelo menos, de uma relação de interação entre os objetos dos dois processos.

4. Análise crítica quanto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016

É precisamente quanto à extensão (e, no limite, quanto à própria efetividade) do efeito positivo / da autoridade do caso julgado que a fundamentação do Acórdão *sub judice* se mostra imprecisa, em particular por via do antecipadamente censurado ponto II do seu sumário, nos termos do qual se consagra que “II – O caso julgado da decisão arbitral, no processo de expropriação, limita-se à indemnização fixada, não se estendendo à fundamentação”.

19 Concentrar-nos-emos nos efeitos positivo e negativo do caso julgado. O efeito preclusivo do caso julgado é de aplicação mais duvidosa às sentenças arbitrais e, sobretudo, às sentenças judiciais, relacionando-se, em síntese e em termos gerais (forçosamente simplistas), com a impossibilidade de uma nova ação – e decisão – ter como objeto uma qualquer questão (facto / pedido) que na ação já decidida por sentença transitada em julgado, podendo ter sido invocada pelas partes – e decidida –, não o foi. Para mais desenvolvimentos *vide*, da nossa autoria, a Tese subordinada ao tema *O caso julgado arbitral: “eficácia e especificidades – em especial, o efeito preclusivo stricto sensu”* disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

20 Nesse sentido, veja-se JACINTO RODRIGUES BASTOS (*in Notas ao Código de Processo Civil*, Volume III, 3.ª Edição, Almedina, 2001, pp. 60 e 61), que defende que o efeito positivo do caso julgado, muito embora vocacionado enquanto consequência e simultaneamente tutela do caso julgado material, caracteriza também o caso julgado formal, na medida em que as decisões abrangidas por este efeito constituem autoridade que deverá ser respeitada no decurso do processo no qual foram proferidas. De forma elucidativa quanto à destriça entre o efeito positivo e o efeito negativo do caso julgado, escreve MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *in “As partes, o objecto e a prova na acção declarativa”*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 49 e ss, que “a exceção de caso julgado visa evitar que o órgão jurisdicional duplicando as decisões sobre idêntico objecto processual, contrarie na decisão posterior o sentido da decisão anterior ou repita na decisão posterior o conteúdo da decisão anterior”, e que “quando vigora como autoridade de caso julgado, o caso julgado material manifesta-se no seu aspecto positivo de proibição de contradição da decisão transitada: a autoridade de caso julgado é o comando de acção, a proibição de omissão respeitante à vinculação subjectiva à repetição do processo subsequente do conteúdo da decisão anterior e à não contradição da decisão antecedente”.

21 Em sentido próximo, quanto à complementaridade e definição da tutela assegurada pelos efeitos positivo e negativo do caso julgado, veja-se ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado, 3.ª Edição, 1950, Reimpressão – Coimbra Editora, 2007, volume V, p. 93.

De facto, na medida em que o segmento decisório objeto de caso julgado seja resultado necessário de determinadas preposições fáctico jurídicas, imprescindíveis para a adequada compreensão e delimitação de tal segmento, essas preposições não poderão senão considerar-se abrangidas pelo referido efeito positivo / pela autoridade do caso julgado, não podendo, em consequência, e tal como sucede com o segmento decisório *stricto sensu* considerado, ser contrariadas em outro processo pendente entre as mesmas partes²².

Sob pena de ser colocado fatalmente em crise o dito efeito positivo do caso julgado – e, com isso, o próprio princípio e a própria *ratio* do caso julgado globalmente considerado – não pode, pois, aceitar-se que, uma vez transitada em julgado determinada sentença (arbitral ou judicial, no caso pouco importa) se considere, sem mais, que a fundamentação fáctico jurídica tida como a fundamentação imprescindível de tal sentença não se mostre dotada de uma eficácia positiva / autoridade de caso julgado material, pelo menos entre as partes do processo e pelo menos no que especificamente se reporta às asserções factuais que consubstanciam a essencial e basilar razão de ser de que o sentido decisório final é consequência necessária.

O ponto II do sumário do Acórdão mostra-se, pois, equívoco e, salvo o devido respeito, enuncia uma premissa jurídica errada.

Tanto quanto podemos antecipar face ao acesso limitado que temos aos termos do processo *sub judice*, consideramos possível que o Supremo Tribunal de Justiça tenha abordado o tema da extensão da eficácia material do efeito positivo / autoridade do caso julgado aos fundamentos da decisão (abordagem que, do nosso ponto de vista, era desnecessária para fundamentar o sentido decisório a final tomado) e, como tal, incorrido na imprecisão apontada quanto ao ponto II do sumário do Acórdão pela forma como os Expropriados, num primeiríssimo momento, se pronunciaram sobre o tema do caso julgado²³: no âmbito das suas contra-alegações de recurso de

apelação, os Expropriados alegaram que alguns fundamentos que constituíam pressupostos da sentença arbitral haviam já transitado em julgado, por não terem sido questionados pela Expropriante (nem, naturalmente, pelos Expropriados no âmbito do recurso por estes interposto da sentença arbitral para o Tribunal Judicial de 1.ª Instância). Se bem compreendemos tal raciocínio, cremos que os Expropriados queriam imputar à Expropriante a circunstância de, conformada com o sentido da sentença arbitral, não ter questionado a sua fundamentação fáctico jurídica (ou parte dela) no âmbito do referido recurso interposto da sentença arbitral para o Tribunal Judicial de 1.ª Instância, promovendo tal sindicância “apenas” em sede de recurso de apelação para o Tribunal da Relação. Foi muito provavelmente a construção de tal argumentário por parte dos Expropriados que direcionou o Supremo Tribunal de Justiça a pronunciar-se (do nosso ponto de vista, desnecessariamente) sobre o impacto que a autoridade do caso julgado tem sobre a fundamentação essencial de uma sentença.

A argumentação construída a este respeito pelos Expropriados não colhe, e isto desde logo na medida em que não se antecipa como – com que legitimidade processual – poderia a Expropriante questionar, em eventual recurso a interpor para o Tribunal Judicial de 1.ª Instância, a fundamentação (ou parte da fundamentação) da sentença arbitral sem, necessariamente, questionar o seu sentido decisório último, sentido decisório esse com o qual, tanto quanto podemos concluir, a Expropriante entendeu conformar-se (conformação essa que faz com que se exclua, portanto, a legitimidade processual da Expropriante para interpor tal recurso, seja a título de um recurso independente, seja a título de um recurso subordinado). Considerando que estaria em causa parte da fundamentação da sentença arbitral (e, portanto, não necessariamente um fundamento de ação ou de defesa relativamente ao qual a Expropriante tivesse decaído), não haveria também qualquer legitimidade para um requerimento da Expropriante no sentido da ampliação do âmbito do recurso interposto pelos Expropriados para o Tribunal de 1.ª Instância.

22 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA ensina, a este respeito, que “*toda a decisão é a conclusão de certos pressupostos (de facto ou de direito) o respectivo caso julgado encontra-se sempre referenciado a certos fundamentos. Assim, reconhecer que a decisão está abrangida pelo caso julgado não significa que ela valha com esse valor, por si mesma e independentemente dos respectivos fundamentos. Não é a decisão, enquanto conclusão do silogismo judiciário, que adquire o valor de caso julgado, mas o próprio silogismo considerado no seu todo: o caso julgado incide sobre a decisão como conclusão de certos fundamentos e atinge estes fundamentos enquanto pressupostos daquela decisão (In Estudos sobre o Novo Processo Civil, 2.ª Edição, LEX, Lisboa, 1997, pp. 578 e 579).*”

Também o Supremo Tribunal de Justiça professou este entendimento, designadamente por via do Acórdão proferido 13.07.2010: “*o caso julgado abrange a decisão e os seus fundamentos logicamente necessários, a decisão e as questões solucionadas na sentença conexas com o direito a que se refere a pretensão do autor*” (Processo n.º 3661/2010, disponível em www.dgsi.pt). No mesmo sentido, pode ainda consultar-se o Acórdão proferido pelo mesmo Tribunal em 05.05.2005, relatado pelo Exmo. Juiz Conselheiro Araújo Barros). Nesse sentido, veja-se ainda, a título exemplificativo, o sentido do Acórdão proferido em 14.03.2006 pelo Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 05B3582, disponível em www.dgsi.pt): “*a força do caso julgado abrange não só as questões directamente decididas na parte dispositiva da decisão, mas, outrossim, as preliminares que, decididas expressamente na fundamentação da sentença, constituem antecedente lógico necessário da parte dispositiva do julgado*”. Este sentido foi também professado pelo Acórdão proferido por este mesmo Tribunal em 09.05.1996, publicado em Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, ano IV, Tomo II, pp. 55 e 56. REMÉDIO MARQUES (A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 2.ª Edição, Coimbra, 2009, p. 662) corrobora de igual modo tal entendimento: “*o caso julgado forma-se sobre a parte decisória da sentença final enquanto conclusão de certos fundamentos, que se constituem como o pressuposto lógico e necessário da decisão*”.

23 Os Expropriados sintetizam a sua alegação concluindo que “*d) A decisão da Expropriante em não recorrer e das Expropriadas em sindicarem a decisão arbitral em determinados aspetos concretos, define o âmbito do conhecimento do Tribunal (princípio do pedido), mas também toda a atividade instrutória, sobretudo quando quer a arbitragem, quer a avaliação, assumiram o mesmo critério de determinação da justa indemnização. e) Se o resultado da avaliação assenta em toda uma série de premissas que são decididas pelos árbitros, a força do caso julgado há de estender-se àquelas premissas, àqueles parâmetros que determinam o resultado final da avaliação e não ater-se unicamente a este*”.

A impossibilidade – por falta de legitimidade processual – de a Expropriante, de forma autónoma e isolada, questionar tal fundamentação fático jurídica (como parece que os Expropriados lhe pretendem imputar) mostra-se tanto mais desajustada quanto, em sede de recurso de apelação (e tanto quanto nos é permitido perceber da leitura do Acórdão), a Expropriada não impugnou especificamente um determinado facto considerado como provado pela sentença arbitral, ao invés entendendo os Expropriados que o sentido do recurso de apelação por aquela interposto (no sentido da revisão do valor da indemnização a pagar aos Expropriados) colidia com a fundamentação fático jurídica de tal sentença.

No caso, é pois uma falsa e intempestiva questão indagar se determinado fundamento – consubstanciando *ratio decidendi* da decisão, ou não – reveste ou não autoridade de caso julgado. E isto na medida em que tal autoridade de caso julgado, a existir, será, naturalmente, consequência do trânsito em julgado de uma decisão jurisdicional. Na medida em que tal premissa – o trânsito em julgado de uma decisão jurisdicional que coloque termo a um determinado processo – (ainda) não se verifica, não está (não pode estar) em causa uma qualquer questão sobre a autoridade de um caso julgado, e isto posto que não há (ainda) a formação de qualquer caso julgado. Sem trânsito em julgado não há caso julgado. Não havendo caso julgado, nem o segmento decisório já produzido no processo, nem a fundamentação essencial que o justifica e que lhe dá sentido poderão estar dotadas de qualquer autoridade.

Se uma sentença é posta em crise, por via de recurso, automaticamente os seus fundamentos também o são, naturalmente. Num mesmo processo, e por reporte a uma mesma e única sentença, não há casos julgados “parciais”.

Tal como a entendemos, a questão poderá prender-se, outrossim, com a latitude decisória do Tribunal *ad quem*.

A liberdade decisória dos sucessivos Tribunais chamados a decidir no âmbito do processo objeto de comentário não estava, como vimos, por qualquer modo restringida pelos termos da fundamentação fático jurídica adotada pela instância decisória antecedente.

Não se tendo formado (ainda) um qualquer caso julgado material no processo, a única limitação que se impunha ao Tribunal *ad quem* seria a resultante do princípio de proibição da *reformatio in pejus* tal como prevista no n.º 5 do artigo 635.º do Código de Processo Civil, no sentido de que a decisão de um requerimento não pode colocar a parte recorrente em situação mais grave do que aquela em que a mesma se encontrava por força da decisão recorrida. Não obstante a configuração e a natureza processual do citado artigo, na medida em que traduz a consagração de um princípio geral de direito material, a sua previsão deverá considerar-se aplicável independentemente da natureza arbitral ou judicial do processo, sempre que o mesmo seja julgado por um Tribunal com sede em Portugal.

No caso concretamente em análise, nenhum dos Tribunais *ad quem* chamados a decidir as diferentes instâncias recursórias fixaram a indemnização a pagar aos Expropriados em valor inferior a € 141.195,95 (o valor da indemnização fixada pelo Tribunal Arbitral), nem a Expropriante o requereu na instância de recurso de apelação por esta promovida. Mostra-se, desse modo, respeitado o citado princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Com exceção de tal constrangimento, que foi então respeitado, revela-se, assim, ser total a liberdade decisória dos Tribunais Judiciais chamados a decidir as sucessivas instâncias recursórias suscitadas no processo. E é essa liberdade decisória que, *de per se*, no nosso entender, justifica o sentido decisório do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em apreço.

Por fim, uma nota de atualidade jurisprudencial, confirmando que através do Acórdão proferido em 22.02.2017²⁴ o Supremo Tribunal de Justiça veio no entretanto enquadrar devidamente a questão, em sentido conforme com o que propomos.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães datado de 22.02.2011²⁵, que consubstancia o Acórdão fundamento do recurso de revista para o efeito invocado pelos Expropriados, na realidade, acaba por enquadrar bem a questão: apenas através de uma incorreta interpretação do seu segmento decisório e da sua *ratio decidendi* poderá o mesmo ser concebido como Acórdão fundamento para a pretensão recursória dos Expropria-

24 Processo n.º 52/13.3TBTCM.G1.S1; disponível em www.dgsi.pt: “Com o recurso da decisão arbitral (que, conforme é pacificamente aceite, tem natureza jurisdicional), é aberta a discussão sobre o valor da indemnização e, consequentemente, sobre o valor do solo da parcela expropriada, com a convocação de todos os elementos fácticos existentes no processo com interesse para esse fim e com a inerente e necessária consequência de os pressupostos fácticos adoptados na decisão arbitral não terem de ser, necessariamente, observados. Inexistindo quer no CExp anterior (aprovado pelo DL n.º 438/91, de 09-11), quer no CExp atual (aprovado pelo DL n.º 168/99, de 18-09) qualquer norma com conteúdo idêntico ao art. 83.º, n.º 2, do CExp aprovado pelo DL n.º 845/76, de 11-12 (que impunha ao julgador determinadas limitações derivadas dos laudos dos peritos ou do acórdão arbitral), hoje o juiz deve decidir apenas com os limites impostos pelas normas e princípios constitucionais e com as demais disposições aplicáveis. Em processo de expropriação, o caso julgado apenas se forma sobre a decisão arbitral – e, eventualmente, sobre os seus pressupostos – caso esta não seja posta em crise, pois que, neste caso, poderá toda ela – e, necessariamente, os seus fundamentos – ser questionada pelo Tribunal, apenas com o limite derivado da proibição de *reformatio in pejus* (art. 635.º, n.º 5, do CPC). Tendo o recurso da decisão arbitral sido unicamente interposto pelo expropriado e tendo o montante da indemnização fixado na sentença sido superior ao fixado naquela primeira decisão, não há violação da referida proibição, nem do caso julgado”.

25 Processo n.º 122/06.4TBFLG.G1; disponível em www.dgsi.pt.

dos, no caso, uma interpretação como a que os Expropriados fazem, que, erradamente, desconsidera que o dito Acórdão alicerça a bondade das suas conclusões na circunstância de a sentença aí em consideração não ser “*adequada e tempestivamente impugnada*”, como tal transitando em julgado.

Nesta medida mostra-se, portanto, falsa a ideia passada pelo Acórdão em análise quanto a uma suposta

especificidade do caso julgado de uma sentença arbitral (inclusivamente de uma sentença arbitral proferida no âmbito de um processo de arbitragem necessária), por confronto com o caso julgado de uma sentença judicial. A existir, tal especificidade prende-se com o efeito preclusivo de tal caso julgado²⁶ e já não com os efeitos positivo ou negativo do caso julgado emergente de uma sentença arbitral, ou com os pressupostos e o âmbito de tal eficácia.

²⁶ Para mais desenvolvimentos *vide*, da nossa autoria, a Tese subordinada ao tema *O caso julgado arbitral: “eficácia e especificidades - em especial, o efeito preclusivo stricto sensu”* disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O CRITÉRIO DA NACIONALIDADE E OUTRAS HISTÓRIAS, NA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

TENARIS S.A. Y TALTA – TRADING E
MARKETING, SOCIEDADE UNIPessoal
LDA. V. REP. BOLIVARIANA DE
VENEZUELA DE 12 DE DEZEMBRO 2016

Tiago Duarte

Doutor em Direito (FDUNL)
Professor na Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Sócio PLMJ

Acórdão Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal, Lda. V. República Bolivariana de Venezuela,

Processo n.º: CIADI n.º ARB/12/23

Árbitros. Juan Fernandez Armesto (Presidente), Enrique Gómez Pinzón (Co-Árbitro) E Brigitte Stern (Co-Árbitro)

Resumo:

Para um resumo das questões jurídicas apreciadas na presente anotação, vejam-se, sobretudo, os parágrafos 1, 2, 47 a 58, 152 a 230 e 845 a 892 da decisão arbitral, que se encontra disponível em:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8137_0.pdf

Anotação

1. Introdução

O litígio que motiva a presente decisão arbitral prende-se com a alegada expropriação dos bens de duas empresas venezuelanas detidas por accionistas estrangeiros, que invocaram que os despachos expropriativos aprovados pelo então Presidente da Venezuela tinham posto em causa o investimento que estes tinham realizado, enquanto accionistas, nessas mesmas empresas venezuelanas, em violação dos *Bilateral Investment Treaties (BIT)* celebrados pela República da Venezuela, com Portugal e com o Luxemburgo.

O presente caso assume uma particular importância para Portugal, na medida em que foi um dos primeiros (e dos poucos) a envolver uma empresa portuguesa, a envolver um *Bilateral Investment Treaty* assinado por Portugal e a envolver a utilização de *legal experts* portugueses¹.

Para lá deste interesse especial, o presente caso veio também dar um enfoque particular à temática relativa à determinação da nacionalidade e à definição de investidor no caso de pessoas colectivas.

Finalmente, é ainda interessante o modo como o Tribunal determinou a atribuição da responsabilidade pelo pagamento das despesas da arbitragem e dos honorários dos mandatários das partes².

2. Os factos

O litígio que motivou a presente arbitragem prende-se com a alegada expropriação do investimento realizado pelas Demandantes em duas empresas venezuelanas de que são accionistas.

Assim, a empresa TENARIS (que invocava ser luxemburguesa) detinha 100% da empresa TALTA (que invocava ser portuguesa), sendo que a empresa TALTA detinha 7,58% da empresa venezuelana COMSIGUA, cujos bens foram expropriados. Por outro lado, a mesma empresa TENARIS detinha 100% da empresa mexicana TAMSA que, por sua vez, detinha 70% da empresa venezuelana TAVSA, cujos bens foram também expropriados.

Com efeito, através dos decretos presidenciais n.º 6058, de 30 de Abril de 2008 e n.º 6796, de 14 de Julho de 2009, o então presidente Hugo Chávez determinou a nacionalização dos bens pertencentes às empresas do sector metalúrgico, onde se encontravam a COMSIGUA e a TAVSA, ambas parcialmente detidas pelas Demandantes na presente arbitragem.

Segundo as Demandantes na presente arbitragem, a República da Venezuela, ao determinar a nacionalização dos bens pertencentes às empresas venezuelanas, procedeu a uma expropriação indirecta do investimento rea-

1 Da informação disponível, encontram-se pendentes, neste momento, as seguintes arbitragens do ICSID, envolvendo empresas portuguesas: Dan Cake (Portugal) S.A. v. Hungria (ARB/12/9); Cavalum SGPS, S.A. v. Espanha (ARB/15/34) e PT Ventures, SGPS, S.A. v. Cabo Verde. Importa ainda notar que as mesmas empresas que iniciaram a arbitragem cuja sentença é objeto do presente comentário são igualmente Demandantes noutra arbitragem do ICSID (ARB/11/26), igualmente contra a Venezuela (mas com um Tribunal Arbitral diverso), baseada em atos expropriativos que incidiram sobre outra empresa da Venezuela, na qual ambas as Demandantes são também acionistas. A sentença dessa arbitragem foi emitida em 29 de Janeiro de 2016, condenando a Venezuela ao pagamento de uma indemnização devida pela expropriação dos bens da empresa venezuelana, na qual as Demandantes eram acionistas. O autor deste texto participou em ambas as arbitragens envolvendo a República da Venezuela (juntamente com o Professor Pedro Maia), na qualidade de *Legal Expert* da Demandada, para as questões relativas à interpretação do BIT, no que respeita às questões de nacionalidade e da definição de investidor. O Professor Dário Moura Vicente participou em ambas as arbitragens como *Legal Expert* para as mesmas matérias, indicado pelas Demandantes. Ambas as arbitragens envolvendo as empresas TENARIS e TALTA encontram-se ainda pendentes, por ter sido apresentado pela República da Venezuela, em ambos os casos, um pedido de anulação da decisão arbitral.

2 O Tribunal era constituído por Juan Fernández-Armesto (presidente), Enrique Gómez Pinzón (árbitro indicado pela Demandante) e Brigitte Stern (árbitro indicado pela Demandada).

lizado na Venezuela pelas accionistas dessas mesmas empresas.

Com efeito, o investimento realizado por essas duas Demandantes consistiu na aquisição das acções representativas de parte do capital das empresas venezuelanas, sendo que essas empresas deixaram de ter qualquer valor, na medida em que os bens de que dispunham foram nacionalizados, deixando, por isso, de pertencer a essas mesmas empresas, em manifesto prejuízo para as mesmas mas também para os seus accionistas³.

Segundo o decreto presidencial n.º 6796, de 14 de Julho de 2009, previa-se a constituição de uma comissão técnica composta por representantes do Estado e do sector privado, destinada a acordar no valor da compensação devida, sendo que dos factos provados na arbitragem resulta, no entanto, que nenhuma das Demandantes recebeu qualquer compensação pela nacionalização dos bens das empresas TAVSA e COMSIGUA, de que são accionistas, o que motivou a presente arbitragem⁴.

Ora, nos termos do n.º 2 do art.º 8.º do BIT celebrado entre Portugal e a Venezuela (que uma das investidoras invocava ser-lhe aplicável atendendo à sua nacionalidade) pode ler-se que, "se o diferendo não puder ser resolvido de forma amigável no prazo de 6 meses, contados a partir do início de tais consultas, poderá ser submetido, à eleição do investidor: (...) à arbitragem do Centro Internacional para a Solução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI) (...) caso ambas as Partes Contratantes a ela tenham aderido (...) "⁵.

3. As questões relativas à jurisdição do tribunal

Para que o International Centre for the Settlement of International Disputes (ICSID) e o Tribunal Arbitral constituído sob os auspícios desse mesmo ICSID tenham jurisdição (o Centro) e competência (o Tribunal) para decidir o litígio submetido pelas Demandantes, será necessário verificar se se encontram preenchidos todos os requisitos necessários.

Assim, é vulgar a jurisprudência arbitral do ICSID analisar a jurisdição *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione voluntatis* e *ratione temporis*, desta forma verificando, respectivamente, (i) se as partes estão abrangidas, aten-

dendo à sua nacionalidade, seja pela Convenção de Washington, que criou o ICSID, seja pelo *Bilateral Investment Treaty* invocado pelas Demandantes, (ii) se se está perante um verdadeiro investimento à luz da Convenção de Washington e do BIT aplicável, (iii) se ambas as partes deram o seu consentimento para que o litígio seja dirimido por recurso à arbitragem do ICSID e se (iv) o *Bilateral Investment Treaty* aplicável se encontra em vigor e é aplicável aos factos, tendo em conta a data dos mesmos.

No caso em concreto, a República da Venezuela apresentou três objecções que, no seu entender, poriam em causa a jurisdição do ICSID e a competência do Tribunal Arbitral para decidir o litígio.

Em primeiro lugar, a República da Venezuela invocou que não tinha dado o seu consentimento para que o presente litígio fosse dirimido através de arbitragem do ICSID, na medida em que havia denunciado a referida Convenção de Washington em 24 de Janeiro de 2012, antes da apresentação do requerimento de arbitragem, sendo que, no entanto, os efeitos da denúncia apenas se produzem 6 meses após essa data, ou seja, já depois de o requerimento de arbitragem ter sido apresentado.

Em segundo lugar, a República da Venezuela invocou que as Demandantes não teriam a nacionalidade portuguesa, nem luxemburguesa, mas antes Argentina, na medida em que, segundo a República da Venezuela, era na Argentina que se localizava a sede efectiva das referidas empresas, o que inviabilizaria que estas Demandantes pudessem beneficiar dos BIT celebrados entre a Venezuela e Portugal e entre a Venezuela e o Luxemburgo.

Em terceiro lugar, a República da Venezuela invocou que uma das Demandantes (TENARIS) não tinha mencionado, na notificação tendente ao início das negociações, o facto de considerar que a Venezuela, com os despachos expropriativos, tinha desrespeitado também o direito dessa investidora a um *fair and equitable treatment* previsto no BIT aplicável, (tendo apenas mencionado a alegada existência de expropriação), razão pela qual não poderia agora vir invocar, durante a arbitragem, essa alegada violação do direito a um *fair and equitable treatment*.

O Tribunal desconsiderou todas as objecções suscitadas pela Venezuela, não tendo, assim, encontrado obstáculos

3 Na medida em que os accionistas não foram privados das suas acções, mas apenas dos bens das empresas em que são accionistas, é vulgar usar-se a expressão "expropriação indireta" ou "medidas equivalentes a uma expropriação". Segundo o Tribunal (parágrafo. 317) "La "expropiación" se produce cuando el Estado adota una medida, en ejercicio de alguna de sus facultades soberanas, que desposee al inversor de su inversión, arrebatándole el control o la titularidad sobre ella. No se exige, en consecuencia, la pérdida del título de propiedad sobre los bienes o ativos. Basta con que el inversor pierda el control de la inversión". Ainda segundo o Tribunal (parágrafo 337) referindo-se especificamente à expropriação ocorrida no caso em apreço, "esta expropiación se puede qualificar como indirecta (...) porque ambos inversores siguen manteniendo la titularidad formal de sus acciones en las dos sociedades cuyos bienes han sido objeto de expropiación."

4 Apesar de as Demandantes invocarem os BIT celebrados pela Venezuela com Portugal (para a empresa TALTA) e com o Luxemburgo (para a empresa TENARIS), centraremos a nossa análise apenas no BIT celebrado com Portugal.

5 O BIT celebrado entre Portugal e a Venezuela foi aprovado através do Decreto n.º 6/95, de 15 de Abril, publicado no Diário da República, 1.ª série de 15 de Abril de 1995.

quanto à Jurisdição do ICSID e quanto à competência do próprio Tribunal que inviabilizassem a análise e decisão sobre o mérito do litígio.

Tendo em consideração que a primeira objecção suscitada pela Venezuela está especificamente ligada à situação deste Estado e ao facto de o mesmo ter denunciado a Convenção de Washington (o que ocorreu apenas também com a Bolívia e o Equador) e que a terceira objecção foi liminarmente afastada pelo Tribunal, com o argumento de que este iria decidir o litígio com base no vício da expropriação e não da violação do *fair and equitable treatment*, centraremos a nossa atenção na objecção levantada pela Venezuela relativa ao critério relevante para se definir a nacionalidade dos investidores.

Com efeito, este é um tema que não tem sido, até ao momento, muito explorado na arbitragem de investimentos mas que tem potencial para poder vir a ser invocado em muitos outros litígios, estando, por outro lado, directamente ligado à interpretação do BIT celebrado por Portugal.

a) A definição de investidor face à Convenção de Washington

Independentemente da vontade das partes em litígio, as arbitragens do ICSID têm que respeitar um conjunto de requisitos objectivos previstos na Convenção de Washington.

Assim, de acordo com o art. 25.º da Convenção de Washington pode ler-se que, *"a competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismos dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente"*.

Quer isto dizer, no que respeita à questão da nacionalidade das partes, que a referida Convenção impõe que – salvo a excepção prevista na parte final da alínea b) do n.º 2 do art. 25.º da Convenção, que permite que o investidor tenha a nacionalidade do Estado Demandado – o investidor não tenha a mesma nacionalidade do Estado Demandado.

Segundo Christoph Schreuer, *"the preliminary draft of the Convention offered two possible criteria for the nationality*

*of a company: nationality under the domestic law of a Contracting State or a "controlling interest" of the nationals of such a State (...). Nationality under a State's domestic law was later explained to mean that the company either had its seat in that country or was incorporated under the law of that country"*⁶.

Isto significa que, desde o início, foi assumido que o critério de determinação da nacionalidade era algo para ser definido de acordo com a legislação nacional de cada Estado e que os dois critérios mais comuns nos diversos sistemas jurídicos nacionais seriam a "incorporação" ou a "sede", no sentido de "sede efectiva". Com efeito, como refere Christoph Schreuer, *"the most widely used test looks at the place of incorporation or registered office. Alternatively, the place of central Administration or effective seat (siege social) is considered decisive"*⁷.

Para se poder averiguar do cumprimento do requisito relativo à *"diversity of nationalities"* entre o Estado Demandado e o Estado da nacionalidade do investidor, torna-se, assim, necessário apurar a nacionalidade das Demandantes. No caso de o investidor ser uma pessoa colectiva, determina a primeira parte da alínea b) do n.º 2 do art. 25.º da Convenção de Washington que, *"nacional de outro Estado Contratante significa (...) qualquer pessoa colectiva que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem (...)"*.

Naturalmente que, para se apurar se uma pessoa colectiva tem efectivamente a nacionalidade que reclama ter, será necessário analisar o conceito de nacionalidade previsto na legislação interna do Estado do qual essa pessoa colectiva reclama ser nacional, já que cada Estado é soberano para determinar quem são os seus nacionais. Com efeito, como refere Pia Acconci, *"international law does not determine the nationality of persons or companies but refers to the domestic law of each country for this purpose"*⁸.

No caso em concreto, o Tribunal concluiu, referindo-se ao art. 25.º da Convenção de Washington, que, *"la norma fundamenta pues la jurisdicción de los tribunales CIADI en el criterio de la nacionalidad: cuando el inversor demandante es una persona jurídica, como ocurre en el presente caso, debe tener una nacionalidad diferente de la del Estado demandado. Los Estados tienen libertad para añadir requisitos adicionales (pero no para rebajar la exigencia). El Convenio utiliza pues el concepto de nacionalidad como factor atributivo de jurisdicción"*⁹.

6 CHRISTOPH SCHREUER, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 279.

7 CHRISTOPH SCHREUER, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 279.

8 PIA ACCONCI, *Determining the internationally relevant link between a State and a Corporate Investor – Recent trends concerning the application of the "genuine link" test*. *Journal of World Investment & Trade*, 2004, pág. 139.

9 *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 167.

Face a esta conclusão, o Tribunal entendeu, sem recurso a maiores aprofundamentos, que *"en el presente caso, ninguna de las Partes ha puesto en duda que TENARIS y TALTA ostentan una nacionalidad diferente de la Demandada y que por lo tanto el art. 25 del Convenio está cumplido"*¹⁰.

Com efeito, quer os investidores tivessem a nacionalidade portuguesa (TALTA) e luxemburguesa (TENARIS) como reclamavam ter, quer tivessem a nacionalidade Argentina, como a Venezuela invocava, o certo é que, em ambas as hipóteses, tinham uma nacionalidade diversa da venezuelana e, também, em qualquer das hipóteses, tinham a nacionalidade de um Estado Contratante do ICSID, já que a Argentina também é parte na Convenção de Washington, pelo que o Tribunal entendeu que não seriam necessários maiores aprofundamentos no que respeita ao cumprimento do critério de *diversity of nationalities* previsto no art. 25.º da Convenção de Washington.

Aqui chegados, o Tribunal passou então à análise da definição de investidor prevista nos BIT invocados pela Demandantes, de modo a saber se estas empresas respeitavam o conceito de investidor aí previsto, já que, para além de deverem ser nacionais de um Estado Contratante, os investidores necessitavam também de ser considerados investidores, de acordo com os requisitos previstos no BIT de que estavam a querer beneficiar.

Com efeito, não obstante alguns BIT se refiram à definição de nacionais, o certo é que os BIT não definem a nacionalidade dos cidadãos ou das empresas, apenas definindo se estas são ou não consideradas investidores, para efeitos de aplicação do BIT. Com efeito, quem define a nacionalidade dos cidadãos e das empresas é a legislação nacional de cada Estado.

b) A definição de investidor face ao BIT celebrado com Portugal

O Tribunal começou por considerar que, *"para que un tribunal CIADI tenga jurisdicción ratione personae es necesario que cumpla cumulativamente los requisitos del art. 25 del Convenio y los del respectivo APRI. Como dijo el tribunal en Phoenix:*

"At the outset, it should be noted that BIT's, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral

*agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable; it is not if it falls outside of such definition"*¹¹.

Ora, segundo a alínea b) do n.º 1 do art. 1.º do BIT celebrado entre Portugal e a Venezuela, pode ler-se que, *"o termo «investidor» designa: (...) as pessoas colectivas, incluindo sociedades comerciais ou outras sociedades ou associações, que tenham sede numa das Partes Contratantes e estejam constituídas e funcionem de acordo com a lei dessa Parte Contratante"*.

Tendo em conta esta definição de "investidor", as Demandantes consideravam que o BIT em causa apenas exigia que, para ser considerada como sendo uma investidora portuguesa, protegida pelo BIT, uma empresa tivesse a sua sede estatutária em Portugal.

Diferentemente, a República da Venezuela entendia que, não obstante reconhecer que a sede estatutária da TALTA se localizava, nos termos dos seus Estatutos, em Portugal, mais propriamente no Funchal, tal não era suficiente para que esta empresa fosse considerada uma investidora protegida pelo BIT celebrado entre Portugal e a Venezuela, na medida em que, no entender da Venezuela, o conceito de sede relevante, para efeitos de definição do conceito de investidor protegido pelo BIT, era o conceito de "sede efectiva" e não apenas o da "sede estatutária".

Ora, segundo a Venezuela, ao não ter sede efectiva em Portugal (o que era disputado pelas Demandantes) esta empresa não seria uma empresa portuguesa, nem, consequentemente, um investidor português, razão pela qual não poderia beneficiar a protecção do BIT, que apenas visava proteger investidores portugueses. Com efeito, para a Venezuela – e, segundo se defende, com razão – não seria aceitável que uma empresa que não tivesse (face à legislação nacional) a nacionalidade portuguesa pudesse ser considerada como sendo um investidor português, para efeitos de aplicação do BIT, que visa promover e proteger os investidores portugueses que invistam na Venezuela.

Por isso mesmo, e não obstante a definição de investidor prevista no BIT devesse ser interpretada de acordo com as regras previstas no art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, aplicáveis à interpretação de tratados internacionais, o certo é que essa interpretação não poderia desconsiderar os *outer limits* decorrentes do facto de não ser viável considerar investidor português quem não é português.

Ora, tendo em conta que uma empresa com sede estatutária em Portugal, mas sede efectiva noutra Estado, não tem a nacionalidade portuguesa (por o critério da nacionalidade

¹⁰ *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 168.

¹¹ *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 165.

ser atribuído, de acordo com a legislação portuguesa, pelo local da sede efectiva das empresas), se essa empresa ainda assim estivesse abrangida pelo BIT, sendo considerada investidor português (por ter sede estatutária em Portugal) isso significava que poderia ser investidor português quem não fosse nacional português, o que segundo a Venezuela era algo inaceitável.

O Tribunal Arbitral não chegou a desenvolver esta possibilidade, tendo resumido a sua decisão à conclusão de que a interpretação do BIT celebrado por Portugal (o mesmo ocorrendo com o BIT celebrado pelo Luxemburgo) implicava que o conceito relevante de sede fosse o de sede efectiva.

Segundo o Tribunal "*los AAPRI son tratados internacionales y deben ser interpretados según las reglas del Derecho Internacional*", que, como se referiu, se encontram previstas no art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de Maio de 1969, quando estabelece que um tratado "*deberá interpretar-se de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*"¹².

Assim, segundo o Tribunal "*aplicando los dos últimos principios hermenéuticos [o contexto e o objeto e fim] y a la luz de las reglas de derecho internacional relativas al concepto de sede, expuestas anteriormente, se impone la conclusión que el concepto de "sede" usado en los AAPRI no se puede referir simplemente a Sede Estatutaria, en un sentido formal, sino que se tiene que referir a la Sede Efectiva, al lugar donde la compañía realmente centralice su actividad social. De no adoptarse esta interpretación, la exigencia de los AAPRI, requiriendo uns "sede" adicionalmente al requisito de "constitución", devendría supérflua: toda compañía constituída en Luxemburgo o en Portugal, por exigência legal, debe declarar en sus estatutos que su Sede Estatutaria se halla en la jurisdicción respetiva. La expresión "sede" solo alcanza un sentido próprio si se entiende que los AAPRI se están refiriendo a la Sede Efectiva de la sociedad inversora*"¹³.

Depois de o Tribunal concluir que o conceito de "sede" previsto no BIT celebrado por Portugal devia ser considerado como fazendo referência ao conceito de sede efectiva e não apenas ao conceito de sede estatutária, aceitando, assim, implicitamente, que uma empresa pudesse ter a sua sede estatutária em Portugal mas, ainda assim, não pudesse be-

neficiar do BIT celebrado por Portugal, por não dever ser considerada um investidor português, o Tribunal analisou, então, a prova produzida por ambas as partes, no sentido de verificar se a sede efectiva da empresa se encontrava ou não em Portugal.

Segundo o Tribunal os fatores mais relevantes para se demonstrar que a sede efectiva de uma empresa se encontra num determinado local são: "*el lugar donde se llevan a cabo las juntas de accionistas y las juntas del consejo de administración; siendo relevante el lugar de celebraciones; el lugar donde se desarrollan las labores de administración, el lugar desde el qual la sociedad toma contacto con sus clientes, donde firma sus principales contratos y donde se realizan las actividades financieras; el lugar donde se conserven y depositen los libros de la empresa.*"¹⁴.

Após analisar a pouca prova produzida, o Tribunal não se deteve demoradamente na questão de saber quem é que tinha o ónus da prova quanto a demonstrar onde é que se encontrava a sede efectiva das Demandantes. No que respeita à empresa que reclamava ser portuguesa, o Tribunal considerou que "*tiende a pensar que en el Derecho portugués sí se crea una presunción de que la Sede Efectiva coincide con la Sede Estatutaria*"¹⁵ assim aderindo a uma doutrina muitíssimo minoritária em Portugal ¹⁶.

Com efeito, o próprio Prof. Lima Pinheiro, na citação efectuada pelo Tribunal, começa por afirmar que "*como normalmente la sede estatutária se situa en el país de constitución, esto significa que, en quanto a estas personas jurídicas, la teoria de la sede determina que, en principio, hay coincidencia entre el lugar de la sede estatutária y el lugar de la sede de administración. Esto justifica una presunción de que la sociedad tiene su sede administrativa en el Estado de la sede estatutária. En aplicación de esta presunción, a falta de prueba de que la sede administrativa está en otro Estado, se ha de aplicar el Derecho de la sede estatutária*"¹⁷.

Foi pois com a ajuda desta "presunção", para lá da prova produzida, que o Tribunal concluiu que, "*no está persuadido de que TENARIS y TALTA tengan su Sede Efectiva en Argentina, y entiende que sus Sedes Efectivas coinciden con las Sedes Estatutarias*"¹⁸.

A questão da nacionalidade dos investidores não ficou ainda, segundo cremos, definitivamente resolvida, já que,

12 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 186.

13 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 189.

14 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 193.

15 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 207.

16 O Tribunal citou a este propósito o Prof. Lima Pinheiro, que é o único autor português a considerar a existência dessa alegada presunção, que parece mais ser uma regra de experiência empírica, do que uma verdadeira presunção judicial.

17 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 207. Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. II – Direito de Conflitos, Parte especial, 2009, pág. 135.

18 Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23), sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 208.

como se afirmou, o Tribunal não se chegou a pronunciar sobre a validade de um BIT que considere como investidor de um dado Estado quem, de acordo com a legislação interna desse Estado, não tenha essa nacionalidade.

Dito por outras palavras, pode Portugal, desde logo atendendo ao art. 25.º da Convenção de Washington, considerar como investidor português, para efeitos de aplicação do BIT e consequente arbitragem do ICSID, uma empresa que não é portuguesa? E pode, nesse caso, essa empresa, que não é portuguesa, iniciar uma arbitragem contra o outro Estado parte no BIT celebrado por Portugal?

4. As questões relativas ao mérito do litígio

a) A expropriação indirecta

O caso em apreço consubstanciou um caso relativamente simples de direito a uma compensação, em caso de expropriação, já que, ao contrário de certos casos em que os Estados “camuflam” as expropriações através de resoluções contratuais por alegados incumprimentos por parte dos investidores ou através de actos aparentemente gerais e abstractos, com impactos relevantes nos investimentos dos investidores, neste caso o presidente da Venezuela decidiu expressamente nacionalizar a totalidade dos bens de ambas as empresas venezuelanas.

Na verdade, como o Tribunal reconheceu, “*la «expropiación» se produce cuando el Estado adota una medida, en ejercicio de alguna de sus facultades soberanas, que desposee al inversor de su inversión, arrebatándole el control o titularidad sobre ella. No se exige, en consecuencia, la pérdida del título de propiedad sobre los bienes o ativos. Basta con que el inversor pierda el control de la inversión*”¹⁹.

Assim, tendo analisado os factos, o Tribunal considerou que “*la Republica Bolivariana se apropió de todos los bienes de Tavsa y de Comsigua y tomó control de la actividad empresarial que hasta entonces venían desarrollando estas dos sociedades, resultando en una expropiación de la inversión que TENARIS e TALTA tenían en Venezuela. Las sociedades Tavsa y Comsigua han quedado reducidas a dos simples cascarones, cuyos bienes ahora pertenecen a Venezuela y cuya actividad empresarial es desarrollada por el Estado.*”²⁰

O Tribunal considerou igualmente que as referidas expropriações foram ilícitas, na medida em que o Estado não tomou as medidas necessárias no sentido de proceder ao

pagamento da compensação devida, no mais curto espaço de tempo. Para o Tribunal, “*la Republica Bolivariana no puede escapar de su responsabilidad por un ilícito internacional, amparándose en su propia falta de acción*”²¹, tendo, assim, condenado a Venezuela a pagar uma indemnização aos investidores, calculada de acordo com a aplicação do método do *discounted cash flow (DCF)*.

b) O pagamento das despesas e honorárias

Na generalidade das decisões arbitrais do ICSID, os tribunais decidem que, independentemente de quem tem ganho de causa, as despesas com a arbitragem são suportadas em proporções iguais por ambas as partes, suportando ainda cada parte os seus próprios custos com honorários de advogados e demais despesas que tenha gasto com a sua defesa.

Neste caso, o Tribunal optou por se afastar desta regra, o que justifica uma menção especial.

Assim, quanto aos custos do procedimento arbitral, no valor de 1.050.000USD, o Tribunal entendeu que deveria ser o Estado Demandado a suportar a totalidade desses custos, na medida em que o Tribunal tinha acolhido a generalidade dos pedidos das Demandantes (embora condenando numa indemnização inferior ao solicitado). O Estado Demandado foi ainda condenado a suportar os seus próprios custos com advogados e demais despesas da sua defesa.

Quanto aos gastos com a defesa das Demandantes, o Tribunal começou por (de modo pouco vulgar na prática arbitral) considerar que, “*Las Demandantes reclaman cerca de 6 millones USD como Gastos de Defensa, que engloban costes de diversa índole. El Tribunal Arbitral estima que, de estos Gastos de Defensa, las Demandantes unicamente pueden reclamarle a la Demandada aquéllos que sean imprescindibles para la defensa razonable de su demanda*”²².

Assim, segundo o Tribunal, “*tomando em consideración la complejidad del caso, la cuantía de las reclamaciones y el trabajo desempeñado por los letrados y peritos, el Tribunal Arbitral estima que los gastos de Defensa Razonables ascienden a 2,8 millones USD.*”

O Tribunal entendeu, ainda assim, que a Venezuela não teria de suportar a totalidade deste valor. Assim, o Tribunal começou por dividir esse valor pelos três grandes temas da arbitragem, atribuindo 20% desse valor às questões sobre a jurisdição (560.000 USD), 30% desse

19 *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 317.

20 *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 336.

21 *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 362.

22 *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 848.

valor às questões sobre o apuramento da responsabilidade pela expropriação (840.000 USD) e 50% desse valor às questões relativas à quantificação da compensação (1050.000 USD, relativos à TENARIS e 350.000 USD, relativos a TALTA, tendo em conta os montantes das indemnizações que cada Demandante solicitava).

Assim, entendeu que, se por um lado, o Estado Demandado deveria pagar a totalidade do valor relativo à análise das questões de jurisdição e de responsabilidade, em que a vitória das Demandantes tinha sido total, já por outro lado, no que respeita à questão da quantificação da compensação, na medida em que a indemnização arbitrada pelo Tribunal era inferior à que havia sido solicitada, o Tribunal entendeu que "*TENARIS ha triunfado en un 53% en su pretension compensatória respecto a Tavsá, y TALTA lo ha hecho en un 81% respecto a Comsigua*"²³.

Face ao exposto, a Venezuela apenas foi condenada a pagar 53% do valor das despesas que o Tribunal considerou serem adequados para as questões relativas à quantificação da compensação no que respeita à TENARIS (53% de 1050.000 USD) e 81% do valor das despesas que o Tribunal considerou serem adequados para as questões relativas à quantificação da compensação no que respeita à TALTA (81% de 350.000 USD).

Com esta decisão, o Tribunal procurou uma maior justiça material, seja na determinação do montante dos honorários adequados para um determinado litígio, mesmo no caso em que uma das partes tem vencimento de causa, seja na alocação desse valor a cada um dos Demandantes, tendo em conta cada um dos pontos mais relevantes da arbitragem e o grau de decaimento da parte vencida.

Assim, com esta decisão sobre as despesas e honorários da arbitragem, a Venezuela foi condenada a reembolsar as Demandantes num valor global de 2.240.000USD, em vez dos 6.000.000USD solicitados por estas, o que não deixa de ser significativo.

5. Conclusão

Esta sentença é duplamente importante, seja por ter clarificado, ainda que não de modo definitivo, o modo de determinar a nacionalidade dos investidores e de relacionar o conceito de nacionalidade com o conceito de investidor, seja pelo modo como inovou em matéria de alocação dos custos e demais despesas da arbitragem.

No que respeita à questão da nacionalidade, o Tribunal clarificou a diferença entre o critério da nacionalidade, que é regulado pela legislação nacional dos Estados e tem de respeitar os limites previstos no art. 25.º da Convenção de Washington, e a definição de investidor, que é regulada pelo BIT e deve ser interpretada de acordo com as regras de interpretação dos tratados internacionais.

O Tribunal não chegou, no entanto, a clarificar a sua posição sobre saber se é possível (fora da situação excepcional da parte final da alínea b) do n.º 2 do art. 25.º da Convenção de Washington) que um BIT considere – para efeitos de aplicação do ICSID – investidor quem não é nacional do Estado parte no BIT, mesmo que seja nacional de um outro Estado Contratante da Convenção de Washington.

Finalmente importa notar que o Estado Demandado solicitou a anulação da presente decisão arbitral, nos termos do art. 52.º da Convenção de Washington, pelo que a mesma ainda não é final. Em qualquer caso, o comité *ad hoc* que irá analisar o pedido de anulação apenas terá o poder de anular ou não anular a decisão e não o poder de re-julgar o litígio, o que só ocorrerá (em caso de anulação) se o investidor iniciar nova arbitragem, com novo Tribunal.

Nos termos da Convenção de Washington, uma decisão só poderá ser anulada em caso de (i) vício na constituição do Tribunal, (ii) manifesto excesso de poder do Tribunal, (iii) corrupção de um membro do Tribunal, (iv) inobservância grave de uma regra de processo fundamental ou (v) vício de fundamentação.

²³ *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing, Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n.º ARB/12/23)*, sentença de 12 de Dezembro de 2016, parágrafo 854.

**TIERS A L'ARBITRAGE ET DROIT
FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE :
CLARTE ET CONFUSION DU
JUGEMENT DU TRIBUNAL DE
GRANDE INSTANCE DE PARIS
DANS S.A. DELEPLANQUE
ET COMPAGNIE C. S.A.
SESVANDERHAVE**

JUGEMENT DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE
DE PARIS DU 25 AVRIL 2017

Pacôme Ziegler

Avocat au Barreau de Paris
École Normale Supérieure de Cachan
Associado Coordenador PLMJ Arbitragem

Tribunal de Grande Instance de Paris,

N° RG: 15/17869

Le Président: Florène Blouin

Resumé:

Un jugement du 25 avril 2017, rendu par le tribunal de grande instance de Paris (le « **TGI** »),¹ est porteur de nouveauté quant au rapport des tiers à l'arbitrage et, plus particulièrement, quant aux moyens de défense que le droit français met à la disposition de ces derniers à l'encontre d'une sentence arbitrale affectant leurs intérêts.

Les faits de l'espèce sont les suivants : la société Deleplanque, demanderesse, est une entreprise française qui produit et vend des semences de betteraves à sucre (« **Deleplanque** » ou la « **Demanderesse** »). Ces semences, elle les obtient du groupe allemand Strube, et en particulier de la société Strube GmbH, qui elle-même sélectionne des semences pour une société de droit belge, Sesevanderhave S.A., défenderesse devant le TGI (« **Sesevanderhave** » ou la « **Défenderesse** »). Sesevanderhave a pour activité, notamment, de créer de nouvelles variétés de semences de betteraves sucrières en manipulant leur ADN.

Strube est entrée en conflit avec Sesevanderhave. Ce litige a été résolu par voie arbitrale et la sentence y afférente, rendue le 11 juin 2015 à Bruxelles sous l'égide du Centre Belge d'Arbitrage et Médiation (la « **Sentence** »). La Sentence a condamné Strube à (i) payer des dommages et intérêts à Sesevanderhave, et (ii) remettre à cette dernière « la totalité du 'germoplasme de betteraves sucrières,' qu'il soit en sa possession, celle d'une filiale' ou 'd'un tiers sous-traitant ayant accompli le travail de sélection en vertu du programme appliqué de sélection ou autrement en sa possession pour son compte ainsi que de toutes les informations y afférentes. »

Cette sentence a été exécutée le 10 juillet 2015 par Monsieur le Président du TGI (l'« **Ordonnance** »). Forte de cette exécution, Sesevanderhave a entrepris en France diverses mesures d'exécution contre Deleplanque, y compris une demande de remise sous astreinte du germoplasme² créé par Sesevanderhave et une saisie de pièces et documents au siège de Deleplanque.

Dans ce contexte, Deleplanque a saisi le Président du TGI d'une tierce opposition contre l'Ordonnance, sur la base des articles 582 et suivants du nouveau code de procédure civile (le « **NCPC** »). A titre principal, Deleplanque demandait la rétractation de l'Ordonnance, et, à titre subsidiaire,

qu'il soit fait interdiction à la Défenderesse d'exécuter la Sentence à son encontre et qu'il soit jugé que la Sentence lui était inopposable.

Le TGI a commencé par rappeler qu'en vertu des articles 583 et 585 du NCPC, toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée, a la possibilité de faire tierce opposition contre tout jugement, si la loi n'en dispose autrement. Il a ensuite jugé qu'au contraire des dispositions du NCPC gouvernant les voies de recours contre une sentence internationale rendue en France, l'article 1525 du NCPC, relatif à l'appel contre les ordonnances d'exequatur de sentences rendues à l'étranger, ne comporte aucune disposition prohibant d'autres voies de recours. Et le TGI de conclure que « les dispositions de droit interne français ne comportent aucune disposition empêchant un tiers se prétendant lésé par l'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger d'emprunter la voie procédurale de la tierce opposition prévue aux articles 582 à 592 du Code de procédure civile. »

Après avoir constaté que Deleplanque n'avait pas été partie ni représentée lors de l'instance arbitrale ou lors de la procédure d'exequatur, et que les mesures exécutoires entreprises à son encontre « [avaient] pu la déstabiliser commercialement et la désorganiser sur le plan administratif », le TGI a considéré que Deleplanque justifiait d'un intérêt à agir en tierce opposition conformément à l'article 583 alinéa 1 du NCPC, et que, par conséquent, sa demande était recevable.

Toutefois, le TGI a relevé que l'Ordonnance « n'[avait] pas eu pour effet de donner force exécutoire à une quelconque condamnation qui aurait été prononcée par les arbitres » à l'égard de Deleplanque, et que, par conséquent, la Demanderesse ne justifiait pas « au regard de l'article 591 du code de procédure civile, de l'existence d'aucun chef préjudiciable résultant pour elle de l'ordonnance entreprise. »

Le TGI a donc débouté Deleplanque de sa demande principale.

Quant à la demande subsidiaire de Deleplanque visant à lui rendre inopposable la Sentence, le TGI a jugé comme suit :

« Il ne saurait davantage être question pour le tribunal de déclarer inopposable à la société Deleplanque la sentence arbitrale rendue à Bruxelles, le 11 juin 2015, dans le cadre de l'arbitrage institutionnel organisé par le CEPANI, ni d'interdire à Sesevanderhave de l'exécuter à son encontre, dès lors que cette sentence n'a, par l'effet de l'ordonnance du 10 juillet 2015, acquis l'autorité de la chose jugée que relativement aux condamnations tranchées et prononcées contre la société Strube gmbh, sans que l'ordonnance d'exequatur ait pu avoir pour effet de substituer à celle-ci la société Deleplanque dans

¹ Tribunal de grande instance de Paris, no. 15/17869, S.A. Deleplanque et Compagnie c. S.A. Sesevanderhave, jugement du 25 avril 2017.

² Un germoplasme est un tissu vivant à partir duquel il est possible de faire pousser une betterave sucrière, comme par exemple une graine ou bouture de betterave sucrière.

l'exécution de ses propres condamnations, et où l'exécution contre tous tiers, y compris la société Deleplanque, est possible dans la limite des dispositions légales applicables aux mesures d'exécution autorisées vis-à-vis de ceux-ci par le code des procédures civiles d'exécution.

Il convient, par conséquent, de déclarer irrecevable la demande de Deleplanque de voir prononcer l'inopposabilité de la sentence à son égard. »

Enfin, quant à la demande subsidiaire de Deleplanque vidant à faire interdire à Sesvanderhave d'exécuter la Sentence à son encontre, le TGI l'a jugé « *irrecevable* » au motif que (i) seul le juge de l'exécution serait compétent pour juger de cette demande, e (ii) la demande de Deleplanque ne « *procèd[ait] en effet d'aucun intérêt né certain et actuel démontré, susceptible de fonder le prononcé pré-*

ventif de l'interdiction de mesures d'exécution de la sentence exequaturée. »

Ce jugement est intéressant à double titre : d'une part, parce qu'il ouvre explicitement une porte permettant aux tiers d'écarter les effets qu'une sentence arbitrale pourrait entraîner à leur encontre, clarifiant au passage la portée de l'article 1525 du NCPC ; d'autre part, parce qu'il rejette le recours en tierce opposition pour des motifs reposant sur une confusion entre deux concepts clés sous-jacent à la notion de tierce opposition : celle d'autorité de la chose jugée, et celle d'opposabilité d'une sentence arbitrale. Ce jugement apporte donc en même temps ombre et lumière à la question du rapport des tiers à l'arbitrage. Commençons par la lumière.

Commentaire

1. Une clarification bienvenue : l'article 1525 du NCPC permet aux tiers de former tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue à l'étranger

En procédure civile française, la tierce opposition est la voie de recours ouverte aux tiers (c'est-à-dire, toute personne n'ayant pas été partie à l'instance) leur permettant d'écarter les effets « *indirects* »³ qu'une décision de justice pourrait avoir à leur égard. On parle d'effets « *indirects* » d'une décision de justice en ce qui concerne les tiers puisque ceux-ci ne sont pas liés par ladite décision de justice : la chose jugée par cette décision ne fait effectivement pas autorité, et ne peut donc avoir d'effets directs, à leur encontre.

Cependant, une telle décision peut néanmoins les affecter : par exemple, un sous-locataire sera nécessairement affecté par le jugement intervenu entre le locataire et le propriétaire ayant conclu à la nullité ou résiliation du contrat de bail principal. Même si ce jugement ne liera pas le sous-locataire, il n'en demeurera pas moins « *une donnée de fait* »⁴ que le sous-locataire ne pourra ignorer si le propriétaire lui demande de quitter les lieux.

Ces effets « *indirects* » d'une décision de justice découlent de son opposabilité vis-à-vis des tiers, à savoir, du fait que « *les situations résultant [de toute décision de justice] sont réputées exister dans l'ordonnement juridique, sans qu'il soit question d'en faire abstraction lorsqu'on se place du point de vue des tiers.* »⁵ Le droit français considère en outre qu'une sentence arbitrale est tout autant opposable aux tiers qu'une décision rendue par les tribunaux étatiques.⁶

La tierce opposition permet aux tiers d'écarter ces effets indirects en demandant que tout chef préjudiciable du jugement attaqué soit rétracté ou réformé en ce qui les concerne, et uniquement en ce qui les concerne. L'article 591 du NCPC dispose en effet que « *[l]a décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant.* » Cet article précise que « *[l]e jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés.* »

En dépit de l'effet voulu limité d'un jugement faisant droit à un recours en tierce opposition, celui-ci peut néanmoins sérieusement entraver l'efficacité du jugement primitif. Dans son article sur la question, le Professeur Sylvain Bol-

3 C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, L.G.D.J. 2000, p. 363. Cité par ALEXIS MOURRE, « *L'Intervention des Tiers à L'Arbitrage* », Revista Brasileira de Arbitragem, 2007, Volume IV Issue 16, pp. 76-97, p. 86.

4 CA Paris, 4 janvier 1960, Rev. Arb. 1960.122. Cité dans ALEXIS MOURRE, « *L'Intervention des Tiers à L'Arbitrage* », Revista Brasileira de Arbitragem, 2007, Volume IV Issue 16, pp. 76-97, p. 83.

5 SYLVAIN BOLLÉE, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. Arb., 2015.695, p. 695. Voir aussi à ce sujet, PIERRE CALLÉ, « *L'autorité de la chose jugée et les tiers* », Rev. arb., 2016.77 ; Rev. arb., 2007.769, note P. MAYER ; Rev. arb., 2009.327, note P. Mayer.

6 SYLVAIN BOLLÉE, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. Arb., 2015.695, p. 697.

lée prend pour exemple un litige opposant une fédération de football à un joueur.⁷ Si le club ayant engagé ce joueur parvenait à faire annuler à son encontre le jugement de la fédération ayant suspendu le joueur (pour motifs disciplinaires), la décision de la fédération de football perdrait toute efficacité.

C'est probablement pour préserver l'efficacité des sentences arbitrales rendues en matière d'arbitrage internationale que le droit français ne permet pas la tierce opposition à leur encontre. L'article 1506, cinquième alinéa, du NCPC écarte en effet l'application de l'article 1501 du même code – qui permet la tierce opposition formée contre une sentence arbitrale rendue en matière interne⁸ – en matière d'arbitrage international. Cette interdiction existait avant la réforme du droit français de l'arbitrage par la décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. Dans un arrêt de principe du 8 octobre 2009 la Cour de cassation l'avait d'ailleurs confirmé dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'abstraction faite de la référence à la nationalité de l'une des parties, les juges du fond, qui ont écarté la fraude reprochée à la SHLP et qui ont constaté que l'arbitrage rendu l'avait été relativement à la propriété de l'immeuble et du fonds de la Bibliothèque polonaise de Paris ainsi qu'à son exploitation à l'aide de capitaux étrangers, en ont exactement déduit son caractère international, ce dont il résultait que la voie de recours de la tierce opposition n'était pas ouverte;* »⁹.

Le jugement commenté ne remet pas en cause cette jurisprudence, puisque la décision objet de la tierce opposition n'était pas la Sentence, mais l'Ordonnance. Le TGI est simplement venu expliciter une possibilité laissée ouverte par le NCPC, et ce de manière encore plus claire que sous l'empire du droit de l'arbitrage français antérieur à la réforme du 13 janvier 2011, à savoir, celle de former tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger en matière internationale.

La réforme du droit de l'arbitrage découlant du décret du 13 janvier 2011 précité a en effet fait clarifié le régime des voies de recours contre les ordonnances d'exequatur, selon qu'elles portent sur des sentences arbitrales rendues en France, ou à l'étranger, en matière d'arbitrage international. Quant aux premières, l'article 1524 du NCPC dispose que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours, sauf recours en annulation pour les motifs prévus à l'article 1520 du même code. Cet article n'était autre que l'article 1504 du NCPC pré réforme du 13 janvier 2011. Quant aux secondes (concernant les sentences rendues à l'étranger en matière d'arbitrage international), la réforme du 13 janvier 2011 a introduit une nouvelle disposition – l'article 1525 du NCPC – qui, à l'inverse de l'article

1524 du NCPC, ne prévoit pas que l'ordonnance d'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. En effet, cet article prévoit simplement en son premier alinéa que « *[l]a décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.* »

Dans le silence du texte, le TGI a pu conclure – à juste titre il nous semble – que le NCPC permet aux tiers de former tierce opposition contre une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger en matière d'arbitrage international. Ce qui était le cas de la Sentence en l'espèce.

Ce jugement – à supposer qu'il ne soit pas réformé par la cour d'appel – permet donc en principe aux tiers de se prémunir contre les effets indirects qu'une sentence arbitrale internationale rendue à l'étranger pourrait avoir sur leur activité et actifs situés en France. Cette précision est importante : le jugement faisant droit à un recours en tierce opposition d'une ordonnance d'exequatur permettra uniquement aux tiers de se prémunir contre toute tentative d'exécution d'une sentence sur le territoire français. En revanche, un tel jugement ne permettra pas aux tiers de se prémunir contre les effets que cette sentence pourrait avoir sur leurs activités ou actifs situés hors de France.

La solution semble équilibrée : elle ne porte qu'une atteinte limitée à l'efficacité des sentences arbitrales et au principe de finalité de celles-ci. Il est cependant dommage que le TGI ait par la suite débouté la Demanderesse pour des motifs qui obscurcissent le régime de la tierce opposition et, plus généralement, les contours de la protection des tiers à l'arbitrage par le droit français.

2. Une confusion malheureuse : opposabilité n'est pas autorité de la chose jugée

Comme expliqué ci-dessus, le TGI a déclaré recevable la tierce opposition de Deleplanque mais, sur le fond, l'a déboutée en sa demande principale après avoir relevé que l'Ordonnance « *n'[avait] pas eu pour effet de donner force exécutoire à une quelconque condamnation qui aurait été prononcée par les arbitres* » à l'égard de Deleplanque, et que, par conséquent, la Demanderesse ne justifiait pas « *au regard de l'article 591 du code de procédure civile, de l'existence d'aucun chef préjudiciable résultant pour elle de l'ordonnance entreprise.* ».

Le TGI a également débouté la Demanderesse de sa demande subsidiaire pour le même motif, jugeant qu'« *[i]l ne saurait davantage être question pour le tribunal de*

7 SYLVAIN BOLLÉE, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », Rev. Arb., 2015.695, p. 707.

8 Cet article dispose que « *[l]a sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.* »

9 Civ. 1, n° 07-21.990, décision du 8 octobre 2009, Bulletin 2009, I, n° 201. Voir aussi les commentaires de cette décision : JCP, 2010. I. 644, obs. J. BÉGUIN ; D., 2009, pan. 2969, obs. T. CLAY ; Rev. dr. com. dalloz act. nov. 2009, p. 6, obs. X. DELPECH ; Rev. arb., 2011.126, note L. PERREAU-SAUSSINE.

déclarer inopposable à la société Deleplanque la sentence arbitrale rendue à Bruxelles [...] dès lors que cette sentence n'a, par l'effet de l'ordonnance du 10 juillet 2015, acquis l'autorité de la chose jugée que relativement aux condamnations tranchées et prononcées contre la société Strube gmbh [...]. ».

En d'autres termes, le TGI a conclu que la Sentence ne pouvait faire grief à Deleplanque dans la mesure où celle-ci n'était pas partie à l'instance ayant débouché sur la Sentence et que, partant, la Demanderesse n'était pas liée par celle-ci. Le TGI a donc confondu la notion d'opposabilité avec celle d'autorité de la chose jugée.

Cette confusion est regrettable. Le TGI avait pourtant reconnu l'existence d'effets indirects de la Sentence préjudiciaires à la Demanderesse, à savoir, les tentatives d'exécution de la Sentence par la Défenderesse contre les biens de celle-ci. Il en avait justement conclu que lesdits effets conféraient intérêt à agir à Deleplanque, ce qui ne pouvait s'expliquer que parce que la Sentence était opposable à celle-ci. Une fois cette constatation faite, la question que le TGI devait donc résoudre était celle de savoir si la demande de Deleplanque était fondée. Conformément à l'article 582 second alinéa du NCPC, le TGI aurait donc dû statuer à nouveau en droit et en fait sur les points de la Sentence relatifs à Deleplanque que celle-ci critiquait.¹⁰ Le fait que la Sentence ne liait pas Deleplanque – autrement dit, qu'elle n'avait pas l'autorité de chose jugée à son encontre – ne changeait rien à cela.

Pire, assimiler les deux notions traduit une incompréhension profonde de la logique de la tierce opposition. La tierce opposition n'est en effet ouverte qu'aux tiers à un jugement (« *Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque* »)¹¹, ce qui implique nécessairement que ces tiers peuvent être affectés par un jugement auxquels ils ne sont pas parties. Juger, comme l'a fait le TGI, que la Sentence ne pouvait nuire à Deleplanque parce qu'elle n'y était pas partie, relève donc du contre sens.

La demande de Deleplanque tendant à voir prononcer l'inopposabilité de la Sentence à son égard était donc bien recevable – c'est l'essence même du recours en tierce opposition – et le TGI aurait dû en apprécier le bien-fondé sur la base des faits et du droit de l'espèce.

Ce jugement peut être rapproché d'une autre espèce ayant fait l'objet d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 septembre 2014¹². Cette espèce découlait d'une sentence arbitrale interne, qui avait jugé qu'un franchisé avait violé une clause de

non-réaffiliation du contrat de franchise et l'avait condamné à payer des dommages et intérêts au franchiseur. Par la suite, le franchiseur avait intenté une action en responsabilité contre deux autres sociétés françaises (Francap et Ségurel) au motif qu'elles s'étaient rendues complices des manquements du franchisé à ses obligations contractuelles. La société Ségurel avait en parallèle formé tierce opposition contre la sentence arbitrale en question. La cour d'appel saisi de ce recours avait (i) déclaré recevable la tierce opposition, (ii) jugé que la clause de non-réaffiliation était illicite car anticoncurrentielle (aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce) et, partant, nulle et inopposable à la société Ségurel, et (iii) rejeté en conséquence les demandes d'indemnisation du franchiseur à son égard.

Le franchiseur avait formé un recours en cassation contre l'arrêt d'appel, notamment au motif que la sentence arbitrale (et l'arrêt de cassation ayant rejeté le recours en annulation formé contre celle-ci) avaient jugé licite (et conforme à l'ordre public) la clause de non-réaffiliation en question. Le franchiseur prétendait que la cour d'appel avait ainsi « *introduit une insoutenable contradiction entre les décisions rendues, au regard de la même clause et des mêmes règles,* » et, partant, « *violé l'article 1351 du code civil* » (porteur du principe d'autorité de la chose jugée).

La Cour de cassation avait rejeté ce moyen dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'ayant relevé qu'une sentence arbitrale est revêtue d'une autorité de chose jugée qui n'a d'effet qu'entre les parties et souverainement apprécié l'intérêt de la société Ségurel, qui n'était ni partie ni représentée à l'instance arbitrale, à former une tierce opposition incidente à son encontre, la cour d'appel, après avoir justement retenu la recevabilité de ce recours, a pu en déduire que la société Ségurel pouvait invoquer la non-conformité de la clause litigieuse aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, pour faire échec à l'action en responsabilité dirigée contre elle, nonobstant le caractère définitif de la sentence à l'égard des parties ; ».*

En d'autres termes, la cour de cassation avait ici clairement distingué la notion d'opposabilité de celle d'autorité de la chose jugée, permettant ainsi au tiers lésé par une sentence arbitrale – ne le liant pourtant pas – de la remettre en cause dans ses aspects lui faisant grief.

Toutefois, il convient de relever que la confusion du TGI dans le jugement commenté n'est pas un exemple isolé, voire même, rare. En effet, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, considéré que certains motifs d'une sentence arbitrale rendue dans une affaire entre A et B ne pouvaient être

¹⁰ L'article 582 second alinéa du NCPC dispose que la tierce opposition « *remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.* »

¹¹ Article 583 premier alinéa du NCPC (soulignement ajouté).

¹² Com., 23 septembre 2014, n° 13-22.624; Rev. arb. 2014.1023.

remis en cause dans une instance ultérieure entre A et C¹³ et qualifié cet effet d'opposabilité, alors que cet effet est celui produit par l'autorité (positive) de la chose jugée. Plusieurs décisions rendues par des cours étrangères (surtout en Angleterre et aux États-Unis) vont dans le même sens¹⁴.

En tout état de cause, cette ligne de jurisprudence de la Cour de cassation apparaît incompatible avec l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2014 reporté ci-dessus. En effet,

si la chambre commerciale de la Cour de cassation avait suivi le raisonnement de cette ligne jurisprudentielle, elle n'aurait pas permis à la société Ségurel de remettre en cause la licéité de la clause de non-réaffiliation, au motif que cette licéité, non contestée par la sentence arbitrale, lui était opposable.

La jurisprudence française n'est donc pas (encore) totalement harmonieuse en ce qui concerne les moyens de défense des tiers contre les effets d'une sentence arbitrale.

13 Voir par exemple, Com., 7 janvier 2004, n° 02-11.014, Bull. civ., IV, n° 4 ; Com., 23 janvier 2007, n° 05-19.523 ; Rev. arb., 2007.769, note P. MAYER ; Com., 2 décembre 2008, n° 07-17.539/07-19201 ; Rev. arb., 2009.327, note P. MAYER ; Com., 26 mai 2009, n° 08-11.588 ; JCP, 2009 I. 462, n° 1, obs. J. Béguin.

14 Voir les décisions citées par S.L. BREKOUKAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford University Press, 2010, n° 10.13 et *sequ.* Ouvrage cité par SYLVAIN BOLLÉE, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », Rev. arb., 2015.695, p. 708.

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma relojoaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns” que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a equipa de Arbitragem

A área de Arbitragem é uma das fortes apostas da PLMJ. Mais de 20 Advogados (9 dos quais Sócios), de 6 nacionalidades distintas e presentes em Portugal e em África, atuam como advogados ou árbitros.

A nossa equipa está preparada para representar clientes em arbitragens em cinco idiomas (português, inglês, espanhol, francês e alemão) e tem atuado não só em Portugal, como em vários outros países.

A PLMJ é a única sociedade portuguesa em que a equipa de arbitragem está autonomizada da equipa de litigação. A nossa equipa tem uma vasta experiência como counsel e como árbitros em arbitragens nacionais ou internacionais, de direito público ou privado, comerciais ou de proteção de investimento. Em parte substancial dos casos da equipa não há partes portuguesas, a língua e a lei portuguesa não são aplicáveis.

Esta prática verdadeiramente internacional permitiu que a PLMJ tivesse sido incluída, desde 2013, na lista das 100 melhores sociedades mundiais de advogados em arbitragem, pela reputada *Global Arbitration Review*. Ainda em 2016, a equipa foi nomeada para o prémio do GAR «Mediterranean or North African law firm that impressed».

A equipa é coordenada pelo sócio Pedro Metello de Nápoles, integrando, entre outros, os sócios Mariana França Gouveia, Manuel Cavaleiro Brandão, Nuno Morais Sarmento, Tomás Timbane, Tiago Duarte, Diogo Duarte Campos e Carmen Baptista Rosa.

“Excellent technical knowledge and ability to anticipate all the problems that might arise.”

CLIENT REFERENCE FROM
CHAMBERS AND PARTNERS

Recommended area TIER 1

Chambers Europe
Chambers Global
The Legal 500

Top 100 Best Firms in Arbitration in the World Shortlisted for Best Mediterranean and North Africa Arbitration Practice

Global Arbitration Review

26

Prémios internacionais

TOP 50

Sociedade de advogados mais inovadoras da Europa

Financial Times – Innovative Lawyers Awards

KEY CONTACT



Pedro Metello de Nápoles

Sócio coordenador da área de Arbitragem

(+351) 213 197 560
pedro.metellodenapoles@plmj.pt



Mariana França Gouveia

Sócia na área de Arbitragem

(+351) 211 592 507
mariana.francagouveia@plmj.pt

PLMJ ARBITRATION REVIEW

A PLMJ Arbitration Review é uma publicação periódica de arbitragem exclusivamente dedicada à jurisprudência. Tem como missão dar à jurisprudência o devido destaque e atenção que ela merece, assim contribuindo para uma maior perceção dos principais problemas e questões de arbitragem que se encontram a ser discutidos nos tribunais estaduais e arbitrais.

Com uma periodicidade anual, a Revista centra-se na anotação – em diversas línguas – dos principais acórdãos de arbitragem do ano transato, nacionais e internacionais.

Coordenação:

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

