



ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 3

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia | António Pedro Pinto Monteiro | Artur Flamínio da Silva
Daniela Mirante | Joana Campos Carvalho | João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 3



ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 3

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia | António Pedro Pinto Monteiro | Artur Flamínio da Silva
Daniela Mirante | Joana Campos Carvalho | João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO ADR LAB
LABORATÓRIO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA
DE LITÍGIOS

Ano 3 – 2020/2021

COORDENAÇÃO

Mariana França Gouveia
António Pedro Pinto Monteiro
Artur Flamínio da Silva
Daniela Mirante
Joana Campos Carvalho
João Pedro Pinto-Ferreira

REVISÃO DO TEXTO

Maria Miguel Oliveira da Silva

EDIÇÃO

Universidade Nova de Lisboa. NOVA School of Law.
CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

SUPORTE: ELETRÓNICO

Fevereiro, 2022

ISSN 2184-6200

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da
FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do
projeto UID/00714/2020.

Nota de abertura

Na abertura deste novo número do Anuário gostávamos de partilhar convosco algumas ideias sobre a investigação da NOVA School of Law na área da resolução de litígios.

O ADR Lab integra o NOVA Dispute Resolution Forum.

Este centro de conhecimento tem um foco unitário e integrado da resolução de litígios, traduzindo a ideia, que nos motiva, de que as várias formas de resolver diferendos devem ser encaradas como portas de saída, que em conjunto formam a solução para a gestão da conflituosidade na sociedade.

A arbitragem e a mediação são muitas vezes apresentadas como formas alternativas de resolver litígios. Contudo, a utilização da expressão alternativa remete-nos para a ideia de dualidade, para a necessidade de optar entre o sistema tradicional ou a alternativa, o que suscita a discussão em torno de saber qual dos dois é o melhor.

No NOVA Dispute Resolution Forum defendemos que a pergunta a fazer não é qual o melhor meio de resolução de litígios, mas sim qual o meio mais adequado para a resolução de cada conflito.

O processo civil, a arbitragem, a mediação, a negociação e todas as outras formas de resolver litígios são parte de um conjunto único que como tal deve ser pensado, discutido e ensinado.

Neste Fórum há espaço para essa discussão, que se pretende um diálogo aberto dentro da comunidade académica e também com os profissionais, as empresas e a sociedade.

Destacamos também o projeto de investigação In_Solvens, um projeto de investigação empírica que, partindo da análise dos dados dos processos de pré-insolvência e de insolvência, pretende traçar um diagnóstico e oferecer soluções para esta importante e, por vezes, tão esquecida área da Justiça.

Finalmente, é um gosto partilhar convosco mais um conjunto de textos sobre mediação e arbitragem resultantes do trabalho realizado na NOVA School of Law.

Desejamos-vos boas leituras!

MARIANA FRANÇA GOUVEIA
Professora Catedrática e Diretora

JOANA CAMPOS CARVALHO
Doutoranda e Professora Convidada

NOVA School of Law

Sumário

MEDIAÇÃO

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS

ANOTAÇÃO E LISTA BIBLIOGRÁFICA

NOTA INTRODUTÓRIA <i>Joana Campos Carvalho</i>	13
ANOTAÇÃO À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS	15
HISTÓRIA E ENQUADRAMENTO GERAL DA CONVENÇÃO DE SINGAPURA <i>Catarina Bárbara, Francisca Fernandes</i>	17
ARTIGO 1.º – ÂMBITO DE APLICAÇÃO <i>Cristiane Mara Mateus, Raissa Lemos</i> <i>Elaine Moreira, Fabiana Maranhão Ribeiro</i>	25 26 33
ARTIGO 2.º – DEFINIÇÕES <i>Maria Carlota Beno Jardim, Olga Dinis</i> <i>Iara Câmara, Nuna Brito</i> <i>Bianca Bregas, Joana Gonçalves</i>	39 39 45 49
ARTIGO 4.º – REQUISITOS PARA FAZER VALER O ACORDO <i>Catarina Candeias, Guilherme Pina Cabral</i>	55 55

ARTIGO 5.º – FUNDAMENTOS DE REJEIÇÃO DAS MEDIDAS SOLICITADAS	65
<i>Rita Marques, Joana Graça</i>	65
<i>Maria João Vieira Fernandes, Vanessa Vale Cunha</i>	75
<i>André Seromenho, Telma Nabais</i>	82
<i>Loredana Petrea</i>	89
ARTIGO 6.º – PEDIDOS OU PROCESSOS PARALELOS	95
<i>Andreas Rodrigues, Bruna Monteiro</i>	95
ARTIGO 8.º – RESERVAS	101
ARTIGO 9.º – EFEITO EM ACORDOS	103
<i>Ana Sousa, Mariana Silva e Costa</i>	103
LISTA DE BIBLIOGRAFIA SOBRE A CONVENÇÃO DE SINGAPURA	104

ARBITRAGEM

CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESCALONADAS: ALGUNS PROBLEMAS	
<i>Nair Maurício Cordas</i>	117
ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO	
<i>Miguel Lourenço e Silva</i>	167
A CONCRETIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE IMPARCIALIDADE E DE INDEPENDÊNCIA DOS ÁRBITROS: UM BREVE COMENTÁRIO AO N.º 3 DO ARTIGO 9.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA	
<i>Guilherme Brandão Gomes</i>	195
O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS EM ANGOLA	
<i>Lino Diamvutu</i>	221
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EM PARTICULAR, A PUBLICIDADE EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS	
<i>Gilberto Paglia Júnior</i>	233

MEDIAÇÃO

Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais

Anotação e lista bibliográfica

Nota introdutória

A Convenção das Nações Unidas Sobre Acordos de Mediação Internacionais, também conhecida por Convenção de Singapura, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de dezembro de 2018 e assinada, em Singapura, a 7 de agosto de 2019.

A Convenção entrou em vigor a 12 de setembro de 2020, contando, neste momento, com 54 Estados assinantes.

O objetivo da Convenção é contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional, acrescentando mais uma peça ao puzzle da resolução de litígios internacionais.

A Convenção vai permitir o reconhecimento e a execução de acordos resultantes de mediação nos tribunais nacionais dos Estados que são parte, simultaneamente reconhecendo a importância da mediação como forma de resolução de litígios internacionais e fomentando o seu crescimento, ao garantir a efetividade dos acordos obtidos em mediação.

O paralelo com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, também conhecida como Convenção de Nova Iorque, é notório, o que parece apontar para uma ideia de conjunto. Os litígios do comércio internacional são diversos, pelo que há todo o interesse em que estejam disponíveis meios de resolução de litígios também diversos. Os tribunais estaduais, a arbitragem e a mediação devem ser encarados como formas complementares de resolver problemas, como ferramentas diferentes entre as quais as empresas optam em cada caso.

Através da anotação que se segue, a NOVA School of Law pretende contribuir para a discussão deste tema relevante e atual. A autoria dos textos é dos estudantes das turmas de 2019 e 2020 da disciplina de

Mediação – Técnicas e Processo, que foram desafiados para investigarem e escreverem sobre a Convenção.

Desse trabalho de investigação resultou a anotação de um grande número de artigos da Convenção, tendo sido selecionados para publicação os melhores trabalhos apresentados. Do trabalho de investigação resultou também a lista bibliográfica que é apresentada a final, para a qual contribuíram todos os estudantes e que, reunindo um conjunto significativo de textos publicados, será certamente um instrumento útil para a continuação e aprofundamento da investigação nesta matéria.

A tradução da Convenção de Singapura utilizada é da autoria de João Pedro Pinto-Ferreira¹.

Este trabalho demonstra como a colaboração, que tão importante é na mediação, dá frutos valiosos também na academia. Parabéns a todas e a todos os estudantes pelo interesse, empenho e seriedade com que encararam o desafio.

JOANA CAMPOS CARVALHO

¹ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. Tradução”, in *Anuário do ADR Lab*, NOVA School of Law, 2020, disponível em: https://novalaw.unl.pt/centros_conhecimento/nova-dispute-resolution-forum/.

**ANOTAÇÃO À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS**

História e enquadramento geral da Convenção de Singapura

CATARINA BÁRBARA*

FRANCISCA FERNANDES**

A Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais, comumente designada por Convenção de Singapura sobre Mediação, é um Tratado multilateral desenvolvido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio (UNCITRAL), que visa fornecer uma estrutura uniforme e eficiente para o reconhecimento e execução de acordos mediados que resolvem disputas internacionais¹.

A UNCITRAL é o órgão jurídico central do sistema das Nações Unidas no campo do Direito Internacional do Comércio, cujo principal objetivo é a promoção da progressiva harmonização e unificação do Direito do Comércio Internacional, tendo sido criado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, por meio da Resolução 2205 (XXI) de 17 de dezembro de 1966². Este órgão determina o seu programa de trabalho com base nas propostas recebidas de Estados ou Organizações. A sua organização é autónoma, uma vez que estabelece a sua própria agenda e analisa o trabalho dos seus variados grupos aos quais a Comissão atribui projetos. É-lhe também incumbida a preparação e a promoção do uso e adoção

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, catarinabarbaral@gmail.com.

** Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, ffranciscasousa-fernandess@gmail.com.

¹ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, julho de 2019, p. 1.

² FELIPE PAVAN CALLEJAS, “The Singapore Convention on Mediation: What Everyone Should Know About It”, in *Trabajos Finales de Máster*, Universitat de Barcelona, 2019, p. 5.

de instrumentos legislativos e não legislativos, em diversas áreas-chave do Direito Comercial.

A elaboração da Convenção de Singapura sobre Mediação foi delegada ao Grupo de Trabalho II da UNCITRAL. Passando por um pré-processo de negociações informais e resultado de vários meses de consultorias, com vários grupos de interesses e especialistas na área, a proposta para a Convenção foi formalmente apresentada na sessão de julho de 2014. As recomendações deste Grupo de Trabalho foram enviadas à UNCITRAL para a sua adoção. Por sua vez, no que diz respeito às propostas de convenções, foram primeiro enviadas à UNCITRAL e, posteriormente, à Assembleia Geral para consideração e adoção.

A redação desta Convenção resulta de uma elevada capacidade intelectual e de uma junção de esforços de vários especialistas, com vista à harmonização jurídica e política em matéria de Mediação. A Convenção foi ainda influenciada pela Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras³, de 1958, a qual marcou o ponto de viragem na história da arbitragem.

“Não devemos ter medo dos confrontos... até os planetas se chocam e do caos nascem as estrelas”⁴.

Podemos afirmar que o início deste projeto foi conturbado e não isento de dúvidas, dado que havia o medo de que a elaboração da Convenção levasse anos e que mesmo investindo todo esse tempo, o esforço despendido obtivesse os mesmos resultados que o obtido no desenvolvimento do projeto da Lei Modelo da Mediação, a qual não integrou previsões substantivas.

Foram precisos três anos de deliberações, que contaram com a participação de oitenta e cinco Estados-Membros das Nações Unidas e trinta

³ Cf. MARIANA SOARES DAVID, “UNCITRAL Aposta na Mediação Internacional”, in *Lisbon Arbitration*, Moraes Leitão Sociedade de Advogados, 2018, p. 1.

⁴ CHARLES CHAPLIN, “When I Started Loving Myself”, abril de 1959, disponível em: <https://www.goodreads.com/quotes/809976-as-i-began-to-love-myself-i-found-that-anguish>.

e cinco organizações governamentais e não-governamentais⁵ para levar a Convenção a bom porto.

Cabe-nos agora referir os dois momentos essenciais à elaboração desta Convenção. Ora vejamos.

As negociações consistiram em seis sessões, duas em cada ano, cada uma com uma duração entre uma a duas semanas. O consenso foi atingido por meio de seis métodos utilizados durante estas sessões, com vista a exponenciar a produtividade de cada sessão, tais como⁶:

- (1) reuniões com todo o grupo, onde eram discutidos os pontos essenciais de cada sessão, orientadas pela presidente Natalie Morris-Sharma, membro da delegação de Singapura;
- (2) consultas, método bastante eficaz e utilizado, que se traduzia na suspensão, pela presidente, da sessão, devido ao surgimento de impasses e falta de consenso quanto a um assunto significativo. Consistia na formação de pequenos grupos, reunindo os delegados cerca de trinta minutos para o desenvolvimento de propostas que iriam ser *a posteriori* discutidas com o grupo inteiro;
- (3) programas educacionais para os delegados, com vista à formação dos delegados e do público, organizados pela UNCITRAL, sobre questões relevantes para as principais etapas do processo de redação da Convenção;
- (4) contribuições de ONG's, incentivadas pela UNCITRAL a participar nas reuniões, uma vez que a sua opinião reflete experiência e conhecimento enriquecendo os debates em causa. Com efeito, estas organizações contribuíram de diversas formas durante o processo de redação, tendo sido acolhidas por muitas delegações estaduais. Também a União Europeia, enquanto organização regional de integração económica, representada pela Comissão

⁵ NADJA ALEXANDER, "Singapore Convention on Mediation", in *Research Collection School of Law*, Singapore Management University, 2018, p. 2.

⁶ Cf. HAL ABRAMSON, "New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices", in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, 2019, pp. 5-9.

- Europeia, participou ativamente ao longo dos 3 anos, constituindo cerca de 25% dos delegados presentes em cada sessão;
- (5) trabalhos preparatórios, sobejamente conhecidos como *travaux*, auxiliaram as deliberações à medida que estas se desenrolaram, criando assim a possibilidade de todos os participantes seguirem o percurso das negociações. Estes documentos ofereciam um registo detalhado e atual do conteúdo de cada sessão. Ademais, não constam dos mesmos os nomes de pessoas, de países ou de ONG's, de modo a manter o anonimato. Os relatórios em causa foram publicados no site da UNCITRAL, constituindo um instrumento capaz de auxiliar na compreensão e interpretação da Convenção⁷;
 - (6) votação, a qual não seguia o padrão formal. Era da responsabilidade da Presidente verificar quando o grupo de trabalho chegava a um consenso e, quando este parecia impossível, adotar as técnicas necessárias para o alcançar.

Os esforços da UNCITRAL para a harmonização do Direito Internacional do Comércio em matéria de acordos internacionais remontam aos finais do século passado, inícios deste século. Já em 1980 e 2002 a UNCITRAL adotara alguns instrumentos neste sentido: Regras de Conciliação⁸ e a Lei Modelo da Conciliação Comercial Internacional.

As dificuldades na altura sentidas, durante as negociações da Lei Modelo da Conciliação Comercial Internacional, relativamente a determinados pontos, marcaram de novo presença nas negociações deste último projeto levado a cabo pela UNCITRAL em matéria de mediação. Destacamos o tema da força executiva de acordos resultantes de processos de mediação que, assim como no passado, gerou dificuldades na obtenção de consenso.

De entre as várias sessões realizadas é de relevar que foi em 2014, na sua 47.^a sessão, que a Comissão da UNCITRAL concordou em atribuir ao

⁷ Disponível em: https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration.

⁸ Regras de Conciliação da Comissão das Nações Unidas sobre o Comércio Internacional, Resolução 35/52 aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas a 4 de dezembro de 1980, na 49.^a sessão. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>.

Grupo de Trabalho II a tarefa de trabalhar sobre a questão da execução dos acordos obtidos em mediação. Posteriormente, em fevereiro de 2015, os delegados, juntamente com organizações não governamentais e outros observadores, fizeram uma revisão completa da proposta apresentada pelos Estados Unidos⁹, a qual resultou numa recomendação de adoção do projeto pela Comissão.

Consequentemente, a mesma ordenou o início dos trabalhos sobre o tema, sem que tivesse sido definido o instrumento que daria forma ao resultado do projeto¹⁰.

Esta sessão destacou-se também pela controvérsia relativamente ao âmbito de aplicação da Convenção – mais precisamente, se a sua aplicação seria restringida em termos económicos –, questão que acabou por ser decidida na direção adotada pela Convenção de Nova Iorque, isto é, acabou por se optar por uma visão mais ampla do instrumento em causa.

Já o escopo da convenção foi acordado na 63.^a sessão, em setembro de 2015 (que teve lugar em Viena). Foi definido que a Convenção de Singapura sobre Mediação deveria ser aplicada a acordos de mediação apenas quando estes resolvam uma disputa comercial; quando sejam acordos internacionais; quando tenham sido reduzidos a um documento escrito e assinados por ambas as partes; e quando sejam resultado de um processo de mediação no qual interveio uma terceira parte, o mediador.

A definição de Mediação que daqui resultou gerou grande controvérsia, devido à possibilidade de, em algumas jurisdições, o mediador assumir o papel de árbitro, no caso de as partes não conseguirem amigavelmente atingir o acordo¹¹.

⁹ *Vide* HERMAN VERBIST, “United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, in Annet van Hooft and Jean-François Tossens (eds), *Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer 2019, Volume 2019, n.º 1, p. 2; *vide* TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, julho de 2019, p. 3, nota de rodapé 7.

¹⁰ HERMAN VERBIST, “United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, 2019, p. 59.

¹¹ MARIANA SOARES DAVID, “UNCITRAL Aposta na Mediação Internacional”, 2018, pp. 1-2.

Uma das sessões mais importantes realizou-se em fevereiro de 2017, a 66.^a sessão, na qual foi aprovado o “pacote de cinco problemas”, também conhecido como “proposta de compromisso”, o qual se revelou um importante impulso nestas negociações. Este pacote tinha já sido discutido na sessão anterior, de setembro de 2016. Era composto pelos cinco pontos sobre os quais mais divergências existiam nas negociações e cuja solução se encontrava dependente das demais. Eram eles¹²:

- (a) o efeito legal dos acordos de mediação e saber se se devia incluir tanto o termo execução como reconhecimento de acordos, tendo em conta que a terminologia varia nas várias jurisdições e em particular entre *civil law* e *common law*;
- (b) os acordos de mediação concluídos no curso de processos judiciais ou arbitrais, os quais, só no caso de não assumirem a forma de sentença judicial ou de sentença arbitral, incorporam o escopo da Convenção, opção esta tomada de modo a compatibilizar os diversos instrumentos internacionais sobre a mesma matéria de modo a evitar lacunas;
- (c) saber se se devia permitir aos Estados incluir um sistema *opt-in*, segundo o qual a Convenção apenas se aplicaria quando houvesse declaração das partes nesse sentido. Estava em causa nesta questão a natureza consensual do processo de mediação *vs.* a promoção da mediação comercial internacional e a facilitação da atribuição de força executiva aos acordos de mediação. O sistema de *opt-in* acabou por ser incluído no artigo 8.º, n.º 1, b);
- (d) impacto do processo de mediação e da conduta dos mediadores. Aqui o debate focou-se em quais seriam os motivos de recusa de um mediador, considerando o efeito que a sua conduta pode causar no processo de mediação, tomando sempre em consideração os princípios de *due process*;
- (e) saber qual foi a forma que o instrumento devia adotar, nomeadamente Convenção ou lei modelo. A 9 de fevereiro de 2018, o grupo de trabalho II da UNCITRAL terminou a redação da

¹² NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, “Constructing the Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, pp. 497-517. Documento oficial disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/901>.

convenção. Todavia, apenas no dia 26 de junho de 2018, na sua 51.^a sessão anual, realizada em Nova Iorque, a UNCITRAL aprovou os projetos finais para uma Convenção sobre Acordos de Mediação Internacionais e para uma Lei Modelo sobre a Mediação Comercial Internacional¹³.

Ainda no ano de 2018, a 20 de dezembro, a Convenção foi aprovada e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 73/198, tendo sido aberta para assinatura, a 7 de agosto de 2019, numa cerimónia oferecida pelo Governo de Singapura, a qual contou com 46 assinaturas de Estados-Membros das Nações Unidas. Atualmente a Convenção conta já com 54 Estados assinantes¹⁴.

A “Convenção de Singapura sobre Acordos de Mediação Internacionais” entrou em vigor a 12 de setembro de 2020¹⁵.

Será o resultado destas negociações mais uma estrela que nasce no universo da resolução alternativa de litígios?

É nosso entendimento que o resultado final obtido foi somente possível por meio de inúmeros debates e algumas conversas informais, sendo de louvar a persistência e trabalho minucioso de todos os que integraram estes trabalhos preparatórios, os quais resultaram numa enorme contribuição para a mudança do mundo da resolução alternativa de litígios.

¹³ MARIANA SOARES DAVID, “UNCITRAL Aposto na Mediação Internacional”, 2018, p. 1.

¹⁴ Entre os quais: Afeganistão, Arábia Saudita, Arménia, Benim, Bielorrússia, Brasil, Brunei, Cazaquistão, Chade, Chile, China, Colômbia, Congo, Coreia do Sul, Equador, Essuatíni (antiga Suazilândia), Estados Unidos da América, Filipinas, Fiji, Gabão, Geórgia, Gana, Granada, Guiné-Bissau, Haiti, Honduras, Índia, Irão, Israel, Jamaica, Jordânia, Laos, Macedónia do Norte, Malásia, Maldivas, Maurícia, Montenegro, Nigéria, Palau, Paraguai, Qatar, República Democrática do Congo, Ruanda, Samoa, Serra Leoa, Sérvia, Singapura, Sri-Lanka, Timor-Leste, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai e Venezuela. Informação disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status.

¹⁵ Disponível em: <https://unric.org/pt/>.

ARTIGO 1.º

Âmbito de Aplicação

1. A presente Convenção aplica-se aos acordos resultantes de mediação e celebrados por escrito pelas partes com o intuito de dirimir um litígio comercial (“acordo”), que, ao tempo da sua celebração, sejam internacionais, na medida em que:

- a) Pelo menos duas das partes no acordo tenham o seu estabelecimento principal em Estados diferentes; ou**
- b) O Estado em que as partes do acordo tenham o seu estabelecimento principal seja diferente:**
 - i. Do Estado no qual uma parte substancial das obrigações resultantes do acordo deva ser cumprida; ou**
 - ii. Do Estado com o qual a matéria do acordo tenha a conexão mais estreita.**

Ao ler a primeira norma relativa ao âmbito de aplicação da Convenção, deparamo-nos com um conjunto de termos que carecem de interpretação cuidada, uma vez que remetem para conceitos cuja definição não é evidente. A própria Convenção tem o cuidado de definir esses termos, auxiliando assim na sua interpretação e garantindo que o âmbito de aplicação é claro para o intérprete.

Na presente anotação, a análise do âmbito de aplicação encontra-se repartida, sendo cada tema tratado a propósito da norma de definição do termo correspondente.

Assim, o conceito de “acordos resultantes de mediação” encontra-se tratado na anotação ao artigo 2.º-3, o conceito de “celebrados por escrito” na anotação ao artigo 2.º-2, o conceito de “litígio comercial” na anotação ao artigo 1.º-2 e o caráter internacional do acordo no artigo 2.º-1.

2. A presente Convenção não se aplica a acordos:

- a) Celebrados para dirimir litígios resultantes de operações em que uma das partes (um consumidor) atue com fins pessoais, familiares ou domésticos.**
- b) Relativos ao direito da família, ao direito das sucessões ou ao direito do trabalho.**

CRISTIANE MARA MATEUS*
RAISSA LEMOS**

1. A Convenção de Singapura; 2. Relações Internacionais; 3. Litígio comercial; 4. Conceito de litígio comercial na arbitragem internacional; 5. Interpretação das convenções internacionais.

1. A Convenção de Singapura sucede os trabalhos iniciados em 2015 pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Em 2018, foi definido que o diploma seria aplicado apenas em litígios ocorridos em sede de mediação, excluindo de forma definitiva as conciliações. A Convenção visa facilitar o comércio internacional, permitindo que as partes em litígio invoquem acordos de mediação além das suas fronteiras, favorecendo, assim, um quadro jurídico de comércio

* Mestranda em Direito Social e da Inovação, turma de 2019/2020, cristiane@argesad-advogados.com.br, advogada na Arges & Arges Advogados Associados.

** Mestranda em Direito Social e da Inovação, turma de 2019/2020, raissacblemos@gmail.com.

internacional e, conseqüentemente, a uniformidade jurídica¹⁶. Esta estrutura harmonizada permite que o acordo alcançado seja vinculativo e exequível através de um procedimento simplificado, o que acaba por reforçar o acesso à justiça. Antes desta regulação uniforme, o grande desafio nos acordos comerciais internacionais resultantes da mediação era a segurança no quadro internacional e a sua aplicação transfronteiriça.

A referida Convenção vem para suprir esta carência de forma a permitir a execução dos acordos de forma eficiente. Nas palavras de BRUCE LOVE, “o objetivo é que uma estrutura ratificada internacionalmente proporcione às empresas maior confiança para mediar acordos transfronteiriços ao invés de levá-los ao Tribunal”¹⁷.

2. Relações Internacionais. O escopo da Convenção de Singapura é promover a mediação comercial internacional como meio alternativo de resolução de litígios de forma eficaz, tendo como objetivo fomentar o desenvolvimento da harmonia nas relações económicas internacionais. Este aspeto revela o conceito de um Direito Transnormativo¹⁸ ou Transnacional¹⁹, uma vez que o processo de globalização amplia cada vez mais os temas jurídicos, reputando-os de um verdadeiro carácter internacional.

Assim, a produção normativa não fica restrita apenas ao espaço geográfico nacional, ampliando mecanismos de interação entre Direito

¹⁶ NADIA ALEXANDER; SHOU YU CHONG, “Singapore Convention Series: Bill to Ratify before Singapore Parliament”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2020.

¹⁷ BRUCE LOVE, “New UN Singapore Convention drives shift to mediation of trade disputes”, *Financial Times*, 2019, disponível em: <https://www.ft.com/content/6e1df030-9e6f-11e9-9c06-a4640c9feebb>.

¹⁸ “Essa relação transnormativa se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional, que através de seus instrumentos normativos produzidos no plano internacional, dissolvem as fronteiras e possibilitam uma interpenetração de normas jurídicas entre o local e o global em um mesmo espaço de soberania e competência normativa”. WAGNER MENEZES, “O Direito Internacional Privado e a Teoria da Transnormatividade”, *Revista Pensar*, Fortaleza, volume 12, março de 2007, p. 140.

¹⁹ “Direito transnacional é o conjunto de normas que regulam fatos que transcendem fronteiras nacionais, tanto do Direito Público quanto privado, bem como outras normas que não se enquadram inteiramente nas categorias clássicas”. PHILIP C. JESSUP, *Direito Transnacional*, tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva, Rio de Janeiro, Fundos de Cultura, 1965, p. 124.

Internacional e Direito Interno. A Convenção de Singapura (juntamente com a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Mediação Comercial Internacional e Acordos de Liquidação Internacional resultantes da Mediação, doravante “Lei-Modelo de Mediação”²⁰) prevê a internacionalização de direitos e de toda a vida jurídica comercial de forma a que, no cenário contemporâneo, as Nações passem a ter uma relação de interdependência. Na perspectiva de WAGNER MENEZES, “o Direito Internacional deixa de ser eminentemente direcionado para os Estados e passa a atingir empresas, indivíduos que, por sua vez, atuam mais constantemente também na ordem internacional, até mesmo como protagonistas”²¹.

3. Litígio comercial. A Convenção de Singapura não define expressamente o conceito de “*litígio comercial*”. A mesma situação ocorria na Lei-Modelo de Mediação e na Lei-Modelo de Arbitragem.

Apesar do termo “comercial” não estar conceituado, ele tem sido definido com o auxílio das ilustrações fornecidas na nota de rodapé 1 da Lei-Modelo de Mediação²², elaborada juntamente com a Convenção de Singapura. Vejamos o que está expresso na nota de rodapé 1: “o termo ‘comercial’ deve ter uma ampla interpretação, de modo a cobrir questões decorrentes de todas as relações de natureza comercial, contratuais ou não. Os relacionamentos de natureza comercial incluem,

²⁰ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos, para que os Estados os utilizem na modernização do direito do comércio internacional, e textos não legislativos, para que os Estados os utilizem na negociação das suas transações comerciais. A UNCITRAL tem como função promover a harmonização progressiva do direito do comércio internacional, incluindo, assim, práticas comerciais internacionais, transportes, insolvência, comércio eletrônico, pagamentos internacionais, transações seguras, aquisição e venda de mercadorias, bem como resolução de litígios. Inicialmente, a resolução de litígios estava restrita à arbitragem, mas foi-se alargando para incluir a mediação e a conciliação.

²¹ WAGNER MENEZES, “O Direito Internacional Contemporâneo e a Teoria da Transnormatividade”, in *Pensar*, Fortaleza, volume 12, março de 2007, p. 139.

²² UNCITRAL, *Lei-Modelo sobre Mediação Comercial Internacional e Acordos de Liquidação Internacional resultantes da Mediação*, disponível em: <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2019/02/Model-Law-on-International-Commercial-Mediation.pdf>.

entre outros, as seguintes transações: qualquer transação comercial para fornecimento ou troca de bens ou serviços; acordo de distribuição; representação ou agência comercial; factoring; locação; construção de obras, consultoria; engenharia; licenciamento; investimento; financiamento; bancário; seguro; contrato ou concessão de exploração; *joint venture* e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadorias ou passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária”.

Desta forma, embora a Convenção de Singapura não tenha conceituado no corpo do seu texto o conceito de “litígio comercial”, este deve ser interpretado em harmonia com o previsto na nota de rodapé 1 da Lei-Modelo de Mediação. Porém, a Convenção de Singapura teve o cuidado de reduzir o âmbito de aplicação da nota de rodapé 1, à medida que alguns temas foram excluídos explicitamente, como é o caso das transações com consumidores, relações de direito de família, trabalho e sucessões (artigo 1.º, n.º 2, da Convenção).

Existem algumas justificativas para esta opção de política legislativa. A primeira motivação dá-se pelo facto de a UNCITRAL lidar principalmente com relações comerciais; o segundo fundamento baseia-se no facto de o rol de exclusões se referir a questões sensíveis, que poderiam colidir com situações culturais específicas de cada Nação. Nesta esteira, embora a nota de rodapé 1 continue inalterada e servindo de base para a Convenção de Singapura, a exclusão expressa de alguns temas visou impedir interpretações dúbias e evitar fragilidades práticas na aplicação da mediação em litígios comerciais internacionais²³: “assim, havia o risco de que uma ampla abrangência do conceito “comercial” criasse barreiras ao consenso sobre um procedimento eficiente e tornasse o instrumento menos atraente para os Estados, considerando sua ratificação. Essas questões foram resumidas de maneira convincente nos comentários apresentados pelo governo da Alemanha no início das deliberações. A Alemanha sustentou que a base para qualquer execução de um acordo mediado deve ser “autonomia total das partes” e concluiu:

²³ ELLEN E. DEASON, “What’s in a Name? The Terms “Commercial” and “Mediation” in the Singapore Convention on Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2018-2019, pp. 1149-1162.

“[c] posteriormente, o escopo deve ser limitado aos acordos comerciais apenas entre empresas”²⁴.

A Convenção de Singapura adotou, portanto, a política de se restringir a “litígios comerciais” sugerida pela Alemanha²⁵, tendo em vista ser um instrumento destinado aos casos em que outros instrumentos de direito internacional não se apliquem, sem adentrar na legislação interna dos países. Com esta sábia opção legislativa evitou-se adentrar em situações controversas em que poderia haver desequilíbrios contratuais entre as partes, deixando estas situações para o âmbito interno e soberano de cada Nação. Esta opção também foi pensada de forma a incentivar a aceitação da Convenção na esfera internacional e posterior ratificação pelos Estados.

4. Conceito de litígio comercial na arbitragem internacional. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 10 de junho de 1958, não se restringiu a disputas comerciais, tendo espectro mais amplo. O artigo I (3) estabelece que “no momento da assinatura ou ratificação da presente Convenção, da adesão a esta ou da notificação de extensão prevista no artigo X, qualquer Estado poderá, com base na reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas das sentenças proferidas no território de outro Estado Contratante. Poderá também declarar que aplicará apenas a Convenção aos litígios resultantes de relações de direito, contratuais ou não contratuais, que forem consideradas comerciais pela respectiva lei nacional”²⁶.

²⁴ UNCITRAL, *Solução de Controvérsias Comerciais: Execução de Acordos de Solução Resultantes de Conciliação/Mediação Comercial Internacional, Comentários recebidos dos Estados*, Doc. Das Nações Unidas A / CN.9 / WG.II / WP.188, em 2, 2014, nota do Secretariado.

²⁵ As advertências da Alemanha sobre a complexidade potencial e o risco de dificuldade em chegar a um consenso sobre um instrumento aplicável a consumidores, relações laborais e questões familiares tinham sido confirmadas pela experiência anterior dos redatores da Lei de Mediação Uniforme (“UMA”) nos Estados Unidos. A UMA cobre uma faixa mais ampla de mediações do que a Convenção de Singapura, na medida em que não se limita a assuntos internacionais ou comerciais.

²⁶ UNCITRAL, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (“New York Convention”), Nova Iorque, 1958, disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

Ressalte-se que a abordagem da Convenção de Nova Iorque se destaca por permitir aos Estados optar pela sua aplicação a litígios não comerciais. Portanto, dependendo da opção de cada Estado, podem estar em causa questões jurídicas não comerciais, desde que passíveis de serem resolvidas pela via arbitral²⁷.

Verificamos que, antes das deliberações que levaram à Convenção de Singapura e à Lei-Modelo de Mediação, a UNCITRAL adotou a Lei-Modelo de Conciliação Comercial Internacional²⁸. Esta Lei seguiu as referências adotadas pela Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional²⁹ no que diz respeito ao conceito de “comercial”³⁰.

Conforme narrado anteriormente, nenhuma das referidas Leis definiu o termo “litígio comercial”, estabelecendo apenas uma lista de relações que constituiriam litígios comerciais. O objetivo desta definição na Convenção de Nova Iorque foi proporcionar uma aplicação ampla do referido conceito, não se limitando ao que pode ser qualificado como “comercial” pela legislação nacional.

A Convenção de Singapura adota uma abordagem diferente, dado que não optou por uma definição específica do conceito, apenas trouxe no corpo do seu texto os litígios que não poderão ser considerados “comerciais”³¹.

²⁷ NÁDIA ARAÚJO, “A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentença Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre seu Âmbito de Aplicação”, in *Wald Arnold; SELMA F. LEMES* (coord.), “Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova York e o Direito Brasileiro”, São Paulo, Saraiva, 2011.

²⁸ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) amending the Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*, disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation.

²⁹ A Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional foi adotada em 1985 e alterada mais recentemente em 2006.

³⁰ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*, disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

³¹ ELLEN E. DEASON, “What’s in a Name? The Terms “Commercial” and “Mediation” in the Singapore Convention on Mediation”, 2018-2019, pp. 1149-1162.

5. Interpretação das convenções internacionais. Nas convenções internacionais podem surgir lacunas ou conceitos indeterminados que necessitem de esclarecimento ou definições mais específicas. Destaca-se, nesse contexto, a importância da interpretação, a qual possibilita a atribuição de conceitos mesmo face à inexistência de expressa definição trazida na Convenção. Nesse sentido, verifica-se que o texto da Convenção não deve ser necessariamente interpretado com o mesmo significado das normas que existem nos sistemas jurídicos internos, devendo ter um significado próprio, coerente com a origem e os propósitos da Convenção. Dessa forma, visando a segurança jurídica, quando houver questões que gerem discussões, é necessário que os tribunais nacionais e internacionais tenham em conta a uniformização da sua aplicação, bem como a boa-fé no comércio internacional³².

Nota-se que não existe uma instância superior internacional para resolver indagações relacionadas com as divergências de interpretação de convenções internacionais. Desta forma, como já se referiu, é indispensável que, ao aplicar uma convenção, os tribunais observem as decisões de outros tribunais para interpretá-la de maneira uniforme. Diante disso, no caso das Convenções, em princípio não se aplicam as regras gerais internas e sim os princípios gerais que se baseia, ou, não sendo possível, aplica-se a lei do direito internacional privado. Assim, cabe a utilização das normas internas apenas para suprir lacunas ou conceitos indeterminados que não sejam passíveis de ser preenchidos por outro meio. Além disso, de modo a respeitar as particularidades de alguns Estados, há a possibilidade da realização de reservas. Contudo, essas reservas devem estar expressamente autorizadas pela convenção para que não refutem os seus objetivos. No caso da Convenção de Singapura, a admissibilidade das reservas e os seus limites encontram-se previstos no artigo 8.º.

Portanto, é fundamental destacar que as convenções têm a sua construção baseada em princípios e cláusulas abertas, de forma a permitir a constante flexibilização, reduzindo o engessamento característico das

³² ALESSANDRA MIZUTA, “Aplicabilidade da Convenção de Viena para o Preenchimento em Caso de Ilícito Contratual”, *Periódico Acadêmico Semestral, Teresina – PI*, volume 1, n.º 7, julho/dezembro de 2014, pp. 62-88.

leis internas³³. Consequentemente, o preenchimento de lacunas e dos próprios conceitos indeterminados torna-se um mecanismo de desenvolvimento da própria Convenção, bem como um recurso para adaptá-la às inovações resultantes dos avanços legislativos.

3. A presente Convenção não se aplica a:

a) Acordos

- i. Que tenham sido homologados por um tribunal ou celebrados durante um processo conduzido perante um tribunal; e**
- ii. Que possam ser executados como uma decisão no Estado em que o tribunal esteja situado.**

b) Acordos que tenham sido incluídos numa decisão arbitral e que possam ser executados nos mesmos termos que essa decisão.

ELAINE MOREIRA*

FABIANA MARANHÃO RIBEIRO**

O artigo 1.º, n.º 3, da Convenção de Singapura determina negativamente o seu âmbito de atuação, apresentando as hipóteses que se encontram fora de seu escopo.

³³ IULIA DOLGAVA e MARCELO B. LORENZEN, “O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias”, *Revista Fórum CESA*, ano 4, n.º 10, janeiro/março de 2009, pp. 46-61, disponível em: https://d9fb7405-82b7-4d54-ab34-81a2a7516b0f.filesusr.com/ugd/932f9c_87eb87f6afd449a3b99ad1d28b7f664b.pdf.

* Advogada, Mestranda em Direito Social e da Inovação pela Nova School of Law, Mestranda em Relações do Trabalho e Ciências Laborais pelo ISCTE-IUL, Mediadora certificada, integrante da lista de mediadores de conflitos da Direção-Geral da Política de Justiça de Portugal, Pós Graduada em Direito das Migrações pela Universidade Autónoma de Lisboa e colaboradora no projeto Cosmopolitismo: Justiça, Democracia e Cidadania sem fronteiras, dra.elainemoreira@hotmail.com.

** Mestre em Direito Social e da Inovação pela Nova School of Law, Mediadora certificada, integrante da lista de mediadores de conflitos da Direção-Geral da Política de Justiça de Portugal e colaboradora do Nova Compliance Lab e do projeto Cosmopolitismo: Justiça, Democracia e Cidadania sem fronteiras, fmaranhaoribeiro@gmail.com.

Inicialmente, cabe ressaltar que as exceções previstas demonstram o claro intuito da Convenção em evitar colidir com a legislação de outros países quanto à execução de acordos de mediação homologados em juízo ou celebrados no decurso de um processo judicial e executáveis perante tribunais locais. Também não será aplicável a acordos de mediação inseridos em decisões arbitrais e que possam ser executáveis nos mesmos termos daquela decisão.

O artigo 1.º, n.º 3, buscou que não houvesse sobreposição a outros regimes aplicáveis aos acordos de mediação. Durante os trabalhos de concepção da Convenção³⁴, algumas delegações queriam evitar a duplicação de outros regimes, como a *Hague Judgments Convention*, enquanto outras pretendiam que se oferecesse várias vias às partes para dar cumprimento ao acordo, num alcance amplo do futuro instrumento, aplicando-se o texto também a acordos judiciais e arbitrais. A favor, foi encampada a tese de utilidade futura do tratado, bem como o argumento segundo o qual as partes poderiam beneficiar de mais uma opção dentre os vários instrumentos internacionais para dar cumprimento ao seu acordo.

Claramente estes últimos preocupavam-se menos com a sobreposição e/ou o conflito de instrumentos normativos e mais em evitar eventuais lacunas legislativas. Advogava-se a tese de que a aplicação mais restrita era uma opção mais segura, pois os acordos judiciais já se encontravam cobertos por outros instrumentos internacionais, como a *Convention on Choice of Court Agreements* (Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro) ou estariam cobertos pelo *Hague Judgments Convention* (Convenção de Julgamentos de Haia), bem como os acordos arbitrais já estavam amparados pela *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras), mais conhecida como Convenção de Nova Iorque.

A Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro³⁵ é aplicada aos acordos em processos de natureza internacional, seja em matéria civil ou comercial. No artigo 2.º, n.º 4, esta Convenção expressamente esclarece

³⁴ HAROLD ABRAMSON, *The New Singapore Mediation Convention: The Process and Key Choices*, Touro College Jacob D. Fuchsberg Law Center, dezembro de 2019, p. 13.

³⁵ CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention on Choice of Court Agreements*, disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>.

que não será aplicável a acordos obtidos por arbitragem ou meios conexos. A *Hague Judgements Convention* ainda não se encontra em vigor, mas primará pela definição da competência internacional dos tribunais e o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras, no âmbito de processos transfronteiriços na área civil e comercial³⁶.

A Convenção de Nova Iorque, por sua vez, aplica-se ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e à remessa de um processo por um tribunal para arbitragem³⁷.

Por conseguinte, a escolha da comissão foi a de restringir o escopo de aplicação, excluindo-se acordos judiciais e arbitrais executáveis enquanto sentenças de um tribunal estadual, a fim de se evitar instrumentos jurídicos conflitantes e disposições sobre o mesmo tema noutras legislações.

Cumpre-nos lembrar que por “acordos” a Convenção assim os definiu, no seu artigo 2.º, n.º 2: um acordo é considerado “escrito” quando o seu conteúdo seja documentado de alguma forma. O requisito da forma escrita do acordo é cumprido através de uma comunicação eletrónica quando a informação nela contida esteja acessível para consulta posterior³⁸.

Assim, o artigo 1.º, n.º 3, foi redigido em harmonia com as convenções já existentes, não havendo a possibilidade de se escolher oportunamente qual Convenção aplicar, evitando-se ainda qualquer situação de abuso de direito pelas partes.

Deste modo, temos que o artigo 1.º, n.º 3 a), encontra-se dividido em duas partes: não se aplicará a Convenção a acordos homologados por um tribunal ou, alternativamente, celebrados no curso de um processo judicial e que sejam executáveis como uma sentença no estado daquele tribunal, mesmo que as partes tenham concluído uma disputa comercial. Observe-se que, conforme redação e interpretação do artigo 1.º, n.º 1, perante a Convenção, o acordo nada mais é que uma forma de contrato ou a ele muito

³⁶ CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Overview of the Judgement Projects*, disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>.

³⁷ NEW YORK ARBITRATION CONVENTION, *The New York Convention*, disponível em: <http://www.newyorkconvention.org>.

³⁸ Conforme tradução de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. Tradução”, in *Anuário do ADR Lab*, 2020, NOVA School of Law, p. 5.

se assemelha, haja vista que são “resultantes de mediação e celebrados por escrito pelas partes com o intuito de dirimir um litígio comercial”³⁹.

Nesse contexto, observa-se que a exclusão do artigo 1.º, n.º 3, é estendida a uma série de situações nas quais os acordos são executáveis como provimento jurisdicional de mérito ou cautelar. Para efeito da exclusão da alínea a), a jurisdição relevante para a execução dos acordos firmados será a do Estado de origem, isto é, do Estado cujo tribunal o tenha homologado ou celebrado no decurso de um processo judicial, desde que tenha, como já dito, executoriedade. Assim, a Convenção de Singapura apenas será aplicável se os dois requisitos do artigo 1.º, n.º 3 a), não estiverem presentes.

No tocante à subalínea i), a qual prevê a situação em que os tribunais locais homologam os acordos de mediação, pode apresentar-se como exemplo o caso de um processo ter sido encaminhado pelo tribunal à mediação externa e depois não ter sido homologado pelo tribunal. Neste caso, se tal acordo não estiver abrangido por qualquer outra exceção das previstas, a Convenção de Singapura será aplicável.

A situação seria diversa, todavia, se os acordos judiciais, por exemplo, fossem abrangidos pelo texto da Convenção. Neste contexto, se a parte não obtivesse o seu acordo cumprido de forma espontânea, a autoridade competente deveria averiguar se o acordo estava ou não enquadrado pelo escopo da convenção, bem como se foi ou não obtido perante um tribunal estrangeiro. Teria a autoridade judicial que verificar ainda se, perante aquele ordenamento jurídico processual, o acordo em questão tinha força de sentença.

Para o acordo de mediação ser excluído do âmbito de aplicação da Convenção de Singapura é necessário ainda o requisito adicional da subalínea ii), o qual informa que o acordo de mediação deve ser executável como uma sentença ou decisão judicial no estado do tribunal local emissor do provimento judicial⁴⁰. Sendo assim, tal situação poderia ser exemplificada a partir do ordenamento jurídico francês, o qual prevê a

³⁹ Conforme tradução de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. Tradução”, 2020, p. 3.

⁴⁰ “Article 1. Scope of Application”. NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG (eds), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution*, volume 8, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2019, pp. 21-43, destaca que a

possibilidade de as partes solicitarem ao tribunal uma decisão judicial aos acordos de mediação, formalizados por meio de compromissos (transação), conforme definido no artigo 2044.º do Código Civil Francês, tornando-os imediatamente executáveis⁴¹. Outro exemplo seria o da Inglaterra, no qual as partes litigantes que alcançaram um acordo de mediação podem postular uma *Tomlin Order*, isto é, uma medida judicial que permite a executoriedade como uma sentença ou decisão judicial⁴².

É ainda útil considerar a noção de sentença ou decisão judicial a partir de uma perspectiva autónoma, uma vez que, no estudo do Direito Internacional Privado, o método autónomo de interpretação de elementos conceituais encontrados num instrumento internacional, como uma Convenção, é aplicado para derivar o significado de um termo o mais longe possível do instrumento em si, independentemente de outras considerações externas⁴³. O implícito pressuposto é de que o instrumento, que é objeto de interpretação, subsiste por si próprio como um conjunto abrangente de regras⁴⁴.

Inevitável será, ainda, avaliar o contexto jurídico de cada Estado e qual a força executória que é atribuída (ou os requisitos para tanto) aos diferentes acordos de mediação firmados no seu âmbito.

Dando continuidade à análise do artigo, verifica-se que, a fim de se evitar conflito ou sobreposição com a *New York Convention*, também foi excluído o acordo de mediação obtido em tribunal arbitral com natureza executória, conforme previsão do artigo 1.º, n.º 3 b). Tal decorreu após muitas discussões entre os grupos de trabalho⁴⁵, uma vez que havia entendimento que caberia à autoridade competente

Convenção poderia ser aplicável também numa sentença judicial que tenha perdido a executoriedade, como no caso em que tenha decorrido o prazo de prescrição para a execução.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Sobre o tema, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público – Conceito e fontes*, vol. I, Lisboa, Lex, 1998, pp. 253 e ss.; LUÍS BARBOSA RODRIGUES, *A Interpretação de Tratados Internacionais*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, pp. 76 e ss., pp. 152 e ss.; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Parede, Principia, 2009, pp. 129 e ss.

⁴⁴ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG (eds), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution*, 2019, pp. 21-43.

⁴⁵ HAROLD ABRAMSON, *The New Singapore Mediation Convention: The Process and Key Choices*, dezembro de 2019, p. 16.

decidir acerca da aplicação da Convenção à situação concreta. Na prática, esta autoridade iria avaliar se o acordo obtido em arbitragem se enquadrava no artigo 1.º, n.º 1, da referida convenção, bem como acerca da existência ou não da característica da executoriedade naquele Estado.

Segundo NOREL ROSNER⁴⁶, o grupo de trabalho entendeu que a melhor maneira de evitar a sobreposição da Convenção de Singapura com a de Nova Iorque foi excluir os acordos obtidos mediante consentimento em sede de arbitragem, desde que tenham força executória. Todavia, ao contrário do que ocorre com os acordos judiciais, o texto não especifica onde é que o acordo arbitral deve possuir força executória.

Assim, como bem resume EUNICE CHUA⁴⁷, o motivo das limitações havidas no dispositivo legal em questão é, em suma, a existência de outros instrumentos internacionais que já tutelam uma gama de diversos tipos de acordos, sendo certo que o mero envolvimento de um juiz ou árbitro não excluiria o acordo do escopo da Convenção de Singapura.

Em resumo, os acordos homologados por um tribunal ou obtidos no decurso de um processo judicial e que possam ser executados como sentença ou decisão judicial no Estado em que o tribunal esteja localizado, bem como os que tenham sido incluídos numa decisão arbitral e que possam ser executados nos mesmos termos que essa decisão, configuram as hipóteses da exclusão previstas no artigo 1.º, n.º 3, da Convenção de Singapura.

⁴⁶ NOREL ROSNER, “The Singapore Convention: Reflections on Articles 1.3 on Scope, 8.1 (b) on Reservations, and 12 on Regional Economic Integration Organizations”, in *Singapore Mediation Convention Reference Book*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1259 e ss.

⁴⁷ EUNICE CHUA, “The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, *Asian Journal of International Law*, 9:2, julho de 2019, disponível em <https://doi.org/10.1017/S2044251318000309>.

ARTIGO 2.º

Definições

1. Para os efeitos do n.º 1 do artigo 1.º:

- a) Se uma parte tiver mais do que um estabelecimento principal, o estabelecimento relevante é aquele que tenha uma conexão mais estreita com o litígio dirimido no acordo, tendo em conta as circunstâncias conhecidas ou tidas em consideração pelas partes no momento da celebração do acordo.**
- b) Se uma parte não tiver estabelecimento principal, deve ter-se em conta a sua residência habitual.**

MARIA CARLOTA BENO JARDIM*

OLGA DINIS**

1. Enquadramento do artigo; 2. Ausência de jurisdição – comparação com a Convenção de Nova Iorque; 3. Conceito de “estabelecimento principal”; 4. Internacionalidade em relação aos sujeitos; 5. Conceito temporal; 6. Conceito de “parte substancial das obrigações”; 7. Conceito de “conexão mais estreita”; 8. Conceito de “residência habitual”.

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, carlotabeno@hotmail.com, advogada estagiária.

** Turma de 2020/2021.

1. A Convenção de Singapura determina o seu âmbito de aplicação através da utilização de conceitos indeterminados que, nos litígios internacionais comerciais atuais, poderiam levantar algumas dúvidas. É um instrumento de Direito Internacional Público e que, regra geral, na sua aplicação, não tem como obstáculo requisitos jurídicos de natureza nacional (impostos, naturalmente, pela autoridade competente), mas poderá tê-los nos casos excepcionais previstos no artigo 5.º, n.º 2 a) e b), da Convenção⁴⁸.

Embora seja esta a regra, e tratando-se de conceitos indeterminados, importa sublinhar que o seu tratamento poderá, na prática, variar consoante a legislação do Estado onde se procede à execução do acordo de mediação. Isto assim sucede, porque, na definição dos mesmos, o aplicador do Direito (neste caso, da Convenção de Singapura) iria, eventualmente, apoiar-se na sua experiência nacional. Ou seja, a interpretação poderia ser realizada com base numa liberdade de averiguação judicial, consoante os princípios fundamentais de cada Estado, dificilmente afastados pelos mesmos. Não obstante, tanto quanto possível os conceitos nas convenções devem ser interpretados de forma autónoma, o que significa que se busca a interpretação que permita aplicar a convenção da forma mais uniforme possível⁴⁹. A nosso ver, e sendo assim, o aplicador do Direito, na execução do acordo de mediação, deve abster-se das normas vigentes no seu ordenamento jurídico, assegurando uma conformidade com aquelas que são as interpretações internacionais, garantes de uma aplicação dos pressupostos da Convenção de Singapura.

A Convenção de Singapura para execução de acordos de mediação determina, no que à determinação do seu âmbito diz respeito, como requisito basilar, o carácter internacional do litígio. Isto deve-se, essencialmente, ao facto de cada vez mais haver uma globalização dos mercados, originando trocas comerciais entre sujeitos particulares e coletivos de diferentes nacionalidades. A mediação, como meio de resolução

⁴⁸ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, 2019, pp. 21 e 22.

⁴⁹ Em linha com o disposto no artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

alternativa de litígios, tem vindo a ser a resposta para os conflitos originários destas relações, permitindo resolvê-los de forma imparcial, rápida e eficaz.

2. Na sua elaboração, surgiram diversas discussões quanto à determinação do conceito “internacional”⁵⁰. O Grupo de Trabalho deparou-se com dois diferentes prismas: seguir o conceito mais restrito utilizado na Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, isto é, a locução “estrangeiro”, ou enveredar por um conceito mais amplo, simples e claro⁵¹, nomeadamente o de “estabelecimento comercial”.

De acordo com a Convenção de Nova Iorque, o carácter internacional do litígio define-se em relação à localização da proferição da sentença arbitral: deve ser emanada num Estado diferente daquele em que é requerida a sua execução, o que implica, *a priori*, a identificação de uma jurisdição⁵². No entanto, a Convenção de Singapura afastou-se desta definição, pois a mediação tem mostrado uma rápida adaptação aos novos meios tecnológicos, tendo sido instrumento utilizado nas plataformas como o Zoom⁵³, Skype ou e-mail (ainda mais nesta nova realidade de COVID-19)⁵⁴, o que torna a identificação de um país onde o acordo de mediação tenha sido concluído muito difícil ou praticamente impossível.

⁵⁰ NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, “Constructing the Convention on Mediation: The Chairperson’s Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, SAclJ 487, 2019, p. 498.

⁵¹ EUNICE CHUA, “The Singapore Convention in Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, *Asian Journal of International Law*, 2019, p. 196.

⁵² AHDIEH ALIPOUR HERISI, “Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention”, *American Journal of Mediation*, volume II, 2018, p. 6.

⁵³ CARLOS ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, volume 72/1, 2020, pp. 53-80, p. 5.

⁵⁴ NADJA MARIE ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Singapore Convention Series: Why Is There No ‘Seat’ of Mediation?”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019, p. 3.

3. Por estas razões, pela flexibilidade que os mercados transacionais requerem e por apresentar vantagens para as partes, já que estas podem escolher as normas a aplicar, optou-se pelo conceito de “estabelecimento comercial”, o que torna irrelevante o Estado em que o acordo se tem por concluído.

Este conceito tem sido interpretado e complementado pelos textos da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, que o elucida como o lugar onde a atividade comercial é desenvolvida, exigindo uma certa duração, estabilidade e autonomia⁵⁵. Não obstante, a Convenção de Singapura define o que entende por “estabelecimento comercial”, nomeadamente no artigo 2.º, n.º 1 a), cujos critérios serão objeto de análise *infra*.

4. Importante será, a nosso ver, sublinhar que a alínea a) do artigo em análise refere-se a “pelo menos duas das partes”, o que nos leva a concluir que se uma mediação envolver dois ou mais sujeitos, o requisito fundamental é que pelo menos dois deles tenham estabelecimento comercial em diferentes países⁵⁶.

5. O artigo refere que a internacionalidade deve ser aferida “ao tempo da celebração” do acordo de mediação. Isto tem um impacto determinante, nomeadamente pela elasticidade dos mercados e transações internacionais, porquanto uma empresa poderá deslocar os seus estabelecimentos com facilidade de um Estado para outro. Para assegurar a aplicação da Convenção de Singapura, há que ter em conta apenas o momento da conclusão do acordo, posto que pode acontecer que a mediação não tenha um carácter internacional no seu início, mas que a adquira na sua conclusão, ou vice-versa. Neste sentido, será importante sublinhar a particularidade das relações comerciais, que nascem e cessam com bastante facilidade, adaptando-se às necessidades das partes.

⁵⁵ IGNACIO JORGE TASENDE ITURVIDE, “Reflexões sobre a Nova Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos Internacionais Resultantes da Mediação”, *Revista de Derecho De La Universidad De Montevideo*, n.º 37, 2020, p. 76.

⁵⁶ IGNACIO JORGE TASENDE ITURVIDE,, “Reflexões sobre a Nova Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos Internacionais Resultantes da Mediação”, 2020, p. 76.

Assim, deve atender-se com detalhe ao momento em que as partes concluíram o acordo, porque este é que vai valer para aplicação (ou não) da Convenção.

6. No entanto, pode acontecer que as partes tenham o seu estabelecimento comercial no mesmo Estado e, mesmo assim, o acordo de mediação assuma um carácter internacional, conforme resulta do artigo 1.º, n.º 1 b). Nestes casos, o ponto i) refere-se ao conceito de “parte substancial das obrigações” para aferir da internacionalidade.

Para sua interpretação, não se deve ter por determinante o elemento literal da norma, pois parece enveredar por um critério *quantitativo* – o lugar onde a maior parte das obrigações são efetivamente cumpridas (numericamente falando)⁵⁷.

Deve-se, por outro lado, analisar a situação concreta de uma forma *qualitativa*, mormente as partes no acordo, a sua relação e a natureza das obrigações. Tal envolve, necessariamente, uma avaliação casuística do acordo de mediação. Deve ponderar-se o conteúdo das matérias obrigacionais e o local onde as mesmas serão cumpridas (aquelas que se dão por mais importantes), já que poderão ser diferentes do assunto da disputa⁵⁸.

7. O artigo 2.º da Convenção de Singapura tem como *ratio* a explanação do conteúdo normativo referido na norma anterior.

Assinala a alínea a), do n.º 1 do artigo 2.º, que deve entender-se que se uma parte tiver mais do que um estabelecimento principal, o estabelecimento relevante é aquele que tiver uma conexão mais estreita com o litígio dirimido no acordo. Por sua vez, para definir esta “conexão mais estreita”, deve ter-se em conta as circunstâncias conhecidas ou tidas em consideração pelas partes no momento da celebração do acordo.

Tem-se entendido, neste contexto, que deve ser interpretado segundo um critério funcional. Deve atender-se, portanto, a todos os elementos

⁵⁷ IGNACIO ITURVIDE E JORGE TASENDE, “Reflexões sobre a Nova Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos Internacionais Resultantes da Mediação”, 2020, p. 78.

⁵⁸ EUNICE CHUA, “The Singapore Convention in Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, 2019, p. 196.

de facto – objetivos e subjetivos – em relação ao litígio. Este aspeto é muito importante, uma vez que a referência à “conexão mais estreita” efetuada no artigo anterior, nomeadamente no n.º 1 b), ponto ii, refere-se ao acordo⁵⁹.

Assim, a sua interpretação irá variar: se estivermos a falar da situação em que as partes têm o seu *estabelecimento principal no mesmo Estado*, a internacionalidade afere-se tendo em conta o conteúdo obrigacional do acordo que estipularam, na medida em que este será efetuado num Estado diferente (artigo 1.º). Situação diferente é a elencada no artigo em comentário, em que se refere a circunstância de *uma parte ter mais do que um estabelecimento comercial* e, portanto, para determinar a internacionalidade, teremos de escolher aquele que é relevante em relação ao litígio. São situações diferentes, mas complementares, uma vez que na mesma mediação poderá ser necessário aplicar ambos os critérios.

8. Relativamente à alínea b), do n.º 1 do artigo em comentário, releva precisar a importância do conceito indeterminado de “residência habitual”. Analisar-se-á a vida concreta do sujeito na discussão, garantindo que se traz à execução os elementos probatórios que indiquem onde habita, trabalha e onde desenvolve a respetiva intimidade⁶⁰.

Questiona-se a aplicabilidade, em abstrato, deste conceito. A Convenção de Singapura enquadra apenas os litígios de natureza comercial, o que, normalmente, restringirá o seu âmbito a disputas entre pessoas coletivas, excluindo expressamente as relações de consumo que envolvam pessoas singulares. Ora, nos tempos que correm, dificilmente se irá verificar que uma das partes do acordo de mediação em execução não tenha uma sede comercial, representativa da pessoa coletiva. Não obstante, este conceito encontrará a sua relevância quando tal não aconteça.

⁵⁹ EUNICE CHUA, “The Singapore Convention in Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, 2019, pp. 196 e 197.

⁶⁰ IGNACIO JORGE TASENDE ITURVIDE, “Reflexões sobre a Nova Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos Internacionais Resultantes da Mediação”, 2020, p. 82.

2. Um acordo é considerado “escrito” quando o seu conteúdo seja documentado de alguma forma. O requisito da forma escrita do acordo é cumprido através de uma comunicação eletrônica quando a informação nela contida esteja acessível para consulta posterior.

IARA CÂMARA*

NUNA BRITO**

A Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais, conhecida como Convenção de Mediação de Singapura, dedica o seu primeiro artigo ao respetivo âmbito de aplicação⁶¹, dispondo no seu n.º 1 que “a presente Convenção aplica-se aos acordos resultantes de mediação e celebrados por escrito pelas partes”⁶². *A contrario*, depreende-se que a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais não é aplicável a acordos não celebrados por escrito, nomeadamente, aos acordos que resultem de comunicações orais entre as partes.

Atentando na expressão “celebrados por escrito”, somos obrigatoriamente remetidos para o n.º 2 do artigo 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais, que regula a forma do acordo e nos permite aferir em que circunstâncias pode um determinado acordo ser considerado “escrito”.

A presente Convenção impõe requisitos formais mínimos, o que lhe permite garantir uma maior simplicidade na sua aplicação, sem esquecer

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, iaracamara97@gmail.com, advogada estagiária.

** Mestre em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, nunabrito@hotmail.com.

⁶¹ EDNA SUSSMAN, “The Singapore Convention – Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n.º 3, 2018, p. 50.

⁶² ANDREA MARIGHETTO, “A Convenção da ONU e a Importância da Resolução Amigável de Conflitos”, *Revista Consultor Jurídico*, 2020, p. 2; MUIGUA KARIUKI, “The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: Challenges and Prospects for African States”, 2019, p. 4.

as exigências mínimas que visam evitar possíveis abusos⁶³. De facto, é de conhecimento geral que as exigências de forma podem desempenhar uma pluralidade de funções, nomeadamente, a facilitação da prova, a tutela do consentimento, o controlo da legalidade, a publicidade, o cumprimento⁶⁴, a possibilidade de uma maior ponderação das partes envolvidas⁶⁵, atender aos concretos interesses das partes⁶⁶, etc. Assim, a Convenção prevê a possibilidade de considerarmos escrito qualquer acordo “cujo conteúdo seja documentado de alguma forma”.

Na expressão “documentado de alguma forma” não foram utilizados critérios linguísticos rigorosos. Este requisito tem uma tal abrangência que nos permite entender que apenas se exige que o conteúdo do acordo conste de um qualquer documento que permita o posterior acesso àquilo que foi acordado com clareza, isto é, não releva o tipo de documento, mas a possibilidade de um acesso posterior ao conteúdo do acordo⁶⁷.

Este requisito formal não é para nós novidade em matéria de mediação, uma vez que a Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril), no seu artigo 20.º, prevê a adoção da forma escrita como um dos requisitos do acordo. Esta exigência formal representa um desvio à regra da liberdade de forma, consagrada no artigo 219.º do Código Civil, que marca o direito civil português⁶⁸ e se consubstancia na ideia segundo a qual os negócios jurídicos não estão sujeitos a forma especial, exceto quando a lei o exigir.

⁶³ DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution”, *Forthcoming Journal of the Malaysian Judiciary*, 2020, pp. 1-18, p. 11.

⁶⁴ ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 20.ª edição atualizada, Ediforum, 2018, p. 119.

⁶⁵ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, volume 1, 1.ª edição, Almedina, 2017, p. 272.

⁶⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 6.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 105-106.

⁶⁷ ELISABETTA SILVESTRI, “The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?”, in *Access to Justice in Eastern Europe*, n.º 3, 2019, pp. 193-194; LUCY REED, “Ultima Thule: Prospects for International Commercial Mediation”, in *NUS Centre for International Law, Research*, artigo n.º 19/03, 2019, p. 14.

⁶⁸ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-139.

Porém, o conceito de forma escrita que integra o direito civil português não se confunde com a noção de forma escrita adotada pela Convenção de Mediação de Singapura. O nosso Código Civil compreende inúmeros contratos cuja validade depende do preenchimento de requisitos formais, os quais envolvem não só a forma escrita em si mesma, mas um tipo específico de documento. Por exemplo, “o contrato de compra e venda de imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado”, como dispõe o artigo 875.º do Código Civil. Ora, como já se referiu, o conceito de forma escrita previsto na Convenção abstrai-se do tipo de documento em causa.

Ademais, não é só neste âmbito que a Lei da Mediação nos subtrai o carácter de novidade, pois também no n.º 2 do artigo 12.º considera a exigência da forma escrita satisfeita quando a convenção resulte de meios eletrónicos de comunicação. Ora, o n.º 2 do artigo 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais dispõe, no mesmo sentido, que o “requisito da forma escrita do acordo é cumprido através de uma comunicação eletrónica”.

Esta aceitação da via eletrónica⁶⁹ compreende-se pelo reconhecimento do aumento do uso de mecanismos *online*⁷⁰ (que se caracterizam pela facilitação a nível da comunicação), pela possibilidade de resolução de disputas através da Internet, bem como pelo facto de as declarações emitidas por via eletrónica satisfazerem a necessidade de garantia da fidedignidade e conservação do conteúdo do acordo.

É vasta a oferta de meios eletrónicos de comunicação que oferecem prova escrita a que podemos aceder atualmente: desde logo, a troca de emails, a troca de SMS, a troca de mensagens através de variadas aplicações (WhatsApp, Facebook, etc.), telegramas, telefaxes e muitos outros meios eletrónicos de comunicação. Saliente-se que apenas cumprirão a

⁶⁹ ROMESH WEERAMANTRY e JOHN CHOONGS, “Will the Introduction of the Singapore Mediation Convention Put an End to International Arbitration?”, in *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre, volume 21, n.º 4, 2019, pp. 164-169, p. 2.

⁷⁰ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Singapore Case Note: Enforceability of settlement agreements”, in *Kluwer Law International*, 2019, p. 2.

forma escrita aqueles que se afigurem confiáveis⁷¹ e permitam o acesso ao conteúdo do acordo para referência posterior⁷².

A Lei da Arbitragem Voluntária emprega, de igual modo, um conceito amplo de forma escrita⁷³, no seu artigo 2.º n.º 2, ao prever que “a exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação”. Ora, uma leitura atenta deste preceito permite-nos afirmar o preenchimento deste requisito formal através de uma troca de mensagens de correio eletrónico, como vem confirmar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-07-2016⁷⁴, segundo o qual devemos entender que “constitui uma convenção escrita, a que resulta de uma troca de mensagens de correio eletrónico” ou mesmo de um clique num ícone num sítio da Internet que exprime a aceitação.

Ora, se esta discussão se gera em redor da amplitude do conceito de “forma escrita”, é razoável afirmar a possibilidade de a mesma surgir no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais, na qual se consagra este requisito formal também de um modo abrangente.

A propósito de documento eletrónicos, DÁRIO MOURA VICENTE vem ainda acrescentar que, perante tal amplitude desde requisito formal, o mais correto seria diferenciarmos forma escrita e força probatória plena⁷⁵, no sentido de que apenas os documentos assinados possuem força

⁷¹ KABIR SINGH; LIJUN CHIU; MATTEW BROWN; NISH SHETTY; PAUL SANDOSHAM, “Client Update: Singapore Mediation Convention”, in *Law Review*, Clifford Chance Law Firm, 2019, p. 2.

⁷² RAJESH SHARMA, “The Singapore Convention — A Drone’s View”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, volume 12, n.º 2, 2019, pp. 272-273; TIMOTHY SCHNABEL, “Implementation of the Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, and Private Law Treaties”, in *The American Review of International Arbitration*, 30 Am. Rev. Int’l Arb., 265, 2020, pp. 268-269.

⁷³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2018, Almedina, Coimbra, pp. 40-42.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação, 07.07.2016, n.º do processo: 508/14.0TBLNH-A. L1-2, disponível em: www.dgsi.pt.

⁷⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 43, n.º 2, 2002, p. 1002.

probatória plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor (cfr. artigo 376º, n.º 1 do Código Civil), mas tanto os documentos assinados como os “documentos não assinados podem satisfazer o requisito da forma escrita”⁷⁶.

Numa última nota, importa referir que a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais não exige que o acordo esteja contido num único documento, ou seja, a Convenção determina apenas que o conteúdo do acordo deve estar documentado e ser acessível para consulta posterior, não mencionando nada relativamente à sua inclusão num só documento. Assim, poder-se-á entender que a Convenção de Mediação de Singapura, não se pronunciando a este respeito, admite o fracionamento do acordo em vários documentos, por exemplo, numa troca de vários emails⁷⁷.

3. “Mediação” é um processo através do qual, independentemente da base que o sustenta ou da expressão usada, as partes procuram a resolução amigável do litígio com o auxílio de um ou mais terceiros (“o mediador”) desprovidos de poderes para impor uma solução.

BIANCA BREGAS*

JOANA GONÇALVES**

Como consagrado no artigo 1.º, n.º 1, “a presente Convenção aplica-se aos acordos resultantes de mediação”. Mediação é definida no artigo 2.º, n.º 3, como “um processo através do qual, independentemente da base que o sustenta ou da expressão usada, as partes procuram a resolução amigável do litígio com o auxílio de um ou mais terceiros (“o mediador”) desprovidos de poderes para impor uma solução”.

⁷⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Reimpressão da 3.ª Edição de 2014, Almedina, 2019, p. 133.

⁷⁷ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary”, in *Kluwer Mediation Blog, Singapore International Dispute Resolution Academy*, 2019, pp. 2-3.

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021.

** Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, joana.roxo.goncalves68@gmail.com.

A gênese da Convenção de Singapura deve-se ao reconhecimento de que a mediação se constitui uma prática cada vez mais habitual nas relações comerciais internacionais⁷⁸. Isto é, o objetivo deste diploma é estimular o crescimento do uso da mediação como um método eficiente de resolução destas disputas⁷⁹. Assim, o termo “mediação” é central para definir o escopo da sua aplicação⁸⁰. Porém, a questão subsiste: o que é, para estes efeitos, “mediação”?

Do artigo 2.º, n.º 3, retiram-se três elementos que compõem a definição de “mediação”. Trata-se de i) um processo que existe independentemente da expressão usada, ii) onde as partes procuram uma resolução amigável para o seu litígio, iii) sendo auxiliadas por um terceiro desprovido de poderes para impor uma solução.

No que concerne ao elemento i), importa evidenciar que a UNCITRAL, na maior parte dos seus instrumentos, não diferencia os termos “mediação” e “conciliação”⁸¹. Este segundo era até mais utilizado, sendo disso exemplo a Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional de 2002⁸². No início do processo de deliberação relativo à Convenção, foi exteriorizada a opinião de que este instrumento deveria usar o termo “mediação” em vez de “conciliação”, com o argumento de que a locução “mediação” é mais amplamente utilizada nos sistemas jurídicos nacionais – argumento com o qual o Grupo de Trabalho concordou. Reconheceu-se, portanto, que os termos “mediação” e “mediador” são mais profusamente utilizados e que, por isso, a mudança na terminologia tornaria mais fácil

⁷⁸ IGNACIO ITURVIDE, “Reflexiones sobre La Nueva Convención de Las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“Convención de Singapur)””, *Revista de Derecho de la Universidade de Montevideo*, n.º 37, 2020, p. 4.

⁷⁹ LELA P. LOVE; HAL ABRAMSON; NATALIE Y. MORRIS-SHARMA; CORINNE MONTINERI, “Singapore Mediation Convention Reference Book”, in *Scholarly Works, Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, Benjamin N. Cardozo School of Law, New York, 2019, pp. 1-305, pp. 160-161.

⁸⁰ LELA P. LOVE; HAL ABRAMSON; NATALIE Y. MORRIS-SHARMA; CORINNE MONTINERI, “Singapore Mediation Convention Reference Book”, 2019, p. 170.

⁸¹ LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, “Singapore Convention on Mediation – Consultation Paper”, in *Commonwealth Attorney-General’s Department*, 2020, pp. 7-8.

⁸² Que agora foi substituída pela Lei Modelo sobre a Mediação Comercial Internacional.

a promoção da Convenção⁸³. Esta alteração não tem, pois, quaisquer implicações substantivas ou conceituais⁸⁴.

A irrelevância desta alteração está alinhada com a irrelevância geral do termo utilizado, defendida na Convenção. Do n.º 3 do artigo 2.º decorre que o nome dado ao processo não importa – é a atividade e não o rótulo que importa⁸⁵.

No mesmo sentido, a Convenção emprega uma definição ampla como um “guarda-chuva”, que abrange vários tipos de processos⁸⁶.

Resumidamente, estabeleceu-se que “mediação” é o termo utilizado para referir qualquer processo no qual as partes solicitam a um terceiro que as auxilie numa tentativa de alcançar uma solução amical de uma controvérsia⁸⁷.

Algumas delegações sugeriram ainda que se restringisse a definição para especificar que a “mediação” deve ser um processo “estruturado” ou “organizado”, limitação que o Grupo de Trabalho decidiu não acolher. A adoção de outra solução não seria viável, porque tal daria origem a uma discrepância no escopo dos conceitos de “mediação” e de “conciliação”, principalmente para os Estados que adotaram a Lei Modelo de Conciliação. Para mais, especificar um procedimento como “estruturado” ou “organizado” restringiria a flexibilidade própria deste processo⁸⁸.

⁸³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary”, in *Kluwer Law International*, 2019, p. 3.; UN COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, “International Commercial Mediation: Draft Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, Nota do Secretariado, 2018, p. 9.

⁸⁴ LELA P. LOVE; HAL ABRAMSON; NATALIE Y. MORRIS-SHARMA; CORINNE MONTINERI, “Singapore Mediation Convention Reference Book”, 2019, pp. 170-173.; SHAHEEN BANOO, “Scope of Singapore Convention on Mediation Annotated”, *Symbiosis International University, Symbiosis Law School*, 2020, p. 9.

⁸⁵ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary – Article 2. Definitions”, in *Kluwer Law International*, 2019, p. 6.

⁸⁶ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, 2019, pp. 15-19.

⁸⁷ IGNACIO ITURVIDE, “Reflexiones sobre La Nueva Convención de Las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“Convención de Singapur)””, 2020, p. 5.

⁸⁸ LELA P. LOVE; HAL ABRAMSON; NATALIE Y. MORRIS-SHARMA; CORINNE MONTINERI, “Singapore Mediation Convention Reference Book”, 2019, pp. 173-180.

Destarte, não só o nome dado ao processo não é importante, como não é necessário que o acordo seja firmado como consequência de um processo “estruturado” ou “organizado”⁸⁹.

Tendo em conta que *omnis definitio in jure periculosa est* (toda a definição jurídica é perigosa), é até instintivo que o conceito constante na Convenção seja, deliberadamente, abrangente¹³. Baseia-se num entendimento relativamente vago de “mediação” – o que, apesar da sua reconhecida vantagem no que se refere ao seu extenso alcance, adiciona uma significativa complexidade ao método de determinação no que respeita a saber se um acordo resultou, ou não, de um processo apropriado à aplicação da Convenção⁹⁰.

Ainda assim, não se almeja que o conceito se apresente de uma outra forma. Uma definição lata reconhece a diversidade, a nível internacional, deste processo⁹¹. A definição apresentada no artigo 2.º, n.º 3, permite englobar as mais diversas realidades da prática de “mediação”⁹², designadamente a facilitadora, a consultiva⁹³, etc. Aliás, nem é necessário rotular tal processo como “mediação” para que, por um lado, o seja, e, por outro, para que se enquadre nos requisitos de aplicação desta Convenção⁹⁴.

Em suma, “mediar” é sinónimo de flexibilidade⁹⁵, pelo que tal característica só poderá ser salvaguardada, aquando da aplicação da Convenção,

⁸⁹ FELIPE PAVAN CALLEJAS, “The Singapore Convention on Mediation: What Everyone Should Know About It”, in *Trabajos Finales de Máster*, Universitat de Barcelona, 2019, p. 12.

⁹⁰ CLEMENS TREICHL, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements”, *Journal of International Dispute Settlement*, volume 11, n.º 3, 2020, pp. 409-429.

⁹¹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary – Article 2. Definitions”, in *Kluwer Law International*, 2019.

⁹² BRYAN CLARK e TANIA SOURDIN, “The Singapore Convention: a solution in search of a problem?”, in *Northern Ireland Quarterly forthcoming*, 2020, p. 6.; CLEMENS TREICHL, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements”, 2020, p. 6.

⁹³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary – Article 2. Definitions”, in *Kluwer Law International*, 2019.

⁹⁴ SHOUYU CHONG e NADJA ALEXANDER, “An Introduction to the Singapore Convention on Mediation – Perspectives from Singapore”, in *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2019, p. 2.

⁹⁵ IGNACIO ITURVIDE, “Reflexiones sobre La Nueva Convención de Las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“Convención de Singapur)”, 2020, p. 4.

através de uma definição de escopo suficientemente amplo para englobar esta complexa realidade.

Tratando-se de um conceito tão abrangente, ao invés de se pretender encontrar uma definição taxativa, busca-se uma conceptualização baseada em características-chave e princípios que permitam acolher a diversidade. Desenvolvendo um conceito apoiado em cinco princípios basilares – voluntariedade, confidencialidade, neutralidade, *empowerment* e soluções exclusivas⁹⁶ – alcança-se esse objetivo.

O artigo 2.º, n.º 3, oferece uma definição que ecoa com as de outros diplomas legais internacionais, como a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Mediação Comercial Internacional ou a Diretiva UE 2008/52/EC, sendo o elemento comum a irrelevância do nome pelo qual se refere o procedimento seguido pelas partes, embora a Diretiva europeia defina a “mediação” como um processo “estruturado”, algo que, como supra-mencionado, não foi adotado pelo Grupo de Trabalho⁹⁷.

A “mediação” é um processo ao qual as partes aderem voluntariamente e cujo propósito é assisti-las na formulação de um possível acordo. Tal como apresentado no elemento ii), as partes procuram, voluntariamente, uma resolução amigável para o seu litígio, cujo acordo, quando alcançado, é igualmente voluntário (*voluntariedade*).

Desta forma, temos como ponto assente que a “mediação” permite encontrar soluções criativas e adequadas (*soluções exclusivas*) para conflitos através do mecanismo do confronto direto entre as partes envolvidas, favorecendo o diálogo e o respeito através de um terceiro independente e imparcial que o estimula (*neutralidade*).

Durante este processo, as partes, como ilustrado pelo elemento iii), são auxiliadas por um terceiro desprovido de poderes para impor uma solução. Como não há uma ordem imposta por uma autoridade externa à relação, mas sim uma solução gerada pelas próprias partes, verifica-se que o percurso da “mediação” se funda na autonomia da vontade

⁹⁶ JING ZHI WONG, “Is Mediation a Process of “Law”? A Hart-ian Perspective”, *Jurnal Undang-undang dan Masyarakat*, 2021, pp. 18-34, p. 19.

⁹⁷ ELISABETTA SILVESTRI, “The Singapore Convention on Mediation Settlement Agreements: A New String on the Bow of International Mediation?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, n.º 3, 2019, p. 4; AGADA ELACHI, “The Singapore Convention on Mediation: Lessons and Prospects”, *Chamber Telegraph*, 2020.

(*empowerment*)⁹⁸, numa atmosfera *win-win* que lhes permite um acordo personalizado – concebido por elas e para elas – que, por isso, garante uma maior satisfação e maior probabilidade de sucesso no seu cumprimento.

Mais a mais, uma ideia subjacente a este processo é que ocorra sem preconceitos e sem reservas, o que só é possível através da garantia de um processo confidencial (*confidencialidade*). Quer dizer, tudo o que seja alegado ou escrito não poderá ser divulgado – nem a um tribunal, nem a terceiros – para além de nenhum registo poder ser mantido⁹⁹.

Apesar de a Convenção definir “mediação” amplamente, de forma a integrar vários arquétipos de processos, como os facilitadores e consultivos, existem mecanismos que estão completamente excluídos, como a arbitragem e a adjudicação¹⁰⁰.

Desde já, exemplificando, a arbitragem encontra-se excluída porque, tal como demonstra o elemento iii) da definição, para a aplicação da Convenção pressupõe-se a existência de um terceiro neutro e independente, desprovido de poderes de autoridade. Contrariamente, os árbitros têm poder para impor uma solução e, portanto, estão impedidos de se envolver em “mediação” segundo esta definição¹⁰¹. A Convenção de Singapura não poderia ser mais clara neste ponto – os árbitros estão excluídos do seu escopo de aplicação.

Em suma, o conceito de mediação acolhido é amplo, propositadamente, de forma a cobrir os mais variados processos, pintando a imagem da “mediação” através dos seus princípios fulcrais.

É este conceito amplo de “mediação”, que impõe a necessidade de verificar, caso a caso, se o processo se enquadra nos seus contornos, que permite afirmar que a Convenção é um importante passo no caminho do desenvolvimento da harmonia nas relações comerciais internacionais¹⁰².

⁹⁸ JING ZHI WONG, “Is Mediation a Process of “Law”? A Hart-ian Perspective”, *Jurnal Undang-undang dan Masyarakat*, 2021, pp. 18-34, p. 19.

⁹⁹ OLIVER BROWNE e PHILIP CLIFFORD, “The Singapore Mediation Convention: Will It Enhance Mediation’s Effectiveness?”, in *Latham & Watkins International Arbitration Practice*, n.º 2797, 2020, p. 6.

¹⁰⁰ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary – Article 2. Definitions”, 2019, p. 2.

¹⁰¹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary – Article 2. Definitions”, 2019, p. 2.

¹⁰² MARIANA SOARES DAVID, “UNCITRAL aposta na Mediação Internacional”, in *Lisbon Arbitration by Moraes Leitão*, 2018, p. 1.

ARTIGO 4.º

Requisitos para fazer valer o acordo

1. A parte que pretenda fazer valer um acordo em conformidade com a presente Convenção deve fornecer à autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual solicite a adoção de medidas:

- a) O acordo assinado pelas partes;**
- b) Prova de que o acordo foi obtido em sede de mediação, como, por exemplo:**
 - i) Assinatura do acordo pelo mediador;**
 - ii) Documento assinado pelo mediador com a indicação de que a mediação teve lugar;**
 - iii) Declaração da instituição que administrou a mediação; ou**
 - iv) Na falta das provas indicadas nas subalíneas anteriores, qualquer outra prova admitida pela autoridade competente.**

CATARINA CANDEIAS*
GUILHERME PINA CABRAL**

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, catarinacandeias.esc@gmail.com.

** Mestrando em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, pinacabral@gmail.com, estagiário na Antas da Cunha ECIJA & Associados.

1. O conceito de “fazer valer o acordo”; 2. O conceito de “autoridade competente”; 3. Requisitos de executoriedade; 4. A taxatividade do elenco de requisitos e o artigo 3.º, n.º 1; 5. Comparação com o artigo 9.º da Lei da Mediação portuguesa.

1. O conceito de “fazer valer o acordo” abrange, essencialmente, o direito das partes de ver reconhecido e de executar o acordo nos termos do artigo 3.º da Convenção de Singapura¹⁰³. A expressão utilizada emerge da necessidade sentida pelos redatores da Convenção de evitar referir-se ao mecanismo de aplicação em causa como “reconhecimento” ou “execução” do acordo, de forma a não levantar interpretações discordantes decorrentes das possíveis traduções jurídicas¹⁰⁴ e da concretização destas nos distintos sistemas legais dos Estados signatários. Assim, o direito de fazer valer o acordo pode ser considerado como uma “espada”, na medida em que é requerido aos tribunais dos Estados signatários que executem o acordo proveniente de mediação, e como um “escudo” pois permite que esse mesmo acordo seja invocado por uma parte que se veja confrontada com um pedido feito pela outra parte contra si, se esse pedido for inconsistente com tal acordo¹⁰⁵.

2. Já o conceito de “autoridade competente”, ainda que não seja definido pela Convenção, suscita menos dúvidas e tem sido interpretado¹⁰⁶ como o tribunal ou qualquer outra autoridade com poderes para apreciar tais questões perante o Estado em causa, incluindo um tribunal arbitral sito nesse mesmo Estado.

¹⁰³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, in *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, volume 8, Wolters Kluwer, 2019, p. 76.

¹⁰⁴ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, p. 76.

¹⁰⁵ ANDREA MARTIGNONI; JONATHAN LIGHT; CLAIRE MACDONALD, “Singapore Convention on Mediation: A Step Towards Easier Enforcement of International Settlements”, *Insights and News, Allens Law Firm Website*, 2019, p. 3.

¹⁰⁶ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, p. 76; TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, 2019, p. 34.

3. O Grupo de Trabalho optou pela exigência de requisitos breves, visando um *standard* mínimo que permitisse o adequado funcionamento da Convenção de Singapura¹⁰⁷ e favorecesse ao máximo a circulação dos acordos de mediação¹⁰⁸. De notar que não será necessário que a parte “faça valer o acordo” no Estado em que a mediação teve lugar, podendo ter lugar numa jurisdição sem conexão estreita com as partes ou com o litígio em si¹⁰⁹.

Como primeiro requisito, encontramos, na alínea a) do n.º 1, o acordo assinado pelas partes, com o objetivo de tornar mais difícil a produção de acordos fraudulentos¹¹⁰. Quanto a este requisito, existiu um significativo debate no Grupo de Trabalho sobre a exigência ou não de assinatura por parte do mediador¹¹¹, que acabou por ser excluída pela diversidade das práticas e das legislações nacionais em matéria de mediação. Existem Estados em que é prática comum que o mediador assine o acordo (será o caso de Israel e de alguns países europeus), enquanto noutros essa prática é rejeitada¹¹² (caso dos Estados Unidos da América e do Reino Unido) pelos riscos que pode acarretar em termos de imparcialidade e independência do mediador: o facto de o mediador assinar o acordo pode ser reconduzido a uma aceitação da substância desse acordo, que apenas diz respeito às partes¹¹³.

¹⁰⁷ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, 2019, pp. 27-28.

¹⁰⁸ CARLOS ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la Creación de un Título Deslocalizado Dotado de Fuerza Ejecutiva: Una Apuesta Novedosa, y un Mal Relato”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volume 72, n.º 1, 2020, p. 69.

¹⁰⁹ EDNA SUSSMAN, “The Singapore Convention – Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n.º 3, 2018, p. 51.

¹¹⁰ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution: Singapore Mediation Convention Reference Book*, volume 20, n.º 4, 2019, p. 1175.

¹¹¹ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1176.

¹¹² ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1176.

¹¹³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, p. 79.

Perante a presença de sistemas incompatíveis, a alternativa encontrada foi a de não exigir como requisito a assinatura do mediador, mas incorporá-la como uma das possíveis formas de provar que o acordo foi obtido em mediação, exemplificadas na alínea b) do n.º 1.

A alínea b) do n.º 1 exige, como segundo requisito, a prova de que o acordo foi obtido em sede de mediação, comportando um elenco aberto¹¹⁴ de exemplos do que pode constituir tal prova:

- i) A primeira possibilidade de prova passa pela já adereçada assinatura do acordo pelo mediador, que vem ao encontro desta prática que é levada a cabo por alguns Estados¹¹⁵.
- ii) É também possível a prova através de um documento assinado pelo mediador com a indicação de que a mediação teve lugar. Este é um documento minimalista, cuja utilização tem vindo a aumentar, sendo prática habitual em países como os Estados Unidos da América¹¹⁶. Pode ser redigido aquando da mediação ou posteriormente, sendo apenas necessário que contenha a confirmação de que ocorreu uma mediação entre aquelas partes¹¹⁷. Não tem de conter informação sobre a extensão da mediação ou sobre os termos do acordo¹¹⁸, em respeito pela confidencialidade que a mediação visa promover.
- iii) Em alternativa, se a mediação for institucionalizada, podem as partes apresentar uma declaração da instituição a que foi

¹¹⁴ CARLOS ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la Creación de un Título Deslocalizado Dotado de Fuerza Ejecutiva: Una Apuesta Novedosa, y un Mal Relato”, 2020, p. 70; IGNACIO JORGE TASENDE ITURVIDE, “Reflexiones sobre la Nueva Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“Convención de Singapur”)”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 37, 2020, p. 83.

¹¹⁵ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1177.

¹¹⁶ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, p. 79.

¹¹⁷ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, p. 79.

¹¹⁸ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1177.

submetida a disputa confirmando que administrou a mesma. Esta opção, ainda que possa ser utilizada sempre que se afigure necessário para fazer prova de que o acordo foi mediado, permite ainda uma solução para os casos em que existe uma impossibilidade de o mediador assinar posteriormente o documento com a indicação de que a mediação teve lugar¹¹⁹ – como em situações de morte do mediador, doença física ou psicológica que o impossibilite de tal, impossibilidade de ser encontrado ou contactado, entre outras circunstâncias semelhantes.

- iv) No caso de não ser possível apresentar nenhuma das alternativas explicitadas, a Convenção permite ainda que as partes apresentem qualquer outra prova – como uma fatura de pagamento ao mediador, que sugere a ocorrência de uma mediação¹²⁰ – desde que essa prova seja admitida pela autoridade competente. Esta amplitude tem em vista evitar que as partes se evadam do reconhecimento e execução do acordo e, conseqüentemente, das suas obrigações¹²¹.

O requisito de prova visa assim evitar situações fraudulentas e garantir que a Convenção se aplica apenas a casos em que, efetivamente, existiu uma mediação¹²², tornando mais fácil para a autoridade competente obter a convicção de que o acordo foi mediado. Deixa, contudo, alguma autonomia à autoridade competente¹²³, derivada do elenco aberto de exemplos, para valorar e decidir aquilo que pode ser tido como prova para este efeito.

¹¹⁹ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, 2019, p. 32.

¹²⁰ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1177.

¹²¹ ALLAN J. STITT, “The Singapore Convention: When has a Mediation Taken Place (Article 4)?”, 2019, p. 1177.

¹²² TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, 2019, p. 30.

¹²³ SHOUYU CHONG e FELIX STEFEK, “Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, p. 468.

4. Levanta-se a questão de saber se os requisitos presentes no artigo 4.º, n.º 1, formam um elenco taxativo ou exemplificativo, de especial relevância quando comparado com o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção de Singapura. Tem-se entendido que o elenco é taxativo, não sendo permitido aos tribunais dos Estados signatários a imposição de requisitos de forma e de prova adicionais para fazer valer o acordo¹²⁴. Tais disposições parecem, à primeira vista, contraditórias, na medida em que se determina, no artigo 3.º, que os Estados atribuem força executória aos acordos em conformidade com as suas regras processuais, mas depois os requisitos que permitem fazer valer o acordo (do artigo 4.º) são taxativos, não podendo o Estado signatário ajustá-los à sua lei processual. No entanto, a conjugação de tais disposições funciona como um sistema de travão, limitando os requisitos necessários para fazer valer o acordo a um mínimo adequado e funcional à escala internacional. Tal sistema terá como objetivo formar um quadro normativo internacional coeso e uniforme em matéria de mediação, atribuindo menor relevância às legislações nacionais, que são em elevado número e diversas entre si, facilitando o fazer valer destes acordos e permitindo o aumento da circulação internacional dos mesmos.

Os Estados signatários têm então liberdade para atribuir força executória aos acordos em mediação, seguindo as suas regras processuais, mas essa liberdade tem de se enquadrar dentro dos limites previstos pela Convenção em relação ao âmbito (veja-se o artigo 1.º), forma e prova¹²⁵, não podendo prever requisitos mais exigentes. Nesse sentido, não poderá o Estado exigir, por exemplo, que o acordo tenha sido concluído perante um mediador do Estado em que se faz valer o acordo ou que o mediador tenha formação específica em mediação.

¹²⁴ SHOUYU CHONG e FELIX STEFEK, “Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective”, 2019, p. 468; NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “An Introduction to the Singapore Convention on Mediation – Perspectives from Singapore”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, n.º 22, 2018, p. 43.

¹²⁵ SHOUYU CHONG e FELIX STEFEK, “Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective”, 2019, pp. 464-465.

5. No plano nacional, o artigo 9.º, n.º 1, da Lei de Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, doravante LM) inclui alguns requisitos para atribuição de força executória, encontrando-se a maioria destes acautelados pelo artigo 5.º da Convenção de Singapura. Todavia, a lei portuguesa exige um requisito que não está previsto na Convenção: a exigência de participação de mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça (veja-se a alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º da LM), que deve ter formação em curso de mediação de conflitos¹²⁶. Como constatámos atrás, não será possível aos tribunais do Estado em causa a exigência de requisitos diferentes dos da Convenção, pelo que, se Portugal aderir à Convenção, o acordo de mediação internacional que a parte pretenda fazer valer em Portugal terá força executória ainda que nele não tenha participado mediador inscrito na lista. Note-se que a Convenção se aplica apenas a acordos internacionais, pelo que Portugal poderá manter este requisito do artigo 9.º n.º 1 da LM para os acordos de mediação sem carácter internacional.

A mesma *ratio* é seguida na própria LM, no artigo 9.º, n.º 4, quando reduz significativamente – para apenas dois – o escopo de requisitos necessários para o reconhecimento automático da força executória de acordos de mediação estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia. É incerta a razão por detrás de tais disparidades, que podem estar relacionadas com as diferenças normativas que a litigância internacional comporta, como motivos de credibilidade ou outros. Certo é que, se Portugal ratificar a Convenção, terá de avaliar se tais disparidades de tratamento se justificam no ordenamento jurídico português.

3. Se o acordo não estiver redigido numa língua oficial da Parte na Convenção perante a qual sejam solicitadas medidas, a autoridade competente pode solicitar a tradução do acordo para essa língua.

O n.º 3 do artigo 4.º da Convenção vem permitir à autoridade competente a solicitação da tradução do acordo para a língua oficial do Estado do

¹²⁶ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, 2014, p. 20; Artigo 3.º, n.º 1 b), da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro.

foro perante a qual sejam solicitadas medidas¹²⁷, quando o acordo esteja redigido noutra língua. Esta norma é um reflexo da internacionalidade que está subjacente à celebração de acordos de mediação nas sociedades contemporâneas, internacionalidade essa que a Convenção de Singapura visa regular e promover, e que é exigida pelo processo de globalização a que assistimos nos dias de hoje.

Assim, para ser possível a aplicação das medidas executórias previstas na Convenção pela autoridade competente é necessária uma apreciação do conteúdo do acordo, o que implica, necessariamente, a sua compreensão.

Sendo o conhecimento de várias línguas demasiado oneroso, é dada a possibilidade de a autoridade competente exigir uma tradução deste acordo. Semelhante possibilidade é encontrada no Código de Processo Civil português, nomeadamente no artigo 134.º, que exige que os documentos entregues ao tribunal em língua estrangeira sejam devidamente traduzidos, podendo a tradução ser autenticada para apreciação da sua idoneidade. Tanto na Convenção de Singapura como na legislação nacional os interesses a acautelar são coincidentes: a promoção da globalização de acordos e a facilitação de comunicação e compreensão nos litígios internacionais.

4. A autoridade competente pode solicitar quaisquer documentos que sejam necessários à verificação do cumprimento dos requisitos estabelecidos na Convenção.

Sem prejuízo de todas as formas de prova a que as partes podem recorrer, o n.º 4 do artigo 4.º confere ainda a possibilidade de a autoridade competente solicitar quaisquer documentos que sejam necessários para verificar se os requisitos estabelecidos na Convenção se encontram preenchidos. Há que ter em atenção que esta possibilidade não se traduz num expediente que permita ao tribunal exigir requisitos mais onerosos

¹²⁷ BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapura: ¿Grandes Esperanzas?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 12, n.º 2 2020, p. 1431.

do que o *standard* mínimo previsto pela Convenção¹²⁸, pois, como se afigurou anteriormente, esse elenco é taxativo e os seus limites devem ser respeitados pela autoridade competente.

Ainda que as partes preencham os requisitos em causa, tal pode não ser suficiente para fazer valer o acordo. Se a contraparte, após requerimento, fizer prova de um ou mais requisitos previstos pelo artigo 5.º da Convenção, pode a autoridade competente rejeitar as medidas solicitadas para adquirir o direito ao reconhecimento e execução desse acordo.

¹²⁸ NADJA ALEXANDER; SHOU YU CHONG, “Article 4. – Requirements for Reliance on Settlement Agreements”, 2019, pp. 80-81.

ARTIGO 5.º

Fundamentos de rejeição das medidas solicitadas

1. A autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual sejam solicitadas medidas nos termos do artigo 4.º pode, a requerimento da parte contra a qual as medidas tenham sido solicitadas, rejeitar a sua adoção apenas quando a parte apresente a essa autoridade prova de que:

- f) O mediador não revelou às partes circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade e a não revelação dessas circunstâncias teve um impacto relevante ou uma influência indevida sobre uma das partes, sem o que esta não teria celebrado o acordo.

RITA MARQUES*
JOANA GRAÇA**

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, ritammmarques@gmail.com, advogada estagiária na Andrade & Mora.

** Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, joanasantos-graca@outlook.com.

1. Introdução. 2. Análise e o Artigo 5.º, n.º 1, Alínea (F): Fundamentos de Rejeição das Medidas Solicitadas. 2.1. Imparcialidade e Independência, O Dever de Revelação e o Conceito de “Fundadas Dúvidas”. 2.2. Não Revelação e o Impacto Superveniente na Celebração do Acordo. 3. Considerações finais.

Como ponto de partida da análise concreta ao artigo 5.º, n.º 1 f), da Convenção de Singapura, é necessário contextualizá-lo e aludir aos trabalhos preparatórios desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho responsável pela redação do mesmo.

Ora, relembremos que a presente Convenção é caracterizada por possuir um escopo perfeitamente delimitado, uma vez que apenas se aplica à execução de acordos comerciais internacionais. Segundo a Convenção de Singapura, quando uma parte que celebre um acordo e que resida em algum dos países signatários quiser fazer valer o acordo perante autoridade competente, deve preencher os requisitos do artigo 4.º da mesma, ou seja, a apresentação do acordo assinado e a prova de que o acordo teve origem numa mediação.

Contudo, tal como plasmado no artigo 5.º, existem situações em que a parte contra quem se tenta fazer valer o acordo pode, a requerimento, pedir a não executoriedade do mesmo, com base não só em motivos substantivos, motivos relacionados com os termos do acordo ou motivos invocáveis pela autoridade competente, como também relativamente a motivos diretamente relacionados com a conduta do mediador.

Sobre a consagração destes motivos na Convenção, e focando especialmente no fundamento da alínea f) do presente artigo, que se traduz na omissão, por parte do mediador, de revelar circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade, podem ser tecidas algumas considerações a favor e contra este entendimento. Assim nos explica MIGLÉ ŽUKAUSKAITĖ: “on the one hand, adding more safeguards can prevent unlawful agreements from being enforced. Hence, more states will be willing to become parties to the Convention. On the other hand, the Convention sets several grounds for refusal that require an in-depth analysis of the facts of the mediation. If these grounds were to be invoked frequently, it could render the Convention dysfunctional in practice”. Mais acrescenta, sob o seu ponto de vista e especificamente sobre os motivos relacionados com a conduta

do mediador, que estes se demonstram repetitivos e desnecessários, por quatro razões: (1) se as partes fossem realmente afetadas pela conduta de um mediador a tal ponto que não houvesse *consenso ad idem*, o acordo de mediação não lograria efeito e seria nulo enquanto contrato; (2) o mediador, contrariamente a um juiz ou árbitro, não tem um poder decisivo sobre o resultado final; (3) o controlo efetivo sobre a validade de um acordo de mediação e a avaliação das provas é delegado às autoridades competentes, que, mais uma vez, não são necessariamente tribunais; (4) os motivos elencados dão às partes, que participam na mediação e que têm o direito de, a qualquer momento, saírem do processo, uma forma de usufruírem abusivamente desta cláusula para tentarem fugir ou adiar suas obrigações¹²⁹. Apesar de entendermos as preocupações elencadas por este autor, discordamos da sua visão, tal como veremos mais adiante.

A extensão dos argumentos que acabamos de mencionar servem para perceber, num primeiro momento, que a alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção de Singapura é, por si só, bastante complexa, uma vez que faz depender a rejeição das medidas solicitadas pelo artigo 4.º de um conjunto de fatores que em unísono convergem numa postura dita “inadequada” do mediador responsável pelo processo de mediação em questão, mas não delimitando nem caracterizando os contornos concretos que concretizam essa mesma conduta. Assim, resta-nos analisar o artigo e indagar, à luz do Direito Internacional e nacional, que desafios acarreta a interpretação do mesmo.

O primeiro ponto sobre o qual nos ocuparemos está relacionado com os princípios da Imparcialidade e Independência. Como bem sabemos, a mediação é um meio alternativo de resolução de litígios que poderá vir a evitar a necessidade de recorrer ao processo judicial. Também sabemos que a mediação acontece com a intervenção e ajuda de um terceiro imparcial e independente, o mediador, que orienta as partes no processo de mediação, auxiliando-as a reestabelecer a comunicação e o diálogo (desempenha um papel facilitador) e a focarem-se na descoberta dos seus

¹²⁹ MIGLÉ ŽUKAUSKAITĖ, “Enforcement of Mediated Settlement Agreements”, in *Vilnius University Press*, 2019, p. 213.

interesses, tendo sempre em vista a cooperação das mesmas, delegando-lhes a responsabilidade de resolução do conflito e, conseqüentemente, a moldagem de um acordo final que seja benéfico para ambas e que simultaneamente garanta a sua igualdade e unanimidade¹³⁰.

Neste sentido, consideramos que tais elementos mencionados *supra*, os quais radicam nos princípios da imparcialidade e independência subjacentes ao processo de mediação, assumem uma importância significativa em conjunto com os princípios da confidencialidade e da voluntariedade das partes. Isto porque, de certo modo, reconhecemos que a credibilidade e a integridade do processo de mediação quase sempre dependem da neutralidade, imparcialidade e independência do mediador, não só enquanto garantias importantes para uma justa, objetiva, construtiva e abrangente solução, como garantias da igualdade das partes no processo de mediação¹³¹.

É certo que o mediador não desempenha as funções de um juiz num processo judicial ou de um árbitro num processo arbitral, porém, subjacente às funções de qualquer das figuras em questão, está o dever de atuar sob a égide destes dois elementos. Neste sentido, podemos encontrar uma ponte comunicante entre o processo de mediação e o processo de arbitragem, relativamente a estes conceitos. Assim, podemos ter igualmente por base os entendimentos de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, quando salienta que a “a independência traduz-se numa qualidade objetiva, expressa no facto de o árbitro não depender de ninguém e, em especial, de nenhuma das partes. A imparcialidade exprime-se num dado subjetivo: o árbitro não favorece ninguém, apenas aplica o direito em face dos factos que se demonstrem”¹³².

Assim, apesar de o mediador não influir nas decisões tomadas pelas partes, bem sabemos que a sua orientação é fundamental para que se reduzam as diferenças entre as mesmas, pelo que é crucial que aquele

¹³⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a edição, Almedina, 2019, pp. 56-57.

¹³¹ Cf. JULIE BARKER, “International Mediation – A Better Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a U.S. Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans”, 19 *Loy. L.A. Int’l & Comp. Rev.* 1, 1996, pp. 9-11.

¹³² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 137.

seja credível e transpareça confiança, sendo extremamente importante que a sua conduta e intervenção sejam sempre pautadas pela imparcialidade e independência. Assim, como bem introduz MARIANA FRANÇA GOUVEIA, relativamente ao princípio da imparcialidade, o mediador “não pode ter (...) qualquer ligação com as partes”, isto é, deve atuar com a maior isenção possível e afastando o propósito de favorecimento ou preferência de certa parte em detrimento da outra, abstendo-se de influenciar e impor quaisquer soluções e mantendo-se equidistante face às partes mediadas. Sobre o princípio da independência, a autora explica que ao mediador é exigido “independência inerente à sua função e (...) responsabilidade pelos atos”, e ainda, que este não pode ter “qualquer interesse pessoal no conflito mediado”, ou seja, sendo totalmente independente das partes, ou de terceiros, ou de quaisquer corpos (isto é, de qualquer influência externa), emancipando-se de qualquer interesse ou ligação ao litígio que está a mediar, seja ele de índole profissional ou pessoal, que possa pressionar e colocar em causa o exercício da sua função. Por fim, MARIANA FRANÇA GOUVEIA conclui com a seguinte afirmação, com a qual concordamos plenamente: “o mediador não decide, mas a sua intervenção no litígio pode ser determinante, na medida em que conduz as partes para o acordo”¹³³. Em Portugal, a Lei da Mediação consagra ambos os princípios, respetivamente, nos artigos 6.º e 7.º do mesmo diploma, encontrando-se ainda consagrados na Lei dos Julgados de Paz, da Lei da Mediação Penal e no Código Europeu de Conduta para Mediadores.

Inerente à aplicação e garantia destes princípios, está o dever de revelação, por parte do mediador, de qualquer circunstância que suscite “fundadas dúvidas” sobre a sua independência e imparcialidade, seja no momento da sua escolha, seja durante o processo de mediação (perante qualquer informação superveniente que comprometa as mesmas).

Não indica a Convenção de Singapura o que se entende por “fundadas dúvidas”, mas importa referir que foi, uma vez mais, alvo de discussão, mas desta vez relativamente ao adjetivo a utilizar neste âmbito, tendo variado desde “qualquer dúvida”, “dúvida séria”, “dúvida significativa” a “dúvida inequívoca”. Todavia, concordamos com MICHEL KALLIPETIS

¹³³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, pp. 59-60.

quando defende que “justificável” é um adjetivo inteligente, porque engloba o conceito de determinação judicial e exclui argumentos com base numa avaliação subjetiva da parte que procura invocá-lo”¹³⁴. Isto porque não deve a parte que invoca este fundamento de exclusão alicerçar a sua pretensão com base na sua percepção de falta de imparcialidade e independência.

De facto, a parte *in casu* deverá justificar e, ademais, provar, que estão em causa dúvidas objetivas quanto à falta desses elementos. E porque não define a Convenção os padrões ilustrativos para nenhuma das previsões nos artigos e como não há nenhuma lei em que os Estados se possam basear, o ónus para definir estes padrões transfere-se para as autoridades competentes em cada Estado. Podemos aqui chamar uma vez mais à colação a Lei da Mediação portuguesa, nomeadamente, o seu artigo 27.º, sob a epígrafe “impedimentos e escusa do mediador de conflitos”, que estabelece um elenco de circunstâncias relevantes para um exercício de introspeção e autoavaliação do mediador acerca da sua imparcialidade e independência, de que são exemplo aquelas que se traduzam numa relação familiar ou pessoal, atual ou prévia com uma das partes; um interesse financeiro direto ou indireto no resultado da mediação; uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes, sendo que estas são consideradas como aquelas que são mais suscetíveis de influenciar e pôr em causa a manutenção dos dois princípios fundamentais¹³⁵.

Estas circunstâncias criam fundadas dúvidas, uma vez que, como referido *supra*, a imparcialidade e independência têm que estar garantidas em todo e qualquer processo de mediação. Para além destas relações, pode ser o caso de o mediador retirar algum interesse de determinada solução, favorecendo aquele lado que mais lhe convier. Prevê-se, assim, um *mecanismo preventivo* para assegurar tais princípios¹³⁶,

¹³⁴ MICHEL KALLIPETIS, “Singapore Convention Defences Based on Mediator’s Misconduct: Articles 5.1(e) & (f)”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution – Singapore Mediation Convention Reference Book*, 2019, p. 1202.

¹³⁵ Vide Lei n.º 29/2013, de 19 de abril – Princípios gerais aplicáveis à mediação – Mediação civil e comercial.

¹³⁶ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, “Independência e Imparcialidade dos Árbitros”, 2014, p. 2, disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/214018/mod_resource/content/0/AULA%20imparcialidade%20arbitros.pdf.

pois estando comprometida a imparcialidade ou independência do mediador, todo o processo de mediação sentirá o impacto negativo consubstanciado na falta de confiança das partes e consequente recusa de levar avante o processo de mediação, conjugado com a frustração de qualquer acordo que pudesse advir daí, pondo em causa a própria executoriedade, uma vez que nega os princípios fundamentais do processo.

Para além da circunstância que possa criar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade, a alínea f) apresenta critérios objetivos acerca da consequência que essas fundadas dúvidas têm que ter na parte que quer rejeitar a executoriedade. A não revelação do mediador tem que ter um impacto relevante ou uma influência indevida sobre uma das partes, sem a qual estas não teriam celebrado o acordo. Isto é, tem que haver uma ligação causal forte entre a falha de revelar e o consentimento das partes para entrar no acordo de mediação. Mas qual o nosso entendimento acerca do conceito de “impacto relevante” e “influência indevida”? Vejamos.

Na realidade, o texto original referente à Convenção de Mediação usa a expressão “*material impact*”, ao qual atribuímos a equivalência, em português, para “impacto relevante”, isto porque, apesar da interpretação da designação “material” divergir de contexto para contexto, dependendo da jurisprudência internacional, a generalidade dos casos converge na ideia de que o sentido mais comum será uma alteração significativa/relevante dentro da matriz factual do caso.

Oposta a esta divergência está o conceito de “influência indevida”, pois é certamente um conceito conhecido no âmbito das jurisdições de *Common Law*, enquanto a situação em que um indivíduo com mais poder ou vantagem exerce pressão inadequada sobre a parte mais fraca para induzi-la a celebrar um contrato contra sua vontade¹³⁷, algo que justificará, e bem, a inexecutibilidade de um acordo. Tendo em conta este segundo conceito, e como forma de exemplo a ilustrar o âmbito de

¹³⁷ DOCPROLEGAL, “What is Undue Influence under Contract Law (with Examples)?”, 2021, disponível em: <https://docpro.com/blog75/what-is-undue-influence-under-contract-law-with-examples>.

aplicação do mesmo, centremos a atenção no caso americano *Olam c. Congress Mortgage Co*¹³⁸.

Muito sumariamente, retrata o caso da autora, de 65 anos, que sofria de diversas condições médicas e que alegou em juízo que durante a mediação sentia-se tonta, fraca e com diversas dores. Alegou ainda que todos os advogados, incluindo o dela, conjuntamente com os réus, a pressionaram a chegar a um acordo à 1 da manhã, numa mediação que durou cerca de 15 horas. Veio o Tribunal em questão decidir que tais argumentos não sustentavam uma situação de “influência indevida” justificativa do rompimento do acordo. Apesar de este exemplo não coincidir perfeitamente com a questão em análise, é ilustrativo de como é que se pode ser instrumentalizado perante a conduta de um mediador¹³⁹, isto é, acaba por ser elucidativo da extensão da influência necessária para demonstrar uma conduta inadequada, no seio de aplicação do artigo 5.º, n.º 1 f).

De facto, aqui a palavra-chave é: demonstrar. Tendo por base o caso em apreço, é possível destacar a importância de demonstrar que a parte só não pretende a exequibilidade do acordo devido a uma má conduta perpetrada pelo mediador. Para isso, deve ser provada a existência de um nexo de causalidade entre a omissão de circunstâncias significativas e a concreta celebração do acordo, não podendo esta prova basear-se num facto meramente presuntivo, nem podem ser identificadas meras situações superficiais apenas como argumento para sair de um acordo que agora a parte se arrepende de celebrar¹⁴⁰. Daqui, retiramos duas ideias: a exigência desta prova permite, por um lado, diminuir as possibilidades de as partes perpetrarem o uso abusivo desta alínea e, por outro, da outra parte não ficar desprotegida perante uma situação como a que descrevemos ainda agora.

Nos *travaux préparatoires* da Convenção, a discussão que se firmou no seio do Grupo de Trabalho focou-se incisivamente nos tipos de falhas de

¹³⁸ Ac. *Olam v. Congress Mortg. Co.* de 15/10/1999, n.º C95-2806 WDB.

¹³⁹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary”, in *Kluwer Law International*, 2019.

¹⁴⁰ TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, julho de 2019, p. 53.

conduta do mediador que podiam garantir uma recusa na executoriedade do acordo e sobre a necessidade de contemplar uma disposição que compreendesse a conduta do mediador enquanto justificação para a recusa. Apesar do aceso debate, chegou-se a uma conclusão: “as delegates searched for a proposal that met everyone’s concerns, it was suggested that the scope of challengeable behaviour be limited to when it has a ‘direct impact on the settlement agreement’, to ‘exceptional circumstances’, and to when the conduct has a ‘material impact’ or ‘undue influence’”, pois só através desta garantia (suportada pela prova da existência destes elementos) é que se poderia salvaguardar, por um lado, a proteção das partes caso estas fossem tratadas injustamente pelo mediador e, por outro, a redução do risco das partes explorarem estas garantias para fugir dos compromissos¹⁴¹. Deste modo, e tal como SHNABEL observa, a alínea f) “cria um padrão autónomo que pode ser confiado, independentemente de algum padrão aplicável (nos termos do artigo 5º, 1, e)) nas revelações requeridas”¹⁴².

Em suma, no nosso entender, a alínea f) cria um limite importante e significativo em situações como estas, isto é, quando haja comportamentos inadequados por parte do mediador que, apesar de raramente afetarem o processo de mediação, tal como aponta ABRAMSON, poderão hipoteticamente surgir e devem ser evitados¹⁴³. Isto porque o mediador está numa situação vulnerável entre ter que guiar mas não assumir o controlo da resolução, auxiliar mas não participar (tanto) na comunicação e, para além disso, se existirem fatores externos que influenciem a perspetiva sobre as partes ou o litígio, essas imparcialidade e independência podem ser colocadas em causa e, por esse motivo, devem ser reveladas todas as circunstâncias que possam desequilibrar a conduta correta do mediador.

¹⁴¹ Conforme refere HAL ABRAMSON, “New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices”, in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, 2019, p. 15.

¹⁴² TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, 2019, pp. 53-54.

¹⁴³ HAL ABRAMSON, “New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices”, 2019, p. 15.

Contudo, para que seja possível evitar a recusa não justificada de um acordo, para além de estabelecer que devem ser reveladas as circunstâncias, a alínea f) vem delinear aquilo que tem que acontecer para que isso justifique a não executoriedade do acordo. Também os requisitos do impacto relevante ou a influência indevida se revelam cruciais, porque acabam por estreitar o caminho da possível recusa à executoriedade e este limite vem em consonância com o que a Convenção de Singapura pretende em primeiro lugar: tornar a mediação uma forma legítima, oficial e reconhecida de resolução de litígios. E para que isso seja possível, a facilidade em obstar à sua executoriedade não pode ser uma premissa.

Em jeito de considerações finais, e reafirmando o nosso parecer afirmativo quanto à consagração desta alínea f), relembremos o famoso caso *Chan Gek Yong c. Violet Netto*¹⁴⁴, que retrata a importância de regular de modo rigoroso os fundamentos de recusa dos acordos de mediação e da prova oferecida para o mesmo efeito perante o Tribunal.

¹⁴⁴ Vide o Ac. Chan Gek Yong c. Violet Netto, de 2018, n.º 751, conforme retratado em *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, que ilustra o litígio pendente entre Chan e a sua advogada Violet Netto, sob a alegação de negligência profissional, e o seguimento para o respetivo processo de mediação, do qual resultou um acordo. Uma semana após a assinatura do mesmo, Chan informa o Tribunal que quer dar seguimento a outros processos pela via judicial, igualmente relacionados com Violet, ignorando o acordo previamente assinado no âmbito do processo de mediação. Quando confrontada com o acordo de mediação, Chan alegou que os mediadores no processo de mediação a persuadiram e apressaram a aceitação do ora acordo, pois não teriam chegado a assiná-lo até ao final da sessão de mediação ocorrente nesse dia; ademais, alegou que os mediadores teriam dito que “se não resolvessem a questão, haveria a possibilidade de voltarem a enveredar pelo meio judicial”, o que, na sua perspetiva, iria implicar mais custos. Considerando todos os elementos em questão, decidiu o Tribunal que não havia razão que levasse ao entendimento de que a Chan estaria a ser pressionada, pois os mediadores estariam apenas a fornecer o aviso de que tal possibilidade era real, estando a decisão de assinar ou não o acordo inteiramente nas mãos da mesma. Este caso bem retrata a sensibilidade da questão dos fundamentos da rejeição das medidas solicitadas para a executoriedade do acordo, uma vez que se não for controlado minimamente, de modo objetivo, qualquer motivo poderia traduzir-se na rejeição do acordo e, conseqüentemente, levaria a uma insegurança tenebrosa na utilização da mediação enquanto meio alternativo de resolução de litígios.

MARIA JOÃO VIEIRA FERNANDES*
VANESSA VALE CUNHA**

1. Independência e imparcialidade; 2. Conceito de “fundadas dúvidas”; 3. Conceito de “impacto relevante ou influência indevida”; 4. Nexo de causalidade.

1. O mediador de conflitos tem de ser independente e imparcial¹⁴⁵.

A imparcialidade do mediador traduz-se na sua equidistância e neutralidade, quer em relação às partes em litígio, quer em relação ao objeto da disputa. Com efeito, o mediador não pode tomar um partido, ou seja, não pode defender, representar ou aconselhar nenhuma das partes¹⁴⁶.

Este princípio não se confunde com o princípio da independência do mediador, na medida em que este último visa o “exercício livre e descomprometido da função”¹⁴⁷. O princípio da independência manifesta-se em duas dimensões¹⁴⁸. Por um lado, na sua dimensão externa, o princípio da independência traduz-se no facto de não existir qualquer vínculo de subordinação por parte do mediador em relação a quaisquer instruções de terceiros ou até mesmo das próprias partes em litígio. Por outro lado, tem uma dimensão interna, a qual contende com os valores e interesses pessoais do mediador. Com efeito, o mediador, na sua missão de auxiliar as partes a obter um acordo, tem de se afastar dos seus próprios interesses, preconcepções ou juízos. Exemplo disso é a própria consagração legal, no ordenamento jurídico português, no artigo 6.º, n.º 2, da Lei da Mediação, de um dever de imparcialidade do mediador. Esta dimensão

* Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021.

** Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, vanessa.vale_15@hotmail.com.

¹⁴⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2020, pp. 59-60.

¹⁴⁶ PEDRO MORAIS MARTINS, “Meios Alternativos da Resolução de Litígios”, in *III Conferência – Meios Alternativos da Resolução de Litígios*, Ministério da Justiça – Direção Geral da Administração Extrajudicial, 2004, p. 133.

¹⁴⁷ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, 2014, pp. 49-50.

¹⁴⁸ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, pp. 49-50.

do princípio concretiza-se, de forma muito visível, na neutralidade do mediador relativamente ao desfecho do procedimento¹⁴⁹.

Muito embora o mediador não tenha poder decisório sobre o litígio, este desempenha um papel fundamental durante a mediação, uma vez que conduz as partes para o acordo. Naturalmente, haverá, pois, “riscos de manipulação que decorrem da função do facilitador”¹⁵⁰. É, assim, desejável que o mediador atue da forma mais inócua possível, mas não é possível ou sequer desejável “robotizar” o mediador¹⁵¹. Embora ténue, é necessário traçar uma linha entre as técnicas de mediação utilizadas pelo mediador e uma verdadeira violação dos seus deveres, nomeadamente o de imparcialidade e independência¹⁵².

2. Importa, desde logo, notar que o conceito “fundadas dúvidas” se reporta à independência e imparcialidade do mediador. Atentando no Relatório do Grupo de Trabalho¹⁵³, não se vislumbra qualquer distinção entre o dever de revelação que assiste a um árbitro ou a um mediador, para efeitos da interpretação da Convenção de Singapura. Aliás, poder-se-á afirmar que esta é uma exigência comum quanto aos árbitros e que a Convenção de Singapura quis aplicar, também, ao mediador, com o objetivo de o dotar das mínimas exigências de independência e imparcialidade, que as partes estão dispostas a aceitar¹⁵⁴. Por conseguinte, é seguro recorrer às linhas de orientação internacionais em matéria de arbitragem para a determinação daquilo que serão “dúvidas fundadas”,

¹⁴⁹ PEDRO MORAIS MARTINS, “Meios Alternativos da Resolução de Litígios”, 2004, p. 133.

¹⁵⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2020, p. 60.

¹⁵¹ ANABELA QUINTANILHA, “Um olhar sobre a mediação com menores na Lei Tutelar Educativa”, in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*, 2009, pp. 165-183, p. 180.

¹⁵² JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, n.º 2, volume 13, 2020, pp. 436-477, p. 445.

¹⁵³ UNCITRAL, “Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-sixth Session (New York, 6-10 February 2017)”, pontos 76-78, 86.

¹⁵⁴ BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapur: ¿Grandes Esperanzas?”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 12, n.º 2, 2020, pp. 1406-1445, p. 1443.

designadamente às IBA¹⁵⁵ *Guidelines on Conflicts of Interest on Arbitrators*¹⁵⁶. Poder-se-á, então, admitir que uma relação pessoal ou profissional do mediador com uma das partes, um qualquer interesse do mediador no resultado da mediação (incluindo interesses financeiros) ou até o facto de o mediador, ou um elemento da entidade onde se insere, ter prestado serviços, que não de mediação, a uma das partes são situações que podem suscitar “fundadas dúvidas” sobre a imparcialidade e independência do mediador¹⁵⁷.

De qualquer modo, estas são situações meramente exemplificativas. De facto, conceito de “fundadas dúvidas” implica sempre uma valoração objetiva das circunstâncias reais existentes no caso concreto. No contexto de cada situação, as “fundadas dúvidas” que se suscitarem sobre a independência e imparcialidade do mediador devem ser avaliadas segundo padrões de normalidade, de experiência e de racionalidade, aos olhos do “bom pai de família”¹⁵⁸.

Em suma, poder-se-á afirmar que o conceito de “fundadas dúvidas” sobre a independência e imparcialidade do mediador exige que estas sejam objetivamente justificadas¹⁵⁹ e não se baseiem em conjeturas ou suposições¹⁶⁰.

¹⁵⁵ As IBA *Guidelines on Conflicts of Interests*, embora não se tratem de normais legais e, por isso, não tenham força de lei, estas diretrizes são uma referência no que concerne à interpretação do dever de revelação dos árbitros. Cfr. GARY B. BORN, , *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012, pp. 132-133.

¹⁵⁶ JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, 2020, p. 466.

¹⁵⁷ UNCITRAL, “Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-sixth Session (New York, 6-10 February 2017)”, pontos 20-22.

¹⁵⁸ Trata-se do “conceito padrão utilizado em direito como ponto de referência da diligência exigível na conduta (...) sendo este o paradigma do cidadão médio, razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil”. Cfr. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, volume 1, 5.ª edição, Almedina, 2009, p. 215.

¹⁵⁹ O limite do escopo deste conceito foi pensado para estabelecer um padrão objetivo de análise das “fundadas dúvidas”. Cfr. KHORY MCCORMICK e SHARON S.M. ONG, “Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, pp. 520-546, p. 544.

¹⁶⁰ BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapur: ¿Grandes Esperanzas?”, 2020, p. 1443.

3. Os conceitos de “impacto relevante” e “influência indevida” poderiam ser entendidos no sentido de as partes terem de provar que o mediador incorreu num incumprimento grave das regras aplicáveis aos mediadores ou à mediação (cfr. artigo 5.º, n.º 1 e)). Contudo, não parece ser esta a interpretação que se deve fazer destes conceitos à luz da Convenção de Singapura. Neste sentido, encontramos o Relatório do Grupo de Trabalho¹⁶¹, onde se fez questão de ressaltar a distinção entre os fundamentos de impugnação do acordo de mediação por incumprimento grave das regras aplicáveis aos mediadores ou à mediação, dos fundamentos relativos à não revelação das circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador. Assim, no âmbito da alínea f), o que releva é o simples facto de o mediador não ter revelado às partes as circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade, prescindindo-se, assim, de uma análise do concreto comportamento do mesmo, como acontece na alínea e).

A parte que impugna o acordo de mediação tem de provar ao tribunal que a não revelação das circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador teve um “impacto relevante” ou uma “influência indevida” na composição do litígio¹⁶².

Relativamente ao conceito de “impacto relevante”, tem-se entendido que, atendendo ao contexto de cada situação, o impacto que a não revelação causa na parte que impugna o acordo deve atingir um nível substancial ou significativo¹⁶³. Nesta medida, a “influência indevida” poderá ser definida como um tipo de pressão exercida sobre uma das partes. Contudo, no contexto da norma, tem-se entendido que, na aferição deste conceito, é particularmente importante determinar, em concreto, quais os poderes ou vantagens retirados por uma das partes (em virtude

¹⁶¹ UNCITRAL, “Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-seventh Session (Vienna, 2-6 October 2017)”, ponto 97.

¹⁶² MICHEL KALLIPETIS, “Singapore Convention Defences Based on Mediator’s Misconduct: Articles 5.1(e) & (f)”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2019, pp. 1197-1209, p. 1202.

¹⁶³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, *The Singapore Convention on Mediation – a Commentary*, in *Kluwer Law International*, 2019, pp. 127-128.

dessa “influência indevida”) e que, dessa forma, colocaram a parte que pretende impugnar o acordo numa posição de desvantagem¹⁶⁴.

Da mesma forma que, na maior parte dos casos, a independência do mediador não se afere em abstrato, mas apenas no caso concreto¹⁶⁵, cremos que também quanto a estes conceitos, a sua verificação só poderá ser feita casuisticamente. Ainda assim, não podemos deixar de apontar que um possível fator a ter em conta nesta avaliação casuística é a confiança no mediador. Considerando que o sucesso da mediação depende do facto de ambas as partes confiarem no mediador para identificar, clarificar e explorar interesses, posições e opções, de modo a auxiliar as mesmas a criarem a sua própria solução, o facto de o mediador não revelar um possível conflito de interesses, poderá colocar em causa a confiança que as partes depositam nele¹⁶⁶.

Assim, os conceitos de “impacto relevante” e “influência indevida” devem ser analisados no sentido de saber se a não revelação das circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador, gera, ainda assim, confiança substancial e significativa da parte que pretende impugnar o acordo no mesmo. Isto é, saber se, ainda que o mediador não tenha revelado determinadas circunstâncias que colocariam em causa a sua independência e imparcialidade, a parte mantém a confiança no mesmo. Ademais, consideramos que, no fundo, uma vez feita esta ponderação (entre a não revelação e a confiança no mediador), o essencial traduz-se num equilíbrio entre os interesses das partes e a conduta imparcial e independente que o mediador deve adotar¹⁶⁷ – como se depreende, aliás, do Relatório do Grupo de Trabalho¹⁶⁸.

Importa, porém, notar que, nos casos em que o acordo de mediação é elaborado sem intervenção ou facilitação substancial por parte do

¹⁶⁴ RICK BRIGWOOD, “Undue Influence: ‘Impaired Consent’ or ‘Wicked Exploitation’?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 16, 1996, pp. 503-515, pp. 503-509.

¹⁶⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2020, p. 61.

¹⁶⁶ JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, 2020, pp. 443 e 468-469.

¹⁶⁷ JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, 2020, p. 468.

¹⁶⁸ UNCITRAL, “Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-sixth Session (New York, 6-10 February 2017)”, ponto 78.

mediador – podendo as partes, caso assim queiram, estarem representadas, ao longo de todo o processo, pelo seu mandatário –, os elementos de “impacto relevante” ou “influência indevida” podem não se encontrar preenchidos¹⁶⁹. Ou seja, se o mediador pouco ou nada interveio na mediação, será mais evidente que a não revelação, por parte deste, de circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade, não preenche os conceitos de “impacto relevante” ou “influência indevida”, tendo em conta o que se referiu *supra*. Ainda assim, não podemos deixar de ressaltar que, mesmo nestas situações, será necessária uma avaliação casuística, dado o silêncio da norma quanto a critérios específicos de avaliação.

Já não se verificará um “impacto relevante” ou “influência indevida” nos casos em que as circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador sempre foram do conhecimento da parte que pretende impugnar o acordo de mediação¹⁷⁰.

4. O preceito exige ainda que se estabeleça um “nexo causal” entre a não revelação das “circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade” e a celebração do acordo, demonstrando-se que a parte não teria celebrado o acordo se o mediador tivesse revelado aquelas circunstâncias.

É pacífico afirmar que onexo causal aqui exigido se distingue donexo causal a que alude o artigo 5.º n.º 1 e), já que este último exige que a conduta do mediador tenha um impacto material na participação ativa de uma das partes na mediação¹⁷¹. Diferentemente, onexo de causalidade a que se refere o artigo 5.º, n.º 1 f), traduz-se na ideia de que, caso uma das partes soubesse das circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador, esta não teria celebrado o acordo, ou, fazendo uma interpretação extensiva da

¹⁶⁹ JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, 2020, p. 469.

¹⁷⁰ KHORY MCCORMICK; SHARON S.M. ONG, “Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation”, 2019, p. 544.

¹⁷¹ JEFFREY LUNG, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, 2020, p. 469.

norma, até nem sequer tivesse optado por iniciar o processo de mediação. Se não, vejamos: a Lei da Mediação, no seu artigo 27.º, estabelece um dever de revelação de circunstâncias que possa pôr em causa a independência, imparcialidade ou isenção do mediador¹⁷². Exige-se, pois, que o mediador revele “logo num momento inicial (antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação) ou já no decurso do procedimento de mediação (logo que delas tenha conhecimento) todas as circunstâncias que possa suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção”¹⁷³.

Daqui decorre que, se o mediador, num momento inicial, tendo conhecimento e, por isso, revelasse os “factos suspeitos”¹⁷⁴, a parte, por força do princípio da voluntariedade, podia ter optado por não dar início à mediação. Do mesmo modo, e tendo em conta que o dever de revelação se mantém durante todo o processo (artigo 27.º, n.º 2 da LM)¹⁷⁵, se o mediador, durante a mediação, revela às partes tais circunstâncias, novamente, em virtude do princípio da voluntariedade, uma das partes pode desistir do processo e, conseqüentemente, não celebrar o acordo.

O princípio da voluntariedade consubstancia um princípio fundamental da mediação que pode ser analisado em quatro dimensões¹⁷⁶. No recurso voluntário ao processo de mediação, na liberdade de abandono da mediação, na conformação do acordo que põe fim ao litígio e, por fim, na liberdade de escolha de mediador¹⁷⁷. Assim, esta interpretação é, como já se aludiu, conforme ao princípio da voluntariedade, na medida em que as circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do mediador são suscetíveis de condicionar a vontade das partes em iniciar o processo de mediação.

¹⁷² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2020, p. 61.

¹⁷³ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, p. 162.

¹⁷⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2020, p. 60.

¹⁷⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2020, p. 61.

¹⁷⁶ Normalmente, a doutrina não identifica separadamente a liberdade de escolha do mediador como uma quarta dimensão do princípio da voluntariedade. A este propósito, *vide*, entre outros, JOANA CAMPOS, “O princípio da confidencialidade na mediação”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo LVIII, n.º 318, 2009, pp. 311-333, p. 314.

¹⁷⁷ DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2014, pp. 28-29.

2. A autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual as medidas tenham sido solicitadas nos termos do artigo 4.º pode ainda rejeitá-las quando conclua que:

a) A adoção das medidas seria contrária à ordem pública dessa Parte; ou

ANDRÉ SEROMENHO*

TELMA NABAIS**

1. Âmbito de aplicação; 2. O conceito de ordem pública e o pensamento do Grupo de Trabalho; 3. A ordem pública internacional; 4. A ordem pública processual e substantiva; 5. Conclusão.

1. Da lista exaustiva do artigo 5.º, alusiva aos fundamentos de recusa das medidas de execução do acordo mediado, consta a contrariedade à ordem pública (n.º 2 a)), sendo este fundamento de conhecimento oficioso¹⁷⁸, sem prejuízo de poder ser invocado como defesa pela parte.

A contrariedade à ordem pública terá de ser filtrada pelo Estado-Parte na Convenção onde se pretende obter o reconhecimento ou a execução do acordo mediado, não sendo atendível, nesta operação, o ordenamento jurídico onde foi realizada a mediação e celebrado o acordo. Neste sentido, a definição de ordem pública é remetida para as autoridades competentes do Estado-Parte perante o qual as medidas de execução tenham sido solicitadas¹⁷⁹.

* Mestrando em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, andre_seromenho@hotmail.com.

** Mestranda em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2020/2021, telma.nabais888@gmail.com.

¹⁷⁸ BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapur: ¿Grandes Esperanzas?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 12, n.º 2, 2020, p. 1439. TIMOTHY SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, julho de 2019, p. 42.

¹⁷⁹ DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for dispute Resolution”, *Review Paper*, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3304587, pp. 18-19.

Tal como resulta da letra do artigo, o controlo da ordem pública recai sobre as medidas de execução requeridas por uma das partes e não sobre o conteúdo do acordo mediado. Assim, visa-se salvaguardar a liberdade de conformação das partes, preservando-se a validade e existência do acordo em si mesmo, ainda que as medidas de execução tenham sido recusadas com fundamento na contrariedade à ordem pública¹⁸⁰.

2. Esta disposição replica o que já se encontra previsto no artigo V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque¹⁸¹ para a arbitragem, que prevê, da mesma forma, a recusa de reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral nos casos em que as autoridades competentes constatem que o reconhecimento ou a execução “são contrários à ordem pública desse país”.

Ambas as disposições se abstêm de definir o conceito de ordem pública. Ainda que algumas delegações tenham proposto a inclusão do termo “internacional”, o Grupo de Trabalho que procedeu à elaboração da Convenção de Singapura não incluiu deliberadamente o termo, de forma a assegurar uma linguagem uniforme e consonante com a Convenção de Nova Iorque, devendo recorrer-se ao auxílio da jurisprudência arbitral, já mais desenvolvida, na concretização da noção de ordem pública¹⁸². Ademais, algumas delegações expressaram a sua preferência na atribuição aos tribunais nacionais da competência para a determinação do conteúdo do conceito de ordem pública¹⁸³.

Por sua vez, na Convenção de Nova Iorque evitou-se um qualquer esforço para harmonizar o conceito de ordem pública, ignorando um

¹⁸⁰ BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapur: ¿Grandes Esperanzas?”, 2020, p. 1439.

¹⁸¹ Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958.

¹⁸² DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for dispute Resolution”, 2020, pp. 18-19; EUNICE CHUA, “The Singapore Convention on Mediation and the New York Convention on Arbitration: Comparing Enforcement Mechanisms and Drawing Lessons for Asia”, *Asian International Arbitration Journal*, volume 16, n.º 2, 2020, p. 133.

¹⁸³ HÉCTOR FLORES SENTÍES, “Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements Under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, p. 1251.

possível conteúdo universal ao remeter a sua definição para cada Estado, uma vez que o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras caem no âmbito da soberania estadual¹⁸⁴. Subjacente a este pensamento está o entendimento genérico de que a ordem pública é um “conceito sensível ao sistema jurídico em que se encontra inserido”¹⁸⁵, assim como adaptável e volátil aos contextos éticos, políticos, sociais, históricos, económicos e geográficos¹⁸⁶.

Tendo a Convenção de Singapura partido do pensamento refletido na Convenção de Nova Iorque, em especial quanto aos motivos de recusa, cumpre perceber o sentido da ordem pública na arbitragem internacional.

3. É entendimento da doutrina¹⁸⁷ que na Convenção de Nova Iorque está em causa a exceção ou reserva de ordem pública internacional, visto que se trata do “reconhecimento de decisões de tribunais estaduais estrangeiros e de árbitros sediados no estrangeiro”¹⁸⁸ e não da averiguação da validade da sentença arbitral no âmbito da ordem jurídica em que foi proferida¹⁸⁹.

¹⁸⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A Ordem Pública na Arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 74, 2014, p. 58.

¹⁸⁵ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, p. 595.

¹⁸⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, dissertação para Doutoramento, 2011, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, 2011, p. 661.

¹⁸⁷ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: perante a Convenção de Nova York e a Lei da Arbitragem Voluntária*, Almedina, 2016, pp. 203 e ss.

¹⁸⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: perante a Convenção de Nova York e a Lei da Arbitragem Voluntária*, 2016, p. 204.

¹⁸⁹ Só quando se trate de decidir sobre a anulação de uma sentença arbitral proferida no território do Estado é que se atende à distinção entre a *ordem pública interna* e a *ordem pública internacional*. Na verdade, “a ordem pública internacional tem um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna, porque as necessidades do comércio internacional impõem que, quando o objeto do litígio tem ligações com outras ordens jurídicas, o sistema jurídico do Estado da sede da arbitragem seja menos exigente no controlo da conformidade da sentença arbitral com os seus princípios basilares, do que o seria perante uma situação puramente interna, só se anulando uma sentença proferida em arbitragem internacional quando ela afronte princípios estabelecidos para proteção de interesses ou valores considerados

Assim, a reserva de ordem pública internacional é uma cláusula geral, definível casuisticamente, que funciona como um limite à eficácia de uma sentença arbitral estrangeira, servindo como uma válvula de escape¹⁹⁰ que permite ao juiz nacional recusar o reconhecimento da decisão quando esta viole princípios fundamentais da sua ordem jurídica. Perante esta relatividade face ao caso concreto, a que acresce a dificuldade de elencar exaustivamente os princípios fundamentais de cada ordenamento jurídico¹⁹¹, mutáveis no tempo e no espaço, é difícil ao intérprete determinar *a priori* o conteúdo deste fundamento de recusa¹⁹².

Cumprir notar, não obstante a dificuldade de estabelecer um conceito prévio, que a reserva de ordem pública tem carácter excepcional. Assim, de modo a salvaguardar as finalidades da Convenção de Singapura, promovendo o desenvolvimento harmonioso das relações económicas internacionais, a aplicação da reserva de ordem pública far-se-á quando as medidas de execução produzam um resultado “manifestamente intolerável”¹⁹³ no Estado em que se pretende a sua execução.

Ainda que no artigo V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque não seja utilizado o termo “manifestamente”, conseqüentemente excluído da Convenção de Singapura¹⁹⁴, a doutrina tem seguido uma leitura restritiva, para tanto baseando-se no verbo “pode”, ao invés de “deve”,

como absolutamente fundamentais e inderrogáveis”. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: perante a Convenção de Nova York e a Lei da Arbitragem Voluntária*, 2016, p. 204, nota de rodapé 611.

¹⁹⁰ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, 2013, p. 614. O autor refere-se a um “direito de veto” contra o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira ofensiva dos valores e princípios fundamentais de uma ordem jurídica.

¹⁹¹ Não obstante o termo enganador “internacional”, o conceito é analisado à luz do direito nacional. Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, 3.^a edição refundida, Almedina, 2014, p. 660: “A ordem pública internacional é nacional [...]”. MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A Ordem Pública na Arbitragem”, 2014, p. 39.

¹⁹² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, 2014, p. 659.

¹⁹³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, 2014, p. 668.

¹⁹⁴ HÉCTOR FLORES SENTÍES, “Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements Under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention”, 2019, p. 1251. O autor esclarece que também foi excluída a inclusão do termo “manifestamente” com o propósito de não confundir os tribunais face ao afastamento que implicaria da linguagem utilizada na Convenção de Nova Iorque, que se pretende ser uniforme.

usado nas Convenções. Ou seja, pode uma sentença arbitral estrangeira ou um acordo de mediação internacional violar um dos princípios que compõem a ordem pública internacional de um certo Estado e, ainda assim, ser reconhecida ou executada nesse Estado por não ser manifesta a violação¹⁹⁵. Para tal, é necessário atender ao resultado do reconhecimento da sentença arbitral ou, tal como mencionado no ponto 1, ao resultado das medidas de execução do acordo mediado, e não ao seu conteúdo, para averiguar se há uma manifesta incompatibilidade com os valores e princípios fundamentais de ordem pública internacional¹⁹⁶.

4. Acrescendo às características enunciadas, note-se, ainda, que a Associação de Direito Internacional (ILA)¹⁹⁷ tem apontado para uma dupla vertente da ordem pública, contendo princípios de natureza processual (quanto ao procedimento formativo) e de natureza substantiva (quanto ao conteúdo).

Sendo a mediação um processo flexível, caracterizado pelo pleno domínio das partes (ou *empowerment*), a referência à ordem pública processual assentará nos princípios estruturantes do conceito de mediação, tais como: voluntariedade, confidencialidade, igualdade, imparcialidade ou independência. Por exemplo, se o mediador, em conluio com uma das partes mediadas, incumprir o seu dever de revelação, não informando a outra parte da relação afetivo-pessoal existente, viola o princípio da imparcialidade. Note-se que situações de violação da ordem pública processual caem necessariamente no âmbito das alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção de Singapura, referentes à violação dos deveres de conduta do mediador, bem como das regras de mediação, e/ou à violação dos princípios da independência e da imparcialidade.

¹⁹⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A Ordem Pública na Arbitragem”, 2014, p. 57.

¹⁹⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Tendências de Desenvolvimento no Reconhecimento de Decisões Arbitrais “Estrangeiras” ao abrigo da Convenção de Nova Iorque”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, 2018, p. 224.

¹⁹⁷ Recomendações da Associação de Direito Internacional (ILA) sobre a aplicação da ordem pública como motivo da recusa de reconhecimento ou de execução de decisões arbitrais internacionais (adotadas em 2 a 6 de abril de 2002, na 70.ª conferência da associação, em Nova Deli), acolhidas pelo ICCA (International Council for Commercial Arbitration). Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/iccas-guide-interpretation-1958-new-york-convention>.

Por isso, não resta um outro princípio de ordem pública processual que já não esteja refletido nas alíneas do n.º 1 do artigo 5.º, pelo que as partes podem seguir duas vias de arguição diferentes. Esta duplicidade faz com que qualquer violação dos princípios fundamentais da mediação e dos deveres de conduta do mediador possa ser conhecida *ex officio* por via da alínea em anotação, ao contrário dos fundamentos de recusa do n.º 1 (os quais requerem a alegação das partes).

Parece-nos, no entanto, que será de difícil conhecimento oficioso pelo juiz a violação da ordem pública processual, visto que o acesso ao acordo, para ponderação das medidas de execução solicitadas, não lhe permite conhecer do procedimento adotado ou da conduta das partes e do mediador no decurso das sessões de mediação. Assim, à partida, dependerá da arguição das partes.

No que diz respeito à ordem pública internacional substantiva, tendo em conta a análise já feita no ponto 3, esta tem como características: “(i) a imprecisão; (ii) o cariz nacional das suas exigências (que variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles); (iii) a excecionalidade (por ser um limite ao reconhecimento de uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada); (iv) a flutuação e a atualidade (intervém em função das conceções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe); e (v) a relatividade (intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado português)”¹⁹⁸. Não é possível, então, determinar um elenco fixo e definitivo dos princípios integradores do conceito de ordem pública internacional (substantiva). Ainda assim, merecem destaque as várias tentativas de concretização do conteúdo deste conceito indeterminado.

SAMPAIO CAMELO¹⁹⁹ considera os seguintes princípios: (a) *pacta sunt servanda*; (b) boa-fé; (c) proibição do abuso de direito; (d) proporcionalidade; (e) proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras; (f) proteção dos civilmente incapazes; (g) proibição das vinculações

¹⁹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça; 26.09.2017, 1008/14.4YRLSB.L1.S1, disponível em: www.dgsi.pt.

¹⁹⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de Sentença Arbitral contrária à Ordem Pública”, *Revista do Ministério Público*, n.º 126, 2011, p. 172.

perpétuas; (h) proibição de indemnizações punitivas em matéria cível; (i) normas legais destinadas a proteger os contraentes mais fracos. Considera, ainda, o não reconhecimento em caso de (j) tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas ou órgãos humanos ou de outras formas de violação dos direitos humanos; ou em caso de (l) branqueamento de capitais ou práticas gravemente lesivas do património ambiental ou cultural.

No mesmo sentido, LIMA PINHEIRO²⁰⁰ enuncia os seguintes princípios: (a) boa-fé; (b) proibição de discriminação racial ou da escravatura; (c) respeito pelos direitos do homem e de proteção do património cultural; (d) proteção do ambiente. Acrescenta a (e) corrupção e o (f) tráfico de droga ou de armas.

Ao nível jurisprudencial, destacam-se, a título de exemplos, o caso *Eco Swiss vs. Benetton*²⁰¹, no qual o TJUE decidiu pela integração na ordem pública internacional dos Estados-Membros das regras de direito comunitário da concorrência, e o caso *Daiichi Sankyo Company Limited v Malvinder Mohan Singh and ors.*, no qual o *High Court* de *New Delhi* recusou executar uma sentença arbitral internacional que vinculava crianças ao pagamento solidário de uma quantia superior a € 460 milhões de euros²⁰².

5. Não obstante a remissão constante para o conceito de ordem pública internacional na arbitragem, há que atender-se, no âmbito da Convenção de Singapura, a uma leitura ainda mais circunscrita, porquanto a autodeterminação, autonomia e liberdade das partes é exercida com maior amplitude na mediação do que na arbitragem²⁰³. Ao contrário da arbitragem, que por natureza é um processo adjudicatório, a mediação assenta como fundamento no empoderamento e capacidade decisória,

²⁰⁰ 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*, n.º 5, 2012, p. 129.

²⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 01.06.1999, processo n.º C-126/97 (*Eco Swiss China Time, Ltd. Vs. Benetton International NV*), disponível em: www.curia.europa.eu.

²⁰² NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “An Introduction to the Singapore Convention on Mediation – Perspectives from Singapore”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, volume 22, 2019, p. 48.

²⁰³ DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for dispute Resolution”, 2020, pp. 18-19.

livre e esclarecida das partes, pelo que as medidas definidas no acordo de mediação merecem uma maior proteção em nome da vontade e consenso dos mediados.

b) O objeto do litígio não é mediável de acordo com a lei dessa Parte.

LOREDANA PETREA*

O artigo 5.º da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais (doravante designada de Convenção de Singapura), que tem como epígrafe “*Grounds for refusing to grant relief*”²⁰⁴, prevê uma série de fundamentos de recusa das medidas de execução do acordo alcançado ao abrigo de uma mediação comercial internacional.

Em específico, a alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º, a qual nos propomos analisar, debruça-se sobre a possibilidade de a autoridade competente da Parte na Convenção, perante a qual as medidas de reconhecimento do acordo tenham sido solicitadas nos termos do artigo 4.º, rejeitar o pedido quando conclua que o objeto do litígio não é mediável de acordo com a lei dessa Parte. Trata-se, fundamentalmente, da mediabilidade do litígio.

De facto, esta alínea é um espelho da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras²⁰⁵. O disposto nas Convenções de

* Mestre em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020.

²⁰⁴ Poderá traduzir-se para “fundamentos de rejeição das medidas solicitadas”, segundo a tradução da Convenção de Singapura para Português realizada pelo Professor João Pedro Pinto-Ferreira. JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. Tradução”, in *Anuário do ADR Lab*, NOVA School of Law, 2020, disponível em https://novalaw.unl.pt/centros_conhecimento/nova-dispute-resolution-forum/.

²⁰⁵ “Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar: (...) que, de acordo com a lei desse país, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por via arbitral”: artigo 5.º, n.º 2 a), da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Singapura e de Nova Iorque a este propósito visa assegurar o controlo do tribunal sobre o conteúdo do acordo alcançado na mediação.

Aliás, por importante, refira-se que, a requerimento das partes ou oficiosamente²⁰⁶, o tribunal, pode recusar executar o acordo se se verificar o fundamento previsto no artigo 5.º, n.º 2 b), da Convenção de Singapura. Nesta senda, DORCAS QUEK ANDERSON indica que, à semelhança da Convenção de Nova Iorque, este motivo de recusa pode ser invocado pelas autoridades competentes, independentemente de ter sido, ou não, alegado pelas partes²⁰⁷.

Nos trabalhos preparatórios da Convenção de Singapura, pouca alusão foi feita à disposição do artigo 5.º, n.º 2 b), ou à forma como esta se deve interpretar, mas chegou-se à conclusão de que o texto do artigo 5.º, n.º 2, seria mantido de acordo com o sentido tomado na Convenção de Nova Iorque²⁰⁸, que tanta importância e sucesso tem tido na arbitragem comercial internacional. Mas se é para manter o sentido adotado na Convenção de Nova Iorque, e estando já a arbitragem internacional bastante desenvolvida, é muito provável que os Estados contratantes se deixem guiar pela vasta jurisprudência que existe a propósito da Convenção de Nova Iorque na interpretação do artigo 5.º, n.º 2 b), da Convenção de Singapura²⁰⁹.

Em traços gerais, para FELIPE PAVAN CALLEJAS, a alínea b) aplica-se às situações em que a parte não está legalmente apta a abdicar de um certo direito através da mediação, dando o autor o exemplo dos direitos

²⁰⁶ HERMAN VERBIST, “United Nations Convention on International Settlement Agreement Resulting from Mediation”, *Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer 2019, volume 2019, n.º 1, 2019, p. 7; JAMES CLAXTON, *The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind*, Rikkyo University, 2019, p. 2.

²⁰⁷ DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation – Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution”, *Forthcoming Journal of the Malaysian Judiciary*, Singapore Management University School of Law, Research Paper n.º 1/2020, 2020, p. 18.

²⁰⁸ HÉCTOR FLORES SENTÍES, “Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and their importance for the success of the Convention”, *Cardozo Journal of Conflict*, volume 20, n.º 4, 2019, p. 1251.

²⁰⁹ Neste sentido, *vide* DORCAS QUEK ANDERSON, “The Singapore Convention on Mediation – Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution”, 2020, p. 18.

fundamentais que a parte tem²¹⁰, tais como o direito à integridade física e o direito à vida. Parece-nos que se referirá à disponibilidade do direito que abordaremos mais adiante.

Já SHOU YU CHONG e NADJA ALEXANDER mencionam que, de acordo com a lei sul coreana, alguns litígios que têm por objeto direitos de propriedade intelectual não podem ser submetidos a mediação porquanto existem autoridades que têm competência exclusiva sobre os mesmos, por se tratarem de órgãos mais especializados neste tipo de conflitos²¹¹.

Uma análise linear ao corpo da norma contida no artigo 5.º, n.º 2 b), da Convenção de Singapura permite-nos concluir que este fundamento terá de ser sempre lido e aplicado de acordo com a lei interna de cada país signatário²¹².

Se a Convenção remete para a lei interna do país onde a parte quer fazer valer o acordo de mediação internacional alcançado, cumpre entendermos, ao abrigo da lei portuguesa, quais são esses litígios mediáveis²¹³. Neste sentido, a questão que se coloca é a seguinte: que litígios são suscetíveis de mediação comercial em Portugal?

Pode definir-se a mediabilidade do litígio como a suscetibilidade de este ser resolvido através de mediação.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (LM), estabelece o regime jurídico da mediação civil e comercial em Portugal. O artigo 11.º, que tem como epígrafe “litígios objeto de mediação civil e comercial”, debruça-se sobre os critérios que determinam quais os litígios que podem ser objeto de uma mediação civil ou comercial, sendo o critério da patrimonialidade o consagrado no n.º 1 deste artigo. Mas este não é o único critério previsto no artigo 11.º. O n.º 2 refere-se a um critério adicional, o da

²¹⁰ FELIPE PAVAN CALLEJAS, *The Singapore Convention on Mediation: What Everyone Should Know About It*, Trabajos Finales de Máster, Universitat de Barcelona, 2019, p. 17.

²¹¹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 5(2). Public Policy and Subject Matter-Related Grounds for Refusal”, in *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution*, volume 8, Kluwer Law International, 2019, p. 2.

²¹² “O objeto do litígio não é mediável de acordo com a lei dessa Parte”. Cfr. art. 5.º, n.º 2 b).

²¹³ Neste em particular, é necessário fazer um reparo: Portugal não é um dos países signatários da Convenção de Singapura (ao contrário da Convenção de Nova Iorque) e não se sabe quando ou se irá efetivamente aderir à mesma. Desta forma, esta Convenção não se aplica, atualmente, em Portugal.

transigibilidade²¹⁴, isto é, ainda que não tenha natureza patrimonial o interesse, desde que se possa celebrar transação sobre o direito controvertido (ideia de disponibilidade), a mediação será possível.

Logo, a lei portuguesa optou por um sistema dualista em que basta verificar-se um destes critérios para a mediação ser possível, permitindo assim abarcar grande parte dos litígios que possam surgir em matéria comercial (e civil)²¹⁵.

Relativamente ao critério da patrimonialidade, este é simples. Quando no âmbito de uma mediação estiver em causa um interesse pecuniário, isto é, avaliável em dinheiro, a mediação é possível. Mas não é apenas isto. Nas palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA “(...) vai naturalmente para além destas situações, compreendendo disputas relativas a transações económicas, mesmo quando se pretenda o cumprimento de prestações de facto (...)”²¹⁶.

Em sentido diverso, quanto ao segundo critério consagrado no artigo 11.º, n.º 2, da LM, este remete para o conceito de transação. Uma transação, no sentido jurídico do termo e para efeitos do artigo 1248.º do Código Civil, é um contrato através do qual as partes previnem ou terminam um litígio, acrescentando o artigo 1249.º do C.C. que estas (as partes) devem ter capacidade para dispor dos direitos sobre que pretendem transigir, não sendo também permitido transigir sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos.

É assente que são direitos indisponíveis aqueles que não se podem extinguir por vontade das partes ou a que estas não podem renunciar. Um exemplo claro de direitos indisponíveis seriam os direitos de personalidade. Todavia, a questão não é assim tão linear. A verdade é que o regime legal permite que alguns direitos de personalidade possam ser objeto de negócios jurídicos em certos momentos ou verificadas determinadas situações, pelo que estamos perante aquilo que se conhece como indisponibilidade relativa do direito. Para além de que, e defendendo a

²¹⁴ O artigo 1249.º do Código Civil afasta os direitos de que os respetivos titulares não possam dispor e as questões relativas a negócios ilícitos.

²¹⁵ Neste sentido, também se pronuncia DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª Edição, Almedina, 2019, p. 85.

²¹⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, 2015, p. 86.

posição adotada por JORGE MORAIS CARVALHO²¹⁷, podemos estar perante um processo de mediação em que se discuta um direito indisponível e no fim não se verificar um ato de disposição desse mesmo direito. Como argumenta MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “os meios de resolução alternativa de litígios postulam uma abordagem diferente do conflito, em redor da solução mais adequada ao conflito (...) o que pode passar pela não aplicação da lei”²¹⁸. Neste sentido, não se justifica uma intervenção prévia de forma a limitar os litígios que podem ser objeto de mediação, devendo o controlo ser feito *a posteriori*. Aliás, JORGE MORAIS CARVALHO refere ainda que, apesar de o litígio aparentemente versar sobre um direito indisponível, após separação entre os interesses e as posições (uma das principais vantagens da mediação), poderão estar escondidos interesses ligados à pacificação social, que nada têm a ver com esse direito ou, pelo menos, com a sua disposição pelas partes²¹⁹. Consequentemente, caberá à autoridade competente analisar, casuisticamente, se o acordo obtido respeita os critérios definidos no artigo 11.º da LM.

A propósito da necessidade de a autoridade competente analisar o objeto do litígio para concluir pela mediabilidade ou não do litígio, SHOU YU CHONG e FELIX STEFFEK²²⁰, no que concerne à aplicação da alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da Convenção, defendem que o tribunal competente deve ter uma abordagem mais restrita na aplicação desta alínea. E concretizam esta posição referindo que, apesar de o tribunal aplicar primeiramente a lei interna para definir se o objeto do litígio é mediável ou não, deve, num momento posterior a esta análise, avaliar se existe um nexo de ligação entre o objeto do litígio e o lugar onde se alcançou o acordo de mediação antes de declarar se a lei interna se deve aplicar ao mesmo.

²¹⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, *Revista Julgar*, n.º 15, 2001, p. 286.

²¹⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, volume II, Almedina, 2008, p. 728.

²¹⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, *Revista Julgar*, n.º 15, 2001, p. 286.

²²⁰ SHOUYU CHONG e FELIX STEFFEK, “Enforcement of international settlement agreements resulting from mediation under the Singapore convention – Private international law issues in perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, p. 37.

Imaginemos a seguinte situação hipotética: as partes alcançam um acordo numa mediação internacional, celebrado no país X, que versa sobre um conflito relativo a um direito de propriedade industrial. As partes escolheram a lei do país Y para se aplicar ao acordo. Seguidamente, requereram a execução do acordo alcançado ao tribunal competente do país Z. Acontece que, ao abrigo das leis internas dos países X e Y, disputas que versem sobre direitos de propriedade industrial são mediáveis. Contudo, nos termos da lei nacional do país Z, conflitos que versem sobre esses direitos não são mediáveis. Pelo que, à partida, o tribunal do país Z teria de recusar a execução do acordo nos termos do artigo 5.º, n.º 2 b), da Convenção. No entanto, se o tribunal do país Z efetuar uma análise mais profunda ao acordo, verificará que não existe qualquer conexão entre o objeto do litígio mediado e este país. Logo, o tribunal competente do país Z não deverá recusar a execução do acordo.

É possível concluirmos, por todo o exposto *supra*, que a autoridade competente, na aplicação do artigo 5.º, n.º 2 b), da Convenção, deve ter em atenção o conteúdo do acordo que se alcançou, nomeadamente qual o objeto do litígio que as partes pretenderam solucionar, antes de concluir se o mesmo é mediável ou não, e recusar a sua execução.

Note-se que, para o sucesso da mediação e do acordo alcançado, é necessário separar-se as posições das partes dos seus interesses, pois uma divergência que, à primeira vista, versa sobre um direito indisponível, efetuada essa separação entre posições e interesses, pode resultar na inobservância de um ato de disposição sobre o direito, concluindo-se pela mediabilidade do litígio à luz da lei interna. A situação hipotética apresentada no parágrafo precedente pretende, também, levantar discussões ao redor de possíveis entraves que a aplicação da alínea b) poderá trazer para as próprias partes, numa situação em que a aplicação da lei interna do país onde se pretende executar o acordo implicar que o objeto do litígio não seja mediável, quando as partes, para solucionar o seu conflito, aplicaram uma lei de um país diferente, em que esse objeto era mediável.

ARTIGO 6.º

Pedidos ou processos paralelos

Caso seja apresentado um pedido ou instaurado um processo relacionado com o acordo junto de um tribunal judicial, de um tribunal arbitral ou de qualquer outra autoridade competente e esse pedido ou processo possam afetar as medidas solicitadas nos termos do artigo 4.º, a autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual essas medidas tenham sido solicitadas pode, caso o considere apropriado, adiar a decisão ou, a pedido de uma das partes, determinar que a outra parte preste uma garantia adequada.

ANDREAS RODRIGUES*

BRUNA MONTEIRO**

O artigo 6.º da Convenção de Singapura trata da hipótese de o tribunal ou entidade à qual foi pedida a execução do acordo adiar a sua decisão nos casos em que as instituições competentes de outros países estiverem a apreciar um pedido que possa interferir com essa execução.

* Mestre em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, andreasmax@hotmail.com, analista de desenvolvimento institucional no CAM-CCBC.

** Mestre em Direito Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, brunamonteiro97@gmail.com, junior associate.

Por um lado, este artigo tem como objetivo evitar decisões contraditórias por parte dos países signatários. Por outro lado, podemos ver que, ao usar o termo “caso considere apropriado”, se mantém o respeito pela soberania dos Estados signatários.

Este artigo é quase uma reprodução literal do artigo VI da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras²²¹, que assim estabelece:

“Se a anulação ou a suspensão for requerida à autoridade competente prevista no artigo V, n.º 1, alínea e), a autoridade perante a qual a sentença for invocada poderá, se o considerar adequado, diferir o momento da sua decisão relativa à execução da sentença; poderá igualmente, a requerimento da parte que solicitar a execução da sentença, exigir da outra parte a prestação das garantias adequadas.”

O artigo VI da Convenção de Nova Iorque foi criado para tornar efetiva a aplicação do artigo V, n.º 1 e), do mesmo diploma, que prevê a recusa da execução e reconhecimento de sentenças estrangeiras, nos casos em que estas ainda não se tenham tornado obrigatórias para as partes ou tenham sido anuladas ou suspensas por uma autoridade competente no país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.

Da leitura de ambos os artigos podemos retirar uma diferença no que toca à primeira parte do artigo VI da Convenção de Nova Iorque. Esta refere um pedido de anulação ou suspensão, enquanto que o artigo 6.º não especifica o que pode ser pedido, dando abertura tanto para anulação ou suspensão, como para o pedido para execução.

A principal diferença existente entre as duas convenções é que a Convenção de Singapura não estabelece o que o tribunal deve fazer quando a impugnação for considerada procedente noutro país, enquanto que a Convenção de Nova Iorque determina que se o pedido de anulação da sentença arbitral for bem sucedido, os tribunais aos quais foram pedidos os reconhecimentos da sentença devem recusar-se a reconhecer ou executar a sentença arbitral, com base no artigo V (1) e).

²²¹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “Article 6. Parallel Applications or Claims”, in *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution*, volume 8, 2019, p. 150.

O artigo 6.º da Convenção de Singapura determina que o tribunal a quem uma das partes pediu a execução do acordo tem o poder discricionário de suspender ou não o processo. Deste modo, nenhum tribunal estadual fica obrigado por tal artigo a suspender o seu procedimento, devendo fazê-lo apenas se considerar tal medida correta.

Em todos os casos é necessário ter em conta as previsões dos artigos 5.º, n.º 1. b) i., e 5.º, n.º 1 c) i., que obstam à execução do acordo, caso este tenha sido declarado nulo ou já tenha sido executado noutro país, respetivamente.

Relativamente à primeira parte do artigo em apreço, no que diz respeito à referência feita ao artigo 4.º da Convenção de Singapura, temos que este diz respeito aos requisitos exigidos pela Convenção para fazer valer o acordo. Assim, para que se requeira a execução do acordo num Estado signatário, é necessário respeitar os termos de tal artigo. Aqui, entendemos que se trata de uma apreciação a ser realizada pelo tribunal num primeiro momento. Caso o acordo não respeite os termos do artigo 4.º, não chega a aplicar-se o artigo 6.º.

Para ilustrar de maneira mais clara, imaginemos duas empresas, ambas de países signatários da Convenção de Singapura²²². A empresa Chromium Parts Ltd. (sedeada na China) fornece peças para a montagem dos carros da empresa Turbo Speed Ltd. (sedeada em Singapura). Ambas celebraram um contrato de fornecimento de tais peças e, por conta de um carregamento de peças defeituosas, tais empresas entram em conflito e decidem resolvê-lo por meio de mediação. Após algumas sessões, chegam a um acordo que, posteriormente, a Turbo Speed Ltd. quer executar.

A Turbo Speed Ltd. tem direito, segundo o acordo celebrado, a receber novas peças de substituição, bem como uma indemnização. Por conta disso, entra com um pedido de execução em Singapura, país onde ficam localizados os bens da Chromium Parts Ltd. A Chromium Parts, por sua vez, resolve impugnar a execução de tal acordo, primeiro na China, por ter a sua sede localizada em tal país, e depois em Singapura. Tal impugnação baseia-se no fundamento de que o acordo deve ser declarado nulo tendo em conta uma conduta inapropriada do mediador durante

²²² Este caso foi inspirado em NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “An Implied Ground for Refusal to Enforce iMSAs under the Singapore Convention on Mediation: The Effect of Article 6”, *Research Collection School of Law*, 2019, pp. 1-3.

o procedimento, nos termos do artigo 5.º, n.º 1 e). Assim, o tribunal a quem foi pedida a execução do acordo – em Singapura –, pode, se achar conveniente, suspender a execução até que uma decisão nos tribunais chineses seja proferida.

A questão que surge é a de saber se temos, no artigo 6.º, uma base implícita para a recusa do reconhecimento ou execução do acordo, fora das que são elencadas no artigo 5.º da Convenção de Singapura.

Quanto a tal questão, posicionamo-nos no mesmo sentido de NADJA ALEXANDER e SHOU YU CHONG²²³, ao sustentarem que essa defesa implícita deverá restringir-se aos acordos cuja execução foi negada por vícios relacionados com o direito privado, tais como a incapacidade das partes, cláusulas nulas do acordo e também nos casos de má conduta do mediador. Nos casos em que estejam envolvidas questões de direito público, cada Estado deverá apreciar a situação de acordo com as suas normas internas.

Deste modo, somos de opinião que se pode encontrar no artigo 6.º uma causa implícita para a recusa da execução ou do reconhecimento do acordo feito entre as partes, caso estejamos diante de questões de direito privado.

Nas situações do artigo 5.º, n.º 2, a hipótese de suspensão não será aplicada, uma vez que nos casos em que o conflito não é mediável segundo a lei do país da execução e nos casos em que o acordo ofende a ordem pública do país, os tribunais não precisarão de esperar por uma decisão do tribunal estrangeiro para decidirem sobre a nulidade do acordo, uma vez que esta diz respeito às suas normas internas. Assim, mesmo que os tribunais da China decidam que o acordo não viola a ordem pública do seu país, os tribunais de Singapura poderão ver no acordo uma violação da sua ordem pública, uma vez que isto diz respeito apenas às suas normas internas. Como se pode ver, neste caso, cada Estado mantém a sua autonomia para decidir de maneira diferente.

Mesmo no caso em que os tribunais chineses entendam que o acordo é nulo por má conduta do mediador, os tribunais de Singapura não ficarão obrigados a decidir da mesma maneira, podendo entender de forma diferente.

²²³ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, “An Implied Ground for Refusal to Enforce iMSAs under the Singapore Convention on Mediation: The Effect of Article 6”, 2019, p. 3.

Outro ponto que se discute aqui é o de saber se os tribunais de Singapura poderiam simplesmente usar a decisão estrangeira como um fundamento e causa de anulação do acordo no seu país. Geralmente, tal decisão não poderá ser usada de maneira direta, uma vez que cada país tem as suas regras de receção e homologação de sentenças estrangeiras. Os tribunais podem analisar os termos da decisão para avaliar se o acordo se enquadra em algum dos números e alíneas do artigo 5.º da Convenção de Singapura.

O artigo 6.º deixa clara a não obrigatoriedade da suspensão processual. Assim sendo, os processos podem seguir simultaneamente caso os tribunais assim entendam como a melhor opção.

A última parte do artigo 6.º da Convenção de Singapura faz referência ao facto de que o procedimento poder ser adiado se, a pedido de uma das partes, a outra parte prestar uma garantia adequada. Esta previsão vem trazer uma segurança para a parte que não alegou a existência de pedidos paralelos, assegurando que, no caso de essa alegação ser somente uma manobra dilatória, haja meios para assegurar as condições para a execução do acordo.

A Convenção oferece pouca orientação sobre como deve ser aplicada esta previsão, fornecendo aos tribunais uma ampla margem de manobra para determinar quando exigir a garantia e em que quantidade e forma.

Relativamente à interpretação desta última parte, guiamo-nos pelas anotações feitas ao artigo VI da Convenção de Nova Iorque, em que se defende essencialmente que o propósito desta provisão é tridimensional.

Em primeiro lugar, procura evitar a dissipação e ocultação dos ativos da parte executada enquanto se aguarda o processo de impugnação da execução do acordo e, portanto, garante que a acordo possa ser executado com sucesso se a ação de impugnação for julgada improcedente.

Em segundo lugar, fornece um incentivo para a parte contrária para a execução prosseguir com o seu pedido de anulação ou suspensão da execução do acordo “o mais rapidamente possível”, evitando assim atrasos.

Em terceiro lugar, fornece à parte que procura executar o acordo garantias adequadas de pagamento imediato assim que a disputa for resolvida²²⁴.

²²⁴ UNCITRAL, “UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)”, 2016, p. 280, disponível em: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=627&opac_view=-1#null.

Devemos estar atentos ainda à linguagem usada na última parte do artigo, onde se refere que os tribunais podem, dentro do âmbito da sua discricionariedade, decidir se devem ou não adiar a decisão consoante a prestação de uma garantia, podendo tanto adiar com prestação de garantia, como também adiar sem prestação de garantia.

Deste modo, parece-nos claro, que a Convenção optou por novamente preservar os poderes dos Estados no que diz respeito à possibilidade de requisitarem ou não garantias, bem como escolher a sua forma de entre as opções existentes. Tais garantias podem ser bancárias, imobiliárias ou quaisquer outras que o tribunal entenda como condizentes.

Ao determinar a quantia da garantia, os tribunais podem adotar abordagens diferentes, tendo em conta o valor esperado com a execução do acordo, a solvência da parte que se opõe à execução ou o desincentivo que a medida significaria para a outra parte²²⁵.

Os tribunais ao decidirem se devem ou não ordenar que a parte contrária à execução dê garantias, devem ter em consideração vários fatores tais como a probabilidade de êxito do pedido de impugnação da execução do acordo e a probabilidade de existência ou não de ativos disponíveis se a execução do acordo for adiada.

Em conclusão, percebemos que o artigo 6.º da Convenção de Singapura tem forte base no artigo VI da Convenção de Nova Iorque. Além disso, percebe-se a clara intenção de se preservar a autonomia dos Estados signatários, na medida em que a suspensão da ação, bem como a prestação de garantia, são decisões discricionárias.

²²⁵ UNCITRAL, “UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)”, 2016, p. 285.

ARTIGO 8.º

Reservas

1. Qualquer Parte na Convenção pode declarar que:

- a) Não aplicará a presente Convenção aos acordos de que seja parte ou de que sejam parte quaisquer organismos do Estado ou quaisquer pessoas que atuem em nome de organismos do Estado, na medida do estabelecido na declaração;**
- b) Só aplicará esta Convenção na medida em que as partes no acordo tenham acordado na sua aplicação.**

2. Não são admitidas outras reservas além das expressamente autorizadas neste artigo.

3. As Partes na Convenção podem formular reservas a qualquer momento. As reservas formuladas no momento da assinatura estão sujeitas a confirmação no momento da ratificação, aceitação ou aprovação. Essas reservas produzem efeito na data de entrada em vigor da Convenção quanto a essa Parte na Convenção. As reservas formuladas no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à Convenção, bem como aquelas que sejam formuladas no momento da declaração prevista no artigo 13.º, produzem efeito na data de entrada em vigor da Convenção quanto a essa Parte na Convenção. As reservas depositadas após a entrada em vigor da

Convenção quanto à Parte na Convenção que as formule produzem efeitos seis meses após a data do depósito.

4. As reservas e a sua confirmação são depositadas junto do depositário.

5. Qualquer Parte na Convenção que formule uma reserva em conformidade com o disposto na presente Convenção pode retirá-la a todo o tempo. A retirada da reserva é depositada junto do depositário e produz efeitos seis meses após o depósito.

ARTIGO 9.º

Efeito em acordos

A presente Convenção e qualquer reserva ou retirada de uma reserva aplicam-se unicamente aos acordos celebrados após a data em que a Convenção, a reserva ou a retirada da reserva entrem em vigor quanto à Parte na Convenção em causa.

ANA SOUSA*

MARIANA SILVA E COSTA**

1. Os artigos 8.º e 9.º da Convenção de Singapura fazem referência às reservas, e respetivos efeitos, que os Estados, signatários da referida Convenção, podem fazer. Assim, importa perceber o que é uma reserva.

As reservas são uma figura de Direito Internacional Público²²⁶ que resulta da vontade de os Estados se eximirem de certas obrigações impostas no Tratado ou de definirem o entendimento que dão a essas

* Mestre em Direito Forense e Arbitragem, turma 2019/2020, anacrsousa997@gmail.com, advogada estagiária na PLMJ.

** Mestrando em Forense e Arbitragem, turma de 2019/2020, mmarianacs@hotmail.com, estagiária no Banco de Portugal.

²²⁶ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADRAS, *Manual de Direito Internacional Público*, 1997, p. 231.

mesmas obrigações. É um elemento de particularismo da situação de um Estado perante o Tratado ou Convenção²²⁷.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (“CVDT”) define reserva no artigo 2.º, n.º 1 d). Assim, a reserva altera quanto ao Estado autor da mesma as suas relações com outra parte e vice-versa, na medida do previsto por essa reserva, mas não afeta as outras partes nas suas relações *inter se* (artigo 21.º da CVDT). É neste sentido que se refere que existe uma derrogação das disposições e não uma revogação, pois estas são afastadas quanto ao Estado que formula a reserva, mas continua a ser aplicada aos restantes, o que significa que não estão eliminadas do ordenamento jurídico de todos os estados signatários²²⁸.

No que diz respeito às reservas, existem dois interesses que se contra-põem relativamente às mesmas. Por um lado, o da extensão da Convenção ao maior número de Estados, que pende para a aceitação de arranjos que permitem obter a sua participação. Por outro lado, a integridade da própria Convenção e soberania dos outros Estados parte da mesma ditam o regime da unanimidade. Na atualidade, adota-se uma posição mais flexível onde impera o primeiro interesse, pelo que maioritariamente os Tratados preveem a possibilidade de se fazer reservas²²⁹. No entanto, só é possível se e nos termos em que o Tratado o permita, bem como se esta não for incompatível com o fim e objeto do tratado (artigo 19.º b) e c) da CVDT).

Antes de mais, importa definir que, no caso de nenhuma reserva ser feita, a Convenção é automaticamente aplicada, a não ser que as partes estipulem na convenção de mediação o contrário [artigo 5.º, n.º 1 d)]. No entanto, o artigo 8.º permite aos Estados signatários fazerem somente dois tipos de reservas, desde que expressamente, não admitindo outras para além das consagradas na alínea a) e na alínea b).

Estas soluções foram o resultado da discórdia que se gerou no Grupo de Trabalho, visto que não havia consenso entre um sistema de *opt-in* ou *opt-out*. Dado que um sistema *opt-out* importaria a aplicação imediata da Convenção aos acordos de mediação, os defensores deste argumentavam

²²⁷ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADRAS, *Manual de Direito Internacional Público*, 1997, p. 231.

²²⁸ EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, 2015, p. 196.

²²⁹ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 2006, p. 76 e ss.

o objetivo de garantir o cumprimento dos acordos de mediação e a similitude com o sistema da Convenção de Nova Iorque²³⁰.

Já outros membros do Grupo de Trabalho apontavam para um sistema de *opt-in*, não aplicando a Convenção a não ser que as partes assim o definissem, por respeito pelo princípio da autonomia das partes e respetivo consenso²³¹. Para tal, sublinhavam a não imposição de algo que as partes não esperavam, o *empowerment* das partes na mediação²³² e a importância das mesmas conhecerem a Convenção e de fazerem uma escolha informada²³³. E, se tal incentivasse um maior número de Estados a assinar a Convenção, que sem esta opção não o fariam, defendiam que era uma solução a considerar²³⁴. No entanto, tal implicaria uma limitação à aplicação da Convenção, uma vez que, estatisticamente, é menos provável que as partes alterem o *status quo* de não aplicação da Convenção²³⁵.

Assim, a alínea a) permite aos Estados optar pela não aplicação da Convenção aos acordos em que esses mesmo Estados, os seus organismos ou pessoas em nome desses seus organismos são parte, estendendo o sistema de *opt-out* para estas entidades, pois permite, quanto a estas, a exclusão da aplicação da Convenção *ab initio*.

Já na alínea b), este sistema de *opt-in*, ainda que possa afetar a efetividade da Convenção, foi uma concessão necessária para permitir o Grupo de Trabalhos prosseguir nas negociações, permitindo uma verdadeira autonomia das partes em mediação. Para além do mais, há sempre a possibilidade de esta reserva vir a ser retirada mais tarde, quando o

²³⁰ EDNA SUSSMAN, *The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements*, 2018, p. 49.

²³¹ EDNA SUSSMAN, *The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements*, 2018, p. 49.

²³² AHDIH ALIPOUR HERISI, *Aftermath of The Singapore Convention: A Comparative Analysis Between The Singapore Convention And The New York Convention*, 2019.

²³³ HAL ABRAMSON, *New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices*, 2019.

²³⁴ JAN O'NEIL, *The New Singapore Convention: Will It Be the New York Convention for Mediation?*, 2019.

²³⁵ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 2019, p. 161.

Estado se sinta mais confiante com a Convenção²³⁶ e podem os próprios mediadores aconselharem as partes a incluir esta cláusula de *opt-in* nos seus acordos de mediação²³⁷.

Concluindo, um Estado pode então mudar a regra subsidiária para um sistema de *opt-in* através da alínea b), o que significa que as partes que querem que a Convenção se aplique têm de o especificar. Podem também fazer a reserva da alínea a), excluindo *ab initio* a aplicação da Convenção aos acordos cujas entidades acima descritas fazem parte.

No entanto, o sistema subsidiário é de *opt-out*, segundo o artigo 5.º, n.º 1 d), pois a Convenção aplica-se a não ser que as partes expressem o contrário no acordo de mediação²³⁸.

Quanto ao procedimento para elaboração das reservas, este é expresso nos números 3, 4 e 5 do artigo 8.º, afirmando que as reservas podem ser feitas a todo o tempo e definindo a sua entrada em vigor consoante o momento em que são feitas. Têm estas e respetivas confirmações de ser depositadas junto do depositário. Quanto à retirada, pode ser feita a todo o tempo, produzindo efeitos após 6 meses do depósito.

Já o artigo 9.º refere os efeitos destas reservas e respetivas retiradas. Como já foi visto, dada a natureza taxativa das reservas, os seus efeitos serão sempre relativos à aplicação ou não da Convenção. Por outro lado, tais reservas ou retiradas apenas se aplicarão aos acordos celebrados após a data em que a Convenção, a reserva ou a retirada da reserva entrem em vigor, quanto à Parte na Convenção em causa²³⁹.

2. Os Estados apresentam características muito diferentes entre si, não só a nível jurídico como também histórico e cultural, o que implica, frequentemente, a prática e uso das reservas no Direito Internacional Público²⁴⁰.

²³⁶ EUNICE CHUA, *The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, 2019, p. 203.

²³⁷ ROB PALMER e GEORGIA QUICK, *The Singapore Convention on Mediation*, 2019.

²³⁸ AHDIEH ALIPOUR HERISI, *Aftermath of The Singapore Convention: A Comparative Analysis Between The Singapore Convention And The New York Convention*, 2019.

²³⁹ NADJA ALEXANDER e SHOUYU CHONG, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 2019, p. 167.

²⁴⁰ JOÃO GRANDINO RODAS, *Havendo Reserva, o Texto Obrigatório do Tratado Não é Igual para Todos*, 2016, p. 4.

No entanto, a formulação de reservas pode apresentar perigos, na medida em que essas reservas desrespeitem princípios basilares de Direito Internacional Público, regras do Direito dos Tratados, ou até à finalidade do próprio tratado em questão²⁴¹.

O que pode trazer de vantajoso aos Estados a elaboração destas reservas?

A opção por fazer uso das reservas das alíneas a) ou b) permitirá aos Estados precaverem-se perante a situação de não conhecimento da Convenção e dos seus efeitos num momento mais inicial, com a possibilidade de a virem a levantar quando se sentirem mais confiantes quanto a esta²⁴². Isto porque estas reservas podem ser retiradas a qualquer momento.

Acaba por permitir aos Estados desenharem um sistema *tailor-made*, que preveja e os proteja face às suas preocupações, o que pode ser motivador para a ratificação da Convenção, pois podiam os Estados nem ponderar a ratificação se não o pudessem fazer de forma personalizada com as reservas²⁴³. No fundo, o grande defeito que pode ser apontado a esta possibilidade de fazer reservas – o facto de limitar a aplicação universal e eficácia da Convenção – pode ser mitigado por esta ideia: a vontade de querer uma convenção e um sistema igual para todos pode levar a que menos Estados nela participem, pelo que a aplicação universal falha redondamente. Assim, o grande objetivo de fazer as pessoas optarem por mediar conflitos internacionais, em vez de optar por tribunais, pode só ser verdadeiramente conseguido através destas reservas, que convencerão o amo²⁴⁴.

Outra das vantagens é que estas reservas permitem às partes ou Estados protestar contra um acordo de mediação que não expressa as suas vontades e desejos²⁴⁵, impedindo assim que se aplique o sistema de executoriedade da Convenção.

²⁴¹ MARIANA GODINHO GOMES, “A Problemática das Reservas e Respetivas Objecões a Tratados Multilaterais”, 2018.

²⁴² EUNICE CHUA, *The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, 2019, p. 203.

²⁴³ JAN O’NEIL, *The New Singapore Convention: Will It Be the New York Convention for Mediation?*, 2019.

²⁴⁴ BRUCE LOVE, *New UN Singapore Convention drives shift to mediation of trade disputes*, 2019.

²⁴⁵ AGADA ELACHI, *The Singapore Convention on Mediation: Lessons and Prospects*, 2020, p. 6.

O que pode trazer de desvantajoso aos Estados a elaboração destas reservas?

Em primeiro lugar, compromete uma aplicação global da Convenção. Talvez a característica da Convenção que representa o maior desafio para alcançar uma ampla aplicação global seja a permissão concedida aos Estados que ratificam a Convenção de optarem por aplicá-la apenas com base na opção de “participar”, ou seja, somente na medida em que as partes de um acordo concordarem especificamente que a Convenção se aplique.

Por outro lado, o facto de a Convenção poder operar num regime de opção de participação em alguns Estados, mas não noutros, tem o potencial de resultar num desequilíbrio entre as partes: caso um acordo seja aplicável contra uma parte porque a sua jurisdição de origem não aplica a opção de participação, mas não seja aplicável contra o outro porque a sua jurisdição de origem o fez. Neste caso, a parte mais forte pode potencialmente exercer o seu poder negocial para obrigar o outro contraente a concordar em participar; ou o contrário, dependendo do cenário que seria mais benéfico para ele.

Para além disso, se a chave para aumentar o uso global da mediação internacional é mudar as perceções e criar maior confiança no processo, simplesmente a existência de um regime de aplicação internacional amplamente ratificado (mesmo que não seja aplicável de maneira abrangente) pode ser suficiente para alcançar esse objetivo²⁴⁶.

3. A Arábia Saudita, a Bielorrússia e o Irão fizeram as suas próprias reservas, sendo que em todas há uma clara intenção de não aplicação da Convenção às disputas entre Estado e investidores. Vejamos cada Estados em particular.

A República da Bielorrússia assinou a Convenção de Singapura a 7 de agosto de 2019. Não obstante, ainda não há data de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Seguindo o permitido no artigo 8.º n.º 1 a), da Convenção, a República da Bielorrússia não aplicará a Convenção a acordos dos quais seja parte, ou nos quais sejam parte qualquer agência governamental ou pessoa que atue em nome de uma agência

²⁴⁶ JAN O’NEILL, “The new Singapore Convention: will it be the New York Convention for mediation?”, 2018.

governamental. Assim, a reserva tem os seguintes contornos: “em conformidade com o artigo 8.º da Convenção, a República da Bielorrússia não aplicará a presente Convenção aos acordos de resolução de litígios em que seja parte, ou em que qualquer agência governamental ou qualquer pessoa agindo em nome de uma agência governamental seja parte”.

Por sua vez, a República Islâmica do Irão declarou, após a assinatura a 7 agosto de 2019, que ia deixar claro o seu entendimento relativo às disposições da Convenção, para evitar interpretações à mesma contrárias às leis e regulamentos nacionais. Assim, e indo mais longe que os restantes Estados, usando a solução *opt-in* de ambas as alíneas do artigo 8.º, n.º 1, definiu que a Convenção não se aplica a acordos dos quais é parte o Estado, ou nos quais sejam parte uma agência governamental ou qualquer pessoa que atue em nome de uma agência governamental, e aos acordos de mediação feito pelas partes, a não ser que as mesmas decidam o contrário.

Deste modo, pode ler-se na reserva:

- “A República Islâmica do Irão não tem qualquer obrigação de aplicar a presente Convenção aos acordos de resolução em que seja parte, ou em que qualquer agência governamental ou qualquer pessoa agindo em nome de uma agência governamental seja parte, na medida especificada na declaração;
- A República Islâmica do Irão aplicará a presente Convenção apenas na medida em que as partes no acordo de resolução de conflitos tenham concordado com a aplicação da Convenção;
- A República Islâmica do Irão poderá ter a opção de fazer reservas após a ratificação;
- A República Islâmica do Irão, em conformidade com as disposições pertinentes da Convenção, reserva-se o direito de adotar leis e regulamentos para cooperar com os Estados”.

Não obstante, ainda não há data de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

Por último, a Arábia Saudita inseriu a sua reserva após a ratificação. Esta reserva traduz-se no seguinte: “o Reino da Arábia Saudita declara que a Convenção não se aplicará a acordos dos quais ela ou qualquer uma de suas agências governamentais seja parte, ou qualquer pessoa que atue

em nome dessas agências governamentais”. A assinatura data, também, do dia 7 de agosto de 2019. Mas, desta vez, conta com a data de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão a 5 de maio de 2020²⁴⁷⁻²⁴⁸.

²⁴⁷ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Chapter XXII Commercial Arbitration and Mediation*, in 4. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018.

²⁴⁸ MUSHEGH MANUKYAN, *Singapore Convention and Investor-State Disputes: Belarus’ and Iran’s Reservations*, 2019.

Lista de bibliografia sobre a Convenção de Singapura²⁴⁹

- AA., VV., “Singapore Mediation Convention Reference Book”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 20-24.
- ABDULLAHI, AISHA, “Overview of the Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)”, in *International Bar Association*, 2021.
- ABRAMSON, HAL, “New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices”, in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, 2019, pp. 1-31.
- ABRAMSON, HAROLD, *The New Singapore Mediation Convention: The Process and Key Choices*, Touro College Jacob D. Fuchsberg Law Center, dezembro de 2019.
- AHUJA, V. K., “The Singapore Convention on Mediation and India”, *Indian Journal of Law and Justice*, volume 11, n.º 2, 2020, pp. 19-34.
- ALEXANDER, NADJA, “An Introduction to the Singapore Convention on Mediation – Perspectives from Singapore”, in *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, n.º 4, 2018, pp. 37-56.
- ALEXANDER, NADJA, “International Dispute Resolution Survey: Currents of Change, 2019 Preliminary Report”, in *Singapore International Dispute Resolution Academy*, 2019.

²⁴⁹ A lista que se segue é fruto do trabalho de pesquisa sobre a Convenção de Singapura realizado pelos estudantes, sendo o seu objetivo o de contribuir para a continuação e o aprofundamento da investigação nestas matérias. Tendo em conta este objetivo, a lista não inclui os textos citados ao longo da anotação que não digam especificamente respeito à Convenção e inclui outros que não foram citados.

- ALEXANDER, NADJA, “Singapore Convention on Mediation”, in *Research Collection School of Law*, Singapore Management University, 2018.
- ALEXANDER, NADJA, “Ten Trends in International Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2020, pp. 405-447.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “An Implied Ground for Refusal to Enforce iMSAs Under the Singapore Convention on Mediation: The effect of Article 6”, in *Research Collection School of Law*, Singapore Management University, 2019.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “Mediation and Appropriate Dispute Resolution”, in *Singapore Academy of Law Annual Review of Cases*, 2020.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “Singapore Case Note: Enforceability of Settlement Agreements”, in *Kluwer Mediation Blog*, Singapore International Dispute Resolution Academy, 2019.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “Singapore Convention Series: Bill to Ratify before Singapore Parliament”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2020.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “Singapore Convention Series: Why Is There No ‘Seat’ of Mediation?”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019.
- ALEXANDER, NADJA; CHONG, SHOUYU, “The Singapore Convention on Mediation: A Commentary”, in *Kluwer Law International*, 2019.
- ALEXANDER, NADIA; CHONG, SHOUYU, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution*, volume 8, Kluwer Law International, 2019.
- ANDERSON, DORCAS QUEK, “The Evolving Concept of Access to Justice in Singapore’s Justice”, *International Journal of Law in Context*, 2020, pp. 1-18.
- ANDERSON, DORCAS QUEK, “The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution”, *Forthcoming Journal of the Malaysian Judiciary*, 2020.
- BANOO, SHAHEEN, “Scope of Singapore Convention on Mediation Annotated”, in *Symbiosis International University*, Symbiosis Law School, 2020.
- BROWNE, OLIVER; CLIFFORD, PHILIP, “The Singapore Mediation Convention: Will It Enhance Mediation’s Effectiveness?”, in *Latham & Watkins International Arbitration Practice*, n.º 2797, 2020.
- BUTLIEN, ROBERT, “The Singapore Convention on Mediation: A Brave New World for International Commercial Arbitration”, *Brooklyn Journal of International Law*, n.º 46, 2020, pp. 183-213.
- CALLEJAS, FELIPE PAVAN, “The Singapore Convention on Mediation: What Everyone Should Know About It”, in *Trabajos Finales de Máster*, Universitat de Barcelona, 2019.

- CALMON, PATRICIA NOVAIS SATHLER OLIVEIRA; MOSCHEN, VALESCA RAIZER BORGES, “A Função Narrativa da Convenção de Singapura sobre Mediação nos Conflitos Familiares Transnacionais”, in *Anais do XIX Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Direito Internacional em Expansão*, Org: Menezes, Wagner, Belo Horizonte: Arraes Editores, volume 19, 2020, pp. 211-225.
- CENTER FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION, “CEDR Note on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Known as the Singapore Convention)”, 2020.
- CHAHINE, HAGE *et al.*, “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”, in *European Business Law Review*, 2020, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663298.
- CHAHINE, JOSÉPHINE HAGE; LOMBARDI, ETTORE MARI; PEULVÉ, CATHERINE, “L’impatto della Convenzione di Singapore sulla Mediazione Commerciale Internazionale”, in *Giustizia Civile.com*, n.º 4, 2020.
- CHONG, ADELINE, “Singapore Convention on Mediation”, in *Research Collection School of Law*, Singapore Management University, 2019.
- CHONG, SHOUYU; STEFEK, FELIX, “Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, pp. 1-39.
- CHUA, EUNICE, “Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence”, *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, volume 15, n.º 1, 2019, pp. 1-28.
- CHUA, EUNICE, “Enforcement of International Mediated Settlements Without the Singapore Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, Singapore Management University, 2019.
- CHUA, EUNICE, “The Singapore Convention in Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, *Asian Journal of International Law*, 9:2, julho de 2019, pp. 195-205.
- CHUA, EUNICE, “The Singapore Convention on Mediation and the New York Convention on Arbitration: Comparing Enforcement Mechanisms and Drawing Lessons for Asia”, in *Lawrence Boo and Gary B. Born*, *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, volume 16, n.º 2, 2020, pp. 113-138.
- CLARK, BRYAN; SOURDIN, TANIA, “The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?”, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, volume 71, n.º 3, 2020, pp. 481-499.

CLAXTON, JAMES, “The Singapore Convention for Mediation: From Promotion to Workable Standards by Way of New York”, in *The Comparative Law Yearbook of International Business – Kluwer Law International*, n.º 42, Cap. 2, 2020.

CLAXTON, JAMES, “The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind”, Rikkyo University, 2019, pp. 1-6.

COBEN, JAMES, “Evaluating the Singapore Convention Through a U.S. – Centric Litigation Lens: Lessons Learned from Nearly Two Decades of Mediation Disputes in America Federal State Courts”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, 2019, pp. 1063-1101.

COMMONWEALTH ATTORNEY-GENERAL’S DEPARTMENT, “Singapore Convention on Mediation – Consultation Paper”, in *Law Council of Australia*, 2020, disponível em: <https://www.lawcouncil.asn.au/publicassets/2749f40e-5059-eb11-9438-005056be13b5/3937%20-%20Singapore%20Convention%20on%20Mediation.pdf>.

DAVID, MARIANA SOARES, “UNCITRAL Aposta na Mediação Internacional”, in *Lisbon Arbitration*, Morais Leitão Sociedade de Advogados, 2018.

DAVYDENKO, DMITRY, “Settlement of Construction Disputes in the Light of the Singapore Convention on Mediation and the Reform of the Russian Legislation on Conciliation Procedures”, in *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, 2019.

DEASON, ELLEN E., “What’s in a Name? The Terms “Commercial” and “Mediation” in the Singapore Convention on Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1149- 1172.

DUNN, GIBSON, “The Singapore Convention on Mediation: New Kid on the Dispute Resolution Block Now in Force”, in *Gibson, Dunn & Crutcher LLP*, 2020.

FERRERO, JAVIER, “La Convención de Singapur sobre Mediación: Una Herramienta Indispensable para Promover la Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias Internacionales”, *Forseti: Revista de Derecho*, 2020.

FILHO, RICARDO TOLEDO SANTOS, “Convenção de Singapura: Execução de Acordos Internacionais de Mediação”, in *Comissão de Mediação e Conciliação da OAB/SP*, Canal do Youtube da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, 2019.

GIBSON, DUNN, “The Singapore Convention on Mediation and The Path Ahead”, in *Crutcher L.L.P.*, 2019, pp. 1-5.

GLASNER, BIRGIT SAMBETH, “Enforcement of Mediation Agreements: The Singapore Convention”, in *UNIL Mediation Breakfast*, Altenburger Ltd. Switzerland, 2019.

- GOMIDE, TATHYANA, “Convenção de Singapura: Importante Avanço para a Mediação”, 2019, disponível em: <https://mediei.com/blog/>.
- GONÇALVES, ALCINDO; RIANI, RHIANI SALOMON REIS, “A Convenção de Singapura sobre Mediação e o Fortalecimento da Governança Global”, in *Governança Global: Desafios e Complexidade*, Editora Universitária Leopoldianum, 2021, disponível em: <https://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2021/03/governanca-global-2021-e-book.pdf#page=13>.
- GU, WEIXIA, “Multi-tier Approaches and Global Dispute Resolution”, in *Japanese Yearbook of International Law*, volume 63, 2021, pp. 147-166, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3830257.
- GÜL, YUNUS EMRE, “Singapore Convention and Mediation at the Transnational Level”, in *TLI Think! Paper*, 2020, pp. 1-19.
- HERISI, AHDIH ALIPOUR, “Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention”, *American Journal of Mediation*, volume II, 2018.
- HIIOREAS, CHRISTINA G., “The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, *Berkeley Journal of International Law*, 2020.
- ITURVIDE, IGNACIO JORGE TASENDE, “Reflexões sobre a Nova Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos Internacionais Resultantes da Mediação”, *Revista Derecho De La Universidad De Montevideo*, n.º 37, 2020.
- KALANAURI, ZAFAR IQBAL, “The Singapore Mediation Convention”, 2019, pp. 1-8.
- KALLIPETIS, MICHEL, “Singapore Convention Defences Based on Mediator’s Misconduct: Articles 5.1 (e) & (f)”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2019, pp. 1197-1209.
- KAPOOR, SURYA, “Singapore Convention Series: How Does the Singapore Mediation Convention Affect International Dispute Resolution? ISDS Perspective”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019.
- KARIUKI, MUGUA, “The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: Challenges and Prospects for African States”, 2019.
- KAUR, ISHMEET, “Analysis and Explanation of the Scope of Singapore Mediation Convention”, in *The SCC Online Blog*, 2021.
- KOLEILAT-ARAÚJO, SARA, “Mediation in the Middle East: Before and After the Singapore Convention”, in *Kluwer Mediation Blog*, Al Tamimi & Company’s Dispute Resolution Team, Dubai, 2019.
- LEE, MICHAEL D., “Singapore Mediation Convention: Harbinger of Change?”, in *AAA-ICDR Blog*, 2020, disponível em: <https://www.adr.org>.

- LEÓN, JOSÉ ALBERTO RAMÍREZ, “La Convención de Singapur y El Futuro de La Mediación en Venezuela”, *Boletín De La Academia De Ciencias Políticas Y Sociales*, n.º 161, julho/dezembro de 2020, pp. 1133-1156, disponível em: <https://lega.law/wp-content/uploads/2021/04/La-Convencion-de-Singapur-y-el-Futuro-de-la-Mediacion-en-Venezuela-BOLETIN-Aciempol-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>.
- LIAO, MING, “Singapore Convention Series: Refusal Grounds in the UN Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation”, 2019.
- LÓPEZ, BÁRBARA SÁNCHEZ, “La Eficacia Transfronteriza de los Acuerdos de Mediación y la Convención de Singapur: ¿Grandes Esperanzas?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 12, n.º 2, 2020, pp. 1406-1445.
- LOVE, LELA P. *et al*, “Singapore Mediation Convention Reference Book”, in *Scholarly Works, Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, Benjamin N. Cardozo School of Law, New York, 2019, pp. 1-305.
- LUNG, JEFFREY, “Violation of Mediators’ Duties as A Ground of Non-Enforcement Under the Singapore Convention”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, volume 13, n.º 2, 2020, pp. 436-477.
- MANUKYAN, MUSHEGH, “Singapore Convention and Investor-State Disputes: Belarus’ and Iran’s Reservations”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019.
- MANUKYAN, MUSHEGH, “Singapore Convention Series: A Call for a Broad Interpretation of the Singapore Mediation Convention in the Context of Investor-State Disputes”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019.
- MARIGHETTO, ANDREA, “A Convenção da ONU e a Importância da Resolução Amigável de Conflitos”, *Revista Consultor Jurídico*, 2019.
- MARTIGNONI, ANDREA; LIGHT, JONATHAN; MACDONALD, CLAIRE, “Singapore Convention on Mediation: A Step Towards Easier Enforcement of International Settlements”, *Insights and News*, Allens Law Firm Website, 2019.
- MARTÍN, NURIA GONZÁLEZ, “2020, El Año de la Mediación en México”, in *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n.º 36, 2020.
- MASON, PAUL ERIC, “The Singapore Convention and Its Benefits for Brazil”, 2020, disponível em: <https://imimmediation.org/2020/02/27/the-singapore-convention-and-its-benefits-for-brazil/>.
- MASUCCI, DEBORAH; RAVALA, M. SALMAN, “The Singapore Convention: A First Look”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, volume 11, n.º 2, 2018.
- MATTEUCCI, GIOVANNI, “Enforceability Of International Commercial Mediation Agreements, The Singapore Convention”, *Asia Pacific Mediation Journal*, volume 2, n.º 1, 2020, pp. 11 e ss.

- MCCORMICK, KHORY; ONG, SHARON S.M., “Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n.º 31, 2019, pp. 520-546.
- MCFADDEN, DANNY, “The Singapore Convention: A New Dawn for Worldwide International Mediation”, 2019, pp. 1-4.
- MONTINERI, CORINNE, “The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention on Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1023-1036.
- MORAIS, CLARICE MOREIRA DE, “Mediação e Arbitragem: Meios de Solução Pacífica de Conflitos Internacionais”, *Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/45754/1/ulfd145115_tese.pdf.
- MORRIS-SHARMA, NATALIE Y., “Constructing the Convention on Mediation”, *Singapore Academy Of Law Journal*, n.º 31, 2019, pp. 487-519.
- MORRIS-SHARMA, NATALIE Y., “The Singapore Convention is Live, and Multilateralism, Alive!”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1009-1021.
- MOTA, CARLOS ESPLUGUES, “La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la Creación de un Título Deslocalizado Dotado de Fuerza Ejecutiva: Una Apuesta Novedosa, y un Mal Relato”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, volume 72/1, 2020, pp. 53-80.
- NWOYE, IKEFEMUNA STEPHEN, “A Review of The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation”, *NWOYE Barristers & Solicitors*, 2019, disponível em <https://ssrn.com>.
- NYAYASHISH, DHURUV; PALRECHA, HARSHITA, “Enforcing the Outcome of International Commercial Mediation Vis-À-Vis Singapore Convention on Mediation”, 2020.
- OFILI, NNEKA, “Judges and Arbitrators Facilitating Settlement: The Effect of the Singapore Convention on Enforcement of Mediated Settlement”, University of Cambridge, 2019.
- OMOAKA, GODWIN; IYAMU, NOSAKHARE, “An analysis of the Singapore Convention on mediation”, in *Templars Law*, 2021.
- PAN, QIAOHONG; ZHANG, JIONG, “Construction of China Commercial Mediation Confidential System under the Singapore Mediation Convention”, *Academic Journal of Humanities & Social Sciences*, volume 3, 2020.
- PHILLIPS, F. PETER, “Concerns on the New Singapore Convention”, in *Business Conflict Blog*, 2018, disponível em <https://mediate.com>.

- PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. Tradução”, in *Anuário do ADR Lab*, NOVA School of Law, 2020, em https://novalaw.unl.pt/centros_conhecimento/nova-dispute-resolution-forum/.
- REED, LUCY; THULE, ULTIMA, “Prospects for International Commercial Mediation”, in *NUS Centre for International Law, Research*, n.º 19/03, 2019.
- REIS, CRISTIANE DE SOUZA, “A Cláusula da Mediação e o Princípio da Voluntariedade sob a Égide da Convenção de Singapura”, *Revista Inclusiones*, volume 8, n.º 2, 2021, pp. 299-310.
- RODRÍGUEZ-SASTRE, Í.; PÉREZ, M. A., “La Convención de Singapur sobre Mediación: Claro Impulso de los Acuerdos Transnacionales Internacionales”, in *Expansion*, 2019.
- ROSNER, NOREL, “The Singapore Convention: Reflections on Articles 1.3 on Scope, 8.1 (b) on reservations, and 12 on regional economic integration organizations”, in *Singapore Mediation Convention Reference Book*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1259 e ss.
- ROSS, DONA, “The Singapore Convention: From a Blizzard, a Convention Blooms”, *Resolution Institute Journal the Arbitrator and Mediator*, 2020, pp. 174-190.
- SANZ, JUAN MARTÍN CHÁVEZ, “Implicaciones de la Convención de Singapur: ¿Resulta su Ratificación Beneficiosa para el Ecuador?”, in *USFQ Law Working Papers*, 2020.
- SCHNABEL, TIMOTHY, “Implementation of the Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, and Private Law Treaties”, in *The American Review of International Arbitration*, 30 *Am. Rev. Int’l Arb.*, n.º 265, 2020.
- SCHNABEL, TIMOTHY, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, volume 19, n.º 1, julho de 2019.
- SENTÍES, HÉCTOR FLORES, “Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and their Importance for the Success of the Convention”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, volume 20, n.º 4, 2019, pp. 1235-1258.
- SHANG, SHU; HUANG, ZIYI, “Singapore Convention in Light of China’s Changing Mediation Scene”, *Asia Pacific Mediation Journal*, 2020.
- SHARMA, RAJESH, “The Singapore Convention – A Drone’s View”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, volume 12, n.º 2, 2019, pp. 265-277.
- SHETTY, NISH; SANDOSHAM, PAUL; SINGH, KABIR, “Client Update: Singapore Mediation Convention”, in *Law Review*, Clifford Chance Law Firm, 2019.

- SILVESTRI, ELISABETTA, “The Singapore Convention on Mediation Settlement Agreements: A New String on the Bow of International Mediation?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, n.º 3, 2019.
- SINGAPORE INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION ACADEMY, “SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 Final Report”, 2020.
- SOMMERVILLE, OLIVIA, “Singapore Convention Series – Strategies of China, Japan, Korea and Russia”, in *Kluwer Mediation Blog*, 2019.
- SOUZA, MARIANA FREITAS DE; BREGA, SÍLVIA, “A Convenção de Singapura sobre acordos em mediação”, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/347920/a-convencao-de-singapura-sobre-acordos-em-mediacao>.
- STRONG, S. I., “Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation”, in *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper Series*, n.º 2013-2145, Washington University Journal of Law and Policy, 2014.
- STRONG, S. I., “The Role of Empirical Research and Dispute System Design in Proposing and Developing International Treaties: A Case Study of The Singapore Convention on Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution (anticipated 2019)*, University of Missouri School of Law, n.º 2019-01, 2019.
- SUSSMAN, EDNA, “The Singapore Convention – Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n.º 3, 2018.
- TAKAHASHI, KOJI, “Enforcement of Mediated Settlement Agreements under the Singapore Convention and the UNCITRAL Model Law: An Argument for the Opt-In Model”, in Christian Campbell (ed.), *International Mediation: The Comparative Law Yearbook of International Business (Special Issue 2020)*, 2020, pp. 63-83.
- TAN, RACHEL, “Investor-State Arbitration Meets Mediation: The Singapore Convention on Mediation as Game-Changer”, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.
- TAYLOR, KIMBERLY, “Cross-Border Disputes in the Spotlight After the Singapore Convention”, in *The American Lawyer*, 2019.
- TO, CHRISTOPHER, “Will the Introduction of the Singapore Mediation Convention Put an End to International Arbitration?”, in *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre, volume 21, n.º 4, 2019, pp. 164-169.
- TREICHL, CLEMENS, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement

- Agreements?”, *Journal of International Dispute Settlement*, n.º 11, 2020, pp. 409-429.
- ULLMAN, ANTHONY B.; ZIVAeva, DIORA M., “The Singapore Mediation Convention and its Potential Impact on Mediation in the Americas”, in *The Arbitration Review of the Americas*, 2021.
- UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-sixth Session (New York, 6-10 February 2017).
- UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-sixth Session (Vienna, 2-6 February 2017).
- VANISOVÁ, VERONIKA, “Current Issues in International Commercial Mediation: Short Note on the Nature Agreement Resulting from Mediation in the Light of the Singapore Convention”, in *Prague Law Working Papers Series*, n.º 2019/II/5, Charles University in Prague Faculty of Law, 2019.
- VERBIST, HERMAN, “United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, in Annet van Hooft and Jean-François Tossens (eds), *Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer 2019, volume 2019, n.º 1, 2019, pp. 53-86.
- WEISS, DAVID S.; GRIFFITH, MICHAEL R., “Report on International Mediation and Enforcement Mechanisms”, in *UNCITRAL Working Group II (Dispute Settlement)*, NJCU School of Business to the International Mediation Institute, 67th Session, 2018.
- WÓJTOWICZ, PIOTR; GEVAERD, FRANCO, “A New Global Star is Born: The Singapore Convention on Mediation”, in *Alternatives to the High Cost of Litigation*, volume 27, 2019, pp. 141-144.
- WONG, JING ZHI, “Is Mediation a Process of ‘Law’? A Hart-ian Perspective”, *28 Jurnal Undang-undang dan Masyarakat*, 2021, pp. 18-34, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818433.
- ZELLER, BRUNO; TRAKMAN, LEON, “Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement”, in *Uniform Law Review 1*, UNSW Law, Research Paper n.º 19-43, 2019.
- ŽUKAUSKAITĖ, MIGLĖ, “Enforcement of Mediated Settlement Agreements”, *Vilnius University Press*, 2019, pp. 205-217, disponível em: <https://www.journals.vu.lt/teise/article/view/12826/11628>.

ARBITRAGEM

Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas: Alguns Problemas

NAIR MAURÍCIO CORDAS

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Cláusulas Escalonadas. 3. A Redação de Cláusulas Escalonadas e Exemplos. 4. Os Problemas em Torno das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Em contratos de longa duração e de grande complexidade técnica são frequentemente inseridas cláusulas de resolução de litígios escalonadas, isto é, que preveem a sujeição do eventual litígio entre as partes a duas ou mais etapas ou níveis de resolução de litígios, prévios ao recurso à arbitragem (ou aos tribunais judiciais).

São apontados como benefícios práticos e comerciais de tais tipos de cláusulas a eficiência e o consensualismo, porquanto exigem que as partes tentem chegar a um acordo numa fase inicial que, se for bem-sucedida, não só evitará que as partes tenham de iniciar procedimentos formais de litígio – inevitavelmente morosos e dispendiosos –, como mais facilmente permitirá que as partes restabeleçam e continuem a sua relação comercial.

No entanto, este tipo de cláusulas suscita várias questões que nem sempre têm encontrado respostas unânimes na jurisprudência e doutrinas internacionais.

Com efeito, é frequentemente questionada a validade deste tipo de cláusulas, designadamente quando estejam em causa etapas com vista à negociação e mediação entre as partes e, conseqüentemente, a sua natureza vinculativa ou opcional para as partes. De igual modo, questiona-se qual a natureza jurídica de tais cláusulas, com particular

importância para as consequências do respetivo incumprimento. Assim, por exemplo, questiona-se se estão em causa cláusulas de competência, procedimento ou admissibilidade. Correlativamente, questiona-se quais as consequências do incumprimento das várias etapas previstas neste tipo de cláusulas (por exemplo, o incumprimento de tais etapas impede o início do processo arbitral? Há lugar a absolvição da instância ou deverão os tribunais suspender a instância com vista a permitir que as partes cumpram as etapas prévias?). Suscita-se ainda a questão de saber quem tem competência para decidir litígios relativos a tais cláusulas, designadamente para aferir do cumprimento das várias etapas prévias à arbitragem (isto é, se os próprios tribunais arbitrais ou os tribunais judiciais).

Embora com menor frequência, também se pode discutir, por um lado o que é que sucede no caso de o demandado no processo arbitral pretender deduzir um pedido reconvenicional, o qual não foi sujeito às etapas prévias estabelecidas na cláusula de resolução de litígios escalonada (deve o mesmo ser admissível, por já estar em curso o processo arbitral, ou deve o mesmo ser rejeito e submetido às etapas prévias?) e, por outro lado, se as cláusulas de resolução de litígios escalonadas são compatíveis com o recurso à tutela cautelar e urgente.

O presente estudo visa ensaiar as respostas para estas questões.

2. Conceito de Cláusulas Escalonadas

Como é comumente afirmado, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função¹.

¹ Cfr. Ac. do STJ de 18/011/2020, processo n.º 99A1015, disponível em www.dgsi.pt: “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”; vide igualmente, entre outros, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, 2019, p. 120. Como explica CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, a arbitragem tem natureza contratual privada porque os tribunais arbitrais são criados em conformidade com convenções de arbitragem, que constituem a fonte dos seus poderes e limitam o âmbito da respetiva competência e tem natureza jurisdicional porque a função é desempenhada através de poder de decisão de litígios exercidos por uma instância neutral. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção

Nestes termos, a arbitragem voluntária tem a natureza de jurisdição contratual privada.

A origem contratual da arbitragem voluntária assenta na convenção de arbitragem, que consubstancia a fonte da jurisdição do tribunal arbitral, uma vez que este só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção de arbitragem e nos seus precisos termos. Por conseguinte, é evidente o papel fulcral que a convenção de arbitragem assume na arbitragem voluntária.

A convenção de arbitragem é o acordo entre as partes em submeter à decisão de árbitros um litígio atual ou eventual², podendo revistar duas modalidades: cláusula compromissória – isto é, acordo das partes em submeter a arbitragem um litígio eventual emergente de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual – ou compromisso arbitral – ou seja, o acordo das partes em submeter a arbitragem um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado (artigo 1.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”)³).

Atendendo à sua relevância, a cláusula compromissória está sujeita a requisitos de validade específicos, nomeadamente:

- (i) a manifestação de vontade em submeter à decisão de árbitros um litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial ou, pelo menos, transacionáveis, desde que não sejam da competência exclusiva dos tribunais judiciais e não estejam sujeitos a arbitragem necessária (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da LAV);
- (ii) a adoção de forma escrita, tendo-se esta por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes,

de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008, p. 82.

² Entre outros, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, pp. 81-95; LUÍS LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra Editora, 2005, p. 188; LUÍS LIMA PINHEIRO, “Convenção de Arbitragem (Aspectos Internos e Transnacionais)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 – Vol. I / II – Nov. 2004, Ano 2004; RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, *Revista Ordem dos Advogados*, Ano 46 (setembro de 1986), pp. 303 e ss.; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª Edição, 2010, pp. 171 e ss.

³ Aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

- troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da LAV); e
- (iii) a indicação da relação jurídica a que os litígios digam respeitam (artigo 2.º, n.º 6, da LAV).

Por sua vez, “[o] conteúdo da convenção pode ser o mais variado possível, desde a definição do litígio existente ou eventual, passando pelo número de árbitros e fora da sua designação, até às regras processuais específicas ou remissão para o regulamento de algum centro de arbitragem institucionalizada”⁴.

Em regra, as cláusulas de resolução de litígios escalonadas ou multiníveis encontram-se inseridas num contrato, podendo assumir as formulações mais diversas⁵. No geral, pode dizer-se que as cláusulas de resolução de litígios escalonadas combinam uma pluralidade de meios de resolução de litígios diferentes a que as partes acordam submeter o litígio, de forma sucessiva ou faseada, por escalões, níveis ou etapas, sendo o recurso à arbitragem tipicamente consagrado em cenário de último recurso⁶. Neste contexto, cada etapa, nível, ou escalão, é concebido para tentar resolver o litígio caso o mesmo não tenha sido resolvido pelo meio de resolução de litígio imediatamente anterior. Estas cláusulas são comumente designadas de “cláusulas escalonadas” porque cada etapa aumenta o nível de intervenção de terceiros na resolução do litígio⁷.

Como referido, neste tipo de cláusulas o recurso à arbitragem é tipicamente previsto como um cenário de último recurso, prevendo-se um conjunto de etapas que devem ser adotadas pelas partes antes do seu

⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 129.

⁵ Igualmente designadas por “multi-tiered clauses”, “escalation clauses” ou “multi-step clauses”.

⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, p. 78. Como refere ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO et. al., a organização das várias etapas e meios de resolução de litígios pode ter por base o tipo ou o valor do litígio, cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO et. al., *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2020, p. 137, nota 571. Vide, ainda, MICHAEL PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, 2001, pp. 159 e ss., D. JASON FILE, “United States: Multistep Dispute Resolution Clauses”, 3 Mediation Committee Newsletter 1 (IBA Legal Practice Division), julho de 2007, p. 36.

⁷ MICHAEL PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, 2001, pp. 159 e ss.

início. O recurso prévio a tais etapas ou escalões visa permitir alcançar uma solução amigável para os litígios a fim de evitar a arbitragem.

A configuração e os meios de resolução de litígios incluídos em cláusulas escalonadas estão na inteira disponibilidade das partes⁸. Como explica SIMON CHAPMAN, pese embora a elaboração e conteúdo variem, a sua essência passa por, através de mecanismos e fases sucessivas, tentar resolver o litígio de forma amigável, apenas transportando para o plano arbitral os litígios em reação aos quais as partes não tenham logrado resolver nas fases anteriores⁹.

Os níveis iniciais de resolução de litígios tipicamente previstos em tais cláusulas são a negociação, mediação ou conciliação, determinação de peritos (*expert determination*) e, se necessário, arbitragem.

A negociação é usualmente a primeira etapa numa cláusula de resolução de litígios escalonada¹⁰, podendo ser definida como um processo de resolução de conflitos através do qual as partes procuram alcançarem um compromisso aceitável para ambas sem a intervenção de um terceiro. Trata-se da etapa menos dispendiosa e potencialmente mais rápida, porquanto apenas exige a intervenção das partes.

A cláusula que preveja a obrigação de as partes estabelecerem uma fase negocial pode ser mais ou menos detalhada¹¹, prevendo a obrigação de as negociações serem realizadas ao nível de determinados representantes das partes, com uma duração mínima (ou máxima) de tempo, com um determinado número de sessões, etc., ou simplesmente prever a obrigação de as partes negociarem de boa-fé. A segunda etapa é habitualmente a mediação¹²

⁸ Por esse motivo, PETER BERGER afirma serem “cláusulas feitas à medida”. PETER BERGER, *Law and Practice of Escalation Clauses*, 2006, p. 2.

⁹ SIMON CHAPMAN, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, 1, 2010, p. 90.

¹⁰ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, p. 41; DIDEM KAYALI, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, 6, 2010, p. 553.

¹¹ O que, como se verá *infra*, tem implicação ao nível do grau de vinculação da cláusula.

¹² A mediação é definida como uma “forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos” (cfr. artigo 2.º, alínea a), da Lei n.º 28/2019, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação

ou conciliação¹³, que consiste numa variação da negociação, podendo ser definido como um processo de resolução de conflitos através do qual as partes procuram alcançar um compromisso aceitável para ambas com a assistência de um terceiro neutro, o mediador de conflitos ou o conciliador¹⁴⁻¹⁵. O objetivo principal do terceiro independente é o de incentivar as partes a negociarem e encontrarem uma solução para o diferendo.

Em contratos de longa duração e de grande complexidade técnica – designadamente, em contratos de empreitada – é comum as cláusulas de resolução de litígios escalonadas preverem uma etapa de sujeição do litígio à determinação de peritos ou *expert determination*. A determinação de peritos é um procedimento em que um litígio ou diferendo entre as partes é submetido, por acordo, a um ou mais peritos, sendo, em regra, a respetiva decisão vinculativa, salvo convenção em sentido contrário¹⁶.

civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (“Lei da Mediação”). Sobre o tema, cfr., por todos, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, pp. 41 e ss.

¹³ Os termos mediação e conciliação são comumente utilizados de forma indiferenciada. Sobre a autonomia da conciliação face à mediação, entre nós, vide, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, pp. 101 e ss.

¹⁴ As partes que pretendam recorrer à mediação para resolver os seus litígios podem prever um procedimento de mediação nos respetivos contratos ou acordar na aplicação das regras formuladas por várias das instituições internacionais, tais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), a Câmara de Comércio Internacional (CCI), Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA) e, entre nós, a Câmara de Comércio Portuguesa, bem como a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Conciliação Comercial Internacional, publicada em 2002.

¹⁵ Nas palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, p. 106, a conciliação define-se “como as diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes”.

¹⁶ Sobre o tema, vide PEDRO SIZA VIEIRA, “Expert Determination”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Anual, n.º 10, 2017, pp. 226 a 238. Uma forma especial de determinação de peritos, são as designadas *dispute resolution boards*, que são configuradas para operar durante toda a relação contratual, tanto para evitar litígios entre as partes como para os resolver quando estes ocorrem. Trata-se de um meio de resolução de litígios comumente previsto em contratos de empreitada complexos. Neste contexto, saliente-se que, em 1996, o International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) publicou um Suplemento através do qual introduziu o conceito de “*Dispute Adjudication Board*”. De igual modo, em 2004, a CCI publicou a seu Regulamento relativo aos *Dispute Boards*. Cfr.

Por fim, não sendo o litígio resolvido definitivamente através das etapas suprarreferidas, prevê-se a resolução formal de litígios, quer pela via judicial, quer pela via arbitral.

Como referido, as cláusulas de resolução de litígios escalonadas destinam-se a aumentar a eficiência, proporcionando às partes a possibilidade de resolver os seus diferendos num cenário menos adverso, gerindo e preservando uma relação comercial contínua. Assim, as partes procuram incentivar a resolução amigável de litígios, evitando as despesas, atrasos e conflitos dos procedimentos formais de resolução de litígios¹⁷.

No entanto, as cláusulas de resolução de litígios escalonadas suscitam diversas dificuldades e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, designadamente no que diz respeito à sua validade, efeitos e carácter vinculativo ou opcional, o que já levou à aprovação de várias recomendações e diretrizes na redação deste tipo de cláusulas, bem como à disponibilização, pelas várias instituições arbitrais, de modelos de cláusulas deste tipo, conforme veremos nos capítulos seguintes.

3. A Redação de Cláusulas Escalonadas e Exemplos

Como referido, a convenção de arbitragem assume um papel central na arbitragem voluntária, motivo pelo qual a respetiva redação assume particular relevância¹⁸, tendo, inclusivamente, conduzido à emissão,

BERNARDO M. CREMADES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, disponível em www1.fidic.org/resources/contracts/cremades_2004.pdf.

¹⁷ Neste contexto, como explica PETER BERGER, *Law and Practice of Escalation Clauses*, 2006, p. 1, “Ao transferir a resolução do litígio para uma sequência de procedimentos ADR destinados à cooperação (através da administração u através de técnicos) em vez de confrontação (os advogados numa arbitragem), a continuação da relação comercial entre as partes, sem a perturbação e o ónus de litigar o diferendo perante o tribunal arbitral, também é preservada. Isto é de particular importância no que diz respeito a contratos a longo prazo”. Em geral, sobre as vantagens da inclusão deste tipo de cláusulas em contratos, DIDEM KAYALI, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, 2010, pp. 551 – 577.

¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, 2008,, pp. 81-95; LUÍS LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, p. 188; RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, 1986, p. 303; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, pp. 143 e ss.; MARIANA FRANÇA

por várias instituições, de recomendações sobre a sua redação – de que se destacam as diretrizes da *International Bar Association* (“IBA”) –, assim como à disponibilização por várias instituições arbitrais de modelos de cláusulas arbitrais, as quais nos propomos a enunciar de seguida.

3.1. A Redação de Cláusulas Arbitrais

As “Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional” foram adotadas em outubro de 2010 com o desígnio de “fornecer uma abordagem sucinta e acessível à redação de cláusulas de arbitragem internacional”, uma vez que “cláusulas arbitrais mal redigidas podem não ser executáveis e frequentemente causam custos e atrasos desnecessários”¹⁹.

A quarta secção das aludidas Diretrizes é dedicada às cláusulas de resolução de litígios escalonadas. Atendendo aos “desafios específicos de redação” que tais cláusulas suscitam, são apresentadas três recomendações.

Na primeira diretriz, recomenda-se que as respetivas cláusulas especifiquem um prazo para negociação ou mediação, que deve ser desencadeado por um evento definido e indiscutível (por exemplo, um requerimento escrito), após o qual as partes poderão recorrer à arbitragem.

Como se explica naquela secção quarta, as cláusulas de resolução de litígios escalonadas podem ser interpretadas como consubstanciando uma condição precedente à arbitragem e, portanto, sem cujo cumprimento o recurso à arbitragem está vedado. Assim, para reduzir o risco

GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, pp. 128 e ss.; SOFIA MARTINS, “A Redação de Cláusulas Arbitrais: Riscos a Prevenir”, coord. António Vieira da Silva, em VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Almedina, 2014, pp. 13 e ss.; RUTE SANTOS, “Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem”, coord. Mariana França Gouveia, em *Análise de Jurisprudência sobre a Arbitragem*.

¹⁹ As *Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional* oferecem diretrizes e recomendações para a redação de elementos essenciais (secção II), opcionais (secção III), cláusulas escalonadas de resolução de controvérsias (secção IV), cláusulas arbitrais multipartes (secção V) e cláusulas arbitrais para múltiplos contratos (secção VI).

de uma das partes utilizar a negociação ou mediação para protelar o início da arbitragem e, desse modo, obstar à célere resolução do litígio ou a que a outra parte exerça o seu direito, fazendo-o prescrever ou caducar, recomenda-se que a cláusula especifique um prazo findo o qual o diferendo pode ser submetido à arbitragem (o qual deve geralmente ser curto). Para este efeito, recomenda-se ainda que tal prazo seja desencadeado por um evento definido e indiscutível, como um requerimento escrito para negociar ou mediar de acordo com a cláusula, ou a indicação de um mediador.

Na segunda diretriz, recomenda-se que a cláusula seja clara quanto à obrigatoriedade da submissão do litígio à arbitragem quando o mesmo não seja resolvido no decurso das negociações ou mediação. Pretende-se evitar que, através da utilização de linguagem ambígua, se permita a uma das partes subtrair-se à resolução do litígio por arbitragem, por interpretá-la como uma competência concorrential com a dos tribunais judiciais.

Na terceira diretriz, recomenda-se que as cláusulas definam os litígios a serem submetidos à negociação ou mediação e à arbitragem em termos idênticos, por forma a que não se suscitem dúvidas sobre quais os diferendos sujeitos aos passos prévios da negociação e mediação e quais os litígios que podem ser submetidos imediatamente à arbitragem. Neste contexto, recomenda-se ainda que, na referência a “controvérsias”, “diferendos”, “litígios”, etc., sejam incluídos os pedidos reconventionais (trata-se, porém, de uma recomendação interpretativa e não de redação). A razão de ser de tal recomendação assenta na circunstância de, nesses cenários, se suscitarem dúvidas quanto à obrigatoriedade de os pedidos reconventionais serem submetidos às várias etapas previstas na cláusula escalonada ou de ser admissível a sua dedução pela primeira vez na arbitragem. Neste sentido, sugere-se que, se as partes pretenderem preservar o direito de suscitar pedidos reconventionais pela primeira vez na arbitragem – isto é, sem que os mesmos tenham de passar pelas etapas prévias –, o mesmo deve ser especificado nas cláusulas arbitrais.

Neste conspecto, as aludidas “*Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional*” terminam com as seguintes cláusulas recomendadas:

Cláusula escalonada com negociação obrigatória como primeira etapa:

“As partes envidarão esforços para resolver amigavelmente, por negociação, todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção. Qualquer controvérsia que não seja resolvida dentro de [30] dias após qualquer das partes ter requerido, por escrito, a negociação prevista nesta cláusula, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido[s] em conformidade com o referido Regulamento. A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a negociação serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]”

Cláusula escalonada com mediação obrigatória como primeira etapa:

“As partes envidarão esforços para resolver amigavelmente, por mediação, de acordo com [as regras de mediação designadas], todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção. Qualquer controvérsia não resolvida de acordo com tais Regras dentro de [45] dias após a nomeação do mediador, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido[s] em conformidade com o referido Regulamento. A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a mediação serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]”

Cláusula escalonada com tanto negociação e mediação obrigatórias, sequencialmente, antes da arbitragem:

“Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção

(“Controvérsia”), serão resolvidas em conformidade com os procedimentos estipulados abaixo, os quais correspondem aos únicos procedimentos para a resolução de qualquer Controvérsia, à exclusão de quaisquer outros.

(A) Negociação

As partes envidarão esforços para resolver qualquer Controvérsia amigavelmente, por negociação entre executivos que tenham autoridade para tanto [e que tenham um nível hierárquico superior ao de pessoas com responsabilidade direta pela administração ou execução deste contrato].

(B) Mediação

Qualquer Controvérsia não resolvida por negociação em conformidade com o parágrafo (A) dentro de [30] dias após qualquer das partes ter requerido, por escrito, a negociação prevista no parágrafo (A), ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será resolvida amigavelmente, por mediação, de acordo com [as regras de mediação designadas].

(C) Arbitragem

Qualquer Controvérsia não resolvida por mediação em conformidade com o parágrafo (B) dentro de [45] dias após a nomeação do mediador, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido(s) em conformidade com tal Regulamento.

A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a negociação e mediação em conformidade com os parágrafos (A) e (B) serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]”

3.2. Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas Recomendadas

Além das cláusulas recomendadas pela IBA, as principais instituições arbitrais internacionais também disponibilizam cláusulas modelo,

redigidas de forma simples e clara, com vista a colmatar as dúvidas habitualmente suscitadas.

Como escrevem MCILWRATH e SAVAGE:

“It is important to keep dispute resolution agreements as simple as possible. (...) The leading arbitral institutions all publish model or standard arbitration clauses that are clear, simple, and effective. (...) Parties are often wise to prefer these sorts of simple, effective arbitration agreements over the long and intricate offerings often put forward by lawyers in large transactions. Even in complex transactions, simple institutional model clauses are good starting points and can easily be adapted to reflect the agreement of the parties”²⁰.

De seguida, apresentam-se as cláusulas modelo de cláusulas de resolução de litígios escalonadas das principais instituições arbitrais.

3.2.1. Câmara de Comércio Internacional (CCI)

A par das cláusulas modelos ditas simples, a CCI disponibiliza duas cláusulas de resolução de litígios escalonadas (cláusulas C e D)²¹, assim como recomendações sobre a redação de tais cláusulas em matéria recurso ao processo de árbitro de emergência.

No primeiro caso, prevê-se a obrigação de submeter o litígio ao Regulamento de Mediação da CCI, permitindo, porém, o recurso à arbitragem sem a conclusão daquele processo (Cláusula C):

“(x) No caso de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes devem inicialmente submeter a resolução dessa disputa ao

²⁰ MICHAEL MCILWRATH e JOHN SAVAGE, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Nova Iorque, Kluwer Law International, 2010, pp. 13-14.

²¹ A CCI disponibiliza ainda dois modelos de cláusulas de mediação que não consubstanciam cláusulas escalonadas, nos seguintes termos:

Cláusula A: “As partes poderão, a qualquer momento, sem prejuízo de qualquer outro processo, buscar a resolução de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou a ele relacionada consoante o Regulamento de Mediação da CCI”.

Cláusula B: “No caso de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes acordam, em primeiro lugar, discutir e considerar, a submissão da questão ao Regulamento de Mediação da CCI”.

Regulamento de Mediação da CCI. O início de um procedimento em conformidade com esse Regulamento não impede qualquer das partes de iniciar um procedimento de arbitragem, nos termos da subcláusula (y) abaixo.

(y) Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento”²².

Esta cláusula cria a obrigatoriedade de submeter o litígio ao Regulamento de Mediação da CCI, visando assegurar que, em caso de disputa, as partes tentarão solucioná-la de acordo com um procedimento nos termos do Regulamento.

No entanto, a cláusula especifica que as partes não são obrigadas a concluir o procedimento segundo o Regulamento de Mediação da CCI, ou a aguardar um determinado período de tempo, antes de iniciarem o processo arbitral²³.

Assim, pese embora nesta cláusula modelo o recurso ao meio de resolução alternativa de litígio não seja opcional, mas vinculativo – as partes têm de, inicialmente, submeter a resolução do diferendo ao Regulamento de Mediação da CCI – estamos perante uma vinculação fraca, porquanto a mesma não impede as partes de iniciarem a arbitragem. Estamos, por isso, em crer que, no caso de uma das partes não cumprir a obrigação de submeter o litígio a mediação, os tribunais não o obrigarão a fazer e admitirão o processo arbitral.

No segundo caso, prevê-se a obrigação de submeter o litígio ao Regulamento de Mediação da CCI, seguido de arbitragem, que apenas pode iniciar-se após a conclusão da mediação (Cláusula D):

“No caso de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes acordam submeter essa disputa, em primeiro lugar, à mediação,

²² Cláusulas de Mediação da CCI em anexo ao Regulamento de Mediação da CCI, Publicação ICC 880-4 POR.

²³ O que está em linha com o artigo 10.º, n.º 2 do Regulamento de Mediação da CCI: “Salvo acordo escrito em contrário de todas as partes ou proibição da lei aplicável, as partes podem iniciar ou prosseguir qualquer processo judicial, arbitral ou similar relacionado com a disputa, sem prejuízo do Procedimento previsto no Regulamento”.

em conformidade com o Regulamento de Mediação da CCI. Se a disputa não tiver sido solucionada segundo o referido Regulamento, no prazo de [45] dias após o Requerimento de Mediação ter sido apresentado ou dentro de outro prazo que venha a ser convencionado, por escrito, pelas partes, a disputa será solucionada definitivamente através de arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CCI, por um ou mais árbitros nomeados de acordo com o referido Regulamento de Arbitragem”²⁴.

Nesta cláusula modelo, especifica-se que o processo de arbitragem não pode ser iniciado até ao termo do período acordado após a apresentação de um Requerimento de Mediação. Embora a cláusula recomende um período de 45 dias, fica na disponibilidade das partes prever um período inferior ou superior. Neste cenário, ao contrário do que ocorre com a cláusula modelo anterior, estamos em crer que, no caso de uma das partes não cumprir a obrigação de submeter o litígio a mediação, os tribunais concluirão pela inadmissibilidade do processo arbitral.

Por outro lado, a CCI estabelece um conjunto de recomendações em matéria de disposições sobre o árbitro de emergência. Neste contexto, a CCI recomenda que as partes definam, nas respetivas cláusulas de resolução de litígio escalonadas, se pretendem recorrer às disposições sobre o Árbitro de Emergência. Assim, se as partes decidirem excluir a sua aplicação às suprarreferidas cláusulas modelos, deverá ser acrescentado o seguinte texto:

“As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não se aplicarão”²⁵.

Por sua vez, no caso de as partes pretenderem recorrer às regras sobre o árbitro de emergência, devem declarar expressamente se pretendem que esse recurso esteja disponível antes do decurso do prazo para a sujeição à mediação ou não.

²⁴ Cláusulas de Mediação da CCI em anexo ao Regulamento de Mediação da CCI, Publicação ICC 880-4 POR.

²⁵ Cláusulas de Mediação da CCI em anexo ao Regulamento de Mediação da CCI, Publicação ICC 880-4 POR.

No primeiro caso, o seguinte texto deve ser acrescentado à Cláusula D:

“A obrigação de aguardar [45] dias ou qualquer outro prazo convencionado, após um Requerimento de Mediação ter sido apresentado, para submeter uma disputa à arbitragem, não impede as partes de solicitarem, antes do decurso desses [45] dias ou de outro prazo convencionado, Medidas Urgentes ao abrigo das Disposições sobre o Árbitro de Emergência previstas no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional”²⁶.

Já se partes desejarem apenas recorrer às regras sobre o árbitro de emergência após o decurso do respetivo prazo para a mediação, deverá ser acrescentado o seguinte texto à Cláusula D:

“As partes não poderão solicitar Medidas Urgentes ao abrigo das Disposições sobre o Árbitro de Emergência previstas no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional antes do decurso dos [45] dias ou de qualquer outro prazo convencionado, após um Requerimento de Mediação ter sido apresentado”²⁷.

Como veremos *infra*, esta questão é de maior relevância, pois, na ausência de convenção das partes, suscita-se a questão de saber se as mesmas ficam precludidas de recorrer ao árbitro de emergência e requerer a adoção de medidas cautelares antes do esgotamento das várias etapas previstas na respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada.

3.2.2. International Centre for Dispute Resolution

O *International Centre for Dispute Resolution* disponibiliza as seguintes cláusulas modelos de cláusulas escalonadas:

Cláusula de Negociação – Arbitragem:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada com o presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes deverão consultar-se uma à outra para fins

²⁶ Cláusulas de Mediação da CCI em anexo ao Regulamento de Mediação da CCI, Publicação ICC 880-4 POR.

²⁷ Cláusulas de Mediação da CCI em anexo ao Regulamento de Mediação da CCI, Publicação ICC 880-4 POR.

de negociação e, havendo interesse mútuo, tentarão alcançar uma solução satisfatória para a disputa. Se um acordo não for alcançado dentro de 60 dias após notificação de uma parte para a(s) outra(s), qualquer disputa não resolvida será decidida por arbitragem submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional”.

Cláusula de Mediação – Arbitragem:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada com o presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação administrada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação. Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias após a intimação de um requerimento escrito de mediação, qualquer disputa oriunda ou relacionada com o presente contrato será decidida por arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem Internacional do Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR)”.

Cláusula Modelo de Negociação – Mediação – Arbitragem:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada com o presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação administrada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação. Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias após a intimação de um requerimento escrito de mediação, qualquer disputa oriunda ou relacionada com o presente contrato será decidida por arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem Internacional do Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR)”.

3.2.3. London Court of International Arbitration (LCIA)

O *London Court of International Arbitration* disponibiliza a seguinte cláusula modelo de cláusula escalonada:

“Em caso de litígio decorrente ou relacionado com o presente contrato, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou rescisão, as partes procurarão primeiro resolver esse litígio por mediação, em conformidade com as Regras de

Mediação da LCIA, cujas Regras são consideradas como incorporadas por referência na presente cláusula.

Se o litígio não for resolvido por mediação no prazo de [...] dias após o início da mediação, ou em qualquer outro prazo que as partes acordem por escrito, o litígio será remetido e finalmente resolvido por arbitragem nos termos das Regras de LCIA, sendo que as Regras são consideradas incorporadas por referência na presente cláusula.

A língua a ser utilizada na mediação e na arbitragem será [...].

A lei regente do contrato será a lei substantiva do [...].

Em qualquer arbitragem iniciada em conformidade com a presente cláusula,

(i) o número de árbitros será de [um/três]; e

(ii) a sede, ou local legal, da arbitragem será [Cidade e/ou País]²⁸.

3.2.4. Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)

O *Centre for Effective Dispute Resolution* disponibiliza a seguinte cláusula modelo de cláusula escalonada:

“Se alguma disputa surgir com relação a este acordo, as partes tentarão resolver pela mediação conforme o CEDR Procedimento de Mediação Modelar e a mediação começará dentro de 28 dias depois de uma parte emitir um pedido de mediação ao

²⁸ Tradução livre:

“In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

If the dispute is not settled by mediation within [...] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be [...].

The governing law of the contract shall be the substantive law of [...].

In any arbitration commenced pursuant to this clause,

(i) the number of arbitrators shall be [one/three]; and

(ii) the seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]”. Disponível em https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx.

outro, se outro não for fixado pelas partes. O mediador é nomeado pelo CEDR, se outro não for fixado entre as partes.

A mediação realizar-se-á em [denominado cidade / país; cidade/país de nenhum / nenhum dos partidos] e a língua da mediação será [inglês]. O acordo de Mediação mencionado no Procedimento Modelar deve governar-se por, e interpretar-se e entrar em vigor conforme a lei substantiva de [Inglaterra e Gales].

Se a disputa não for resolvida pela mediação dentro de [14] dias do início da mediação ou dentro do novo período como as partes podem aceitar por escrito, a disputa deve entregar-se a, e finalmente resolvido pela arbitragem. CEDR será a organização de marcação e administrar a arbitragem. CEDR aplicará as regras válidas da UNCITRAL enquanto a arbitragem se inicia. Em qualquer arbitragem começada seguindo esta cláusula, o número de árbitros deve ser [1 – 3] e o assento ou o lugar legal da arbitragem deve ser [Londres, Inglaterra]”²⁹.

Esta cláusula apresenta duas versões. Na versão 1, o início da mediação não impedirá que as partes iniciem ou continuem o processo/arbitragem judicial. Já na versão dois, prevê-se expressamente que nenhuma das partes pode iniciar qualquer processo/arbitragem judicial em relação a qualquer disputa resultante do acordo até que tenha tentado resolver a disputa por mediação e a mediação tenha terminado ou a outra parte não tenha participado na mediação, desde que o direito a iniciar um processo não seja prejudicado por um atraso.

3.2.5. Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Português (CAC)

Entre nós, o Centro de Arbitragem Comercial também disponibiliza um modelo de uma cláusula escalonada:

“1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação

²⁹ <https://www.cedr.com/commercial/resources/modelcontractclauses/>.

do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).

2. Caso o litígio não seja resolvido em mediação, será definitivamente resolvido por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitro(s) nomeados nos termos do Regulamento.

3. A mediação e a arbitragem terão lugar em [cidade e/ou].

4. A língua da mediação e da arbitragem será [...].

5. Enquanto decorrer o processo de mediação, qualquer uma das partes pode requerer um procedimento de Árbitro de Emergência, nos termos do respetivo Regulamento”.

3.2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Por fim, o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* disponibiliza a seguinte cláusula modelo de uma cláusula escalonada:

“O [Governo]/[nome da subdivisão ou agência constituinte] do nome do Estado Contratante (adiante designado por “Estado anfitrião”) e do nome do investidor (adiante designado por “Investidor”) consente em submeter ao Centro Internacional de Resolução de Litígios de Investimento (adiante designado por “Centro”) qualquer litígio resultante de ou relacionado com o presente acordo para resolução por [concliação]/ [arbitragem]/ [concliação seguida, se o litígio permanecer por resolver dentro do prazo da comunicação do relatório da Comissão de Concliação às partes, por arbitragem] nos termos da Convenção sobre a Resolução de Litígios de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados (a seguir designada por “Convenção”)”³⁰.

4. Os Problemas em Torno das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas

Como vimos, as cláusulas de resolução de litígios escalonadas são frequentemente caracterizadas como apresentando vários benefícios. No entanto, este tipo de cláusulas suscita várias questões que nem sempre

³⁰ <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-en/7.htm>.

têm encontrado respostas unânimes na jurisprudência e doutrinas internacionais.

No presente capítulo procuraremos ensaiar as respostas para algumas dessas questões.

Em particular, procurar-se-á responder, em primeiro lugar, à questão de saber se tais cláusulas têm natureza vinculativa ou opcional para as partes; em segundo lugar, à questão de saber qual a natureza jurídica de tais cláusulas (designadamente, se estão em causa cláusulas de competência, procedimento ou admissibilidade); em terceiro lugar, a quem pertence a competência para apreciar estas questões; em quarto lugar, à questão de saber quais as consequências do incumprimento das várias etapas previstas neste tipo de cláusulas; em quinto lugar, à questão de saber se, perante uma cláusula de resolução de litígios escalonada, cujas etapas prévias à arbitragem sejam consideradas vinculativas, é admissível a dedução de um pedido reconvenicional apenas em sede de arbitragem; e, em sexto lugar, à questão da (in)compatibilidade das cláusulas de resolução de litígios escalonadas com a tutela cautelar das partes.

4.1. A Natureza Vinculativa ou Facultativa das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas

Entre nós, não existem dúvidas que cláusulas de resolução de litígios escalonadas são válidas e inserem-se dentro da autonomia privada das partes^{31 32}. A questão essencial que se coloca a este respeito é a de saber se o recurso às várias etapas de resolução de litígios, previstas na cláusula escalonada e prévias ao recurso à arbitragem, se apresentam como opcionais ou vinculativas para as partes. A questão é deveras importante, porquanto, considerando-se o recurso às várias etapas como vinculativas,

³¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2019, p. 78; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO et. al., *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2020., p. 138.

³² Não é assim, porém, nalguns ordenamentos jurídicos, como os ingleses e americanos, onde a questão da validade é muito discutida. Por todos, GARY BORN e MARIJA Š, “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, in *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015.

o cumprimento de todas as fases consubstanciará um pré-requisito para que uma das partes possa iniciar o processo arbitral.

Embora as decisões não sejam unânimes, a generalidade da jurisprudência dos tribunais nacionais e arbitrais tem entendido que, na ausência de linguagem clara e inequívoca nesse sentido, o cumprimento das várias etapas pré-arbitragem não é obrigatório e vinculativo.

Neste contexto, merece destaque o caso *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.*, no qual foi discutida a natureza vinculativa de uma cláusula de resolução de litígios escalonada que previa três níveis: (i) primeiro, a negociação entre executivos sénior; (ii) segundo, um procedimento de resolução alternativa de litígios recomendado pelo Centro de Resolução de Litígios; (iii) por fim, o início do processo judicial³³. Tendo surgido um litígio entre as partes, o mesmo não foi passível de resolução através da primeira etapa prevista na cláusula – a negociação –, tendo a Cable & Wireless recusado submeter o litígio a mediação – o procedimento de resolução alternativa de litígios recomendado pelo Centro de Resolução de Litígios (a segunda etapa) – e iniciado o respetivo processo judicial. Por esse motivo, a IBM pugnou pela aplicação da disposição da cláusula relativa ao procedimento de resolução alternativa de litígios e, consequente, pela suspensão do processo judicial.

O *High Court of Justice – Commercial Court* inglês concluiu pela aplicação da aludida cláusula, tendo considerado que a intenção das partes era clara no sentido de o litígio apenas ser decidido pelos tribunais se o procedimento de resolução alternativa de litígios falhasse. O tribunal considerou que a referência aos procedimentos de resolução alternativa de litígios eram mais do que uma tentativa de negociação de boa-fé, porque as partes tinham previsto um procedimento específico pelo qual tal tentativa deveria ser feita.

³³ A cláusula dispunha o seguinte: “*The Parties shall attempt in good faith to resolve any dispute or claim arising out of or relating to this Agreement or any Local Services Agreement promptly through negotiations between the respective senior executives of the Parties who have authority to settle the same pursuant to Clause 40. If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings*”. *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm).

De igual modo, no caso *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited*³⁴, o *High Court of Justice – Commercial Court* inglês voltou a reconhecer a natureza vinculativa de uma cláusula de resolução de litígios escalonada.

A cláusula em questão dispunha o seguinte:

*“Em caso de qualquer disputa ou reclamação decorrente ou relacionada com ou sob este LTC [...], as Partes procurarão primeiro resolver a disputa ou reclamação através de discussão amigável. Qualquer parte pode notificar a outra parte do seu desejo de iniciar uma consulta para resolver um litígio ou reclamação. Se não for possível chegar a uma solução entre as Partes durante um período contínuo de 4 (quatro) semanas, então a parte não faltosa pode invocar a cláusula de arbitragem e remeter os litígios para a arbitragem”*³⁵.

O caso tem origem num pedido da *Emirates Trading Agency LLC* para que o tribunal judicial declarasse a incompetência do tribunal arbitral para apreciar um determinado litígio. Esse tribunal já tinha decidido pela sua competência por ter considerado que a cláusula que previa a realização de uma discussão amigável não constituía uma obrigação vinculativa para as partes (e, em qualquer caso, tal obrigação teria sido cumprida).

Neste caso, o *High Court of Justice – Commercial Court* inglês considerou que a obrigação de resolver litígios através de discussões amigáveis importa uma obrigação de o fazer de boa-fé e que uma cláusula de resolução de litígios, num contrato existente e vinculativo, que exige que as partes procurem resolver um litígio através de discussões amigáveis de boa-fé e dentro de um período de tempo limitado antes de o litígio, poder ser submetido a arbitragem é vinculativo³⁶.

³⁴ *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited* [2014] EWHC 2014 (Comm).

³⁵ “In case of any dispute or claim arising out of or in connection with or under this LTC [...], the Parties shall first seek to resolve the dispute or claim by friendly discussion. Any party may notify the other Party of its desire to enter into consultation to resolve a dispute or claim. If no solution can be arrived at in between the Parties for a continuous period of 4 (four) weeks then the non-defaulting party can invoke the arbitration clause and refer the disputes to arbitration”.

³⁶ O juiz também considerou que a aplicação de tal cláusula é do interesse público, porque as partes comerciais esperam que os tribunais façam cumprir obrigações que

No caso recente *Ohpen Operations UK Ltd v Invesco Fund Managers Ltd*.³⁷, o *Technology and Construction Court* inglês também reconheceu a natureza vinculativa deste tipo de cláusulas. O litígio dizia respeito a um acordo-quadro para o desenvolvimento e implementação de uma plataforma digital em linha, sendo que a respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada previa as seguintes etapas: (i) primeiro, as partes acordaram em envidar esforços razoáveis para resolver qualquer litígio de forma amigável através de negociações ordinárias e depois por referência aos gestores do contrato; (ii) segundo, previa-se a escalação das negociações aos respetivos comités executivos; (iii) terceiro, estabeleceu-se mediação do CEDR; e (iv) em último lugar, caso a mediação não fosse bem-sucedida, o litígio seria submetido aos tribunais judiciais³⁸.

assumiram livremente e porque o objetivo do acordo é evitar o que, de outra forma, poderia ser uma arbitragem dispendiosa e demorada.

³⁷ *Ohpen Operations UK Ltd v Invesco Fund Managers Ltd* ([2019] EWHC 2246 (TCC)).

³⁸ “Clause 11

11.1 Internal Escalation

11.1.1 *The Parties will first use their respective reasonable efforts to resolve any Dispute [defined as “a dispute or failure to agree.”] that may arise out of or relate to this Agreement or any breach thereof, in accordance with this Clause. If any such Dispute cannot be settled amicably through ordinary negotiations within a timeframe acceptable to Client and Ohpen, either Party may refer the Dispute to the Contract Managers [defined as “The employee of Ohpen and Client respectively appointed as a contract manager in accordance with ...”], who shall meet and use their reasonable efforts to resolve the Dispute.*

11.1.2 *During the Development and Implementation Phase, any disputes shall firstly be handled by the persons as described [in a subsequent clause]. If such escalation does not lead to resolution of the Dispute, then the Dispute shall be escalated to the executive committees of respectively Client and Ohpen. If escalation to the executive committee does not lead to resolution of the Dispute, then the Dispute shall be referred for resolution to mediation under the Model Mediation Procedure of the Centre of Dispute Resolution (CEDR) for the time being in force. If the Parties are unable to resolve the Dispute by mediation, either Party may commence court proceedings.*

11.1.3 *If any such Dispute that arises after Commencement Date is not resolved by the Contract Managers within ten (10) Business Days after it is referred to them, either Party may escalate the Dispute through the hierarchy of the committees, as set out in [the Schedule], who will meet and use their respective reasonable efforts to resolve the Dispute.*

11.1.4 *Ohpen shall continue to provide the Services and to perform its obligations under this Agreement notwithstanding any Dispute or the implementation of the procedures set out in this Clause. Client’s payment obligations that are listed in Schedule [...] (Pricing) shall not be halted during the resolution of any Dispute.*

11.2 Jurisdiction

Na decisão, o *Technology and Construction Court* inglês estabeleceu os seguintes princípios para a aplicação de cláusulas de resolução alternativa de litígios³⁹:

i) O acordo deve criar uma obrigação executória exigindo que as partes se envolvam na resolução alternativa de litígios.

ii) A obrigação deve ser expressa claramente como uma condição prévia a um processo judicial ou arbitragem.

iii) O processo de resolução de litígios a ser seguido não tem de ser formal, mas tem de ser suficientemente claro e seguro por referência a critérios objetivos, incluindo mecanismos para nomear um mediador ou determinar qualquer outra etapa necessária no processo sem a exigência de qualquer outro acordo pelas partes.

iv) O tribunal tem o poder discricionário de suspender o processo iniciado em violação de um acordo executório de resolução de litígios. No exercício da sua discricção, o tribunal terá em conta o interesse de ordem pública em manter o acordo comercial das partes e em promover o objetivo primordial de assistir as partes na resolução dos seus litígios”.

Consequentemente, o tribunal conclui que a cláusula previa uma obrigação vinculativa que impunha que as partes recorressem à mediação, consubstanciando uma condição prévia à instauração da ação judicial, ainda que o termo “condição precedente” não constasse de tal cláusula. A

If a Dispute is not resolved in accordance with the Dispute Procedure [defined as “the procedure for resolving Disputes contained in Clause 11 of the Agreement”], then such Dispute can be submitted by either Party to the exclusive jurisdiction of the English courts.

11.3 Urgent Relief

Nothing contained in Clause 11.1 shall restrict either Party’s freedom to commence summary proceedings to procure or ensure performance of obligations and/or any required action to prevent further damages, preserve any legal right or remedy or to prevent the misuse of any of its Confidential Information”.

³⁹ O tribunal considerou ainda que “a cláusula ADR deve satisfazer pelo menos os três requisitos seguintes: Primeiro, que o processo deve ser suficientemente seguro na medida em que não deve haver necessidade de um acordo em qualquer fase antes de as questões poderem prosseguir. Em segundo lugar, devem também ser definidos os processos administrativos de seleção de uma parte para resolver o litígio e para pagar a essa pessoa. Em terceiro lugar, o processo ou pelo menos um modelo do processo deve ser definido de modo a que os detalhes do processo sejam suficientemente seguros”.

razão de ser de tal decisão assentou na circunstância de, para o tribunal, ser claro que o significado da cláusula era no sentido de o direito de iniciar o processo apenas se constituir se a técnica de resolução alternativa de litígios não resolvesse o diferendo.

Por sua vez, as decisões judiciais proferidas no ordenamento jurídico francês apontam no mesmo sentido. Como foi decidido no caso *Poiré v. Tripier*⁴⁰ – considerado o caso de referência nesta matéria –, a *Cour de Cassation* francesa decidiu que as cláusulas de resolução de litígios escalonadas são exequíveis desde que as etapas prévias nelas previstas sejam consideradas obrigatórias e não simplesmente opcionais.

Naquele caso, a cláusula de resolução de litígios escalonada exigia que qualquer disputa fosse submetida a mediadores designados pelas partes, os quais se esforçariam por resolver o litígio no prazo de dois meses a contar da sua designação. Quando surgiu uma disputa entre as partes, o Sr. Poiré iniciou um processo judicial sem cumprir o disposto na aludida cláusula, tendo o tribunal de primeira instância proferido decisão sobre o mérito sem entrar na questão da violação da cláusula de resolução de litígios escalonada.

Em sede de recurso, a *Cour de Cassation* francesa entendeu que uma cláusula contratual que preveja um procedimento de mediação obrigatório prévio ao início do processo judicial consubstancia um impedimento vinculativo à prossecução do processo, se for invocado pelas partes⁴¹.

Mais recentemente, numa decisão de 29 de abril de 2014, a *Cour de Cassation* francesa considerou que um simples acordo das partes para tentar resolver um litígio sem quaisquer condições particulares quanto à sua implementação não constitui uma condição obrigatória precedente ao direito de submeter o litígio aos tribunais judiciais⁴².

⁴⁰ *Poiré v Tripier* Cour de Cassation, 14 de fevereiro de 2003.

⁴¹ Para um comentário ao caso, vide CHARLES JARROSSON, “Observations on Poiré v. Tripier”, 19 *Arbitration International*, n.º 3, p. 36.

⁴² Cass. com. *Medissimo v. Logica*, 29 de abril 2014, n.º 12-27.004. No caso, a Medissimo, uma empresa farmacêutica, celebrou um contrato com a Logica, para subcontratar a manutenção de um programa informático e a redação de dois outros. Alegando violações na execução do contrato, a Medissimo iniciou um processo nos tribunais franceses contra a Logica por danos. A Logica argumentou que a reclamação da Medissimo era inadmissível com base no facto de não ter cumprido a cláusula de resolução amigável de litígios constante do contrato antes de iniciar o processo. O tribunal entendeu que: “*Attendu que la clause*

Por sua vez, num estudo publicado em 2003, que analisou 9 decisões proferidas em arbitragem da CCI, conclui-se que “quando uma palavra expressa a obrigação [tal como “deverá”⁴³] é utilizada em conexão com técnicas de resolução amigável de litígios, os árbitros entenderam que isto torna a cláusula vinculativa para as partes”⁴⁴.

Assim, no processo CCI n.º 4229, foi alegado que a cláusula de resolução de litígios a dois níveis que exigia o recurso à conciliação previamente à arbitragem não teria sido respeitada⁴⁵, o que motivou a objeção jurisdicional suscitada pelo demandado. O tribunal arbitral rejeitou a aludida objeção, concluindo pela sua competência, com fundamento no seu entendimento de que nos termos da redação da cláusula em causa a mesma não era expressamente obrigatória⁴⁶.

Já no processo CCI n.º 6276, estava em causa uma cláusula de resolução de litígios escalonada prevendo três níveis: (i) primeiro, a tentativa de alcançar um acordo amigável; (ii) segundo, a submissão do litígio a

contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s’imposant à celui-ci”.

⁴³ “Shall” em inglês.

⁴⁴ D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1, 2003, p. 72, original: “when a word expressing obligation [such as “shall”] is used in connection with amicable dispute resolution techniques, arbitrators have found that this makes the provision binding upon the parties’ and ‘compulsory, before taking jurisdiction”.

⁴⁵ A cláusula ali em causa dispunha o seguinte: “Qualquer litígio relativo a este contrato poderá ser resolvido amigavelmente por três (3) conciliadores, um dos quais será nomeado por cada uma das partes e o terceiro por mútuo acordo das outras duas. No entanto, o Empregador e o Contratante terão o direito de submeter o litígio à Câmara de Comércio Internacional para determinação final, de acordo com as Regras de Arbitragem”, tradução livre de “*Tout différend relatif au présent marché pourra être réglé à l’amiable par trois (3) conciliateurs dont un désigné par chacune des parties et le troisième d’un commun accord par les deux autres. Toutefois, le Maître de l’ouvrage et l’Entrepreneur auront le droit de soumettre le différend à la Chambre de commerce internationale pour être tranché définitivement pour selon le règlement d’arbitrage*”. Processo CCI n.º 4229 citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, p. 74.

⁴⁶ Processo CCI n.º 4229, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, pp. 74-75.

um engenheiro; (iii) e, por fim, a arbitragem⁴⁷. Após a tentativa falhada de resolução amigável, o demandante submeteu o litígio diretamente à arbitragem, em vez de o submeter a um engenheiro, nos termos da segunda etapa.

Na respetiva decisão, o tribunal considerou que a segunda etapa era vinculativa para as partes, porquanto estas tinham voluntariamente acordado aquele procedimento, tendo-o definido em pormenor. Uma vez que o demandante não tinha cumprido aquela fase pré-arbitral, o tribunal conclui que o requerimento de arbitragem era prematuro⁴⁸.

Por sua vez, no processo CCI n.º 10256, o tribunal arbitral considerou que a referência à mediação por um perito – incluída na cláusula de

⁴⁷ A cláusula dispunha o seguinte: “*If any dispute or difference of any kind whatsoever shall arise between the Employer or the Engineer and the Contractor in connection with, or arising out of the Contract, or the carrying out of the Works (whether during the progress of the Works or after their completion and whether before or after the termination, abandonment or breach of the Contract) it shall, in the first place be referred to and settled by the Engineer who, within a period of 90 days after being requested by either party to do so, shall give written notice of his decision to the Employer and Contractor. Save as hereafter provided, such decision in respect of every matter so referred shall be final and binding upon Employer and the Contractor until the completion of the Work and shall forthwith be given effect to by the Contractor, who shall proceed with all due diligence whether he or the Employer requires arbitration, as hereinafter provided, or not. If the Engineer has given written notice of his decision to the Employer and the Contractor and no claim to arbitration has been communicated to him by either the Employer or the Contractor within a period of 90 days from receipt of such notice, the said decision shall remain final and binding upon the employer and the Contractor. If the Engineer shall fail to give notice of his decision, as aforesaid, within a period of 90 days after being requested as aforesaid, or if either the Employer or the Contractor be dissatisfied with any such decision, then and in any such case either the Employer or the Contractor may within 90 days of receiving notice of such decision, or within 90 days after the expiration of the first named period of 90 days (as the case may be) require that the matter or matters in dispute be referred to arbitration as hereinafter provided. All disputes or differences in respect of which the decision (if any) of the Engineer has not become final and binding as aforesaid shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce*”. Processo CCI n.º 6276, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, p. 76.

⁴⁸ Processo CCI n.º 6276, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, pp. 76-78. O tribunal conclui assim: “*The Tribunal has thus reached the conclusion that the claimant has not satisfied the prerequisite set forth in article 65 of the “General conditions of contracts”. Consequently, the request for arbitration concerning the 1981 contract, which is certainly not impossible for the future, is at present premature. It therefore behoves the claimant formally to demand from the defendant the designation of an engineer to whom to submit the present dispute before it comes before the Tribunal*”.

resolução de litígios em três níveis, que previa discussões mútuas pelas partes agindo de boa-fé, mediação, e finalmente arbitragem⁴⁹ – não era vinculativa para as partes, porquanto a redação da cláusula dispunha a favor da sua natureza optativa ao dispor que “*qualquer das partes (...) pode referir a disputa a um perito para consideração da disputa*”⁵⁰.

Entre nós, também se encontram decisões judiciais, quer nos tribunais cíveis, como nos tribunais administrativos, que oferecem alguma indicação para a forma como a questão pode vir a ser decidida no futuro.

Assim, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2011, proferido no processo n.º 2207/09.6TBSTB.E1.S1, em que se discutia se uma cláusula arbitral escalonada atribuía competência exclusiva ou alternativa ao tribunal arbitral, foi referido o seguinte:

“Na verdade, a leitura atenta da convenção estabelecida entre as partes no presente litígio não deixa margem para dúvidas consistentes de que as partes referidas

⁴⁹ A cláusula em causa dispunha o seguinte: “*Article XV of the [Power Purchase Agreement] relates to the resolution of disputes. Section 15.1 contains provisions providing for the settlement of disputes by mutual discussions by the parties acting in good faith. Section 15.2 provides for mediation by an expert. The relevant part of the section provides: “(a) In the event that the parties are unable to resolve a dispute in accordance with Section 15.1, then either Party, in accordance with this Section 15.2, may refer the dispute to an expert for consideration of the dispute . . . “The clause contains detailed provisions setting out the procedure to be followed in the event of a mediation under Section 15.2. Section 15.3 related to arbitration. (...) The relevant part of this section provides: “(a) Any Dispute arising out of or in connection with this Agreement and not resolved following the procedures described in Sections 15.1 and 15.2 shall, except as hereinafter provided, be settled by arbitration in accordance with the Rules of Procedure for Arbitration Proceedings”.* Processo CCI n.º 10256, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, pp. 87-88.

⁵⁰ Processo CCI n.º 10256, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, p. 88: “*I do not accept the submission in [the preceding paragraph]. It is clear by the use of the word “may” in Section 15.2 that the reference of the dispute to an expert under that section is permissive not mandatory. I do not consider that the provision in Section 15.3 (set out above) affects that conclusion. The reference in the section to the dispute “... not resolved following the procedures described in Sections 15.1 and 15.2 ...” is no more than a reference to those procedures if a party has elected to invoke them. If the party has chosen not to exercise the right to refer the dispute to mediation by an expert under Section 15.2, the only consequence is that the dispute has not been resolved by the procedures described in that section. Either party is free to refer the dispute to arbitration under Section 15.3, whether or not there have been good faith mutual discussions under Section 15.1 or a reference to mediation by an expert under Section 15.2”.*

convencionaram uma cláusula compromissória relativamente à qual se verifica a exclusividade da competência do Tribunal arbitral.

É que o termo _____, inserto na falada cláusula contratual, não se conexas directamente com a opção pela competência jurisdicional clausulada, mas apenas com a condição (constante do aludido ponto 8.2) de as partes tentarem uma via conciliatória (acordo amigável, como consta do texto) antes de enveredarem pela contenciosa, e só em caso de frustração de tal via, ficarem livres para (poderem) enveredar pela via contenciosa por recurso à arbitragem, como linearmente se colhe da expressão:

_____ encontrar uma solução amigável..._____, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos abaixo descritos”⁵¹.

Em sentido concordante, em acórdão de 13 de março de 2020, proferido no processo n.º 62/10.9TJVNF.P1, o Tribunal da Relação do Porto decidiu o seguinte:

“Recorda-se o teor dos n.ºs 1 e 2 da cláusula em apreço:

Um – Em caso de litígio ou disputa quanto à interpretação ou execução deste contrato, as partes diligenciarão por todos os meios de diálogo e modos de composição de interesses, obter uma solução concertada para a questão.

Dois – Quando não for possível uma solução amigável e negociada nos termos previstos no número anterior, qualquer das partes poderá, a todo o momento, recorrer à arbitragem, nos termos dos números seguintes.

O n.º 1 contempla, pois, a obrigatoriedade de uma fase conciliatória prévia à arbitragem; frustrada essa tentativa, abre-se a fase da arbitragem.

Significa isto que apenas após a tentativa de solução amigável é que as partes podem recorrer à arbitragem.

⁵¹ Acórdão do STJ de 20 de janeiro de 2011, processo n.º 2207/09.6TBSTB.E1.S1, disponível em www.dsgi.pt, sublinhados e realçado originais. A respetiva cláusula dispunha o seguinte: “8.1. Em caso de disputa em relação à interpretação, execução, cumprimento e/ou incumprimento ou quebra deste Acordo, ambas as Partes irão empenhar-se em encontrar uma solução justa e adequada através de um acordo amigável. 8.2. Caso não seja possível encontrar uma solução amigável dentro de um período de 30 (trinta) dias a partir da data em que uma das partes notifica a outra da existência de uma disputa, ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos descritos”.

Quando o n.º 2 diz que as partes podem recorrer à arbitragem está a referir-se à abertura da via contenciosa (tribunal arbitral) por força da frustração da tentativa de solução amigável, e não a uma alternativa aos tribunais judiciais”.

Destes dois acórdãos citados resulta, portanto, que os tribunais cíveis portugueses aparentam reconhecer a natureza vinculativa da cláusula de resolução de litígios escalonada que preveja como etapa prévia à arbitragem a tentativa de solução amigável (ou pelo menos equacionam essa natureza vinculativa). Assim, ao passo que o Supremo Tribunal de Justiça caracteriza a obrigação de as partes tentarem uma via conciliatória antes de enveredarem pela contenciosa como uma condição, o Tribunal da Relação do Porto não a qualifica expressamente como tal, reconhecendo, no entanto, a respetiva obrigatoriedade. Resta saber, porém, o que é que os tribunais cíveis entenderão ser as consequências do incumprimento de uma tal obrigação (questão sobre a qual os aludidos arestos não se pronunciaram por não ser esse o objeto dos recursos).

Neste contexto, numa decisão que manifestamente se afasta do entendimento daqueles tribunais, o Supremo Tribunal Administrativo já considerou que uma tal cláusula não é vinculativa. Neste sentido, em acórdão de 12 de março de 2015, proferido no processo n.º 0911/15, o Supremo Tribunal Administrativo decidiu o seguinte⁵²:

“Assim, as críticas que o recorrente esgrime nesta revista são somente duas: que, como o TAF afirmara, a falta das diligências da autora tendentes a um «acordo amigável» acarretava a absolvição do réu da instância (conclusão B);

Em geral, a circunstância das partes contratualmente preverem que diligenciarão no sentido de resolver por acordo os seus litígios antes de qualquer recurso à via contenciosa nunca poderia traduzir uma exceção dilatatória. Uma cláusula desse tipo corresponderá, em princípio, a um mero «gentlemen’s agreement», destituído de genuína obrigatoriedade jurídica. E, nos casos em que anormalmente se atribuisse a tais promessas uma efectiva vinculação, esta corresponderia a um dever acessório de conduta cujo incumprimento, no limite, implicaria a negação do direito subjectivo exercitado na lide judicial – ainda que o respectivo caso julgado absolutório então aparecesse fortemente restringido, por força do que se estatui no art. 621º do CPC.

⁵² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de março de 2015, no processo n.º 0911/15, disponível em www.dgsi.pt.

Portanto, é inconcebível que uma qualquer previsão contratual de comportamentos – exceptuados os acordos sobre um foro convencional – se projectem no plano da regularidade da instância, como se fosse possível assim criar, «ex nihilo», uma excepção dilatória espúria e inominada»⁵³.

Assim, ao passo que o recorrente pugnou pela verificação de uma excepção dilatória inominada, por falta de cumprimento da primeira etapa, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que uma cláusula que preveja uma obrigação das partes de tentar solucionar um litígio de forma amigável corresponde a um mero “*gentlemen’s agreement*”, destituído de vinculação jurídica⁵⁴.

As divergências apontadas *supra* demonstram a evidente dificuldade em identificar uma regra *standard* que permita concluir pela natureza vinculativa ou opcional da cláusula de resolução de litígios escalonada. No entanto, é possível dizer que existe consenso em que um tribunal apenas deva considerar que o recurso à arbitragem não é admissível caso resulte inequivocamente da respetiva cláusula que as partes pretenderam que o recurso às etapas prévias à arbitragem seja vinculativo e condicional ao início do processo arbitral⁵⁵.

Por esse motivo, tem sido entendido que as dúvidas quanto à natureza vinculativa de uma cláusula deste tipo devem ser resolvidas a favor da sua natureza “aspiracional” e não vinculativa⁵⁶.

⁵³ A respetiva cláusula dispunha o seguinte: “Em caso de desacordo ou litígio, relativamente à interpretação ou execução deste contrato, as partes diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa. 2 – No caso de não ser possível uma solução negociada e amigável nos termos previstos no número anterior, cada uma das partes poderá a todo o momento recorrer a arbitragem, nos termos dos números seguintes. 3 – Ao tribunal arbitral poderão ser submetidas todas as questões relativas à interpretação ou execução deste contrato, com excepção das respeitantes à facturação emitida pela Sociedade e ao seu pagamento ou falta dele, casos em que o foro competente é o de Vila Real”.

⁵⁴ O Supremo Tribunal Administrativo chegou a uma decisão idêntica em Acórdão de 14 de janeiro de 2016, proferido no processo n.º 0914/15, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁵ ALEXANDER JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 72, *Arbitration* 4, 2006, p. 336. No mesmo sentido, GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 239.

⁵⁶ GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 239. No mesmo sentido, ALEXANDER JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 2006, p. 336.

Neste contexto, ALEXANDER JOLLES defende ainda que o compromisso deve ser limitado no tempo e as etapas incluídas na cláusula de resolução de litígios escalonada devem determinar com precisão o momento em que se consideram esgotadas as etapas prévias à arbitragem, sob pena de se impedir o acesso à arbitragem por tempo indeterminado⁵⁷.

Concordamos com as posições expostas. Como nos parece evidente, a natureza vinculativa ou opcional de tais cláusulas dependerá da vontade das partes e do texto que as mesmas adotem, pelo que dependerá da interpretação que se faça das mesmas⁵⁸. No entanto, essa interpretação não se poderá deixar de subordinar ao direito fundamental das partes de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, pelo que apenas será legítimo concluir pela natureza vinculativa e condicional ao início do processo arbitral de uma cláusula de resolução de litígios escalonada quando o mesmo resulta inequivocamente do seu texto.

4.2. A Natureza Jurídica das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas

A segunda questão frequentemente suscitada a propósito de cláusulas de resolução de litígios escalonadas é a natureza jurídica de tais cláusulas. Assim, por exemplo, questiona-se se tais cláusulas consubstanciam cláusulas de condição de atribuição de competência⁵⁹, cláusulas procedimentais ou cláusula de condição de admissibilidade do processo arbitral. Trata-se de uma questão com particular implicação no que diz respeito às consequências do incumprimento de tais cláusulas e que,

⁵⁷ ALEXANDER JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 2006, p. 336. No mesmo sentido, GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 239.

⁵⁸ Sobre a interpretação de cláusulas escalonadas, *vide* JOSÉ CARLOS SOARES MACHADO, “Cláusulas Arbitrais Escalonadas. Reflexões sobre a sua Redação e Interpretação”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2015, pp. 89-108.

⁵⁹ *Vide* GEORGE M. VLAVIANOS e VASILIS F. L. PAPPAS, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration”, in *The Guide to Energy Arbitrations*, Law Business Research Ltd, Londres, 2.ª Edição, 2017, pp. 217-231.

infelizmente, também não tem sido objeto de tratamento uniforme na jurisprudência.

Numa decisão de 2013, no processo *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd. and another*, o *High Court* de Singapura decidiu que o cumprimento estrito de cláusulas de resolução de litígios escalonadas é uma condição prévia obrigatória à arbitragem, cujo incumprimento pode privar um tribunal de competência⁶⁰.

Aquele tribunal considerou que as várias etapas pré-arbitrais da cláusula de resolução de litígios ali em causa constituíam condições vinculativas prévias ao início da arbitragem, pelo que tinham de ser observadas: “*considerando que as condições prévias à arbitragem (...) não tinham sido cumpridas, e dada a nossa opinião de que eram condições precedentes, o acordo para arbitrar (...) não podia ser invocado*”, pelo que “*o Tribunal, portanto, não tinha competência sobre [o demandado] e o seu litígio com [o demandante]*”⁶¹. Nestes termos, o tribunal arbitral não tinha competência.

Por sua vez, na Alemanha, em 2016, o Tribunal de Justiça Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) proferiu duas decisões nas quais clarificou

⁶⁰ *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2013] SGCA

55. O caso dizia respeito a um “Cooperation Agreement for Applications and Services Implementation” cuja cláusula de resolução de litígios dispunha o seguinte:

“37.2 *Any dispute between the Parties [ie, the Respondent and Datamat] relating to or in connection with this Cooperation Agreement or a Statement of Works shall be referred:*

37.2.1 *first, to a committee consisting of the Parties’ Contact Persons or their appointed designates for their review and opinion; and (if the matter remains unresolved);*

37.2.2 *second, to a committee consisting of Datamat’s designee and Lufthansa Systems’ [ie, the Respondent’s] Director Customer Relations; and (if the matter remains unresolved);*

37.2.3 *third, to a committee consisting of Datamat’s designee and Lufthansa Systems’ Managing Director for resolution by them, and (if the matter remains unresolved);*

37.2.4 *fourth, the dispute may be referred to arbitration as specified in Clause 36.3 [sic] hereto*”.

No caso concreto, surgiu um litígio entre as partes relativo pagamentos, o qual foi objeto de várias reuniões, embora as mesmas não tenham respeitado rigorosamente os requisitos da aludida cláusula.

⁶¹ “*Given that the preconditions for arbitration set out in cl 37.2 had not been complied with, and given our view that they were conditions precedent, the agreement to arbitrate in cl 37.3 (even if it were applicable to the Appellant) could not be invoked. The Tribunal therefore did not have jurisdiction over the appellant and its dispute with the Respondent. This was the second ground on which we allowed this appeal*”. Parágrafo 63 da decisão, incluída em *Singapore Law Reports*, 1, 2014, p. 161.

que os tribunais arbitrais têm competência para apreciar um litígio independentemente de as partes terem cumprido as várias etapas de uma cláusula de resolução de litígios escalonada.

No primeiro caso (processo n.º I ZB 50/15), estava causa um contrato de construção naval que previa a sujeição do litígio a arbitragem de acordo com as regras da Associação Alemã de Arbitragem Marítima (GMAA) e que o parecer de um perito seria definitivo e vinculativo relativamente a diferendos técnicos. Em 14 de janeiro de 2016, o Tribunal de Justiça Federal alemão confirmou a decisão do Tribunal Regional Superior de Hamburgo (OLG Hamburgo, processo n.º 6 Sch 3/15), de 28 de maio de 2015, através do qual este considerou que o cumprimento de uma tal cláusula de resolução de litígios escalonada era irrelevante para a questão da competência do tribunal arbitral⁶².

De forma ainda mais evidente, numa decisão de 9 de agosto de 2016 (processo n.º I ZB 1/15), o Tribunal de Justiça Federal alemão confirmou aquela posição num processo relativo a uma arbitragem CCI, com sede em Frankfurt, decidindo expressamente que a questão de saber se as partes tinham ou não cumprido uma cláusula de escalonamento não é uma questão de competência, mas sim de admissibilidade do processo⁶³.

No mesmo sentido, pronunciou-se o *Cour d'appel* de Paris, num acórdão de 28 junho de 2016 (processo n.º 15/03504)⁶⁴. Aquele tribunal entendeu que um fundamento assente numa cláusula de conciliação prévia não constitui uma exceção de incompetência, mas antes uma questão de admissibilidade dos pedidos, que não se enquadra nos casos de início de processos de anulação enumerados pelo artigo 1520.º do Código de Processo Civil francês.

Por sua vez, nos Estados Unidos – onde o entendimento prevalecente é o de que, salvo resultando expressamente o contrário, as cláusulas

⁶² Beschluss des I. Zivilsenats vom 14.1.2016 – I ZB 50/15.

⁶³ Beschluss des I. Zivilsenats vom 9.8.2016 – I ZB 1/15.

⁶⁴ Cfr. sumário disponível em *Revue de l'arbitrage*, n.º 3, 2016, Comité français de l'arbitrage, p 961: “*Le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui n'entre pas dans les cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par l'article 1520 du Code de procédure civile. Les termes impératifs employés par le contrat pour encadrer le préalable de conciliation n'affectent pas la qualification du moyen. Il n'appartient pas au juge de l'annulation de contrôler l'appréciation à laquelle l'arbitre s'est livré des conditions de notification du différend et de l'observation d'un délai préalable à sa saisine*”.

de resolução de litígios escalonadas não constituem condições prévias de competência do tribunal⁶⁵ –, no caso *BG Group plc v. Republic of Argentina*⁶⁶, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos entendeu que, na ausência de linguagem clara em sentido contrário, o incumprimento das etapas pré-arbitrais previstas em cláusulas de resolução de litígios escalonadas não priva um tribunal arbitral de competência para julgar um litígio⁶⁷.

Aquele Supremo Tribunal analisou a questão sob a perspectiva de saber se a respetiva cláusula de resolução de litígios constituía uma condição prévia, “processual” ou “substantiva” à arbitragem⁶⁸, tendo concluído pela primeira hipótese. Para este efeito, o tribunal considerou que a cláusula de resolução de litígios escalonada era uma “regra processual” que regula o momento em que arbitragem podia começar, mas não se a mesma podia realizar-se⁶⁹.

Por outro lado, no processo *Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia*⁷⁰, o *Court of Appeal* inglês foi chamado a apreciar se uma determinada cláusula de resolução de litígios escalonada, que previa o recurso prévio a mediação, constituía uma condição prévia obrigatória para o início da arbitragem e, nesses termos, uma condição de atribuição

⁶⁵ GEORGE M. VLAVIANOS e VASILIS F. L. PAPPAS, *Revue de l'arbitrage*, 2016, pp. 217-231.

⁶⁶ *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572, 2014. Para maiores desenvolvimentos, vide GEORGE M. VLAVIANOS e VASILIS F. L. PAPPAS, *Revue de l'arbitrage*, 2016, pp. 217-231.

⁶⁷ O caso dizia respeito a um tratado bilateral de investimento celebrado entre a Argentina e o Reino Unido, que continha uma cláusula de resolução de litígios escalonada que estabelecia que antes do início de uma arbitragem por um investidor estrangeiro, o investidor era obrigado a submeter o litígio a um tribunal local, o que não foi cumprido. Este tipo de cláusulas é comum em acordos bilaterais de investimento.

⁶⁸ A questão tem enorme relevância, pois, como notou o tribunal, estando em causa uma condição “processual”, a competência para apreciar a natureza vinculativa ou não, bem como o cumprimento ou incumprimento das etapas prévias pelas partes, caberia ao próprio do tribunal arbitral. Por sua vez, caso tal cláusula consubstanciasse uma condição “substantiva”, constituiria, em si mesma, uma limitação substantiva ao direito de uma parte de iniciar a arbitragem, pelo que a competência caberia aos tribunais judiciais. *Idem*, parágrafos 8-9 e 15-17.

⁶⁹ “A claims-processing rule that governs when the arbitration may begin, but not whether it may occur or what its substantive outcome will be on the issues in dispute”. *Ibid*, 9.

⁷⁰ *Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia*, [2012] EWCA Civ 638.

de competência⁷¹. O *Court of Appeal* inglês decidiu que não o era⁷², uma vez que não continha uma linguagem clara para esse efeito e não definia a obrigação de mediar com suficiente certeza.

Neste contexto, o Tribunal sustentou que a cláusula de resolução de litígios escalonada “contém apenas um compromisso de procurar que a disputa seja resolvida amigavelmente através da mediação” e “não foi [previsto] o processo através do qual isso [fosse] levado a cabo”⁷³.

Por sua vez, no já suprarreferido processo *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Limited*, o *High Court (Commercial Court)* inglês referiu que a negociação era uma “condição prévia ao direito de submeter um litígio à arbitragem”, embora tenha concluído que, no caso concreto, aquela condição tinha sido cumprida⁷⁴.

Do que vai exposto decorre a evidente divergência sobre o tema em apreço. Em última análise, dir-se-á que a conclusão sobre a natureza jurídica da respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada terá de ser feita numa base casuística e, nas demais das vezes, dependerá da concreta interpretação da respetiva cláusula e da vontade das partes.

Neste sentido, como referem GARY BORN e MARIJA Š., na caracterização da natureza de tais cláusulas a melhor perspectiva é a de que a mesma dependerá da vontade das partes⁷⁵. Assim, algumas cláusulas poderão ser caracterizadas como condições de atribuição de competência, quando for evidente que as partes não desejavam que surgisse qualquer direito ou obrigação de arbitrar, ou que qualquer tribunal arbitral tivesse competência para apreciar ou decidir os respetivos litígios até que as etapas

⁷¹ A cláusula dispunha sucintamente que, antes de recorrer à arbitragem, as partes procurarão que o litígio seja resolvido amigavelmente por “mediação”, e isso se o litígio não for resolvido com satisfação para qualquer das partes dentro de um prazo de 90 dias da notificação do início da mediação, ou se qualquer das partes falhar ou se recusar a participar na mediação ou se qualquer das partes apresentar uma notificação escrita a terminar a mediação ao abrigo da respetiva cláusula, então qualquer das partes pode submeter o litígio a arbitragem. 2012, EWCA Civ, 638, 5.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*, parágrafo 36.

⁷⁴ *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited* [2014] EWHC 2014 (Comm), parágrafo 26.

⁷⁵ GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 246.

tivessem sido satisfeitas. Outras cláusulas poderão ter uma natureza de regra processual do próprio processo arbitral⁷⁶ (o que será relevante para a condição da própria arbitragem) ou de limitações substantivas da capacidade das partes de fazerem valer os seus direitos na arbitragem (o que relevará para a admissibilidade de um pedido)⁷⁷.

Em qualquer caso, cremos ser consensual que as cláusulas de resolução de litígios escalonadas não constituirão condições jurisdicionais precedentes ao início da arbitragem, salvo se tal cláusula previr expressamente que o não cumprimento de uma das etapas prévias exclui a competência do tribunal⁷⁸. Note-se, de resto, que a solução contrária levará a que as partes possam litigar perante os tribunais judiciais, uma vez que a condição para fazer acionar a competência arbitral não se verificará. Na prática, uma tal interpretação permite que, através do incumprimento das etapas prévias previstas na cláusula de resolução de litígios escalonada, as partes se desvinculem da convenção de arbitragem, o que manifestamente não será a vontade das mesmas (ou, pelo menos, de ambas, aquando da celebração da respetiva cláusula)⁷⁹.

A melhor solução parece ser, por conseguinte, a caracterização de cláusulas de resolução de litígios escalonadas como condições ou requisitos processuais.

⁷⁶ GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 246. Parece ser este o entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado Da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2016, p. 281.

⁷⁷ GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 246.

⁷⁸ ALEXANDER JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 2006, p. 335.

⁷⁹ *Idem*. Como refere o autor, através da convenção de arbitragem as partes atribuíram competência a um tribunal arbitral e excluíram a competência dos tribunais estaduais, pelo que sustentar que a escolha está, afinal, dependente de certas etapas pré-arbitrais implicaria que o seu incumprimento permitira a uma das partes desvincular-se da convenção de arbitragem. É difícil imaginar que as partes fizeram depender o seu acordo em excluir os tribunais estaduais a favor da arbitragem do cumprimento da negociação e/ou conciliação pré-arbitral, no sentido de que, se uma das partes soubesse que a outra não se envolveria nas medidas pré-arbitrais acordadas, teria preferido submeter a disputa ao litígio em vez de à arbitragem.

É este, aliás, o sentido do artigo 14.º da Lei Modelo UNCITRAL sobre a Mediação Comercial Internacional e Acordos Internacionais resultantes de Mediação⁸⁰:

“Quando as partes tiverem acordado em mediar e comprometeram-se expressamente a não iniciar durante um período de tempo especificado ou até que um determinado evento tenha ocorrido um processo arbitral ou judicial em relação a um litígio existente ou futuro, tal compromisso será executado pelo tribunal arbitral ou pelo tribunal até que os termos do compromisso tenham sido cumpridos, exceto na medida do necessário para uma das partes, na sua opinião, preservar os seus direitos. O início de tais processos não é por si só considerado como uma renúncia ao acordo de mediação ou como uma cessação do procedimento de mediação”.

Com efeito, ao prever-se que tal compromisso será executado pelo tribunal arbitral, reconhece-se que o mesmo tem competência e deverá utilizá-la para executar as etapas prévias à arbitragem.

4.3. A Competência para Decidir

A terceira questão que se coloca e que se encontra intimamente ligada com a questão precedente é a de saber quem é que tem competência para decidir as questões anteriores, designadamente a natureza vinculativa e opcional das etapas previstas nas cláusulas de resolução de litígios escalonadas e, consequentemente, quem tem competência para apreciar o cumprimento das referidas etapas.

Trata-se de uma questão relativamente à qual existe o consenso generalizado de que a competência para decidir litígios relativos a tais cláusulas, designadamente para aferir do cumprimento das várias etapas ali previstas é, em princípio, dos tribunais arbitrais⁸¹. De facto, o litígio

⁸⁰ Que consiste numa alteração aprovada em 2018 à Lei Modelo da UNCITRAL sobre Conciliação Comercial Internacional de 2002.

⁸¹ ALEXANDER JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 2006, p. 335; GARY B. BORN e MARIJA Š., “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, 2015, p. 258, embora estes autores refirmem que, ao interpretar a vontade das partes, é apropriado presumir, na ausência de provas contrárias,

sobre se as etapas previstas na cláusula de resolução de litígios escalonada foram cumpridas é um litígio resultante de ou em conexão com o contrato no qual se insere a respetiva cláusula⁸².

O que vai exposto vale para a própria apreciação da questão de saber se uma cláusula de resolução de litígios escalonada consubstancia uma condição válida precedente à competência do tribunal arbitral. Com efeito, esta questão ainda é, em si mesma, uma questão sobre a competência do tribunal, pelo que tem plena aplicação o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* (artigo 18.º da LAV).

Entre nós, foi esta a decisão adotada pelo Centro de Arbitragem Comercial numa decisão do Presidente do Centro de 26 de dezembro de 2017⁸³. No caso, estava em causa uma cláusula de resolução de litígios escalonada que previa, *inter alia*, o seguinte:

“1. Em caso de litígio ou desentendimento quanto à interpretação ou execução deste contrato, os OUTORGANTES diligenciarão por todos os meios de diálogo e modos de composição de interesses, obter uma solução concertada para a questão.

2. Quando não for possível uma solução amigável e negociada nos termos previstos no número anterior, qualquer dos OUTORGANTES poderá, a todo o momento, recorrer única e exclusivamente à arbitragem, nos termos dos números seguintes”⁸⁴.

No caso, havia divergência das partes quanto à eficácia da cláusula compromissória, o que poderia conduzir à incompetência do tribunal arbitral, porque, no entendimento da demandada, a primeira etapa da respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada não havia sido

que os requisitos processuais pré-arbitragem não são “jurisdicionais”; tais requisitos serão presumivelmente capazes de ser resolvidos pelos árbitros e devem ser submetidos aos árbitros para a sua decisão.

⁸² Neste contexto, pode ainda questionar-se se a questão do incumprimento das etapas prévias previstas numa cláusula de resolução de litígios escalonada pode ser suscitada oficiosamente, mas cremos que não. É uma exceção sujeita ao ónus de invocação das partes, a qual não poderá pretender renunciar ao cumprimento daquela etapa.

⁸³ Despacho do Centro do Presidente do Centro de Arbitragem Comercial de dezembro 2017, disponível em https://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=121&lang=pt.

⁸⁴ *Idem*.

integralmente cumprida. Como decidiu então o Presidente do Centro de Arbitragem Comercial:

“Ora, é doutrina e jurisprudência pacíficas que sobre esta matéria vigora a regra da Kompetenz-Kompetenz: é o Tribunal que decide sobre a sua própria competência.

Tal regra encontra-se consignada no artigo 18º, nº 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, o qual atribui poderes ao Tribunal Arbitral para decidir da sua própria competência, envolvendo esses poderes o de apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem. É ao Tribunal Arbitral que compete decidir, à luz das regras gerais de interpretação do negócio jurídico, as dúvidas que se suscitarem sobre o sentido da convenção, nomeadamente sobre as regras do processo ou a eficácia da mesma. Sendo esta uma questão da competência jurisdicional exclusiva dos Árbitros, há que concluir pela ausência de poderes do Presidente do Centro para sobre ela decidir, ainda que tenha sido suscitada antes da constituição do Tribunal Arbitral”⁸⁵.

Em suma, não existem dúvidas de que o tribunal arbitral é competente para decidir dos litígios resultantes da interpretação, aplicação e execução das respetivas cláusulas de resolução de litígios escalonadas.

4.4. As Consequências do Incumprimento das Medidas Escalonadas

A quarta questão que se coloca e que se encontra igualmente relacionada com a questão da natureza jurídica das cláusulas de resolução de litígios escalonadas é a de saber qual a consequência jurídica processual do incumprimento das etapas prévias ali previstas⁸⁶.

No caso em que se entenda que a cláusula de resolução de litígios escalonada consubstancia uma condição precedente à própria competência do tribunal arbitral, a resposta é fácil, porquanto, perante o

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Pode igualmente discutir-se se o incumprimento de uma tal obrigação contratual pode constituir o inadimplente na obrigação de indemnizar a contraparte, havendo mesmo quem entenda ser esta a consequência jurídica de tal incumprimento. Embora, em teoria, uma tal responsabilização seja necessária, na prática, poderá (e certamente será) difícil quantificar os respetivos danos. *Vide* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO et. al., *Manual de Arbitragem*, 2020, p. 140.

incumprimento das etapas prévias, considerar-se-á que não se verificou a condição de atribuição de competência, não sendo, por conseguinte, o tribunal arbitral competente, tendo as partes que litigar nos tribunais judiciais (sem prejuízo de, naturalmente, poderem fazer cumprir as respetivas etapas prévias).

A questão coloca-se, por isso, nas situações em que a cláusula de resolução de litígios escalonada consubstancia uma condição de admissibilidade processual da ação. Neste cenário, deverá o tribunal arbitral absolver o demandado da instância ou deverá suspender a instância, com vista a permitir às partes o cumprimento das etapas prévias? Como nota ALEXANDER JOLLES, se o cumprimento de tais etapas for considerado uma condição precedente à admissibilidade processual do recurso à arbitragem, a solução evidente seria a da absolvição da instância.

No entanto, tal solução pode não ser a mais adequada aos interesses das partes⁸⁷, pois determinará a extinção do tribunal arbitral, que terá de ser novamente constituído no caso de o método alternativo de resolução de litígio não vir a ter sucesso⁸⁸. Conclui, assim, que a suspensão da instância é a solução mais adequada⁸⁹.

Além de tal solução ser a que melhor se adequa ao princípio da celeridade, tem ainda a vantagem de criar uma pressão adicional sobre as partes para chegarem a uma solução consensual, pois, enquanto estiverem sujeitas às etapas prévias previstas na respetiva cláusula, o processo arbitral continuará pendente.

Neste contexto, é ainda referido que a ordem processual que determine a suspensão da instância deve definir as condições em que a suspensão será levantada e fixar um prazo para que as partes concluam as respetivas etapas prévias, por forma a evitar que uma das partes utilize o meio alternativo como forma de obstar ao recurso à arbitragem pela contraparte⁹⁰.

⁸⁷ ALEXANDER JOLLES, "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", 2006, p. 336.

⁸⁸ Além dos potenciais efeitos que tal decisão pode ter na suspensão e interrupção de prazos prescricionais.

⁸⁹ ALEXANDER JOLLES, "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", 2006, p. 336.

⁹⁰ ALEXANDER JOLLES, "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", 2006, p. 336.

Note-se que a solução nem sempre tem sido esta. A título de exemplo, recorde-se que no já *supra* citado processo CCI n.º 6276, o respetivo tribunal arbitral rejeitou a arbitragem tendo considerado que, pese embora o requerimento de arbitragem não fosse impossível no futuro, era, naquele momento, prematuro⁹¹.

Na nossa opinião, concordamos que a solução que melhor se adequa ao interesse de todos os envolvidos é, de facto, a suspensão da instância.

Entre nós, note-se que é esta a solução plasmada no artigo 12.º, n.º 4 da Lei da Mediação, o qual prevê que o tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu, deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.

4.5. A Admissibilidade de Dedução de Pedidos Reconvencionais pela Primeira Vez na Arbitragem?

A quinta questão a que nos propomos responder consiste em saber se, perante uma cláusula de resolução de litígios escalonada cujas etapas prévias à arbitragem sejam consideradas vinculativas, é admissível a dedução de um pedido reconvencional apenas em sede de arbitragem.

As escassas decisões conhecidas nesta matéria são contraditórias entre si.

Assim, na decisão de um tribunal arbitral constituído sob a égide da CCI, no processo CCI n.º 14079, foi entendido que, não tendo o demandado sujeito o pedido reconvencional e de compensação à etapa prévia de adjudicação, conforme previsto na respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada, o mesmo ficou impedido de deduzir tais pedidos no decurso do processo arbitral.

No caso, a respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada previa que, previamente ao início do processo arbitral, as partes submetessem os respetivos litígios a adjudicação, prevendo tal cláusula que, caso alguma

⁹¹ Processo CCI n.º 6276, citado em D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, 2003, p. 78.

das partes ficasse insatisfeita com a decisão do adjudicante, ou se este não proferisse uma decisão num prazo de 28 dias, poderiam submeter o litígio a arbitragem⁹².

Desde logo, o tribunal salientou que as disposições contratuais aprovadas pelas partes não regulavam explicitamente a questão de saber se a fase de adjudicação do mecanismo de resolução de litígios deveria cessar automaticamente no caso de ser deduzido um pedido reconvenicional no âmbito de um processo arbitral já pendente. No entanto, na opinião do tribunal, a cláusula ali em causa era demasiado elaborada e precisa para que se pudesse aceitar o entendimento de que o mero facto de o processo estar pendente perante os árbitros seria suficiente para abrir a fase de arbitragem a quaisquer outras reivindicações que pudessem existir entre as partes. Tanto mais que, no entendimento do tribunal, o processo de adjudicação estabelecido naquela cláusula teria sido concebido como um mecanismo central de resolução de litígios.

Assim, nos termos da cláusula de resolução de litígios, era claro que qualquer processo de arbitragem subsequente teria apenas como objetivo proporcionar uma solução contra a decisão do adjudicante e oferecer uma garantia processual no caso de este falhar⁹³.

Em suma, o tribunal entendeu que, na ausência de disposições contratuais das partes que dispensasse o requisito de sujeição prévia à adjudicação dos pedidos reconvencionais e dos pedidos de compensação, o réu continuava vinculado à mesma, pelo que os pedidos ali deduzidos eram inadmissíveis.

Por sua vez, num acórdão de 24 de maio de 2017, no caso *Biogaran v. International Drug Development*, processo n.º 15-25.457, a *Cour de Cassation* francesa considerou que, não obstante a respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada exigir que as partes mediassem como condição prévia

⁹² “6.2.1. If either the Employer or the Contractor is dissatisfied with the Adjudicator’s decision, or if the Adjudicator fails to give a decision within twentyeight (28) days of a dispute being referred to it, then either the Employer or the Contractor may, within fifty-six (56) days of such reference, give notice to the other party, with a copy for information to the Adjudicator, of its intention to commence arbitration, as hereinafter provided, as to the matter in dispute, and no arbitration in respect of this matter may be commenced unless such notice is given”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/Supplement – 2014, p. 39.

⁹³ ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/Supplement – 2014, p. 42.

ao processo judicial, o réu podia deduzir um pedido reconvenicional no processo sem que o mesmo tivesse sido submetido a mediação⁹⁴.

Antes de iniciar a ação judicial, a Biogaran, autora na ação, cumpriu os requisitos de resolução amigável de disputas e mediação previstas na respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada⁹⁵. Já no decurso daquela ação a ré, International Drug Development, deduziu um pedido reconvenicional que não tinha sido considerado na mediação, o que conduziu a que o *Cour d'appel* tivesse considerado que tal pedido era inadmissível.

Na respetiva decisão, a *Cour de Cassation* francesa considerou que, na altura em que a reconvenção foi deduzida, o processo já tinha sido iniciado, pelo que era irrelevante se o contrato exigia a mediação como condição prévia à instauração do processo. A questão que se impunha saber era, assim, se tal contrato impunha especificamente uma condição prévia à dedução de um pedido reconvenicional. Ora, na ausência de referência expressa nesse sentido, o tribunal entendeu que não era esse o caso, tendo, assim, admitido o pedido reconvenicional.

Numa posição intermédia, no caso *Connect Plus (M25) Limited v. Highways England Company Limited* [2016] EWHC 2614 (TCC), pese embora tenha rejeitado que tivesse existido incumprimento, o *High Court inglês* referiu que, caso assim não fosse, exerceria “involuntariamente” a sua discricção, decidindo contra a suspensão do processo para permitir que as questões fossem sujeitas à etapa prévia, porque as alegadas “novas” reivindicações estavam demasiado interligadas com as reivindicações preexistentes para permitir qualquer tipo de divisão adequada entre elas⁹⁶. Assim, na prática, o tribunal refere que sempre admitiria tais pedidos, não os sujeitando às etapas prévias.

Atendendo às dúvidas suscitadas nesta matéria, nas “*Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional*” sugere-se que, se

⁹⁴ Cour de Cassation, Civile, Chambre Commerciale, 24 de maio de 2017, 15-25.457.

⁹⁵ Nos termos da respetiva cláusula, as partes eram obrigadas a conduzir negociações amigáveis de qualquer litígio durante um período de 60 dias. Não sendo o litígio solucionado, o mesmo seria submetido a um mediador, que teria mais 60 dias para tentar resolvê-lo, após o que as partes poderiam submeter o litígio à jurisdição do tribunal de Paris.

⁹⁶ *Connect Plus (M25) Limited v Highways England Company Limited* [2016] EWHC 2614 (TCC).

as partes pretenderem preservar o direito de suscitar pedidos reconventionais pela primeira vez na arbitragem, isto é, sem que os mesmos tenham de passar pelas etapas prévias, o mesmo deve ser especificado nas cláusulas arbitrais.

Uma vez mais, a questão de saber se é admissível a dedução de pedido reconvenicional apenas em sede de arbitragem dependerá da redação da concreta cláusula de resolução de litígios escalonada.

Na nossa opinião, na ausência de previsão expressa em sentido contrário – ou de outros elementos que permitam concluir nesse sentido, como sucedeu no suprarreferido processo CCI n.º 14079 –, os pedidos reconventionais não sujeitos às etapas prévias previstas nas respetivas cláusulas de resolução de litígios escalonadas devem ser admitidos. Com efeito, numa lógica de eficiência processual e de custos, cremos que, no cenário em que o processo arbitral já está em curso, não fará sentido – e, de resto, duvidamos da verdadeira utilidade prática – exigir que o demandado tenha de sujeitar a sua pretensão à etapa prévia prevista na respetiva cláusula escalonada.

Em todo o caso, cremos que, nos casos em que assim não se entenda, deverá ser ordenada a suspensão da instância arbitral, por forma a permitir sujeitar tal pedido reconvenicional à respetiva etapa prévia. Com efeito, não se vê motivos para, neste cenário, a solução ser diversa daquela adotada para o caso em que o pedido principal não foi submetido às etapas de resolução de litígios prévias.

Deste modo, permite-se que, não sendo o pedido reconvenicional solucionado no âmbito da respetiva etapa, o mesmo seja apreciado conjuntamente com o pedido do demandante. É a solução que melhor se adequa a todos os interesses em jogo.

4.6. A Compatibilidade das Cláusulas Escalonadas com a Tutela Cautelar

A última questão objeto do presente estudo prende-se com a compatibilidade das cláusulas de resolução de litígios escalonadas com a tutela cautelar das partes. Recorde-se que tais cláusulas preveem, pelo menos, uma etapa ou nível de resolução de litígios prévio ao recurso à arbitragem, o que pode não se compadecer com necessidades urgentes das partes de acautelar os seus direitos. Pense-se no caso em que uma

cláusula de resolução de litígios escalonada prevê a obrigação das partes se sujeitarem a mediação, por um período de 30 dias, antes de poderem iniciar o processo arbitral e, entretanto, o demandante descobre que o demandado se encontra a dissipar o seu património, necessitando, assim, de requerer uma providência cautelar conservatória com vista a garantir o seu crédito. *Quid juris?* Tem o demandante que se sujeitar à mediação prévia ou pode recorrer imediatamente ao tribunal?

Esta questão já foi objeto de algumas decisões no âmbito do Regulamento do Árbitro de Emergência da CCI. Assim, de acordo como relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, a exceção de falta de competência relacionada com a existência de uma cláusula de resolução de litígios escalonada foi suscitada em seis processos, tendo sido objeto de decisões diferentes⁹⁷.

Assim, num primeiro caso, o árbitro de emergência considerou que uma cláusula de resolução de litígios escalonada, que previa um período de negociação de 90 dias, constituía uma condição prévia ao início do processo de arbitragem e uma “*limitação do consentimento das partes em arbitrar*”.

O respetivo árbitro de emergência determinou que o procedimento de arbitragem de emergência era parte inerente da arbitragem e não algo separado ou distinto, pelo que o não cumprimento das condições prévias lhe retirava competência⁹⁸.

Num segundo caso, em que a respetiva cláusula de resolução de litígios exigia o recurso a processo de mediação obrigatório de 60 dias antes de se iniciar a arbitragem, o requerimento de árbitro de emergência foi apresentado ao mesmo tempo em que a mediação foi iniciada. O demandado argumentou que o processo de mediação de 60 dias era uma condição prévia à arbitragem e, por conseguinte, o árbitro de emergência não tinha competência. Este argumento foi rejeitado pelo respetivo árbitro de emergência, que salientou que a solução contrária redundaria na privação das partes de medidas cautelares no momento em que mais era necessário⁹⁹.

⁹⁷ Relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, 2019.

⁹⁸ Processo CCO AE n.º 26, referido no parágrafo 87(c) do Relatório da Comissão da CII sobre os Processos de Árbitros de Emergência, abril de 2019.

⁹⁹ Relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, 2019.

Num terceiro caso, a cláusula arbitral estipulava um período de “arrefecimento” ou “*cooling down period*” de 30 dias em que as partes deveriam tentar encontrar uma solução amigável. Embora a questão não tenha sido suscitada pelo demandado, o árbitro de emergência, por sua própria iniciativa, considerou que aquele período de reflexão não impedia o início do processo de árbitro de emergência, dada a urgência da medida cautelar pretendida por uma das partes¹⁰⁰.

Num quarto caso, a incompetência do árbitro de emergência foi suscitada pelo demandado, com base no artigo 29.º, n.º 5 do regulamento de árbitro de emergência, com o fundamento de que um período de reflexão deveria ser considerado um período de mediação obrigatório, bem como um mecanismo de arbitragem preexistente¹⁰¹.

No entanto, o árbitro de emergência rejeitou aquele argumento, entendendo, por um lado, que um período de reflexão/negociação não deve ser equiparado a uma fase de mediação e, por outro lado, que um tal período não impedia o início do procedimento de emergência¹⁰².

Parece-nos, de facto, ser esta a solução que melhor se adequa aos valores em jogo. Com efeito, a natureza urgente da tutela cautelar não se compadece com a obrigação das partes de se submeterem, previamente, a outros mecanismos de resolução e litígios, os quais nunca poderão acautelar os interesses do requerente da medida cautelar.

Na verdade, obrigar a que o requerente de uma medida cautelar tivesse de, primeiramente, se submeter às etapas prévias previstas na respetiva cláusula de resolução de litígios escalonada consubstanciará, na prática, uma negação dos direitos e interesses do requerente e do efeito útil de uma eventual decisão que venha a ser tomada na ação arbitral principal.

Assim, na ausência de referência expressa em sentido contrário, deve entender-se que a existência de uma cláusula de resolução de litígios escalonada não preclui o direito à tutela cautelar imediata das partes.

¹⁰⁰ Relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, 2019.

¹⁰¹ Relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, 2019.

¹⁰² Relatório da Comissão da CCI sobre os Processos de Árbitros de Emergência, 2019.

5. Conclusões

Os benefícios das cláusulas de resolução de litígios escalonadas, quando eficazes, são inegáveis e contribuem, em muito, para a resolução célere dos litígios e a pacificação das relações comerciais.

No entanto, a sua redação exige cuidados especiais, com vista a obstar a que, no momento da sua aplicação, surjam mais dúvidas do que certezas, assim gerando maior litigiosidade, num manifesto contrassenso com o que são os seus objetivos.

Assim, as partes deverão ter cuidados redobrados na redação e preparação de cláusulas de resolução de litígios escalonadas, assegurando uma redação simples, clara e específica, por forma a que as mesmas reflitam a sua vontade.

Neste contexto, as partes devem ponderar, cuidadosamente, a redação das respetivas cláusulas, com vista a garantir que as mesmas reflitam a sua vontade relativamente à sua natureza vinculativa ou opcional, pois, como se viu, entende-se apenas ser legítimo concluir pela sua natureza vinculativa e condicional ao início do processo arbitral quando o mesmo resulta inequivocamente do seu texto.

Por outro lado, as partes devem procurar deixar claro a natureza jurídica que pretendem atribuir à respetiva cláusula (se de condição atributiva de competência, procedimento ou admissibilidade), sob pena de a mesma poder não ser exequível, nos termos que pretendem. Esta questão será particularmente relevante no que diz respeito às respetivas consequências processuais do respetivo incumprimento.

Por fim, as partes deverão ainda deixar claro a sua vontade no que diz respeito à sujeição de pedidos reconventionais e tutela cautelar às etapas prévias à arbitragem. Quanto a nós, atendendo aos valores em jogo, os mesmos deverão ser expressamente excluídos de tal sujeição.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008;
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, 2.^a edição, 2010;

- BORN, Gary B.; ŠČEKIĆ, Marija, “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015;
- BERGER, Klaus Peter, “Law and Practice of Escalation Clauses”, in *Arbitration International*, Volume 22, 1, março de 2006, pp. 1-18;
- CHAPMAN, Simon, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, Issue 1, 2010, pp. 89-98;
- CREMADES, Bernardo M., “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Report in 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin No. 1*, 2003 (CRP Institute for Dispute Resolution, 2014), disponível em <www1.fidic.org/resources/contracts/cremades_2004.pdf>;
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2016;
- FIGUERES, D. Jiménez, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, *14 ICC International Court Of Arbitration Bulletin 1*, 2003;
- FILE, D. Jason, “United States: Multistep Dispute Resolution Clauses”, 3 Mediation Committee Newsletter 1 (IBA Legal Practice Division), julho de 2007;
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Almedina, 2019;
- JARROSSON, Charles, “Observations on Poiré v. Tripier”, *19 Arbitration International*, n.º 3, 2003;
- JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, *72 Arbitration 4*, 2006;
- KAYALI, Didem, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, 6, 2010, pp. 551-577;
- MACHADO, José Carlos Soares, “Cláusulas Arbitrais Escalonadas. Reflexões sobre a sua redação e interpretação”, *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2015;
- MCILWRATH, Michael; Savage, John, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Nova Iorque, Kluwer Law International, 2011;
- PAULSSON, Jan, “Jurisdiction and Admissibility”, *Global Reflections On International Law, Commerce and Dispute Resolution*, 2005;
- PINHEIRO, Luís de Lima, “Convenção de Arbitragem (Aspectos Internos e Transnacionais)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 – Vol. I / II – Nov. 2004, 2004;
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional, A determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra Editora, 2005;

- PRYLES, Michael, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, 2001;
- Revue de l’arbitrage, 2016 – N.º 3, Comité français de l’arbitrag;
- SANTOS, Rute, “Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem”, coord. Mariana França Gouveia, em *Análise de Jurisprudência sobre a Arbitragem*, 2011;
- VENTURA, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, *Revista Ordem dos Advogados*, Ano 46, setembro de 1986;
- VIEIRA, Pedro Siza, “Expert Determination”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Anual, n.º 10, 2017;
- VLAVIANOS, George M.; PAPPAS, Vasilis F. L., “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration”, *The Guide to Energy Arbitrations*, Law Business Research Ltd, Londres, 2.ª Edição, 2017.

Arbitragem Societária: O Problema do Consentimento

MIGUEL LOURENÇO E SILVA

Sumário: I. Enquadramento. As Coordenadas do Problema. II. A Vinculação dos Sócios Dissidentes. III. A Vinculação dos Adquirentes e dos Membros dos Órgãos Sociais. IV. Síntese Conclusiva e Perspetivas de Futuro.

Summary: I. Introduction. The Problem. II. Binding Effect vis-à-vis Dissenting Shareholders. III. Binding Effect vis-à-vis of Acquirers of Share Capital and Members of the Corporate Bodies. IV. Conclusions and Outlook into the Future.

Resumo: O presente estudo visa abordar o consentimento na arbitragem societária, procurando contribuir para a discussão em torno da vinculação dos sócios dissidentes, dos adquirentes de participações sociais e dos membros dos órgãos sociais à cláusula compromissória inserida nos estatutos por deliberação adotada pela maioria legalmente exigida para a alteração dos estatutos. Quanto aos sócios dissidentes, a análise far-se-á tendo em vista superar a (pelo menos aparente) tensão entre a intangibilidade dos contratos e o princípio da maioria. Quanto aos adquirentes e membros dos órgãos sociais, a análise far-se-á mediante determinação do real alcance da aquisição da participação social e da aceitação do cargo, respetivamente.

Palavras-chave: *Arbitragem Societária; Consentimento; Vinculação à Cláusula Compromissória Estatutária; Sócios Dissidentes; Adquirentes; Membros dos Órgãos Sociais.*

Abstract: This article aims to broach the issue of consent in corporate arbitration, by endeavouring to contribute to discussion on the binding effect of an arbitration agreement inserted in the bylaws of a company, through a resolution adopted for the amendment thereof by the required majority, vis-à-vis dissenting shareholders, acquirers of share capital and the members of the corporate bodies. As regards dissenting shareholders, the analysis aims to surpass the (at least apparent) tension between the principle of the 'intangibility' of contracts and the corporate majority principle. As regards the

acquirers of share capital and the members of the corporate bodies, the analysis is based on the determination of the precise scope of the acquisition of share capital and of the acceptance mandate.

Keywords: *Corporate Arbitration; Consent; Binding Effect of the Arbitration Agreement Inserted in the Bylaws; Dissenting Shareholders; Acquirers of Share Capital; Members of the Corporate Bodies.*

I. Enquadramento. As Coordenadas do Problema¹

O presente artigo visa abordar um dos problemas fundamentais da Arbitragem Societária², o consentimento. Não sendo um problema exclusivo da Arbitragem Societária, até porque usa dizer-se que a arbitragem é uma ‘*creature of consent*’ – para exprimir a ideia de que uma parte “cannot be forced to arbitrate if it has not agreed to do so”³ –, a verdade é que quanto àquela se suscitam especiais dificuldades. De facto, trata-se de um âmbito no qual, diferentemente do que sucede – grosso modo – nos demais domínios da arbitragem voluntária, se pode vir a concluir que

¹ A escolha deste tema deve-se a motivos diversos. Em primeiro lugar, ao nosso interesse quer pelo Direito da Arbitragem, quer pelo Direito das Sociedades Comerciais. Em segundo lugar, por se tratar de um tema que aflorámos, brevemente, num outro estudo de que somos coautores (CARLA BORGES e MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Arbitragem Comercial – Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2019). Por fim, por nos parecer um domínio que, no âmbito da arbitragem, será objeto, em Portugal, de grande desenvolvimento – prático e legislativo –, crendo-se que se tornem cada vez mais comuns as ‘arbitragens societárias’. Na elaboração deste artigo foi considerada a legislação em vigor no dia 21.06.2021.

² Exclui-se do âmbito da análise que se segue a ‘parassocialidade’, visto que, salvo melhor entendimento, não nos parece que, nesse conspecto, se coloquem as questões aqui tidas por relevantes. De facto, no âmbito da *parassocialidade*, a inserção de uma cláusula compromissória não suscita o mesmo tipo de dificuldades visto que, embora o acordo parassocial também seja um contrato colaborativo celebrado por sócios, a verdade é que não se discute que, perante a oposição de um dos contraentes, não pode ser inserta a cláusula compromissória. Diferentemente sucede quanto ao contrato de sociedade (estatutos), como veremos.

³ *InterGen N.V. v. Eric F. Grina*, 344 F. 3d 134 (United States Court of Appeals, First Circuit, decisão de 23 de setembro de 2003).

alguém, independentemente de ter manifestado (individualmente) uma vontade contrária à composição dos litígios por recurso a arbitragem, ou até alguém que não tenha manifestado vontade (quer favorável, quer contrária) a essa solução, se pode ver vinculado à jurisdição arbitral⁴.

Afigura-se, por isso, especialmente relevante a análise do consentimento (a sua exigência e seus contornos) no âmbito da Arbitragem Societária.

Neste contexto, e para efeitos deste estudo, entendemos o consentimento como *o comportamento através do qual as partes anuem à submissão do litígio à jurisdição arbitral*. É este o conceito chave para a análise que nos propomos empreender.

Sem pretensões de exaustividade, a análise da vinculação dos sócios dissidentes far-se-á partindo da constatação de que, pelo menos aparentemente, existe, quanto ao consentimento, uma tensão entre o regime da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que aprova a Lei da Arbitragem Voluntária, e o regime aplicável à adoção de deliberações pelos sócios⁵⁶⁷.

Importa, contudo, fazer desde já uma precisão delimitadora do âmbito do estudo. Em tese, a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos pode dar-se em dois momentos típicos. No momento ‘*fundacional*’ – *i.e.*, no momento da constituição da sociedade – ou, num momento posterior – *i.e.*, num momento em que a sociedade já existe e é uma realidade dinâmica personificada. O primeiro momento mencionado é o da sociedade-contrato e o segundo, o da sociedade-instituição⁸. Ora,

⁴ Neste estudo abordaremos apenas a cláusula compromissória. Não nos referiremos à celebração de compromisso arbitral, uma vez que tal compromisso é celebrado após o surgimento do litígio. Assim, ao celebrarem-no, as partes – unanimemente – acordam em submeter o litígio a arbitragem.

⁵ Aqui entendidos como titulares de participações sociais e não por referência a qualquer tipo social específico. Assim, salvo indicação em contrário, o termo será utilizado e deverá ser lido como referindo-se aos membros do substrato pessoal de uma sociedade comercial e não como titulares de participações sociais de uma sociedade em nome coletivo ou por quotas.

⁶ Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

⁷ Neste estudo não está em causa a formação da vontade da pessoa coletiva (sociedade) em si, mas sim a forma como a construção dessa vontade vincula cada um dos seus sócios e produz efeitos sobre a sua esfera individual.

⁸ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 105.

para o que aqui nos ocupará não se afigura relevante o primeiro momento porque nele, os sócios, ao celebrar o contrato de sociedade, definem em termos unânimes o seu conteúdo⁹. A questão que nos ocupa só se coloca, por isso, verdadeiramente, no momento da sociedade-instituição, pois só aí existem (e se questiona a vinculação de) sócios dissidentes, adquirentes de participações sociais e membros dos órgãos sociais (que não sejam sócios que votem favoravelmente a inserção da cláusula compromissória nos estatutos). Enquadrada temporalmente a análise e definido o conceito chave, vejamos aquele que nos parece ser o ponto de partida da reflexão, isto é, vejamos os contornos da tensão a que aludimos.

Analisado o disposto no artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária, constata-se que esta não se afasta, quanto ao consentimento para o negócio jurídico processual que é a convenção de arbitragem, do regime geral vigente a respeito da generalidade dos negócios jurídicos. De facto, exige-se, no referido preceito, o consentimento das partes que, ainda que tacitamente manifestado (cf. artigo 217.º, n.º 2, do Código Civil), terá de observar a forma escrita¹⁰. Ora, muito simplesmente, poder-se-á dizer que o regime previsto na Lei da Arbitragem Voluntária, para a inserção de convenções de arbitragem

⁹ De facto, no momento da constituição da sociedade, todos os (futuros) sócios terão, necessariamente, de dar o seu consentimento individual, sem o qual a sociedade não existirá ou, alternativamente, os que não assentirem não serão sócios. Por esse motivo, a análise do consentimento quanto à inserção de uma cláusula compromissória revela-se (menos interessante e) um domínio problemático distinto do aqui considerado, visto que o paradigma da Lei da Arbitragem Voluntária (de seguida exposto) – fruto da necessidade de cada um dos (futuros) sócios ter de expressamente manifestar uma vontade individual coincidente com a constituição e participação na sociedade – se aplica plenamente. Em sentido divergente, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A Arbitrabilidade de Litígios Societários”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 252. Assim, a análise aqui feita centra-se, apenas, no momento sociedade-instituição, uma vez que neste momento a sociedade já se autonomizou do contrato inicial que a fundou e, conseqüentemente, superou a necessidade da unanimidade, funcionando de acordo com o princípio da maioria (como veremos).

¹⁰ DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 37 e ss.; e, reportando-se à anterior Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 31 de agosto), mas mantendo a sua integral pertinência, DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação de Consentimento na Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIII, n.º 2, 2002, p. 993.

em contratos vigentes, pressupõe o consentimento de todas as partes (*i.e.*, no que aqui releva, é necessária unanimidade para a inclusão de uma cláusula compromissória no negócio jurídico celebrado). Compreende-se que assim seja, uma vez que vigora no ordenamento jurídico nacional o princípio da intangibilidade dos contratos (artigo 406.º, do Código Civil), segundo o qual o contrato, salvo nos casos admitidos por lei, só pode ser modificado por mútuo consentimento de todos os contraentes.

Diversamente, no âmbito das sociedades comerciais – no momento da sociedade-instituição – vigora um regime distinto. Trata-se de um regime que, fruto da adoção do regime da maioria, se afasta da aludida intangibilidade/unanimidade¹¹.

Ao abrigo desse princípio, as sociedades comerciais regem-se pela prevalência da vontade da maioria dos seus sócios (ou dos membros dos seus órgãos sociais, desde que colegiais), que se consubstancia na adoção de uma deliberação social que a reflete¹². Na génese deste princípio está, por um lado, uma noção ontológico-institucionalista da sociedade que, reconhecendo-a como um ente próprio, no princípio da maioria vê uma fundamental norma organizativa¹³, que permite o funcionamento da sociedade e, por outro lado, uma conceção democrática (que encontra respaldo na natureza profundamente colaborativa do contrato de sociedade – quer na sua celebração, quer na sua execução) que assume que a maioria dos sócios definirá, com maior acerto, a concretização do

¹¹ A sua consagração no direito português resulta, por exemplo, do disposto nos artigos 85.º, n.ºs 1 e 2, 265.º, n.º 1, 383.º, n.ºs 2 e 3 e 386.º, todos do Código das Sociedades Comerciais.

¹² Conforme explica PINTO FURTADO (JORGE PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 473-476), constituindo as deliberações sociais atos colegiais, dominados pelo princípio da maioria, a respetiva eficácia jurídica, em derrogação das regras gerais aplicáveis aos factos jurídicos, é enformada (e a sua extensão determinada) por esse princípio: “não se restringe àqueles que votaram favoravelmente à deliberação, estendendo-se por igual a todos os membros do colégio, independentemente de terem votado contra, não terem votado, ou não terem sequer estado presentes à formação deliberativa para que foram convocados”. De facto, se assim não fosse, frustrar-se-ia o princípio da maioria, “se se não filiasse neste princípio geral, frustrar-se-ia o próprio acto grupal, na maior parte dos casos, por não se conseguir alcançar a unanimidade”.

¹³ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas Compromissórias Estatutárias e Princípio Maioritário”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 75 e ss.

desiderato social¹⁴. Fruto do desenvolvimento jurídico e económico, hodiernamente, o princípio da maioria já não se encontra inextricavelmente ligado à proporção do capital social detido por cada sócio. Isto porque a participação dos sócios no processo deliberativo pode não ser proporcional à porção do capital social desta por si detido – pense-se, por exemplo, nas ações preferenciais sem direito de voto¹⁵. Todavia, daí não resulta qualquer afastamento do dito princípio para efeitos de construção da vontade social nem para a vinculação dos sócios que não integraram a maioria deliberativa. Ou seja, não deixa de se ter que, por via do princípio da maioria, a vontade (individual) de cada um dos sócios apenas concorre para a formação da vontade coletiva, que se impõe a todos, imediata e automaticamente¹⁶, no seio da sociedade comercial¹⁷.

São estes os dois paradigmas em confronto. Por um lado, a intangibilidade/unanimidade de que parte a Lei da Arbitragem Voluntária (regra geral da formação e modificação dos negócios jurídicos) e, por outro, o princípio da maioria que rege o funcionamento das sociedades comerciais e a formação da vontade coletiva – que se impõe aos sócios.

Assim, entendemos que a chave da solução se encontra, portanto, em saber se no âmbito da Arbitragem Societária, a unanimidade que a Lei

¹⁴ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, Universidade de Coimbra, 1968, pp. 346-347.

¹⁵ Cf. artigo 341.º do Código das Sociedades Comerciais. Um outro exemplo, mais recente, consta do artigo 21.º-D do Código dos Valores Mobiliários: “[a]s sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral podem emitir ações com direito especial ao voto plural, até ao limite de cinco votos por cada ação”.

¹⁶ JORGE PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, 2005, pp. 473-476. De forma lapidar, nota PAULO OLAVO CUNHA que, sendo a deliberação social “um negócio jurídico unilateral, de que resulta efetivamente uma única declaração de vontade com relevância jurídica (...) [na sua formação coexistem] vontades sobrepostas ou contraditórias, [mas no] resultado final não irá afirmar-se qualquer divergência, prevalecendo as declarações de voto maioritariamente emitidas no sentido que faz vencimento. Não há, pois, efeitos diferenciados no resultado final, embora possa haver vontades divergentes” (PAULO OLAVO CUNHA, *Deliberações Sociais – Formação e Impugnação*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 20) (notas nossas).

¹⁷ Mais desenvolvidamente, veja-se, PEDRO MAIA, *Voto e Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2020; e ainda DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2019.

da Arbitragem Voluntária pressupõe se sobrepõe ao, ou, ao invés, deve ceder perante o princípio da maioria, admitindo-se, em consequência, que mesmo um sócio dissidente se veja vinculado pela cláusula compromissória inserta nos estatutos – pese embora não tenha votado a favor da deliberação que a adotou. Aquela que nos parece ser a resposta a este problema será abordada adiante.

Diferentemente, no que concerne à vinculação dos adquirentes e dos membros dos órgãos sociais, a questão apresenta contornos distintos. De facto, nesse âmbito, a (pelo menos aparente) tensão entre a intangibilidade dos contratos e o princípio da maioria não se afigura como relevante. Ao invés, a colocação adequada do problema dita que se deva analisar se, ao adquirir uma participação social, o (futuro) sócio consente na cláusula compromissória e se, ao aceitar desempenhar o cargo, o (futuro) membro do órgão social manifesta semelhante anuência.

Antes disso, importa notar que a montante dos problemas equacionados está a questão de saber se podem ser introduzidas nos pactos sociais cláusulas compromissórias. A este respeito, tem entendido a doutrina¹⁸ (embora não unanimemente) que nenhuma diferença se deve estabelecer entre a natureza da cláusula compromissória estatutária e a das restantes cláusulas estatutárias. Sublinha-se que a lei não prevê um conteúdo máximo do pacto social, regulando apenas o conteúdo mínimo necessário¹⁹, e vigorando o princípio da ‘autonomia estatutária’²⁰, não há motivos para que aquelas não se considerem admissíveis, posto que seja observada a formalidade legalmente prescrita (cf. artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária)²¹.

Em síntese, e de forma lapidar, nota SAMPAIO CAMELO, “[a] disposição estatutária que impõe que os litígios intrassocietários sejam resolvidos por via da arbitragem traduz a opção coletiva da sociedade por um método

¹⁸ CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA LOBO, “A Cláusula Compromissória Estatutária”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, 2009, pp. 11 e ss. (quanto ao direito brasileiro); e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, in *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 370.

¹⁹ Cf. artigo 9.º do Código das Sociedades Comerciais.

²⁰ PEDRO MAIA, “Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2017, p. 54.

²¹ Quanto à qualificação de uma tal cláusula estatutária e respetivas implicações, veja-se, PEDRO MAIA, “Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva”, 2017, pp. 54-59.

de resolução de litígios (...) não [implicando] uma diminuição da proteção dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos ou dos direitos destes e daquela perante os sócios”²².

Parece, por isso, ser claro que, na ausência de proibição expressa legal, inexistente qualquer impedimento à inserção de cláusulas compromissórias em estatutos²³.

Aqui chegados, e mostrando-se identificadas quer as questões preliminares instrumentais do estudo, quer os contornos dos problemas a considerar, analisar-se-ão, de seguida, as situações que nos parecem poder suscitar dúvidas, a saber: (i) a vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória inserta nos estatutos e (ii) a vinculação do adquirente de participações sociais representativas do capital social de sociedade e dos titulares de cargos em órgãos sociais à cláusula compromissória inserta nos estatutos.

II. A Vinculação dos Sócios Dissidentes

Antes de dissecar a vinculação (ou não) dos sócios dissidentes, há que esclarecer quem se deve entender como ‘*dissidente*’. Exceção feita aos sócios que votam favoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária, nenhum outro sócio, quer se abstenha, quer vote contra a sua adoção, manifesta (individualmente) vontade de adotar a deliberação que visa inserir a referida cláusula nos estatutos. Poder-se-ia pensar, à primeira vista, que esta similitude entre sócios abstenentes e dissidentes os colocaria no mesmo plano. Não é assim, contudo. De facto, o Código das Sociedades Comerciais contém regras que afastam essa conclusão nas sociedades anónimas e, ao invés, as impõem nas sociedades por quotas²⁴.

Por força do disposto no artigo 265.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, nas sociedades por quotas a abstenção é, por definição e

²² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, p. 371.

²³ Em todo o caso, defender a respetiva admissibilidade sempre seria pressuposto da utilidade da análise que se segue.

²⁴ Referimo-nos apenas a estes dois tipos societários por serem os únicos economicamente relevantes. Neste sentido, já havíamos escrito em CARLA BORGES e MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein”, 2019, p. 194.

natureza, um voto desfavorável²⁵. Assim, somos levados a concluir (*ope legis*) que um sócio (em sentido próprio) abstinente, independentemente de não manifestar (expressa e individualmente) uma vontade (des)favorável à adoção da cláusula compromissória, contribuiu para o bloco que não aprova a adoção da cláusula compromissória, não porque tenha manifestado expressamente uma vontade (individual) de sentido contrário, mas por ser esse o sentido que a lei atribui ao seu comportamento. Devem, por isso, ser neste prisma assimilados ao conceito de ‘*sócios dissidentes*’.

Inversamente, nas sociedades anónimas, a abstenção apresenta um sentido neutro²⁶. Significa isto que, não manifestando nem uma vontade favorável nem desfavorável à adoção da cláusula compromissória, a lei não atribui nem um sentido positivo nem um sentido negativo ao comportamento do acionista abstinente. Dada a absoluta neutralidade do acionista abstinente, parece-nos que, atento o funcionamento das sociedades comerciais, especialmente tendo presente o princípio acima referido, se deve considerar que, ao abster-se, fez (individualmente) sua a vontade expressa pelos demais acionistas que votaram favoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária. Parece-nos ser esta a única via interpretativa possível uma vez que o acionista abstinente, se discordasse da adoção de tal cláusula, poderia (*rectius*, deveria) ter votado desfavoravelmente. Ao não o fazer, e na ausência de disposição em sentido contrário, assumindo o ‘risco’ e as consequências de participação numa sociedade, contribuiu para a adoção da deliberação, fazendo sua essa vontade²⁷.

²⁵ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 6.^a edição, Porto, 2016, p. 295; e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2016, p. 668.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Um outro grupo de sócios, que (em rigor) não manifestou a qualquer vontade concordante com a adoção da deliberação que altera os estatutos, poderá ainda ser considerado: os detentores de ações preferenciais sem direito de voto (cujo direito de voto não estivesse, ainda que transitoriamente, repristinado nos termos do artigo 342.^o, n.^o 3, do Código das Sociedades Comerciais, no momento em que a deliberação destinada a alterar os estatutos e neles inserir a cláusula compromissória seja adotada). Cremos que a resposta, também quanto a este universo de sócios, não poderá deixar de ser a mesma: ficam vinculados à cláusula compromissória. Com efeito, a não titularidade, via de regra, do direito ao voto (que é transversal, não se restringindo às alterações estatutárias) resulta da própria conformação do *status socii*, aceite pelo sócio e expressa no ato de subscrição dessas ações, e, julgamos, implica inelutavelmente que, *ab initio*, o sócio aceite que caberá aos titulares de ações com direito de

Posto isto, estamos em melhores condições de perceber a que universo nos referimos. Falamos, portanto, dos sócios (em sentido próprio) abstenentes e dissidentes e ainda dos acionistas dissidentes. É perante este universo ou categoria de sócios que, não obstante a sua vontade (individual) contrária à sua inserção nos estatutos, se questiona a eficácia da cláusula compromissória estatutária.

Como adiantámos acima, parece-nos que a solução do problema tem, necessariamente, de ser equacionada perante a tensão entre a unanimidade que a Lei da Arbitragem Voluntária pressupõe e o princípio da maioria, vigente no direito societário. Somente a superação da tensão permitirá a afirmação da vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória inserta, contra a sua vontade (individual), nos estatutos.

Do confronto entre os mencionados paradigmas resulta um subsídio importante para a superação da referida tensão. Ao perspetivar o regime ínsito na Lei da Arbitragem Voluntária, o interprete é levado a concluir que aí se apela a um princípio geral vigente no ordenamento jurídico português: o da intangibilidade, nos termos do qual o contrato apenas pode ser modificado por mútuo consentimento de todos os contraentes. Diversamente, no âmbito das sociedades comerciais vigora um princípio que se apresenta como excecional: o princípio da maioria, nos termos do qual, contanto sejam respeitados os quóruns constitutivo e deliberativo, os estatutos podem ser alterados pela maioria dos sócios, ficando os demais, em regra, vinculados a essa deliberação. No domínio

voto (sejam ou não ordinárias) a formação da vontade social, através do processo deliberativo, a cujos resultados se sujeita necessária e conscientemente. Desse modo, independentemente de, à semelhança dos sócios dissidentes, tais sócios não manifestarem (individualmente) a sua vontade quanto à adoção da cláusula compromissória, a ela ficam vinculados. A questão será, em tese, mais sensível se se considerar o caso das sociedades (emitentes de valores mobiliários admitidos na negociação) que apresentem dispersão relevante do capital, cujos titulares de ações preferenciais sem direito de voto sejam (ou possam ser) materialmente apenas aforradores. Pensamos, naturalmente, no caso dos investidores não profissionais, a quem a lei dispensa um tratamento especialmente brando e garantístico (v. por exemplo, os artigos 31.º a 35.º, 305.º-E, 306.º-D, 306.º-E, 309.º-H, 312.º, 312.º-H, todos do Código dos Valores Mobiliários). Sem prejuízo para o relevo do tratamento mais brande que lhes é conferido, afigura-se que a conclusão se deverá afirmar quanto a todos os titulares de ações preferenciais sem direito de voto, incluindo tais investidores, com a especificidade de serem, quanto a eles, (ainda) mais prementes as cautelas garantísticas a que adiante nos referimos.

das sociedades comerciais é, portanto, afastada a exigência de consentimento mútuo (ou universal) de todos os contraentes – possibilidade que é expressamente ressalvada no artigo 406.^o do Código Civil. Ora, no confronto entre a norma geral – resultante do Código Civil e acolhida pela Lei da Arbitragem Voluntária – com a norma excecional – resultante do Código das Sociedades Comerciais – deve, naturalmente, prevalecer a norma excecional. Não existe na Lei da Arbitragem Voluntária qualquer elemento que dite conclusão contrária, a natureza da convenção de arbitragem não o exige e não decorre do regime das sociedades comerciais que a cláusula compromissória estatutária não deva ser tratada como as demais cláusulas estatutárias.

Assim, entendemos que prevalece a regra do direito societário, *i.e.*, que em virtude do princípio da maioria, salvo exceções a que nos referiremos adiante, os sócios dissidentes ficam vinculados à cláusula compromissória.

Em sentido contrário tem sido afirmado que, ao votar desfavoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária, o sócio dissidente está a manifestar uma vontade expressa contrária à nova configuração adjetiva, sendo certo que a Lei da Arbitragem Voluntária exige o consentimento de todas as partes da convenção de arbitragem. Salvo melhor entendimento, parece-nos que a refutação deste tipo de argumentação resulta do que acima se expôs.

Todavia, tal não esgota o universo de objeções que têm sido levantadas à suficiência do princípio da maioria.

Por um lado, tem sido ainda argumentado que a jurisdição estadual, sendo mais garantística, configura uma prerrogativa constitucionalmente garantida aos cidadãos e que a renúncia a tal jurisdição (em rigor, às garantias jurisdicionais que ela oferece) pressupõe um consentimento consciente e expresso. Em primeiro lugar, parece-nos que essa crítica se funda num juízo incerto e meramente eventual uma vez que nada impede que as partes conformem o recurso à arbitragem e o processo arbitral de forma igualmente garantística. Em segundo lugar porque, como sustentámos noutro estudo, a natureza do consentimento²⁸ não

²⁸ CARLA BORGES e MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein”, pp. 179-183. Conforme aí sustentado, seguindo a sistematização de ORLANDO DE CARVALHO (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 205), o consentimento na convenção de arbitragem poderá ser

é determinante para a vinculação à cláusula compromissória – para tal apenas releva a identificação da existência de um consentimento expreso ou tácito (que, no caso, pode ser extraído da sujeição voluntária à vontade coletiva) –, mas tão somente para a conformação dos termos do processo arbitral²⁹. Em terceiro lugar, porque, como parece ser inquestionável, a equiparação constitucional entre tribunais arbitrais os tribunais estaduais (cf. artigos 20.º e 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) dita que, contrariamente ao que pressupõe este argumento, aqueles tribunais devam ser perspetivados num plano de paridade com os tribunais estaduais, e não como tribunais de segunda ordem, “fonte de perigo ou de imprevisibilidade”³⁰.

Por outro, argumenta-se ainda que a afirmação da suficiência do princípio da maioria implicaria a admissão da imposição, aos sócios dissidentes, de uma “arbitragem necessária”, o que não é permitido por lei³¹. Não nos parece que o argumento seja procedente. Em primeiro lugar porque, salvo o devido respeito, padece de um erro de colocação visto que, verdadeiramente, apenas se pode falar de arbitragem necessária quando o acesso aos tribunais estaduais é vedado por lei³², isto é, quando esta não dimanar da vontade das partes, mas de lei especial que a impõe³³. Ora,

vinculante, autorizante ou tolerante, natureza que apenas poderá, no caso concreto, ser determinada em função do comportamento e posição relativa das partes. Em todos os casos haverá, contudo, o necessário consentimento para a convenção de arbitragem.

²⁹ *Idem*, pp. 179-183. Conforme aí sustentado, apenas se deve extrair da natureza do consentimento – e da correlação com a renúncia (que poderá ou não deslindar-se do contexto em que se exprimiu o referido consentimento) – consequências para a conformação do processo arbitral (em especial das garantias jurisdicionais que deverá observar). Não nos parece, por isso, que numa análise necessariamente sinéptica (e não de um caso concreto perante as respetivas circunstâncias) se possa afirmar, sem mais, a não vinculação ou mesmo a invalidade da cláusula compromissória com base na natureza (putativa ou pretendida) do consentimento.

³⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, p. 349.

³¹ TERESA ANSELMO VAZ, “A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Arbitragem Comercial – Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1048-1049.

³² Por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 19.

³³ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Manual da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 15 e ss.

sendo adotada uma cláusula compromissória estatutária, o recurso aos tribunais estaduais estará – eventualmente, uma vez que a competência pode ser meramente concorrente – vedado, não por determinação legal, mas fruto da formação da vontade social. Em segundo lugar porque tal argumento parte do pressuposto de que os sócios dissidentes não consentiram no foro arbitral. Ora, ainda que não o tenham feito expressa e individualmente, a verdade é que, como vimos, estando inseridos no seio social, a vontade formada pela maioria dos sócios não deixa de os vincular³⁴ – sob pena de se negar, no momento sociedade-instituição, a

³⁴ Não ignoramos, contudo, que as especificidades da situação destes sócios chamem à colação especiais preocupações quanto à conformação do processo arbitral. Conforme sustentámos noutra sede, neste caso a arbitragem é imposta – mas não no sentido de a tornar necessária, por oposição a voluntária – aos sócios dissidentes, motivo pelo qual, sempre que não se deslinda do comportamento do sócio dissidente a renúncia às garantias jurisdicionais que lhe são conferidas pela jurisdição estadual, tal como definidas no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, deverão as mesmas ser observadas no processo arbitral. Parece-nos que esta solução é a única coerente com a afirmação da suficiência da maioria e que, simultaneamente, permite tutelar a posição jusprocessual dos sócios dissidentes. Este cariz ‘imposto’ da arbitragem societária, que devendo sempre ser considerado nos termos acabados de descrever, afigura-se especialmente relevante no âmbito das sociedades que, sendo ou não emittentes de valores mobiliários admitidos na negociação, apresentem uma dispersão relevante de capital social, cujo grémio social seja heterogéneo, quer em termos de poder económico, quer de sofisticação. A afirmação da suficiência da maioria, ainda que bastante para afirmar a vinculação de todos e quaisquer sócios, não pode, como é evidente, promover a desigualdade no acesso à sindicância jurisdicional de matérias jussocietárias, nem contribuir para a desigualdade de armas. Tomando como exemplo uma sociedade cotada, com grande dispersão de capital social, dever-se-á equacionar – a imposição legal de – soluções que permitam que todos os sócios (mesmo aqueles que sejam meros aforradores), independentemente da sua sofisticação e poder económico, participem ativamente no processo arbitral, nomeadamente adstringindo a sociedade a deveres de informação (detalhada) acrescidos, impondo-lhe que suporte uma porção acrescida dos custos do processo *ab initio*, de forma cautelar e que a composição do Tribunal Arbitral seja integralmente determinada por um terceiro independente, imparcial e capaz. Esta problemática, que não tem o alcance de afastar a conclusão aqui sufragada, suscita somente a necessidade de se refletir, detidamente, sobre a adequação, nessa tipologia de casos, da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios societários e do modo como, sendo esse o meio eleito pelos sócios, se deverá conformar o processo de modo a garantir o acesso universal em termos paritários e a igualdade de armas. Se e quando existir regulação legal expressa, como notamos adiante, deverá o legislador considerar adequadamente estas matérias e não proceder a uma regulação somente genérica e generalizante, antes consagrando

superação da vontade singular como regra fundamental do funcionamento da sociedade.

Assim, pelos motivos adiantados, não nos parece que os argumentos apontados pelos defensores da insuficiência da maioria sejam preponderantes ou sequer suficientes para abalar a posição acima sustentada³⁵.

um regime que salvaguarde os referidos interesses. Evidentemente que o que antecede não se aplicará a sócios não dissidentes, independentemente da sua qualidade jurídica, do seu poder económico e sofisticação: se concordaram expressamente com a alteração estatutária, *sibi imputet*, não havendo motivo para lhes conferir um tratamento mais brando.

³⁵ Cumpre, ainda assim, acrescentar que, quanto a lugar que se pode dizer paralelo, no conhecido caso *Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit* (caso C-214/89), o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), tendo sido chamado a apreciar um conjunto de questões prejudiciais relativas à interpretação, validade e natureza de uma cláusula estatutária atributiva de jurisdição aos tribunais estaduais, veio a considerar que “[é] irrelevante que o sócio, em relação ao qual é invocado o pacto atributivo de jurisdição, se tenha oposto à adopção desta cláusula ou se tenha tornado sócio após a adopção da mesma. Com efeito, ao tornar-se e ao permanecer accionista de uma sociedade, este dá o seu consentimento para se submeter ao conjunto das disposições constantes dos estatutos da sociedade e às decisões adoptadas pelos órgãos da mesma, em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos, mesmo que algumas dessas disposições ou decisões não tenham o seu acordo” (parágrafos 18 e 19). Embora subjacente às considerações do TJUE esteja – acertadamente – a afirmação do princípio da maioria, parece-nos, salvo o devido respeito, que o referido Tribunal erra ao sustentar, a jusante, a vinculação de um sócio dissidente a um pacto atributivo de jurisdição usando para o efeito os seus comportamentos posteriores à adoção da deliberação que altera os estatutos, neles o incluindo o pacto de jurisdição. De facto, parece-nos excessivo considerar que o sócio dissidente fica vinculado a uma deliberação contra cuja adoção votou simplesmente porque, apesar disso, se manteve na sociedade. Levado ao extremo, o raciocínio do TJUE levaria a concluir pela – *quasi* – obrigatoriedade da desvinculação/exoneração de um sócio dissidente. Por outro lado, o raciocínio do Tribunal é igualmente insatisfatório para responder à vinculação (ou ausência dela) no período entre a adoção da cláusula estatutária e a efetiva desvinculação do sócio dissidente. Assim, parece-nos que a vinculação de um tal sócio, como temos vindo a sustentar no corpo, não pode decorrer de outro fundamento que não o princípio da maioria, enquanto regra fundamental organizativa e funcional das sociedades comerciais. Ainda que sustentando conclusão diversa, contrária à suficiência do princípio da maioria, o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça Alemão), partindo de uma colocação idêntica à do TJUE quanto à relevância da permanência do sócio dissidente na sociedade, veio introduzir um elemento mitigante na ponderação da vinculação deste: a razoabilidade da exigência da sua desvinculação da sociedade – aferida de acordo com a existência ou ausência de danos emergentes da desvinculação da sociedade –, notando que, perante determinadas circunstâncias, daí se poderia inferir o consentimento (BGH, 03.04.2000 – II ZR 373/98).

Mas bastará a afirmação da suficiência do princípio da maioria para afirmar, sem mais, a vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória e, por isso, ao foro arbitral? A resposta é negativa, pelo menos teoricamente.

De facto, embora o referido princípio (sendo a exceção face à Lei da Arbitragem Voluntária e ao Código Civil) seja a regra no domínio societário, exigências de proteção dos sócios (e mesmo de terceiros) ditam, em determinados casos, o seu afastamento. Exemplo paradigmático é o caso da criação ou aumento de obrigações impostas aos sócios (cf. artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais).

A questão que se coloca – e que constitui um potencial entrave (desta feita, de cariz *jussocietário*) à vinculação dos sócios dissidentes – é, por isso, a de saber se a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos importa ou não a imposição aos sócios de novas obrigações.

Dispõe o artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais que “[s]e a alteração envolver o aumento das prestações impostas pelo contrato aos sócios, esse aumento é ineficaz para os sócios que nele não tenham consentido”³⁶. Tal disposição aplica-se à consagração nos estatutos de qualquer nova prestação devida pelos sócios ou ao incremento objetivo ou subjetivo de uma prestação já anteriormente prevista³⁷, tendo como objetivo “evitar que um sócio venha, de forma inesperada, a ser obrigado a contribuir

Mais detidamente sobre este caso, veja-se, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, pp. 350 e 351; e AFONSO SCARPA, “Consent in Corporate Arbitration: The Special Case of Dissenting Shareholders”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano XI, n.º 1/2, Almedina, Coimbra, 2019.

³⁶ Não consideramos, neste âmbito, o n.º 1 do referido preceito, que dispõe sobre a atribuição de efeito retroativo às deliberações dos sócios, porque nos parece ser uma questão menos relevante do ponto de vista teórico e prático, até porque nas hipóteses mais evidentes e equacionáveis, a atribuição de efeito retroativo à cláusula compromissória estatutárias colidiria com a proibição do desaforamento prevista no artigo 39.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

³⁷ DIOGO COSTA GONÇALVES e FRANCISCO MENDES CORREIA, “Anotação ao artigo 86.º do Código das Sociedades Comerciais”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 384. Veja-se, também, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Anotação ao artigo 86.º do Código das Sociedades Comerciais”, in JORGE COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 30.

com o que não tem, para a sociedade”³⁸. A lei, aponta, por isso, para a necessidade de consentimento para a afetação material, de cariz incremental-quantitativo, do *status socii*. Ora, não nos parece que se possa afirmar, com acerto, que a cláusula compromissória estatutária imponha qualquer prestação nova (ou implique o acréscimo de uma prestação já prevista nos estatutos) aos sócios, nem que a sua ineficácia perante os sócios dissidentes corresponda ao cumprimento da *ratio* da norma.

Ao invés, entendemos acertado o entendimento de que a referida cláusula apenas tem por efeito “dar outra configuração à dimensão processual dos direitos dos sócios”³⁹, sem qualquer impacto inovatório ou quantitativo no conteúdo material dos mesmos, motivo pelo qual se afigura que a modificação dos estatutos para neles se inserir tal cláusula é neutra.

De igual modo, não nos parece que se possa, independentemente da posição que se tome quanto à natureza (não) prestacional dos seus efeitos, afirmar, em geral, que a inserção de uma cláusula compromissória estatutária implique onerosidade acrescida para os sócios. De facto, tal circunstância poderá ou não ser verdadeira, tudo dependendo do caso concreto, uma vez que, pelo menos no que concerne às custas do processo, casos haverá em que, fruto da regulação constante do Regulamento das Custas Processuais – e do valor do litígio –, as custas judiciais excedam largamente os custos incorridos pelas partes com o processo arbitral⁴⁰. Não nos parece, por isso, que os argumentos fundados na onerosidade do processo arbitral possam, com propriedade, sustentar a ineficácia da cláusula compromissória estatutária perante os sócios dissidentes⁴¹.

³⁸ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2016, p. 330.

³⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, p. 372.

⁴⁰ Dependendo da dispensa (ou não) do remanescente da taxa de justiça, da composição do Tribunal Arbitral e, bem assim (no caso de a arbitragem ser institucionalizada), do centro de arbitragem escolhido pelas partes, o recurso à arbitragem pode mostrar-se menos oneroso para litígios cujo valor seja superior a um milhão de euros. A adequabilidade de uma tal solução adjetiva deverá, por isso, ser avaliada pelos sócios, nomeadamente em função da dimensão económica da empresa, e não negada em abstrato.

⁴¹ Poder-se-ia sempre fazer um argumento *ad absurdum*: se levada às suas últimas consequências, a argumentação em torno da onerosidade redundaria na perspetivação do artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, como um limite geral à prática de quaisquer atos com relevo económico para a sociedade e, por isso, mediatamente, para os sócios: por exemplo, dir-se-ia que a gerência ou administração de uma sociedade não poderia

Ainda que se tenha estabelecido a neutralidade da cláusula compromissória estatutária, tal significa que todos os sócios a ela estão vinculados? A resposta é positiva, mas unicamente porque a questão (já) não é a relevante. De facto, existe um outro preceito societário que, se bem ponderado, limita o âmbito – desta feita não subjetivo, mas objetivo – da cláusula compromissória estatutária. A questão é, por isso, a de saber se sendo adotada a referida cláusula, poderão (e deverão) ser sindicados em arbitragem todos os litígios potencialmente emergentes da relação *jussocietária*? A resposta, parece-nos, é negativa.

Recorde-se que, a propósito da análise da ‘neutralidade’ da cláusula compromissória estatutária, se afirmou que esta decorria, desde logo, do facto de a referida cláusula apenas ter como efeito alterar – sem qualquer impacto material inovatório ou quantitativo – a configuração processual do *status socii*⁴² (enquanto posição jurídica duradoura e dinâmica à qual se subsume o feixe de situações jurídicas atinentes ao sócio). Ora, casos existirão em que nesse *status socii* se incluam direitos especiais. A questão é, pois, a de saber se pode, contra a vontade de um sócio dissidente, ser alterada a dimensão jurídico-processual de um direito especial de que aquele é titular.

Para o efeito, deve ter-se presente que por direitos especiais, preferentes ou prioritários deve entender-se “[o]s direitos (...) [que] são atribuídos pelo contrato de sociedade a um ou mais sócios (cfr. art. 24.º, nº 1), conferindo-lhes uma vantagem relativamente aos demais”⁴³ e que o artigo 24.º do Código das Sociedades Comerciais dispõe que “[o]s direitos especiais não podem ser suprimidos ou coartados sem o consentimento do respetivo titular, salvo regra legal ou estipulação contratual expressa em contrário”⁴⁴ e que o artigo 55.º do mesmo diploma dispõe que “[s]alvo disposição legal em contrário, as deliberações tomadas sobre assunto para o qual a lei exija o consentimento de

assumir obrigações sem que tal fosse aprovado pelos sócios, sob pena de ser perante estes ineficaz. Manifestamente, não é esse o sentido do preceito, nem é razoável interpretá-lo desse modo.

⁴² Para maior desenvolvimento, veja-se, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócio e a Delimitação do Statuo Viae*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 348 e ss.

⁴³ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2016, p. 329.

⁴⁴ Solução que já havia sido estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça em Assento de 26 de junho de 1961.

determinado sócio são ineficazes para todos enquanto o interessado não der o seu acordo, expressa ou tacitamente”. Significa isto que, salvo disposição legal ou contratual em sentido contrário, a afetação dos direitos especiais está submetida a um regime de consentimento necessário do seu titular, sob pena de a deliberação adotada com tal escopo ser ineficaz. Evidentemente que essa ineficácia apenas se verifica perante os direitos especiais que sejam inderrogáveis⁴⁵. Caso sejam derogáveis – por existir disposição legal ou contratual habilitante – a sua configuração processual poderá ser modificada mesmo sem o consentimento do seu titular. Ainda que o desvalor jurídico legalmente determinado seja, a final, o mesmo que é cominado pelo artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, a verdade é que, na sua génese, encontra-se um racional distinto daquele que subjaz à criação ou aumento das obrigações impostas aos sócios pelos estatutos⁴⁶, uma vez que, neste caso, está em causa uma porção do *status socii* que é de feição singular ou individual, as mais das vezes configurada para defesa dos interesses próprios ou exclusivos de um dos sócios⁴⁷.

Aqui chegados, estabelecido o âmbito subjetivo e objetivo da cláusula compromissória estatutária, afigura-se relevante notar que a afirmação da suficiência do princípio da maioria importa a aceitação de outro efeito, para além da ‘mera’ vinculação ao (recurso ao) foro arbitral.

Esse efeito mostra-se especialmente relevante⁴⁸⁻⁴⁹. Dispõe o artigo 61.º do Código das Sociedades Comerciais que “[a] *sentença que declarar nula*

⁴⁵ Sobre a diferença entre direitos especiais derogáveis e inderrogáveis, veja-se RAÚL VENTURA, “Direitos Especiais dos Sócios”, in *O Direito*, n.º 121, 1989, p. 213.

⁴⁶ Explicitando a diferença de *ratio* entre as normas, veja-se PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2016, p. 330.

⁴⁷ A. FERRER CORREIA, *A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1963, p. 96.

⁴⁸ Nomeadamente porque, vigorando a regra da irrecorribilidade e não se mostrando suscetível de alteração nos termos do disposto no artigo 45.º da Lei da Arbitragem Voluntária, a sentença transita imediatamente em julgado (cf. artigo 42.º, n.º 7, da Lei da Arbitragem Voluntária). Trata-se, por isso, de um ‘imediatismo’ que não existe perante a jurisdição estadual, onde é até possível que um sócio ou membro de um órgão social, mesmo sem ter participado na instância anulatória, deduza recurso da sentença proferida pelo tribunal de primeira instância (cf. artigo 631.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

⁴⁹ Isto, apenas num cenário em que a cláusula compromissória estatutária abrange a impugnação de deliberações sociais e assumindo a admissibilidade de tal estipulação. Não

ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção". Significa isto que a lei, partindo da constatação de que, sendo uma deliberação social juridicamente imputável à sociedade comercial, se impõe imediata e automaticamente a todos os sócios⁵⁰⁻⁵¹, dispõe que também a sentença que declare a nulidade de ou anule uma tal deliberação ou sustente a sua validade é eficaz (forma e tem autoridade de caso julgado) perante os sócios que não tenham intervindo na demanda anulatória e

nos parece que haja qualquer impedimento legal à aceitação da arbitrabilidade objetiva da validade das deliberações sociais.

⁵⁰ Exceção feita, naturalmente, ao disposto, *inter alia*, nos artigos 24.º, n.º 5 e 86.º, n.ºs 1 e 2, ambos do Código das Sociedades Comerciais.

⁵¹ Poder-se-á, na esteira de ALBERTO DOS REIS, adiantar duas justificações para o referido regime excecional, a saber: (i) tal norma justifica-se porque os sócios, sendo terceiros juridicamente interessados, são titulares de uma relação jurídica que é concorrente da que foi submetida a apreciação em arbitragem, motivo pelo qual a decisão aí proferida produz, sobre estes, efeitos, ainda que sejam terceiros quanto à instância arbitral (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pp. 159-160), ou (ii) embora os sócios não litigantes sejam pessoas físicas distintas dos sócios litigantes, são a mesma pessoa do ponto de vista da qualidade jurídica (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 98). Com o devido respeito, nenhuma das justificações apontadas nos parece adequada. A primeira, porque facilmente sucederá que sócios de uma determinada sociedade possam estar em posições antagónicas perante uma determinada deliberação social. Basta para o efeito equacionar o caso de sócios que não tenham votado no sentido que fez vencimento, se tenham absterido ou não pudessem ter votado por estar impedidos. A segunda porque, verdadeiramente, não se pode afirmar que haja identidade jurídica entre os sócios visto que são titulares de participações sociais distintas, ainda que seja possível o seu *status socii* compreender direitos e obrigações de conteúdo absolutamente idêntico. Ao invés, parece-nos acertado o pensamento de PINTO FURTADO. Por um lado, o regime excecional encontra justificação objetiva enquanto corolário do princípio da maioria. Não faria sentido afirmar-se o princípio da maioria para efeitos de vinculação dos sócios às deliberações adotadas e, sendo estas sindicadas, não prever uma solução que permita à decisão que vier a ser tomada pelo tribunal competente ter semelhante alcance (subjetivo) (JORGE PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, 2005, pp. 813 e 814) e, por outro, no princípio da concentração do processo, destinado a evitar que a decisão produza efeitos apenas quanto a alguns dos sócios (obviando ao risco de decisões contraditórias e à artificial repetição da causa material). No mesmo sentido, PAULA COSTA E SILVA, "Arbitrabilidade e Tutela Coletiva das Deliberações Sociais", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 389.

perante os membros dos órgãos sociais (verdadeiros terceiros perante a relação processual), que ficam impedidos de repetir a causa.

Conterá este regime – verdadeiramente excecional (uma vez que estende o efeito de caso julgado a quem poderá não ter feito parte da demanda) – algum subsídio para conclusão diversa da acima propugnada⁵²? Entendemos que não, por duas ordens de motivos. Por um lado, como referido, o referido regime mais não é do que uma decorrência natural (e indispensável) do princípio da maioria (e também do princípio da concentração do processo⁵³), sendo uma das consequências da participação na sociedade. Por outro, é a única solução que permite acautelar a integridade do processo arbitral, sob pena de a decisão tomada produzir efeitos apenas perante os sócios que tenham participado no processo arbitral. Tal seria especialmente incompreensível no caso de estar a ser sindicada a validade de uma deliberação social⁵⁴. Dita, contudo, que no âmbito da Arbitragem Societária se deva ser especialmente cauteloso e que se reequacione o paradigma da confidencialidade e da estabilidade

⁵² Esta questão apenas se coloca no caso de se entender que o artigo 61.º do Código das Sociedades Comerciais também é aplicável às decisões arbitrais e não apenas às decisões judiciais. Julgamos que não é razoável defender a sua não aplicação, pelos mesmos motivos que sustentamos que o seu regime excecional não dita o afastamento da suficiência da maioria. Sem prejuízo, entendemos ser avisado o raciocínio de SAMPAIO CAMELO, ao notar que a extensão dos limites subjetivos do caso julgado emergente da decisão arbitral que syndique a validade de uma deliberação social só é possível se e quando forem postos à disposição de todos os sócios e membros dos órgãos sociais meios para, querendo, intervir no processo arbitral (ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, pp. 378 e 379). Ainda que a possibilidade de intervenção não nos pareça ser a justificação objetiva do regime – neste aspeto discordamos do referido autor –, parece-nos que, ainda assim, não deixa de ser um pressuposto da sua aplicação no caso concreto.

⁵³ Veja-se, a este respeito, o disposto no artigo 60.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais: “[h]avendo várias ações de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do n.º 2 do artigo 275.º do Código de Processo Civil”.

⁵⁴ No mesmo sentido, explica PAULA COSTA E SILVA: “(...) seria incongruente que a deliberação fosse anulada ou declarada nula e que a decisão que decreta esse efeito tivesse eficácia restrita às partes na ação – v.g., um sócio e a sociedade – continuando, necessariamente, a considerar-se válida no confronto da sociedade e dos demais sócios” (PAULA COSTA E SILVA, “Arbitrabilidade e Tutela Coletiva das Deliberações Sociais”, 2011, p. 389).

subjetiva inicial da ‘instância’ arbitral, impondo não só que o processo deva ser levado ao conhecimento de todos os sócios e de todos os membros dos órgãos sociais, bem como que estes, querendo, possam intervir no processo (idealmente, antes da constituição do Tribunal Arbitral, em que devem poder participar)⁵⁵⁻⁵⁶.

À luz desta norma, e tendo concluído pela vinculação dos dissidentes, afigura-se que se justifica que todas as arbitragens iniciadas ao abrigo da cláusula compromissória estatutária sejam levadas ao conhecimento dos sócios, dessa forma garantindo que lhes é concedida a possibilidade de participar no processo e, bem assim, que lhes seja concedido o direito de contribuir para a composição do litígio e, ulteriormente, para os termos do caso julgado emergente da decisão.

⁵⁵ Esta temática foi apreciada pelo *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça Alemão) – BGH, 03.04.2000 – II ZR 373/98 – que, na sua jurisprudência, definiu um conjunto de requisitos para a extensão subjetiva do caso julgado: (i) a adoção da cláusula compromissória estatutária ter sido votada unanimemente pelos sócios ou ter sido acordada por todos em documento autónomo; (ii) a obrigatoriedade da comunicação da existência do processo arbitral a todos os sócios, permitindo-lhes que intervenham dentro de um determinado hiato temporal contado desde o início do processo; (iii) concessão a todos os sócios do direito a participar na escolha dos árbitros, a menos que a cláusula defina a composição do Tribunal Arbitral ou cometa a sua definição a um terceiro neutro e independente ou, em caso de pluralidade de partes, ser a composição do Tribunal definida por voto maioritário; e (iv) todas as questões de facto e de direito idênticas sobre a validade de uma deliberação concreta devem ser decididas pelo mesmo Tribunal Arbitral. Sobre esta jurisprudência, veja-se, mais detidamente, ANJA MAYER e HEPPNER HEIKO, “The Arbitrability of Disputes Over the Validity of Shareholder Resolutions of Limited Liability Companies under German Law – Comentários ao Julgamento do Supremo Tribunal Federal Alemão ao Recurso II ZR 255/08”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. VII, n.º 24, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pp. 311-346.

⁵⁶ Elaborando sobre as condições que devem ser preenchidas para que seja que admissível a arbitrabilidade da validade de deliberações sociais, veja-se, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, pp. 375-398. As condições indicadas pelo autor são: (i) a possibilidade de intervenção de terceiros; (ii) a possibilidade de intervenção na composição do Tribunal Arbitral; (iii) a prestação de informação aos sócios; (iv) a preclusão de outras ações arbitrais com o mesmo objeto; e (v) a decisão ser tomada segundo o direito constituído.

III. A Vinculação dos Adquirentes e dos Membros dos Órgãos Sociais

À semelhança das situações abordadas no capítulo anterior, pode ainda (em tese) colocar-se a questão de saber se o adquirente (em sentido lato) (i) pela mera aquisição de uma participação social – quer seja em mercado regulamentado⁵⁷, quer seja fora de tal mercado –, ou (ii) pela subscrição de participações sociais emitidas no âmbito de um aumento de capital, ou (iii) até pela receção de participações sociais fruto de uma relação de troca de participações, fica vinculado à cláusula compromissória estatutária. A resposta é afirmativa para os três casos.

Quanto ao primeiro caso, como dissemos noutro estudo, “[a]o adquirir participações sociais de uma sociedade que contém nos seus estatutos uma cláusula compromissória, o novo sócio vê surgir na sua esfera jurídica um novo feixe de direitos e obrigações que integram o seu (novo) *status socii*, tal como decorrentes da lei e do pacto social, não podendo tal aquisição ser feita com reservas que o isentem de estar vinculado a qualquer disposição estatutária. No caso, tal feixe inclui uma específica configuração da dimensão processual, não sendo necessária a aceitação ou adesão a qualquer das cláusulas estatutárias específicas”⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰. Ora,

⁵⁷ A este respeito, veja-se PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A Arbitrabilidade de Litígios Societários”, 2016, p. 251.

⁵⁸ CARLA BORGES e MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein”, p. 193.

⁵⁹ No mesmo sentido, referindo para o efeito doutrina alemã, veja-se, PEDRO MAIA, “Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva”, 2017, p. 60. Veja-se, ainda, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, pp. 368-370; TERESA ANSELMO VAZ, “A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária”, 2019, p. 1046; e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 290.

⁶⁰ Em sentido divergente quanto às sociedades anónimas, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A Arbitrabilidade de Litígios Societários”, 2016, p. 251. No tocante às sociedades por quotas, entende o autor que, por efeito do disposto 286.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, a adesão à cláusula compromissória é imposta por lei aos novos sócios, motivo pelo qual sustenta conclusão diversa para esse tipo social. Embora não exista preceito idêntico para as sociedades anónimas, não nos parece que seja possível distinguir entre os tipos societários, visto que não é permitido subscrever capital realizando reservas aos estatutos da sociedade.

parece-nos que a mesma lógica se deve aplicar aos segundo e terceiro casos.

De facto, ao (aceitar) subscrever participações emitidas no âmbito de uma operação de aumento de capital, o novo sócio fá-lo sem qualquer possibilidade de fazer reservas quanto ao teor dos estatutos. O seu novo *status socii* integrará, inelutavelmente, a configuração processual definida pelo coletivo dos sócios. De igual modo, no caso de ser deliberada a fusão ou a cisão de sociedades, os sócios – fruto da relação de troca de participações – receberão participações sociais da sociedade resultante e o seu novo *status socii* integrará a configuração processual definida nos estatutos da sociedade resultante. Em coerência com o que acima se sustentou quanto à vinculação dos sócios dissidentes, fruto da suficiência da maioria, a cláusula compromissória vinculará os sócios dissidentes da própria fusão e que não tenham exercido o direito de exoneração⁶¹.

No que concerne à vinculação dos membros dos órgãos sociais à cláusula compromissória estatutária, a resposta da doutrina tem sido a de que os membros dos órgãos sociais se encontram vinculados à referida cláusula⁶². O fundamento geralmente apontado é o de que ao aceitar desempenhar o cargo, o membro do órgão social fá-lo aceitando o teor dos estatutos da sociedade, nessa medida (ainda que tacitamente) aceitando a cláusula compromissória, ficando a partir desse momento vinculado⁶³⁻⁶⁴. Embora nos pareça que o fundamento da sua vinculação é precisamente esse, cremos, contudo, que o próprio fundamento da vinculação determina a necessidade de destrinça de duas situações, a saber: (i) o caso de a cláusula compromissória ter sido inserta nos estatutos na pendência

⁶¹ Cf. artigo 105.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁶² Neste sentido, veja-se, PEDRO MAIA, “Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva”, 2017, pp. 61 e 62; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, p. 372; TERESA ANSELMO VAZ, “A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária”, 2019, p. 1047; e ainda ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo de Sociedades*, 2017, p. 290.

⁶³ Indo mais longe, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA defende que “a cessação da qualidade de (...) titular de órgão social não afasta a vinculação à cláusula compromissória relativamente a litígios respeitantes à validade ou eficácia da cessação, bem como dos factos inerentes àquela qualidade, ainda que ulteriores à cessação”. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo de Sociedades*, 2017, p. 290.

⁶⁴ Em sentido divergente, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A Arbitrabilidade de Litígios Societários”, p. 250.

do mandato e (ii) o caso de a cláusula compromissória já ter sido inserta nos estatutos no momento em que se iniciou o mandato.

Ora, o segundo caso corresponde, precisamente, àquele que é perspectivado pela doutrina e quanto ao qual, sem dúvidas, se afirma a vinculação dos membros dos órgãos sociais. Todavia, no primeiro caso, se o membro do órgão social não for também sócio, a sua posição é materialmente distinta uma vez que quando aceitou o cargo a configuração processual que decorria dos estatutos era distinta. Ainda que os membros dos órgãos sociais devam respeitar as deliberações dos sócios – sendo, em rigor, fiduciários de um património societariamente organizado⁶⁵ –, não nos parece que os sócios possam, sem o consentimento destes, alterar o seu estatuto jurídico, nomeadamente a configuração processual dos seus direitos e poderes (estatuto jurídico ativo)⁶⁶ e deveres e responsabilidade (estatuto jurídico passivo)⁶⁷. Julgamos que neste âmbito não vigorará a suficiência da maioria, mas sim a necessidade de consentimento do titular da posição jurídica. Não será razoável sustentar posição diversa, visto que tal significaria determinar aos membros dos órgãos a vinculação a uma nova configuração processual contra a sua vontade, impondo-lhes como única forma de a essa configuração não ficarem vinculada a cessação o seu mandato. Como facilmente se compreende, não é equitativo exigir a cessação do mandato⁶⁸.

⁶⁵ O que poderia apontar no sentido de se justificar a sua vinculação à cláusula compromissória, mesmo que inserta na pendência do seu mandato.

⁶⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 2016, p. 327.

⁶⁷ *Idem*, p. 330.

⁶⁸ A respeito da vinculação dos membros dos órgãos sociais, esclareça-se que, em termos gerais, nos parece que, à semelhança do que notámos acima a respeito dos sócios (dissidentes) que sejam investidores não profissionais, se e quando existir regulação legal expressa, dever-se-á prevenir o potencial ‘belicizante’ da arbitragem societária quanto a disputas entre a sociedade e os membros dos seus órgãos sociais. Mais uma vez, a preocupação subjacente é a de evitar que a arbitragem constitua meio de promoção da desigualdade no acesso à sindicância jurisdicional de matérias jussocietárias e que contribua para a desigualdade de armas. Será avisado que se considere adotar um regime nos termos do qual os custos com o processo arbitral a suportar inicialmente pelos membros dos órgãos sociais sejam limitados (por exemplo, só lhes sendo exigível que suportem uma quantia equivalente à média das suas remunerações ao longo do mandato, ou o seu dobro), suportando a sociedade o seu remanescente até que haja decisão quanto à alocação de custos. Uma tal solução dissuadiria o recurso, pela sociedade, a arbitragens puramente bélicas e salvaguardaria os direitos

IV. Síntese conclusiva e perspectiva de futuro

Nos capítulos precedentes procurou-se, com base no direito constituído, deslindar os termos em que os sócios dissidentes, os adquirentes e os membros dos órgãos sociais se devem considerar vinculados a uma cláusula compromissória supervenientemente inserida nos estatutos. Para o efeito, e no fundo, sustentámos, por um lado, a suficiência da maioria e, por outro, que a entrada na sociedade implicava a aceitação do teor dos seus estatutos, tendo concluído, nos termos explicitados, pela vinculação de todos estes sujeitos ou categorias de sujeitos⁶⁹. Trata-se, como decorre da doutrina referida, de uma posição que suscita dúvidas e críticas cuja razoabilidade não se discute, ainda que se discorde.

Apenas uma conclusão parece indiscutível para todos: urge regular especificamente a Arbitragem Societária, por forma a colocar termo às atuais dúvidas interpretativas e, de uma vez por todas, viabilizar este meio alternativo de resolução de litígios societários.

Note-se, contudo, que a dificuldade a que nos referimos não se restringe à realidade nacional, sendo transversal a várias jurisdições⁷⁰ onde a questão foi amplamente discutida e que optaram por resolver as divergências através de regulação legal expressa. Sem pretensões de representatividade ou completude, destacamos duas jurisdições que adotaram legislação coincidente, grosso modo, com o entendimento acima sufragado quanto ao direito constituído português e que poderão oferecer pistas quanto a como regular a Arbitragem Societária.

O legislador italiano, através do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003, veio acolher a suficiência da maioria, ao dispor que é permitido às sociedades comerciais, exceção feita “*às que recorrem ao mercado de capitais*”⁷¹, submeter à decisão de um Tribunal Arbitral todos os

adjetivos do membro do órgão social, sem minar a possibilidade de haver, a final, efetiva composição material, incluindo quanto aos custos.

⁶⁹ Excecionámos, recorde-se, os membros dos órgãos sociais cujo mandato se havia iniciado antes da inserção de tal cláusula nos estatutos.

⁷⁰ Para uma análise de várias jurisdições, veja-se, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, 2013, pp. 355 a 367.

⁷¹ Trata-se de uma solução mais restritiva do que a que propomos acima, visto que exclui a arbitragem como meio de resolução de litígios para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos na negociação.

litígios que surjam entre sócios ou entre estes e a sociedade⁷², incluindo os litígios que os oponham aos administradores⁷³, bastando para o efeito que a cláusula compromissória seja inserida nos estatutos através de deliberação aprovada por votos equivalentes a pelo menos dois terços do capital social⁷⁴. Não obstante, o legislador italiano relevou-se sensível quanto à posição dos sócios dissidentes, tendo disposto que estes podem, no prazo de noventa dias, exercer o direito à exoneração⁷⁵. O legislador italiano teve ainda a preocupação de regular a constituição do tribunal arbitral, tendo em vista a paridade entre os sujeitos societários⁷⁶.

A suficiência da maioria foi igualmente acolhida pelo legislador espanhol. Dispõe o artigo 11*bis* da Ley 60/2003, de 23 de dezembro (e que foi introduzido em 2011⁷⁷) que é permitido às sociedades comerciais submeter à decisão de um Tribunal Arbitral todos os litígios societários⁷⁸, bastando para o efeito que a cláusula compromissória seja inserida nos estatutos através de deliberação aprovada por votos equivalentes a pelo menos dois terços do capital social⁷⁹⁻⁸⁰.

Embora em Portugal ainda se esteja perante uma total ausência de regulação específica – motivo pelo qual se tem de recorrer ao cotejo entre o direito societário e o direito da arbitragem para encontrar as soluções necessárias, sempre sem a clareza desejável para garantir a segurança jurídica – a verdade é que a Associação Portuguesa de Arbitragem

⁷² Cf. Artigo 34.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷³ Cf. Artigo 34.º, n.º 4, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁴ Cf. Artigo 34.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Cf. Artigo 34.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁷ Pela Ley 11/2011, de 20 de maio.

⁷⁸ Cf. Artigo 11*bis*, n.º 1, da Ley 60/2003 de 23 de dezembro.

⁷⁹ Cf. Artigo 11*bis*, n.º 2, da Ley 60/2003 de 23 de dezembro.

⁸⁰ Note-se, contudo, que se trata de uma solução contrária à anteriormente sustentada pela jurisprudência espanhola. De facto, em Acórdão de 9 de julho de 2007, o Supremo Tribunal Espanhol – Sala de lo Civil – em apreciação do recurso n.º 3011/2000 veio concluir que: “La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados.”

(“APA”) apresentou, em meados de 2016, um projeto de regime jurídico da Arbitragem Societária⁸¹, no qual se pretendia regular não só o âmbito subjetivo⁸² e objetivo⁸³ da cláusula compromissória, como ainda os termos em que se deveria desenrolar o processo arbitral⁸⁴. Em face desse primeiro importante e meritório impulso, deveria o legislador português atalhar caminho e regular a Arbitragem Societária, de um modo que, fomentando esse importante mecanismo de resolução alternativa de litígios – contribuindo, *inter alia*, para a celeridade da justiça societária –, não desconsidere a heteronomia do tecido societário nacional (tratando por igual situações materialmente distintas) e que permita, casuisticamente, acomodar as melhores soluções para a sociedade que adota a cláusula compromissória, para os seus sócios e membros dos órgãos sociais, sem, com isso, comprometer a efetividade do processo arbitral.

Evidentemente, trata-se um equilíbrio delicado, mas que se poderá procurar alcançar através da consideração de alguns fatores objetivos, relevados noutras latitudes do ordenamento, como a dimensão da sociedade e da sua atividade, o número de sócios, o carácter capitalístico ou personalístico da própria sociedade e das participações dos sócios e a complexidade da sua estrutura de governação, *inter alia*. Cremos que existe, contudo, uma premissa fundamental: quanto mais abrangente for o leque de sujeitos compreendidos no seio social, e quanto mais complexo este se apresente, mais intensas devem ser as exigências legais em torno da Arbitragem Societária, em especial no que concerne à universalidade e integridade dos processos arbitrais iniciados ao abrigo de cláusulas compromissórias estatutárias.

⁸¹ Disponível para consulta em: <https://a.storyblok.com/f/46533/x/644d9d61e0/discussao-anteprojeto-diploma-legislativo-regras-arb-materia-societaria.pdf>.

⁸² Cf. Artigo 2.º do Projeto da APA.

⁸³ Cf. Artigo 1.º do Projeto da APA.

⁸⁴ Cf. por exemplo, os artigos 3.º, 4.º, 6.º e 8.º do Projeto da APA.

A Concretização dos Requisitos de Imparcialidade e de Independência dos Árbitros: Um Breve Comentário ao n.º 3 do Artigo 9.º da Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa*

GUILHERME BRANDÃO GOMES**

Resumo: No presente artigo, procuraremos fixar o significado dos conceitos de independência e imparcialidade e o alcance do dever de revelação constantes, respetivamente, do n.º 3 do artigo 9.º e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa (NLAV). Depois de estudarmos os seus antecedentes, analisaremos o regime previsto na NLAV para esta matéria e enumeraremos alguns instrumentos de *soft law* que têm sido utilizados para concretizar o significado dos supramencionados conceitos. Concluiremos que, ainda que úteis, estes instrumentos são insuficientes e se revelam, em alguns casos, desajustados da realidade portuguesa. Avançaremos, então, a final, com uma proposta de solução que permite identificar com maior facilidade as situações em que o árbitro deve ser considerado dependente ou parcial e definir com maior precisão as circunstâncias que devem ser por ele reveladas.

Palavras chave: *Independência; Imparcialidade; Árbitro; Indeterminação; Dever de revelação.*

Summary: In this paper, we will seek to establish the meaning of the concepts of independence and impartiality and the scope of the duty of disclosure contained, respectively, in paragraph 3 of article 9 and in paragraphs 1 and 2 of article 13 of the Portuguese Law on Voluntary Arbitration. After studying their background, we will

* Este texto corresponde, com ligeiras adaptações, ao trabalho final que foi apresentado pelo ora autor no âmbito do 8.º Curso de Extensão Universitária em Arbitragem, curso este que teve lugar na NOVA School of Law entre janeiro e junho de 2020.

** Doutorando da NOVA School of Law (Doutoramento em Direito) e Auditor de Justiça no Centro de Estudos Judiciários (Lisboa). gomesguilherme349@gmail.com.

look at the regime of the NLAV in this matter and at some *soft law* instruments that have been used to establish the meaning of the aforementioned concepts. We will conclude that, despite their utility, these instruments are insufficient and, in some situations, do not fit the Portuguese reality. We will then proceed with a proposal of a solution that will allow us to more easily identify the situations in which the arbitrator should be considered dependent or partial and to define in more detail the circumstances that should be disclosed by him or her.

Keywords: Independence; Impartiality; Arbitrator; Lack of determination; Disclosure.

1. Introdução: O Objetivo do Nosso Trabalho

Olhando para o n.º 3 do artigo 9.º da Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa de 2011 – adiante designada por NLAV –, verificamos que toda e qualquer pessoa que seja chamada a desempenhar a função de árbitro numa arbitragem – doméstica ou internacional – à qual este diploma se aplique deve, independentemente do seu modo de designação¹, ser *independente e imparcial* (itálico nosso).

A propósito destes dois conceitos, MARIANA FRANÇA GOUVEIA² considera que, embora a sua distinção não seja sempre fácil de estabelecer *in concreto* e se revele, na maior parte dos casos, de pouca utilidade prática, podemos dizer que o árbitro é independente quando não tem qualquer relação com as partes em litígio e imparcial quando não possui qualquer interesse no objeto do processo.

Por outro lado, o artigo 13.º da NLAV, nos seus n.ºs 1 e 2, obriga os árbitros a revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade no momento da tomada de funções e a indicar às partes e aos restantes árbitros as circunstâncias supervenientes ou de que tenham tido conhecimento depois da aceitação do cargo. É o chamado dever de revelação ou *disclosure*.

¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Almedina, 2014, p. 201.

² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 204.

A exigência de independência e imparcialidade dos árbitros não é, aliás, particular do nosso ordenamento jurídico, uma vez que, segundo GARY BORN³, também está consagrada na generalidade das leis nacionais, no âmbito da arbitragem internacional.

Ademais, no que ao Direito Português diz respeito, não é, sequer, específica da NLAV, uma vez que também consta de vários regulamentos de arbitragem⁴.

Aqui chegados, várias perguntas se impõem. Em que casos deverá o árbitro ser considerado dependente ou parcial? Quais são as circunstâncias que poderão originar “fundadas dúvidas” sobre a independência e imparcialidade do árbitro e obrigar ao dever de revelação⁵? E, ao invés, que dúvidas deverão ser vistas como infundadas? Como concretizar, em suma, o n.º 3 do artigo 9.º e os n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da NLAV?

É a estas perguntas que o presente trabalho pretende responder. Nele procuraremos descobrir o que significa, afinal, ser um árbitro independente e imparcial à luz do ordenamento jurídico português e que circunstâncias deverão ser reveladas nesta sede.

Como também veremos, a aplicação prática destes conceitos nem sempre se revela fácil, existindo situações em que não se revela clara a falta de neutralidade do árbitro. No entanto, esperamos que o nosso trabalho seja um contributo para futuras interrogações e reflexões sobre esta problemática e sobre o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial conferido à matéria.

³ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, volume 2, 2.ª edição, Kluwer Law International, 2014, pp. 1762-1763.

⁴ Veja-se, a título de exemplo, os artigos 11.º do Regulamento de Arbitragem e 3.º do Código Deontológico do Árbitro do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, o artigo 7.º do Regulamento de Arbitragem do CAL – Centro de Arbitragem de Litígios Cíveis, Comerciais e Administrativos da Ordem dos Advogados e o artigo 13.º do Regulamento Geral de Arbitragem Concórdia.

⁵ Por questões de espaço, deixaremos de lado a análise do n.º 3 do artigo 13.º da NLAV e do incidente de recusa de árbitro.

2. Antecedentes

2.1. O Artigo 10.º da Lei n.º 31/86

Em 1986, entrou em vigor na nossa ordem jurídica a Lei da Arbitragem Voluntária de 1986 (LAV/86). Este diploma veio revogar o anterior Decreto-Lei (DL) n.º 243/84 – cuja inconstitucionalidade orgânica havia sido declarada com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 230/86⁶ – e introduzir uma nova regulação da arbitragem voluntária no nosso ordenamento jurídico.

No que respeita às exigências de independência e imparcialidade dos árbitros, poucas foram as inovações da LAV/86, uma vez que o n.º 1 do seu artigo 10.º continuou a remeter para os impedimentos e escusas previstos no Código de Processo Civil para os magistrados judiciais⁷ e também, segundo MIGUEL GALVÃO TELES⁸, para as suspeições constantes do artigo 127.º do CPC/61.

O parco tratamento da matéria pela LAV/86 não significava, contudo, que a independência e a imparcialidade não devessem ser consideradas requisitos essenciais para a constituição do tribunal arbitral.

Em primeiro lugar, e como recordava AUGUSTO LOPES CARDOSO⁹, apesar de a LAV/86 apenas tratar dos deveres deontológicos sob um polo negativo, na vertente dos impedimentos e das escusas, a independência e a imparcialidade constituiriam “o cerne da deontologia dos árbitros”.

⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86; Processo n.º 178/84, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁷ Artigo 10.º

(Impedimentos e escusas)

1 – Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes”.

⁸ MIGUEL GALVÃO TELES, “A Independência e a Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume III, Almedina, 2011, p. 277, disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/831a095b60/a-independencia-e-imparcialidade-dos-arbitros-como-imposicao-constitucional-miguel-galvao-telles-2010.pdf>.

⁹ AUGUSTO LOPES CARDOSO, “Da Deontologia do Árbitro”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 452, 1996, p. 34.

Além do mais, de acordo com MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁰, embora o n.º 1 do artigo 10.º da LAV/86 não contivesse uma cláusula geral expressa, deveríamos considerar relevante toda e qualquer circunstância que afetasse a independência ou a imparcialidade do árbitro, ainda que não expressamente mencionada no regime dos impedimentos e das suspeições dos magistrados. No final do dia, teria de se verificar se a circunstância era suscetível de pôr em causa a neutralidade do árbitro e, a essa luz, decidir-se sobre ela¹¹.

Outra questão importante consistia em saber se deveria haver identidade entre o grau de independência e imparcialidade exigido aos árbitros de parte e o exigido ao árbitro presidente.

Segundo MÁRIO RAPOSO¹², o facto de, por natureza, os árbitros de parte estarem mais predispostos para alinhar com a posição da parte que os indicou não tinha sido considerado pela LAV/86, que rejeitava a figura do árbitro partidário ou não neutral. Consequentemente, todo e qualquer árbitro estaria sujeito aos deveres de independência e de imparcialidade¹³.

Semelhante tese era perfilhada por MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁴, para quem a exigência de independência e de imparcialidade de todos os árbitros decorria das funções jurisdicionais por estes exercidas no processo arbitral.

Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 12 de julho de 2011, do Juiz Conselheiro Relator Lopes do Rego¹⁵, alinhou com esta posição, ao vir declarar – e bem, na nossa opinião – a nulidade

¹⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O Dever de Independência do Árbitro de Parte”, *Themis- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n.º 16, 2009, p. 322.

¹¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O Dever de Independência do Árbitro de Parte”, 2009, p. 322.

¹² MÁRIO RAPOSO, *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, pp. 82-83.

¹³ MÁRIO RAPOSO, *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, 2006, p. 83.

¹⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O Dever de Independência do Árbitro de Parte”, 2009, p. 325.

¹⁵ Acórdão do STJ de 12.07.2011, Processo n.º 170751/08.7YIPRT.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

da cláusula compromissória invocada pela ré em 1.^a instância como fundamento da procedência da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral.

Para o tribunal *ad quem*, a circunstância de esta cláusula, enquanto *multi-step clause*, permitir a formação do tribunal arbitral pelos mesmos quatro elementos que haviam intervindo na prévia tentativa de conciliação frustrada – os advogados das partes que tinham participado na celebração do contrato de empreitada e os dois responsáveis pela fiscalização e acompanhamento da obra – torná-la-ia inadmissível à luz do n.º 1 do artigo 10.º da LAV/86, uma vez que, de outra forma, o tribunal arbitral a constituir seria “manifestamente desprovido das características de independência e imparcialidade”. Consequentemente, a outra conclusão não se poderia chegar que não fosse a nulidade da referida cláusula, tal como foi declarado pelo STJ.

Assim sendo, e em suma, concluímos que, embora não expressamente consagrados na LAV86, já à luz do regime revogado havia preocupações com a independência e a imparcialidade dos árbitros que compunham o tribunal arbitral.

2.2. O Anteprojeto da APA e a Proposta de Lei 22/XII

Em 2009, a Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) decidiu apresentar um Anteprojeto de Lei da Arbitragem Voluntária, com o objetivo de substituir a LAV/86 e consagrar um novo regime para a arbitragem voluntária em Portugal¹⁶.

No que respeita às exigências de independência e imparcialidade, este diploma alterava substancialmente o regime previsto na LAV/86.

Em primeiro lugar, o n.º 3 do artigo 9.º estabelecia a independência e a imparcialidade como dois requisitos integrantes do estatuto de

¹⁶ A redação deste diploma, acompanhada de notas justificativas, está disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/56446b86fe/anteprojeto-lav-c-notas-justificativas-2009-05-21.pdf>.

árbitro¹⁷. Na base desta solução legal, encontrava-se a Secção 8 da Lei Sueca de Arbitragem de 1999¹⁸ e o n.º 1 do artigo 17.º da Lei Espanhola de Arbitragem (Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro)¹⁹⁻²⁰.

Por outro lado, os n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º obrigavam, respetivamente, o árbitro designado a revelar as circunstâncias que originassem fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade, já ocorridas ou conhecidas antes da aceitação (n.º 1) ou de verificação ou conhecimento superveniente (n.º 2)²¹.

Na génese do n.º 1 estiveram o n.º 1 do artigo 12.º da Lei-Modelo da UNCITRAL²², bem como as 1.ªs partes do 1.º parágrafo do artigo 1036.º do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung*)²³, do n.º 2 do

¹⁷ “Artigo 9.º

(Árbitros: requisitos)

3. Os árbitros devem ser independentes e imparciais”

¹⁸ “Secção 8

O árbitro deve ser imparcial”.

¹⁹ “Artigo 17.º

Motivos de abstenção e recusa

1. Todo o árbitro deve ser e permanecer durante a arbitragem independente e imparcial. Em nenhum caso poderá manter com as partes relações pessoais, profissionais ou comerciais”.

²⁰ De acordo com o Anteprojeto com notas justificativas mencionado acima.

²¹ “Artigo 13.º

(Fundamentos de recusa)

1. Quem for convidado para ser eventualmente designado como árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.

2. O árbitro designado deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo”.

²² “Artigo 12.º

Fundamentos de recusa

1. Quando uma pessoa for auscultada com vista à sua eventual nomeação como árbitro, fará notar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre a sua imparcialidade ou independência (...).”

²³ “Artigo 1036.º

Recusa de árbitro

§1. A pessoa que seja proposta para ser árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade (...).”

artigo 17 da Lei Espanhola²⁴ e da Secção 9 da Lei Sueca²⁵⁻²⁶. Na origem do n.º 2 estiveram a 2.ª parte daquelas normas²⁷⁻²⁸⁻²⁹⁻³⁰⁻³¹.

Já no ano de 2011, a APA decidiu submeter ao Governo uma nova proposta (a Proposta de LAV de 14/5/2010 com notas justificativas, revista em 20 e 25 de julho de 2011)³², cujos n.ºs 3 do artigo 9.º e n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º tinham uma redação exatamente igual à prevista no Anteprojeto.

Neste panorama, no dia 19 de setembro de 2011, deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei 22/XII³³, contendo a LAV a

²⁴ “Artigo 17.º

Motivos de abstenção e recusa

2. A pessoa proposta para ser árbitro deverá revelar todas as circunstâncias que possam dar lugar a dúvidas justificadas sobre a sua imparcialidade e independência (...).”

²⁵ “Secção 9

A pessoa a quem seja pedido que aceite a designação de árbitro deve revelar imediatamente todas as circunstâncias que, de acordo com as Secções 7 e 8, a possam impedir de servir como árbitro”.

²⁶ De acordo com o Anteprojeto com notas justificativas mencionado acima.

²⁷ “Artigo 12.º

Fundamentos de recusa

(...) A partir da data da sua nomeação e durante todo o processo arbitral, o árbitro fará notar sem demora às partes as referidas circunstâncias, a menos que já o tenha feito”.

²⁸ “Artigo 1036.º

Recusa de árbitro

§1 (...) Um árbitro está também obrigado a revelar tais circunstâncias às partes imediatamente e até ao final do processo arbitral, caso não lhas tenha indicado previamente”.

²⁹ Artigo 17.º

Motivos de abstenção e recusa

2. (...) O árbitro, a partir da sua nomeação, revelará às partes sem demora qualquer circunstância superveniente”

³⁰ “Secção 9

(...) O árbitro deve informar as partes e os outros árbitros de tais circunstâncias logo que todos os árbitros tenham sido designados e após este momento, ao longo do processo arbitral, mal tenha conhecimento de uma nova circunstância”.

³¹ De acordo com o Anteprojeto com notas justificativas mencionado acima.

³² A versão PDF desta proposta pode ser consultada em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/9bad110574/versao-final-proposta-lav-2011.pdf>.

³³ Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=61485230634446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c->

ela anexa, no n.º 3 do artigo 9.º e no artigo 13.º, uma redação exatamente igual à prevista no Anteprojeto.

Foi esta proposta que, depois de discutida e aprovada pelo Parlamento, deu origem à Lei n.º 63/2011 e à NLAV a ela anexa.

Em vigor no nosso ordenamento jurídico desde 14 de março de 2012 e revogatória da LAV/86, a NLAV continua a consagrar, nos seus n.º 3 do artigo 9.º e n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º, a independência e imparcialidade dos árbitros e o dever de recusa já previstos nos moldes do Anteprojeto da APA. Olhemos agora, com mais detalhe, para estes preceitos legais.

3. Regime Legal: A Indeterminação dos Conceitos de Independência, Imparcialidade e Fundadas Dúvidas

À luz do acima referido, vemos que, ao contrário da LAV/86, a NLAV consagra de forma expressa os requisitos de independência e imparcialidade, tendo desta forma realizado “uma revolução copernicana”³⁴ no tratamento legal do estatuto do árbitro.

Contudo, não fixou o significado nem o conteúdo dos deveres de independência e imparcialidade do árbitro³⁵. Nem poderia tê-lo feito, pois, como recorda MARIANA FRANÇA GOUVEIA³⁶, ao situarem-se entre o Direito e a Deontologia, a independência e a imparcialidade são impossíveis de definir através de critérios concretos.

Além do mais, tão-pouco concretiza este diploma as circunstâncias que são suscetíveis de “gerar fundadas dúvidas” sobre a independência e a imparcialidade do árbitro e de cuja verificação depende o cumprimento do dever de revelação.

6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977634777794d693159-53556b755a47396a&fich=ppl22-XII.doc&Inline=true.

³⁴ BERNARDO REIS, “Reflexões Práticas sobre a Ética na Arbitragem: Perspectiva de Árbitro”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, 2013, p. 75.

³⁵ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 265.

³⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 205.

Apenas podemos dizer, na linha do que é defendido por BERNARDO REIS³⁷, que o árbitro designado não está obrigado a revelar toda e qualquer ligação com a parte e com o objeto do litígio. Outra conclusão seria inaceitável, sob pena de o árbitro estar sujeito a um “ônus pesadíssimo”, desconforme com o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, e de ao longo do processo arbitral poderem ser desencadeados incidentes com objetivos meramente dilatatórios e censuráveis ou com a finalidade de descredibilizar os árbitros de parte³⁸.

Tal como os conceitos de independência e de imparcialidade, também o conceito de “circunstâncias que possam gerar fundadas dúvidas” permanece, desta forma, indeterminado, sem prejuízo de, como veremos de seguida, alguns instrumentos nacionais e internacionais nos poderem ajudar a fixar o seu sentido e o seu conteúdo.

3.1. Tentativas de Concretização

3.1.1. Um Importante Instrumento Internacional: As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional

Como recordam ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE³⁹, para que possamos concretizar os requisitos de independência e imparcialidade do árbitro e o subsequente dever de revelação, deveremos ter em conta vários instrumentos de *soft law*, de entre os quais merecem particular destaque as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional⁴⁰.

Estas Diretrizes foram elaboradas por um grupo de trabalho constituído entre meados de 2002 e 2004 e composto por 19 juristas

³⁷ BERNARDO REIS, “Reflexões Práticas sobre a Ética na Arbitragem: Perspectiva de Árbitro”, 2013, p. 82.

³⁸ BERNARDO REIS, “Reflexões Práticas sobre a Ética na Arbitragem: Perspectiva de Árbitro”, 2013, p. 82.

³⁹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, p. 265.

⁴⁰ A versão em português deste instrumento está disponível em https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

experientes em arbitragem internacional⁴¹, tendo sido adotadas pela IBA (*International Bar Association*) em maio de 2004 e posteriormente revistas em 2014⁴².

O objetivo deste instrumento é, para o que aqui nos interessa, claro: o de auxiliar as partes, os seus mandatários, os árbitros e as instituições arbitrais no que respeita à aplicação dos requisitos de independência e imparcialidade e ao significado do dever de revelação⁴³, através da fixação exemplificativa, e não taxativa, de regras gerais⁴⁴.

À luz das Diretrizes, o árbitro, ainda que tenha sido designado apenas por uma das partes, deve atuar no processo arbitral de forma a evitar que se suscitem dúvidas acerca da sua independência ou imparcialidade⁴⁵.

No que respeita ao funcionamento das Diretrizes, importa destacar que elas se dividem em duas partes.

A 1.^a parte estabelece padrões gerais relativos à independência e à imparcialidade dos árbitros e ao dever de revelação, sendo cada princípio acompanhado de uma nota explicativa.

A 2.^a parte consiste na aplicação prática destes princípios e compõe-se de três listas: a Lista Vermelha (*Red List*), a Lista Laranja (*Orange List*) e a Lista Verde (*Green List*). Por sua vez, a Lista Vermelha subdivide-se em Lista Vermelha Irrenunciável (*Non-Waivable Red List*) e Lista Vermelha Renunciável (*Waivable Red List*).

A Lista Vermelha Irrenunciável corresponde a “fundamentos que não podem ser afastados nem por acordo das partes”⁴⁶. É o caso de o árbitro corresponder a uma das partes, ser administrador, diretor do conselho de

⁴¹ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 1842.

⁴² GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1841-1842.

⁴³ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 418. Disponível em https://eprints.ucm.es/11931/1/CLEARER_ETHICS_GUIDELINES_FOR_ARBITRATORS.pdf.

⁴⁴ DANIELA VICENTE DE ALMEIDA, *O Dever de Revelação como Problema de Independência e Imparcialidade dos Árbitros*, Almedina, 2018, p. 132.

⁴⁵ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, 2010, p. 418.

⁴⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 205.

supervisão ou ter um interesse financeiro numa das partes ou aconselhar frequentemente e mediante remuneração um dos litigantes⁴⁷.

Já a Lista Vermelha Renunciável abrange fundamentos que, podendo ser dispensados por acordo das partes, não impedem, neste caso, a nomeação do árbitro⁴⁸.

Nela encaixam-se, a título de exemplo, a prévia emissão de um parecer ou a prévia intervenção no litígio, a titularidade de ações no capital de uma das partes e a existência de ligações com os mandatários⁴⁹.

Por sua vez, a Lista Laranja enumera situações que, embora possam suscitar dúvidas sobre a independência ou imparcialidade do árbitro, necessitam de ser avaliadas em concreto⁵⁰. Nela se enquadram a manutenção de relações profissionais com uma das partes nos últimos três anos, a prestação atual de serviços a uma das partes, o facto de o árbitro ser colega de trabalho de outro árbitro ou de um dos mandatários e ainda a existência de relações com uma das partes ou com os restantes intervenientes processuais⁵¹.

Por fim, a Lista Verde integra circunstâncias que são insuscetíveis de pôr em causa a independência e a imparcialidade do árbitro e jamais poderão afetar o exercício de funções no processo⁵². É o caso da prévia emissão de opiniões jurídicas sobre uma temática relevante para a decisão do processo, ainda que sem conexão com ele, e dos anteriores contactos com os outros árbitros ou com os mandatários de uma das partes⁵³.

A propósito desta temática, importa verificar se as Diretrizes da IBA devem ser aplicadas no ordenamento jurídico português em sede de arbitragem doméstica.

⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, *Revista de Direito Civil*, Almedina, n.º 3, 2019, p. 422.

⁴⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 205.

⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 422.

⁵⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 206.

⁵¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 422.

⁵² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 205.

⁵³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 422.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁵⁴ é avesso a esta possibilidade, considerando que este instrumento, pensado para arbitragens internacionais e correspondente à tradição dos países de *Common Law*, se revela, na maior parte dos casos, desajustado à realidade portuguesa. Para esta posição aponta também o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-Sul) de 16 de fevereiro de 2017, do Juiz Desembargador Relator Paulo Pereira Gouveia⁵⁵.

Contudo, esta posição surge como isolada na doutrina, uma vez que a maioria dos autores portugueses considera que este instrumento deve ser também aplicado, ainda que com adaptações, em sede de arbitragem doméstica⁵⁶, sendo também neste âmbito “um “mecanismo auxiliar na concretização dos deveres de independência e imparcialidade dos árbitros”⁵⁷.

Com a doutrina maioritária parece também alinhar grande parte da jurisprudência dos tribunais superiores, que não raras vezes tem feito uso deste instrumento para concretizar o n.º 3 do artigo 9.º e os n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da LAV, ainda que com adaptações. São disso exemplo, no que ao Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) diz respeito e em termos que adiante explicaremos com mais pormenor, o Acórdão de 3 de outubro de 2017, da Juíza Desembargadora Relatora Amélia Ribeiro⁵⁸,

⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 423.

⁵⁵ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 16.02.2017, Processo n.º 20011/16.3BCLSB, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁵⁶ *Vide*, a título exemplificativo, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, p. 265; BERNARDO REIS, “Reflexões Práticas sobre a Ética na Arbitragem: Perspectiva de Árbitro”, 2013, p. 86; DANIELA VICENTE DE ALMEIDA, *O Dever de Revelação como Problema de Independência e Imparcialidade dos Árbitros*, 2018, p. 139; José Miguel Júdice, “Dos Árbitros e do Tribunal Arbitral”, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª edição revista e atualizada, Almedina, 2019, pp. 50 e 265; e SOFIA MARTINS, “Código Deontológico do Árbitro Aprovado pela Associação Portuguesa de Arbitragem”, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª edição revista e atualizada, Almedina, 2019, p. 236.

⁵⁷ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, p. 265.

⁵⁸ Acórdão do TRL de 03.10.2017, Processo n.º 1177/17.1YRLSB-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

e, mais recentemente, o Acórdão de 11 de fevereiro de 2020, do Juiz Desembargador Relator Rui Torres Vouga⁵⁹.

Quanto a nós, consideramos que *as Diretrizes da IBA devem ser aplicadas na concretização do n.º 3 do artigo 9.º e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da NLAV, tanto nas arbitragens domésticas como nas arbitragens internacionais*. Contudo, esta aplicação deverá ser feita *cum grano salis*, uma vez que, como recorda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁰, as regras nelas previstas são meros indícios, não se podendo delas presumir a falta de independência ou de imparcialidade do árbitro.

Consideramos, tal como este autor⁶¹, *que a aplicação das regras previstas nas Diretrizes não pode ser cega nem automática. Em todo e qualquer processo arbitral é necessário que existam, efetivamente, elementos objetivos de onde se possa retirar com segurança a falta de independência ou imparcialidade do árbitro para que ocorra o dever de revelação. Caso contrário, e pese embora o que as Diretrizes refiram, não deveremos considerar que esse dever exista*.

3.1.2. As Regras de Ética da IBA para Árbitros Internacionais

Apesar da importância que as Diretrizes da IBA desempenham na concretização do dever de independência e imparcialidade dos árbitros, devemos ter também em consideração as Regras de Ética para Árbitros Internacionais, adotadas pela IBA em 1986⁶² ⁶³.

A Regra Fundamental (Regra 1) obriga os árbitros a cumprir os deveres de imparcialidade e independência ao longo do processo, ao estabelecer que eles devem ser e manter-se livres de preconceitos (“*free from bias*”)⁶⁴.

⁵⁹ Acórdão do TRL de 11.02.2020, Processo n.º 1577/18.0YRLSB-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, pp. 424-425.

⁶¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424.

⁶² A versão em inglês deste diploma encontra-se disponível em https://www.academia.edu/21483561/IBA_RULES_OF_ETHICS_FOR_INTERNATIONAL_ARBITRATORS?auto=download.

⁶³ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 1840.

⁶⁴ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 1840.

Por sua vez, a Regra 3.3. considera que qualquer relação comercial direta ou indireta entre o árbitro e uma parte ou uma pessoa que possa ser uma testemunha potencial no processo é suscetível de fazer duvidar da independência ou imparcialidade daquele. Este preceito obriga também o árbitro a recusar a nomeação se se verificarem tais circunstâncias, exceto se as partes concordarem, por escrito, com a sua continuação no processo.

Ademais, de acordo com a Regra 4, os árbitros devem revelar toda e qualquer circunstância que possa gerar dúvidas fundadas sobre a sua imparcialidade e independência, nelas se incluindo relações comerciais passadas ou presentes e a natureza e duração de qualquer relação social com uma parte ou uma pessoa que possa ser uma testemunha importante no processo, a natureza de qualquer relação prévia com os restantes árbitros e eventuais conhecimentos prévios que possuam sobre a disputa. Estabelece também que a ausência do dever de revelação conduz à aparência de dependência ou parcialidade do árbitro.

Apesar de parcialmente ultrapassadas pelas Diretrizes da IBA, as mencionadas regras continuam a relevar em sede de arbitragem, ao estabelecerem padrões substantivos de imparcialidade e independência dos árbitros, concretizarem o dever de revelação e consagrarem um conjunto de critérios que podem ser facilmente adaptados a várias circunstâncias e jurisdições⁶⁵.

3.1.3. O Código Deontológico do Árbitro da APA

No nosso ordenamento jurídico, temos de ter ainda em consideração nesta sede um importante instrumento de *soft law*: o Código Deontológico do Árbitro da APA⁶⁶.

O n.º 2 do artigo 1.º deste diploma refere a necessidade da sua interpretação à luz das melhores práticas internacionais, incluindo as Diretrizes da IBA supramencionadas.

Este código estabelece, nos n.ºs 2 e 3 do seu artigo 4.º, um elenco de circunstâncias que devem ser comunicadas pelo árbitro antes da

⁶⁵ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1840-1841.

⁶⁶ Disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/bac76cfa73/versao-final-cda-2014.pdf>.

aceitação do encargo ou durante o processo arbitral. São elas a existência de relações profissionais ou pessoais com as partes ou os mandatários que o árbitro considere relevantes, a existência de qualquer interesse económico ou financeiro, direto ou indireto, no objeto da disputa e ainda qualquer conhecimento prévio sobre o objeto do processo.

Apesar de não ser tão completo como as Diretrizes, o Código Deontológico do Árbitro, ao concretizar, ainda que de forma sucinta, as circunstâncias que devem ser reveladas pelo árbitro no processo arbitral, revela-se um importante instrumento na concretização dos requisitos de independência e imparcialidade e do dever de revelação.

3.2. A Existência de Zonas Cinzentas

Tendo estudado o regime da independência e imparcialidade e do dever de revelação à luz da NLAV, vamos agora analisar algumas das chamadas “zonas cinzentas”, isto é, algumas situações onde se mantém controversa a existência de dever de revelação do árbitro, ainda que com eventual recurso aos instrumentos de *soft law* anteriormente mencionados.

Sem pretensões de exaustão, olharemos, ainda que de forma sucinta, para três das situações que se nos afiguram mais problemáticas e que também são apontadas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁷.

São elas a emissão de opiniões jurídicas anteriores relevantes para o objeto do processo, ainda que sem conexão com ele, a nomeação repetida de árbitro e a existência de relações pessoais entre o árbitro e uma das partes ou um dos mandatários.

3.2.1. A Emissão de Opiniões Jurídicas Anteriores

As Diretrizes da IBA integram na Lista Laranja (ponto 3.5.2) as opiniões publicamente defendidas pelo árbitro sobre o processo, considerando, portanto, que elas devem ser objeto de revelação.

⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424.

Já as opiniões jurídicas anteriormente defendidas pelo árbitro em público sobre um aspeto relevante para o objeto do processo, mas sem direta conexão com este, podem não ser reveladas, por integrarem o ponto 4.1.1. da Lista Verde.

Para esta tese aponta também o Acórdão do TRL de 1 de fevereiro de 2018, da Juíza Desembargadora Relatora Carla Mendes⁶⁸, relativo ao recurso interposto da decisão do tribunal de 1.ª instância que, num processo de arbitragem necessária (direitos de propriedade intelectual de um medicamento genérico), havia indeferido o pedido de recusa do árbitro designado pela requerida.

Alegava a recorrente que o referido árbitro tinha publicado várias obras e artigos científicos que demonstravam, por um lado, uma clara oposição às pretensões das titulares de patentes farmacêuticas e, por outro lado, uma evidente preferência pelos medicamentos genéricos e pelas empresas que os comercializavam. Sustentava também que, nos anteriores processos arbitrais em que tinha intervindo, o mesmo árbitro tinha assumido posições antagónicas dos interesses das empresas titulares de patentes farmacêuticas e lavrado voto de vencido sempre que as decisões finais julgavam procedentes as pretensões destas empresas. Concluía referindo que estes factos punham em causa a independência e imparcialidade do árbitro no processo, caindo na Lista Laranja das Diretrizes da IBA.

O tribunal *ad quem* veio julgar o recurso improcedente, por considerar que estas circunstâncias caíam na Lista Verde das Diretrizes da IBA. Para chegar a esta conclusão, considerou três fatores: 1 – o facto de as obras e artigos científicos terem sido publicados fora do processo arbitral, não tendo qualquer conexão com ele, 2 – a circunstância de, num domínio altamente especializado como o das arbitragens relativas a patentes de medicamentos, todo e qualquer árbitro que compusesse o Tribunal Arbitral, já ter expressado, enquanto especialista na matéria, a sua opinião sobre questões relevantes para o objeto do processo e 3 – o facto de o árbitro ter um pensamento sobre uma questão relevante para o objeto do processo não implicar, necessariamente, a sua falta de neutralidade.

⁶⁸ Acórdão do TRL de 01.02.2018, Processo n.º 1320/17.0YRLSB-8, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Contudo, esta posição contrariou a tese consagrada pelo mesmo tribunal em acórdão datado de 29 de setembro de 2015, do Juiz Desembargador Relator Afonso Henrique⁶⁹. Neste aresto, o tribunal *ad quem* considerou que o árbitro nomeado pelas demandantes estava obrigado a revelar as posições jurídicas que tinha tomado nas duas arbitragens anteriores relativas a patentes de medicamentos em que tinha participado. Referiu também que dessa omissão se poderia retirar a existência de um interesse coincidente entre as demandantes e o árbitro por elas designado, que geraria, portanto, dúvidas fundadas acerca da independência e imparcialidade deste.

Esta divergência revela que não é líquida a (ir)relevância da emissão de opiniões jurídicas anteriores, relevantes para o objeto do processo pelo árbitro nomeado, ainda que sem ligação ao caso *sub judice*.

No que à doutrina diz respeito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁷⁰ é crítico da integração na Lista Verde da emissão, ainda que abstrata, de opiniões jurídicas relevantes para o objeto do processo, pelo árbitro presidente. Duvidosa será também, para este autor, a integração na Lista Verde da prévia emissão pelo árbitro de parte de opiniões doutrinárias que vão contra os interesses da parte que o nomeou⁷¹.

Quanto a nós, somos da opinião de que *a prévia emissão de opiniões sobre o objeto do processo, ainda que sem conexão com o objeto do processo, deve ser revelada pelo árbitro presidente sempre que for favorável aos interesses de uma das partes.*

Já quanto ao árbitro de parte, o dever de revelação apenas pode ser dispensado se a opinião não implicar a necessária improcedência da posição da parte que o nomeou, uma vez que, neste caso, o seu alinhamento se encontra, ab initio, em desacordo com as pretensões daquela.

E o que dizer dos casos em que se o árbitro em questão reviu a sua opinião mais recentemente, não implicando a nova posição o favorecimento dos interesses de uma das partes (quanto ao árbitro presidente) ou a colisão com os interesses da parte nomeante (quanto ao árbitro

⁶⁹ Acórdão do TRL de 29.09.2015, Processo n.º 827/15.9YRLSB-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁷⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424.

⁷¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424.

de parte)? Nestes casos, pensamos que *o dever de revelação deixa de existir, uma vez que a opinião inicial deixa de ser relevante e se encontra desatualizada, não sendo a nova suscetível de fazer duvidar da neutralidade do árbitro nomeado.*

Em suma, e pese embora o que as Diretrizes da IBA mencionam a propósito do dever de revelação, consideramos que as opiniões previamente emitidas com relevância para o objeto do processo, ainda que sem conexão com ele, devem ser reveladas em alguns casos.

3.2.2. A Nomeação Repetida de Árbitro

Nas arbitragens que envolvem questões de elevada complexidade técnica, é relativamente frequente que a mesma parte designe em vários processos o mesmo árbitro. É o caso da nomeação repetida de árbitros ou *repeat arbitrators*.

A esta situação pretende obviar a Lista Laranja das Diretrizes da IBA, ao incluir no seu ponto 3.1.3 a circunstância de, nos últimos três anos, o árbitro ter sido designado como árbitro em duas ou mais ocasiões por uma das partes ou por uma afiliada desta.

Como recordam ANDRÉ NAVARRO DE NORONHA, MIGUEL DE ALMADA, PEDRO METELLO DE NÁPOLES e SOFIA MARTINS⁷², esta norma pretende classificar as nomeações que tenham ocorrido num curto espaço de tempo como geradoras de suspeitas sobre a dependência económica do árbitro relativamente à parte que o indica e sobre a eventual atuação daquele no processo em benefício desta.

Contudo, o Ponto 6 da Parte II das Diretrizes da IBA leva a que, em concreto, eventuais nomeações que tenham ocorrido há mais de 3 anos obriguem ao cumprimento do dever de revelação, sempre que se concluir pela existência de um potencial conflito de interesses relativamente ao árbitro nomeado⁷³.

⁷² ANDRÉ NAVARRO DE NORONHA, MIGUEL DE ALMADA, PEDRO METELLO DE NÁPOLES e SOFIA MARTINS, “Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.^a edição revista e atualizada, Almedina, 2019, p. 287.

⁷³ ANDRÉ NAVARRO DE NORONHA, MIGUEL DE ALMADA, PEDRO METELLO DE NÁPOLES e SOFIA MARTINS, “Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, 2019, p. 287.

Não relevarão, contudo, neste âmbito, suspeitas relativas à independência e imparcialidade do árbitro repetido e conjuntamente nomeado por ambas as partes ou do árbitro já designado pela parte contrária⁷⁴. Tão-pouco relevarão as nomeações repetidas feitas pela mesma parte em processos de arbitragem necessária de elevada complexidade⁷⁵.

A esta conclusão chegou também o já mencionado Acórdão do TRL de 1 de fevereiro de 2018, ao indeferir o recurso interposto pela recorrente na parte em que alegava que o facto de o árbitro ter sido designado pela requerida, nos últimos 3 anos, em 11 processos punha em causa a independência e imparcialidade daquele. Considerou o tribunal *ad quem* que esta circunstância, por si só, não revelava a independência e a imparcialidade do árbitro e que, em arbitragens de elevada especialização, como a que tinha dado origem ao recurso, o número restrito de árbitros levava a que fossem frequentes as nomeações repetidas, sem que a independência e imparcialidade do tribunal arbitral fossem afetadas.

Todavia, este acórdão contraria a posição consagrada pelo TRL no Acórdão de 24 de março de 2015, da Juíza Desembargadora Relatora Adelaide Domingos⁷⁶. Neste aresto, o tribunal *ad quem* decidiu que, pese embora a arbitragem que esteve na origem do recurso dissesse respeito a direitos de propriedade industrial relativa a medicamentos, a nomeação repetida do mesmo árbitro pela mesma parte em, respetivamente, 19 processos desta génese deveria ter sido revelada pelo árbitro nomeado, por ser suscetível de fazer gerar uma aparência de dependência económica entre ele e a parte que o nomeou e, desta forma, poder pôr em causa a sua independência e imparcialidade.

Da nomeação repetida do árbitro presidente, trata, por sua vez, o já mencionado Acórdão do TRL de 3 de outubro de 2017. Este aresto veio, também numa arbitragem relativa a patentes de medicamentos, considerar que o facto de o árbitro presidente ter participado em 38 tribunais

⁷⁴ ANDRÉ NAVARRO DE NORONHA, MIGUEL DE ALMADA, PEDRO METELLO DE NÁPOLES e SOFIA MARTINS, “Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, 2019, pp. 287-288.

⁷⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424. Ver também, a este propósito, a nota de rodapé 5 das Diretrizes.

⁷⁶ Acórdão do TRL de 24.03.2015, Processo n.º 1361/14.0YRLSB.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

arbitrais em processos semelhantes ao que havia dado origem ao recurso e em que a demandada era parte, sempre na qualidade de presidente designado pelos demais árbitros, não permitia aferir a existência de uma dependência económica do árbitro presidente para com a demandada. Considerou também o tribunal que, neste caso, a nomeação repetida apenas poderia levar a uma falta de qualidade intrínseca” do árbitro nomeado, e não a uma quebra da sua independência e imparcialidade.

Vemos, desta forma, que a nomeação repetida de árbitro tem gerado decisões divergentes em sede de arbitragem necessária. Contudo, também na arbitragem voluntária têm sido divergentes as decisões proferidas a propósito desta matéria.

Por um lado, o Acórdão do TCA-Sul de 16 de fevereiro de 2017, anteriormente mencionado, veio julgar improcedente o processo especial urgente de destituição do árbitro nomeado pelos autores numa arbitragem administrativa. Concluiu o tribunal *ad quem* que o facto de o árbitro ter sido designado noutras 3 arbitragens só geraria dúvidas sobre a sua dependência ou parcialidade se essa averiguação fosse feita de acordo com as Diretrizes da IBA, numa lógica “americana ou transnacional privada”, em que este limite temporal pretendia proceder “à autorregulação (privada) de um mercado concorrencial de arbitragem jurídica voluntária”. Contudo, por se estar perante uma arbitragem doméstica, não poderia haver lugar à aplicação destas Diretrizes *in concreto*.

O TCA-Sul acabou por concluir que não seria possível afirmar que da prévia nomeação em 3 arbitragens derivaria a dependência do árbitro nomeado para com a parte que o designou, pelo que, na falta de outras circunstâncias que pusessem em causa a falta de neutralidade do árbitro, outra não poderia ser a conclusão que não a improcedência do recurso.

Ao invés, o já mencionado Acórdão do TRL de 11 de fevereiro de 2020 veio julgar procedente a recusa do árbitro nomeado pela demandante, por existirem fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade.

Conclui o tribunal *ad quem* que, quando o número de vezes que o mesmo árbitro é designado pela mesma parte em arbitragens com o mesmo objeto num espaço de 3 anos ultrapassar as várias dezenas, existe uma fundada suspeita da existência de uma relação de fidelidade entre o árbitro nomeado e a parte que o designa, além de uma aparência de que aquele faz da arbitragem profissão e que desta atividade depende uma grande parte dos seus proventos económicos. Consequentemente,

esta circunstância deveria ter sido revelada pelo árbitro nomeado pela demandante e, não o tendo sido, haveria fundamentos para a sua recusa.

Vemos, assim, que *existem divergências quanto à obrigação de revelação das nomeações repetidas, quer na arbitragem necessária, quer na arbitragem voluntária*. Tal deve-se, em grande parte, e quanto a nós, à falta de uniformidade sobre a aplicação ou desaplicação em sede de arbitragem doméstica das Diretrizes da IBA, uma vez que este instrumento, a ser sempre aplicado, ainda que com adaptações, nesta sede, levaria certamente a soluções jurisprudenciais mais uniformes.

Somos da opinião de que, à luz do n.º 1 e 2 do artigo 13.º da LAV, *existe o dever de revelação das nomeações repetidas que se tenham verificado num curto espaço de tempo*. Todavia, inevitavelmente, e por questões de bom senso, *esse dever não poderá abranger toda e qualquer nomeação repetida*.

Teremos de atender, sobretudo, aos seguintes critérios nesta sede: 1 – a quantidade de nomeações efetuadas; 2 – o lapso temporal em que elas se verificaram; 3 – a qualidade da arbitragem (necessária ou voluntária, especializada ou não especializada); e 4 – a importância do exercício das funções nos proventos económicos do árbitro.

Na arbitragem voluntária, será mais frequente o dever de revelação do que na arbitragem necessária, onde, como vimos, a complexidade da matéria integrante do objeto do litígio e o reduzido número de árbitros disponíveis origina, naturalmente, o maior surgimento de nomeações repetidas, sem que a independência ou imparcialidade sejam afetadas.

Contudo, *também estas nomeações deverão relevar se, pese embora a natureza necessária da arbitragem, elas se tiverem verificado num lapso de tempo curto, existirem outros árbitros igualmente especializados na matéria e da nomeação repetida se retirar necessariamente que o exercício das funções de árbitro constitui uma parte significativa dos seus rendimentos*. Nestes casos, existem indícios de um claro favorecimento da parte relativamente ao árbitro nomeado e de uma grande dependência económica deste para com aquela, o que implica a necessária observância do dever de revelação.

Além do mais, ainda que as nomeações repetidas não tenham ocorrido todas no prazo de 3 anos, elas deverão relevar se também forem indícios do alegado favorecimento e dependência económica. Apenas em caso contrário deixarão de ter de ser divulgadas pelo árbitro.

Utilizando estes critérios, continuarão necessariamente a existir situações que levantarão dúvidas, mas tornar-se-á mais claro que nomeações repetidas deverão provocar o dever de revelação, tanto na arbitragem voluntária como na necessária.

3.2.3. A Existência de Relações Pessoais

Outra das questões controversas relativas ao dever de revelação consiste em saber se as relações pessoais existentes entre o árbitro e uma das partes ou um mandatário podem gerar dúvidas fundadas sobre a independência e a imparcialidade.

O Ponto 2.3.8 da Lista Vermelha Renunciável integra as relações familiares próximas entre o árbitro e uma das partes.

Por sua vez, os Pontos 3.3.6 e 3.3.7 da Lista Laranja abrangem, respetivamente, a amizade próxima e a inimizade entre o árbitro e o mandatário de uma das partes.

Os Pontos 3.4.3 e 3.4.4 da Lista Laranja também relevam nesta matéria, ao abrangerem as relações próximas de amizade e a inimizade entre o árbitro e o diretor ou membro do conselho de supervisão de uma das partes ou de uma pessoa que tenha uma influência decisiva nesta.

Por fim, os Pontos 4.4.4. e 4.3.1. integram a Lista Verde, respetivamente, a relação do árbitro com uma das partes ou um dos mandatários através de uma rede social.

Aqui chegados, devemos colocar a seguinte questão: o que dizer das relações pessoais entre o árbitro e uma das partes ou um dos mandatários que não constem deste elenco? Será que o árbitro deve revelar que é namorado, companheiro, amigo de infância ou inimigo figadal de uma das partes ou de um mandatário? E se o árbitro for parente remoto (terceiro, quarto ou quinto primo) de uma das partes ou de um dos mandatários, ou vizinho ou membro do mesmo grupo associativo ou do mesmo ginásio?

Apesar do que as Diretrizes refiram, consideramos que *quaisquer relações de proximidade e de forte convívio existentes entre o árbitro e uma das partes ou um dos mandatários deverão ser reveladas, por serem suscetíveis de gerar dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro nomeado*. O dever de revelação só ficará *excluído, por questões de bom senso, quanto às eventuais ligações pessoais que, apesar de existirem, devam ser consideradas triviais e não*

*impliquem qualquer convívio forte. Concordamos, portanto, neste aspeto, com SOFIA MARTINS*⁷⁷.

Consequentemente, *as relações de namoro/união de facto, bem como as de forte amizade ou inimizade entre o árbitro e uma das partes ou um dos mandatários, devem ser expostas pelo árbitro nomeado, ainda que de forma sucinta, respeitando o direito à reserva da intimidade da vida privada dos envolvidos. Alinhamos assim, neste ponto, com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO*⁷⁸.

Já meras relações de convívio social, como a pertença a uma mesma associação ou grupo desportivo, relações de vizinhança ou as amizades através de uma rede social não geram dúvidas fundadas acerca da independência e imparcialidade do árbitro, por não implicarem qualquer convívio próximo nem uma relação pessoal forte. Por conseguinte, *não deverá existir, quanto a nós, dever de revelação nesta sede.*

4. Reflexões Finais

À luz do que acima referimos, podemos concluir que, de acordo com o n.º 3 do artigo 9.º da NLAV, todo e qualquer árbitro deve julgar o litígio com equidistância, tanto em relação às partes como ao objeto do processo. Esta preocupação com a neutralidade dos árbitros não é, aliás, nova, uma vez que já do artigo 10.º da LAV/86 decorria a necessidade de todos os árbitros serem independentes e imparciais.

Contudo, também verificámos que tanto os deveres de imparcialidade e independência, tal como o dever de revelação constante do artigo 13.º da NLAV, se encontram definidos pela lei em termos abstratos, necessitando de uma aplicação casuística.

Quanto a nós, somos de considerar que, se aplicarmos as Diretrizes da IBA em sede de arbitragem – doméstica ou internacional – conseguiremos concretizar com bastante detalhe os conceitos de independência e imparcialidade e o dever de revelação constante do n.º 1 e 2 do artigo 13.º da NLAV. Contudo, algumas observações devem ser feitas nesta matéria.

⁷⁷ SOFIA MARTINS, “Código Deontológico do Árbitro Aprovado pela Associação Portuguesa de Arbitragem”, 2019, p. 234.

⁷⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Recusa de Árbitro por Prática de Advocacia*, 2019, p. 424.

Em primeiro lugar, devemos olhar também para os restantes instrumentos de *soft law*, nomeadamente as Regras de Ética da IBA e o Código Deontológico da APA, dado que, como vimos, estes diplomas também consagram padrões de independência e imparcialidade do árbitro, podendo ajudar na concretização daqueles conceitos.

Em segundo lugar, apesar da sua elevada utilidade, *as Diretrizes não conseguem resolver todos os problemas que surgem no quotidiano dos processos arbitrais a propósito dos requisitos de independência e imparcialidade e do dever de revelação do árbitro.*

Vimos, sem pretensões de exaustão, que não é líquida a relevância nesta sede da emissão prévia de opiniões jurídicas relevantes para o objeto do processo, ainda que sem conexão com ele, da nomeação repetida de árbitro e das relações pessoais do árbitro com uma das partes ou um dos mandatários. Outras circunstâncias controversas existem e existirão, uma vez que estes instrumentos não conseguem prever com detalhe todos os factos suscetíveis de causar dúvidas sobre a neutralidade do árbitro.

Em terceiro lugar, a aplicação das Diretrizes não deve ser cega e deve ajustar-se à realidade portuguesa, dado que poderão existir algumas situações em que a aplicação das suas listas conduza a resultados incongruentes com a realidade nacional. É o caso, quanto a nós, da falta de relevância da emissão de opiniões anteriores sobre uma questão jurídica relevante para o objeto do litígio, ainda que sem ligação ao caso, e de algumas relações pessoais do árbitro com a parte e os mandatários.

Em quarto lugar, e como dissemos, *o facto de uma circunstância se enquadrar nas Listas Vermelha e Laranja das Diretrizes não chega para que o dever de revelação tenha de ser cumprido, devendo, objetivamente, existir elementos de onde se retire com segurança a falta de neutralidade do árbitro nomeado.*

Assim sendo, e em suma, concluímos que os instrumentos de *soft law* supramencionados são bastante importantes, mas não suficientes, para a concretização do n.º 3 do artigo 9.º e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da NLAV.

Consideramos que, para que os deveres de independência e imparcialidade sejam efetivamente respeitados no processo arbitral, deve ser estabelecido um meio-termo entre o revelar tudo e o não revelar nada.

Quanto a nós, *esse meio-termo deve corresponder à revelação, pelo árbitro, de toda e qualquer circunstância que, à luz de um terceiro imparcial – o homem médio/bom pai de família, isto é, o cidadão comum inserido no contexto social em que o*

árbitro se movimenta e em que a arbitragem ocorre –, façam (ou seja previsível que venham a fazer) duvidar da sua independência e imparcialidade.

O que o árbitro deverá fazer será, em primeiro lugar, verificar se a ligação que ele mantém em concreto com uma das partes/um dos mandatários ou com o objeto do litígio é suscetível de, naquele processo em concreto, e na perspetiva de um terceiro imparcial, fazer duvidar da sua independência e imparcialidade. Posteriormente, e a menos que chegue à conclusão negativa, deve revelar essa ligação.

Afastamos aqui tanto a conceção subjetiva do próprio árbitro – que apenas desejará revelar as circunstâncias mais gravosas –, como a das próprias partes – que dificilmente se porão de acordo quanto à relevância de uma circunstância –, aplicando, desta forma, um critério que, quanto a nós, se revela muito mais objetivo e consistente. Alinhámos, portanto, neste ponto, tanto com DANIELA VICENTE DE ALMEIDA⁷⁹ como com o Acórdão do TCA-Sul de 16 de fevereiro de 2017 supramencionado.

Creemos que, só à luz deste critério, e não de outros, poderemos concretizar com suficiente precisão e minúcia os conceitos de independência e imparcialidade e o dever de revelação nos casos de eventual insuficiência ou desadequação dos instrumentos de *soft law*.

⁷⁹ DANIELA VICENTE DE ALMEIDA, *O Dever de Revelação como Problema de Independência e Imparcialidade dos Árbitros*, 2018, pp. 133 e 159.

O Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em Angola

LINO DIAMVUTU*

I. Introdução

O Governo angolano depositou, em 6 de março de 2017, junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, a carta de adesão da República de Angola à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (CNY). A referida Convenção entrou em vigor 90 dias após o depósito desse instrumento de adesão.

Com a entrada em vigor da CNY, urge analisar e adequar as normas do CPC relativas à revisão de sentenças arbitrais estrangeiras à referida Convenção. O regime jurídico previsto no CPC, em matéria de revisão de sentenças estrangeiras, é o que consta dos seus artigos 1094.º a 1102.º.

II. Âmbito de Incidência da CNY em Matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Angola ratificou a CNY com a reserva de reciprocidade prevista no n.º 2 do artigo 1.º da CNY, pelo que há sentenças arbitrais estrangeiras em relação às quais a CNY não se aplica. O Estado angolano aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas de sentenças proferidas no território de um outro Estado contratante.

Por esse facto, para tais sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no âmbito de arbitragens com sede em países que não aderiram à

* Doutor em Direito. Advogado e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

CNY¹, permanece em vigor, na íntegra, o regime processual aplicável à revisão e confirmação de sentenças estrangeiras.

Assim sendo, não há necessidade de eliminar qualquer norma prevista nos artigos acima referidos. A alteração deve consistir em introduzir no CPC novos artigos que traduzam o regime de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas à Convenção de Nova Iorque de 1958.

Nos termos do artigo III da CNY: “Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas nos artigos seguintes. Para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais”.

O artigo III da CNY comporta duas orientações principais: (a) a aplicabilidade das regras processuais do país do reconhecimento; (b) a proibição de os Estados imporem condições sensivelmente mais onerosas ou custas sensivelmente mais elevadas do que as aplicáveis às sentenças arbitrais internas².

O artigo III da CNY, ao referir-se *in fine* às “condições” de reconhecimento, tem em vista as regras processuais de reconhecimento e não

¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras nos Países Lusófonos”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010, p. 100: “A lei angolana define, no seu artigo 40.º, o que entende por arbitragem internacional, determinando depois o artigo 41.º que na falta de estipulação das partes são aplicáveis à arbitragem internacional as disposições da lei angolana. Consagra, assim, o princípio da autonomia privada, permitindo às partes a escolha de outra lei de arbitragem (...). Devem assim considerar-se que se realizam em Angola as arbitragens em que as partes escolheram ser esta a sede da arbitragem ou, tratando-se de arbitragem internacional, não seja escolhido outro direito aplicável. O que significa, então, que não se consideram sediadas em Angola as arbitragens em que as partes escolheram como lugar da arbitragem outro país ou, tratando-se de arbitragem internacional, as partes escolheram outro direito adjectivo aplicável. As sentenças proferidas nestes processos arbitrais serão consideradas sentenças estrangeiras neste país”.

² Veja-se: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Almedina, 2016, pp. 82-83; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, Almedina, 2020, p. 345.

propriamente as condições de reconhecimento que são fixadas taxativamente, segundo afirma o Professor LUÍS DE LIMA PINHEIRO³, pelo artigo V da CNY⁴. Segundo refere ainda o referido autor, “à face do regime constante dos arts. 1094.^o e segs. CPC 1961, devia entender-se que só se aplicavam as regras de processo daí resultantes; os fundamentos de recusa de reconhecimento são exclusivamente definidos pela Convenção de Nova

³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Reconhecimento de Decisões Arbitrais ‘Estrangeiras’ ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Actual”, in *Arbitragem Comercial – Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019, pp. 674-675.

⁴ Nos termos do artigo V da CNY: “1. O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova:

- a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença; ou
- b) De que a Parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação; ou
- c) De que a sentença diz respeito a um litígio que não foi objecto nem da convenção escrita nem da cláusula compromissória, ou que contém decisões que extravasam os termos da convenção escrita ou da cláusula compromissória; no entanto, se o conteúdo da sentença referente a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado; ou
- a) De que a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das Partes ou, na falta de tal convenção, de que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem; ou
- b) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.

2. Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar:

- a) Que, de acordo com a lei desse país, o objecto do litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou que
- b) Que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país”.

Iorque e, por conseguinte, não havia lugar ao controlo das condições estabelecidas pelo art. 1096.º CPC”⁵.

Pelas razões expostas nos pontos 7 e 8, admitimos que as sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas à CNY sejam, de igual modo, sujeitas à revisão e confirmação (*rectius* – reconhecimento), tais como as sentenças estrangeiras judiciais e arbitrais não sujeitas à CNY. No entanto, os requisitos para a confirmação de sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas à CNY não poderão ser os que constam do artigo 1096.º CPC⁶.

Com efeito, o artigo V da CNY apresenta as condições de reconhecimento divergentes dos requisitos de confirmação previstos no artigo 1096.º. E a própria CNY determina as condições de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras. Entendemos, por conseguinte, que se deve afastar o artigo 1096.º CPC em relação às sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas à CNY. Para tal, é preciso transcrever o texto do artigo V da CNY no novo CPC, de modo a sujeitar as sentenças arbitrais estrangeiras a serem reconhecidas ao abrigo da CNY às causas de oposição e de recusa ao reconhecimento do seu artigo V.

Por força do artigo III da CNY, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras seguirá as regras processuais do CPC, com a salvaguarda do que se dispõe no artigo IV da CNY sobre os documentos a

⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Reconhecimento de Decisões Arbitrais ‘Estrangeiras’ ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Actual”, 2019, pp. 674-675, nota de rodapé n.º 43.

⁶ Nos termos do art. 1096.º do CPC: “Para que a sentença seja confirmada é necessário:

- a) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão;
- b) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida;
- c) Que provenha de tribunal competente segundo as regras de conflitos de jurisdição da lei angolana;
- d) Que não possa invocar-se a excepção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afecta a tribunal angolano, excepto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição;
- e) Que o réu tenha sido devidamente citado, salvo tratando-se da causa para que a lei angolana dispensaria a citação inicial; e, se o réu foi logo condenado por falta de oposição ao pedido, que a citação tenha sido feita na sua própria pessoa;
- f) Que não contenha decisões contrárias aos princípios de ordem pública angolana;
- g) Que, tendo sido proferida contra angolano, não ofenda as disposições do direito privado angolano, quando este devesse ser resolvida a questão segundo as regras de conflito do direito angolano”.

serem juntos à petição e nos artigos V a VII que se reportam às condições do reconhecimento⁷.

Na aplicação do artigo V da CNY, compete à parte que se opõe ao reconhecimento ou à execução da sentença arbitral fazer a prova de qualquer uma das causas previstas no artigo V, n.º 1. Os fundamentos previstos no n.º 2 são de conhecimento oficioso do tribunal, para além de poderem obviamente ser invocados pelo requerido⁸.

Na alínea b) do n.º 2 do artigo V da CNY, determina-se a contrariedade à ordem pública do Estado do foro como fundamento para impossibilitar o reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira. Para acompanhar a jurisprudência internacional na interpretação do conceito da “ordem pública”, referido no artigo V, importa referi-lo no texto do novo CPC como “ordem pública internacional”, de interpretação mais restritiva.

A revisão das sentenças arbitrais estrangeiras não implica uma reapreciação do mérito da causa. Uma posição minimalista defende que o princípio de proibição da revisão do fundo da causa implica que o que se deve controlar no laudo é o seu resultado, sem contestar o Direito que foi aplicado ao mérito da causa⁹. Quando se trata de matéria de ordem pública, apenas interessará saber se os árbitros tiveram consciência desse facto, não sendo necessário verificar se a examinaram corretamente¹⁰. O referido princípio de proibição da revisão do fundo da causa implica também o afastamento do exame da motivação da sentença arbitral¹¹.

⁷ Veja-se: MÁRIO ESTEVES OLIVEIRA et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, p. 656.

⁸ EMMANUEL GAILLARD e JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 983, NN 1693-1694; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER e ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage International – Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP*, 2.ª edição, Weblaw, 2010, p. 558, N. 886; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, pp. 348-349.

⁹ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El Control Postarbitral del Laudo Extranjero – El Convenio de Nueva York – Y la Causal de Orden Público”, in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2015, p. 38; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, p. 346.

¹⁰ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El Control Postarbitral del Laudo Extranjero – El Convenio de Nueva York – Y la Causal de Orden Público”, 2015, p. 38.

¹¹ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El Control Postarbitral del Laudo Extranjero – El Convenio de Nueva York – Y la Causal de Orden Público”, 2015, p. 38; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, p. 346.

A posição maximalista, ao contrário, propõe que, tratando-se de matérias que respeitam à ordem pública, o juiz estadual deva controlar se efetivamente os princípios de ordem pública ou as normas internacionais imperativas de importância transcendental para o foro foram respeitados, mediante o exame de todos os elementos de facto e de Direito que permitam constatar se realmente os mesmos foram aplicados ou não¹², o que implica o controlo não apenas do resultado da sentença arbitral, mas também da sua motivação¹³.

Em suma, a revisão das sentenças arbitrais estrangeiras ao abrigo da CNY apenas tem a ver com o controlo da conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública internacional e ao critério da arbitrabilidade do litígio¹⁴. A doutrina defende que o sistema de reconhecimento instituído pela Convenção de Nova Iorque é fundamentalmente formal. O Estado do reconhecimento “não pode controlar a correção da determinação dos factos e da determinação, interpretação e aplicação do Direito feitas pelo tribunal arbitral”¹⁵.

III. O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em Portugal e no Brasil

a) Em Portugal

Em Portugal¹⁶, a matéria do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas ao regime da CNY consta da LAV de 2011,

¹² ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El Control Postarbitral del Laudo Extranjero – El Convenio de Nueva York – Y la Causal de Orden Público”, 2015, p. 38; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, p. 346.

¹³ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El Control Postarbitral del Laudo Extranjero – El Convenio de Nueva York – Y la Causal de Orden Público”, 2015, p. 38. LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, p. 346.

¹⁴ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER e ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage International – Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP*, 2010, p. 557, N. 884.

¹⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Reconhecimento de Decisões Arbitrais ‘Estrangeiras’ ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Actual”, 2019, p. 691.

¹⁶ DÁRIO MOURA VICENTE et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.^a edição, 2019, pp. 189-198.

designadamente nos seus artigos 55.º a 58.º e al. h), n.º 1 do art. 59.º. Quanto às demais sentenças estrangeiras (estaduais), aplica-se o regime previsto nos artigos 978.º e seguintes do CPC português¹⁷. Existe um processo de revisão/reconhecimento no Tribunal da Relação competente em que são aplicadas as regras da CNY.

Antes da vigência da atual LAV portuguesa (2011), um acórdão de 19 de março de 2009, Processo n.º 299/09¹⁸, do Supremo Tribunal de Justiça, decidiu pela desnecessidade de revisão e confirmação de uma sentença arbitral estrangeira sujeita à aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958. De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça: “I – Em função do estabelecido na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, Portugal reconhece e executa a sentença prolatada noutro Estado contratante nos termos das regras adoptadas no ordenamento jurídico nacional. II – Como a decisão arbitral exequenda versa sobre direitos privados e foi proferida por Estado aderente àquela Convenção, à luz do princípio da equiparação, no sistema jurídico português é conferida eficácia executiva à decisão arbitral estrangeira sem necessidade da sua revisão e confirmação”.

Esta jurisprudência prevaleceu durante alguns anos e foi fortemente criticada pela doutrina portuguesa¹⁹. Há ainda hoje autores portugueses que entendem que essa crítica não tem fundamento porque “a fórmula empregue pelo STJ neste Acórdão é de facto compatível com o Artigo III da CNY, não se podendo ignorar que o processo de ‘revisão e confirmação’ constitui realmente uma condição ‘sensivelmente mais rigorosa’”²⁰.

¹⁷ MIGUEL MESQUITA, *Código de Processo Civil*, Almedina, 2013, 31.ª edição, pp. 344 e ss.

¹⁸ Publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, Acs. do Supremo Tribunal de Justiça, 2009, n.º 214, Tomo I, pp. 147-149.

¹⁹ Vejam-se as anotações de: JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e CARLOS ALMEIDA, “O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais no Quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: Alguns Desenvolvimentos Comparados”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Almedina, 2015, p. 80.

²⁰ JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e CARLOS ALMEIDA, “O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais no Quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: Alguns Desenvolvimentos Comparados”, 2015, p. 80.

Por acórdão de 18 de fevereiro de 2014²¹, veio o Supremo Tribunal de Justiça português dizer que “I – A Convenção de Nova Iorque, de 10-06-1958, aplica-se ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tendo Portugal efectuado a reserva prevista na 1ª parte do n.º 3, do art. I, por força da qual a mesma apenas é aplicável ao reconhecimento das sentenças proferidas no território de outro Estado contratante.

II – Uma decisão arbitral estrangeira não é automaticamente exequível em território português (não constitui título executivo), sem que previamente seja submetida ao processo de revisão e confirmação pelo tribunal competente, à luz do ordenamento jurídico nacional, independentemente de estar abrangida pela Convenção de Nova Iorque de 1958.

III – À semelhança do regime aplicável às decisões judiciais estrangeiras, também as decisões arbitrais estrangeiras estão submetidas ao sistema de revisão e confirmação pelos tribunais estaduais nacionais, pelo que é sempre exigível o reconhecimento judicial de qualquer decisão arbitral estrangeira, mesmo que proferida nos termos da Convenção de Nova Iorque de 1958”.

b) No Brasil

No Brasil, o legislador brasileiro, muito antes de ratificar a CNY, já havia reproduzido na sua lei da arbitragem as disposições da CNY relativas ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Trata-se, conforme refere o Professor CARLOS ALBERTO CARMONA²², de um drible do legislador brasileiro face à tramitação ministerial a que

²¹ Veja-se: JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e CARLOS ALMEIDA, “O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais no Quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: Alguns Desenvolvimentos Comparados”, 2015, p. 81.

²² CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3.ª edição atualizada e ampliada, Editora Atlas, 2009, p. 464; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma Teorização*, 2020, p. 350. Veja-se também: NÁDIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ, “Artigo I – A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre o seu Âmbito de Aplicação”, in Arnoldo Wald e Selma Ferreira Lemes, *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*, Saraiva, 2014, p. 79.

estavam sujeitas a ratificação e a promulgação da CNY. A CNY veio a ser promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferida em 24 de novembro de 1994²³: “a acção de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo estado brasileiro, com o objectivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial”.

Parte da doutrina brasileira defendeu a prescindibilidade de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com a ratificação da CNY pelo Brasil, em 2002. Assim, o Professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES²⁴ escreveu o seguinte: “no Brasil, os laudos arbitrais não são mais passíveis de homologação pelo Judiciário, possuindo o carácter de título executivo judicial, de acordo com o criticável critério adotado pela lei. Se o laudo produzido no território brasileiro não necessita ser homologado para ser executado, a aplicação do art. III da Convenção leva à conclusão de que, devendo ser adotado o mesmo tratamento ao laudo produzido no exterior, também este não precisaria ser homologado pelo Judiciário brasileiro”.

Esta posição não prevaleceu na doutrina brasileira²⁵. De acordo com a Professora NÁDIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ²⁶, “se, no Brasil, exige-se que

²³ Veja-se: JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, “Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – Direito Brasileiro e Comparado”, in *Reflexões sobre Arbitragem*, LTR, 2002, p. 449.

²⁴ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, “A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, n.º 18, p. 318; NÁDIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ, “Artigo I – A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre o seu âmbito de aplicação”, 2014, p. 77.

²⁵ Veja-se: LUÍZ CLÁUDIO ABOIM, “A Aplicação do Artigo III da Convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil”, in Arnoldo Wald e Selma Ferreira Lemes, *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*, Saraiva, 2014, p. 147: “A leitura conjunta do art. III da Convenção e do art. 34 da LBA sugere que em um primeiro tempo a Convenção derroga o texto da Lei Brasileira de Arbitragem no que toca à obrigatoriedade do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Mas, conforme visto acima, a própria Convenção reenvia às disposições da Lei Brasileira de Arbitragem que tratam do ‘procedimento’ de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”.

²⁶ NÁDIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ, “Artigo I – A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre o seu

todas as sentenças estrangeiras sejam homologadas no Superior Tribunal de Justiça, não há que se conferir um tratamento diferenciado aos laudos das sentenças estrangeiras provenientes da via arbitral”.

A competência em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras é hoje atribuída ao Superior Tribunal de Justiça. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça (art. 35.º LAB). Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil (art. 36.º LAB).

A homologação de sentença arbitral estrangeira é requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com (a) o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; (b) o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial (art. 37.º LAB).

Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que (a) as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; (b) a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; (c) não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; (d) a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; (e) a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; (f) a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada (art. 38.º LAB).

A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de

Justiça constatar que (a) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; (b) a decisão ofende a ordem pública nacional. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa (art. 39.º LAB).

A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, por vícios formais, não obsta a que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados (art. 40.º LAB).

O Supremo Tribunal de Justiça brasileiro, em acórdão datado de 17 de maio de 2006²⁷, afirmou que “o controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento”.

IV. Conclusão

É preciso sempre ter presente que o regime da Convenção de Nova Iorque de 1958 não é aplicável a todas as sentenças arbitrais estrangeiras, mas apenas àquelas derivadas de arbitragens cujas sedes se encontram em países aderentes à referida Convenção, tendo em conta a reserva de reciprocidade feita por Angola no ato da sua adesão.

Permanece, em relação a todas as sentenças arbitrais estrangeiras, o processo de revisão junto do Tribunal Supremo para o seu reconhecimento.

Quanto às sentenças arbitrais estrangeiras não sujeitas à CNY, aplica-se o regime de revisão e confirmação nos termos do CPC, incluindo o seu artigo 1096.º. Em relação às sentenças arbitrais estrangeiras sujeitas à CNY, aplica-se o regime da revisão e reconhecimento, com aplicação das regras do CPC, excluindo-se o artigo 1096.º, que é substituído pelo artigo V da CNY.

²⁷ ARNOLDO WALD e SELMA FERREIRA LEMES (Coords.), *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, 2014, p. 394.

Ao preconizarmos o afastamento do artigo 1096.º CPC para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, ao abrigo da CNY, preferimos usar a expressão “revisão e reconhecimento”, em vez de “revisão e confirmação”.

A revisão da sentença arbitral estrangeira, ao abrigo da CNY, é meramente formal, não devendo implicar uma revisão do fundo da causa, mas apenas o controlo da arbitrabilidade e do respeito pela ordem pública internacional do Estado angolano.

As condições para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras ao abrigo da CNY são as que constam dos seus artigos V a VII.

A competência para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras deverá, em nosso entender, permanecer conforme estabelecido no artigo 1095.º do CPC, ou seja, na competência da Câmara do Cível e Administrativo do Tribunal Supremo, tendo em conta a complexidade do processo.

A Utilização da Arbitragem pela Administração Pública: Em Particular, a Publicidade em Procedimentos Arbitrais *

GILBERTO PAGLIA JÚNIOR

Índice: I. Exposição do Relatório e Enquadramento da Instituição Arbitral. 1. Introdução – Fundamento Para o Relatório de Estágio. 1.1. Perspetiva Histórica e Organizacional da CAMARB. 1.2. Regulamentos de Arbitragem CAMARB. II. Do Estágio. 1. Atividades Desempenhadas no Decorrer do Estágio: Cronologia e Descrição. 2. Arbitragens com a Administração Pública – Perceções Durante o Estágio. III. O Uso da Arbitragem para Dirimir Conflitos da Administração Pública e a Publicidade dos Procedimentos. 1. A Evolução Regimentar da Arbitragem e a Positivização Jurídica para Dirimir Conflitos com a Administração Pública. 1.1. No Ordenamento Jurídico Brasileiro. 1.2. No Ordenamento Jurídico Português. 2. A Arbitrabilidade das Relações Jurídicas Administrativas. 3. O Princípio da Publicidade e o Interesse Público. 3.1. O Princípio da Publicidade e o Direito Luso-Brasileiro. 3.2. A Publicidade e o Devido Processo Legal. 3.3. A Confidencialidade Arbitral e o Princípio da Publicidade. 3.4. Perceções sobre a Confidencialidade Arbitral. 4. A Publicidade das Arbitragens com a Administração Pública: Uma Análise dos Regulamentos das Instituições Arbitrais. 4.1. Instituições Globais. 4.2. Instituições Luso-Brasileiras. 5. A Confidencialidade no Paradigma Processual Civil Luso-Brasileiro. 5.1. A Publicidade no Procedimento Cível Eletrónico. 6. A Operacionalização da Publicidade. 6.1. Resolução do Litígio com a Administração Pública, Arbitragem Institucionalizada ou Ad Hoc? IV. Reflexão Conclusiva. V. Bibliografia.

Resumo: O presente relatório foi elaborado no âmbito do estágio curricular realizado junto a CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. Com a duração de seis meses, o estágio permitiu acompanhar o quotidiano de uma Câmara Arbitral e perceber como se sucede a administração de procedimentos arbitrais e outras formas extrajudiciais e adequadas de solução de controvérsias. O desenvolver de atividades,

* Relatório de Estágio realizado na CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil, com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem.

debates e pesquisas no decorrer do estágio, propiciou elucidações e questionamentos sobre as peculiaridades dos procedimentos arbitrais com a administração pública. Sendo a arbitragem um meio que a administração pública pode utilizar para dirimir conflitos, para além de fazer o enquadramento da instituição na qual o estágio foi realizado, o presente relatório almeja contribuir para o debate sobre a compatibilização do caráter de sigilo do procedimento arbitral com o princípio da publicidade. Desse modo, objetiva-se demonstrar como a doutrina e legislação luso-brasileira abordam a publicidade em procedimentos arbitrais com a administração pública e o disposto sobre a temática em regulamentos de instituições arbitrais.

Palavras-chave: *Arbitragem; Administração Pública; Publicidade; Interesse Público.*

Abstract: The current report was written in the context of the curricular internship held in CAMARB – Chamber of Corporate Mediation and Arbitration Brazil. Within the extent of six months, the internship allowed for the monitoring of daily issues of the aforementioned Arbitration Chamber, which furthered the understandability of how the administration of arbitration proceedings as well as other extrajudicial and adequate means of arbitral settlement occurs. The development of activities, debates, and research throughout the internship provided clarifications and deeper queries on the peculiarities of arbitration procedures with the public administration. Since arbitration is a method that can be used by the public administration to resolve conflicts, in addition to framing the institution in which the internship was held, this report aims to contribute to the debate on reconciling the secrecy of the arbitration procedure with the Principle of Publicity. Moreover, the main objective is to demonstrate how the willingness of Lusophone doctrine and legislation approach publicity in arbitration procedures with the public administration, as well as the provisions on the subject of rules and regulations found within arbitral institutions.

Keywords: *Arbitration; Public Administration; Publicity; Public Interest.*

I. Exposição do Relatório e Enquadramento da Instituição Arbitral

1. Introdução – Fundamento Para o Relatório de Estágio

O presente relatório de estágio é oriundo da fase não curricular do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem e parte do objetivo de obter o grau de mestre pela NOVA School of Law.

O estágio acadêmico ocorreu no período de outubro de 2019 a março de 2020, no escritório de São Paulo, Estado de São Paulo, da CAMARB, Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil.

A opção pelo relatório de estágio foi fruto da busca pela aplicação prática dos conhecimentos arbitrais adquiridos no decorrer do mestrado. Apesar de a instituição escolhida não atuar somente com arbitragens, a presente exposição foca-se nestas, nomeadamente no âmbito das problemáticas dos procedimentos que envolvem a administração pública.

O enfoque do relatório foi consequência do interesse em tentar analisar o caráter da publicidade do Direito Administrativo no âmbito arbitral, a transparência das relações que envolvem a administração pública, bem como desmistificar o receio de que a arbitragem não pode contemplar a publicidade, tampouco a supremacia do interesse público. Por fim, aponto à percepção de NOBERTO BOBBIO sobre a publicidade. Para o autor, “a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é”¹.

1.1. Perspetiva Histórica e Organizacional da CAMARB

Fundada em 1998 na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, sob o nome “Câmara de Arbitragem de Minas Gerais”, a CAMARB vinculava-se à Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG). Passados dois anos, com o apoio de entidades empresariais e académicas, a CAMARB tornou-se uma associação com fins não-económicos independente de outras instituições, caráter que a Câmara preserva até à atualidade. No campo da sua atuação, esta administra arbitragens, mediações e *dispute boards*.

Em virtude da problemática debatida no decorrer do presente relatório, abordar-se-á o panorama geral da CAMARB, com enfoque na expertise desta em conduzir procedimentos arbitrais.

¹ NOBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia; Uma Defesa das Regras do Jogo*, 6.^a edição, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

A fundação da CAMARB é subseqüente à promulgação da Lei de Arbitragem Brasileira². Tal facto propiciou o acompanhamento paralelo desta Câmara com os progressos do instituto da arbitragem no Brasil, consolidando-se junto a este³.

Analisando os regulamentos de arbitragem da instituição, constata-se o evidente aperfeiçoamento desta com a arbitragem brasileira. Atualmente, a CAMARB possui cinco regulamentos de arbitragem, sendo o mais recente de 2019 e o mais antigo de 1999. Quanto ao uso de um regulamento no procedimento, aplicar-se-á, salvo disposição contrária, o que estiver em vigor na data de solicitação da arbitragem⁴.

A CAMARB rege-se pelo estatuto e disposições legais que lhe forem aplicáveis. Este dispõe que a Câmara “tem por finalidade proporcionar a solução extrajudicial de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da legislação, dos tratados e convenções internacionais que tiverem aplicação no território brasileiro”⁵.

A estrutura organizacional da CAMARB compõe-se pelos seguintes órgãos: Conselho Deliberativo, Diretoria e Secretaria.

O Conselho Administrativo é constituído por até trinta e cinco membros, os quais são eleitos na forma do Estatuto⁶. Em março de 2020, o Conselho Administrativo contava com vinte e nove membros, sendo estes profissionais de reconhecida atuação empresarial e jurídica. Dentre as competências do Conselho Deliberativo, está a de contribuir para a difusão dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

² Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996.

³ Conforme CAIO CESAR VIEIRA ROCHA expõe, antes da vigência da Lei 9.307/96 a arbitragem era dotada de pouca autonomia, pois suas decisões dependiam de homologação judicial. Ademais, havia pouca possibilidade de execução específica da cláusula arbitral, razão a qual se atribui de facto projeção importante ao instituto da arbitragem após a promulgação da supracitada lei; para maior elucidação, ver: CAIO CESAR VIEIRA ROCHA, *Limites no Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

⁴ Vide item 1.3 do Regulamento de Arbitragem, em vigor desde 12 de agosto de 2019. Disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>.

⁵ Vide art. 5.º do Estatuto Social da CAMARB, disponível em: <http://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/07/estatuto-registrado-08-07-2019.pdf>.

⁶ Vide art. 10.º do Estatuto Social da CAMARB, disponível em: <http://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/07/estatuto-registrado-08-07-2019.pdf>.

A Diretoria compõe-se por um presidente e onze vice-presidentes, além das atribuições tipicamente administrativas, o Estatuto da CAMARB dispõe da “competência processual” da Diretoria, qual seja a de decidir questões que foram atribuídas pelos Regulamentos e confirmar, ou reformar, decisões tomadas pelos Vice-Presidentes⁷.

A secretaria é constituída por secretários de procedimentos, os quais exercem seus trabalhos sob o acompanhamento da Secretária-Geral Adjunta e Secretária-Geral.

Constata-se como um aspeto da CAMARB a busca pela igualdade de géneros na sua composição e atuação. Em março de 2020, a diretoria contava com a percentagem de vinte e cinco por cento de integrantes do género feminino e setenta e cinco por cento do género masculino. Em dezembro de 2019, a instituição começou a fazer parte da *Era Pledge*, a qual busca incrementar igualdade de oportunidades e objetiva a paridade completa de géneros.

Almejando a conduta com excelência dos procedimentos insaturados e a confiabilidade das partes, a CAMARB dispõe na seção V de seu Regulamento sobre os preceitos éticos que regem a Câmara, sendo estes: o sigilo, a isonomia entre as partes, o direito a ampla defesa e o devido processo legal. O parágrafo §1 do artigo 35 aborda sobre os impedimentos aos membros da instituição de realizar atos ou deliberações quando houver conflito de interesses⁸. Nota-se a influência da *soft law* estrangeira, nomeadamente o *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

⁷ Vide art. 30.º do Estatuto Social da CAMARB, disponível em: <http://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/07/estatuto-registrado-08-07-2019.pdf>.

⁸ Vide art. 35.º, “§1º – Será considerado impedido de realizar qualquer ato ou participar de qualquer deliberação relativamente a uma dada arbitragem ou mediação, em curso ou a ser instaurada, o membro dos órgãos da CAMARB que: a) for parte no litígio; b) tiver participado do litígio como mandatário de qualquer das partes, mediador, testemunha ou perito; c) tiver atuado como mandatário ou consultor de qualquer das partes, mesmo que em situação diversa do litígio, ou que faça parte de sociedade que atue ou tenha atuado em benefício de uma das partes; d) for cônjuge ou parente até o terceiro grau de qualquer das partes ou de seu procurador; e) participar de órgão de direção, administração ou conselho de pessoa jurídica que seja parte no litígio, ou participe de forma relevante de seu capital; f) for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; g) for por qualquer outra forma interessado, direta ou indiretamente, no julgamento da causa em favor de qualquer das partes”.

Dada a dimensão continental brasileira e a necessidade de expansão da atuação da arbitragem no país, a CAMARB expandiu sua atuação para além de Belo Horizonte e, em 2005, inaugurou o seu escritório na cidade de São Paulo. Em 2020, a Câmara conta com escritórios em seis capitais brasileiras, sendo dotada de estrutura para conduzir procedimentos e realizar audiências em todos estes.

1.2. Regulamentos de Arbitragem CAMARB

Atualmente, a CAMARB conta com cinco regulamentos de arbitragem, sendo a primeira versão de 1999. Ademais, a instituição dispõe do Regulamento de Arbitragem Expedida, Regulamento de Arbitragem Trabalhista, *Dispute Boards* e de Mediação Empresarial.

Grande parte das modificações dos regulamentos corresponderam a demandas advindas dos procedimentos arbitrais, bem como da transformação e consolidação do instituto da arbitragem no panorama brasileiro, exemplificando-se com a introdução, no regulamento de 2017, do comitê de impugnação de árbitros⁹. Segundo o regulamento, “a impugnação será decidida por Comitê especialmente composto para esse fim por 3 (três) integrantes da Lista de Árbitros da CAMARB, nomeados pelo Presidente da CAMARB em conjunto com outro Diretor”¹⁰.

A supracitada previsão é de relevância, consoante ao facto de que a impugnação de árbitro pode ser uma das “táticas de guerrilha”¹¹

⁹ O regulamento dispõe no item 5.1 que “no prazo de 10 (dez) dias do recebimento da declaração de disponibilidade, independência e imparcialidade ou da informação de que trata o item 4.11, qualquer das partes poderá impugnar o árbitro que não atenda aos requisitos da convenção de arbitragem ou de legislação eventualmente aplicável, que incorra em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição, previstas na lei de arbitragem, ou que não possua a disponibilidade para atuar no procedimento arbitral”. Vide Regulamento de Arbitragem de 2017, disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-de-2017/>.

¹⁰ Vide item 5.3 do Regulamento de Arbitragem de 2017, disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-de-2017/>.

¹¹ Consta-se que a impugnação de árbitros acaba por ser uma das técnicas de guerrilha arbitral, razão a qual faz-se necessário regulamentação e previsão para que impugnações de má-fé não prejudiquem a celeridade do procedimento. Conforme ELEONORA COELHO expõe,

utilizadas nas arbitragens. Previa-se, no Regulamento de 2010, que competia à Diretoria da CAMARB decidir sobre a impugnação do árbitro, suspendendo-se o procedimento até à prolação da respetiva decisão¹². A instauração de um Comitê à impugnação propicia que tal instituto não seja utilizado como uma tática de guerrilha, mas como uma maneira de assegurar a celeridade e equidade do procedimento¹³.

Com o advento da Lei n.º 13.129, de 2015 – a qual explicitou a possibilidade de a administração pública direta e indireta poder utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis –, as câmaras arbitrais brasileiras necessitaram adequar-se à nova perspetiva legislativa e arbitral¹⁴. Por consequência da referida lei, o Regulamento de Arbitragem da CAMARB de 2017 dispôs, a partir do item 12.1, sobre os procedimentos com a participação da administração pública. Quanto à publicidade destes, o item 12.2 prevê que “a Secretaria da CAMARB divulgará, em seu site, a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e o(s) nome(s) do(s) requerente(s) e requerido(s)”. As previsões acerca dos procedimentos com a administração pública e a publicidade destes manteve-se no regulamento de 2019¹⁵.

A fim de propiciar a concessão de tutelas de urgência anteriormente ao início da jurisdição arbitral e atentando-se ao item 9.4¹⁶ do Regulamento

as “guerrilhas arbitrais” são as táticas utilizadas pelas partes para que torne o procedimento ineficaz, objetivando benefício próprio. Eleonora Coelho, “As Táticas de Guerrilha e a Ética na Arbitragem Internacional”, in *Revista Brasileira da Advocacia*, 2017, p. 35 a 55.

¹² Vide 5.8 do Regulamento de Arbitragem de 2010, disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-de-2010/>.

¹³ O regulamento de 2019 também dispõe sobre a instauração de comitê de impugnação de árbitro.

¹⁴ Ressalta-se que antes da supracitada lei, havia arbitragens com a administração pública, todavia, não existia previsão legal que explicitava tal modalidade. Com o advento da Lei n.º 13.129, incluíram-se previsões na Lei da Arbitragem Brasileira, regulamentando a referida arbitragem.

¹⁵ Conforme informação exposta no próprio *website* da instituição, a CAMARB administrou 18 procedimentos arbitrais envolvendo partes sujeitas ao regime de Direito Público. Com a previsão disposta a partir do regulamento de 2017, a instituição publicitou informações destes, conforme pode ser visto em: <http://camarb.com.br/arbitragem/arbitragens-com-a-administracao-publica/>.

¹⁶ Vide item 9.4 do Regulamento de Arbitragem da CAMARB: “9.4 Anteriormente ao início da jurisdição do Tribunal Arbitral, a parte interessada em requerer tutelas de urgência

de Arbitragem, a CAMARB lançou a Resolução Administrativa n.º 06/20¹⁷, a qual regulamenta o procedimento do Árbitro de Emergência. Quanto à nomeação deste, o item IV da supracitada resolução prevê que o Presidente da CAMARB, individualmente (ou, na ausência deste, o Vice-presidente de Arbitragem da Câmara, em conjunto com outro Vice-presidente), nomearão, em até dois dias, um Árbitro de Emergência dentre os membros da Lista de árbitros da CAMARB.

No decorrer do estágio, constatei que o trabalho da Câmara Arbitral exige soluções consistentes às novas demandas e discussões que se sucedem no âmbito arbitral. Além disso, percebi a importância dos aprimoramentos de regulamentos e resoluções administrativas, pois estes necessitam assegurar a celeridade do procedimento e segurança jurídica às partes.

II. Do Estágio

1. Atividades Desempenhadas no Decorrer do Estágio: Cronologia e Descrição

O período de estágio curricular na CAMARB teve início em 07 de outubro de 2019 e término em 13 de março de 2020. Durante a execução das tarefas, fui supervisionado pela Secretária-Geral da Câmara.

Durante a primeira semana de estágio, de 07 a 11 de outubro de 2019, fui convidado pela CAMARB para conhecer a sede desta em Belo Horizonte, Minas Gerais. Nestes dias, houve a introdução de como se sucede a administração dos procedimentos arbitrais.

Ao retornar a São Paulo, tive como primeira tarefa o auxílio na organização de uma audiência de apresentação de caso. Foi relevante perceber quantos detalhes são exigidos para o desempenho de uma

previstas no item 9.2 poderá, alternativamente, requerer aplicação do procedimento do árbitro de emergência, nos termos da Resolução vigente na data do pedido, destinada a regulamentar o procedimento específico e as respectivas custas”.

¹⁷ Disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativa/resolucao-administrativa-n-06-20/>.

exitosa audiência arbitral. Ao constatar a estrutura necessária para que esta ocorra, comecei a analisar o quão “prático” é para as partes estabelecerem uma arbitragem institucional, ao invés *ad hoc*, pois, na arbitragem institucional as partes não necessitam pensar numa gama de tópicos que a Câmara assegura. Ademais, as partes correm o risco de não prever detalhes já corriqueiros no âmbito institucional. Após o auxílio da execução desta audiência, assisti à apresentação do caso, facto que contribuiu para a percepção da atuação prática de renomados profissionais brasileiros.

Constatei, como um aspeto da CAMARB, a busca para que seus colaboradores aprimorem qualificações e fiquem a par dos debates que estão a ocorrer na comunidade arbitral, razão pela qual, a convite da Câmara, participei de eventos no decorrer do estágio curricular.

Nos dias 21 a 27 de outubro de 2019, ocorreu a *São Paulo Arbitration Week*, na qual se sucederam eventos organizados por universidades, escritórios de advocacia e câmaras arbitrais, almejando promover debates para aprimorar as práticas arbitrais e outros ADRs.

Na supracitada semana, participei no evento “*How to thrive in International Arbitration as a young practitioner/associate – Launch of the Brazil very young arbitration practitioners (“brvyap”) platform*”. Este contou com a presença de palestrantes brasileiros e portugueses, os quais expuseram experiências profissionais e conduziram debates sobre como os jovens profissionais podem conduzir a carreira no âmbito da arbitragem, o panorama de como esta opera no Brasil, bem como as peculiaridades das arbitragens domésticas e internacionais.

No concluir da *São Paulo Arbitration Week*, a CAMARB realizou, nos dias 24 a 27 de outubro, as fases orais da “X Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial CAMARB”. A referida competição é a maior da América Latina no âmbito de arbitragem e mediação e contou com a presença de estudantes e avaliadores de todo o Brasil.

Durante a supracitada competição, desempenhei atividades como: organizar os ambientes dos painéis de avaliação, fornecer auxílio e esclarecer dúvidas de estudantes e avaliadores. Ademais, atuei como coárbitro em um painel. Sendo assim, avalei as equipas que estavam a competir neste. Além da arbitragem, apliquei os conhecimentos adquiridos nas aulas de mediação do mestrado na NOVA School of Law, ao colaborar na elaboração das problemáticas debatidas na competição

de mediação. A competição encerrou-se no dia 27 de outubro de 2019, com as rodadas finais de arbitragem e mediação e subsequente anúncio das equipas vencedoras.

Dentre a consecução de suas finalidades, o estatuto da CAMARB dispõe que esta poderá organizar e realizar seminários, encontros e debates relacionados com a mediação, a arbitragem e outras formas de solução extrajudicial de litígios. Durante o estágio, colaborei na organização do evento “*Elas debatem Arbitragem*”, o qual foi realizado pela CAMARB e contou com a presença de profissionais do género feminino, as quais debateram temáticas relevantes ao instituto arbitral e a inserção da mulher neste.

Em 18 de dezembro, assisti a uma audiência arbitral, a qual serviu para perceber a atuação dos profissionais no decorrer desta. Em 20 de dezembro de 2019, iniciou-se o recesso, com o retorno ao estágio em 06 de janeiro de 2020.

Em 2020, continuei a colaborar com as atividades da Secretaria-Geral da CAMARB, tais como levantamento de dados estatísticos, apresentação de *workshops* aos colaboradores da câmara, bem como a participação de eventos relacionados a arbitragem.

Dentre os eventos que participei no decorrer do estágio, destaca-se o “Congresso Brasileiro de Arbitragem na Administração Pública”, o qual ocorreu em São Paulo, nos dias 13 e 14 de fevereiro, nas instalações da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP. Neste, debateram-se dilemas que a arbitragem com a administração pública encontra no cenário brasileiro, assim como os já superados.

No último mês de estágio, efetuei o levantamento estatístico sobre a impugnação de árbitros nos procedimentos CAMARB. Este levantamento contribuiu para perceber as principais justificativas que os advogados utilizam para impugnar um árbitro.

O período de seis meses a estagiar na CAMARB contribuiu para a consolidação prática de conhecimentos adquiridos no Mestrado em Direito Forense e Arbitragem na NOVA School of Law. Ademais, propiciou questionamentos que serão abordados neste relatório sobre as arbitragens que possuem a administração pública como parte.

2. Arbitragens com a Administração Pública – Percepções Durante o Estágio

Antes da entrada em vigor da Lei 12.129 de 2015, já era aceita a utilização da arbitragem por entidades da administração pública, direta e indireta, nos contratos administrativos brasileiros.

A Lei 12.129 incluiu o §3 no artigo 1º da Lei de arbitragem brasileira, dispondo que a arbitragem que envolva a administração pública respeitará o princípio da publicidade. A correlação entre o princípio da publicidade (no âmbito do direito administrativo) e a arbitragem, foi um aspeto que me intrigou no decorrer do estágio.

Em decorrência do debate sobre o sigilo do procedimento arbitral e como compatibilizá-lo com o princípio da publicidade, comecei a questionar a disponibilidade destes e como cada um pode ser resguardado no caso concreto.

Ao deparar as problemáticas decorrentes da administração pública utilizar da arbitragem para dirimir litígios, aliando-se ao facto de ser mestrando da NOVA, optei por debater o cenário luso-brasileiro e analisar como suas legislações e principais câmaras arbitrais abordam a matéria.

III. O Uso da Arbitragem para Dirimir Conflitos da Administração Pública e a Publicidade dos Procedimentos

1. A Evolução Regimentar da Arbitragem e a Positivção Jurídica para Dirimir Conflitos com a Administração Pública

O debate sobre a possibilidade de a administração pública utilizar a arbitragem para solucionar litígios foi ultrapassado pela jurisprudência e contemporânea doutrina de Direito Administrativo. Constatou-se que, de facto, nunca houve uma proibição legal expressa, mas sim jurisprudências e teorias de que tal arbitragem não deveria ocorrer. No presente tópico, analisar-se-á como os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal romperam com o obsoleto paradigma e, expressamente, permitiram a administração pública utilizar este método de resolução de litígios.

1.1. No Ordenamento Jurídico Brasileiro

A introdução da arbitragem no cenário constitucional brasileiro interliga-se com a história do país. A Constituição do “Império do Brasil”, outorgada por Dom Pedro I em 1824, previa que nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, as partes poderiam nomear juízes árbitros e, se as partes convencionassem, suas sentenças seriam executadas sem recurso¹⁸.

O texto constitucional subsequente não fez referência expressa à arbitragem, mas tampouco a restringiu. A carta-magna da “República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 1934, previa a competência privativa da União para legislar sobre normas da arbitragem comercial¹⁹.

Apesar do instituto da arbitragem não estar explicitamente previsto nas constituições anteriores a 1988, JÜRGEN SAMTLEBEN²⁰ expõe que, para a jurisprudência, as disposições constitucionais não conflitavam com o acordo de um tribunal arbitral, do mesmo modo que o Estado – excepcionando-se a matéria de atividade soberana – se podia submeter a um tribunal arbitral.

Com a transição à democracia, a sétima (e atual) constituição brasileira prevê – no seu preâmbulo e no artigo 4º, VII²¹ – a solução pacífica das controvérsias, referindo-se expressamente à arbitragem na área trabalhista em seu artigo 114, §1²².

Infraconstitucionalmente, a Lei de 26 de julho de 1831 admitia que questões resultantes dos contratos de seguros pudessem ser resolvidas por árbitros nomeados pelas partes²³. Também se promoviam decisões por

¹⁸ Artigo 160.º da “Constituição do Império do Brasil”.

¹⁹ Artigo 5.º, XIX, c.

²⁰ JÜRGEN SAMTLEBEN, “Arbitragem no Brasil”, in *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 77, 1982, pp. 185 a 210.

²¹ Art. 4.º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII-solução pacífica dos conflitos”.

²² Art. 114.º: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1 Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

²³ Art. 3.º: “Emquanto não se estabelecer o Juízo por Jurados, as questões resultantes dos contractos de Seguros, sobre as quaes as partes não se conciliarem perante os Juizes de Paz, serão decididas por arbitros nomeados pelas mesmas partes, fazendo-se a nomeação

árbitros na lei de contratos de locação de serviços – Lei n.º 108 de 11 de outubro de 1837²⁴. O Código Comercial de 1850 outorgava a arbitragem obrigatória para certos tipos de disputas comerciais.

Na esfera processual, o Código de Processo Civil de 1939 regulamentou a arbitragem²⁵, bem como o subsequente código de 1973²⁶.

Segundo JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ²⁷, a não utilização da arbitragem no Brasil era resultado:

Em especial, a falta de executoriedade da cláusula compromissária, a obrigatorialidade de homologação judicial do laudo arbitral interno para obter o status de título executivo judicial, além da necessidade determinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no passado, detinha a competência para homologar sentenças arbitrais proferidas fora do Brasil, da dupla homologação (duplo exequatur) dessas sentenças, a fim de que fossem tornadas judiciais e, assim, pudessem ser homologadas pela Suprema Corte²⁸.

Marcada pela transição à democracia, a década de 90 trouxe consigo a abertura internacional da economia brasileira. Com isso, houve a necessidade de reformar a legislação arbitral, a fim de tornar o cenário nacional mais atrativo aos investimentos estrangeiros. Apresentando-se

perante qualquer Juiz de Foro commum”. Art. 4.º: “Das sentenças arbitraes poder-se-ha apellar para as Relações dos respectivos districtos, quando a isto não obstar a expressa convenção das partes”.

²⁴ Art. 14.º: “O conhecimento de todas as acções derivadas de contractos de locação de serviços, celebrados na conformidade da presente Lei, será da privativa competencia dos Juizes de Paz do foro do locatario, que as decidirão summariamente em audiencia geral, ou particular para o caso, sem outra fórmula regular de processo, que não seja a indispensavelmente necessaria para que as partes possam allegar, e provar em termo breve o seu direito; admittindo a decisão por arbitros na sua presença, quando alguma das partes a requerer, ou elles a julgarem necessaria por não serem liquidadas as provas”.

²⁵ Artigos 1031.º a 1046.º.

²⁶ Artigos 1072.º a 1102.º.

²⁷ JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

²⁸ JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes*, 2007, pp. 23 a 24.

como uma resposta legislativa e revogando o disposto sobre o juízo arbitral no Código de Processo Civil vigente à época, a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como “Lei da Arbitragem”, traçou diretrizes à utilização da mesma no cenário nacional. Elaborada sobre o marco das legislações vanguardadas à época, a Lei de Arbitragem Brasileira teve influência da Lei Modelo da UNCITRAL, Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Convenção do Panamá de 1975.

No tocante à arbitragem com a administração pública, esta foi explicitada com a Lei 13.129 de 2015. Contudo, a Lei 11.196 de 2005 já estabelecia que o contrato de concessão poderia prever o uso da arbitragem para a solução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Quanto ao uso da arbitragem para decidir questões relacionadas ao interesse público, o doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera que não cabe à administração utilizar-se do juízo arbitral, pois, segundo este, “é da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem, embora não necessariamente no que diz respeito a todos os aspectos de um “contrato” de concessão de serviço público”²⁹. A percepção do autor sobre a utilização da arbitragem pela administração pública para dirimir um conflito, pauta-se na interpretação restrita do disposto na Lei 13.129 de 2015, ou seja, só caberá manifestação de juízo arbitral quando está em debate um direito patrimonial disponível³⁰.

Quanto à categoria de direitos, CARVALHO FILHO expõe que a administração pública pode valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a patrimoniabilidade e passíveis de disponibilização. Para este, não podem ser arbitráveis questões sobre “os direitos sociais, inclusive os metaindividuais, sobre os quais prepondera o interesse público e que não são nem patrimoniais, nem disponíveis”³¹.

²⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 34.ª edição, São Paulo, Malheiros, 2019, p. 762. O autor ainda conceitua que “chegaria a ser grotesco imaginar que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado poderia se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 762.

³⁰ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 763.

³¹ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 33.ª edição, São Paulo, Atlas, 2019, p. 1066.

1.2. No Ordenamento Jurídico Português

Conforme CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS expõe, documentos do final do século XII e início do século XIII apresentam previsões do que pode ser analisado como uma forma de arbitragem. Estes documentos fazem alusão aos *alvenidores* ou *convenidores*, os quais eram juízes com poder investido pelas partes. Segundo a autora, as Ordenações Afonsinas possuíam, no século XV, um aspeto parecido com a arbitragem portuguesa do século XIII, e, no século XVI, as Ordenações Manuelinas usufruíam de uma arbitragem semelhante à praticada pelas Ordenações Afonsinas³².

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa, aprovada em 23 de setembro de 1822, previa, em seu artigo 194.º, a possibilidade de as partes nomearem juízes árbitros para decidir as causas cíveis e as penais civilmente intentadas. O artigo 127.º da Carta Constitucional de 1826 também aludia à possibilidade de as partes poderem nomear juízes árbitros. Encontra-se referência à arbitragem na Constituição de 1838 (artigo 123.º, §3). Na Constituição de 1911, o artigo 73.º dispõe que “a República Portuguesa, sem prejuízo do pactuado nos seus tratados de aliança, preconiza o princípio da arbitragem como o melhor meio para dirimir as questões internacionais”; em previsão similar, a Constituição de 1933 preconiza a arbitragem para dirimir conflitos, conforme disposto no parágrafo único do artigo 4.º desta.

No âmbito da Constituição da República Portuguesa de 1976, CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS expõe que o texto originário não aludia expressamente à arbitragem, contudo, com a revisão de 1982 a Constituição passa a admitir expressamente, no atual artigo 209.º, a existência de tribunais arbitrais³³.

Segundo SÉRVULO CORREIA, nas décadas que antecederam a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – publicado em 1984, admitiu-se, em Portugal, convenções arbitrais acerca da validade,

³² Para maior elucidação, ver: CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, *Arbitragem em Matéria Tributária: À Semelhança do Modelo Administrativo?*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2011, pp. 25 a 26.

³³ CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, *Arbitragem em Matéria Tributária: À Semelhança do Modelo Administrativo?*, 2011, p. 28.

interpretação ou execução dos contratos administrativos³⁴. O artigo 2.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) admitiu a possibilidade de tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso³⁵. O supracitado autor conclui que o ETAF acabou por preencher um vazio legal. Ademais, o legislador seguiu as orientações dos precedentes do Supremo Tribunal Administrativo e doutrina³⁶.

No paradigma português, a arbitrabilidade dos litígios de Direito Administrativo está prevista no artigo 1.º, n.º 5 da LAV³⁷. Além dessa, o Código de Processo nos Tribunais Administrativo (CPTA) dispõe, em seu título VIII, sobre os tribunais arbitrais e centros de arbitragem, permitindo a constituição de tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução, questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei. Ademais, autoriza-se a arbitragem no âmbito das relações jurídicas administrativas para decidir sobre questões respeitantes à validade de

³⁴ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos”, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pp. 229 a 263.

³⁵ Art. 2.º: “(Órgãos da jurisdição) 1 – São tribunais administrativos e fiscais: a) Os tribunais administrativos de círculo e os tribunais tributários de 1.ª instância; b) O Tribunal Central Administrativo; c) O Supremo Tribunal Administrativo. 2 – São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”.

³⁶ “O legislador preencheu assim um velho vazio legal que – como vimos – obrigara a jurisprudência e a doutrina a extrair ilações das coordenadas sistemáticas do ordenamento jurídico-administrativo. E, ao fazê-lo, o legislador não se afastou da orientação traçada ao longo das décadas precedentes pelo Supremo Tribunal Administrativo e pela doutrina dominante. Apenas se limitou a tornar expressa a solução antes meramente implícita no ordenamento jurídico português”. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos”, 1995, p. 236).

³⁷ “5 – O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”.

atos administrativos, bem como a relações jurídicas de emprego público – quando não estejam em causa direitos indisponíveis.

Além dos referidos textos legais, a arbitragem encontra-se prevista no Código dos Contratos Públicos (CCP), o qual dispõe, no seu artigo 311.^o, que o contrato pode ser modificado por decisão arbitral³⁸, ressaltando-se que um dos fundamentos para a modificação deste pode ser o interesse público decorrente de novas necessidades ou de nova ponderação das circunstâncias existentes, conforme exposto no artigo 312.^o b).

Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA³⁹, o CPTA rompeu a percepção de que os tribunais arbitrais não podiam proceder à fiscalização da legalidade de atos administrativos, pois, conforme disposto no artigo 180.^o c), pode ser constituído tribunal arbitral para julgar questões respeitantes à validade destes. Ademais, superou-se a discussão sobre a utilização da arbitragem em questões relacionadas aos regimes de ordem pública. Segundo o referido autor, “a circunstância de haver domínios em que a resolução dos litígios exige a aplicação de regimes de ordem pública não tem por que constituir impedimento à possibilidade da constituição de tribunais arbitrais”⁴⁰. A visão do autor é embasada pelo artigo 185.^o do CPTA, o qual expõe que, nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem, estritamente, segundo o direito constituído, não

³⁸ Art. 311.^o: “1 – O contrato pode ser modificado com os fundamentos previstos no artigo seguinte:

a) Por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato; b) Por decisão judicial ou arbitral. 2 – O contrato pode ainda ser modificado por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público”.

Art. 312.^o: “O contrato pode ser modificado com fundamento nas condições nele previstas e ainda com os seguintes fundamentos: a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

³⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem de Direito Administrativo: Que Lições Retirar do CPTA?”, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 17.

⁴⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem de Direito Administrativo: Que Lições Retirar do CPTA?”, 2018, p. 17.

podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade.

2. A Arbitrabilidade das Relações Jurídicas Administrativas

Na doutrina contemporânea⁴¹, a arbitrabilidade é conceituada como a aptidão para um litígio ser submetido a arbitragem. Conforme ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO expõe, “a questão que se coloca sempre é a de saber como determinar o que é ou não arbitrável. Essencialmente, tal depende do grau de confiança que o legislador tenha no sistema arbitral como modo de resolução de conflitos”⁴². A análise da temática é de suma importância, considerando-se que a não-arbitrabilidade propicia a invalidade da convenção arbitral⁴³.

A arbitrabilidade pode ser classificada em duas espécies: objetiva e subjetiva. A primeira correlaciona-se com a natureza da matéria que será objeto do litígio (*ratione materiae*), enquanto a segunda se refere à qualidade das partes que submeter-se-ão a arbitragem (*ratione personae*)⁴⁴.

Previamente ao advento da Lei n.º 13.129/15, não havia a autorização expressa sobre a possibilidade de a administração pública se submeter ao juízo arbitral, razão pela qual este método de resolução foi pouco utilizado por esta, propiciando-se o debate doutrinal sobre a arbitrabilidade

⁴¹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio—reflexões de Jure Condendo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013, p. 66.

⁴² ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 2013, p. 622.

⁴³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 15.

⁴⁴ Para melhor elucidação da temática, ver: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Convenção de Arbitragem: Aspectos Internos e Transnacionais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.ª edição, Almedina, 2015, pp. 31 e ss.; bem como PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 312 e ss.; e JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET e SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 281 e ss.

– seja objetiva ou subjetiva – dos litígios que envolviam a administração pública.

Antes do ordenamento jurídico brasileiro, o ordenamento português apresentava um cenário mais estável à arbitragem envolvendo a administração pública. Conforme ANA PAULA CARVALHAL⁴⁵, esta poderia submeter-se a arbitragem caso houvesse previsão de lei especial; tal disposição deu-se com o advento do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, datado de 1984, o qual dispôs de maneira expressa sobre a admissão de tribunais arbitrais para o julgamento de questões administrativas⁴⁶.

No tocante à arbitrabilidade objetiva, o critério da patrimonialidade é adotado no paradigma luso-brasileiro, positivado tanto no artigo 1.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária, como no artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira.

A Lei de Arbitragem Brasileira⁴⁷ dispõe que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁴⁸. Relevante continência do legislador brasileiro, pois atentou-se em estabelecer limites, tanto à arbitragem (com entes privados), quanto à arbitragem com a administração pública (modalidade que requer especificidades), propiciando o cenário para delimitar os conflitos, tanto pela sua patrimonialidade, quanto disponibilidade⁴⁹.

⁴⁵ ANA PAULA CARVALHAL, “A Arbitragem Administrativa em Portugal”, in *FMU DIREITO – Revista Eletrônica*, 2012, p. 7.

⁴⁶ O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, também conhecido como “ETAF” (Decreto-lei n.º 129/84), dispôs em seu artigo 2.º, n.º 2 que: “são admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso”.

⁴⁷ Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁴⁸ Artigo 1.º § 1º da supracitada lei.

⁴⁹ Apesar de não haver uma definição homogênea acerca do direito disponível, a doutrina apresenta conceitos congêneres. ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO conceitua-o como “o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito” (ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO, “Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem”, in *Temas Atuais de Direito*, 2005, p. 53).

Atentando-se às disposições legislativas, constata-se que estão excluídos do âmbito de objeto arbitral os direitos extrapatrimoniais e os patrimoniais indisponíveis. O doutrinador ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO elucida os conflitos não abrangidos pela Lei 9.307/96, sendo estes: direitos personalíssimos, direitos de família e das sucessões, bens fora do comércio, créditos da Fazenda Pública, direitos metaindividuais, matéria antitruste e dentre outros⁵⁰.

A doutrina brasileira enfatiza que a administração pública possui direitos patrimoniais disponíveis e estes requerem atenção. Para MAURICIO MORAIS TONIM, esta categoria de direito corresponde ao “bem dominical suscetível de valoração econômica e que possa ser livremente negociado por seus titulares, ou seja, objeto de contratação”⁵¹.

No ordenamento jurídico português, a arbitrabilidade é encontrada no artigo 1.º da LAV, o qual dispõe que qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros, desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária. A LAV prevê a validade de uma convenção de arbitragem referente a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.

No âmbito da arbitrabilidade objetiva, MARIANA FRANÇA GOUVEIA elucida que a LAV adota o critério da patrimonialidade, conforme o qual,

⁵⁰ Sobre as apontadas especificidades da abrangência da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, conferir: ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO, “Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem”, 2005, p. 49.

⁵¹ MAURICIO MORAIS TONIM, “Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano X, 2018, p. 75. Ainda sobre a temática, o supracitado autor expõe que “frise-se que não é só porque a Administração Pública tem direitos patrimoniais disponíveis que o administrador pode deles dispor como lhe aprouver. Em outras palavras, o administrador público não tem carta branca para abrir mão de direitos estatais. Deve fazê-lo de acordo com o interesse público e em observância à legalidade, especialmente para observar direitos de contratado e administrados. O ato do administrador que dispuser, sem observância da lei, de direitos do ente público pode ensejar responsabilidade funcional, civil e criminal, podendo também configurar ato de improbidade administrativa” (MAURICIO MORAIS TONIM, “Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição”, 2005, p. 77).

segundo a autora, o litígio é arbitrável quando houver qualquer tipo de interesse económico, não havendo relevância se a relação subjacente for de natureza privada, comercial, civil ou administrativa⁵².

O n.º 5 do artigo 1.º da LAV explana a arbitrabilidade subjetiva e dispõe que “o Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”. A arbitrabilidade presente no supracitado artigo legitima que a administração pública possa valer-se da arbitragem para dirimir conflitos⁵³.

As sentenças arbitrais estrangeiras sobre litígios de direito administrativo estão previstas no artigo 58.º da LAV; para que ocorra o reconhecimento destas, deve observar-se as adaptações ao regime processual específico dos tribunais administrativos, bem como o disposto nos artigos 56.º, 57.º e no n.º 2 do artigo 59.º da LAV⁵⁴. A título comparativo, a Lei de Arbitragem brasileira dispõe, no seu capítulo VI, sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, sem explicitar, tampouco coibir, as que versam sobre litígios de direito administrativo.

Entre as autorizações dispostas nos textos legais, as quais permitem que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público possam celebrar convenções de arbitragem, destaca-se o Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁵⁵, o qual elucida as hipóteses em que se autoriza a constituição de tribunal arbitral para o julgamento das seguintes questões:

⁵² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 138.

⁵³ Acerca do facto de a LAV ter adotado o critério objetivo e subjetivo, ANA PAULA CARVALHAL expõe que “podemos considerar que a LAV abandonou a técnica, de inspiração francesa, de definir a arbitrabilidade apenas pelo critério subjetivo (classificar as pessoas que podem celebrar convenções arbitrais) e passou a se reportar também ao critério objetivo (especificando os casos em que as pessoas podem utilizar a arbitragem). Desta forma, a legislação portuguesa contraria frontalmente a relutância em admitir a arbitragem em litígios que envolvam uma pessoa coletiva de direito público” (ANA PAULA CARVALHAL, “A Arbitragem Administrativa em Portugal”, 2012, p. 6).

⁵⁴ O artigo 56.º da LAV estabelece os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro, enquanto o artigo 57.º prevê os trâmites do processo de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e, por fim, o artigo 59.º dispõe sobre a competência dos tribunais.

⁵⁵ Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.

contratos, responsabilidade civil extraconjugal, validade aos atos administrativos e relações jurídicas de emprego público⁵⁶. Conforme ANA PAULA CARVALHAL expõe, o CPTA não se conteve em autorizar a arbitragem e delimitar a arbitrabilidade, mas também autorizou um regime jurídico próprio para a arbitragem administrativa, sem excluir que, além das hipóteses taxadas, outras podem ser dispostas em legislação especial⁵⁷.

Constata-se que o ordenamento jurídico luso-brasileiro consolidou a arbitrabilidade com a administração pública e dispôs de situações que demandam seu afastamento. Inúmeras discussões vêm à tona ao se abordar a arbitrabilidade de um litígio, especialmente quando uma das partes é a administração pública; o presente relatório restringiu-se a apresentar a temática sob uma perspectiva generalista.

⁵⁶ Artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos:

“1 – Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de:

- a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução;
- b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas;
- c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário;
- d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

2 – Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral.

3 – Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos, com as seguintes especialidades:

- a) O regime processual a aplicar deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual;
- b) Em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas”.

⁵⁷ ANA PAULA CARVALHAL, “A Arbitragem Administrativa em Portugal”, 2012, p. 09.

3. O Princípio da Publicidade e o Interesse Público

A percepção clássica do Direito Administrativo estabeleceu o princípio da supremacia do interesse público, também denominado “princípio do interesse público”, como um dos pilares deste ramo do Direito. As variações dos paradigmas sociais e as problemáticas postas à doutrina propiciaram o questionamento sobre a condição e aplicabilidade deste princípio, o qual é usualmente aludido de maneira abstrata, como uma justificativa para decisões arbitrárias, ou para restringir a atuação administrativa.

Para IMMANUEL KANT, se fosse abstraída toda a matéria do direito público, ainda restaria a forma da publicidade, a qual tem a possibilidade de estar contida em toda a pretensão jurídica, pois sem a publicidade não haveria justiça e sem a justiça não haveria Direito⁵⁸. Segundo o filósofo, toda a pretensão jurídica deve gozar da possibilidade de ser publicada, considerando injustas “todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade”⁵⁹.

Conforme JOÃO GASPAS RODRIGUES, a *publicidade* e a *transparência* são frequentemente abordadas como sinónimos⁶⁰. Para o autor, “há uma diferença que não é apenas morfológica, mas também política e histórica. A publicidade remonta a discussões políticas e à tomada de decisões em público, como acontecia na ágora ateniense e no fórum romano. A transparência é um termo moderno que requer uma administração pública diáfana, garantindo o acesso do público à informação e permitindo um controle por parte do público. A transparência é legitimada pelo estado de direito, enquanto a publicidade tem sua fonte na democracia”⁶¹. Expostas e reconhecidas as diferenças, o presente relatório utilizará as duas terminologias como ferramentas equivalentes e complementares que asseguraram o direito de acesso à informação pública, justificando-se pelo

⁵⁸ IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico*, tradutor: Artur Morão, Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008.

⁵⁹ Immanuel Kant, *A Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico*, 2008, p. 47.

⁶⁰ JOÃO GASPAS RODRIGUES, “Publicidade, Transparência e Abertura na Administração Pública”, in *Revista de Direito Administrativo*, 266, 2014, p. 93.

⁶¹ JOÃO GASPAS RODRIGUES, “Publicidade, Transparência e Abertura na Administração Pública”, 2014, p. 93.

facto de que ambas serão abordadas no paradigma do contemporâneo Estado Democrático de Direito.

No âmbito arbitral, as discussões sobre a supremacia do interesse público são especialmente relacionadas ao tratamento do princípio da publicidade em arbitragens com entes da administração pública, problemática que será melhor debatida no item 3.3 *Confidencialidade Arbitral e o Princípio da Publicidade*. Ante a falta de unanimidade na conceitualização deste princípio, serão abordadas as teorias doutrinárias que compartilham uma visão semelhante deste.

Segundo CARVALHO FILHO⁶², as atividades administrativas devem ser benéficas à sociedade, pois, mesmo quando há o interesse estatal imediato, atribuir-se-á o interesse público como finalidade da atuação, justificando-se pelo facto de que o destinatário da atividade administrativa deverá ser o grupo social compreendido na coletividade. Para o autor, o interesse público possui conceitualização jurídica indeterminada, mas determinável, razão pela qual é possível identificá-lo numa análise casuística⁶³. Ademais, sobrepõe-se o princípio da supremacia do interesse público, tanto na elaboração da lei, quanto na sua execução⁶⁴.

O princípio do interesse público é expresso na legislação brasileira, exemplificando-se com o artigo 2.º, *caput*, da Lei n.º 9.784/99⁶⁵, o qual determina que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, *interesse público*, eficiência e dentre outros.

O interesse público é comumente empregado de maneira genérica e sem explicações etimológicas. Por isso, adotar-se-á a conceitualização exposta por MARÇAL⁶⁶, ou seja, a negativa/eliminatória. Segundo o autor, não se pode confundir o interesse público com o interesse do Estado,

⁶² JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2019, p. 35.

⁶³ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2019, p. 36.

⁶⁴ Conforme exposto em: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 28.ª edição, São Paulo, Atlas, 2015.

⁶⁵ Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁶⁶ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 10.ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

pois o interesse seria “público” justamente por ter sido atribuído a este. Outrossim, esse interesse não é de titularidade estatal, mas meramente atribuído ao Estado por ser público⁶⁷. O supracitado autor aborda o facto de que o interesse público não se funde com o interesse do aparato administrativo, pois “o Estado, como sujeito de direito, pode ter interesses de modo semelhantes ao que ocorre com qualquer sujeito privado, que age segundo uma lógica de conveniência”⁶⁸.

A tese da qualidade diferenciada de alguns interesses, elucidada por MARÇAL⁶⁹, pode ser o caminho à conceituação do interesse público. Segundo o autor, o facto de somente alguns interesses poderem ser designados como públicos gera duas categorias distintas de interesses: a primeira refere-se aos interesses relativos à existência meramente individualista – os quais não propiciam o surgimento do interesse público; enquanto a segunda aborda os interesses relacionados a questões essenciais e possuem acuidade significativa, razão pela qual dispensam o requisito da maioria dos indivíduos e, portanto, podem ser conceituados como interesses públicos propriamente ditos.

Consoante ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, MELLO conceitua que “atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema”⁷⁰. Para o autor, aos supracitados princípios “não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou”⁷¹.

Segundo DI PIETRO (2014), a guarda dos interesses públicos foi atribuída por lei à Administração, justificando-se a indisponibilidade daqueles por parte desta, pois não pode haver renúncia das competências

⁶⁷ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 155.

⁶⁸ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 156.

⁶⁹ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 158.

⁷⁰ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 56 a 57.

⁷¹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 57.

outorgadas legalmente à autoridade, razão pela qual “não pode deixar de punir quando constata a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público”⁷². A referida autora assimila que, na ocasião em que a Administração efetua omissões no exercício de seus poderes, o interesse público está a ser prejudicado.

Acerca dos interesses, MELLO compreende que existe o interesse individual (particular), o qual pode ser atribuído à vida privada de um singular, ou grupo de pessoas, mas também há o interesse destes singulares, ou grupo, consoante ao facto de estarem inseridos em uma coletividade⁷³.

Ao ponderar o elemento histórico, MARÇAL elimina o conceito de que o interesse público se funde com o da sociedade. Segundo o autor, há uma antidemocracia nesta percepção, posto que “gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto. A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e stalinismo”⁷⁴. Para MELLO, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”⁷⁵. Ambos autores possuem teorias similares ao afirmarem que os interesses individuais concretos possuem vinculação com o interesse público. Na mesma corrente, CARVALHO FILHO conceitua o *princípio do interesse público* como determinável e correlaciona a existência dos direitos fundamentais com este⁷⁶.

⁷² MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2015, p. 101.

⁷³ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 61.

⁷⁴ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 156 a 157.

⁷⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 62.

⁷⁶ Para o autor, “a densidade de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como

DI PIETRO⁷⁷ afirma que os interesses públicos têm supremacia sobre os indivíduos, todavia, é fundamental constatar que há um elo entre ambos. Para MELLO, “o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contar o erro de atribuir-lhe o status de algo que existe por si mesmo, dotado de consciência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é “função” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”⁷⁸. Apesar da corriqueira percepção de que os interesses públicos não possuem como fundamento os interesses individuais, faz-se necessário adotar a conceitualização da vinculação entre o interesse público e o individual concreto, pois esse – conforme abarcado por MELLO⁷⁹ – é o resultado do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade.

Para MARÇAL (2014), caso os particulares não consigam promover os direitos fundamentais, o Estado tem o dever de concretizá-los⁸⁰. Ademais, o interesse público não pode prevalecer sobre os direitos fundamentais, pois estes têm natureza indisponível e “a invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais”⁸¹.

Superada a conceitualização orgânica de formação do interesse público, faz-se necessário expor a conceitualização da supremacia do interesse público sobre o privado, a qual, nas palavras do doutrinador CELSO BANDEIRA DE MELLO, é “um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade,

todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia, o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2019, p. 36).

⁷⁷ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2015.

⁷⁸ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 60.

⁷⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019.

⁸⁰ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014.

⁸¹ JUSTEN FILHO MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 159.

afirmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento deste último”⁸². Todavia, a doutrinadora ODETE MEDAUAR⁸³ afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular está ultrapassado. Entre os argumentos da autora, esta invoca a Constituição Federal, a qual prioriza os direitos fundamentais – os quais são essencialmente particulares, logo, não há lógica para percebê-los como princípios do Direito Administrativo. Ademais, segundo a autora, a Administração deve realizar a ponderação de interesses presentes numa determinada situação⁸⁴.

Acerca do interesse público e a arbitragem com a administração pública, RAFAEL CARVALHO OLIVEIRA⁸⁵ expõe que a utilização deste

⁸² Para o autor, “a posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metafóricamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2019, p. 71).

⁸³ ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, 18.^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁴ Sobre o princípio da supremacia do interesse público, ODETE MEDAUAR expõe que: “esse “princípio”, se algum dia existiu, está ultrapassado, por várias razões, aqui expostas de modo sucinto: a) Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico e incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio do direito administrativo. b) Mostra-se pertinente à Constituição de 1988 e à doutrina administrativa contemporânea a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes em determinada situação, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo desta função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. Até os autores que se aferram a este princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, de sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses. c) O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.” (ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, 2014, p. 128).

⁸⁵ RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, “A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: Novos Desafios”, *Revista Brasileira de Direito Público –RBDP*, 2015, pp. 59 a 79.

método deve servir como um mecanismo para atender ao interesse público através do cumprimento das cláusulas contratuais – especialmente porque o Estado, ao celebrar o contrato com um ente privado, dispôs que sujeitar-se-ia a arbitragem para dirimir o litígio. Quanto à atuação do árbitro, o autor expõe que este não está a dispor sobre o interesse público, mas a analisar o cumprimento contratual – ou outra disposição posta na arbitragem. Por fim, adota-se a percepção do autor de que a arbitragem “pode ser o caminho para o melhor atendimento do interesse público ao garantir a solução de base consensual e eficiente”⁸⁶.

No ordenamento jurídico português, destaca-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001⁸⁷, a qual promove, determina e recomenda a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação ou a arbitragem. Esta dispõe que “o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa”.

3.1. O Princípio da Publicidade e o Direito Luso-Brasileiro

Comumente refere-se à confidencialidade como um dos principais aspetos da arbitragem, enquanto o Direito Administrativo tem o princípio da publicidade como um basilar. Com a possibilidade de arbitragens com a administração pública, lança-se a tarefa de ponderar os distintos aspetos a fim de que haja uma prestação arbitral eficaz, que atenda a sociedade e os princípios que regem a administração pública; antes de obtermos conclusões, faz-se necessário analisar os aspetos doutrinários de cada certâmen.

⁸⁶ RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, “A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública e a Lei n.º 13.129/2015: Novos Desafios”, 2015, p. 67.

⁸⁷ Diário da República. Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/536028/details/maximized>.

Com a redemocratização da sociedade brasileira, a Constituição de 1988 positivou a ampla publicidade das atividades da Administração, fazendo com que este princípio vigore em todos os setores da atividade administrativa. Ressalta-se que o princípio da publicidade não é absoluto, conforme o artigo 5.º, inciso XXIII da Constituição Federal. Ela deve ser resguardada quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁸⁸.

A Constituição da República Portuguesa dispõe, nos artigos 266.º e 267.º, sobre os princípios fundamentais e a estrutura da administração pública, sem fazer remissão expressa à publicidade ou transparência. Contudo, o artigo 268.º garante ao cidadão o direito de ser informado pela Administração, sempre que o requeira, sobre o andamento dos processos em que seja diretamente interessado. O artigo 119.º regulamenta a publicidade e dispõe que a lei determinará as formas de publicidade dos atos não previstos na constituição e as consequências da sua falta.

A transparência, prevista implicitamente no artigo 268.º da Constituição, também é abordada pela jurisprudência. No acórdão 231/92, o Tribunal Constitucional Português afirmou que “o princípio da transparência da Administração é consubstancial a toda a ordem jurídica democrática”. Ademais, o supracitado Tribunal proferiu, no referido acórdão, que “esta ideia de visibilidade ou transparência do poder — orientada a desideratos de liberdade, igualdade e participação — vem conformar a estrutura do direito à informação em processo gracioso (CRP, artigo 268.º) que assim apresenta uma dupla dimensão: (1) dimensão de defesa (defesa dos particulares em face da Administração e, sobretudo, da Administração coactiva) e (2) dimensão de participação (participação no procedimento administrativo)”⁸⁹.

⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁸⁹ Acórdão do TC, processo n.º 34/90 de 30-06-1992. Relatora: Conselheira Assunção Esteves. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

Na perspetiva da transparência no ordenamento jurídico português, DÉBORA FERNANDES considera que “a transparência serve-se de um conjunto de instrumentos, meios (procedimentais e organizatórios) que possibilitam que a atividade da Administração se processe de modo transparente, de modo visível para todos, salvo nos casos de reserva ou segredo administrativos justificados. Tais instrumentos são primacialmente (mas não exclusivamente): o direito de acesso à informação administrativa; o dever de fundamentação dos atos administrativos e dos regulamentos; o direito de audiência prévia e todos os demais direitos de participação procedimental e extraprocedimental; e, por último, os deveres de notificação, de publicação e de publicitação de determinados atos”⁹⁰.

No âmbito infraconstitucional português, o Código de Procedimento Administrativo, CPA, dispõe no artigo 14.º sobre os princípios aplicáveis à administração eletrónica e assegura que a administração pública deve utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a transparência administrativas e a proximidade com os interessados. Ao regulamentar sobre os procedimentos pré-contratuais, o artigo 201.º do CPA assegura que são aplicáveis à formação dos contratos os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

Na mesma perspetiva, a lei que regula o acesso aos documentos administrativos e à informação administrativa, Lei n.º 26/2016, aborda, no artigo 2.º, o *princípio da administração aberta*, assegurando que a informação pública relevante para garantir a transparência da atividade administrativa (designadamente a relacionada com o funcionamento e controlo da atividade pública) deve ser divulgada ativamente, de forma periódica e atualizada, pelos respetivos órgãos e entidades.

Por fim, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, CPTA, dispõe, no artigo 30.º, que o processo administrativo é público, com as restrições previstas na lei, processando-se o acesso nos termos e condições previstos na lei processual civil. Outrossim, regulamenta-se, no artigo 185.º-B, sobre a publicidade das decisões arbitrais.

MAFFINI expõe que o princípio da publicidade da administração pública também inclui a “*publicidade ex officio*”. Segundo este, tal abrangência dá-se em relação às condutas administrativas que a administração

⁹⁰ DÉBORA MELO FERNANDES, “O Princípio da Transparência Administrativa: Mito ou Realidade?”, *Revista Da Ordem Dos Advogados*, 2015, p. 450.

pública concretiza. Para este, a publicidade *ex officio* é um dos requisitos de eficácia das condutas administrativas⁹¹.

Conforme entendimentos do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o princípio da publicidade deve estar harmónico com o da razoabilidade e o da proporcionalidade⁹².

Quanto aos efeitos da não publicidade, CARVALHO FILHO expõe a mudança doutrinal em relação à temática, pois, anteriormente, esta considerava inválido o ato sem publicidade, consoante ao facto de que se percebia a publicidade como um requisito de validade. Na contemporaneidade, há a flexibilização da conceituação face o caso concreto. Segundo o autor, “a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando

⁹¹ Para o autor, “a publicidade *ex officio* consiste em requisito de eficácia das condutas administrativas. Em outras palavras, a regular e suficiente divulgação das condutas administrativas não é requisito de existência, uma vez que os atos preexistem à sua publicação. Também não é, salvo disposição legal em contrário, requisito de validade das condutas administrativas, visto que a validade é noção que se relaciona com a adequação da conduta à ordem jurídica. Nesse sentido, em princípio, uma conduta inválida não se torna válida em razão de sua publicidade. A publicidade, portanto, corresponde a um pressuposto de eficácia, no sentido de que a conduta administrativa não produzirá efeitos juridicamente relevantes salvo após a regular divulgação. Demais disso, a falta ou a insuficiência da publicidade gera uma presunção, mesmo que relativa (*juris tantum*), de imoralidade, o que, por vias indiretas, diz respeito à noção de invalidade. Assim, a publicidade é requisito de eficácia da conduta administrativa, embora a sua inexistência ou insuficiência gere a presunção de imoralidade e assim, de invalidade” (RAFAEL MAFFINI, *Direito Administrativo*, 2013, p. 52).

⁹² “O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que (i) haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional” (ADPF do STF, Arguição de Preceito Fundamental 129 de 05-11-2019, Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <http://portal.stf.jus.br>).

como fator de eficácia: o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos. Se o for, a irregularidade comporta saneamento”⁹³.

Exposto o conceito teórico do princípio da publicidade no direito administrativo, o presente trabalho abordará a existência, ou inexistência, de limitações à publicidade de arbitragens que envolvem a administração pública no paradigma luso-brasileiro. Para isso, será feita a análise da legislação, doutrina e regulamentos de câmaras arbitrais destes países.

3.2. A Publicidade e o Devido Processo Legal

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950, dispõe no artigo 6.º sobre o “direito a um processo equitativo”. Esta positiva que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial”. Quanto à publicidade do julgamento, o supracitado artigo afirma que este “deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, (...), ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”⁹⁴.

O devido processo legal, *due process of law*, positivado na referida Convenção, consolidou-se no cenário jurisdicional europeu e encontrou resguardo nas constituições externas a este.

Na contemporaneidade, questiona-se se a confidencialidade da arbitragem propiciaria um processo sem equidade, pois não estaria a respeitar o princípio da publicidade do processo. Almeja-se analisar a presença do devido processo legal no ordenamento jurídico português e brasileiro, correlacionando-o com a confidencialidade arbitral e a equidade processual.

A Constituição da República Portuguesa dispõe explicitamente do princípio do processo equitativo no artigo 20.º, n.º 4, ao assegurar que

⁹³ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2019, p. 30.

⁹⁴ Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

“todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Em relação à publicidade das audiências, o artigo 206.º da Constituição prevê-a como regra, sendo que esta pode ser afastada por decisão do tribunal, com o intuito de salvaguardar a dignidade das pessoas, da moral pública ou o normal funcionamento deste.

No cenário constitucional brasileiro, o devido processo legal é assegurado no artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição. Segundo este, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A publicidade dos julgamentos é estabelecida pelo artigo 93.º, IX da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Antes de adentrarmos na análise das legislações arbitrais das referidas nações, faz-se necessário compreender que, conforme decidido pela Comissão Europeia dos Direitos Humanos no caso *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen V. The Netherlands*⁹⁵, o princípio da publicidade não é absoluto e pode ser renunciado.

No supracitado caso, a Comissão afirmou que os processos arbitrais nem sempre pretendem estar em conformidade com o artigo 6.º da CEDH e a convenção de arbitragem implica uma renúncia à plena aplicação deste artigo. Outrossim, concluiu-se que uma sentença arbitral não tem de ser anulada porque as partes não gozaram de todas as garantias previstas no supracitado artigo, ressaltando-se que o Estado Contratante pode, em princípio, decidir por quais motivos uma sentença arbitral deve ser anulada.

Conforme MARCIA CAVALCANTE⁹⁶ expõe, o caráter confidencial do procedimento arbitral não fere o princípio da publicidade, pois, em razão da autonomia da vontade, as partes possuem a liberdade de esco-

⁹⁵ Fundamentação utilizada disponível em <http://echr.ketse.com/doc/28101.95-en-19961127/>.

⁹⁶ MARCIA GLEIDE CAVALCANTE, “A Constitucionalidade do Princípio do Sigilo na Arbitragem”, *Revista do Curso de Direito da Uniabeu*, 2018, pp. 52 a 65.

lher o método que consideram mais adequado para resolver os litígios decorrentes de suas relações jurídicas. Ademais, ao tratar de ações com a administração pública, esta confidencialidade pode ser abrandada, ou extinta.

A lei de arbitragem voluntária dispõe, no artigo 30.º, sobre os princípios e regras do processo arbitral, ressaltando-se que a confidencialidade não é explícita no preceito legal. Com uma característica que pode ser associada à confidencialidade, o sigilo está presente no n.º 5 do referido artigo, ao positivar que “os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral”. O direito de as partes tornarem públicos os atos processuais, ou a revelação de atos por imposição legal, também é assegurado pela LAV.

A lei de arbitragem voluntária apresenta um carácter de publicidade da sentença, ao expor que o dever de sigilo “não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”⁹⁷.

Apesar de a confidencialidade ser altamente atrelada ao procedimento arbitral, essa não parece ser de carácter absoluto, tampouco irrevogável. Para MARIA DOS SANTOS DE ALMEIDA ANTUNES⁹⁸, a confidencialidade não integra o rol de princípios fundamentais que o procedimento arbitral deve seguir, expostos no artigo 30.º, n.º 1 da LAV. Para a autora, e conforme o n.º 2 do supracitado artigo, as partes são livres para acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no n.º 1 do artigo 30.º, sendo que a confidencialidade não está presente neste rol de princípios. A embasar o fundamento de que a confidencialidade não é absoluta, conforme

⁹⁷ Artigo 30.º, n.º 6 da LAV.

⁹⁸ MARIA DOS SANTOS DE ALMEIDA ANTUNES, *Confidencialidade na Arbitragem*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

demonstrado no artigo 30.º, n.º 5, pode excetuar-se o sigilo quando este é necessário à defesa dos direitos das partes, para cumprir o dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, bem como quando há imposição legal.

Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁹⁹, o dever de sigilo, disposto no n.º 5 do artigo 30.º da LAV, comporta duas exceções, sendo estas a *defesa dos direitos* e o *dever de denúncia*, as quais inutilizam o referido dever. Consoante as exceções, o autor expõe que:

- (a) A defesa dos direitos permite, às partes, tornar públicos os atos processuais necessários à defesa dos seus direitos. Assim, proclamado, este “direito” não tem limites, uma vez que cada parte define o que entende por seus “direitos” e fixa o modo que tenha por adequado de os defender. Por certo que o direito de impugnar decisões arbitrais pressupõe o de referir os factos pertinentes: não vemos é porque proclamá-lo nestes termos e em tal sede. Mas atenção: quem não por parte não pode prevalecer-se desta exceção.
- (b) O dever de denúncia é uma velha queda lusitana, que remontará à Inquisição, a Pina Manique e às polícias republicanas. Temos protestado em diversas obras: existem autoridades devidamente habilitadas, não cabendo a cada um arvorar-se em (pequeno) polícia¹⁰⁰.

O referido autor conclui que, mesmo nas hipóteses de restrição contidas na LAV, o sigilo do procedimento deve ser respeitado, podendo ser excepcionado em condições específicas¹⁰¹.

Consoante a confidencialidade, a lei de arbitragem brasileira dispõe expressamente, no parágrafo único do artigo 22.º, que “no cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que

⁹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 307.

¹⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 307.

¹⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 308.

comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”. Conforme exposto, a confidencialidade não necessita ser de facto insaturada, apresentando-se apenas na hipótese de ser estipulada no procedimento arbitral.

Em posição parecida com a adotada pela LAV, o artigo 13.º, §6, da lei de arbitragem brasileira afirma que o árbitro deverá proceder com imparcialidade e discrição¹⁰². A discrição abarca o embasamento doutrinário de que a confidencialidade não é uma obrigatoriedade no paradigma legislativo, mas sim que o árbitro deve atuar com prudência e discrição.

Efetuada a análise da legislação brasileira e portuguesa, constata-se o carácter optativo da confidencialidade no procedimento arbitral, não sendo este configurado como uma imposição legal, tampouco uma característica impositiva da arbitragem¹⁰³.

3.3. A Confidencialidade Arbitral e o Princípio da Publicidade

Conforme ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO expõem, historicamente a confidencialidade foi uma das principais razões para que as partes optassem pela arbitragem para dirimir conflitos. Para os referidos autores, a importância da confidencialidade

¹⁰² A legislação brasileira impõe explicitamente uma obrigação de discrição e uma eventual confidencialidade somente ao árbitro. Neste ponto, LOQUIN aponta que o que norteia isso são os princípios da igualdade das partes, bem como da defesa e também da independência do árbitro: “Le principe du secret du délibéré impose aux membres du tribunal arbitral de ne pas révéler en particulier aux parties, tout à la fois l’opinion individuelle des arbitres, mais également l’opinion collective du tribunal arbitral sur le litige, au moins tant que la sentence n’a pas été rendue. L’obligation de secret qui pèse sur les arbitres est imposée à la fois par le principe de l’égalité des parties et des droits de la défense et celui de l’indépendance de l’arbitre” (ERIC LOQUIN, “Les Obligations de Confidentialité dans L’arbitrage”, *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, Comité Français de l’Arbitrage 2006, volume 2006, n.º 2, p. 329).

¹⁰³ Conforme ANA BASILIO e THIAGO LINS expõem, “a confidencialidade não é um dogma e nem pode ser invocada como uma espécie de regra pétrea arbitral. Ao contrário, trata-se de prerrogativa das partes, de natureza relativa, e por isso mesmo, sujeita, a critério do legislador, a balizamentos e até mesmo à sua vedação” (ANA TEREZA BASILIO e THIAGO LINS, “A Relativização da Confidencialidade na Arbitragem; Companhias Abertas”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, 49, pp. 157 a 172).

arbitral começou a ser questionada – especialmente no âmbito de conflitos em que há o paradoxo entre *publicidade* e *confidencialidade* – conforme se observa em disputas que envolvem estados e entidades públicas¹⁰⁴.

Os supracitados autores também afirmam que a confidencialidade arbitral é importante para cumprir interesses privados – tais como: segredos industriais e intimidade das partes – e públicos – exemplificando-se com: o controlo estatual da atividade da administração pública e o cumprimento da legalidade¹⁰⁵. Contudo, os autores elucidam que “o interesse público impõe a existência de um controlo estadual da atividade da Administração Pública”¹⁰⁶, ademais, afirmam que “a existência de uma plena confidencialidade do processo e das sentenças arbitrais é, na verdade, contrária a este importante interesse público. Em todo o caso, exceptuando a situação em que as partes se encontram numa disparidade de posições jurídicas, como ocorre naturalmente enquanto regra no Direito Administrativo e, por vezes, no Direito Privado, é pouco provável que o interesse público possa prevalecer relativamente ao interesse privado das partes”¹⁰⁷.

LOQUIN¹⁰⁸ procura investigar a origem da afirmação de que a confidencialidade é uma característica da arbitragem, pois contacta-se que esta não é positivada, tampouco se apresenta de maneira expressa em distintas legislações arbitrais. Segundo o autor, a teoria da natureza híbrida da arbitragem – jurisdicional¹⁰⁹ e contratual – faz com que esta

¹⁰⁴ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: What lessons can we learn from CAS?”, in *YAR – Young Arbitration Review*, ano V, n.º 21, abril de 2016, Lisboa, 2016, p. 58.

¹⁰⁵ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, *Revista de Direito Civil*, ano I, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 713 a 714.

¹⁰⁶ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, *Revista de Direito Civil*, 2016, p. 714.

¹⁰⁷ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, *Revista de Direito Civil*, 2016, p. 714.

¹⁰⁸ ERIC LOQUIN, “Les Obligations de Confidentialité dans L’arbitrage”, 2006, p. 5.

¹⁰⁹ Acerca da fonte jurisdicional da arbitragem, o autor expõe que: “Certaines obligations de confidentialité admises par le droit positif de l’arbitrage trouvent leur cause dans la mission juridictionnelle confiée à l’arbitre. Il n’est alors pas étonnant que l’obligation

tenha influência de ambas, logo, a percepção de confidencialidade também é um fruto deste híbrido. No presente tópico, almeja-se abordar como a natureza contratual da arbitragem pode introduzir a confidencialidade ao procedimento ou restringir-se a determinados aspetos deste.

A fonte contratual da obrigação de confidencialidade é teorizada por LOQUIN¹¹⁰. Segundo o autor, a natureza contratual da arbitragem não estabelece, por si, obrigações de confidencialidade, sendo esta decorrência das convenções durante a arbitragem, ou fruto do regulamento da instituição arbitral – nos casos de arbitragens institucionais. O autor aponta que, nos casos em que as partes almejam a confidencialidade do procedimento, esta deve ser preservada pelos árbitros e pela instituição, ressaltando-se as imposições legais de publicidade.

Faz-se de suma importância que, caso não haja empecilho legislativo à confidencialidade, a vontade das partes seja resguardada. Ademais, considera-se que muitos indivíduos recorrem à arbitragem devido ao sigilo que este método pode fornecer à resolução da disputa.

Os acordos de confidencialidade são uma exemplificação da confidencialidade como fonte contratual. Segundo OLIVIER CAPRESE¹¹¹, estes acordos têm géneros distintos, mas possuem o carácter geral de não se sobreporem a regras processuais ou substantivas. Elucidando a teoria do autor, a ordem pública – a qual impõe dever de transparência e publicidade nos procedimentos que envolvem a administração pública – se configura como uma hipótese de afastamento da confidencialidade do procedimento arbitral. Os limites da divulgação de documentos e quais aspetos do procedimento devem ser publicitados será objeto de debate no presente relatório.

de confidentialité ne concerne que les arbitres et qu'elle soit expressément prévue par les dispositions légales encadrant l'activité juridictionnelle de l'arbitre" (ERIC LOQUIN, "Les Obligations de Confidentialité dans L'arbitrage", 2006, p. 329). O sigilo acerca da atuação do árbitro é presente no artigo 30.º, n.º 5 da LAV, ao afirmar que este "[tem] o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral", como na lei de arbitragem brasileira, a qual dispõe que ao desempenhar sua função, o árbitro deve proceder com discricção, artigo 13.º, § 6.º.

¹¹⁰ ERIC LOQUIN, "Les Obligations de Confidentialité dans L'arbitrage", 2006.

¹¹¹ OLIVIER CAPRASSE e ROLAND ZIADÉ, "La Confidentialité dans la Procédure Arbitrale", in *Revue de L'arbitrage: Bulletin du Comité Français de L'arbitrage*, 2014, 3, pp. 593 a 616.

Exemplificando-se a imposição da transparência no paradigma brasileiro, a instrução 358 da Comissão de Valores Mobiliários estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Adequando-se a esta disposição, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM B3 prevê o sigilo do procedimento como regra, sendo afastado quando se requer o cumprimento de normas dos órgãos reguladores ou previsão legal¹¹².

Conforme LUIZ OLAVO BAPTISTA conceitua, a confidencialidade não é uma qualidade essencial da arbitragem. Segundo o autor, esta obrigação surge quando há previsão em regulamento de instituição arbitral, disposição legal, ou acordo expresso entre as partes¹¹³. Este expõe que a confidencialidade nas arbitragens “terá início simultâneo com a arbitragem e terminará à falta de regra específica por aplicação, por analogia das leis sobre segredos de comércio e indústria ou segredos de Estado”¹¹⁴. Quanto à limitação destas, o autor afirma que, mesmo inexistindo regra de confidencialidade, isso não impede que ela possa existir em deliberações do tribunal arbitral e em documentos apresentados no procedimento, desde que ocorra a devida justificativa.

Expostas as percepções doutrinárias sobre a confidencialidade na arbitragem, adotaremos a posição híbrida, ou seja, o princípio da confidencialidade como uma consequência contratual e das atribuições legais conferidas ao árbitro. Ressalta-se que a possibilidade de sigilo no procedimento arbitral é uma das razões pelas quais as partes escolhem este método para resolver o litígio, logo, a autonomia das partes pode (e deve) ser mantida, excetuando-se quando houver previsão legal, como é o caso de procedimentos que envolvem a administração pública.

¹¹² Acerca das sentenças arbitrais, o item 7.10 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado dispõe que “periodicamente a Câmara de Arbitragem produzirá a publicação de Ementário das Sentenças Arbitrais proferidas, agrupadas por temas tratados, as quais poderão ser levadas em conta pelos árbitros, como simples referencial, a fim de orientar suas decisões”.

¹¹³ Para melhor elucidação da temática, ver: LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na Arbitragem”, in *V. Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012.

¹¹⁴ LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na Arbitragem”, 2012, p. 206.

Constata-se que a confidencialidade do procedimento arbitral pode ser relativizada. Todavia, esta relativização propicia debates, exemplificando-se com: quais documentos devem ir a público, a possibilidade de audiências arbitrais serem públicas, a hipótese de uma instituição arbitral conceder livre acesso ao público de suas instalações e documentos produzidos no procedimento.

Muito se defende que a publicação da sentença arbitral resguarda o princípio da publicidade. Contudo, questiona-se se somente a publicação da sentença é suficiente, pois esta apresenta meramente uma síntese do procedimento. Em decorrência de cada indivíduo possuir capacidade distinta de percepção, um cidadão, ao ler uma sentença arbitral, pode considerar que a supremacia do interesse público não foi atendida, logo, este pode almejar ter acesso a mais informações do procedimento; com isso, retoma-se o debate do acesso à informação e a de quem é a responsabilidade de fornecê-la ao público.

3.4. Percepções sobre a Confidencialidade Arbitral

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO afirma que “na arbitragem, há privacidade, mas não confidencialidade”¹¹⁵. Para o autor, a popularização da arbitragem “obrigou a definir o estatuto de confidencialidade, caso alguma exista (...). Além disso, o próprio Estado, preocupado com o branqueamento de capitais e com a fiscalidade, passa a ser um *player*, neste domínio”¹¹⁶.

Constata-se como árdua a tarefa de delimitar quais documentos devem ser mantidos como confidenciais, sem que haja violação do princípio da publicidade e do interesse público. Conforme exposto, não há dúvidas de que a transparência da administração pública é um alicerce do contemporâneo Estado Democrático de Direito. Contudo, a salvaguarda de dados ligados à intimidade das partes e segredos industriais deve ser levada em conta quando se pensa em publicitar um procedimento arbitral.

¹¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 305.

¹¹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 305.

LOQUIN elucida que a obrigação de confidencialidade possui natureza contratual, logo, esta pode ser desfeita quando se torna incompatível com os princípios superiores a ela, tais como *ordem pública substantiva* ou *ordem pública processual*¹¹⁷.

Conforme abordado, o caráter confidencial pode ser afastado do procedimento arbitral, especialmente quando há exigências legais de que este seja público. No decorrer do presente relatório, constata-se a afirmação de que a arbitragem com a administração pública deve ser publicitada. Contudo, questiona-se se o interesse público é atingido quando todo o procedimento é publicitado ou bastaria parte deste ser apresentada ao público para o princípio concretizar-se? Considera-se a temática complexa para se lançar uma resposta concreta, razão a qual apresenta-se, no decorrer do presente trabalho, elucidações que podem ser adotados mediante o caso concreto.

Segundo EGON BOCKMANN MOREIRA, “o conteúdo das informações pode se submeter a graus distintos de publicidade: aqueles que são blindados por sigilo anterior à própria arbitragem assim permanecerão para todos os envolvidos e terceiro. O mesmo se diz quanto à cronologia da publicidade: em vista da privacidade do procedimento, não pode ser de acesso imediato a terceiros – mas, uma vez proferida a sentença, nada obsta que atas e gravações das sessões sejam disponibilizadas ao público. Cada caso definirá as peculiaridades e os níveis – subjetivo, objetivo e cronológico – da confidencialidade, que precisará constar de decisão fundamentada (preferencialmente, a constar desde a ata de missão)”¹¹⁸.

Conforme exposto por CAPRESSE e ZIADÉ, os documentos produzidos pelas partes são uma matéria que gera questionamento sobre a privacidade¹¹⁹. O *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, em seu artigo 3, n.º 9, apresenta a seguinte percepção:

¹¹⁷ ERIC LOQUIN, “Les Obligations de Confidentialité dans L’arbitrage”, 2006, p. 344.

¹¹⁸ LEILA CUÉLLAR, EGON BOCKMANN MOREIRA, FLÁVIO AMARAL GARCIA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com Comentários à Legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre Arbitragem e Mediação em Contratos Administrativos e Desapropriações*, Belo Horizonte, Forum, 2020, p. 172.

¹¹⁹ OLIVIER CAPRASSE e ROLAND ZIADÉ, “La Confidentialité dans la Procédure Arbitrale”, p. 607.

Any Document submitted or produced by a Party or non-Party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the Arbitral Tribunal and the other Parties, and shall be used only in connection with the arbitration. This requirement shall apply except and to the extent that disclosure may be required of a Party to fulfil a legal duty, protect or pursue a legal right, or enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority. The Arbitral Tribunal may issue orders to set forth the terms of this confidentiality. This requirement shall be without prejudice to all other obligations of confidentiality in the arbitration.

Constata-se que o IBA adota uma postura que permite facilmente afastar a confidencialidade da prova documental de acordo com o caso concreto.

No paradigma brasileiro, o Decreto n.º 10.025¹²⁰ estabelece que, exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações sobre o processo de arbitragem¹²¹. Em relação à previsão do decreto, EGON BOCKMANN MOREIRA e FLÁVIO AMARAL GARCIA expõem que as câmaras arbitrais são instituições privadas, as quais operam com discrição e confidencialidade, enquanto a Administração Pública possui deveres de transparência e publicidade de seus atos. Segundo os autores, “ao alocar o dever de prestar publicidade a dados públicos para instituições privadas, o decreto leva o toque de Midas do direito público às câmaras (...). Quem dispõe de estrutura institucional equivalente é a própria pessoa pública contratante, que deve ser a responsável por cumprir a publicidade necessária às arbitragens público-privadas (preferencialmente por meio de *sites* de acesso público”¹²².

¹²⁰ O Decreto n.º 10.025, de 20 de setembro de 2019, dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

¹²¹ Artigo 3.º, §1.

¹²² LEILA CUÉLLAR, EGON BOCKMANN MOREIRA, FLÁVIO AMARAL GARCIA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com Comentários à Legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre Arbitragem e Mediação em Contratos Administrativos e Desapropriações*, 2020, pp. 211 a 212.

Caso a publicidade das informações sobre procedimentos arbitrais com a administração pública seja realizada exclusivamente pela câmara arbitral, a informação pode não ser de fácil acesso ao público. Justifica-se a afirmação com a seguinte lógica: com a quantidade de instituições arbitrais no Brasil, caso o cidadão queira obter informações sobre os procedimentos arbitrais, este terá de verificar no *website* de cada instituição, razão a qual a adoção de uma plataforma unificada, disponibilizada por um órgão público, facilita o acesso à informação.

Ante o exposto, ousa-se dizer que a publicidade deve ser feita pela administração pública, cabendo às instituições arbitrais – de maneira acessória – disponibilizarem informações sobre os procedimentos. Uma plataforma unitária está a ser utilizada em Portugal: a Portaria n.º 165/2020 dispõe que as decisões referidas no artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos serão depositadas em plataforma informática do Ministério da Justiça, gerida pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), conforme será abordado no tópico 6. *Considerações sobre a Operacionalização da Publicidade.*

4. A Publicidade das Arbitragens com a Administração Pública: Uma Análise dos Regulamentos das Instituições Arbitrais.

O presente tópico analisará a conduta de diferentes câmaras arbitrais sobre procedimentos com Estados e entidades estatais, focando-se no tratamento dado à confidencialidade e à publicidade dos procedimentos.

4.1. Instituições Globais

A International Chamber of Commerce – ICC lançou em 2012 o informativo “*Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration*”¹²³, o qual elucida as partes sobre a condução de procedimentos que envolvem a arbitragem com os Estados e entes estatais.

¹²³ ICC COMMISSION REPORT: STATES, State Entities and ICC Arbitration. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf>.

Dentre as justificativas para elaboração, expõe-se que os usuários de arbitragem internacional podem desconhecer as recomendações, regras e práticas de arbitragens ICC quando uma das partes do litígio é o Estado ou ente estatal¹²⁴.

No tocante à confidencialidade dos procedimentos, o informativo expõe que a arbitragem administrada pela ICC não é confidencial *per se*, excetuando-se os casos em que a lei aplicável disponha o contrário. Ademais, a supracitada câmara sugere um modelo de cláusula compromissória ICC para que as partes possam resguardar a confidencialidade¹²⁵.

A publicidade dos atos de procedimentos com a administração pública é controversa, nomeadamente quanto aos limites desta e quais condutas devem ser públicas. A servir como referência à questão, o informativo ilustra hipóteses que as partes podem publicitar, tais como a sentença arbitral, as manifestações e a existência do procedimento em curso. A ICC atenta que o grau de confidencialidade ou transparência acordado pode ser modificado no decurso do procedimento arbitral¹²⁶.

A confidencialidade do procedimento é tratada no artigo 22.^º do Regulamento de Arbitragem da ICC, o qual dispõe que “mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral (...) e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais”¹²⁷.

¹²⁴ Tópico 5 da introdução do ICC Commission Report.

¹²⁵ O tópico 15 do ICC Commission Report sugere o seguinte modelo de cláusula: “All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The parties agree to keep confidential the existence of the arbitration, the arbitral proceedings, the submissions made by the parties and the decisions made by the arbitral tribunal, including its awards, except as required by applicable law and to the extent not already in the public domain”.

¹²⁶ “Conversely, states/state entities and their private contractual counterparties can agree on greater transparency, for example by providing for the award, proceedings or submissions of the parties to be made public. It should be noted that the agreed degree of confidentiality or transparency can be changed in the course of the arbitration proceedings”, ICC Commission Report, p. 3.

¹²⁷ Regulamento de Arbitragem ICC, em vigor desde 1 de março de 2017. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>.

Conforme exposto, a ICC não aborda a confidencialidade como regra explícita e indissociável do procedimento arbitral. Em relação aos procedimentos com a administração pública, há a ausência de previsões regulamentares explícitas. Ademais, apesar de a ICC possuir o informativo sobre a condução de procedimentos arbitrais envolvendo Estados e entes estatais, esta não dispõe sobre através de quais meios a publicidade dos procedimentos pode ser concretizada.

A London Court of International Arbitration – LCIA adota a postura de estrita confidencialidade de seus procedimentos. Para esta, a publicação dos documentos relacionados com a arbitragem, bem como da sentença, só poderá ocorrer quando houver a concordância de todas as partes relacionadas com o procedimento.

A referida corte dispõe, no artigo 30.º de seu Regulamento de Arbitragem¹²⁸, sobre a confidencialidade dos procedimentos, prevendo-a como princípio geral, a abranger todos os materiais criados no procedimento ou outros documentos produzidos neste – excetuando-se o que seja de domínio público. Ponto relevante do regulamento é o facto de que a confidencialidade pode ser excetuada quando a divulgação possa ser exigida a uma parte por uma obrigação legal, para proteger ou buscar um direito ou para impor ou contestar uma sentença num processo judicial perante um tribunal estadual ou outra autoridade legal¹²⁹. Quanto à divulgação das sentenças arbitrais, o LCIA só a permite quando houver consentimento escrito de todas as partes e do Tribunal Arbitral¹³⁰.

O Regulamento de Arbitragem da Hong Kong International Arbitration Center – HKIAC¹³¹ trata da confidencialidade no artigo 45.1,

¹²⁸ LCIA Arbitration Rules (2014). Disponível em https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

¹²⁹ “30.1 The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority”.

¹³⁰ “30.3 The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal”.

¹³¹ 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules. Disponível em <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#45>.

positivando que, salvo acordo em contrário entre as partes, nenhuma destas, ou seus representantes, podem divulgar informações da arbitragem. Ademais, este proíbe a divulgação de sentença ou Decisão de Emergência feita no procedimento¹³².

Quanto à quebra da confidencialidade perante procedimentos com órgãos governamentais, o artigo 45.3¹³³ do regulamento autoriza a publicação, divulgação ou comunicação das informações mencionadas no artigo 45.1 por uma parte ou representante, quando se tratar de órgão governamental, órgão regulador, órgão jurisdicional em que a parte seja obrigada por lei a publicar, divulgar ou comunicar.

No paradigma ibérico, o CIMA aponta, no artigo 62.^o do seu regulamento¹³⁴, que, a pedido de qualquer uma das partes, o tribunal arbitral poderá tomar as medidas que julgar oportunas para garantir a confidencialidade da arbitragem. Consoante a confidencialidade do procedimento, o CIMA adota posição semelhante ao ICC, pois não dispõe de maneira explícita. Em relação à publicidade, o artigo 63.^o prevê que a sentença arbitral possa ser publicitada nos casos em que houver consentimento de todas as partes ou quando uma parte tiver a obrigação jurídica de divulgá-la¹³⁵. Pode considerar-se o supracitado artigo como uma ferramenta para resguardar a publicidade da sentença arbitral de um litígio que envolva a administração pública.

¹³² “45.1 Unless otherwise agreed by the parties, no party or party representative may publish, disclose or communicate any information relating to: (a) the arbitration under the arbitration agreement; or (b) an award or Emergency Decision made in the arbitration”.

¹³³ “45.3 Article 45.1 does not prevent the publication, disclosure or communication of information referred to in Article 45.1 by a party or party representative: (...) (b) to any government body, regulatory body, court or tribunal where the party is obliged by law to make the publication, disclosure or communication”.

¹³⁴ Regulamento de Arbitragem, Corte Civil e Comercial de Arbitragem – CIMA. Disponível em http://arbitrajecima.com/wp-content/uploads/2018/09/REGLAMENTO_CIMA_PORTUGUE_S_2018.pdf.

¹³⁵ Quanto a divulgação das sentenças arbitrais, o Regulamento de Arbitragem do CIMA prevê no n.º 2 de seu artigo 63.^o que: “a Corte publicará na sua página web as sentenças arbitrais que resolvam os conflitos societários passíveis de inscrição, mantendo o nome dos árbitros, mas suprimindo todas as referências aos nomes das partes e a dados que possam identificá-las facilmente, e desde que nenhuma das partes se tenha oposto expressamente à sua publicação dentro de um prazo de trinta (30) dias a contar da data em que a sentença arbitral tenha sido proferida”.

4.2. Instituições Luso-Brasileiras

Em Portugal, o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial¹³⁶ prevê, no artigo 41.º, a publicidade como regra geral das sentenças arbitrais sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa coletiva de direito público, sendo esta excetuada se houver disposição das partes em contrário¹³⁷. Em relação às restantes sentenças arbitrais, dispõe que estas são igualmente públicas, sendo ocultados os elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade.

A publicidade exposta no regulamento do Centro de Arbitragem Comercial, de facto, ocorre. Em sua página da *web*, constata-se a presença de três procedimentos arbitrais e suas respectivas sentenças¹³⁸. Destes, dois envolvem o estado português (processo n.º 36/2012 e processo n.º 18/2017), sendo que o remanescente possui pessoas coletivas como partes – ressalta-se que foram ocultados os elementos de identificação das partes, conforme previsão regulamentar.

Dentre as instituições brasileiras, o CAM-CCBC adota o sigilo como regra geral. O artigo 14.º do seu Regulamento de Arbitragem¹³⁹ aponta que o sigilo pode ser excetuado quando houver hipótese prevista em lei, acordo expresso das partes ou ante a necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

Em relação às arbitragens com a administração pública, o CAM-CCBC efetuou a resolução administrativa n.º 15/2016¹⁴⁰, a qual correlaciona a

¹³⁶ Regulamento de Arbitragem de 2014. Disponível em https://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Regulamento_de_Arbitragem_2014.pdf.

¹³⁷ Conforme nota do artigo, exposta no regulamento, tal preceito foi inovador e almeja guarnecer a transparência à legitimação e credibilização das arbitragens que envolvem entidades públicas.

¹³⁸ Informação disponível em: https://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=18&Itemid=120&lang=pt.

¹³⁹ Regulamento de arbitragem de 2012, disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>.

¹⁴⁰ Resolução Administrativa 15/2016, disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>.

aplicação do Regulamento de Arbitragem com o princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a administração pública¹⁴¹. A supracitada resolução dispôs que “poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo, inclusive, disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC”. Quanto à divulgação dos dados de arbitragem a envolver a administração pública, o CAM-CCBC disponibiliza um segmento em sua página da *web*¹⁴² a informar a data de requerimento do procedimento e o nome das partes envolvidas¹⁴³.

Por fim, o Regulamento de Arbitragem da CAMARB¹⁴⁴ dispõe, no item 13.1, o sigilo do procedimento arbitral como regra, ressalvando-o aos casos em que haja obrigação legal de publicidade.

Em relação aos procedimentos com a participação da administração pública, o Regulamento de Arbitragem da CAMARB contém um capítulo destinado a esta modalidade, dispondo que a Secretaria da câmara divulgará, na página da *web* da instituição, a existência do procedimento, o nome das partes e a data de solicitação deste¹⁴⁵.

Quanto à publicidade das audiências que envolvem a administração pública, o item 12.4 do regulamento dispõe que estas serão, salvo convenção em contrário, restritas às partes e seus procuradores.

No cenário luso-brasileiro, percebe-se uma atenção das instituições arbitrais em disponibilizarem nas suas páginas da *web* informações sobre procedimentos que envolvem a administração pública e, até mesmo,

¹⁴¹ Ressalta-se que o Regulamento de Arbitragem da CAM-CCBC é datado de 2012, ou seja, anterior a Lei n.º 13.129/16, razão a qual faz-se necessária a elaboração de resolução para elucidar as partes de como dar-se-á a publicidade em procedimentos que envolvem a administração pública.

¹⁴² Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>.

¹⁴³ Em 15 de maio de 2020, a instituição apresentava seis procedimentos arbitrais na supracitada página, sendo o mais antigo a apresentar data de requerimento de 21 de maio de 2015 e o mais recente de 13 de dezembro de 2019.

¹⁴⁴ Regulamento de Arbitragem CAMARB (versão 2019). Disponível em <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>.

¹⁴⁵ Atualmente, a CAMARB disponibiliza em sua página informações como: número do procedimento, data da solicitação, parte(s) requerentes, partes(s) requeridas e estado do procedimento.

procedimentos em que esta não está envolvida. No âmbito das instituições internacionais, constatou-se que, estabelecida a confidencialidade do procedimento, há hipóteses legais para que esta possa ser rompida. A previsão legal pode ser uma ferramenta à divulgação dos procedimentos que envolvam a administração pública; todavia, ainda seguem questionamentos, tais como aonde esta publicidade será feita e o seu limite.

5. A Confidencialidade no Paradigma Processual Civil Luso-Brasileiro

O presente tópico analisará o tratamento dado pelas legislações do Brasil e de Portugal sobre a publicidade do processo judicial. Apesar da explícita diferença entre a arbitragem e o processo civil, almeja-se perceber em que medida os ordenamentos dos referidos países conciliam a publicidade dos procedimentos cíveis quando se enseja restrição à mesma. Por fim, serão apresentados comentários acerca de como a arbitragem pode valer-se das elucidações cíveis.

NOBERTO BOBBIO conceitua que a democracia sobreveio com a perspectiva de conceber um governo de ações desenvolvidas publicamente¹⁴⁶; segundo o autor, “o modelo da democracia moderna foi a democracia dos antigos, de modo particular a da pequena cidade de Atenas, nos felizes momentos em que o povo se reunia na ágora e tomava livremente, à luz do sol, suas próprias decisões, após ter ouvido os oradores que ilustravam os diversos pontos de vista. Para denegri-la, PLATÃO (que era um antidemocrático) a havia chamado de “teatrocracia” (palavra que se encontra, não por acaso, também em NIETZSCHE). Uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara”¹⁴⁷.

Conforme ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO conceituam, a publicidade do exercício da função jurisdicional

¹⁴⁶ NOBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia; Uma Defesa das Regras do Jogo*, 1986, p. 84.

¹⁴⁷ NOBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia; Uma Defesa das Regras do Jogo*, 1986, p. 84.

é uma ferramenta que força a legitimidade democrática das decisões dos tribunais. Outrossim, os autores destacam que a publicidade não é um princípio absoluto, podendo ser afastada em determinados casos, tais como proteção de segredos processuais, estratégias comerciais, entre outros¹⁴⁸.

A Constituição brasileira consagra a publicidade em procedimentos judiciais e administrativos¹⁴⁹. No âmbito processual, o código de Processo Civil Brasileiro prevê explicitamente a publicidade dos *atos processuais*. Atentando-se ao facto de que “atos processuais” representa um conceito amplo, adotar-se-á a percepção apresentada pelo doutrinador HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ou seja, a de que *atos processuais* se consistem em toda a ação humana que produz um efeito jurídico em relação ao processo¹⁵⁰.

O segredo de justiça é uma ferramenta adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro para restringir a publicidade dos procedimentos para as partes e procuradores. O artigo 189.^o do CPC Brasileiro apresenta um rol não taxativo de hipóteses, nas quais se aplica o segredo de justiça. Dentre as hipóteses abordadas, utiliza-se o segredo de justiça quando houver interesse de ordem pública, a presença de dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade¹⁵¹ ou quando

¹⁴⁸ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, 2016, pp. 701 a 705.

¹⁴⁹ Conforme previamente abordado, o artigo 93, IX, da Constituição dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁵⁰ Para maior elucidação sobre a temática, ver HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*, vol I, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

¹⁵¹ Constata-se que o artigo segue em concordância com o artigo 5.^o, LX, da Constituição, o qual dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Quanto à ordem pública, THEODORO JÚNIOR (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*, 2015, p. 225), exemplifica hipóteses em que esta está presente, tais como risco à saúde pública, ofensa à moralidade pública, perigo à segurança pública e entre outras. Para melhor elucidação, ver: Acórdão do STJ, Recurso Especial n.^o 605.687 de 19-05-2009. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

envolver discussão sobre informação comercial de caráter confidencial e estratégico¹⁵².

A restrição da publicidade também é prevista para litígios arbitrais, sendo requisito a comprovação perante o juízo de que a confidencialidade fora estipulada¹⁵³. Verifica-se que, ao tratar de processos que versam sobre arbitragem, o CPC Brasileiro não aplica o segredo de justiça de maneira automática, mas sim através da comprovação de que a confidencialidade fora convencionada no procedimento.

O artigo 368.º do CPC Brasileiro estabelece como regra a publicidade da audiência, sendo esta restrita para as partes e procuradores quando o processo for taxado como segredo de justiça.

O artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa assegura o direito à *informação administrativa procedimental*, desta forma garantindo ao cidadão o direito de ser informado pela Administração sobre decisões definitivas e andamento dos processos em que seja diretamente interessado. Outrossim, o supracitado artigo assevera o direito à *informação administrativa não procedimental*, pois dispõe que “os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa”¹⁵⁴.

No paradigma processual civil, o CPC Português prevê a publicidade como regra e apresenta restrições no artigo 164.º. Este dispõe que haverá limite ao acesso aos autos quando o conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, bem como quando estiver em causa a eficácia da decisão a proferir. O número dois do referido artigo apresenta um rol taxativo das restrições, tais como: processos de divórcio, procedimentos com medidas cautelares pendentes ou processos de acompanhamento de maior.

Consoante ao fornecimento de certidões dos termos e atos processuais, o artigo 170.º do CPC Português prevê que caberá à secretaria dispô-las às partes, procuradores ou a quem revele interesse atendível em obtê-las. Outrossim, o artigo assegura que as certidões podem ser fornecidas de forma eletrónica.

¹⁵² Para melhor elucidação, ver: Acórdão do STJ, Recurso Especial n.º 605.687 de 19-05-2009. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

¹⁵³ Artigo 189.º, IV, do CPC Brasileiro.

¹⁵⁴ Artigo 268.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Ao relacionar a leitura do artigo 170.^o com a arbitragem, pode questionar-se se as secretarias das câmaras arbitrais devem disponibilizar aos cidadãos certidões dos procedimentos com a administração pública. Ao refletir sobre o cotidiano e estrutura de uma câmara arbitral, não parece viável a aplicação análoga do CPC a quem revele interesse em obter certidões de procedimentos arbitrais com a administração pública. Um caminho aparentemente viável e frutífero seria a utilização de canais digitais para disponibilizar informações e conceder documentos.

Por não haver um rol taxativo no Código de Processo Civil Brasileiro, a jurisprudência exemplifica hipóteses para se atribuir o segredo de justiça no processo judicial. Destaca-se o julgamento de Recurso Especial pelo Supremo Tribunal de Justiça, no qual o recorrente (um banco estatal) fundamentou que a juntada de um “Contrato de Cessão de Créditos Bancários com Cláusula de Confidencialidade” ensejaria a decretação do segredo de justiça¹⁵⁵.

No julgamento do recurso, os ministros decretaram o segredo de justiça e fundamentaram que o Contrato de Cessão de Créditos trata “de informações e dados de natureza privada prevalente, afetando a intimidade e a segurança negocial das pessoas envolvidas nos créditos cedidos, além de técnicas de expertise e *know-how* desenvolvidas pelas partes contratantes, afetando suas condições de competitividade no mercado financeiro, não constituindo mero inconveniente a ser suportado pelos litigantes e terceiros”. Ademais, em razão do ponto central do processo ser a cobrança de honorários advocatórios, o STJ decidiu que a decretação do segredo de justiça não causaria relevante prejuízo ao interesse público no tocante ao acesso à informação.

Quanto à extensão do segredo de justiça, atribuiu-se a todo o procedimento, pois, segundo os julgadores, “é certo que dados e informações serão extraídos daquelas peças sigilosas para uso nas argumentações e debates nos autos”. A referida jurisprudência vai de encontro com a doutrina e restringe o acesso quando estão em causa dados não pertinentes para a justa composição do litígio.

Em decorrência da análise legislativa e jurisprudencial da aplicação do segredo de justiça nos processos judiciais, podemos ousar traçar um

¹⁵⁵ Acórdão do STJ, Recurso Especial n.º 1.082.951 de 06-08-2015. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva.

paralelo da aplicação deste aos procedimentos arbitrais que envolvam a administração pública. Consoante as restrições à publicidade, percebe-se que os documentos com informações sensíveis, tais como segredos industriais, dados bancários, bem como os que dizem respeito à intimidade das partes e seus procuradores, podem ser restritos ao público, desde que as partes o solicitem e haja anuência do tribunal arbitral.

Em relação às manifestações e outros atos que ocorram no procedimento, mas que venham à tona enquanto documentos classificados como restritos, considera-se que deve haver uma análise do tribunal arbitral sobre o limite de sua publicidade, ou seja, se serão disponibilizados na íntegra ou com informações ocultas para assegurar a privacidade das partes, ressaltando-se que deve haver respeito aos princípios constitucionais, bem como à fundamentação da decisão.

Na perspectiva global, o caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*¹⁵⁶, julgado em 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tornou-se emblemático, pois a referida corte foi o primeiro tribunal internacional a reconhecer o direito de acesso à informação pública como um direito fundamental¹⁵⁷. A importante decisão fez com que o Chile criasse a Lei de Transparência (em vigor desde 2009), bem como o Conselho para a Transparência. Em sentido similar, o Brasil estabeleceu a Lei n.º 12.527, a qual regula o acesso a informações.

A Lei brasileira n.º 12.527 de 18 de novembro de 2011, popularmente conhecida como Lei de Acesso a Informações Públicas, assegurou a publicidade como regra e consagrou prerrogativas constitucionais, nomeadamente as dispostas no inciso XXXIII do artigo 5.º, no inciso II do §3 do artigo 37.º e no §2 do artigo 216.º da magna carta. A Lei n.º 12.527 garantiu que qualquer interessado possa apresentar o pedido

¹⁵⁶ Em linhas gerais, o caso resume-se ao facto de que Marcel Claude Reyes solicitou, em maio de 1998, informações ao *Comité de Inversiones Extranjeras* do Chile acerca de um projeto que se sucederia neste país. Em decorrência da negativa do Comité e das autoridades, impôs recursos judiciais. Ante a ausência de respostas e de uma negativa formal por parte do Comité, Marcel recorreu ao sistema interamericano. Para maior elucidação, ver *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile* – Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19-08-2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr>.

¹⁵⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano”, 2011, disponível em <https://www.oas.org/pt>.

de acesso a informações aos órgãos, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

O capítulo IV da Lei n.º 12.527 dispõe sobre as restrições do acesso à informação, sendo estas relativas à segurança da sociedade ou do Estado, tais como segredo de justiça, segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. A lei também classifica a informação quanto ao grau e prazo de sigilo¹⁵⁸. Outrossim, a legislação tipifica como conduta ilícita – a qual acarreta responsabilização – quando o agente público se recusar a fornecer a informação requerida, retardar deliberadamente o fornecimento ou fornecê-lo intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa¹⁵⁹.

Nas palavras de MARCO ANTÔNIO KARAM SILVEIRA, toda a interpretação da Lei n.º 12.527 “deve considerar os valores da república, da democracia e da transparência, com o escopo de concretização do direito fundamental à informação. São esses os valores que a lei pretende proteger e atingir, e que, portanto, devem ser considerados como base inafastável de interpretação e aplicação. As informações públicas pertencem ao cidadão, e não ao Estado”¹⁶⁰.

5.1. A Publicidade no Procedimento Cível Eletrônico

Com a consolidação do processo eletrônico, o judiciário brasileiro necessitou adaptar-se. A Lei n.º 13.793/2019 foi uma resposta às demandas e trouxe consigo alterações na Lei n.º 11.419/2006¹⁶¹ no tocante ao acesso a documentos em processos eletrônicos. Com a nova redação, a Lei n.º 11.419¹⁶² dispõe que os documentos digitalizados juntados em

¹⁵⁸ Para maior elucidação, ver o artigo 24.º da Lei n.º 12.527.

¹⁵⁹ Artigo 32.º, I, da Lei n.º 12.527.

¹⁶⁰ MARCO ANTÔNIO KARAM SILVEIRA, “Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n.º 12.527/2011): Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 2012, p. 256.

¹⁶¹ Lei a qual dispõe sobre a informatização do processo judicial.

¹⁶² Art. 11.º: “§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério

processo eletrônico estarão disponíveis para advogados que não estejam a atuar no procedimento, mas que pretendam examiná-los, excetuando-se os casos em que tramitam em segredo de justiça. Outrossim, a Lei n.º 13.793 fez alterações no Código de Processo Civil e assegurou ao advogado o direito de examinar os autos de qualquer processo no meio eletrônico, mesmo que este não possua procuração, excetuando-se as hipóteses em que o processo tramita em segredo de justiça; nestes casos, apenas o advogado constituído terá acesso aos autos eletrônicos¹⁶³.

Apesar de a publicidade ser assegurada no ordenamento jurídico português e brasileiro, discute-se quando esta é efetivada e quando se cumpre a supremacia do interesse público. Considerando-se que o referido questionamento propiciaria um longo debate e uma dissertação própria, o presente relatório foca em analisar as previsões legislativas e em saber como utilizá-las para efetivar a publicidade do procedimento arbitral com a administração pública.

Consolidando as prerrogativas asseguradas pela Constituição Portuguesa, o Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro) explicita o *Princípio da Administração Aberta*¹⁶⁴ e dedica o capítulo IV para assegurar o direito à informação.

O CPA adota, como regra, a publicidade dos procedimentos eletrônicos, pois prevê que a Administração deve colocar à disposição dos interessados, na *Internet*, informações sobre a tramitação desses procedimentos. As informações a prestar abrangem a indicação do serviço onde o procedimento se encontra, os atos e diligências praticados, as deficiências a suprir pelos interessados, as decisões adotadas e quaisquer outros elementos solicitados¹⁶⁵.

Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitam em segredo de justiça”.

¹⁶³ A Lei n.º 13.793 incluiu o § 5 ao artigo 107.º, assegurando ao advogado a garantia de acesso aos autos do processo eletrônico.

¹⁶⁴ O artigo 17.º dispõe que: “1- Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas”.

¹⁶⁵ Artigo 82.º do CPA.

O Código do Procedimento Administrativo assegura ao interessado o direito de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem nos processos – desde que haja o pagamento das importâncias que forem devidas. A previsão do CPA sobre o pagamento de quantias à obtenção de certidões pode ser uma ferramenta viável para as câmaras arbitrais adotarem em procedimentos com a administração pública. Ao considerar o caráter privado das câmaras arbitrais, o pagamento feito por particulares pode ser uma maneira de viabilizar o acesso a documentos, sem que essas tenham de arcar com a onerosidade.

Por fim, viabilizando a celeridade e a efetividade do acesso a informação, o CPA estabelece o prazo máximo de dez dias para que as informações solicitadas sejam fornecidas.

Consoante ao procedimento arbitral, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, restringe-se a regulamentar, em seu artigo 185.º-B, que as decisões somente serão publicadas após o trânsito em julgado. Acresce que a publicidade será efetuada com a publicação das decisões numa plataforma virtual organizada pelo Ministério da Justiça.

De acordo com TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA, somente será dada a publicidade das decisões arbitrais “e não de todo o processo arbitral administrativo, estando sujeitas a esta obrigação de publicidade apenas as decisões (singulares ou colegiais, proferidas por tribunais arbitrais *ad hoc* ou por centros de arbitragem institucionalizados, e incluindo os eventuais votos de vencido) que produzam efeitos de caso julgado material, sob pena de verificação de um fenómeno de multiplicação, porventura excessivo, ao nível da publicação das decisões arbitrais”¹⁶⁶.

Conforme exposto, o 185.º-B do CPTA positiva que as decisões são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. Consoante a operacionalização da publicação, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA¹⁶⁷ consideram que a previsão da plataforma nacional não impede que os centros de arbitragem

¹⁶⁶ TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA, “A Publicidade das Decisões Arbitrais Administrativas: Algumas Reflexões”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL*. Lisboa, AFDL, 2018, p. 180.

¹⁶⁷ TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA, “A Publicidade das Decisões Arbitrais Administrativas: Algumas Reflexões”, 2018.

institucionalizada continuem a publicitar os procedimentos nos seus *websites*. Contudo, não se substitui à publicitação na plataforma unitária do Ministério da Justiça.

A utilização de plataformas virtuais também é prevista pela Lei brasileira n.º 12.527 – Lei de Acesso a Informações Públicas. A referida lei positiva, no §2 do artigo 10.º, que os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativas de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na Internet.

No âmbito do acesso a documentos administrativos, a lei portuguesa n.º 26/2016, de 22 de agosto, dispõe, no artigo 10.º, sobre a divulgação ativa da informação. A lei afirma que os órgãos e entidades – a quem a lei se aplica – devem publicitar nos seus sítios na Internet, informações cujo conhecimento seja relevante para garantir a transparência da atividade relacionada com o seu funcionamento, bem como a enunciação de todos os documentos que comportem interpretação generalizadora de direito positivo ou descrição genérica de procedimento administrativo, mencionando, designadamente, o seu título, matéria, data, origem e local onde podem ser consultados.

Apesar de abordar matéria que ultrapassa o escopo do presente relatório, a “Comunicação interpretativa” da Comissão Europeia (2006/C 179/02)¹⁶⁸ elucida a publicidade da contratação pública e aponta a Internet como um dos meios mais adequados de se efetuar a publicitação dos contratos públicos. A supracitada comunicação afirma que a Internet oferece um vasto leque de possibilidades de publicitação, constituindo-se como uma forma flexível e eficaz para a publicação. Por fim, considera que “portais Internet criados especialmente para publicitar anúncios de contratos têm grande visibilidade e podem oferecer maiores opções de pesquisa. A este respeito, uma boa prática consiste na criação de uma plataforma específica para contratos de valor reduzido, dotada de uma lista para anúncios de concurso com assinaturas de uma lista de difusão, fazendo-se deste modo uma exploração plena das possibilidades

¹⁶⁸ A referida Comunicação Interpretativa da Comissão regulamenta sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, razão pela qual se diz que vai além do escopo do presente relatório. Todavia, esta apresenta relevante contribuição sobre a utilização da Internet como ferramenta de publicitação.

da Internet, com ganhos de transparência e de eficácia”¹⁶⁹. Constata-se que a Comissão Europeia expõe a necessidade de efetivar o princípio da publicidade e da transparência na contratação pública e considera, desde 2006, a Internet como uma ferramenta efetiva para se efetivar os referidos princípios.

Constata-se que uma plataforma unitária auxilia o cidadão a fiscalizar a atuação da administração pública. A publicidade só é, de facto, efetiva quando está de fácil acesso aos cidadãos. No paradigma contemporâneo, a Internet propicia o acesso à informação aos cidadãos das áreas mais remotas do país.

As previsões legislativas podem servir de sugestão à publicidade do procedimento arbitral. Aliando-se ao facto de que as câmaras arbitrais possuem *websites* próprios, a publicidade dos autos poderia ser dada nas plataformas virtuais das câmaras, ou mais, para abranger as arbitragens *ad hoc* e facilitar a busca do cidadão, poder-se-ia criar uma plataforma nacional que disponibilizasse o acesso aos autos dos procedimentos arbitrais.

A utilização das plataformas digitais como ferramenta de publicitar os documentos em processos é prevista pela legislação portuguesa e brasileira. Com as adaptações e a quebra de certos receios, a publicitação eletrónica dos procedimentos arbitrais com a administração pública pode ser uma ferramenta a ser adotada por câmaras arbitrais para viabilizar o acesso a estes, diminuir custos de impressão e evitar que haja fluxo nas suas secretarias. Adaptando a legislação existente – como por exemplo, o CPA – para os procedimentos arbitrais, as instituições poderiam cobrar uma tarifa para o acesso aos documentos do procedimento, mas desde que o valor atenda a uma razoabilidade.

6. A Operacionalização da Publicidade

Face às percepções apresentadas sobre arbitrabilidade, publicidade, interesse público e arbitragem com a administração pública, bem como a dificuldade em elaborar uma “fórmula” a ser aplicada em todos os

¹⁶⁹ Item 2.1.1 “Comunicação interpretativa” da Comissão Europeia (2006/C 179/02).

procedimentos, o presente tópico procura apresentar alternativas que podem ser adotadas para publicitar as arbitragens que envolvem a administração pública. Conforme exposto, os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal possuem a exigência legal da publicidade; contudo, a problemática se apresenta na abrangência e operacionalização desta.

Apesar de MICHAEL HWANG e KATIE CHUNG abordarem a confidencialidade do procedimento arbitral sem a especificidade da administração pública, estes apresentam elucidações que serão abordadas no presente tópico. Os autores definem que há, no mínimo, três tipos de documentos em um procedimento arbitral, sendo estes: documentos propriamente confidenciais (tais como, os que contêm segredos comerciais), documentos divulgados pelas partes justamente para a arbitragem (seja voluntariamente ou por solicitação do tribunal) e a sentença¹⁷⁰.

Para MICHAEL HWANG e KATIE CHUNG, a divulgação de cada documento será condizente com sua categoria. Os documentos intrinsecamente confidenciais deverão ser tratados como se estivessem fora do procedimento, ou seja, permanecem confidenciais, razão a qual, segundo os autores, tampouco se faz necessário invocar percepções da doutrina arbitral para debater confidencialidade destes. Os documentos produzidos no decorrer do procedimento deverão ter a anuência das partes e/ou do tribunal arbitral para serem divulgados, enquanto a sentença deverá ser divulgada de acordo com o regulamento de arbitragem que rege o procedimento¹⁷¹. Ao relacionar as elucidações expostas com a arbitragem envolvendo a administração pública, destaca-se que, mesmo sem previsão expressa da publicidade da sentença no regulamento escolhido, esta – se for acordo das partes e/ou determinação do tribunal arbitral – deverá ser publicitada.

A utilização da informática como aliada à publicidade da atividade arbitral administrativa encontrou mais um respaldo na legislação portuguesa. A Portaria n.º 165/2020¹⁷², de 7 de julho de 2020, a qual

¹⁷⁰ MICHAEL HWANG e KATIE CHUNG, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Kluwer Law International 2009, volume 26, n.º 5, p. 611.

¹⁷¹ MICHAEL HWANG e KATIE CHUNG, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, 2009, p. 611.

¹⁷² Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/137350709/details/maximized>.

começou a vigorar em 30 de julho do aludido mês, traz consigo relevantes disposições sobre os termos de depósito e publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária. Ressalta-se que, segundo a Portaria, a publicação da sentença arbitral deverá ser realizada em uma plataforma informática e gratuita.

O artigo 3.º da referida Portaria prevê que as decisões referidas no artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos¹⁷³ serão depositadas em uma plataforma informática do Ministério da Justiça, gerida pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), acessível no endereço eletrónico <https://tribunais.org.pt>.

De acordo com o artigo 5.º da Portaria n.º 165/2020, a sentença arbitral deverá ser disponibilizada na plataforma eletrónica, acompanhada das seguintes informações: data da decisão e do respetivo trânsito em julgado; identificação dos membros do tribunal arbitral; sumário da decisão, expurgado de todos os elementos suscetíveis de identificar as pessoas a que diz respeito; texto da decisão, com conteúdo pesquisável, expurgado de todos os elementos suscetíveis de identificar as pessoas a que diz respeito; indicação de a arbitragem ter ou não ter sido realizada sob a égide de centro de arbitragem institucionalizada e, sendo o caso, identificação do centro de arbitragem.

A previsão da Portaria sobre a omissão de dados que possam identificar as pessoas pode servir de elucidação sobre como conciliar a supremacia do interesse público com a publicidade, sem que haja uma exposição de informações pessoais e sensíveis, resguardando-se a privacidade e intimidade de particulares.

Na perspetiva brasileira, especificamente do Estado de São Paulo, o Decreto n.º 64.356, de 31 de julho de 2019, regulamenta sobre o emprego – no âmbito da administração pública – da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Segundo o

¹⁷³ Artigo 185.º-B do CPTA: “1 – As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. 2 – As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

Decreto, os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. O artigo 12.º do Decreto apresenta um rol taxativo do que se considera como *atos* do procedimento arbitral, sendo estes: as petições, laudos periciais, termo de arbitragem ou instrumento congêneres e decisões dos árbitros. Quanto a divulgação, o §2 afirma que a Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores¹⁷⁴.

A publicidade da audiência é abordada no supracitado Decreto. Segundo este, as audiências *poderão* ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral. Contudo, no paradigma do Decreto n.º 46.245 do Estado do Rio de Janeiro¹⁷⁵, a audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral¹⁷⁶. Ante o exposto, constata-se o distinto tratamento da publicidade da audiência arbitral pelas legislações estaduais brasileiras: enquanto o Decreto do Estado de São Paulo não impõe a obrigatoriedade da privacidade da audiência, o Decreto do Rio de Janeiro dispõe restrições.

Segundo EGON BOCKMANN MOREIRA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, “as audiências podem (senão devem) ser sempre privadas entre os árbitros

¹⁷⁴ Conforme acesso realizado em 12 de julho de 2020, tal plataforma foi implantada. Na data da consulta, a página dispôs informações sobre um procedimento arbitral, o qual tratava de um contrato celebrado entre o Estado de São Paulo e uma empresa privada. A título informativo, tal arbitragem foi *ad hoc* e com a aplicação das regras da UNCITRAL. Dentre os documentos disponibilizados, estavam: requerimento de arbitragem; resposta do Estado de São Paulo ao requerimento; alegações iniciais da requerente; resposta do Estado de São Paulo às alegações iniciais; tréplica do Estado de São Paulo; alegações finais da requerente; alegações finais do Estado de São Paulo; sentença arbitral; pedido do Estado de São Paulo de esclarecimentos da sentença arbitral; pedido da requerente de esclarecimentos da sentença arbitral. Para maior elucidação, aceder a: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/default.asp?TKU=&IDProc=3&.

¹⁷⁵ O Decreto RJ n.º 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

¹⁷⁶ Artigo 13.º, §3.

e as partes, com participação de terceiros indispensáveis ao seu bom funcionamento. Os seus fatos devem ser tornados públicos ao final do ato processual. Não se pode correr o risco de transformar audiências arbitrais em audiências públicas, com plateia e respectiva submissão a temperaturas políticas”¹⁷⁷.

Conforme V.V. VEEDER elucida, faz-se necessário que haja uma razoabilidade para que a publicidade se atente às peculiaridades do caso concreto¹⁷⁸. Segundo o autor, “whilst a successful party should not have its confidential secrets disclosed in court proceedings, it is also essential that arbitration law develops publicly with legal reasoning by state judges, for the ultimate benefit of all arbitration users themselves”¹⁷⁹. O tratamento de documentos sensíveis em formato “segredo de justiça”, conforme adotado pelo judiciário luso-brasileiro, pode ser uma ferramenta a ser aplicada nos procedimentos que envolvem a arbitragem com a administração pública; outrossim, a publicidade pode ser um benéfico caminho para a construção de uma jurisprudência arbitral, realidade já existente em arbitragens de investimento.

Expostas as considerações, constata-se que a não imposição legal da privacidade da audiência arbitral pode ser a solução mais adaptável ao caso concreto. Ademais, a publicidade das audiências requer uma nova logística de operacionalização. No caso de arbitragens institucionalizadas, não parece que as instituições tenham – ou sejam obrigadas a ter – uma estrutura que possibilite uma audiência arbitral aberta ao público. No tocante ao receber o grande público, as instituições arbitrais são órgãos privados e, em muitos casos, não dispõem da mesma estrutura das entidades públicas. Como sugestão, a transmissão ao vivo da audiência,

¹⁷⁷ LEILA CUÉLLAR, EGON BOCKMANN MOREIRA, FLÁVIO AMARAL GARCIA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com Comentários à Legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre Arbitragem e Mediação em Contratos Administrativos e Desapropriações*, 2020, p. 268.

¹⁷⁸ V.V. VEEDER, “Chapter 4: The Transparency of International Arbitration: Process and Substance”, in *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International, Kluwer Law International 2006, p. 102.

¹⁷⁹ V.V. VEEDER, “Chapter 4: The Transparency of International Arbitration: Process and Substance”, 2006, p. 102.

ou a disponibilização da gravação desta – em plataformas virtuais –, pode ser uma ferramenta para efetuar a publicidade, sem haver um grande câmbio logístico às instituições arbitrais.

6.1. Resolução do Litígio com a Administração Pública, Arbitragem Institucionalizada ou *Ad Hoc*?

É vasta a literatura da doutrina arbitral acerca das vantagens e desvantagens de cada espécie de arbitragem; ao conceituá-las, MARIANA FRANÇA GOUVEIA elucida que a arbitragem institucionalizada se sucede em uma instituição arbitral com caráter de permanência e sujeita a um regulamento próprio, enquanto a arbitragem *ad hoc* possui um tribunal constituído exclusivamente para o litígio, extinguindo-se após o proferimento da decisão arbitral¹⁸⁰.

Sobre a institucionalização centralizada da arbitragem administrativa, PEDRO RICARDO faz uma relevante ressalva. Para este, “do ponto de vista da nossa Constituição e, sobretudo, para quem entenda que *a entrega de toda função arbitral administrativa a um único centro de arbitragem pode trazer problemas de constitucionalidade difíceis de fundamentar*, não será difícil concordar que a admissão do direito de constituição por qualquer interessado de um centro de arbitragem de direito administrativo e a imediata vinculação dos entes públicos a tais centros de arbitragem, melhor cumprirá o princípio da igualdade”¹⁸¹. Conforme elucidado pelo autor, a imposição de que a administração pública utilize uma única câmara para resolver seus litígios poderia violar princípios constitucionais; razão a qual a possibilidade de escolha dos centros de arbitragem parece ser a hipótese mais plausível para a equitativa administração da justiça.

No âmbito legislativo português, o Código dos Contratos Públicos (CCP) aparenta dispor preferência pela arbitragem institucionalizada, pois o n.º 2 do artigo 476.º expõe que quando se opte pela sujeição dos

¹⁸⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 123.

¹⁸¹ PEDRO RICARDO, “Questões Relativas à Institucionalização da Arbitragem Administrativa: Um Puzzle em Construção, Um Palimpsesto *or Something Different?*”, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código de Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 24.

litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente a aceitação, por parte de todos os interessados, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação de contrato. O n.º 3 do referido artigo dispõe de um rol taxativo de hipóteses em que poderá ocorrer resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados; outrossim, o n.º 4 do supracitado artigo prevê que, caso se opte pela submissão de litígio a estes tribunais, a entidade contratante deve elaborar uma avaliação de impacto dos custos que tal opção importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas.

Ainda na perspetiva portuguesa, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos dispõe, no artigo 187.º, que o Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem.

No paradigma brasileiro, a Lei n.º 19.477 de 12/01/2011, popularmente conhecida como “lei mineira de arbitragem”, prevê a obrigatoriedade da arbitragem institucionalizada em procedimentos nos quais seja parte o Estado de Minas Gerais, os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta do mesmo. O artigo 10.º da referida lei dispõe dos requisitos que a câmara arbitral escolhida para compor litígio deve possuir, sendo estes: estar regularmente constituída há, pelo menos, três anos; estar em regular funcionamento como instituição arbitral; ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. Por fim, a lei prevê que, preferencialmente, será utilizada a câmara arbitral que tenha sede no estado de Minas Gerais.

Com a mesma vertente da obrigatoriedade institucional, o Decreto RJ n.º 46.245¹⁸² dispõe, em seu artigo 2.º, que a arbitragem instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional. Ademais, a instituição deve ser previamente cadastrada junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos requisitos previstos no artigo 14.º do Decreto.

¹⁸² O Decreto RJ n.º 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

Ressalta-se que, atendendo aos requisitos do artigo 14.º, o órgão arbitral institucional pode ser estrangeiro.

O Decreto n.º 64.356, de 31/07/2019, do Estado de São Paulo, dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a administração pública direta e suas autarquias sejam parte. O artigo 3.º do Decreto afirma que a arbitragem será *preferencialmente* institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem *ad hoc*. Para que haja um controlo sobre quais câmaras arbitrais podem ser indicadas para procedimentos arbitrais que envolvem a administração pública paulistana, o artigo 15.º estabelece a obrigatoriedade de cadastro das instituições. Dentre os requisitos para o cadastro estão: apresentar espaço disponível para a realização de audiências e serviços de secretariado, sem custo adicional às partes, na cidade sede da arbitragem; estar regularmente constituída há, pelo menos, cinco anos; atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela administração pública; possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a administração pública.

Segundo EGON BOCKMANN MOREIRA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, “institucionalizar a arbitragem garante maior previsibilidade e conveniência ao procedimento, especialmente em razão do suporte regulamentar disponível para os usuários (...). Ao lado de controlar custos, oferecer *know-how* e fornecer infraestrutura (zelando pelo bom andamento dos trabalhos), as instituições asseguram a adequada nomeação e, por vezes, referenciam árbitros em suas listas”¹⁸³.

Conforme exposto, não há unanimidade sobre qual espécie de arbitragem a administração pública deverá utilizar para resolver os litígios. Todavia, constata-se a preferência pela arbitragem institucionalizada a *ad hoc*, ou até mesmo a obrigatoriedade de que o procedimento se suceda em uma instituição, como é o caso da “lei mineira de arbitragem” e o Decreto RJ n.º 46.245.

¹⁸³ LEILA CUÉLLAR, EGON BOCKMANN MOREIRA, FLÁVIO AMARAL GARCIA e ELISA SCHMIDLIN CRUZ, *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com Comentários à Legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre Arbitragem e Mediação em Contratos Administrativos e Desapropriações*, 2020, p. 265.

Outrossim, percebe-se a preocupação do legislador com a idoneidade da instituição escolhida. Conforme RICARDO PEDRO expõe, um centro de arbitragem deve possuir os seguintes princípios para seu funcionamento: princípio da separação dos poderes, da imparcialidade, da igualdade de tratamento das partes, da confidencialidade e da transparência¹⁸⁴. Os princípios apresentados pelo autor refletem a necessidade de que o procedimento seja, de facto, administrado por uma instituição célere, para que haja a transparência e estabilidade na administração do procedimento.

IV. Reflexão Conclusiva

Conforme exposto no presente relatório, o debate sobre a possibilidade de a administração pública utilizar a arbitragem foi ultrapassado pela legislação, jurisprudência e doutrina. Consta-se que, de facto, nunca houve uma proibição legal expressa, mas sim jurisprudências e teorias de que tal arbitragem não deveria ocorrer.

A percepção clássica do Direito Administrativo estabeleceu o princípio da supremacia do interesse público como um dos pilares deste. As variações dos paradigmas sociais e as problemáticas postas à doutrina propiciaram o questionamento sobre a condição e aplicabilidade deste princípio, o qual é usualmente aludido de maneira abstrata. No âmbito arbitral, as discussões sobre a supremacia do interesse público são frequentemente relacionadas ao tratamento dado ao princípio da publicidade em arbitragens com entes da administração pública.

Comumente, refere-se à confidencialidade como um dos principais aspectos da arbitragem, enquanto no âmbito do Direito Administrativo o princípio da publicidade é um de seus basilares. Com a possibilidade de arbitragens com a administração pública, lança-se a tarefa de ponderar os distintos aspectos para que haja uma prestação arbitral eficaz, que atenda à sociedade e aos princípios que regem a administração pública.

¹⁸⁴ PEDRO RICARDO, “Questões Relativas à Institucionalização da Arbitragem Administrativa: Um Puzzle em Construção, Um Palimpsesto *or* *Something Different?*”, 2018, pp. 29 a 30.

A confidencialidade, comumente associada como uma das características da arbitragem, começou a ser questionada especialmente ao se analisar conflitos em que há o paradoxo entre publicidade e confidencialidade. Consta-se que a possibilidade de sigilo no procedimento arbitral é uma das razões pelas quais as partes escolhem este método para resolver o litígio, logo, no âmbito de arbitragens com partes privadas e que não possuem deveres legais de publicitar seus atos, considera-se que a autonomia destas deve ser respeitada, bem como as previsões dos regulamentos e as previsões dos regulamentos arbitrais. Conclui-se que a autonomia das partes pode (e deve) ser mantida, excetuando-se quando houver previsão legal, como é o caso de procedimentos que envolvem a administração pública.

Conforme exposto no decorrer do trabalho, a confidencialidade do procedimento arbitral pode ser relativizada; contudo, sem a especificidade casuística, é árdua a tarefa de delimitar quais documentos devem ser mantidos como confidenciais. A transparência da administração pública é um alicerce do contemporâneo Estado Democrático de Direito, pelo que a salvaguarda de dados ligados à intimidade das partes e segredos industriais deve ser levada em conta quando se pensa em publicitar um procedimento arbitral com a administração pública.

Consta-se que a publicidade dos atos de governo é uma forma de o cidadão controlar e perceber o que está a suceder em seu Estado. Considerando-se os gastos dos procedimentos arbitrais e a hipótese de uma sentença arbitral decretar a condenação (ou ressarcimento) da administração pública, faz-se necessário divulgar a existência dos procedimentos para que o cidadão, em sua qualidade de contribuinte, possa averiguar como o dinheiro público está a ser utilizado.

Em decorrência das percepções apresentadas sobre arbitrabilidade, publicidade, interesse público e arbitragem com a administração pública, bem como a dificuldade em elaborar uma “fórmula” a ser aplicada em todos os procedimentos, o presente relatório almejou apresentar alternativas para a publicidade das arbitragens que envolvem a administração pública. Conforme exposto, os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal possuem a exigência legal da publicidade. Contudo a problemática se apresenta principalmente no âmbito de abrangência e operacionalização desta.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Arbitragem de Direito Administrativo: Que Lições Retirar do CPTA?”, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2018;
- ANTUNES, Maria dos Santos de Almeida, *Confidencialidade na Arbitragem*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017;
- BAPTISTA, Luiz Olavo, “Confidencialidade na Arbitragem”, in *V. Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012;
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013;
- BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago, “A Relativização da Confidencialidade na Arbitragem; Companhias Abertas”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, 49, pp. 157 a 172;
- BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia; Uma defesa das Regras do Jogo*, 6.ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1986;
- CAPRASSE, Olivier; ZIADÉ, Roland, “La Confidentialité dans la Procédure Arbitrale”, in *Revue de L'arbitrage: Bulletin du Comité Français de L'arbitrage*, 2014, 3, pp. 593 a 616 ;
- CARAMELO, António Sampaio, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio—reflexões de Jure Condendo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013;
- CARVALHAL, Ana Paula, “A Arbitragem Administrativa em Portugal”, *FMU DIREITO – Revista Eletrônica*, 2012;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 33.ª edição, São Paulo, Atlas, 2019;
- CAVALCANTE, Marcia Gleide, “A Constitucionalidade do Princípio do Sigilo na Arbitragem”, *Revista do Curso de Direito da Uniabeu*, 2018, 9.2, pp. 52 a 65;
- COELHO, Eleonora, “As Táticas de Guerrilha e a Ética na Arbitragem Internacional”, *Revista Brasileira da Advocacia*, 2017, pp. 35 a 55.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “O Direito de Acesso à Informação no Marco Jurídico Interamericano”, 2011, disponível em <https://www.oas.org/pt>;
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem: Em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015;
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, “A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, pp. 229 a 263;

- CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin, *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com Comentários à Legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre Arbitragem e Mediação em Contratos Administrativos e Desapropriações*, Belo Horizonte, Forum, 2020;
- DE MATTOS NETO, Antonio José, “Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem”, *Temas Atuais de Direito*, 2005;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 28.ª edição, São Paulo, Atlas, 2015;
- FERNANDES, Débora Melo, “O Princípio da Transparência Administrativa: Mito ou Realidade?”, *Revista Da Ordem Dos Advogados*, 2015, pp. 425 a 457;
- FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo, *Arbitragem em Matéria Tributária: À Semelhança do Modelo Administrativo?*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2011;
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999;
- GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007;
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014;
- GRINOVER, Ada Pellegrini, “Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, 2003, 233, pp. 377 a 386;
- HWANG, Michael; CHUNG, Katie, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Kluwer Law International 2009, volume 26, n.º 5, pp. 609 a 645;
- JUNIOR, Luiz Manoel Gomes, “O Segredo de Justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das Principais Inovações”, *Revista de Processo*, 2017;
- KAFKA, Franz, *Aforismos Reunidos*, Introdução e tradução de Modesto Carone, São Paulo, Instituto Moreira Salles, 2012;
- KANT, Immanuel, *A Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico*, tradutor: Artur Morão, Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008;
- LOQUIN, Eric, “Les Obligations de Confidentialité dans L’arbitrage”, in *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, Comité Français de l’Arbitrage 2006, volume 2006, n.º 2, pp. 323 a 352 ;
- MAFFINI, Rafael, *Direito Administrativo*, 4.ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013;

- MARÇAL, Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 10.^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014;
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 18.^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 34.^a edição, São Paulo, Malheiros, 2019;
- MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 2013;
- Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.^a edição, Almedina, 2015;
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, “A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: Novos Desafios”, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, 2015, pp. 59 a 79;
- PINHEIRO, Luís de Lima, “Convenção de Arbitragem: Aspectos Internos e Transnacionais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64;
- POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.^a edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2007;
- RICARDO, Pedro, “Questões Relativas à Institucionalização da Arbitragem Administrativa: Um Puzzle em Construção, um Palimpsesto *or* Something Different?”, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código de Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 23 a 43;
- ROCHA, Caio Cesar Vieira, *Limites no Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012;
- RODRIGUES, João Gaspar, “Publicidade, Transparência e Abertura na Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, 2014, 266, pp. 89 a 123;
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Arbitragem no Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 77, 1982, pp. 185 a 210;
- SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco, “A Publicidade das Decisões Arbitrais Administrativas: Algumas Reflexões”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL*, Lisboa, AAFDL, 2018;
- SILVA, Artur Flamínio da; MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: What Lessons Can we Learn from CAS?”, in *YAR – Young Arbitration Review*, ano V, n.º 21, abril de 2016, Lisboa, 2016, pp. 58 a 61;
- SILVA, Artur Flamínio da; Monteiro, António Pedro Pinto, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, *Revista de Direito Civil*, ano I, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 701 a 722;

- SILVEIRA, Marco Antônio Karam, “Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527/2011): Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 2012, pp. 231-260;
- TÁCITO, Caio, “Arbitragem nos Litígios Administrativos”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, 1997, pp. 111 a 115;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*, vol I, Rio de Janeiro, Forense, 2015;
- TONIN, Mauricio Morais, “Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano XV, 2018, pp. 61 a 79;
- VEEDER, V.V, “Chapter 4: The Transparency of International Arbitration: Process and Substance”, in *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International, Kluwer Law International 2006, pp. 89 a 102.

Índice Geral

NOTA DE ABERTURA	5
SUMÁRIO	7

MEDIAÇÃO

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS

ANOTAÇÃO E LISTA BIBLIOGRÁFICA

NOTA INTRODUTÓRIA <i>Joana Campos Carvalho</i>	13
ANOTAÇÃO À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS	15
HISTÓRIA E ENQUADRAMENTO GERAL DA CONVENÇÃO DE SINGAPURA <i>Catarina Bárbara, Francisca Fernandes</i>	17
ARTIGO 1.º – ÂMBITO DE APLICAÇÃO <i>Cristiane Mara Mateus, Raissa Lemos</i> <i>Elaine Moreira, Fabiana Maranhão Ribeiro</i>	25 26 33
ARTIGO 2.º – DEFINIÇÕES <i>Maria Carlota Beno Jardim, Olga Dinis</i>	39 39

<i>Iara Câmara, Nuna Brito</i>	45
<i>Bianca Bregas, Joana Gonçalves</i>	49
ARTIGO 4.º – REQUISITOS PARA FAZER VALER O ACORDO	55
<i>Catarina Candeias, Guilherme Pina Cabral</i>	55
ARTIGO 5.º – FUNDAMENTOS DE REJEIÇÃO DAS MEDIDAS SOLICITADAS	65
<i>Rita Marques, Joana Graça</i>	65
<i>Maria João Vieira Fernandes, Vanessa Vale Cunha</i>	75
<i>André Seromenho, Telma Nabais</i>	82
<i>Loredana Petrea</i>	89
ARTIGO 6.º – PEDIDOS OU PROCESSOS PARALELOS	95
<i>Andreas Rodrigues, Bruna Monteiro</i>	95
ARTIGO 8.º – RESERVAS	101
ARTIGO 9.º – EFEITO EM ACORDOS	103
<i>Ana Sousa, Mariana Silva e Costa</i>	103
LISTA DE BIBLIOGRAFIA SOBRE A CONVENÇÃO DE SINGAPURA	104

ARBITRAGEM

CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESCALONADAS:

ALGUNS PROBLEMAS

<i>Nair Maurício Cordas</i>	123
1. Introdução	123
2. Conceito de Cláusulas Escalonadas	124
3. A Redação de Cláusulas Escalonadas e Exemplos	129
3.1. A Redação de Cláusulas Arbitrais	130
3.2. Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas Recomendadas	133
3.2.1. Câmara de Comércio Internacional (CCI)	134
3.2.2. International Centre for Dispute Resolution	137
3.2.3. London Court of International Arbitration (LCIA)	138

3.2.4. Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)	139
3.2.5. Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Português (CAC)	140
3.2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)	141
4. Os Problemas em Torno das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas	141
4.1. A Natureza Vinculativa ou Facultativa das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas	142
4.2. A Natureza Jurídica das Cláusulas de Resolução de Litígios Escalonadas	154
4.3. A Competência para Decidir	160
4.4. As Consequências do Incumprimento das Medidas Escalonadas	162
4.5. A Admissibilidade de Dedução de Pedidos Reconventionais pela Primeira Vez na Arbitragem?	164
4.6. A Compatibilidade das Cláusulas Escalonadas com a Tutela Cautelar	167
5. Conclusões	170
Bibliografia	170
ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO	
<i>Miguel Lourenço e Silva</i>	173
I. Enquadramento. As Coordenadas do Problema	174
II. A Vinculação dos Sócios Dissidentes	180
III. A Vinculação dos Adquirentes e dos Membros dos Órgãos Sociais	194
IV. Síntese conclusiva e perspetiva de futuro	197
A CONCRETIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE IMPARCIALIDADE E DE INDEPENDÊNCIA DOS ÁRBITROS: UM BREVE COMENTÁRIO AO N.º 3 DO ARTIGO 9.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA	
<i>Guilherme Brandão Gomes</i>	201
1. Introdução: O Objetivo do Nosso Trabalho	202
2. Antecedentes	204
2.1. O Artigo 10.º da Lei n.º 31/86	204
2.2. O Anteprojeto da APA e a Proposta de Lei 22/XII	206

3. Regime Legal: A Indeterminação dos Conceitos de Independência, Imparcialidade e Fundadas Dúvidas	209
3.1. Tentativas de Concretização	210
3.1.1. Um Importante Instrumento Internacional: As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional	210
3.1.2. As Regras de Ética da IBA para Árbitros Internacionais	214
3.1.3. O Código Deontológico do Árbitro da APA	215
3.2. A Existência de Zonas Cinzentas	216
3.2.1. A Emissão de Opiniões Jurídicas Anteriores	216
3.2.2. A Nomeação Repetida de Árbitro	219
3.2.3. A Existência de Relações Pessoais	223
4. Reflexões Finais	224

O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS EM ANGOLA

<i>Lino Diamvutu</i>	227
I. Introdução	227
II. Âmbito de Incidência da CNY em Matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	227
III. O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em Portugal e no Brasil	232
a) Em Portugal	232
b) No Brasil	234
IV. Conclusão	237

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EM PARTICULAR, A PUBLICIDADE EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

<i>Gilberto Paglia Júnior</i>	239
I. Exposição do Relatório e Enquadramento da Instituição Arbitral	240
1. Introdução – Fundamento Para o Relatório de Estágio	240
1.1. Perspetiva Histórica e Organizacional da CAMARB	241

1.2. Regulamentos de Arbitragem CAMARB	244
II. Do Estágio	246
1. Atividades Desempenhadas no Decorrer do Estágio: Cronologia e Descrição	246
2. Arbitragens com a Administração Pública – Perceções Durante o Estágio	249
III. O Uso da Arbitragem para Dirimir Conflitos da Administração Pública e a Publicidade dos Procedimentos	249
1. A Evolução Regimentar da Arbitragem e a Positivação Jurídica para Dirimir Conflitos com a Administração Pública	249
1.1. No Ordenamento Jurídico Brasileiro	250
1.2. No Ordenamento Jurídico Português	253
2. A Arbitrabilidade das Relações Jurídicas Administrativas	256
3. O Princípio da Publicidade e o Interesse Público	261
3.1. O Princípio da Publicidade e o Direito Luso-Brasileiro	267
3.2. A Publicidade e o Devido Processo Legal	271
3.3. A Confidencialidade Arbitral e o Princípio da Publicidade	275
3.4. Perceções sobre a Confidencialidade Arbitral	279
4. A Publicidade das Arbitragens com a Administração Pública: Uma Análise dos Regulamentos das Instituições Arbitrais.	282
4.1. Instituições Globais	282
4.2. Instituições Luso-Brasileiras	286
5. A Confidencialidade no Paradigma Processual Civil Luso-Brasileiro	288
5.1. A Publicidade no Procedimento Cível Eletrónico	293
6. A Operacionalização da Publicidade	297
6.1. Resolução do Litígio com a Administração Pública, Arbitragem Institucionalizada ou <i>Ad Hoc</i> ?	302
IV. Reflexão Conclusiva	305
Bibliografia	307



labral@novalaw.unl.pt