

Direito da Arbitragem

ENSAIOS

2017

António Sampaio Caramelo



NOTA INTRODUTÓRIA

Reúnem-se no presente volume cinco estudos que versam sobre temas regidos pela nova Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) e foram anteriormente dados à estampa noutros suportes de divulgação.

Com o primeiro desses escritos, pretendeu o autor, pouco tempo após a entrada em vigor daquela Lei, criticar a forma muito incorreta como ficou aí configurado o regime da impugnação da sentença arbitral contrária à ordem pública.

Os três estudos seguintes foram redigidos para serem partes de um comentário global a essa Lei, que o autor projetara elaborar em colaboração com um colega. Embora o propósito de execução dessa obra coletiva se mantenha de pé, apesar do adiamento que teve de sofrer, considerou-se que os textos entretanto redigidos tinham valia suficiente para justificar a sua publicação separada, que foi feita em duas prestigiadas revistas jurídicas.

O quinto ensaio coligido neste volume nasceu de propósito diferente dos anteriores – pois teve origem numa apresentação que o autor fez no V Encontro Internacional de Arbitragem de Coimbra –, mas a circunstância de versar sobre um tema incontornável do direito da arbitragem, a que a nova LAV conferiu acrescida pertinência, justificou a sua inclusão neste volume. Tendo esse texto sido anteriormente publicado no primeiro número de recém-lançada *Revista de Direito Civil*, renova o autor o seu agradecimento à direção desta revista, por essa distinção.

Ao decidir coligir em livro alguns estudos anteriormente publicados, entendeu o autor que valia a pena aproveitar esta oportunidade para confrontar o que neles expôs e defendeu com opiniões entretanto publicadas por outros estudiosos, sobre alguns dos temas ali versados, e também com

algumas decisões proferidas pelos tribunais superiores, que lhe suscitaram discordância. Foi o que procurou fazer nas “Notas de Atualização” inseridas após cada um dos ensaios reunidos neste volume.

Por último, cumpre justificar a decisão de inclusão deste volume na “Coleção MLGTS”, fundada em finais de 2008, com base numa parceria estabelecida entre a sociedade de advogados *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados* e as Edições Almedina. Com esta decisão visou o autor exprimir a sua irrestrita gratidão à sociedade de advogados em que ingressou em 2001, por lhe haver concedido, desde esse momento, as condições necessárias para, sempre que outras tarefas mais prementes não se antepuseram, poder refletir e escrever sobre os temas jurídicos da sua predileção, com natural destaque para o direito da arbitragem.

Lisboa, dezembro de 2016

ÍNDICE

ESTUDOS DO AUTOR	5
NOTA INTRODUTÓRIA	9
A SENTENÇA ARBITRAL CONTRÁRIA À ORDEM PÚBLICA PERANTE A NOVA LAV	13
NOTA DE ATUALIZAÇÃO	39
A COMPETÊNCIA DA COMPETÊNCIA E A AUTONOMIA DO TRIBUNAL ARBITRAL	45
I – O princípio da competência da competência	45
1. A competência da competência do tribunal arbitral	45
2. Separabilidade da cláusula compromissória	54
3. Implicações da separabilidade da cláusula compromissória	57
4. Ónus de arguir a incompetência do tribunal, no início do processo	58
5. Não preclusão do direito de arguir a incompetência do tribunal arbitral	59
6. Arguição da incompetência do tribunal no decurso do processo	60
7. Arguição tardia da incompetência do tribunal	60
8. Decisão interlocutória ou decisão no final do processo	61
9. Controlo da decisão do tribunal arbitral pelo tribunal estadual	61
10. Não suspensão do processo arbitral durante a impugnação	66
11. Pode anular-se uma sentença arbitral de incompetência?	67
II – O princípio da autonomia de tribunal arbitral	70
1. Princípio da autonomia do tribunal arbitral	70
2. Alargamento pelas partes do âmbito de intervenção dos tribunais estaduais	72
NOTA DE ATUALIZAÇÃO	77

O ESTATUTO DOS ÁRBITROS E A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL NA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA	87
I – Número de árbitros	87
1. Unicidade ou pluralidade de árbitros	87
2. Número ímpar de árbitros	89
II – Requisitos dos árbitros	90
1. Os árbitros devem ser pessoas singulares	90
2. Não discriminação em razão de nacionalidade	91
3. Independência e imparcialidade dos árbitros	92
4. Irresponsabilidade dos árbitros	95
5. Responsabilidade perante as partes	96
III – Designação dos árbitros	97
1. Liberdade da designação dos árbitros pelas partes	97
2. Escolha de árbitro único	97
3. Designação de três árbitros	98
4. Nomeação de árbitro pelo tribunal estadual	98
5. Nomeação de árbitro por terceiro	100
6. Requisitos a observar na nomeação dos árbitros	100
7. Irrecorribilidade da decisão do tribunal estadual	102
IV – Pluralidade de demandantes ou de demandados	103
1. Designação por vários demandantes ou demandados	103
2. Falta de acordo no seio de partes plurais	103
3. Sério desacordo quanto à escolha conjunta de árbitro	104
4. Carácter supletivo destas disposições	108
V – Aceitação do encargo	108
1. Fonte do encargo assumido pelo árbitro	108
2. Aceitação expressa ou atuação concludente nesse sentido	113
3. Responsabilidade de quem se escusa sem justificação suficiente	114
VI – Fundamentos de recusa	114
1. Dever de revelação	114
2. Manutenção do dever de revelação ao longo da arbitragem	117
3. Quando pode ser recusado o árbitro	117

VII – Processo de recusa	119
1. Derrogabilidade parcial do disposto neste artigo	119
2. Resolução da questão no âmbito do processo arbitral	120
3. Recurso para o tribunal estadual	121
VIII – Incapacitação ou inação de um árbitro	122
1. Incapacitação do árbitro	122
2. Inação dos árbitros	123
3. Remoção de árbitro pelo tribunal estadual	124
4. Não reconhecimento do fundamento pelo árbitro renunciante	125
5. Carácter supletivo destas disposições	125
IX – Nomeação de um árbitro substituto	126
1. Substituição do árbitro	126
2. Consequências da substituição do árbitro	127
X – Honorários e despesas dos árbitros	128
1. Conveniência do acordo escrito sobre honorários, antes do início da arbitragem	128
2. Falta de prévio acordo sobre honorários em arbitragem <i>ad hoc</i>	130
3. Possível revisão judicial dos honorários fixados pelos árbitros	131
4. Consequência de falta de pagamento de preparos	132
5. Substituição da parte faltosa no pagamento dos preparos devidos	133
NOTA DE ATUALIZAÇÃO	139
DA CONDUÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL (COMENTÁRIO AOS ARTS. 30.º A 38.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA)	149
I – Princípios e regras do processo arbitral (art. 30.º)	149
1. Os princípios fundamentais do processo arbitral	149
2. A livre determinação das regras processuais pelas partes	154
3. A definição das regras processuais pelo tribunal arbitral	156
4. Os poderes do tribunal arbitral quanto à admissão e valoração da prova	158
5. O dever de confidencialidade na arbitragem	160
6. A publicação de decisões arbitrais	162
II – Lugar da arbitragem (art. 31.º)	163
1. Relevância da fixação do lugar da arbitragem	163

2. Escolha do lugar da arbitragem	165
3. Faculdade de realização de atos e diligências noutros locais	167
III – Língua do processo (art. 32.º)	168
1. Escolha da língua do processo	168
2. Tradução da prova documental	169
IV – Início do processo; petição e contestação (art. 33.º)	170
1. Início do processo arbitral	170
2. Petição e contestação	173
3. Conferência sobre a condução do processo	175
4. Definição das questões principais do litígio	176
5. Alteração dos pedidos	177
6. Reconvenção	180
V – Audiências e processo escrito (art. 34.º)	182
1. Realização de audiências ou processo inteiramente por escrito	182
2. Notificação das partes para a audiência	184
3. Modo de produção da prova em audiência	184
4. Comunicação de documentos à contraparte	186
VI – Omissões e faltas de qualquer das partes (art. 35.º)	186
1. Não participação de uma parte na arbitragem	186
2. Não apresentação de petição pelo demandante	187
3. Não apresentação de contestação pelo demandado	188
4. Não participação de uma parte na audiência ou na produção da prova	189
VII – Intervenção de terceiros (art. 36.º)	190
1. Vantagens e inconvenientes da intervenção de terceiros em arbitragens pendentes	190
2. Distinção de figuras afins	191
3. O terceiro interveniente deve ser parte da convenção de arbitragem	194
4. Participação na constituição ou aceitação da composição do tribunal arbitral	196
5. Admissão da intervenção pelo tribunal arbitral	198
6. Situações justificativas da intervenção de terceiros	199

7. As formas de intervenção previstas na LAV são intervenções de partes principais	201
8. Intervenções requeridas antes da constituição do tribunal arbitral	201
9. Carácter supletivo do regime de intervenção de terceiros previsto na LAV	202
VIII – Perito nomeado pelo tribunal arbitral (art. 37.º)	
1. A prova pericial	204
2. Perito designado pelo tribunal arbitral	205
3. Cooperação das partes com o perito designado pelo tribunal arbitral	206
4. Respostas do perito às perguntas feitas em audiência	206
5. Independência e imparcialidade do perito designado pelo tribunal arbitral	206
6. Relação contratual com o perito nomeado pelo tribunal. Sua responsabilidade	207
IX – Solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas (art. 38.º)	
1. Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de provas	208
2. Intervenção dos tribunais estaduais na produção de provas	210
3. Tribunal estadual competente e regras processuais aplicáveis	211
4. Assistência a arbitragens sediadas no estrangeiro	212
NOTA DE ATUALIZAÇÃO	217
OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	
I – Identificação da questão	223
II – As soluções dadas à questão em diversas jurisdições	229
(a) A jurisprudência dos tribunais alemães	229
(b) A jurisprudência dos tribunais franceses	233
(c) O <i>case law</i> inglês	239
(d) A orientação dos tribunais norte-americanos	242
(e) O tratamento da questão noutras jurisdições	244
III – As respostas à questão na ordem jurídica portuguesa	246
(a) Evolução do regime legal sobre apoio judiciário	246
(b) A jurisprudência dos tribunais portugueses	247

DIREITO DA ARBITRAGEM

IV – Parâmetros axiológico-normativos da resposta à questão	267
(a) A comparação com os custos a enfrentar na justiça estadual	267
(b) A diferente solução exigida pelas arbitragens internacionais	276
(c) O risco do comportamento estratégico ou oportunístico	279
NOTA DE ATUALIZAÇÃO	283
ÍNDICE	291