Estudos de

DIREITO DA ARBITRAGEM

em Homenagem a

MÁRIO RAPOSO

Comissão Organizadora

AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA | MIGUEL CANCELLA DE ABREU
PAULA COSTA E SILVA | RUI PENA | SOFIA MARTINS

A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão

ANTÓNIO DE MAGALHÃES CARDOSO*
SARA NAZARÉ**

I. Notas introdutórias – a premência do tema esquecido

1. É com parcimónia histórica que DUARTE NOGUEIRA situa, em Portugal, o aparecimento da realidade arbitral como compositora de diferendos. Apesar de não ser então aparentemente vulgar o recurso ao instituto, é algures entre os séculos XII e XIII que surge a arbitragem, nos seus contornos mais gerais, no ordenamento jurídico português (ou, pelo menos, ibérico)[1].

Tratamos assim, neste texto, de uma figura que conta já com cerca de dez séculos de história em território português, de progressos e retrocessos na sua definição, de aprimoramentos na sua regulamentação, de desenvolvimentos na sua receção doutrinal e jurisprudencial e, sobretudo, de progressivo crescimento na sua aplicação[2].

A arbitragem ocupa hoje um lugar de destaque no comércio internacional, apresentando-se aos agentes económicos como uma válvula de escape à pesada e, por vezes, indiferente e desatualizada máquina da

* Sócio, Vieira de Almeida & Associados.
** Associada, Vieira de Almeida & Associados.

[1] José A. A. Duarte Nogueira, «A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)», em *Revista Jurídica*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 20, outubro 1996, págs. 12-23.

[2] Para uma resenha histórica do instituto da arbitragem em Portugal, *ibidem*.

justiça estatal, inapta a (bem) resolver os litígios que, embora complexos, reclamam soluções simples, rápidas, eficientes.

Esse caminho, que veio trilhando *pari passu* com a constante evolução das relações comerciais internacionais, chamou a atenção de inúmeros académicos um pouco por todo o mundo, que se dedicaram ao estudo e à análise do instituto; vêm garantindo a sua constante modernização, procurando moldá-lo e adaptá-lo às necessidades económicas mais atuais. Foi também com este objetivo que se aprovou (e posteriormente reviu) a Lei-Modelo da UNCITRAL[3], que se revelou um contributo decisivo na consolidação da arbitragem, escolhida voluntariamente pelas partes, como resposta jurisdicional de destaque para a resolução de litígios.

2. Mas esta atenção – doutrinária, mas também legal e jurisprudencial – que tem sido dada à arbitragem centra-se, sobretudo, na sua modalidade voluntária: apenas esta foi extensivamente regulada pelo legislador[4/5] e as referências à arbitragem necessária, nas obras doutrinárias ou textos dedicados à matéria, surgem como meros apontamentos delimitadores do conceito mais amplo de arbitragem, aí tido como geral. Numa perspetiva mais radical, certos Autores negam inclusivamente a natureza arbitral à arbitragem necessária, reconhecendo-lhe um palco quase secundário, *voire* insignificante[6].

A verdade é que o universo de regimes sujeitos a arbitragem necessária ocupa hoje, em Portugal, um espaço considerável nas relações económicas – por oposição à escassez de dedicação conceptual de que tem sido alvo. Afirmou-se, na verdade, em relações de carácter laboral[7],

[3] O texto consolidado (aprovado em 1985 e revisto em 2006) da Lei-Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) pode ser descarregado aqui: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

[4] Em Portugal, veja-se a Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Do mesmo modo, a sua antecessora apenas regulava a arbitragem voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto).

[5] A regulamentação genérica da arbitragem necessária encontra-se hoje relegada para quatro solitários artigos do Código de Processo Civil (artigos 1082.º a 1085.º), remetendo o último deles para a Lei da Arbitragem Voluntária a regulamentação subsidiária do instituto.

[6] Entre outros, Manuel Pereira Barrocas (Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 90-92).

[7] Cf. artigos 510.º e 511.º do Código do Trabalho, regulamentados pelo Decreto-Lei n.º 259/2009, de 25 de setembro, subsidiariamente aplicável ao regime constante do artigo

desportivo[8], em matéria de expropriações[9], de venda de energia elétrica em alta tensão[10] e de litígios sobre direitos de patente envolvendo medicamentos genéricos[11]. Como se vê, são já vários os casos, dispersos pelas mais diversas áreas socioeconómicas, cujos litígios o legislador entendeu, por um motivo ou por outro, submeter a um regime arbitral necessário[12]. Adiante veremos, ainda que sem grande profundidade, quais as razões que fundamentam opções legislativas como estas[13].

Mas mais relevante do que a abrangência temática da consagração legislativa de regimes de arbitragem necessária é a constatação de que esta, não obstante a sua área de intervenção aparentemente reduzida em relação à arbitragem voluntária, acaba por ser responsável por muita da jurisprudência proferida pelos tribunais estaduais de recurso sobre temas arbitrais. A este propósito, é interessante ouvir a intervenção do Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, o Senhor Desembargador Luís Vaz das Neves, no VIII Congresso Centro de Arbitragem Comercial[14] ou consultar a mais recente jurisprudência disponível sobre questões relacionadas com arbitragem.

Este fenómeno explica-se por dois fatores: por um lado, pela conclusão de que, contra o que se tem advogado, o campo de atuação da arbitragem necessária não é afinal despiciendo (ou, pelo menos, não o é tanto quanto

379.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho).

[8] Artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro.

[9] Artigos 38.º e seguintes do Código das Expropriações.

[10] Cf. artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 43335, de 19 de novembro de 1960, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 296/82, de 28 de julho, na sequência de uma declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 52/92, de 5 de fevereiro de 1992).

[11] Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

[12] O regime arbitral previsto no Regime de Proteção dos Utentes dos Serviços Públicos, constante do artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, surge, de certa forma, como uma terceira via da arbitragem, situada algures entre a arbitragem necessária e a voluntária. Com efeito, não obstante nele se prever que os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem *necessária* mediante expressa opção dos utentes manifestada nesse sentido, a verdade é que esta submissão opera de forma unilateralmente impositiva. Os utentes detêm assim o direito potestativo de sujeitar os serviços públicos a arbitragem, que assim se apresenta como uma arbitragem "forçada".

[13] Cf. ponto 4 do presente artigo.

[14] Intervenção que teve lugar no dia 10 de julho, presidindo ao painel subordinado ao tema "Nomeação de Árbitros – O papel das entidades de nomeação e os critérios de designação" (vídeo disponível em http://www.justicatv.com/index.php?p=4862).

se pensava) e incide, muitas vezes, sobre interesses patrimoniais muito relevantes; por outro, pela urgência sentida pelos operadores jurídicos que nesse instituto se movem em clarificar o regime aplicável a esta modalidade de arbitragem, apenas subsidiariamente regulada pela Lei da Arbitragem Voluntária ("LAV").

3. Pareceu-nos importante, assim, oferecer alguns modestos contributos para os debates que se têm levantado quanto à interpretação da LAV no contexto de arbitragens necessárias, mormente quanto às diversas referências que aí são feitas à convenção de arbitragem – elemento que está, precisamente e como abaixo melhor demonstraremos, ausente na litigância arbitral necessária.

Para o efeito, e porque se procura obter um contributo tanto intemporal como útil, será necessário enquadrar primeiro – mas sem quaisquer pretensões exaustivas – a questão da natureza da arbitragem: perceber se uma origem contratual é *característica* essencial da natureza do instituto ou se essa origem corresponde apenas a uma sua possível *fonte*, entre outras concebíveis.

A discussão que se trará para o presente texto terá por base alguns artigos da LAV, tal como hoje ela se encontra aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Mas tendo a origem da arbitragem como pano de fundo de todos os comentários que abaixo se desenvolverão, as soluções que se apresentam desligam-se da LAV atual e valem como estudo das características mais intrínsecas deste instituto.

Esclareça-se, por fim e por um lado, que o presente estudo se centrará apenas na arbitragem interna, não se abordando temas como o do reconhecimento ou da execução de sentenças arbitrais estrangeiras; e que, por outro, serão apresentados, por referência aos temas tratados, alguns comentários sobre um concreto regime de arbitragem necessária atualmente em vigor em Portugal, constante da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro[15/16] («Lei n.º 62/2011»), que assim funciona como tubo de ensaio para as soluções que se propõem.

[15] Que, desde dezembro de 2011, veio sujeitar a arbitragem necessária os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos (cf. artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro).

[16] Um contributo doutrinário relevante na análise deste regime arbitral chegou-nos pela mão de SOFIA RIBEIRO MENDES (Sofia Ribeiro Mendes, «O Novo Regime de Arbitragem Necessário de Litígios Relativos a Medicamentos de Referência e Genéricos (Alguns Problemas)», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, coord. Armando Marques Guedes [*et. al.*], Coimbra, Coimbra Editora, 2013, vol. II, págs. 1005-1037.

O que é, então, a arbitragem necessária?

II. É a arbitragem necessariamente voluntária?

A. Nota histórica

4. Não se julgue que a arbitragem necessária é problema dos tempos modernos. Bem pelo contrário.

Recorremos aqui novamente sobretudo aos trabalhos levados a cabo por DUARTE NOGUEIRA, que compilou a informação que recolheu da consulta de diversos textos legislativos, uns ordenados e outros não, com o objetivo de traçar os principais contornos da evolução histórico-jurídica da arbitragem no direito português[17]. Elencamos três casos identificados ao longo da nossa (curta) incursão histórica pelo estudo deste instituto.

O primeiro regime de arbitragem necessária identificado por aquele historiador surge logo no século XIII e materializou-se na subtração da competência da jurisdição estatal para o conhecimento das querelas, no que ao seu valor diz respeito, ditas menores (recorrendo a uma expressão emprestada do direito penal, as «bagatelas litigiosas»), reservando essa intervenção para os litígios de maior relevo[18]. Motivos de racionalização dos recursos estatais – humanos e financeiros – parecem ter presidido a uma tal solução jurídica. Tratava-se, no fundo, de assumir que o diferendo seria de tal forma (aparentemente) irrelevante que não se justificava convocar o Estado a intervir. Dos regimes arbitrais necessários acima identificados[19], parece ser por um motivo semelhante a este que os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais

[17] Nogueira, «A Arbitragem na História...», cit. Mais recentemente, tem igualmente interesse o estudo de SANTOS JUSTO, apesar de vocacionado apenas para a arbitragem no direito romano (António dos Santos Justo, «A Arbitragem no Direito Romano – Breve Referência ao Direito Português», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Almedina, 2013, tomo II, págs. 675-701).

[18] Nogueira, «A Arbitragem na História...», cit., pág. 16 e nota 27.

[19] *Vide* ponto 2 *supra*.

ficam sujeitos a um regime arbitral necessário, ainda que por opção expressa dos utentes singulares[20].

Um segundo caso de arbitragem necessária pode ser encontrado no *Livro de Leis e Posturas*[21], que dispunha que os litígios emergentes entre homens do mar ficariam sujeitos a regulação por via exclusiva de arbitragem. Esta opção legislativa aparenta sugerir a constituição de um foro arbitral para uma matéria tida como reclamando competências técnicas especializadas[22]. E é muito por motivos desta índole que o legislador consagra ainda hoje soluções jurisdicionais baseadas na submissão de litígios a arbitragem necessária. É o caso das arbitragens desportivas, dos litígios resultantes da interpretação e execução dos contratos de venda de energia elétrica em alta tensão[23] e, sobretudo, da fixação do valor da indemnização nas expropriações litigiosa[24], por um lado, e dos litígios de propriedade industrial envolvendo medicamentos genéricos, por outro, que implicam uma análise de temas de alta complexidade técnica não jurídica, que, num processo judicial, ficariam muito provavelmente a cargo de peritos.

Por fim, ensinam RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE que o caminho para a estipulação de um monopólio estadual da punição se fez, num determinado estádio do progresso legislativo, com o estabelecimento de um regime de arbitragem (que, tendo começado por assumir natureza facultativa, acaba por revestir um caráter obrigatório)[25]. Aproximamo-nos aqui do cenário hoje previsto para a resolução dos litígios que surgem no

[20] Abstendo-nos, por ora, de discutir se este regime corresponde, verdadeiramente, a um caso de arbitragem necessária (como questionámos na nota 12 *supra*), não obstante o vocábulo empregue no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

[21] Produzido, de acordo com a informação disponível na página oficial do Arquivo Nacional da Torre do Tombo, entre 1249 e 1393, http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4223265 (consultado a 8 de setembro de 2014).

[22] Previsto, como se disse, no *Livro das Leis e Posturas* (Lei CI) – *vide* Nogueira, «A Arbitragem na História...», cit., nota 42 (pág. 20).

[23] O artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 43335 previa inclusivamente, na sua versão originária, que «*as dúvidas ou divergências que se levantarem entre o consumidor e o distribuidor sobre a execução ou a interpretação das disposições destas condições gerais, do caderno de encargos da concessão ou da apólice aprovada serão decididas por uma comissão de três peritos-árbitros* [...]».

[24] A letra da lei é aqui novamente reveladora: «*os árbitros são escolhidos de entre os peritos da lista oficial* [...]» (artigo 45.º, n.º 2, do Código das Expropriações).

[25] Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, vol. I, tomo II, págs. 218-219.

contexto de relações laborais. As razões para a preconização da solução hoje existente podem ser encontradas no Livro Branco das Relações Laborais. Entre outros motivos, aí se identificou que a resolução dos conflitos de trabalho se reconduz a uma atividade quase exclusivamente contenciosa e litigiosa, não estando o Estado apto a atingir a paz social que se perdeu na execução de contratos desta natureza, por via dos tribunais[26].

5. Servem estas breves notas históricas para demonstrar que a arbitragem necessária teve e manteve reservado um lugar que lhe é próprio no seio da definição dos contornos do poder judicial.

É evidente e indiscutível que, em geral, o principal impulso para recurso ao instituto da arbitragem não é dado pela lei mas antes pelas partes, ao manifestarem contratualmente a vontade de se submeterem a este meio jurisdicional na resolução dos litígios que as opõem ou podem vir a opor. Mas não se pode pretender fazer tábua rasa de todos os séculos de existência da arbitragem necessária, numa busca pela total autonomização da arbitragem voluntária[27] – que, de resto, em nada é afetada pela subsunção daquela modalidade ao conceito geral de arbitragem.

B. Enunciação do problema: a vontade das partes é elemento definidor ou mera fonte da arbitragem?

6. Diz-nos o senso comum – não jurídico – que se designa por arbitragem a decisão de um diferendo por um tribunal escolhido pelas partes em confronto.

A «arbitragem», tal como definida no dicionário, corresponde aliás (1) à jurisdição exercida por juízes não profissionais; (2) ao julgamento por árbitro ou árbitros; (3) à intervenção do tribunal arbitral; ou (4) à

[26] Disponível em http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf, consultado a 8 de setembro de 2014.

[27] Como parece pretender MANUEL PEREIRA BARROCAS, quando afirma que «*defender-se que a arbitragem necessária constitui verdadeira arbitragem não é mais do que amputar a esta uma significativa parte do que ela representa e conquistou ao longo de séculos, pois significa, em resumo, torná-la confundível com a justiça pública administrada por juízes ou árbitros investidos por lei e não a uma justiça privada, toda ela, desde a sua origem até à sentença final, baseada na vontade das partes e na liberdade da cidadania, para que o litígio seja resolvido desse modo e não de outro*» – Barrocas, *Manual...*, cit., pág. 92.

mediação imparcial para resolver um litígio[28] e tem a sua origem no termo homónimo francês «*arbitrage*». Para os gauleses, «*arbitrage*», na perspetiva do poder exercido e como primeira definição, é a *action d'arbitrer* e, no prisma adjetivo, a *procédure de règlement d'un litige par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs arbitres; décision rendue*[29].

O Direito, como fenómeno humano e social que é[30], não se pode desligar da sua essência e deve ser analisado à luz dessa natureza. Não deixa por isso de ser curioso que o elemento tido pela doutrina como o mais característico do instituto não conste da definição que a sociedade acolheu na sua linguagem para o termo arbitragem, que não faz qualquer referência à sua fonte, contratual ou outra. Fora do contexto jurídico, a origem da arbitragem não é, assim, elemento integrante da definição do conceito.

Será que o é, verdadeiramente, dentro do mundo do Direito?

7. As definições de arbitragem propostas no seio da doutrina portuguesa que mais detalhadamente se dedicam a este tema não tendem a divergir muito entre si e em quase todas se encontra a tão aclamada "vontade das partes" como seu requisito definidor.

MANUEL PEREIRA BARROCAS defende que «*A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes*»[31]; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, por seu turno, afirma que «*A arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros*»[32].

Parece-nos da leitura destas definições que, pelo menos em Portugal, o espaço conquistado pela arbitragem voluntária no seio das relações

[28] De acordo com o dicionário da Língua Portuguesa da Porto Editora e entre outras entradas significativas, não relevantes no contexto do presente artigo. Disponível em http://www.infopedia.pt/pesquisa-global/arbitragem (consultado a 8 de setembro de 2014).

[29] Definição parcial constante do dicionário da Língua Francesa da Larousse, disponível em http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/arbitrage/4949?q=arbitrage#4927 (consultado a 8 de setembro de 2014).

[30] José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, páginas 23 e seguintes.

[31] Barrocas, *Manual*..., cit., pág. 33.

[32] Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 119.

(sobretudo) jurídico-económicas, apesar de inteiramente merecido, abriu um ensejo à sua excessiva autonomização teórica, não só por referência ao poder judicial como também aos demais institutos jurisdicionais.

A questão é delicada e não pode ser resolvida, sem mais, com a mera inclusão daquilo que representa uma característica corrente da arbitragem no rol dos seus elementos essenciais. Desempenhando funções jurisdicionais, a arbitragem deve ser cuidadosamente compreendida, integrada que está no elenco dos órgãos de soberania[33].

Importa, assim, começar por recordar as implicações que advêm do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, que consagra um Estado de direito democrático, assente no princípio da divisão de poderes[34]. Uma dessas implicações, e a principal no contexto da presente análise, é a da expressa rejeição constitucional da "justiça privada", com a consequente e necessária atribuição da realização do Direito, posto ao serviço do dirimir de conflitos, a órgãos imparciais que detêm o monopólio da jurisdição[35].

É por isso que, como cautelosamente escreve LEBRE DE FREITAS[36], o direito objetivo "*acaba sempre por definir os limites da autonomia da vontade*", resultando por conseguinte da lei "*a origem imediata dos efeitos jurídicos estipulados pelas partes*"[37].

É na interseção destas duas realidades – Direito, por um lado, e autonomia da vontade, por outro – que se divisam as diversas teorias sobre a natureza da arbitragem. Onde nos situarmos?

[33] Por força do artigo 209.º, n.º 2, com reporte ao artigo 110.º, n.º 1, da Constituição.

[34] Estado de Direito, escreve JORGE MIRANDA, "é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder [...]" (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, tomo I, pág. 87).

[35] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, página 668.

[36] Evitando, por conseguinte, ter de tomar qualquer posição quanto à articulação do direito objetivo com a realidade social que lhe preexiste.

[37] José Lebre de Freitas, «Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, Almedina, 2002, vol. II, pág. 626, nota 3.

C. Da (verdadeira) teoria mista

8. São fundamentalmente três as teorias existentes sobre a natureza jurídica da arbitragem: duas em polos opostos (a contratualista[38] e a jurisdicionalista[39]) e uma intermédia (a mista[40]).

Sem nos demorarmos em detalhe em qualquer das duas primeiras, diremos apenas, na esteira do enquadramento constitucional que acima levemente abordámos, que a tese contratualista não pode prevalecer. Como escrevem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA a propósito da admissibilidade da criação de tribunais arbitrais, «*não está em causa a privatização da função jurisdicional, como sugerem alguns, com base numa discutível natureza jusfundamental da arbitragem, mas sim a cooperação do Estado com os particulares no âmbito do exercício da função jurisdicional da arbitragem*»[41]. Esta cooperação do Estado com os particulares manifesta-se na criação, pela lei, de tribunais arbitrais.

Como é, de resto, por todos reconhecido – inclusivamente pelos apoiantes da teoria contratualista –, a exequibilidade da sentença arbitral depende, sempre, da intervenção dos órgãos jurisdicionais estatais, detentores do *jus imperii*[42].

Refere RAÚL VENTURA, num estudo profundo sobre a convenção de arbitragem que levou a cabo em 1986, que a submissão de litígios a arbitragem necessária tem necessariamente de se fazer por meio de lei especial. Com efeito, a «*lei tem de ser* especial, *visto que a lei geral sobre a jurisdição dos tribunais estaduais está, por sua vez, derrogada pela lei permissiva da arbitragem voluntária*»[43]. Essa derrogação da lei

[38] Barrocas, *Manual*..., cit., pág. 45, e França Gouveia, *Curso de Resolução*..., cit., página 119.

[39] *Ibidem*, págs. 44-45 e 119-120, respetivamente.

[40] *Ibidem*, págs. 46-47 e 120, respetivamente.

[41] J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, vol. II, pág. 507.

[42] JORGE MIRANDA, no elenco das características gerais do Estado, discute a natureza da coercibilidade, concluindo que esta é uma característica da organização política estatal (Miranda, *Manual*..., cit., pág. 47).

[43] Raúl Ventura, «Convenção de Arbitragem», em *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1986 (Ano 46.º), pág. 318. Também LEBRE DE FREITAS, assumindo a sua – passe o oximoro – imparcial posição, começa por reconhecer a evidente natureza jurisdicional da arbitragem, afirmando depois que «*o poder de decisão do tribunal arbitral deriva da vontade das partes e por isso se contém dentro dos limites em que esta pode actuar, segundo o direito constituído*» (Lebre de Freitas, «Algumas Implicações...», cit., pág. 626 e nota 26).

geral corresponde àquilo a que, mais à frente nessa mesma publicação, designa por «*beneplácito do Estado*» em permitir que os interessados criem um tribunal para dirimir certos ou eventuais litígios[44]. A criação desta categoria de tribunais materializa-se depois na concreta instalação dos tribunais que resolverão os litígios que as partes lhes hajam submetido, por a lei assim lhes permitir.

É pois indiscutível que a arbitragem não pode ter natureza contratual.

Mas se é verdade que a arbitragem apenas existe porque a lei assim o consagrou[45] – mormente por força do artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa –, não é já verdade que é diretamente dela que os árbitros recebem o poder de julgar. E é na compreensão deste concreto ponto do investimento dos árbitros no poder jurisdicional que, em suma, residem as diferenças das diversas teses para a resolução das quais se impõe uma tese de compromisso.

E para chegarmos a uma solução que se aproxime daquilo que corresponde à verdadeira natureza do instituto, a tónica compromissória deve ser encontrada naquele atributo que – assim o cremos – corresponde à própria caracterização da arbitragem: a nomeação dos árbitros como manifestação da autonomia da vontade das partes litigantes.

9. Em 1974, o processualista HENRI MOTULSKY dedicou-se a estudar o instituto da arbitragem e abriu a análise que então levou a cabo por refletir sobre a sua natureza[46]. Segundo expõe nessa obra, a questão releva na medida em que tem implicações no âmbito do direito interno, entre outras, nas características e qualidades exigíveis ao árbitro e na possibilidade de execução da decisão arbitral[47]. Falamos do pai da tese mista, que a mais relevante doutrina arbitral portuguesa afirma perfilhar[48].

Para o Autor francês, o instituto da arbitragem reveste-se de três características: (i) corresponde a uma justiça[49], (ii) justiça essa que é

[44] Ventura, «Convenção de Arbitragem...», cit., página 380.

[45] Barrocas, *Manual*..., cit., pág. 44.

[46] Henri Motulsky, *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010.

[47] A querela da exequibilidade da decisão arbitral está hoje, assim o cremos, praticamente ultrapassada, e isto independentemente da definição de arbitragem que se sufrague.

[48] Barrocas, *Manual*..., cit., pág. 47, e França Gouveia, *Curso de Resolução*..., cit., pág. 120.

[49] Motulsky, *Écrits*..., cit., págs. 6-13

privada[50], (iii) cuja origem é normalmente convencional[51]. Dissequemos as duas últimas características, que a primeira não merece controvérsia.

A qualidade privada da justiça arbitral, tal como apresentada por HENRI MOTULSKY, não equivale a afirmar-se que sem convenção de arbitragem não existe verdadeira arbitragem[52]. O carácter privado da arbitragem é destacado na perspetiva da *qualidade* dos árbitros, enquanto órgão privado. Nas palavras do processualista, «*les arbitres sont des particuliers, auxquels l'ordre juridique permet d'exercer une fonction qui est en principe réservée à l'Etat*»[53].

Não se nega, quanto à terceira característica identificada por MOTULSKY, que a arbitragem é (para usar a expressão empregue pelo Autor) *normalmente* convencional e que *normalmente*, na maioria dos casos, ela encontra a sua fonte na vontade das partes, manifestada por uma qualquer convenção entre estas. Mas é igualmente indiscutível que, ao limitar um requisito de um conceito por referência à «generalidade» da frequência da verificação dessa característica, subtrai-se esse atributo, a final, do elenco dos elementos essenciais do conceito.

Posto isto, a origem normalmente convencional da arbitragem não deve, no entanto e obviamente, ser menosprezada. Ela reveste-se de extrema utilidade como critério interpretativo, aproximando ou afastando o instituto do regime processual jurisdicional estadual.

10. Aqui chegados, antecipemos que a verdadeira teoria mista da natureza jurídica da arbitragem (mais pura, se se quiser), assenta em dois requisitos apenas: ela corresponde a um instituto jurisdicional de resolução de litígios, submetido a um órgão privado escolhido pelas partes.

O conceito apresentado, aproximando-se da definição proposta por HENRI MOTULSKY, é ademais o único que abrange a arbitragem necessária. Reconduz-se assim a figura à sua primitiva e mais pura definição, em contraciclo com os desenvolvimentos doutrinários mais recentes que, de certa forma, têm renegado as suas origens históricas em prol de uma

[50] *Ibidem*, págs. 13-16.

[51] *Ibidem*, págs. 16-20.

[52] Ao contrário do que escreve MANUEL PEREIRA BARROCAS (Barrocas, *Manual...*, cit., pág. 46).

[53] Motulsky, *Écrits...*, cit., pág. 14.

concetualização teórica que, no que à sua noção diz respeito, se acaba por revelar supérflua.

Da definição proposta por MANUEL PEREIRA BARROCAS[54] releva apenas a sua *função jurisdicional* de resolução de litígios e os *titulares dessa função*, que são privados escolhidos pelas partes. O critério do reconhecimento legal, porventura despiciendo em face do enquadramento constitucional que acima se ofereceu, já havia sido abandonado por MARIANA FRANÇA GOUVEIA[55]. Da definição oferecida por esta Autora discordamos apenas do critério da natureza convencional, expressa na afirmação de que, «*a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros*».

Explicitando: o que depende da vontade das partes não é, em nosso entender, a decisão de cometer a resolução do litígio a terceiros[56] ou a uma ou mais pessoas concretas, com poderes para esse efeito, atribuídos por convenção das partes[57]; o que a lei permite às partes que escolham é quem decidirá o seu litígio.

[54] Transcrita no ponto 16 *supra*.

[55] Cf. definição apresentada no ponto 7 *supra*.

[56] A opção pelo termo «terceiros», na definição avançada por MARIANA FRANÇA GOUVEIA, não nos parece especialmente feliz. Na verdade, terceiros são todos e quaisquer agentes jurisdicionais em relação às partes em oposição – o magistrado estatal incluído. Em última instância, e perante a proibição da «justiça pelas próprias mãos», a submissão da resolução do litígio existente entre as partes em confronto a um ou mais terceiros (estatais ou arbitrais) é o resultado – prático, de resto – da verificação da impossibilidade de as partes obterem, amigavelmente, uma solução para o diferendo que as opõe.

[57] Tendemos a concordar um pouco mais com a proposta de MANUEL PEREIRA BARROCAS, que defende que a resolução do litígio é efetuada por "*uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes*". Mas também esta definição se afigura incorreta e insuficiente. Com efeito, não é a existência de uma convenção das partes que atribui, concretamente, poderes à(s) pessoa(s) que irão resolver o litígio em causa. Aliás, as convenções arbitrais nem poderiam, elas próprias, atribuir tais poderes, na medida em que ninguém pode ser obrigado a atuar como árbitro – menos ainda por imposição privada. E veja-se como esta impossibilidade se manteve intocada ao longo de toda a história da arbitragem (neste sentido, Nogueira, «A Arbitragem na História...», cit.). Daí que aquilo que as partes estipulam, e sobre o que têm efetiva disponibilidade, seja apenas a designação ou o modo de escolha dos árbitros. Os poderes de julgamento são investidos nos árbitros pela lei e não pelas partes. Apresentando uma crítica mais prática do que teórica do problema em anotação ao artigo 10.º, n.º 1, da LAV, que parece contradizer o que apontámos à definição de MANUEL PEREIRA BARROCAS, veja-se a *Lei da Arbitragem Voluntária – Comentada*, coord. Mário Esteves de Oliveira, Coimbra, Almedina, 2014, págs. 142-143. Assumindo a impossibilidade da nomeação direta dos árbitros pelas partes, *vide* Armindo Ribeiro Mendes [*et al.*], *Lei da*

Por outras palavras, o que falha, em nossa opinião, nas posições expressas pelos Autores citados, é a recondução da vontade das partes à submissão do litígio a este instituto. Do nosso ponto de vista, o que caracteriza a arbitragem é a escolha, pelas partes, do privado que irá atuar como decisor do litígio e a quem a lei confere a função jurisdicional que, originalmente, não lhe cabe[58].

11. No seio do poder judicial, a arbitragem separa-se do poder jurisdicional estadual, na medida em que, para o exercício deste, o Estado coloca à disposição dos cidadãos, em cumprimento de um dever constitucional, um conjunto de magistrados a quem é confiada a função de julgar. Os cidadãos que pretendam aceder à justiça estadual conformam-se com o resultado da distribuição do seu processo a um qualquer magistrado, de entre aqueles cuja seleção o Estado já havia previamente efetuado.

Nesta medida, a arbitragem representa uma total alteração daquele que é o paradigma do escopo do poder judicial concentrada no monopólio estatal. Esse paradigma muda radicalmente na arbitragem: a decisão da causa não é assim cometida necessariamente a um juiz profissional nomeado pelo Estado, mas antes a um privado escolhido pelas partes; essa nomeação pelo Estado, que é feita previamente ao deflagrar do litígio, passa agora a ser uma escolha posterior a esse momento; o juiz estatal, estatutariamente dotado de isenção e imparcialidade, a quem o demandante tem obrigatoriamente de se dirigir, é aqui substituído por uma ou mais pessoas que as partes escolhem e a quem atribuem poderes de resolver o diferendo que as opõe.

O que é, pois, verdadeiramente característico do regime arbitral, aquilo em que ele se evidencia fundamentalmente, é a circunstância de ser um sistema jurisdicional em que o tribunal é escolhido pelas partes, ou seja, em que o litígio é remetido para a decisão de um tribunal privado, munido de poderes jurisdicionais que lhe são conferidos pela lei. A escolha dos árbitros é assim, porventura, o momento mais emblemático de um processo arbitral e é considerado como uma prerrogativa essencial das partes no litígio que se visa dirimir.

Arbitragem Anotada, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 27, e Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 60.

[58] Na esteira do afirmado por HENRI MOTULSKY, essa função jurisdicional que a lei permite que os privados exerçam apenas se corporalizará com a sua escolha da sua nomeação como árbitro, por uma parte.

12. Posto tudo isto, e face à tese que propomos, como entender, no domínio da arbitragem necessária, as várias referências à convenção de arbitragem que vêm sido desenvolvidas – na lei, na jurisprudência e na doutrina?

Como interpretar o regime arbitral necessário na sua relação com o instrumento tipo por central na arbitragem voluntária... e de que aquele não dispõe?

III. A convenção de arbitragem aplicada à arbitragem necessária

A. Enquadramento

13. A título de nota prévia, esclareça-se o leitor que não se enveredará aqui pela discussão – útil e interessante, não obstante – da solução a dar ao enquadramento jurídico da arbitragem necessária. Nomeadamente, a questão de saber se à arbitragem necessária deve ser consagrado um regime próprio e independente do regime da arbitragem voluntária, ou se deve ser regulada a arbitragem em geral, com especificações para cada uma das modalidades, ou se, por fim, o cenário legislativo se deve manter inalterado, assistindo-se a um silêncio total da LAV quanto à modalidade necessária da arbitragem, procedendo-se à sua aplicação de forma subsidiária.

As considerações seguintes reportam-se portanto ao quadro legislativo vigente, aprovado pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, e complementado, quanto à arbitragem necessária, pelos artigos 1082.º a 1085.º do Código de Processo Civil. Como forma de testar as soluções que se avançarão, far-se-ão alguns comentários à aplicação subsidiária da LAV aos processos arbitrais regulados pela Lei n.º 62/2011[59].

14. Como dissemos já, o estudo doutrinário do regime da arbitragem tem-se centrado, sobretudo, na análise da arbitragem voluntária, reputada como a única modalidade congregadora de todos os elementos essenciais da verdadeira arbitragem, cuja intervenção deve assentar na convenção das partes. Já escrevemos e procurámos demonstrar, ainda que de forma sucinta, que assim não deve ser entendido este instituto.

---

[59] Também não será aqui analisado o singular regime previsto no artigo 61.º da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto, que consagra a aplicação subsidiária do Código de Processo nos Tribunais Administrativos nos processos de jurisdição arbitral necessária.

A definição de arbitragem que propomos e acolhemos não afasta a constatação, fática aliás, que é a modalidade voluntária a que mais peso tem no contexto arbitral geral. Nestes termos, não surpreende que a convenção de arbitragem, manifestação de vontade das partes pelo qual estas se vinculam a submeter à decisão de um tribunal arbitral os litígios existentes ou futuros[60], ocupe um lugar absolutamente central no estudo da arbitragem.

Essa centralidade conquistou-a, também e como não podia deixar de ser, na regulação do seu regime por via da Lei da Arbitragem Voluntária.

15. Além do primeiro capítulo da LAV, que é inteiramente dedicado à convenção de arbitragem, vários são os artigos daquele diploma que, dispersos, lhe fazem referência. Na maioria dos casos, os preceitos limitam-se a prever um regime geral, estipulando que as partes podem dispor diferentemente na convenção de arbitragem[61]. Noutros, a referência à convenção funciona como elemento delimitador dos contornos do litígio[62].

Trata-se, a arbitragem necessária, de um regime arbitral sem convenção instituidora. Tal não significa, porém, que as questões de natureza processual que se suscitam no seu âmbito não devam ser solucionadas à luz do conteúdo do ato que as origina.

Perante o quadro legislativo atual e nunca perdendo de vista a verdadeira natureza de arbitragem do instituto arbitral necessário, importa compreender como será possível enquadrar as diversas remissões para a convenção de arbitragem feitas pela LAV, no âmbito da problemática das arbitragens necessárias.

É o que procuraremos fazer de seguida, reportando-nos a algumas situações e questões concretas que se têm deparado às partes e aos árbitros neste tipo de arbitragens.

[60] Ventura, «Convenção de Arbitragem...», cit., págs. 292-293; França Gouveia, *Curso de Resolução...*, cit., pág. 125; Barrocas, *Manual...*, cit., págs. 143-144.

[61] É o caso dos artigos 10.º, n.º 1, 11.º, n.º 4, 17.º, n.º 1, 36.º, n.º 7, 39.º, n.º 4, e 46.º, n.os 1 e 10, da LAV.

[62] Referimo-nos aqui aos artigos 18.º, n.º 1, 33.º, n.º 4, e 46.º, n.os 3, inciso *iii*), e 10, todos da LAV.

B. Os satélites da convenção de arbitragem

i. A convenção de arbitragem e o âmbito dos litígios a ela sujeitos[63]

16. De acordo com o artigo 1.º, n.º 1, da LAV, «*qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão dos árbitros*». Define-se assim, na convenção de arbitragem, o âmbito do(s) litígio(s) que as partes poderão submeter a decisão arbitral. Dispõe por sua vez o artigo 33.º, n.º 4, da LAV que «*o demandado pode deduzir reconvenção, desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem*».

Escolhemos este preceito por um motivo muito simples. Tratam estes dois preceitos de uma matéria sobre a qual, nas arbitragens necessárias, as partes dificilmente se terão pronunciado de forma prévia. Não se vislumbram muito prováveis os cenários em que as partes de uma arbitragem necessária teriam acordado, fosse por que forma fosse, no que se deve entender por «âmbito do(s) litígio(s)», com vista a aferir da admissibilidade da ação intentada ou da reconvenção deduzida.

E o mesmo se diga quanto ao artigo 46.º, n.º 3, alínea *a*), inciso *iii*), da LAV. Aqui se estabelece, como um dos casos em que a anulação da decisão arbitral pode ser levada a cabo pelo competente tribunal estadual, a pronúncia da decisão arbitral sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem.

E tratam-se, no entanto, de disposições que se podem revelar de uma importância extrema na determinação da competência do tribunal arbitral, na garantia do contraditório assegurado ao demandado, bem como na determinação dos limites da anulação/recurso da decisão final proferida que haja tomado uma posição sobre esta questão. É assim crucial encontrar o sucedâneo mais próximo do instrumento da convenção de arbitragem no contexto das arbitragens necessárias, para efeitos de determinação do âmbito do(s) litígio(s).

Esse sucedâneo tem de ser encontrado, em regra, no diploma[64] que institui a arbitragem como meio necessário da resolução de um deter-

[63] Não se deve confundir o âmbito dos litígios com o objeto do litígio, que é definido pelo demandante no pedido que submete ao demandado de submissão do litígio a arbitragem – neste sentido, *vide* Lebre de Freitas, «Algumas Implicações...», cit., pág. 631.

[64] A questão da admissibilidade constitucional da criação de regimes de arbitragem necessária está hoje praticamente ultrapassada, tendo o Tribunal Constitucional sedimentado as bases para a sua admissibilidade mediante a consagração de alguns requisitos

minado tipo de litígios. Com efeito, é neste diploma que se define o âmbito dos litígios cuja solução deverá ser obrigatoriamente confiada a um tribunal arbitral. Mas é também neste diploma que se podem estabelecer os contornos regulamentares do processo e cuja previsão fugirá à posterior disponibilidade das partes.

17. Um dos vários problemas interpretativos que a Lei n.º 62/2011 tem colocado reporta-se, em larga medida, ao problema que acabámos de expor: existe uma limitação do âmbito objetivo possível de cada ação arbitral?

Esta questão tem surgido por diversas vezes e deriva da conjugação do artigo 2.º com o artigo 3.º, número 1, da Lei n.º 62/2011.

Estabelece o artigo 2.º deste diploma que ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalizada ou não, os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos. O seu artigo 3.º, n.º 1, determina depois que o interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo 2.º deve fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada no prazo de 30 dias a contar da publicitação por parte do INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. («INFARMED») do pedido de autorização de introdução no mercado («AIM») relativo ao genérico em causa na sua página eletrónica.

Ou seja, enquanto o artigo 2.º prevê a arbitrabilidade necessária de todas as questões que se suscitem relativamente a medicamentos genéricos por alegada violação de direitos de propriedade industrial, o artigo 3.º, n.º 1, estabelece que a ação arbitral deve ser desencadeada no prazo de 30 dias a contar da data em que for publicitado no INFARMED o relevante pedido de AIM.

Muitas empresas de genéricos, partes passivas nas acções arbitrais, têm defendido que da correta leitura daquelas disposições resulta a ideia de que cada ação arbitral apenas pode dizer respeito aos medicamentos abrangidos pelas AIM cujo pedido desencadeou a ação arbitral, porque

garantísticos dos direitos fundamentais dos cidadãos para a sua constitucionalidade se manter salvaguardada. Um desses requisitos, anunciado por SOFIA RIBEIRO MENDES, deriva do facto de a sua criação caber na reserva relativa de competência da Assembleia da República (Ribeiro Mendes, «O novo regime...», cit., pág. 1010).

essa seria a única leitura possível do dispositivo do artigo 3.º da Lei. Segundo esta tese, os titulares de patentes teriam de identificar em cada ação quais as AIM a que se reportavam os medicamentos objeto da ação, não podendo formular pedidos gerais de condenação à não comercialização de todos os medicamentos com determinadas características abrangidas pelo exclusivo emergente da patente.

Esta posição tem sido contrariada veementemente nas ações arbitrais pelos titulares de patentes, que nas mesmas figuram como autores, os quais argumentam que o âmbito da arbitragem necessária instituída pela Lei n.º 62/2011 é o que se encontra definido no seu artigo 2.º – abrangendo todos os possíveis litígios emergentes dos seus direitos de propriedade industrial – e que uma tal interpretação limitaria injustificadamente o recurso à arbitragem consagrada nessa Lei. Na medida em que implicava a propositura de múltiplas ações contra o mesmo demandado que viesse a pedir sucessivas AIM para o mesmo produto, apenas serviria para fomentar a litigiosidade com todos os custos que isso acarreta, sem nenhuma utilidade para qualquer das partes.

Nem sempre os tribunais arbitrais têm tomado a mesma posição quanto a esta questão. A matéria acabou por chegar ao Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL"), o qual, no seu Acórdão de 6 de fevereiro de 2014, decidiu da seguinte forma:

> «*Embora a arbitragem necessária prevista nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12* [...] *seja desencadeada pela publicitação de um concreto pedido de autorização de introdução de um medicamento genérico no mercado, a defesa dos direitos de propriedade industrial pode ser alargada, pelo respetivo titular, a todos os atos que razoavelmente possam ser configurados (na ação) como podendo vir a ocorrer e que ponham em perigo os referidos direitos, nomeadamente o fabrico, a importação, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de* qualquer *medicamento genérico objeto da ou das patentes invocadas ou do respetivo certificado complementar de proteção.*»[65]

Esta interpretação oferecida pelo TRL é consentânea com a posição que acima deixámos expressa[66].

[65] Proferido no âmbito do processo n.º 866/13.4YRLSB-2, disponível em www.dgsi.pt.

[66] A consagração desta interpretação é, também, muito útil quando se trata das chamadas patentes de produto, onde o âmbito de proteção da patente se define pela própria identificação do produto que dela é objeto. Em ações em que se exercem direitos de exclusivo sobre certo produto, não faz grande sentido limitar o âmbito da sentença condenatória aos produtos abrangidos por um determinado pedido de AIM, uma vez que essa sentença pode definir facilmente os limites da conduta proibida ao demandado,

Na verdade, segundo ela, é de acordo com a norma legal que define o âmbito dos litígios sujeitos a arbitragem necessária – e que corresponde ao lugar paralelo na convenção de arbitragem na arbitragem voluntária – que se delimita o âmbito da autonomia da vontade em relação à definição do litígio concreto que poderá ser submetido à decisão dos árbitros.

Garante-se, desta forma, que a norma instituidora da arbitragem necessária seja, como o é a convenção de arbitragem para as arbitragens voluntárias, o foco de luz de que fala MARIANA FRANÇA GOUVEIA[67].

ii. A convenção de arbitragem e a disponibilidade das partes

18. Vimos acima que a LAV também se refere à convenção de arbitragem ao permitir a derrogação das suas normas não imperativas por acordo prévio das partes naquele instrumento[68].

No quadro de um regime arbitral necessário, em que inexiste convenção de arbitragem celebrada entre as partes e que ateste a sua vontade, como entender estas remissões da LAV?

Uma primeira e fácil solução passaria por se assumir que, por inexistir convenção de arbitragem, estaria vedada às partes de uma arbitragem necessária acordarem na previsão de um regime diverso do regulado na LAV, mesmo quando este diploma preveja que tal derrogação possa ser feita na convenção de arbitragem.

Mas não nos parece que assim deva ser entendido.

Para resolvermos esta questão, há que responder ao seguinte: o que entender do silêncio do diploma que submeta um litígio a arbitragem necessária quanto a matérias que, de acordo com a previsão da LAV, poderiam caber na disponibilidade das partes, caso estas as houvessem regulado na convenção de arbitragem?

Somos da opinião que essa possibilidade deve ser conferida às partes, em momento posterior.

sendo também fácil a verificação concreta do desrespeito da sentença para efeitos de execução dessa sentença, na medida em que ele se bastará com a comercialização, por esse demandado, de um medicamento genérico que contenha essa substância ativa protegida pela patente invocada.

[67] França Gouveia, *Curso de Resolução*..., cit., pág. 126.

[68] *Vide* artigos 10.º, n.º 1, 11.º, n.º 4, 17.º, n.º 1, 36.º, n.º 7, 39.º, n.º 4, e 46.º, n.ºs 1 e 10, da LAV, acima já elencados.

19. É prática comum na praça arbitral que as partes sejam convidadas pelo tribunal arbitral, depois de devidamente constituído e instalado, para uma reunião. Além de um objetivo mais singelo, que é o permitir que todos os intervenientes processuais se conheçam – mandatários, árbitros e secretário –, esta reunião prossegue na maioria das vezes um propósito bem mais relevante: o da definição, preferencialmente conjunta[69], das regras do processo a observar durante a arbitragem.

O artigo 30.º, n.º 2, da LAV prevê que estas regras possam ser acordadas até à aceitação do primeiro árbitro, dispondo o n.º 3 que o tribunal arbitral pode depois, caso não exista esse acordo, conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado[70].

20. Não nos parece que esta limitação temporal se deva considerar aplicável às arbitragens necessárias, uma vez que em relação a estas não houve, em regra, a possibilidade de as partes acordarem sobre as regras do processo antes da arbitragem se iniciar.

Deverá antes incentivar-se a que o tribunal arbitral envergue as vestes de facilitador na procura do acordo das partes quanto ao maior número possível de questões (prática essa que vem, de resto, sido cultivada nas mais diversas arbitragens necessárias instituídas ao abrigo da Lei n.º 62/2011, materializada na constante marcação de reuniões preliminares à apresentação da petição inicial para o efeito, sem que ninguém tenha sugerido a sua inadmissibilidade).

Com esta solução atinge-se um duplo objetivo: o de, por um lado, dar aplicação prática a muitos dos artigos não imperativos da LAV, no seio de arbitragens necessária, interpretando-os por referência ao regulamento de arbitragem[71]; por outro, o de concretizar o método de arbitragem interativa que é hoje exigível ao tribunal arbitral[72].

[69] Não se abordará aqui a (difícil) questão de saber como resolver a questão formulada num cenário em que haja acordo das partes quanto a uma ou mais regras do processo, mas que não mereceram, no entanto, a concordância do tribunal arbitral.

[70] Esclarecendo que alguma maleabilidade deve ser, em concreto, praticada pelo Tribunal Arbitral, veja-se a *Lei da Arbitragem Voluntária – Comentada*, coord. Mário Esteves de Oliveira, cit., págs. 381-383.

[71] Para uma definição deste conceito, remete-se para *Lei da Arbitragem Voluntária – Comentada*, coord. Mário Esteves de Oliveira, cit., págs. 379-380.

[72] Barrocas, *Manual*..., cit., págs. 292-293.

iii. Convenção de arbitragem e direitos fundamentais

21. Problema mais intrincado, por fim, decorre da fixação de algumas regras processuais, pelo diploma que consagre a solução de um litígio a decisão de um tribunal arbitral necessário, mais limitativas que o regime geral previsto para a arbitragem voluntária.

Vejamos um caso concreto: da conjugação dos artigos 39.º, n.º 4, e 46.º, n.º 1, da LAV decorre que as partes podem livremente estipular que a impugnação da decisão arbitral seja feita por recurso perante os tribunais estaduais, podendo o recurso assim convencionado ficar limitado a uma instância ou a mais.

É neste plano que se situa a discussão que hoje rodeia o artigo 3.º, n.º 7, da Lei n.º 62/2011, que prevê que «*da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo*».

Tem sido geralmente entendido pelos intervenientes nestes processos que esta disposição tem em vista apenas garantir a possibilidade de recurso das decisões arbitrais, mas não já estabelecer o limite de dois graus de jurisdição para as ações por ela reguladas. Por isso, entendendo que não existe qualquer limitação à dupla recorribilidade, têm, demandantes e demandadas, recorrido para o Supremo Tribunal de Justiça («STJ») das decisões proferidas pelo Tribunal da Relação sobre os recursos para ele interpostos das decisões arbitrais. E o STJ vinha admitindo tais recursos, nos termos gerais.

Até que, em 6 de maio de 2014, o Supremo decidiu, surpreendentemente, não admitir um desses recursos sob o argumento de que a dita disposição da Lei n.º 62/2011 «*quis restringir o recurso da decisão arbitral sobre a matéria a uma única instância de recurso*» (no caso, a Relação)[73]. A argumentação desta decisão não é totalmente convincente, mas há no entanto um argumento de interpretação histórica que impressiona. Cita o Acórdão uma passagem da Exposição de Motivos da Proposta de Lei que originou a Lei n.º 62/2011, na qual o Governo afirma:

«*Adopta-se, ainda, uma tramitação consentânea com a preocupação e celeridade, com garantia pelo devido contraditório das partes, bem como o direito a uma instância de recurso* [...].»

O Tribunal Constitucional já tomou posição sobre a admissibilidade da instituição de regimes arbitrais necessários que apenas preveem a

[73] Acórdão proferido no âmbito do Processo n.º 402/13.2YRLSB.S1, não publicado.

possibilidade de recurso em caso excecionais[74]. Mas esse não é aqui o caso. O problema que aqui se põe é menos impressivo, na medida em que o artigo 3.º, n.º 7, da Lei n.º 62/2011 garante – aparentemente, pelo menos – uma instância geral de recurso para os tribunais estaduais.

A questão pode ser vista sob dois prismas: um puramente interpretativo e outro teórico.

De um ponto de vista interpretativo, a norma em causa não tem nenhuma indicação de pretender ser limitativa do número de instâncias de recurso disponível às partes, parecendo antes autorizar a interposição de recurso da decisão arbitral e não a proibição de se recorrer do acórdão da Relação que o decidir[75]. Por outro lado, e numa perspetiva teórica, parece difícil aceitar-se que, na ausência de uma concreta indicação legislativa da intenção de limitar a possibilidade de impugnação da decisão arbitral a apenas uma instância de recurso, as partes de uma arbitragem necessária vejam essa via limitada mesmo que acordassem de forma diferente.

Quanto a este ponto, sugere-se uma terceira via de interpretação que vai beber à Lei da Arbitragem Voluntária o princípio da liberdade das partes em estabelecerem a recorribilidade das decisões dos árbitros sem quaisquer limitações.

E assim supõe-se que a solução correcta seria a de que a garantia de recurso para a Relação (que deriva da necessidade de a matéria em causa ser escrutinada por um órgão jurisdicional estadual) não coincida com uma restrição imperativa ao número de graus de jurisdição que não existe na arbitragem voluntária.

Entendemos, assim, que uma visão unitária do conceito da arbitragem impõe que as dúvidas interpretativas sobre as normas que regulam a arbitragem necessária devem ser resolvidas, tanto quanto possível, pelos princípios enformadores da arbitragem voluntária – nomeadamente aqueles que privilegiem a autonomia da vontade das partes.

[74] Acórdãos n.os 230/2013 e 781/2013.

[75] Em contraposição, veja-se por exemplo o artigo 8.º da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto, aprovada pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro.