

ANUÁRIO DO
LABORATÓRIO
DE RESOLUÇÃO
ALTERNATIVA
DE LITÍGIOS

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 1 - 2018

COORDENAÇÃO:

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

EDIÇÃO:

Francisco Arga e Lima

ANUÁRIO DO

LABORATÓRIO
DE RESOLUÇÃO
ALTERNATIVA
DE LITÍGIOS

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 1 - 2018

ANUÁRIO DO

LABORATÓRIO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 1 - 2018

COORDENAÇÃO:

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

EDIÇÃO:

Francisco Arga e Lima

**ANUÁRIO DO LABORATÓRIO DE RESOLUÇÃO
ALTERNATIVA DE LITÍGIOS
*YEARBOOK OF THE ADR LAB***

Ano 1 – 2018

COORDENAÇÃO

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

REVISÃO DO TEXTO

Francisco Arga e Lima

EDIÇÃO

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

SUPORTE: ELETRÓNICO

Outubro, 2019

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/DIR/00714/2013.

Nota de abertura

É um enorme gosto e um grande orgulho dar à estampa (ou melhor, à rede) o primeiro número do Anuário do Laboratório RAL.

O Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios/ADR Lab¹, atualmente integrado no *NOVA Dispute Resolution Forum*, foi criado em 2007 com a missão de desenvolver atividades relacionadas com os meios alternativos de resolução de litígios, designadamente a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Caracteriza-se por uma forte abertura à comunidade extra-académica e tem como objetivo investir na formação, na investigação, na reflexão e na divulgação de informação sobre os meios alternativos de resolução de litígios.

Tem diversas iniciativas realizadas, devendo destacar-se o Curso de Extensão Universitária em Arbitragem (7 edições), o Curso de Formação de Mediadores (4 edições) e o Curso de Introdução aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios. Há ainda a destacar a oferta de um Mestrado Forense e Arbitragem na NOVA Direito, que inclui duas disciplinas de Mediação e quatro de Arbitragem. Este Mestrado tem dado origem a dezenas de dissertações em Resolução Alternativa de Litígios, assim como *papers* no âmbito das referidas disciplinas.

A quantidade e a qualidade da investigação produzida levaram-nos a concluir da necessidade de um local onde se pudesse melhor divulgar os seus resultados. Daí surgiu este Anuário, que publicará textos sobre Resolução Alternativa de Litígios, em especial teses de mestrado e trabalhos realizados no âmbito do Mestrado Forense e Arbitragem.

¹ <http://laboratorioral.fd.unl.pt/>

Neste primeiro número, o conjunto de textos é de grande interesse, atualidade e qualidade académica. Publicamos a tese de Mestrado da Alexandra Mendes Gonçalves, dedicada ao tema do *Third Party Funding*; três textos sobre Arbitragem, dois deles produzidos para o Curso de Extensão Universitária em Arbitragem; dois textos sobre Mediação, realizados no âmbito da disciplina do Mestrado; finalmente, três anotações a Acórdãos, sobre Arbitragem e sobre Mediação.

A terminar, uma palavra muito especial para agradecer aos coordenadores António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, Joana Campos Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira e ao editor Francisco Arga e Lima, pela sua dedicação e entusiasmo desde a primeira hora. Assim tudo é possível!

A todos os leitores, espero que gostem tanto como nós!

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Professora Catedrática e Diretora

Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Índice

I – ARTIGOS A) ARBITRAGEM

A ARBITRAGEM LABORAL DESPORTIVA EM PORTUGAL: UM JOGO DE ESPELHOS? <i>Daniela Mirante</i>	11
--	----

ENTRE A PROTECÇÃO MATERIAL E JURISDICIONAL: EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS CLÁUSULAS MFN NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS <i>Carolina Botelho Sampaio</i>	39
--	----

SECURITY FOR COSTS – ADMISSIBILIDADE E PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO <i>Catarina Pericão</i>	71
--	----

O CONFLITO ENTRE A PUBLICIDADE E A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM: UM REFLEXO DO “DUE PROCESS PARANOIA”? <i>Margarida Arêlo Manso</i>	107
---	-----

B) MEDIAÇÃO

CAUCUS NA MEDIAÇÃO – ADMISSIBILIDADE, RELEVÂNCIA E TÉCNICAS: UMA ABORDAGEM TEÓRICA <i>Catarina Nicolau Campos</i>	147
---	-----

MEDIAÇÃO TRANSFORMADORA: A APRENDIZAGEM
DA ESCUTA

Maria Miguel Oliveira da Silva

163

II – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

THIRD PARTY FUNDING NA ARBITRAGEM COMERCIAL
– A APLICABILIDADE DO FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS
POR TERCEIROS E A POSSIBILIDADE DA SUA REGULAÇÃO

Alexandra Mendes Gonçalves

177

III – ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

ADVERSE INFERENCES – TO DRAW OR NOT TO DRAW;
COUR D’APPEL DE PARIS, 28.02.2017

Mariana França Gouveia

279

ARBITRAGEM (DE INVESTIMENTOS) E A NOÇÃO DE ÓRGÃO
JURISDICIONAL NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA,
PARA EFEITOS DO ARTIGO 267.º DO TFUE. ANOTAÇÃO
AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
(GRANDE SECÇÃO) DE 6 DE MARÇO DE 2018, “SLOWAKISCHE
REPUBLIK CONTRA ACHMEA BV”, C-284/16

Artur Flamínio da Silva

295

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TJUE, DE 14.06.2017,
PROCESSO C-75/16, LIVIO MENINI E MARIA ANTONIA
RAMPANELLI / BANCO POPOLARE SOCIETÀ COOPERATIVA

Maria Berta Jerónimo

315

I – ARTIGOS

A) Arbitragem

A Arbitragem Laboral Desportiva Em Portugal: Um Jogo De Espelhos?

DANIELA MIRANTE*

Resumo: Com este texto pretende-se revisitar a problemática da arbitragem voluntária em matéria laboral, dando, no âmbito do mesmo, uma maior ênfase ao estudo da questão no âmbito das soluções acolhidas no domínio jurídico desportivo quanto à arbitragem de conflitos laborais. Deste modo, procuramos, em primeiro lugar, determinar quais os litígios laborais que, na actualidade, podem ser submetidos à apreciação do Tribunal Arbitral do Desporto ao abrigo do artigo 7.º da LTAD¹, ou seja, em sede de arbitragem voluntária. Por outro lado, tentaremos clarificar se a escolha do critério de arbitrabilidade aplicável em sede de litígios laborais se apresenta exequível e em que medida deve ser compreendido.

Palavras-chave: *Contrato de Trabalho; Jurisdição; Arbitragem; Litígios Laborais; Arbitrabilidade.*

Abstract: This work aims to give a new approach to the problems surrounding the arbitration of labor conflicts, paying a special attention to the sports law domain, due to the fact that in Portugal this is the main field in which legal solutions have been developed regarding such issue. Therefore, it will be our purpose to, in first place, determine which sort of conflicts can be submitted to the Court of Arbitration for Sport jurisdiction (within

* Licenciada, Mestre e Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

O presente texto corresponde, no essencial, ao artigo que foi submetido, em Setembro de 2018, aos Prémios COP/Fundação Millennium BCP – Ciências do Desporto 2018, tendo obtido a distinção de Menção Honrosa. Por opção da autora, o texto segue a ortografia anterior ao novo Acordo Ortográfico.

Toda a jurisprudência referida no presente artigo está disponível em www.dgsi.pt ou, no caso das decisões do Tribunal Constitucional, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

¹ Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de Junho, comumente designada por Lei do Tribunal Arbitral do Desporto.

the scope of article 7.^o that foresees the hypothesis of voluntary arbitration for divergences arising from or related with sports labor contract). Secondly, the focus of our debate it will be the discussion on whether the Portuguese arbitrability criteria for such conflicts can be deemed as feasible and how should it be comprehended.

Keywords: *Labour Contract; Jurisdiction; Arbitration; Labour Conflicts; Arbitrability.*

I. Introdução e delimitação do tema

A arbitragem não é um instituto recente, nem estranho no ordenamento jurídico português, sendo, pelo contrário, uma realidade cada vez mais inescapável na esfera da resolução de litígios nacionais. O plano nacional vem, desta feita, acompanhando, de forma crescente, a tendência inequívoca no que respeita aos litígios surgidos em ambiente internacional, de acordo com a qual se regista uma preferência pelo recurso a meios de resolução alternativa de litígios, designadamente a arbitragem².

Todavia, e pese embora esta aceitação da arbitragem no nosso ordenamento, é facto assente que a possibilidade de resolução de litígios laborais (individuais) pela via arbitral não se apresenta como uma hipótese pacífica ou sequer isenta de dúvidas³. Com efeito, a experiência portuguesa no

² A. FERRER CORREIA escrevia, já em 1989, que no domínio do comércio internacional o recurso a mecanismos arbitrais com vista à composição dos litígios emergentes das “reações mercantis comerciais” se cifrava entre os 80 ou 90%, contanto a maioria dos contratos com convenções arbitrais. *Cfr. Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, 1989, p. 173. Recentemente, e no mesmo sentido, MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem Internacional. A propósito da nova Lei de Arbitragem Voluntária”, in *Themis*, Ano XII, n.º 22/23, 2012, p. 105. No panorama da doutrina internacional também se encontra presente esta ideia de um recurso crescente à arbitragem por parte dos actores do comércio internacional. Entre outros, V. PIERRE LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Vol. 3, Kluwer Law International, 1987, p. 292, quando afirma que a arbitragem se transformou no meio comum de resolução de conflitos no comércio internacional. No mesmo sentido, GARY B. BORN, *Cfr. International Commercial Arbitration*, Vol. I, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014, p. 93.

³ Para um panorama geral da arbitragem de litígios laborais em Portugal, *Cfr.*, entre outros, LUCINDA DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, in *Questões Laborais*,

domínio arbitral de conflitos laborais pode ser classificada como dualista⁴, apresentando soluções distintas consoante esteja em causa a resolução de conflitos individuais ou litígios colectivos de trabalho.

No que respeita à dimensão dos conflitos colectivos de trabalho, a opção nacional passou, via de regra, pelo recurso aos mecanismos de arbitragem institucionalizada⁵, tendo, além disso, um regime legalmente previsto no Código do Trabalho⁶. Esta tem recolhido, pelo menos nos anos mais recentes, um maior consenso por parte da comunidade jurídica, não se lhe sendo dirigidas críticas tão intensas quanto o que sucede com a possibilidade de arbitragem de conflitos individuais de trabalho. Neste sentido, não incidiremos a nossa atenção sobre a mesma, encontrando-se excluída do nosso estudo⁷.

A arbitragem voluntária de conflitos individuais de trabalho, por seu turno, tem sido, de modo constante, objecto de criticismo, sendo, inclusivamente, a sua admissibilidade colocada em causa, desde logo, por existirem dúvidas quanto à efectividade da tutela do trabalhador e dos seus direitos por esta via.

Não obstante e sem prejuízo deste contexto, foi tomada uma opção legislativa expressa – de uma forma sem precedentes – no sentido de prever um mecanismo de arbitragem voluntária no Tribunal Arbitral do Desporto que possibilita a decisão, por via arbitral, de litígios resultantes do contrato de trabalho desportivo, inclusivamente a apreciação da regularidade e licitude do despedimento⁸.

Ano XII, n.º 26 e n.º 27, 2005/2006, pp. 194-208 e pp. 91-128, bem como ilustra PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LVI, n.º 4, 2015, pp. 13-20.

⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra Editora, 2011, p. 889.

⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, 2011, p. 889.

⁶ *Cfr.* artigos 12.º e ss. do Código do Trabalho.

⁷ Sobre a matéria, V., por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, in *RDES*, Ano LVI, n.º 4, 2015, pp. 12 e ss.

⁸ V. Lei 74/2013, de 6 de Setembro, na redacção da Lei n.º 33/2014, de 16 de Junho, nomeadamente o artigo 7.º.

Optamos, deste modo, por direccionar a nossa atenção para a problemática de resolução de litígios individuais de trabalho por via arbitral voluntária, designadamente a questão relacionada com a sua arbitrabilidade, recorrendo ao estudo da mesma no âmbito das soluções acolhidas no domínio jurídico laboral desportivo, as quais são tomadas como exemplo prático.

Por conseguinte, vamos abordar o critério da arbitrabilidade dos conflitos laborais desportivos e, nessa medida, determinar quais os litígios laborais que, na actualidade, podem ser submetidos voluntariamente pelas partes à apreciação do Tribunal Arbitral do Desporto ao abrigo do disposto no artigo 7.º da LTAD.

II. A resolução de litígios laborais individuais por via laboral

Na doutrina nacional parece existir consenso quanto a um aspecto: o direito de acção é, no ordenamento jurídico português, “um direito disponível e, portanto, limitável pelo seu titular”⁹, motivo pelo qual o cerne da discussão não passa por saber se às partes assiste ou não o direito de celebrar convenções arbitrais. O âmago do problema reside em determinar se um conflito laboral pode ser objecto das referidas convenções e, caso a resposta seja positiva, delimitar se todos os litígios laborais são subsumíveis a este meio de resolução alternativa de litígios ou, se pelo contrário, existe uma categoria dos mesmos que se assume como inalienável da esfera da jurisdição estadual.

Com efeito, no que concerne à submissão de conflitos de natureza laboral¹⁰ a mecanismos arbitrais, esta hipótese colhe alguns argumentos a seu favor, contudo não podemos ignorar que também regista diversos no sentido de sustentar a sua inadmissibilidade¹¹.

⁹ Cfr. LUCINDA DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, 2006, p. 123.

¹⁰ Quer os conflitos laborais colectivos, quer os resultantes do contrato individual de trabalho.

¹¹ Na doutrina há, inclusivamente, quem afirme de forma peremptória que a lei portuguesa se apresenta como menos favorável à arbitragem de conflitos individuais de trabalho. Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 36.

Entre os méritos¹² que se apontam à resolução dos litígios de natureza laboral com recurso a mecanismos arbitrais encontra-se, desde logo, a celeridade que estes meios podem trazer à composição do conflito das partes ou a especialidade que pode resultar da hipótese de as partes escolherem o decisor da sua causa¹³. Por outro lado, alguns autores referem ainda que, pelo facto de as partes poderem escolher os árbitros, existe um maior índice de previsibilidade da decisão quando comparado com o que sucederia num tribunal judicial, na medida em que os árbitros são, na maioria dos casos, especialistas na matéria e, nesse sentido, têm um perfil mais adequado àquele conflito em particular¹⁴⁻¹⁵.

Mais complexas são, no entanto, as razões aduzidas para a negação da possibilidade de arbitragem – ou mesmo da não arbitrabilidade, no sentido de aqueles conflitos não configurarem uma categoria arbitrável¹⁶ – de conflitos laborais.

O ponto de partida para a generalidade das críticas¹⁷ que alinham no sentido da impossibilidade da arbitragem daqueles conflitos por via arbitral é, em regra, a natureza especial que subjaz ao contrato de trabalho. Efectivamente, na actualidade, já não existem dúvidas sobre o facto de o contrato celebrado entre uma entidade laboral (ou empregador) e um trabalhador assentar numa situação de subordinação de uma das

¹² Quanto às vantagens resultantes da opção pela via arbitral no domínio laboral desportivo, *Cfr.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem voluntária e contrato de trabalho desportivo”, in *Julgar Online* (<http://julgar.pt/>), Setembro 2018, pp. 3-4.

¹³ Ainda que num tom crítico e refutando as hipotéticas vantagens resultantes da arbitragem de conflitos laborais, *Cfr.* RAUL VENTURA, “A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XVIII, 1964, p. 196. Considere-se, ainda, sobre este tema, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, 2012, pp. 33-34.

¹⁴ Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, 2011, p. 870.

¹⁵ DÁRIO MOURA VICENTE destaca ainda que a arbitragem, através da composição amigável, permite “facilitar a restauração entre as partes desavindas do espírito de colaboração”. V. “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, 2012, p. 34.

¹⁶ Nos termos previstos no artigo 4.º, n.º 4 da lei que aprova a LAV, bem como no artigo 1.º desta lei.

¹⁷ Para uma síntese dos argumentos apresentados, V. DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos Individuais de Trabalho”, 2012, pp. 33 e ss.

partes – fenómeno que, aliás, se apresenta como inerente e indissociável à posição do trabalhador neste tipo contratual¹⁸, sendo a mesma de natureza dual.

Por um lado, verifica-se uma subordinação no plano jurídico¹⁹ que tem a sua expressão máxima no poder de direcção que assiste à entidade empregadora²⁰, ao qual surge, naturalmente, acoplado o exercício do poder disciplinar²¹. Sucede, porém, que existe, por outro lado, uma outra dimensão onde a sujeição também impera: no plano da realidade do quotidiano²², configurando “uma subordinação de natureza real”²³ e que, em regra, assume igualmente uma vertente de dependência

¹⁸ A expressão resulta de uma adaptação inversa de uma posição exprimida por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, designadamente quando a mesma afirma que “o fenómeno do poder disciplinar em Direito do Trabalho (...) parece ser inerente à posição do empregador no contrato individual de trabalho”, a qual consta de *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, 1993, p. 87.

¹⁹ Tal característica deste tipo contratual tem, ainda que no plano hipotético, um imenso potencial danoso dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pois ao poder de direcção corresponde necessariamente um dever de obediência do trabalhador, o qual o coloca numa dupla situação de dependência. Sobre a relação entre a subordinação jurídica e os direitos fundamentais do trabalhador remete-se, em geral, para JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pp. 44 e ss.

²⁰ V. LUCINDA DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, 2006, p. 123, bem como MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, 2000, p. 85, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Almedina, 2015, pp. 37 e ss. e 295 e ss., BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Verbo, 1993, pp. 325 e ss., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Almedina, 2012, p. 97, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 217 e ss. Com um maior aprofundamento da temática da subordinação jurídica no plano laboral, Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, 2007, Coimbra Editora, pp. 101 e ss., MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, 1993, pp. 145 e ss. e JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 2005, pp. 44 e ss.

²¹ Nos termos do artigo 11.º do Código do Trabalho, o trabalhador exerce a sua função “no âmbito da organização e sob a autoridade” do empregador.

²² Tal como destaca JOÃO ZENHA MARTINS, a prestação do trabalho “é o principal meio de aquisição dos rendimentos que permitem aos cidadãos viver”, Cfr. *Dos pactos delimitação à liberdade de trabalho*, Almedina, 2016, p. 27.

²³ A expressão é de LUCINDA DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, 2006, p. 124.

no plano económico²⁴. De facto, o trabalhador obriga-se, mediante o contrato celebrado, a prestar a sua actividade, a sua força de trabalho ao seu empregador, recebendo, em compensação, uma remuneração²⁵. Esta última configura, por seu turno e em princípio, o meio de subsistência do trabalhador, o qual fica assim dependente da manutenção do vínculo laboral com vista a manter a sua subsistência. Por conseguinte, a relação que se desenvolve entre as duas partes é, necessariamente, desequilibrada ou estruturalmente assimétrica, escapando ao paradigma típico do Direito Privado, o qual se funda na ideia clássica de igualdade – pelo menos jurídica – entre os contratantes²⁶.

Assim sendo, entendem alguns autores que a inserção de convenções de arbitragem em contratos de trabalho poderia, em conjugação com a tendencial natureza de contraente mais débil do trabalhador, levar a resultados que têm por efeito acentuar ainda mais a situação de fragilidade daquele, tal como vincular-se à jurisdição de um tribunal privado sem ter a real noção ou alcance do sentido daquela cláusula compromissória, podendo, inclusivamente comprimir as garantias²⁷ que teria junto de um tribunal estadual²⁸. A esta crítica pode juntar-se uma outra, de acordo com a qual a opção pela arbitragem laboral pode acarretar uma

²⁴ Como bem afirma MAURO RUBINO-SAMMARTANO, “*os conflitos laborais consubstanciam uma área delicada, uma vez que o trabalhador ou empregado é muito mais fraco que o empregador, pelo que a preocupação de que ele esteja suficientemente protegido é legítima*”, in *International Arbitration and Practice*, 3.^a ed., Juris, 2014, p. 166.

²⁵ Não se ignore que a retribuição tem um lugar fundamental no contrato de trabalho, consubstanciando um elemento essencial do mesmo e, nesse sentido, cuja ausência impede a classificação de um determinado contrato como sendo de trabalho. A este propósito, e entre tantos outros, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2012, p. 97.

²⁶ Classificando o princípio da autonomia privada como uma ideia fundamental do direito civil português, Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO DA MOTA PINTO), Almedina, 2012, p. 102.

²⁷ Sustentando esta posição, LUCINDA DIAS DA SILVA, “*Arbitragem e Iuris Laboris Alma*”, 2006, pp. 124-125.

²⁸ Considere-se, neste contexto, o exemplo do Tribunal Arbitral do Desporto português, ao qual têm sido dirigidas diversas críticas relacionadas, entre outros aspectos, com o desajustamento das suas custas processuais com a realidade nacional, bem como os problemas já sobejamente identificados na constituição das listas de árbitros e com outras garantias processuais. Sobre a matéria, V. por todos, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de*

subversão do princípio do *favor laboratoris*²⁹⁻³⁰, o qual se assume como um dos traços característicos e indissociáveis do direito laboral. Ou seja, a opção das partes por uma jurisdição voluntária e privada ao implicar, de forma inequívoca, a subtração do conflito ao conhecimento dos tribunais judiciais permitiria que a decisão fugisse àquele princípio, o que teria impacto na protecção que legalmente se consagra ao trabalhador, quer no domínio substantivo, quer processual³¹.

Por outro lado, também por motivos de ordem constitucional se questiona a hipotética incompatibilidade da arbitrabilidade dos litígios laborais com os comandos que resultam do texto constitucional português³². Neste contexto, a principal dúvida que se assinala passa por saber se existe um monopólio dos tribunais estaduais no que concerne à apreciação das questões relacionadas com os litígios laborais³³.

O domínio laboral desportivo, mantendo a sua tradicional abertura à arbitrabilidade dos conflitos laborais³⁴, foi, uma vez mais, o palco no qual a questão foi reavivada com a aprovação e entrada em vigor da

Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado, Almedina, pp. 457 e ss.

²⁹ A locução e o argumento são de DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos Individuais de Trabalho”, 2012, p. 34. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I: Dogmática Geral*, 3.^a ed., Almedina, 2012, p. 525, qualifica este princípio como tendo um valor fundamental e um alcance geral a todo o direito do trabalho.

³⁰ Quanto às projecções do princípio da protecção do trabalhador, V. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I: Dogmática Geral*, 2012, pp. 522 e ss.

³¹ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos Individuais de Trabalho”, 2012, p. 34.

³² Remete-se, a propósito, para o que já tivemos oportunidade de escrever em ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem voluntária e contrato de trabalho desportivo”, 2018, pp. 16 e ss.

³³ Veja-se, uma vez mais, o que já se escreveu em ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem voluntária e contrato de trabalho desportivo”, 2018, pp. 16 e ss.

³⁴ A qual deve, em certa medida, resultar do forte desejo de afastamento – ou mesmo de independência – da esfera judicial nutrido pela maior parte das federações desportivas. Para um maior enquadramento e desenvolvimento sobre esta temática, V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 262 e ss.

LTAD³⁵. Assim, por esta via legislativa veio a consagrar-se uma abertura, de moldes bastante amplos, no que concerne à arbitragem dos conflitos laborais desportivos. Neste sentido, prevê-se no seu artigo 7.º a possibilidade de arbitragem voluntária no domínio laboral, inclusivamente no que respeita às matérias da apreciação da regularidade e da licitude do despedimento³⁶, operando, deste modo, uma extensão do âmbito do artigo 6.º ao domínio laboral³⁷.

Todavia, esta opção não tem sido isenta de críticas, registando dúvidas em três grandes planos: (i) na determinação dos litígios laborais arbitráveis, ou seja, na aferição de quais os litígios que são susceptíveis de serem apreciados e decididos por via arbitral nos termos do critério previsto na LAV³⁸, dado que a norma da LTAD remete a determinação da arbitrabilidade do objecto do conflito para aquele diploma; (ii) a sua articulação com o previsto e disposto no artigo 387.º do CT³⁹; e (iii) a sua compatibilidade com o texto constitucional, designadamente com o artigo 53.º da CRP⁴⁰.

³⁵ Com efeito, tem sido sucessivamente no domínio do contrato de trabalho desportivo que se tem verificado uma maior opção pela resolução de conflitos laborais através de mecanismos arbitrais, existindo desde o anterior regime jurídico do contrato de trabalho desportivo (Lei n.º 28/98, de 26 de Junho), no seu artigo 30.º, a possibilidade de as associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos poderem, por meio de convenção, determinar que a resolução dos conflitos laborais seria efectuada por via de recurso a mecanismos arbitrais. JOÃO LEAL AMADO afirmou, a propósito da agora extinta Comissão Arbitral Paritária, que “a relação laboral desportiva tem constituído um terreno privilegiado para a instituição de mecanismos de arbitragem voluntária”. V. “Arbitrabilidade dos litígios emergentes do contrato de trabalho desportivo”, in *Questões Laborais*, Ano VI, 1999, p. 110.

³⁶ Para uma primeira abordagem sobre a norma da LTAD, Cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto*, Petrony, 2016, pp. 39 e ss.

³⁷ No qual se consagra a possibilidade de submissão à arbitragem voluntária no TAD de todos os litígios, com excepção dos previstos nos arts. 4.º e 5.º, relacionados directa ou indirectamente com o desporto. Sobre esta norma, Cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto*, 2016, pp. 36 e ss.

³⁸ Lei da Arbitragem Voluntária – Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

³⁹ Código do Trabalho – Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 14/2018, de 19 de Março.

⁴⁰ Constituição da República Portuguesa.

Este estudo pretende, assim, apresentar-se como um contributo para a clarificação do escopo dos artigos 6.º e 7.º da LTAD, afirmando-se de forte actualidade prática, desde logo porque o artigo 3.º, n.º 3 da lei que aprova a LTAD dispõe expressamente que, a partir de 31 de Julho de 2016, a competência arbitral atribuída às comissões arbitrais paritárias⁴¹ passa a estar atribuída ao TAD⁴². Por conseguinte, nos termos da lei, a jurisdição das CAP transitou para aquele centro arbitral⁴³, sendo, por isso mesmo, relevante proceder à delimitação dos litígios que lhe podem ser submetidos⁴⁴.

III. A resolução de litígios laborais desportivos em Portugal

De modo a compreender a verdadeira ruptura operada pela LTAD no domínio da arbitragem laboral importa proceder a uma breve contextualização, em traços sumários, da resolução de litígios laborais desportivos em Portugal⁴⁵.

⁴¹ De acordo com o artigo 30.º do anterior RJCTPD.

⁴² Tribunal Arbitral do Desporto. Sobre esta temática, *Cfr.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “A Arbitragem Voluntária em Matéria Laboral: O Fim da Competência das Comissões Arbitrais Paritárias. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2017”, in *O Direito*, Ano 150, n.º 3, 2018, pp. 645 e ss.

⁴³ A opção legislativa não é isenta de criticismos na doutrina e na jurisprudência. A este propósito considere-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06.11.2017, proc. n.º 472/174T8VNG.P1, no âmbito do qual se discute a competência do TAD para apreciar litígios que, por efeito de uma convenção colectiva de trabalho, se encontravam atribuídos à CAP. Com uma abordagem crítica à decisão, *Cfr.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “A Arbitragem Voluntária em Matéria Laboral: O Fim da Competência das Comissões Arbitrais Paritárias. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2017”, 2018, pp. 645 e ss.

⁴⁴ Ainda que o TAD seja um centro arbitral centrado, essencialmente, na figura da arbitragem necessária (prevista no artigo 4.º da LTAD e que convoca para o seu âmbito o núcleo duro dos conflitos desportivos), a importância do mecanismo arbitral voluntário no domínio laboral não pode ser menosprezada, desde logo por serem, a esta data, somente de natureza laboral os únicos litígios submetidos ao TAD no âmbito deste meio voluntário. Remete-se nesta matéria para ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem Voluntária e Contrato de Trabalho Desportivo”, 2018, p. 2.

⁴⁵ Uma abordagem mais completa do panorama arbitral na arbitragem laboral desportiva pode ser encontrada em ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem Voluntária e Contrato de Trabalho Desportivo”, 2018, pp. 5 e ss.

De acordo com a estruturação ensaiada por alguns autores⁴⁶, podemos encontrar no panorama nacional três momentos dignos de registo no que à evolução da resolução de conflitos laborais desportivos por via arbitral diz respeito⁴⁷.

A entrada em vigor do RJCTPD⁴⁸, em 1998, marcou o início da segunda fase, introduzindo no ordenamento português, através do seu artigo 30.º, a possibilidade de as associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos acordarem, através de convenções colectivas de trabalho, na submissão dos litígios laborais à arbitragem⁴⁹. Existiam, no entanto, duas restrições: a competência arbitral apenas poderia ser atribuída a comissões arbitrais paritárias e estas últimas tinham que ser institucionalizadas⁵⁰, afastando-se a possibilidade de arbitragem *ad hoc*⁵¹.

⁴⁶ Neste ponto seguiremos de perto o que já escrevemos em ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem Voluntária e Contrato de Trabalho Desportivo”, 2018, p. 5.

⁴⁷ Para os efeitos do presente trabalho apenas nos cingiremos a referir o segundo e o terceiro momento. No que respeita à primeira fase, podemos, ainda assim, afirmar que a mesma se iniciou com a celebração, em 21 de Dezembro de 1990, do contrato colectivo de trabalho entre a Liga Portuguesa dos Clubes de Futebol Profissional e o Sindicato Nacional dos Jogadores Profissionais de Futebol. Nos termos do artigo 48.º do referido contrato, quaisquer litígios resultantes do contrato de trabalho desportivo seriam submetidos à apreciação da comissão arbitral, subtraindo-se, portanto, o conhecimento dos mesmos à jurisdição estadual.

⁴⁸ Regime Jurídico do Contrato do Praticante Desportivo – Lei n.º 28/98, de 26 de Junho.

⁴⁹ A propósito desta opção do legislador, V. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho Desportivo – Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho – Anotada*, Almedina, 2017, pp. 37 e ss.

⁵⁰ Segundo as regras do Decreto-Lei 425/86, de 27 de Dezembro. A arbitragem institucionalizada é aquela que decorre no âmbito de um centro de arbitral, o qual conta uma estrutura administrativa que existe em permanência e que, para além dessa componente, tem ainda um conjunto de regras e regulamentos próprios. Sobre a matéria, NIGEL BLACKABY, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2015, pp. 44 e ss., MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 123, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, pp. 18 e ss.

⁵¹ A arbitragem *ad hoc* caracteriza-se pela sua natureza efémera e perfeitamente circunscrita no tempo e no espaço: o tribunal arbitral constitui-se e existe somente para a apreciação e decisão daquele litígio, extinguindo-se uma vez proferida a sentença arbitral.

Neste contexto, em 1999, no âmbito do procedimento de negociação colectiva entre a Liga Portuguesa dos Clubes de Futebol Profissional e o Sindicato Nacional dos Jogadores Profissionais de Futebol, foi instituída uma CAP⁵², a qual detinha competências de algum relevo e no âmbito das quais se substituíu, pelo menos num primeiro momento, aos tribunais estaduais⁵³.

O terceiro período iniciou-se com a introdução do TAD no ordenamento nacional⁵⁴, o que consubstanciou uma verdadeira revolução na estrutura de resolução de conflitos desportivos⁵⁵ existente⁵⁶, desde logo pela opção legislativa de abrir o domínio dos conflitos laborais à decisão por árbitros, mesmo quanto a aspetos que, anteriormente, estavam

Quanto a esta distinção remete-se para ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, pp. 18 e ss. e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 123 e ss.

⁵² Comissão Arbitral Paritária.

⁵³ Quanto à competência desta entidade regia o artigo 55.º da convenção colectiva de trabalho. De acordo com esta norma, a comissão arbitral paritária tinha as seguintes competências: a) dirimir os litígios entre atletas e os seus empregadores (clubes ou sociedades desportivas); b) interpretar a aplicação das cláusulas do contrato colectivo de trabalho; c) vigiar o cumprimento do regulamentado; d) estudar a evolução das relações entre as partes contratuais e e) todas as outras actividades tendentes à maior eficácia do contrato. Por outro lado, o artigo 3.º do Anexo II ao contrato, acrescentava ainda que a comissão tinha, igualmente, competências para integrar dos casos omissos, bem como todas as outras que lhe fossem especificamente atribuídas no âmbito do contrato.

No plano doutrinal e sobre as competências da CAP, V., entre outros, JOÃO LEAL AMADO, “Futebol, trabalho desportivo e Comissão Arbitral Paritária: um acórdão histórico sobre as cláusulas de rescisão”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 4, Almedina, 2003, pp. 187-203, ALBINO MENDES BAPTISTA, *Direito Laboral Desportivo: Estudos*, Quid Juris, 2003 e, a propósito da nova configuração da CAP, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho Desportivo – Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho – Anotada*, Almedina, 2017, pp. 39 e ss.

⁵⁴ A este processo de mudança veio, num momento posterior, aliar-se a entrada em vigor do novo RJCTPD com novas orientações legais no que respeita à submissão de litígios laborais à decisão arbitral.

⁵⁵ Inclusivamente os laborais.

⁵⁶ Quanto ao TAD e à sua introdução, *Cfr.*, por todos, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 457 e ss., ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro? – Anotação ao Acórdão n.º 230/2013 do Tribunal Constitucional, in *Desporto & Direito*, n.º 28, 2012, pp.61 e ss. e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto*, 2016.

vedados. Por outro lado, toda a construção da estrutura arbitral foi feita no sentido de extinguir as CAP existentes⁵⁷ e, nesse sentido, transferir as suas competências para o TAD.

Com efeito, o artigo 4.º, n.º 4 da lei que aprova a LTAD, procede à revogação do artigo 30.º do anterior RGCTPD, norma esta que, tal como referido anteriormente, atribuía às associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos a possibilidade de, por meio da celebração de convenções colectivas de trabalho, acordarem na submissão dos litígios laborais a comissões arbitrais paritárias. Em simultâneo, no artigo 3.º, n.º 3 do mesmo diploma determina que a competência das CAP existentes à data da entrada em vigor da LTAD apenas se manteria até 31 de Julho de 2016, momento a partir do qual transitaria para o TAD, nos termos do n.º 2, do artigo 7.º da LTAD⁵⁸.

A par destas alterações, a LTAD veio consagrar no seu artigo 7.º, n.º 1 a possibilidade de submeter ao seu mecanismo de arbitragem voluntária todos os litígios emergentes de contratos de trabalho desportivo, tendo inclusivamente o tribunal arbitral competência para apreciar a regularidade e licitude do despedimento. A determinação dos litígios arbitráveis é, por remissão do artigo 7.º para o artigo 6.º e deste para a LAV, determinada nos termos deste último diploma, configurando um verdadeiro jogo de espelhos.

⁵⁷ As quais, em bom rigor, já eram objecto de diversas críticas, designadamente quanto ao facto da constituição do tribunal arbitral não respeitar a norma imperativa da LAV (artigo 8.º) na qual se determina que aquele deve ser constituído “em número ímpar”. *Cfr.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 196. Outro caso digno de relevo e que levou a fortes críticas à CAP diz respeito a uma sentença que, além de ter sido proferida por um colégio arbitral com um número par de decisores, não foi assinada por todos os árbitros, não tendo sido apresentada qualquer justificação para esse facto na decisão. Quanto a esta situação em particular, MARIANA FRANÇA GOUVEIA afirma de forma inequívoca que “O Estado não pode validar exercícios jurisdicionais pouco ou nada transparentes e de legalidade muito duvidosa”, *in Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 290.

⁵⁸ Abordando os problemas práticos que resultam desta transferência legal de competências, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, “A Arbitragem Voluntária em Matéria Laboral: O Fim da Competência das Comissões Arbitrais Paritárias. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2017”, 2018, pp. 645 e ss.

Por último, o novo edifício da resolução de litígios laborais desportivos ficou completo com o artigo 4.º do novo RJCTPD⁵⁹, no qual se consagra expressamente a possibilidade de as associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos estabelecerem, através da celebração de convenções colectivas de trabalho, o recurso à via arbitral. Sucede, porém, que, nos termos da referida lei⁶⁰, as partes apenas podem atribuir a competência jurisdicional ao TAD, não sendo possível convencionar atribuí-la outra entidade⁶¹.

Por conseguinte, no momento presente, a figura central no plano da arbitragem dos litígios laborais desportivos é o TAD, sendo importante, pois determinar quais os conflitos que ao seu conhecimento e julgamento podem ser submetidos.

IV. A arbitrabilidade dos litígios laborais desportivos⁶²

a) Noção de arbitrabilidade

Outrora considerada como um neologismo⁶³, a expressão “arbitrabilidade” veio a tornar-se um conceito comum na doutrina nacional, sendo incontornável no plano arbitral nacional e internacional. De uma forma sucinta, podemos afirmar que o termo pode ser utilizado para significar duas realidades⁶⁴, que embora indissociáveis, são distintas entre si.

⁵⁹ Lei 54/2017, de 14 de Julho.

⁶⁰ O artigo 4.º estatui de forma inequívoca que as partes apenas podem, por meio de convenção colectiva de trabalho, prever o “o recurso ao Tribunal Arbitral do Desporto”.

⁶¹ JOÃO LEAL AMADO refere-se expressamente à impossibilidade de “fazer renascer a defunta CAP”, Cfr. *Contrato de Trabalho Desportivo – Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho – Anotada*, 2017, p. 39.

⁶² Abordando alguma jurisprudência dos tribunais superiores portugueses nesta matéria, DANIELA MIRANTE, “Arbitragem dos Litígios Laborais Desportivos”, in *O Desporto que os Tribunais Praticam*, Coimbra Editora, 2014, pp. 837 e ss.

⁶³ RAÚL VENTURA classificava a expressão arbitrabilidade desse modo, Cfr. “Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 46, 1986, p. 317.

⁶⁴ V., entre outros, RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, 1986, pp. 317 e ss., CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, 2008, pp. 85 e

Por um lado, refere-se à susceptibilidade de um determinado sujeito poder ser parte numa convenção de arbitragem, tendo particular importância a discussão relacionada com a possibilidade de uma entidade pública celebrar uma convenção arbitral. Neste caso, previsto no n.º 5, do artigo 1.º da LAV, referimo-nos à arbitrabilidade subjectiva⁶⁵, a qual não consubstancia objecto do nosso texto.

Por outro lado, o conceito de arbitrabilidade refere-se ainda a uma qualidade do litígio, ou seja, a susceptibilidade de o mesmo ser submetido à decisão de árbitros. Falamos, neste caso, de arbitrabilidade objectiva⁶⁶. Podemos, portanto, afirmar que a arbitrabilidade consubstancia, em igual medida, um requisito de validade da convenção de arbitragem⁶⁷,

ss., ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, 2010, pp. 130 e ss. e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, pp. 163 e ss.

⁶⁵ Cfr., por todos, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 136 e ss. e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, p. 438.

Nos termos do artigo 1.º, n.º 5 da LAV, o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções arbitrais desde que se verifiquem dois requisitos: (i) quando exista uma autorização legal nesse sentido ou (ii) quando as convenções de arbitragem a celebrar respeitem a litígios de direito privado. Esta questão foi, nos últimos anos, ultrapassada em grande medida, pois com a nova redacção do artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), o legislador optou por alargar, em 2015, e em grande escala, a possibilidade de arbitragem de conflitos administrativos. A este propósito, V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 439 e ss.

⁶⁶ V., entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 103 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 94., ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, 2011, p. 13. No plano internacional, considere-se PHILIPPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 330.

⁶⁷ CLÁUDIA TRABUCO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito Português: the meeting of two black arts”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, 2011, p. 446 e GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, p. 99. RAÚL VENTURA, por seu turno,

mas também um limite à jurisdição do tribunal arbitral⁶⁸. Neste contexto facilmente se compreende que alguns autores considerem que a arbitrabilidade seja um *conceito chave* no que respeita ao direito arbitral e que a questão de saber quais os litígios arbitráveis se apresente como uma pergunta omnipresente⁶⁹.

Da existência e da adopção de um conceito como a arbitrabilidade decorre uma conclusão necessária: nem todos os conflitos podem ser resolvidos com recurso à via arbitral. Esta é, na sua essência, uma opção tomada pelo legislador⁷⁰, na medida em que a eleição de um critério para delimitar as matérias arbitráveis significa precisamente que no

considerava que a natureza arbitral do objecto do litígio consubstanciava, simultaneamente, “um requisito da validade da convenção de arbitragem, da constituição do tribunal arbitral e da validade da sentença proferida por este: a licitude da sua solução por via arbitral”, in “Convenção de Arbitragem”, 1986, p. 317.

⁶⁸ Com efeito, o tribunal arbitral não pode conhecer ou decidir sobre questões que não tenham uma natureza arbitrável, uma vez que as mesmas se encontram subtraídas ao raio de acção deste meio de resolução alternativa de litígios. Do artigo 1.º, n.º 1 da LAV resulta que nem todos os litígios podem ser submetidos à apreciação de um tribunal arbitral, existindo, pelo contrário, uma combinação entre a exclusão peremptória de algumas realidades e a adopção de um critério geral de arbitrabilidade. Neste sentido, quando o árbitro ou o colégio arbitral apreciem e decidam sobre matérias não arbitráveis, determina o artigo 46.º, n.º 3, al) b.) i), que a sentença pode ser anulada junto do tribunal estadual competente. V. ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2.ª ed., Almedina, pp. 88 e ss.

⁶⁹ V. KARIM ABOU YOUSSEF, “The Death of Inarbitrability”, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 48.

⁷⁰ JORGE MORAIS CARVALHO refere a existência de um “princípio, praticamente incontestado, da necessidade de exclusão de alguns conflitos da arbitragem”, Cfr. “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Almedina, 2013, pp. 832 e ss. Segundo nos parece, a necessidade, sentida pela generalidade dos ordenamentos jurídicos, de delimitar os litígios arbitráveis resulta de um entendimento sobre a adequação ou aptidão da arbitragem para a apreciação e decisão de todos os conflitos, existindo um núcleo que deve ficar reservado à jurisdição estadual em virtude de a arbitragem ser um instituto de raiz contratual e privada. Deste modo, seria precisamente esta última característica que justifica, aliada à problemática da ordem pública, esta opção de apenas poder submeter a arbitragem determinadas categorias de litígios. A este propósito, e considerando que a discussão sobre a natureza ontológica da arbitrabilidade ou inarbitrabilidade dos litígios não configura um elemento central deste texto, remete-se para KARIM ABOU YOUSSEF, “The Death of Inarbitrability”, 2009, pp. 48 e ss., ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Critérios de arbitragem dos litígios. Revisitando o tema”, 2011, pp. 15 e ss., LOUKAS A. MISTELIS,

ordenamento jurídico português⁷¹ não existe uma admissibilidade plena de arbitragem de todos os conflitos. De facto, nem todos os litígios são passíveis de decisão arbitral, existindo um conjunto de questões que não podem ser subtraídas à jurisdição dos tribunais estaduais⁷².

No contexto português, a opção da LAV passou pela adopção de um critério geral de arbitrabilidade combinado com o afastamento expresso de determinadas matérias do âmbito arbitral. Deste modo, é possível operar uma delimitação pela positiva e outra pela negativa no que concerne à identificação dos litígios arbitráveis.

No que respeita à delimitação negativa (artigo 1.º, n.º 1 da LAV) encontram-se expressamente excluídas duas categorias de litígios: (i) os exclusivamente submetidos aos tribunais do Estado ou (ii) os submetidos a arbitragem necessária⁷³.

“Arbitrability – International and Comparative Perspectives”, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 3 e ss.

⁷¹ À semelhança do que sucede, via de regra, na maioria dos ordenamentos estrangeiros. A este propósito Cfr. PHILIPPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 330 e ss., LOUKAS A. MISTELIS, “Arbitrability – International and Comparative Perspectives”, 2009, pp. 3 e ss.

⁷² Esta conclusão não implica a sustentação de um qualquer preconceito para com o instituto da arbitragem, nomeadamente rejeitando que a mesma seja também jurisdição. A este propósito, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Almedina, 2017, pp. 168 e ss. e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “Arbitragem e Jurisdição no Direito Administrativo: interrogações em torno dos seus limites. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Fevereiro de 2018”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, 2019, pp. 91 e ss.

⁷³ Quanto ao conceito de arbitragem necessária, adoptamos a noção de ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Litígios Desportivos: Entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, p. 349, quando afirma que esta é a “arbitragem que não derivando da autonomia das partes, é imposta por lei especial, confiando a árbitros a resolução de um litígio que passa a ser subtraído à jurisdição dos tribunais que, regra geral, deteriam a competência para julgar uma determinada causa”. Devemos ainda destacar que o critério geral de arbitrabilidade apresenta algumas dificuldades no seu funcionamento no domínio da arbitragem necessária, sendo que aqui o determinante é a vontade do legislador em submeter determinadas matérias a uma arbitragem necessária, não estando, por conseguinte, em causa a identificação de determinados litígios objectivamente arbitráveis nos termos do artigo 1.º, n.º 1 da LAV. V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Litígios Desportivos: Entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, p. 428, nota 1335.

Por outro lado, e abordando a questão pela positiva, podemos afirmar que são arbitráveis todos os litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial (artigo 1.º, n.º 1 da LAV). É este o critério de arbitrabilidade adoptado pela lei portuguesa: basta que o objecto do conflito envolva ou diga respeito a qualquer tipo de interesse patrimonial⁷⁴ para que seja passível de ser decidido pela via arbitral⁷⁵.

Todavia, o ordenamento jurídico português, pese embora a consagração do critério acima identificado, não prescinde na sua totalidade do anterior critério da disponibilidade, designadamente no que respeita à arbitrabilidade dos conflitos laborais: de acordo com o artigo 4.º, n.º 4 da lei que aprova a LAV, os conflitos laborais apenas são arbitráveis se forem disponíveis⁷⁶. O mesmo sucede com o artigo 1.º, n.º 2 da LAV, de acordo com o qual, e sem prejuízo do critério geral, as partes podem celebrar uma convenção de arbitragem sobre litígios de natureza não patrimonial, desde que os direitos controvertidos aqui em causa possam ser objecto de transacção.

Por conseguinte, quando a LTAD remete para a LAV no que respeita à definição dos litígios laborais, o resultado prático é precisamente este: o TAD apenas pode conhecer e decidir litígios laborais disponíveis, padecendo, em todas as outras situações, de falta de jurisdição pelo facto de tais matérias não se configurarem como arbitrais⁷⁷.

⁷⁴ Neste sentido MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 138, especialmente pp. 142 e ss. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, pp. 93-94, por seu turno, frisa que a patrimonialidade se refere à susceptibilidade de “ter conteúdo económico, que possa ser trocado por dinheiro”, mas que isso em si mesmo não basta: é “necessário que a lei permita a sua troca por dinheiro”. Ainda sobre este critério ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Disponibilidade Do Direito Como Critério De Arbitrabilidade Do Litígio”, in *Revista Ordem dos Advogados*, Vol. III, Ano 66, 2006, pp. 4 e ss.

⁷⁵ A adopção deste novo critério veio dar resposta às diversas críticas que eram anteriormente dirigidas à regra da disponibilidade, de acordo com a qual seriam arbitráveis os litígios cujo objecto não respeitasse a direitos indisponíveis. Este ponto será abordado em momento posterior deste trabalho.

⁷⁶ Remete-se para o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

⁷⁷ Sendo, naturalmente, necessário que exista uma convenção de arbitragem entre as partes com a finalidade de atribuir jurisdição ao tribunal que se venha a constituir no âmbito daquele centro.

b) O critério da disponibilidade e a arbitragem laboral

O conceito de disponibilidade do direito assenta numa fórmula aparentemente simples: são direitos indisponíveis aqueles que não são susceptíveis de disposição pelo seu titular, ou seja, não podem ser constituídos, extintos ou transmitidos pela vontade daquele último⁷⁸.

Não obstante, a simplicidade é meramente aparente, dado que a doutrina não é unânime no método de apreciação da natureza disponível do direito. Por um lado, existe quem argumente no sentido de que a mesma apenas pode ser apreciada casuisticamente e não apreciando cada instituto jurídico em bloco⁷⁹. Outros autores, por seu turno, operam a distinção entre a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa⁸⁰, defendendo a impossibilidade de arbitragem em qualquer dos casos.

⁷⁸ Cfr. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 4.^a ed., Almedina, 2005, p. 436. MARIANA FRANÇA GOUVEIA acrescenta ainda ao conceito aqueles direitos que não são renunciáveis, V. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 144.

⁷⁹ Assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos”, 2008, pp. 86 e ss., PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, Ano 52, 1992, p. 922, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos Individuais de Trabalho”, 2012, p. 40 e JORGE MORAIS CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais”, 2013, p. 837. Defendem, então, os autores que perante uma situação concreta se deve analisar em que medida são os direitos disponíveis.

⁸⁰ JOÃO DE CASTRO MENDES, ensinava que existiam três tipos de relações jurídicas no que concerne à disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos: (i) as disponíveis: aquelas, que consubstanciam a regra geral, nas quais a vontade das partes se assumia como determinante para a sua constituição, modificação ou extinção e em que, portanto, “a aquisição e perda dos direitos depende, em regra, da vontade dos adquirentes e perdentes, por si conjugada com outras vontades; (ii) as indisponíveis: aquelas nas quais a constituição ou extinção de direitos está subtraída à vontade das partes e (iii) as relativamente indisponíveis: nesta categoria enquadram-se “outro tipo de relação jurídica (...) aquela de que a parte só pode dispor por certa forma, que exclui qualquer outra forma. Cfr. *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, 1986, pp. 210 e ss. Também ANA PRATA parece sustentar a existência destas duas hipóteses de indisponibilidade, V. *Dicionário Jurídico*, 2005, p. 636. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, por sua vez, opta por conceptualizar o problema em duas categorias, as quais classifica de disponibilidade forte e disponibilidade fraca. A primeira refere-se “à possibilidade de se renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente”. Por outro lado, a disponibilidade fraca é aquela que se traduz “na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação

Uma terceira posição sustenta que não existe um *tertium genus* no que concerne à disponibilidade de um direito: ou tem natureza disponível ou, em sentido inverso, é indisponível. Neste sentido e para estes autores, a indisponibilidade relativa “corresponde a direitos disponíveis, ainda que só a partir de determinada altura”⁸¹. É, portanto, um critério de difícil aplicação, gerando alguma incerteza nos operadores judiciais⁸².

Além da complexidade associada à determinação da natureza disponível dos objectos dos conflitos laborais, existem na doutrina⁸³ algumas dúvidas no que diz respeito ao requisito da disponibilidade como critério de arbitrabilidade. Com efeito, o que se questiona é a equiparação em termos funcionais que se opera entre a transacção e a arbitragem. Ou seja, de acordo com o artigo 289.º do CPC⁸⁴, as partes não podem transigir relativamente a direitos indisponíveis, sendo, assim, a disponibilidade apresenta-se como um limite à autonomia da vontade no domínio deste negócio jurídico processual. Neste sentido, a bitola para a transacção é a disponibilidade do direito objecto da mesma.

Elegendo a disponibilidade como critério para a identificação dos litígios passíveis de decisão arbitral, o resultado é o mesmo que na

deste na esfera jurídica no seu titular”. Cfr. “A Disponibilidade Do Direito Como Critério De Arbitrabilidade Do Litígio”, 2006, p. 8.

⁸¹ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, de acordo com o qual nas situações de “indisponibilidade relativa” pode ser celebrada uma convenção de arbitragem. Cfr. “Mediação a Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, p. 21. No mesmo sentido parecem alinhar BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER; PEDRO FURTADO MAIA, quando consideram como direitos indisponíveis “apenas [a]queles direitos de que o titular não pode de forma alguma dispor”, V. “A transacção em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis”, in *Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 452, bem como JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª ed., Almedina, p. 568.

⁸² Sobre as vantagens e desvantagens da disponibilidade, e por razões de economia de espaço, remete-se para JOANA GALVÃO TELES, “A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, 2011, pp. 65 e ss.

⁸³ Registem-se, no essencial, a opinião de RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, 1986, p. 321.

⁸⁴ Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, na redacção da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

transacção: as partes apenas podem submeter à decisão de árbitros litígios que se estejam relacionados com direitos disponíveis. Em termos práticos o resultado é, portanto, idêntico. Todavia, aquilo que RAÚL VENTURA⁸⁵ questiona, e a nosso ver de forma certa, é em que medida um julgamento de um litígio por um tribunal arbitral pode afectar a indisponibilidade de um litígio⁸⁶. A perplexidade é tanto maior se considerarmos que em Portugal não existe um monopólio do exercício da função jurisdicional pelos tribunais estaduais, encontrando, desde logo, os tribunais arbitrais previsão constitucional expressa no artigo 209.º da CRP⁸⁷.

Neste sentido, o critério da arbitrabilidade, sobretudo se operacionalizado através do paralelo com o instituto da transacção – no sentido de apenas ser arbitrável um litígio sobre o qual as partes possam transigir –, apresenta fortes dificuldades e debilidades enquanto critério para determinação da arbitrabilidade⁸⁸ e encontra as suas raízes mais profundas num preconceito de que os tribunais arbitrais são tribunais, mas não partilham da mesma dignidade que os estaduais⁸⁹. O legislador, na sua opção, atendeu única e exclusivamente à raiz contratual da figura da arbitragem, ignorando que a mesma é pública no resultado⁹⁰, o qual pode

⁸⁵ Cfr. RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, 1986, p. 321.

⁸⁶ A mesma questão é colocada por PAULA COSTA E SILVA, quando afirma que não existe uma relação directa entre a natureza disponível do direito e a possibilidade de arbitragem quanto ao mesmo. Assim, conclui a autora que nesta opção se encontra por parte do legislador “alguma desconfiança relativamente ao tribunal arbitral ao impedir que este dirima conflitos respeitantes a direitos indisponíveis”. Cfr. “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, 1992, p. 922, nota 79.

⁸⁷ Sobre esta matéria remete-se para ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 337.

⁸⁸ Veja-se, JORGE MORAIS CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais”, 2013, p. 837.

⁸⁹ Pese embora não se ignore que existem diferenças e especificidades dos tribunais estaduais e dos arbitrais. Sobre esta matéria, V., no plano doutrinal, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, 2017, pp. 176 e ss., e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal Constitucional, de 08.07.1986, proc. n.º 178/84, disponível em: <https://dre.pt/>.

⁹⁰ Não obstante a função jurisdicional ser exercida pelos árbitros “não em nome de um poder público que exercem, mas a título privado (já que todos os poderes lhe advêm da convenção de arbitragem, sendo as partes que os investem desses poderes)”. Assim afirma

ser controlado através da acção de anulação (sobretudo se considerarmos que a violação da ordem pública é um dos fundamentos previstos na LAV para impugnar a sentença)⁹¹⁻⁹².

Contudo, e encontrando-nos na contingência de seguir o critério legalmente positivado – o da disponibilidade – para a determinação da arbitrabilidade de um litígio laboral, importa, por conseguinte, perceber em que medida um conflito laboral (desportivo) pode ser qualificado como arbitrável⁹³.

De acordo com aquele critério legal, no plano laboral a apreciação da disponibilidade será orientada para a posição do trabalhador, o que significa que a análise terá de ser feita no sentido de saber se os direitos afectados pelos litígios são disponíveis para o trabalhador⁹⁴. Esta apreciação, por sua vez, deve ser feita de forma casuísta⁹⁵, de modo a perceber se o direito objecto do litígio é, naquele caso, disponível ou indisponível.

Em resposta ao critério da arbitrabilidade, a jurisprudência veio, na maioria dos casos e lançando mão do instituto da transacção como forma de operacionalizar a regra da disponibilidade (será disponível se as partes puderem transigir sobre o mesmo), decidir que apenas seria inarbitrável

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, 2017, p. 177.

⁹¹ Artigo n.º 46.º, n.º 3, al. b), ii).

⁹² A discussão sobre a natureza ontológica da arbitrabilidade e a sua relação com a disponibilidade, apesar de premente e interessante, não terá lugar no âmbito deste trabalho. Todavia, não se pretende deixar de fazer menção à existência da mesma.

⁹³ Todo o nosso raciocínio estará especialmente vocacionado para a arbitragem dos conflitos individuais de trabalho, mas pode ser igualmente transposto para a celebração de CCT que atribuam competência ao TAD.

⁹⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, p. 21. Alerta ainda este autor para a necessidade de ponderar a existência de alguns direitos irrenunciáveis, os quais podem colidir com a possibilidade de arbitragem, ainda que irrenunciabilidade e indisponibilidade sejam conceitos jurídicos distintos.

⁹⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, considera que o momento a ter em consideração para aferir da disponibilidade do direito não é o da celebração da convenção de arbitragem, mas o do início do processo arbitral, pois entende que com a celebração da convenção de arbitragem as partes não estão a dispor do direito. *Cfr.* JORGE MORAIS CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais”, 2013, p. 839.

um direito que fosse absolutamente indisponível para as partes⁹⁶⁻⁹⁷. Desta feita, entendem que um direito relativamente indisponível possa ser objecto de uma convenção de arbitragem.

Em virtude do exposto, entendemos que podem consubstanciar o objecto de uma convenção de arbitragem no âmbito da arbitragem voluntária do TAD somente os litígios que respeitem a direitos disponíveis, ou seja, aqueles sobre os quais as partes podem constituir, extinguir ou modificar relações jurídicas. Neste âmbito, e contrariando o caminho tradicionalmente seguido pela doutrina e a jurisprudência, tendemos a não operar a distinção entre indisponibilidade relativa e indisponibilidade absoluta: o direito ou é disponível ou indisponível⁹⁸; pode, e isso é um outro aspecto, apenas ser disponível após a verificação de um determinado facto determinante⁹⁹.

Não há, a nosso ver, nenhum impedimento ou impossibilidade em celebrar uma convenção de arbitragem sobre um direito que apenas será disponível após a ocorrência de um determinando evento ou a verificação de certo facto (por exemplo, a própria constituição do direito na esfera jurídica da parte), apenas tendo que se assegurar que aquando do processo arbitral, nomeadamente da apreciação da competência por parte dos árbitros, aquele direito já é efectivamente disponível na esfera do trabalhador.

⁹⁶ Com explicações mais detalhadas e com referências a casos concretos, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 145 e ss., JOANA GALVÃO TELES, “A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, 2011, pp. 80 e ss., bem como DANIELA MIRANTE, “Arbitragem dos Litígios Laborais Desportivos”, 2014, pp. 840 e ss.

⁹⁷ Neste sentido encontra-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.04.2011, proc. n.º 253/10.6TTFUN.L1-4 ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.11.2008, proc. n.º 08S1690, ambos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁹⁸ Aderimos, portanto, à posição de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, p. 2.

⁹⁹ Pense-se, a título de exemplo, no fim da relação laboral. Conforme é largamente sustentado na jurisprudência, na pendência do contrato o trabalhador não pode dispor dos créditos laborais, todavia “cessada a relação laboral, já nada justifica que o trabalhador não possa dispor livremente dos eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação”, *Cfr.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.12.2009, proc. n.º 884/07.1TTSTB.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

Afastamo-nos, portanto, da discussão sobre a indisponibilidade forte ou absoluta e a indisponibilidade relativa¹⁰⁰. Deste modo, um litígio laboral pode ser submetido ao TAD em sede de arbitragem voluntária se: (i) existir uma convenção de arbitragem das partes no sentido de atribuir competência a este centro arbitral e (ii) se o objecto daquela respeitar a um direito disponível, ainda que a disponibilidade esteja dependente de um facto ou evento que apenas se venha a verificar após a celebração daquela convenção.

Esta opção traz, no entanto, um limite intransponível: devido à conclusão acima apresentada, em momento algum pode ser submetida a arbitragem a apreciação da regularidade e licitude do despedimento. O artigo 387.º, n.º 1 do CT consubstancia, de forma inequívoca, um limite expresso à submissão daqueles litígios à decisão por árbitros¹⁰¹. Neste sentido, nos termos do artigo 1.º, n.º 1 da LAV, estão excluídos do âmbito da arbitragem voluntária as matérias que se encontrem exclusivamente submetidas à apreciação dos tribunais judiciais.

Todavia, e ainda que se equacionasse um cenário em que se alterasse esta norma no âmbito de uma revisão ao Código do Trabalho, a solução não seria particularmente distinta da actual.

O artigo 387.º, n.º 1 do CT é uma concretização, no plano infra-constitucional, do direito constitucionalmente garantido da segurança no emprego (artigo 53.º CRP)¹⁰², visando proteger o trabalhador (neste caso o praticante desportivo) de uma eventual limitação ou compressão da liberdade de celebração de uma convenção de arbitragem num domínio que se lhe afigura tão essencial como a apreciação da regularidade e licitude do seu despedimento. Esta norma assume-se, sem dúvidas, como uma compressão necessária ao princípio da autonomia privada, na vertente de liberdade contratual, das partes. Como bem explica PEDRO

¹⁰⁰ Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, 2011, p. 890.

¹⁰¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, 2011, pp. 889 e ss., PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, pp. 22 e ss.

¹⁰² Para uma análise deste direito, V. J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2004, pp. 702 e ss. e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 2005, pp. 498 e ss.

ROMANO MARTINEZ, a pedra de toque para a subtração destas matérias à arbitragem é a necessidade de proteger “a liberdade de decisão por parte do trabalhador num aspecto de especial tutela constitucional: a segurança no emprego”¹⁰³. Em suma, o princípio da autonomia privada não pode existir na sua extensão máxima quando não é possível assegurar que ambos os contraentes têm igual poder negocial: igualdade jurídica não é sinónimo de igualdade real¹⁰⁴, pelo que, em alguns domínios, o legislador tem de cercear a possibilidade de uma parte poder abusar da inferioridade da outra¹⁰⁵.

Por conseguinte, com excepção das matérias compreendidas no artigo 387.º do Código do Trabalho, podem ser arbitrados quaisquer conflitos relacionados com matérias arbitrais desde que preencham o requisito da disponibilidade¹⁰⁶.

Uma vez esclarecido qual o conjunto de litígios que pode ser submetido ao mecanismo de arbitragem voluntária do TAD, importa tecer algumas considerações sobre a arbitragem de litígios laborais em Portugal. Tal como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, em Portugal existe uma tendencial rejeição da arbitrabilidade dos litígios laborais¹⁰⁷, podendo mesmo afirmar-se que a lei se apresenta como “menos favorável à arbitragem em matéria de conflitos individuais”¹⁰⁸ ou que o legislador tomou uma “posição nitidamente reprovadora” da resolução de conflitos laborais individuais por esta via¹⁰⁹. Aliás, com excepção da LTAD, não

¹⁰³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, p. 23.

¹⁰⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, pp. 102 e ss.

¹⁰⁵ A este aspecto acrescem ainda os problemas a nível de garantias processuais que existem no TAD, tais como as custas, a existência de árbitros não juristas, entre outros. Quanto a esta matéria, Cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 472 e ss.

¹⁰⁶ Alinhamos com a posição de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Soluções alternativas de resolução de litígios, em especial a arbitragem”, 2011, p. 890.

¹⁰⁷ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, p.108. Tal como já tivemos oportunidade de analisar no ponto II deste texto.

¹⁰⁸ Expressão de DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, 2012, p. 36.

¹⁰⁹ RAUL VENTURA, “A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho”, 1964, p. 196.

existe no ordenamento jurídico nacional uma previsão legislativa de arbitragem de conflitos individuais daquele tipo¹¹⁰.

Com efeito, alguns entendem que o recurso à arbitragem voluntária em nada contribui para uma melhoria da situação do trabalhador, motivo pelo qual não se deve admitir a preterição do tribunal estadual num plano em que uma das partes – o trabalhador – se encontra numa situação fragilidade e debilidade em relação à sua contraparte¹¹¹. Por conseguinte, a existência de tribunais judiciais com competência para a decisão de matérias relacionadas com conflitos laborais tem o propósito de oferecer uma “jurisdição e processos especiais adaptados à realização dos correspondentes subjectivos”¹¹², nomeadamente se considerarmos a especialidade que assiste a todo Direito laboral no que se refere à situação de dependência jurídica e real que é indissociável da figura do trabalhador, bem como a assimetria de poder negocial que geralmente subjaz a este tipo contratual¹¹³. Um pequeno excursus sobre a posição do trabalhador no contrato de trabalho desportivo apresenta-se como devido neste momento.

Têm-se registado na doutrina algumas dúvidas no que respeita ao contrato de trabalho desportivo e à fragilidade do trabalhador como contraente do mesmo. De facto, não é inédita na produção doutrinal a ideia de que o domínio laboral desportivo profissional é a excepção à regra

¹¹⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação a Arbitragem em Direito Laboral”, 2015, p. 20, afirmava expressamente esta ideia, pese embora não se refira à figura da arbitragem voluntária existente no âmbito do Tribunal Arbitral do Desporto.

¹¹¹ RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, 1986, pp. 317 e ss., LUCINDA DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, 2006, pp. 123 e 124, JOANA GALVÃO TELES, “A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, 2011, p. 67.

¹¹² *Cfr.* RAÚL VENTURA, “A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho”, 1964, p. 196.

¹¹³ Ainda assim, encontramos na doutrina o entendimento que inexiste uma competência exclusiva dos tribunais judiciais quanto aos conflitos individuais de trabalho, não havendo nenhuma lei que consagre genericamente a mesma para a apreciação daqueles conflitos. O único afastamento da regra prende-se com a declaração da ilicitude do despedimento prevista no artigo 387.º do Código do Trabalho, a qual, nos termos da lei, apenas pode ser apreciada por um tribunal judicial. Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, 2012, p. 39.

da tendencial fragilidade ou debilidade do contraente-trabalhador¹¹⁴. Esta concepção assenta, segundo nos parece e salvo o devido respeito, na ideia de que todos os contratos de trabalho desportivo estão ligados às comumente designadas *global sport stars* e que, nessa medida, são celebrados por atletas profissionais com um poderio económico muito superior¹¹⁵ (por vezes, incomensuravelmente superior) ao da sua contra-parte negocial. Todavia, tal afirmação não poderia estar mais distante da realidade, desde logo por diversos factores.

Por um lado, ainda que quanto a alguns praticantes desportivos possa existir um maior poder económico, o poder de direcção e subordinação na esfera laboral continua a pertencer ao empregador. Logo, a fragilidade ou dependência jurídica é uma realidade tal como em outros contratos de trabalho, principalmente se considerarmos que para um atleta profissional o exercício da actividade desportiva tende a ser uma ocupação profissional a tempo inteiro. Por outro lado, podemos afirmar que estes contraentes se encontram numa dupla posição de debilidade, especialmente no que concerne ao plano da submissão ao direito disciplinar, o qual é exercido não só pelo seu empregador, mas também, em alguns casos, por ligas ou federações desportivas. Neste sentido, existe uma entidade externa à relação contratual que tem um poder de disciplinar, e nessa medida também sancionar, o trabalhador¹¹⁶.

Logo, também no domínio jurídico-desportivo a debilidade do trabalhador enquanto parte tendencialmente mais fraca se mantém, pelo que todas as considerações anteriormente tecidas a este respeito se mantêm plenamente válidas.

¹¹⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, 2012, p. 41.

¹¹⁵ Ainda que para alguns atletas as remunerações sejam bastante elevadas, isto não sucede em todos os domínios desportivos, “tendo alguns desportistas que complementar os seus proveitos desportivos com o desempenho de outras profissões”, Cfr. LEANNE O’LEARY, *Employment and Relations Law in the Premier League, NBA and International Rugby Union*, Springer, 2017, p. 2.

¹¹⁶ Sobre este assunto, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, p. 262, especialmente quando afirma “[a] esfera pessoal dos desportistas e treinadores está, desta forma, especialmente susceptível a potenciais afectações no que respeita aos direitos fundamentais”.

V. Conclusão

O actual sistema de resolução de litígios laborais desportivos portugueses regista uma abertura significativa à opção arbitral, estando construído em torno de uma instituição central: o TAD. Todavia, a opção do legislador na construção do artigo 7.º da LTAD não se encontra conforme às orientações constitucionais em matéria de segurança no emprego, na medida em que permite a arbitrabilidade das questões relacionadas com a licitude e regularidade do despedimento.

Em suma, e procurando responder à questão a que no início nos propusemos, no actual contexto de resolução de litígios laborais desportivos portugueses são arbitráveis todos os conflitos resultantes ou conexos com o contrato de trabalho desportivo contanto que se verifiquem os seguintes requisitos: (i) os litígios respeitem a direitos disponíveis, ainda que ainda que a disponibilidade esteja dependente de um facto ou evento que apenas se venha a verificar após a celebração daquela convenção; e (ii) exista uma convenção de arbitragem (mesmo que inserida numa CCT) que atribua competência ao TAD e (iii) os litígios não respeitem à apreciação da regularidade e licitude do despedimento.

Entre a Protecção Material e Processual: Extensão dos Efeitos das Cláusulas MFN no Contexto da Arbitragem de Investimentos Internacional

CAROLINA BOTELHO SAMPAIO*

“I have not had the intelligence or the ability to convince my colleagues in this Tribunal, but [...] I express the hope to contribute in a modest but constructive manner to the ongoing debate on the way MFN clauses should be applied in the investment arbitration”¹

BRIGITTE STERN

Resumo: Até à última década, a cláusula MFN nos Acordos de Protecção e Promoção Recíproca de Investimentos (“BITs”) parecia ser um parâmetro inofensivo, que não havia sido objecto de discussão séria. Contudo, recentemente começaram a surgir várias decisões arbitrais que suscitaram certas questões sobre a correcta aplicação destas cláusulas. Apesar de algumas incluírem ou excluírem expressamente a resolução de litígios do seu âmbito de aplicação, a maioria é omissa quanto à questão de saber se abarcam apenas regras substantivas para a protecção de investimentos ou se o respectivo tratamento se estende, outrossim, a protecções processuais e, em particular, às cláusulas de resolução de litígios. Com o presente artigo pretendemos responder à questão de saber se no caso em que as cláusulas MFN sejam omissas quanto ao seu objecto, a referência ao tratamento mais favorável é exclusiva à protecção substantiva concedida pelo BIT principal ou se, de outra banda, deve estender os seus efeitos à protecção processual.

Palavras-Chave: *Arbitragem de Investimentos; Cláusulas MFN; Acordo de Protecção e Promoção Recíproca de Investimento; Efeitos Processuais; Interpretação.*

* Por opção da autora, o presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

¹ Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpAv. Argentine Republic*), §3, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Abstract: Until the last decade, the MFN clauses in the BITs seemed to be a harmless standard that had not been the subject of serious discussion. However, a number of arbitration decisions have recently begun to raise questions about the correct application of these clauses. Although some expressly include or exclude dispute resolution clauses from its scope, most clauses are silent on their question of whether they cover only substantive protection of investments or whether the treatment also extends to procedural protections, and in particular to dispute settlement clauses. Thus, with this article, we purport to answer the question of whether in the cases where MFN clauses are silent in respect of their subject-matter, the reference to the most favorable treatment is exclusive to the substantive protection granted by the main BIT or, on the other hand, the same should extend its effects to jurisdictional protection.

Key words: *Investment Arbitration; MFN Clauses; Bilateral Investment Treaties; Procedural Extension; Interpretation.*

I. Introdução

A arbitragem de investimentos é uma arbitragem internacional que, em termos genéricos, tem como propósito fundamental a protecção de investimentos feitos por investidores nacionais de um determinado Estado que vão investir num outro Estado (também denominado *host State* ou Estado de acolhimento). Este tipo de arbitragem surgiu num contexto de particular desconfiança dos chamados Estados desenvolvidos quando consideravam investir nos Estados emergentes²⁻³.

A globalização da economia que, em boa verdade, caracterizou este período implicou, além do mais, um aumento muito significativo de operações de investimento estrangeiro. Esse investimento, para as economias em desenvolvimento, afigurava-se como um instrumento essencial de viabilização de recursos e construção das infra-estruturas de que estes Estados careciam. De outro passo, para os Estados ditos

² JULIAN LEW; LOUKAS MISTELIS; STEFAN KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 761-804.

³ SÉRVULO CORREIA, “A Resolução dos Litígios sobre Investimento Estrangeiro em Direito Arbitral Comparado”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 821-841.

desenvolvidos, surgiam como uma forma, não menos relevante, de suprir necessidades económico-financeiras do próprio Estado e das empresas aí sediadas⁴.

Como facilmente se compreende, a arbitragem de investimentos surge como uma tentativa de atenuar a desconfiança que os investidores – predominantemente oriundos dos países desenvolvidos – tinham quando pretendiam investir em mercados potenciais mercados onde o Estado de Direito ainda poderia não ser ainda uma realidade. Este receio consubstanciava-se em dois tipos de riscos: (i) risco legislativo e (ii) risco judicial. A consequência imediata da desconfiança existente era, naturalmente, a inibição do desenvolvimento de negócios internacionais, designadamente, em domínios de contratos de longa duração onde o retorno do investimento não é imediato mas, ao invés, prolongado e faseado e com um risco potencial associado muito elevado. Nas palavras de TIAGO DUARTE “[h]avia assim, uma certa dificuldade em se fazer o casamento perfeito, que passava por ligar os investidores aos mercados potenciais”⁵. Todavia, com vista a superar este obstáculo, foi-se inculcando a ideia de que, de forma a atrair potenciais investidores estrangeiros os Estados teriam, por um lado, de consagrar em tratados internacionais os direitos garantidos aos potenciais investidores. Isto para afastar o risco legislativo e para evitar que os direitos existentes na legislação nacional de cada Estado não alterassem consoante a conveniência. E, por outro lado – com o intuito de afastar o risco político – teriam de prestar, nesses mesmos tratados internacionais, consentimento prévio para que qualquer tipo de litígio que viesse a surgir entre esse Estado e os futuros investidores pudesse ser dirimido com recurso à arbitragem internacional. Deste modo, a protecção anteriormente concebida em sede de direito nacional e, por isso mesmo, susceptível de mudanças por utilidade, estava acautelada na esfera do direito internacional.

Com efeito, a partir dos anos 80, e com especial relevo nos anos 90 do século passado, os Estados começaram a celebrar inúmeros Acordos de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos comumente

⁴ RUDOLF DOLZER; CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2012, pp. 1-19.

⁵ TIAGO DUARTE, “Arbitragem Internacional de Investimentos: A Tradição já não é o que era”, in *Intervenções XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, p. 126.

designados como Tratados Bilaterais de Investimentos⁶. Nas palavras de CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, os BITs são “[a]cordos internacionais celebrados entre dois Estados, ou blocos de Estados, que visam potenciar o investimento de capital privado estrangeiro no território dos Signatários, estabelecendo-se para o efeito, em regime de reciprocidade, um conjunto de medidas destinadas a assegurar garantias mínimas de protecção e a criar condições mais favoráveis para a realização desses investimentos”⁷. Habitualmente encontram-se consagradas nestes Acordos disposições que visam a protecção substantiva dos investidores, como seja a eliminação de obstáculos comerciais e, em particular, condições fiscais e aduaneiras mais favoráveis, *standards* de protecção mais favoráveis face àqueles que se encontram estatuídos pela lei geral local, i.e., cláusulas de tratamento da nação mais favorecida (*most-favoured-nation clause*), garantias de uma justa indemnização em caso de expropriação directa ou indirecta do Estado, cláusulas de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e, ainda, disposições que regulam a circulação, geral e tendencialmente, irrestrita de capitais, pagamentos e rendimentos.

De acordo com os números da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”)⁸ existem, actualmente, cerca de 2.946 BITs e 379 tratados de outra natureza com cláusulas sobre investimento estrangeiros. Estima-se que cerca de 90% destes acordos contêm cláusulas de resolução de litígios com recurso a arbitragem, permitindo que os investidores nacionais dos Estados contratantes possam submeter os diferendos que venham a ocorrer quanto ao investimento realizado no território do outro Estado à arbitragem de investimentos⁹. É, precisamente, tendo em conta este contexto que, nos últimos anos,

⁶ Para efeitos do presente trabalho, a designação dada aos Acordos de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos será a expressão inglesa “*Bilateral Investment Treaties*” ou “BITs”.

⁷ CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “Os BITs e a União Europeia”, in *Intervenções XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, pp. 83-123.

⁸ Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

⁹ Na sua maioria, os BITs que contêm cláusulas arbitrais remetem para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, na sigla inglesa ICSID – *Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes* –, sob a égide do Banco Mundial.

a arbitragem tem ganho relevância como meio de resolução de litígios relacionados com investimentos estrangeiros. E isto é assim porque, do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem constitui uma garantia de que – em caso de litígio com o Estado de acolhimento –, o mesmo será decidido por um órgão imparcial.

Se é verdade que os BITs modernos dispõem de cláusulas de resolução de litígios que, na sua maioria, remetem os litígios para arbitragem, muitas vezes esse recurso não é realizado de forma directa. Por outras palavras, é frequente encontrarem-se cláusulas que limitam severamente a disponibilidade das partes para recorrerem directamente à arbitragem. A título exemplificativo, encontramos as cláusulas que remetem as partes para outros mecanismos de resolução de litígios, como a mediação ou a negociação, enquanto passo prévio ao recurso à arbitragem (*multi-tier clauses*), as cláusulas que estabelecem um hiato temporal, geralmente de 18 meses, para que as partes tentem alcançar um acordo através da negociação antes de iniciarem o processo arbitral, as cláusulas que exigem o esgotamento dos mecanismos internos de cada Estado, as cláusulas que limitam o âmbito da definição de investimento e, por último, as cláusulas de bifurcação (ou *fork-in-the road clauses*), que determinam que a escolha de submeter os litígios a uma das alternativas previstas no Tratado será feita a final.

Dada a abrangência e diversidade das cláusulas contidas nestes Acordos, bem como a crescente procura pelas melhores condições por parte dos investidores, as cláusulas da Nação Mais Favorecida (*most-favoured-nation clause*)¹⁰ começaram por assumir um papel determinante na esfera do direito internacional. Com efeito, as cláusulas MFN tornaram-se um instrumento significativo de liberalização económica porquanto, por via da sua aposição nos BITs, os investidores de qualquer Estado têm a garantia que serão tratados em igualdade com os investidores dos países mais influentes nas suas negociações com o país onde o investimento ocorreu.

Pelo exposto, a pergunta que se impõe é a de saber se, no caso em que as cláusulas MFN sejam omissas quanto ao seu objecto, a referência ao tratamento mais favorável é exclusiva à protecção substantiva concedida

¹⁰ Para efeitos do presente trabalho estas cláusulas serão, de ora em diante, designadas por “cláusulas MFN”.

pelo BIT principal (*basic Treaty*) ou, por outro lado, se deve estender os seus efeitos à protecção processual?

II. A génese das cláusulas MFN e a sua amplitude

O tratamento mais favorável é um dos *standards* mais antigos nas relações económicas internacionais¹¹. Tradicionalmente, os Estados utilizavam as cláusulas MFN no comércio dos tratados para garantir que obtinham vantagens, privilégios e concessões que o Estado concedente tinha acordado ou acordaria no futuro com Estados terceiros¹². Como salienta GEORG SCHWARZENBERGER, o efeito geral do regime das cláusulas MFN inseridas nos acordos de investimento é o de que “[a] vantagem de uma pessoa aumenta o lucro de todos”¹³.

Como bem se sabe, as cláusulas MFN interligam os diversos acordos de investimento, assegurando que as partes de um tratado providenciam um tratamento não menos favorável que o tratamento facultado no âmbito de outros acordos nas áreas cobertas pela cláusula. Na sequência do relatório da Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Económico (“OCDE”)¹⁴, as cláusulas MFN passaram a ser definidas como normas que devem ser interpretadas como capazes de atrair tratamento mais favorável que se encontra disponível noutros acordos, apenas no que diz respeito ao “*same subject-matter, the same category of the matter or the same class*

¹¹ Surgiu, desde logo, como uma das principais obrigações de política comercial prevista na Carta de Havana de 1948. A Carta de Havana foi o acordo celebrado entre os diversos Estados Partes para a constituição do que seria a Organização Internacional do Comércio. Embora a Carta nunca tenha entrado em vigor, as negociações encetadas originaram o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT.

¹² ANDREW NEWCOMBE; LLUÍS PARADELL, “Chapter 5 – Most-Favoured-Nation Treatment”, in *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer International Law, 2009, pp. 193-232.

¹³ GEORG SCHWARZENBERGER, “The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice”, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1945, pp. 96-121.

¹⁴ OCDE, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/02, 2004, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>.

of matter”¹⁵. Concretizando: um investidor de um dos Estados signatários do acordo ou o seu investimento será tratado pela outra parte, de forma não menos favorável em relação a um determinado objecto do que um investidor ou o seu investimento de um qualquer país terceiro.

Em 1964, a Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission* – “ILC”) iniciou um projecto com vista à preparação de um esboço de artigos sobre as cláusulas MFN¹⁶. Embora adoptado em 1978, nunca se transformou em tratado. No entanto, a ILC definiu as cláusulas MFN como “[u]ma cláusula de um tratado pela qual um Estado se obriga perante outro Estado a conceder o tratamento da nação mais favorável numa esfera de relações acordada”¹⁷. Esta cláusula contida no Acordo principal consiste no compromisso que o Estado concedente (*granting State*) confere ao Estado beneficiário (*beneficiary State*) – ou a pessoas ou coisas numa determinada relação – um tratamento não menos favorável do que o facultado a terceiros¹⁸. Com efeito, a obrigação de tratamento mais favorável somente existe quando é aposta uma cláusula no acordo de investimento. Sem esta obrigação comercial, cada país mantém a opção de discriminar economicamente investidores estrangeiros.

Destarte, o objectivo das cláusulas MFN comporta a necessidade de estabelecer e manter, em todos os momentos, igualdade sem discriminação entre todos os países envolvidos¹⁹. Para tanto, acaba por impulsionar a perturbação do equilíbrio do acordo por conceder ao Estado beneficiário novos direitos não incluídos no Acordo principal, mas neste prometido. Este objectivo pode ser alcançado desde que se preencham determinadas condições, como seja a similitude de circunstâncias²⁰

¹⁵ INCI ATAMAN FIGANMESE, “The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties”, in *Ankara Law Review*, Vol. 8, n.º 2, 2011, pp. 224-225.

¹⁶ International Law Commission, “Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses”, in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Parte II, 1978.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Conforme expresso na Decisão do ICJ, de 22.07.1952, proc. n.º 16, (*Anglo-Iranian Oil Co. United Kingdom v. Iran*), §109. Disponível em <https://www.icj-cij.org>.

¹⁹ Decisão do ICJ, *Rights of nationals of the United States of America in Morocco, France v. United States of America*, 1952, §191. Disponível em <https://www.icj-cij.org>

²⁰ De acordo com o artigo 9 dos *Draft Articles on MFN clauses*, a propósito do princípio *ejusdem generis* apenas estes direitos similares cabem no âmbito material de aplicação das cláusulas MFN e podem, por conseguinte, ser reclamados.

e a existência de um tratamento mais favorável a um terceiro. Neste sentido, importa salientar que, na arbitragem de investimentos, as cláusulas MFN podem assumir diversas funções. Assim, podem, por exemplo, ser utilizadas como causa de pedir autónoma numa determinada acção, com o intuito de responsabilizar internacionalmente o Estado de acolhimento por práticas discriminatórias²¹ ou para alargar o âmbito dos direitos dos investidores.

Ora, as cláusulas MFN são tipicamente gerais no seu texto e deixam uma margem considerável para interpretações opostas. Algumas incluem ou excluem expressamente a resolução de litígios do seu âmbito de aplicação. Contudo, a maioria dos BITs é omissa sobre se o tratamento das MFN inclui apenas regras substantivas para a protecção de investimentos ou se esse tratamento se estende, outrossim, a protecções processuais, e, com especial enfoque, às cláusulas de resolução de litígios. Neste último caso, as cláusulas MFN destinam-se a alargar o perímetro da protecção do investimento proporcionado pelo Estado de acolhimento, atraindo as condições mais favoráveis que o Estado oferece aos nacionais de países terceiros. Estas condições mais favoráveis podem ser encontradas quer num instrumento normativo nacional, quer num acordo celebrado com um Estado terceiro. Para este fim, SCHILL²² entende que este tipo de cláusulas “multilateraliza” a protecção dada ao investimento, aumentando o alcance do Acordo principal, com a inclusão de condições mais favoráveis de outros BITs. A única limitação na utilização das cláusulas MFN para estender os efeitos jurisdicionais ínsitos num BIT celebrado com um Estado terceiro prende-se com considerações de ordem pública subjacentes ao BIT principal aplicável entre as partes e as condições para a sua aceitação^{23,24,25}.

²¹ Decisão do ICSID, de 11.09.2007, proc. n.º ARB/05/8, (*Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania*), §366-371. Disponível em <https://www.italaw.com>.

²² STEPHAN W. SCHILL, “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favoured-Nation Clauses”, in *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, 2009.

²³ R. DOLZER; C. SCHREUER, “Settling Investment Disputes”, in *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 205.

²⁴ C. SCHREUER, “Consent to Arbitration”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 79.

²⁵ TONY COLE, “The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law”, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, Issue 3, 2012, pp. 537-586.

III. A interpretação das cláusulas MFN e o seu âmbito de aplicação

A questão do âmbito de aplicação das cláusulas MFN, nas palavras de BRIGITTE STERN, “[é] uma questão complexa, especialmente quando relacionada com as cláusulas de mecanismos de resolução de litígios”²⁶. Como a própria autora evidencia num estudo realizado pela UNCTAD, “[h]á fortes argumentos a favor e contra a aplicação da cláusula MFN a matérias jurisdicionais. No final, esta questão precisa de mais esclarecimentos da jurisprudência internacional de investimentos”²⁷. Pese embora o referido estudo remonte a 2007, em boa verdade, volvida mais de uma década sobre o mesmo, e apesar dos numerosos casos que convocam a análise de cláusulas MFN, a questão não está, de todo em todo, resolvida. A maioria das cláusulas MFN são, ainda, incondicionais, recíprocas e indeterminadas.

Importa, antes de mais, deixar uma nota prévia: naturalmente, a interpretação da cláusula MFN só é necessária quando a intenção das partes quanto à sua aplicabilidade ou inaplicabilidade aos mecanismos de resolução de litígios não é expressamente declarada ou claramente verificada. É evidente que, se existe uma cláusula MFN que inclui expressamente do seu âmbito de aplicação os procedimentos de resolução de litígios, ou que expressamente os exclui, não há necessidade de interpretação. Existem casos em que as partes expressamente declaram a sua vontade de abranger as cláusulas jurisdicionais²⁸.

A situação oposta também ocorre, isto é, a situação em que as partes expressamente excluem do âmbito de aplicação das cláusulas MFN a protecção processual, as denominadas cláusulas *anti-Maffezini*. Um bom exemplo deste último caso pode encontrar-se no *Free Trade of the Americas draft Agreement* (“FTAA”) cuja nota de rodapé n.º 13 refere o seguinte: “[a]s Partes notam a recente decisão do tribunal arbitral no *Maffezini (Arg.) v. Reino de Espanha*, que concluiu que a cláusula MFN, invulgarmente ampla, contida no acordo entre a Argentina e Espanha abrangia os procedimentos de resolução de litígios internacionais. (...) Em contrapartida, a

²⁶ Voto de vencido BRIGITTE STERN, na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17, (*Impreglio SpA v. Argentine Republic*), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

²⁷ *Idem*.

²⁸ A título de exemplo veja-se o artigo 3.º, n.º 3 do BIT Modelo do Reino Unido.

cláusula MFN deste Tratado limita expressamente o seu escopo material, a questões relacionadas com o estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, condução, operação e venda ou outra disposição de investimentos. As Partes compartilham o entendimento e a intenção de que esta cláusula não abranja os mecanismos de resolução de litígios internacionais”²⁹.

Objectivo semelhante foi realizado através de declarações interpretativas, como é o caso da Argentina e do Panamá que, após a decisão sobre a jurisdição no caso *Siemens*, decidiram conjuntamente numa interpretação autêntica da cláusula MFN ínsita no acordo celebrado entre ambos, referindo que não alarga o âmbito de aplicação da mesma a cláusulas de resolução de litígios³⁰.

Concomitantemente, é hoje pacífico na doutrina e jurisprudência que o alcance de uma cláusula MFN é indiscutível para a protecção substantiva do investimento dada pelos BITs. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte passagem: “É universalmente aceite que a própria essência de uma cláusula MFN num BIT é a de facultar aos investidores toda a protecção material fornecida por Acordos subsequentes”³¹.

O problema da extensão dos efeitos das cláusulas MFN às disposições que regulam a resolução de litígios está, comumente, associado à divisão jurisprudencial criada por duas decisões ICSID: *Agustín Maffezini v. Reino de Espanha* e *Plama Consortium Limited v. República da Bulgária*. Este tema deu origem a inúmeros comentários académicos no seio do direito internacional de investimentos, tendo inclusive sido considerado como dos debates doutrinários mais desafiantes e estimulantes na arbitragem dos tratados de investimentos³².

Segundo cremos, as razões pelas quais o tópico suscitou tanto fascínio são as seguintes: em primeiro lugar, a possibilidade de contornar cláusulas sobre resolução de litígios menos favoráveis no Acordo principal

²⁹ Disponível em www.ftaa-alca.org.

³⁰ Decisão da UNCITRAL, de 20.06.2006, proc. *ad hoc* n.º 178, (*National Grid plc v. Argentina*), §85.

³¹ Decisão do SCC, de 21.04.2006, proc. n.º 080/2004, (*Vladimir Berchander and Moise Berchander v. Russia*), §179.

³² STEPHAN W. SCHILL, “Chapter 18 – *Maffezini v. Plama*: Reflections on the Jurisprudential Schisms in the Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement”, in *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, pp. 251-266.

responde ao interesse dos investidores estrangeiros de facilitar, agilizar ou ampliar o âmbito de acesso à arbitragem internacional de investimentos à luz de opções menos onerosas, mais rápidas ou mais amplas de resolução de litígios oferecidos aos investidores abrangidos por outros acordos celebrados entre terceiros e o Estado de acolhimento. Exemplos com relevância prática dizem respeito a diferenças nas causas de pedir, que podem ser submetidas a diferentes BITs celebrados pelo Estado de acolhimento, bem como a diferenças quanto aos requisitos processuais pré-arbitragem, como a duração dos períodos de espera (*cooling-off periods*) ou a necessidade de recorrer e esgotar previamente os mecanismos jurisdicionais internos de cada Estado. Por seu turno, para os Estados demandados, negar a operação de uma cláusula MFN e, por essa razão, limitar a competência de um tribunal pode resultar na diferença entre ser sancionado por uma infração ao BIT em análise, e a redução considerável do risco de ser considerado responsável. Estas consequências práticas diametralmente opostas explicam o fervor com que a batalha do precedente é travada na prática arbitral de investimentos entre *Maffezini* e *Plama*. Em segundo lugar, o âmbito de aplicação das cláusulas MFN está intimamente relacionado com questões mais amplas respeitantes à organização de paradigmas subjacentes ao direito internacional de investimentos em geral. Partindo do pressuposto que as cláusulas MFN operam, não apenas quanto aos *standards* substantivos de tratamento, mas também quanto às questões processuais, tal significa, em termos conceptuais, que mais do que ampliar o seu âmbito de aplicação, levar a uma harmonização mais ampla da lei de investimentos internacional. Por outro lado, esta possibilidade cria um problema acessório que se prende com a escolha dos árbitros, e que será abordado especificamente *infra*.

Dito isto, é consabido que a decisão *Maffezini* abriu as comportas desta controvérsia ao tomar uma decisão sem precedentes³³. Como observou ZACHARY DOUGLAS: “[a] decisão *Maffezini* foi a primeira vez que uma parte foi autorizada a invocar uma cláusula MFN para modificar o mandato jurisdicional de um tribunal internacional. Ao

³³ Com a exceção de um *obiter dictum* do Tribunal de Justiça Internacional (ICJ) no *Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. USA), in *ICJ Reports* 1952, p. 190.

longo das centenas de anos de actividade dos tribunais nacionais e arbitrais internacionais que antecederam o caso *Maffezini*, houve apenas decisões judiciais contra tal dispositivo, incluindo a Decisão do Tribunal de Justiça Internacional no Caso *Anglo-Iranian Oil Company* e a Decisão em *Aroa Mines, British-Venezuelan Mixed Claims Commission's*³⁴. Depois do caso *Maffezini* inúmeros tribunais ICSID seguiram este caminho interpretativo. Contudo, outros tribunais arbitrais reagiram em sentido contrário a esta inovação, logo, retomando a interpretação clássica das cláusulas MFN. Os dois primeiros casos a decidir nesta linha, depois do *Maffezini* foram *Salini Costruttori v. Jordânia* e *Plama v. Bulgária* (também, estes decididos por tribunais ICSID). Estas decisões contraditórias deram início ao denominado *abismo – schism*³⁵ – jurisprudencial a propósito do tema. De facto, a primeira linha de decisões baseia-se na presunção de que as disposições processuais sobre resolução de litígios caem invariavelmente no âmbito de uma cláusula MFN num BIT a menos que o contrário seja claramente demonstrado. A segunda linha de decisões baseia-se na presunção inversa, segundo a qual as disposições referentes à resolução de litígios por regra não se inserem no âmbito de aplicação de uma cláusula MFN ínsita num BIT, salvo indicação em contrário.

i. Caso Maffezini: presunção do efeito processual

A decisão no caso *Maffezini* diz respeito a um caso submetido a um tribunal arbitral ICSID onde o investidor era nacional da Argentina e o Estado receptor do investimento era o Reino de Espanha. No referido caso, o litígio estava relacionado com o investimento de 70% das acções do Sr. Maffezini numa sociedade espanhola chamada “*Maffezini S.A.*”, que tinha como objectivo produzir e distribuir produtos químicos em Espanha. Os restantes 30% da participação accionista da sociedade eram detidos por uma sociedade designada “*Sociedad para el Desarrollo Industrial*

³⁴ ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, Issue 1, 2011, pp. 97-113.

³⁵ STEPHAN W. SCHILL, “Chapter 18 – *Maffezini v. Plama*”, 2015, pp. 251-266.

d Galicia S.A”, constituída para promover o desenvolvimento industrial da província espanhola da Galícia. A construção de instalações industriais exigiu a realização de uma avaliação ambiental. Após a referida avaliação, a sociedade do Sr. Maffezini enfrentou sérias dificuldades económico-financeiras e, em 1992, o Sr. Maffezini viu-se forçado a interromper a construção da fábrica de produtos químicos. Em 1994, as partes iniciaram um processo de negociação com o objectivo de resolver o litígio.

O BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha previa que, em caso de um litígio entre o investidor e o Estado de acolhimento, deveria existir um período de 18 meses, ao qual o investidor não poderia remeter o litígio para arbitragem antes do término do mesmo. A fim de superar este obstáculo, o investidor invocou a cláusula MFN prevista no BIT (Argentina e Espanha), ao mesmo tempo que argumentava que recebia um tratamento menos favorável do que os investidores de países terceiros. Por seu turno, o Reino de Espanha argumentou que o investidor não esgotou todos os recursos internos, conforme exigido pelo artigo X do BIT. No entanto, o investidor afirmou o seu pedido no artigo IV do mesmo BIT que prevê que “[e]m todas as matérias regidas pelo presente Acordo, este tratamento não será menos favorável que o outorgado por cada parte aos investimentos realizados no seu território por investidores de um país terceiro”. Em acréscimo, o investidor destacou que o BIT celebrado entre Espanha e o Chile não previa o referido período de carência de 18 meses, mas sim uma cláusula *fork-in-the-road* com um período de carência de apenas 6 meses. Por essa razão, o investidor pretendia aplicar a cláusula de arbitragem mais favorável do tratado de investimento entre a Espanha e o Chile, a fim de evitar a cláusula que previa um período de 18 meses como condição prévia ao recurso à arbitragem internacional.

O tribunal arbitral considerou que as disposições concernentes à resolução de litígios contidas num BIT celebrado entre o Estado de acolhimento e um Estado terceiro era, efectivamente, objecto da cláusula MFN. Sustentou a sua decisão referindo, em primeiro lugar, que mesmo que o BIT não manifestasse, expressamente, a intenção das partes de incluir a cláusula de resolução de litígios no âmbito de aplicação da cláusula MFN, essa intenção poderia ser deduzida a partir da redacção em moldes bastantes amplos da cláusula MFN, que se referia a “todas

as matérias abrangidas pelo presente Acordo”³⁶. Entendeu o tribunal arbitral que não existiam motivos para considerar que o termo “todas as matérias” incluísse, apenas, a protecção material prevista no acordo de protecção e promoção de investimentos³⁷. Em segundo lugar, o tribunal realizou um exercício de comparação, concluindo que a redacção ampla da cláusula era peculiar daquele BIT e, bem assim, incomum na prática dos BITs celebrados por Espanha³⁸. Finalmente, considerou ainda o tribunal arbitral que o recurso à arbitragem era uma parte fundamental do tratamento do investidor estrangeiro, baseando-se, para o efeito, num argumento histórico: “[h]á boas razões para concluir que hoje, os acordos de resolução de litígios estão inextricavelmente relacionados com a protecção dos investidores estrangeiros, pois estão, também, relacionados com a protecção dos direitos dos comerciantes ao abrigo dos tratados de comércio”³⁹. Todavia, e para evitar dúvidas, esclareceu, ainda, o tribunal arbitral, que o impacto jurisdicional das cláusulas MFN tem como limite as considerações de ordem pública⁴⁰. Essas considerações incluíam, no entendimento do colectivo, entre outros, o esgotamento dos recursos internos (reflectindo, desde modo, e de acordo com os árbitros, uma regra fundamental de direito internacional público), as cláusulas *fork-in-the-road* ou pactos atributivos de jurisdição.

A abordagem adoptada na decisão do caso *Maffezini* foi seguida pela jurisprudência arbitral, que passou a colocar as cláusulas de resolução de litígios no cerne do tratamento concedido ao investidor estrangeiro. Uma primeira fase jurisprudencial que adoptou a mesma orientação da decisão *Maffezini* diz respeito a litígios, maioritariamente argentinos, i.e., ligados a BITs celebrados pela Argentina (e, em particular, relacionados com o BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha). A título de exemplo: *Siemens AG v. República da Argentina*⁴¹, *Gas Natural SDG, S.A.*

³⁶ Decisão do ICSID, de 25.01.2000, proc. n.º ARB/97/7, (*Emilio Agustín Maffezini v. Reino de Espanha*), §52-53. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

³⁷ *Idem*, §41.

³⁸ *Idem*, §60.

³⁹ *Idem*, §54-55.

⁴⁰ *Idem*, §62.

⁴¹ Decisão do ICSID, de 03.08.2004, proc. n.º ARB/97/7, (ARB/02/8, *Siemens A.G. v República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

*v. República da Argentina*⁴², *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*⁴³ ou *Hochtief AG v. República da Argentina*⁴⁴. Num momento posterior, surgiu uma nova fase jurisprudencial relacionada com acordos de investimentos da antiga União Soviética, cujas cláusulas de resolução de litígios eram estritamente limitadas ao cálculo dos danos por expropriação. Nestes casos, e em particular no *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation*⁴⁵, o tribunal arbitral deu um passo em frente no sentido de admitir que através de uma cláusula MFN, para além de ser possível eliminar ou tornear alguns obstáculos processuais à arbitragem internacional, é igualmente possível substituir uma cláusula de resolução de litígios muito restritiva por uma mais ampla.

ii. Caso Plama: negação dos efeitos jurisdicionais

No caso *Plama*, os árbitros manifestaram expressamente a sua divergência em relação à decisão no caso *Maffezini*. Com efeito, na sequência dessa posição de princípio, o tribunal arbitral entendeu que o problema teria que ser resolvido de maneira oposta: “[u]ma cláusula MFN num Acordo principal não incorpora por referência disposições relativas à resolução de litígios, no todo ou em parte, estabelecidas noutro Tratado, a menos que a cláusula MFN no Tratado não deixe dúvidas de que as Partes Contratantes pretendiam incorporá-las”⁴⁶.

Facilmente se alcança o resultado desta decisão, o tribunal arbitral no caso *Plama* rejeitou os argumentos do investidor sobre o alcance

⁴² Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10, (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁴³ Decisão do ICSID, de 16.05.2006, proc. n.º ARB/03/17, (*Suez, Sociedade General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁴⁴ Decisão do ICSID, de 24.10.2011, proc. n.º ARB/07/31, (*Hochtief AG v. The República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁴⁵ Decisão do SCC, de 01.10.2007, proc. n.º V079/2005, (*RosInvestCo UK Limited v. Russian Federation*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁴⁶ Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24, (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §223. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

jurisdicional da cláusula MFN referindo que esta só se aplicava a questões substantivas, como uma análise textual e literal o demonstrava. Ao contrário de outros BITs, a cláusula *in casu* não declarava expressamente o seu âmbito processual. Ao invés, as partes optaram por uma redacção restritiva. Em segundo lugar, o tribunal arbitral recordou o princípio geral, tanto de direito nacional quanto de direito internacional, segundo o qual o consentimento para o recurso à arbitragem tem de ser claro e inequívoco. Deste modo, “dúvidas quanto à intenção ‘clara e inequívoca’ das partes podem surgir se a convenção de arbitragem for alcançada por via de incorporação por referência”⁴⁷. Por último, resulta da decisão o entendimento de que as cláusulas de resolução de litígios são peculiares, pois “[é] completamente diferente substituir um procedimento especificamente negociado entre as partes por outro mecanismo completamente distinto”⁴⁸.

Esta argumentação não é totalmente inovadora, porquanto outros tribunais haviam já ensaiado e defendido algumas destas posições. Em particular, o argumento da peculiaridade das cláusulas MFN, enquanto “*specifically negotiated procedures*” já havia sido versado na decisão *Tecmed*⁴⁹. O argumento relativo à necessidade de uma intenção clara e inequívoca das partes foi apresentado no processo *Salini v. Jordan*. Ademais, também, IAN BROWNLIE defendera a ideia, num parecer autónomo, no caso *CME v. República Checa* que o conceito de tratamento não incluía questões processuais/jurisdicionais, mas tão-somente protecções substantivas. Apesar do que se deixou exposto, o caso *Plama* continua a ser considerado como a decisão de referência contra a extensão dos efeitos de uma cláusula MFN a efeitos jurisdicionais.

IV. O *standard* de “tratamento” ínsito nos BITs

Os BITs variam na forma como descrevem o padrão aplicável do tratamento MFN. Alguns pedem o “mesmo” tratamento ou, pelo menos,

⁴⁷ *Idem*, §198-199.

⁴⁸ *Idem*, §209.

⁴⁹ Decisão do ICSID, de 29.05.2003, proc. n.º ARB(AF)/00/2, (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*), §198-199. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

um tratamento “tão favorável quanto” outros BITs, outros promovem o tratamento “que for mais favorável” ou, mais comumente, a exigência expressa nas cláusulas MFN reporta-se a “tratamento não menos favorável”. Existem, outrossim, casos em que os BITs contêm uma proibição de um “tratamento menos favorável”. Em todas as formulações, a protecção oferecida pela cláusula MFN envolve a comparação entre o tratamento concedido ao investidor estrangeiro ou os investimentos de um Estado e o investidor ou investimento de Estados terceiros⁵⁰.

Os investidores estrangeiros têm-se alicerçado nas cláusulas MFN para obter protecções substantivas e processuais mais favoráveis nos BITs do Estado de acolhimento com Estados terceiros. Nos casos em que as cláusulas MFN são aplicadas aos mecanismos de resolução de litígios surgem algumas questões em relação ao que constitui um tratamento menos favorável. Como nota o tribunal no caso *Plama*, pode ser uma tarefa difícil para um tribunal aplicar a cláusula MFN com vista a determinar que a arbitragem sob as regras de arbitragem da ICSID é mais ou menos favorável do que uma arbitragem sob as regras da UNCITRAL.

Neste contexto, uma outra questão que surge prende-se, particularmente, com as balizas objectivas da definição de tratamento mais ou menos favorável. A este propósito importa salientar que, a nosso ver, existe uma certa falta de análise sobre essas mesmas balizas. Assim, por exemplo, saber se a submissão aos tribunais nacionais é, de facto, um tratamento menos favorável do que o recurso directo à arbitragem entre investidores e o Estado pode tornar-se uma faca de dois gumes. De um passo, a abordagem *Maffezini* é a de simplesmente assumir que o acesso aos tribunais nacionais (*in casu*, espanhóis) no período de dezoito meses é menos favorável do que o recurso directo à arbitragem. Essa visão em si parece quase reflectir uma crença epistemológica na superioridade da arbitragem de investimentos. A falta de uma comparação rigorosa entre as duas formas de resolução de litígios é uma falha séria no raciocínio do tribunal e uma que deve (mas provavelmente não irá) enfraquecer a sua influência entre os tribunais arbitrais posteriores. Embora a linha de casos que se seguiram ao *Maffezini* não forneça uma análise rigorosa de

⁵⁰ AUGUST REINISCH, “How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 25, Issue 1, 2011, pp. 115-174.

tratamento menos favorável, esta questão trata da capacidade de escolher entre tribunais judiciais ou arbitragem. Em todo o caso, de outro passo, sempre seremos forçados a concluir que a capacidade de um investidor poder escolher entre recorrer aos tribunais judiciais ou recorrer directamente à arbitragem internacional é mais favorável do que não ter essa escolha, i.e., ser obrigado a submeter o litígio aos tribunais nacionais durante um determinado lapso temporal.

V. Finalidades subjacentes à invocação da cláusula MFN para justificar a extensão dos efeitos processuais dos BITs

Os investidores estrangeiros quando alegam a aplicação de uma cláusula de resolução de litígios prevista num BIT celebrado entre o Estado de acolhimento e um Estado terceiro podem ter vários objectivos, entre os quais: (i) contornar requisitos-prévios à submissão do litígio à arbitragem internacional de investimentos; (ii) atribuir competência *ratione materiae* ao tribunal arbitral; e (iii) alargar o âmbito de aplicação do BIT⁵¹⁻⁵²⁻⁵³.

A maior parte dos investidores, quando confrontados com uma cláusula de resolução de litígios que contém condições prévias ao recurso à arbitragem tentam – e frequentemente sucedem –, torner as referidas condições através da invocação de uma cláusula mais favorável num qualquer outro acordo de investimento celebrado entre o *host State* e um Estado terceiro. Como anteriormente mencionado, o primeiro caso em que um tribunal arbitral decidiu favoravelmente à pretensão do investidor foi o *Maffezini*.

⁵¹ PAVEL STURMA, “Goodbye, Maffezini? On the Recent Developments of Most-Favoured-Nation Clause Interpretation in International Investment Law”, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15, Issue 1, 2016, pp. 81-101.

⁵² RUTH TEITELBAUM, “Who’s Afraid of Maffezini – Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses”, in *Journal of International Arbitration*, 22(3), 2005, pp. 225-238.

⁵³ STEPHANIE L. PARKER, “A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”, in *The Arbitration Brief*, Vol. 2, Issue 1, 2012, pp. 30-63.

Contudo, a questão permanece sem estar resolvida e mesmo em casos onde se analisa o mesmo BIT, as soluções são distintas⁵⁴. Nestes casos, os investidores tentaram alegar a amplitude dos efeitos da cláusula MFN contida neste BIT (celebrado entre a Argentina e a Alemanha) para contornar a exigência jurisdicional de se dirigirem, durante 18 meses, aos tribunais nacionais. No caso *Siemens*, o tribunal entendeu que a cláusula MFN era suficientemente ampla para abranger cláusulas de resolução de litígios, concluindo que o investidor tinha o direito de invocar a cláusula de resolução de litígios mais favorável presente no BIT celebrado entre a Argentina e o Chile. No caso *Hochtief* a maioria dos árbitros que compunham o tribunal adoptou uma abordagem semelhante, sustentando que a cláusula MFN existente no BIT entre a Argentina e a Alemanha permitia que o investidor beneficiasse da cláusula de resolução de litígios do BIT celebrado entre a Argentina e o Chile. No entanto, CHRISTOPHER THOMAS QC votou vencido, referindo, designadamente que: “[o] facto de o artigo 3.º ser omissivo quanto ao facto de se aplicar à resolução de litígios, mas os n.ºs 3 e 4 conterem elementos (benefícios resultantes de acordos comerciais preferenciais e de tratados de dupla tributação), que são expressamente excluídos da definição de “tratamento”, não sustenta inexoravelmente o argumento de que a resolução de litígios deva, portanto, estar contida nos seus termos, porque as Partes sabiam como excluir tais matérias do âmbito de aplicação do artigo 3.º. Conforme referido, se considerarmos que a visão ortodoxa anterior à decisão *Maffezini* era a de que a cláusula MFN não se sobrepunha às condições de consentimento do Estado, parece difícil conceber que autonomizar o artigo 10(3)(a) fosse uma consequência do artigo 3.º, porquanto se possa considerar que as Partes Contratantes, razoável e legitimamente, o previram”⁵⁵. Pelo contrário, no caso *Wintershall Aktiengesellschaft*⁴², o tribunal

⁵⁴ Por exemplo, nos seguintes casos *Siemens v. Argentine Republic*, *Wintershall v. República da Argentina*, *Hochtief AG v. República da Argentina*, *Daimler Financial Services AG v. República da Argentina* onde estava em causa o âmbito de aplicação da cláusula MFN contida no BIT celebrado entre a Argentina e a Alemanha.

⁵⁵ Voto de vencido de CHRISTOPHER THOMAS QC, na Decisão do ICSID, de 24.10.2011, proc. n.º ARB/07/31, (*Hochtief AG v. República da Argentina*), §74. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

considerou que a cláusula MFN não se estendia às disposições de resolução de litígios⁵⁶.

Num outro caso, *Gas Natural v. República da Argentina*⁵⁷, um investidor espanhol através da cláusula MFN contida no BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha, pretendia fazer uso da cláusula de resolução de litígios mais favorável presente no BIT celebrado entre a Argentina e os Estados Unidos da América. O tribunal arbitral, de forma semelhante à decisão no caso *Maffezini* estendeu os efeitos da cláusula MFN, considerando que o acesso à arbitragem internacional é “um elemento importante – talvez o mais importante – na protecção do investidor. A não ser que resulte claramente que os Estados partes num BIT ou as Partes de um determinado acordo de investimento acordaram num método de resolução de litígios diferente para os litígios que viessem a surgir, as cláusulas MFN devem ser entendidas como aplicáveis à resolução de litígios”⁵⁸.

Sucede, porém, que em certos casos os tribunais arbitrais consideraram o argumento da extensão dos efeitos das cláusulas MFN discutível, uma vez que os investidores, nesses casos em particular, tinham satisfeito as exigências prévias⁵⁹.

Importa, outrossim, referir dois casos em que os tribunais arbitrais não permitiram que os investidores contornassem os requisitos prévios à arbitragem com base numa cláusula MFN. No caso *ICS Inspection and Control Services v. República da Argentina*⁶⁰ o tribunal considerou que a cláusula MFN contida no BIT celebrado com o Reino Unido não se aplicava a disposições de resolução de litígios e, portanto, não permitiu que os

⁵⁶ Decisão do ICSID, de 08.12.2008, proc. n.º ARB/04/14, (*Wintershall Aktiengesellschaft v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁵⁷ Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10, (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁵⁸ *Idem*, §49.

⁵⁹ Decisão do ICSID, de 19.12.2008, proc. n.º ARB/05/5, (*TSA Spectrum de Argentina SA v República da Argentina*), Decisão do ICSID, de 19.12.2012, proc. n.º ARB/07/26 (*Urbaser SA v República da Argentina*) e Decisão do ICSID, de 08.02.2013, proc. n.º ARB/08/9 (*Ambiente Ufficio SPA v República da Argentina*, anteriormente conhecido como Caso *Giordano Alpi v República da Argentina*). Disponíveis em <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁰ Decisão do PCA, de 10.02.2012, proc. n.º 2010-9 (*ICS Inspection and Control Services Limited v. República da Argentina*). Disponível em <https://www.italaw.com>.

investidores fizessem uso de cláusulas mais favoráveis. O entendimento do tribunal arbitral foi no mesmo sentido dos votos de vencido das decisões *Impreglio SpA v. República da Argentina* e *Hochtief AG v. República da Argentina*. De igual modo, o tribunal arbitral no caso *Kiliç Insaat Ithalat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turquemenistão*⁶¹ chegou a uma conclusão semelhante no âmbito do BIT celebrado entre o Turquemenistão e a Turquia que exigia que os investidores submetessem os litígios aos tribunais locais em primeiro lugar, e só depois recorressem à arbitragem internacional, caso não tivesse sido alcançado acordo ou solução no prazo ali estipulado (1 ano).

Em inúmeros casos, os investidores pretendem utilizar as cláusulas MFN para ampliar a competência dos tribunais arbitrais por forma a abranger certos tipos de litígios que o BIT aplicável não sujeitou à arbitragem internacional⁶².

Num cômputo geral, os tribunais arbitrais decidiram não assumir competência *ratione materiae* em função da aplicação de uma cláusula MFN⁶³. No entanto, no caso *RosInvestCo Uk Ltd v. Rússia*, o Tribunal da Câmara de Comércio de Estocolmo (*Stockholm Chamber of Commerce*) considerou que a cláusula MFN inserida no BIT celebrado entre o Reino Unido e a Rússia continha efeitos processuais. O tribunal considerou que, embora, o BIT em análise apenas atribuísse competência ao tribunal arbitral para questões relacionadas com o montante da compensação devida por expropriação, e não a violações previstas nas cláusulas de expropriações presentes no BIT, uma vez que o BIT celebrado entre a Dinamarca e a

⁶¹ Decisão do ICSID, de 02.07.2013, proc. n.º ARB/10/1 (*Kiliç Insaat Ithalat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turquemenistão*). Disponível em <https://www.italaw.com>.

⁶² STEPHAN W. SCHILL, “Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A reply to Zachary Douglas”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, Issue 2, 2011, pp. 353-371.

⁶³ Veja-se, a título de exemplo as seguintes decisões: Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24, (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), Decisão do ICSID, de 31.01.2006, proc. n.º ARB/02/13 (*Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Reino Hachemita da Jordânia*), Decisão do SCC, de 21.04.2006, proc. n.º 080/2004, (*Vladimir Berchander and Moise Berchander v. Rússia*), Decisão do ICSID, de 13.09.2006, proc. n.º ARB/04/15 (*Telenor Mobile Communications AS v. Hungria*), Decisão do SCC, de 20.03.2009, proc. n.º 024/2007 (*Renta 4 SVSA et al v. Rússia*) ou Decisão do ICSID, de 19.06.2009, proc. n.º ARB/07/6 (*Tza Yap Schum v. Perú*). Disponíveis em <https://www.italaw.com>.

Rússia continha uma cláusula suficientemente ampla para abranger estes pedidos, esta deveria aplicar-se por via da cláusula MFN.

Não obstante, noutros casos, os investidores não obtiveram sucesso nas suas tentativas de utilizar cláusulas MFN para alargar o âmbito de aplicação dos BITs. No caso *Tecmed*, o investidor tentou fazer uso de uma cláusula MFN contida no BIT celebrado entre o Reino de Espanha e os Estados Unidos Mexicanos para aplicar retroactivamente as protecções do BIT a um investimento anterior ao próprio BIT. O tribunal arbitral rejeitou este argumento salientando que: “[a]s questões relativas à aplicação no tempo do Acordo, que envolvem mais a dimensão temporal de aplicação das suas disposições substantivas, ao invés de questões processuais ou jurisdicionais, devido à sua importância incluem-se no cerne dos assuntos que devem ser considerados como especificamente negociados pelas Partes Contratantes. Estes são factores determinantes para a aceitação do Acordo, pois estão directamente relacionados com a identificação do regime substantivo da protecção aplicável ao investidor estrangeiro e, particularmente, ao contexto jurídico geral (nacional ou internacional) dentro do qual tal regime opera, e bem assim, como ao acesso do investidor estrangeiro às disposições substantivas de tal regime. A sua aplicação não pode, portanto, ser prejudicada pelo princípio contido da cláusula MFN”⁶⁴.

VI. Principais argumentos avançados a propósito do âmbito processual das cláusulas MFN

i. Cláusulas “taylor-made”

Conforme anteriormente mencionado, dos principais argumentos avançados no caso *Plama* para excluir a aplicação de uma cláusula de resolução de litígios por via de uma cláusula MFN era a particularidade de as cláusulas jurisdicionais implicarem um “*procedure specifically negotiated*”. Esta ideia remonta, ainda, à posição assumida pelo tribunal *Tecmed* ou *Tza Yap Shum*.

⁶⁴ Decisão do ICSID, de 29.05.2003, proc. n.º ARB(AF)/00/2 (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*), §69. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Se por um lado é verdade que, por remeterem, normalmente, para a arbitragem internacional – e, por isso, para a resolução dos litígios fora da jurisdição nacional de cada Estado –, estes têm um maior cuidado ao elaborar este tipo de cláusulas. Não é menos verdade que, no que diz respeito às protecções substantivas, os Estados também são particularmente minuciosos na sua inserção nos BITs. Assim, sufragando a mesma opinião de vários autores e, em particular, de BRIGITTE STERN⁶⁵, consideramos que pese embora não se deva duvidar que os Estados sejam muito cuidadosos ao aceitar que os litígios que venham a surgir seja submetidos à arbitragem internacional, temos algumas dificuldades em aceitar, por si só, que as cláusulas sejam excluídas do âmbito de aplicação das MFN apenas porque são especificamente negociadas. Conforme bem salientou YAS BANIFATEMI: “[e]stas declarações, de uma maneira um pouco absurda, implicam que as cláusulas de resolução de litígios sejam negociadas mais especificamente do que das demais disposições do Acordo. É, no entanto, presumido que, ao celebrarem o Acordo, os Estados Contratantes pretenderam escrever o que escreveram. Não há diferença na natureza, em termos de redacção, entre a cláusula que prevê um tratamento justo e equitativo, a proibição de expropriação sem compensação, a proibição de conduta discriminatória ou arbitrária, das cláusulas de resolução de litígios. Também não se pode fazer uma distinção artificial entre todas estas cláusulas no que se refere à sua natureza «substantiva» ou «processual», em particular, na falta de jurisprudência uniforme sobre o que constitui um regime «processual» no âmbito de uma cláusula de resolução de litígios”^{66, 67}.

⁶⁵ Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpA v. Argentine Republic*), §23, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁶ YAS BANIFATEMI, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration”, in *Investment Treaty Law: Current Issues III*, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 269.

⁶⁷ Não obstante, no caso *Telenor* o tribunal arbitral utilizou o argumento das cláusulas *specially negotiated* para realçar a necessidade de dar especial atenção à sua interpretação por forma a: “não desviar, com alusão a considerações de política geral relativas à protecção do investidor, o mecanismo de resolução de litígios especificamente negociado pelas Partes” – Decisão de 13.09.2006, no Caso ICSID n.º ARB/04/15, *Telenor Mobile Communications AS v. Hungria*, §95. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

ii. Distinção entre o regime substantivo e matérias processuais

Num vasto número de decisões, os árbitros, para recusar a extensão dos efeitos das cláusulas MFN a cláusulas de resolução de litígios, procedem à distinção entre direitos processuais e direitos materiais/substantivos. Esta argumentação tem na sua origem a ideia de que as cláusulas substantivas e as cláusulas processuais são duas categorias jurídicas distintas. Por conseguinte, uma cláusula MFN que se refira, em termos genéricos, a “tratamento”, não deve ser aplicada a uma categoria de disposições totalmente distinta, em virtude do princípio *ejudem generis ac quialitatis*⁶⁸. Recentemente, no caso *Kiliç*, o tribunal arbitral destacou que a estrutura do BIT distinguia expressamente entre direitos substantivos e direitos processuais, o que significa que, ao analisar o significado de “tratamento” na cláusula MFN, esta distinção teria de ser tomada em consideração. De acordo com ZACHARY DOUGLAS, a doutrina da separabilidade pode ser vista como argumento a favor desta teoria⁶⁹. Também, no caso *Plama*, o principal motivo alegado pelo tribunal arbitral a respeito da razão pela qual se pode presumir que as partes de um BIT excluíram o mecanismo de resolução de litígios do escopo da cláusula MFN baseou-se na distinção entre as disposições substantivas e processuais e, em particular, no princípio da separabilidade. Assim, nas palavras deste tribunal “esta questão também pode ser vista como parte do princípio, hoje geralmente aceite, da separabilidade (autonomia) da cláusula compromissória. As disposições de resolução de litígios constituem um acordo por conta própria, geralmente com disposições inter-relacionadas”⁷⁰. Também SCHWEBEL, perfilha esta opinião, referindo, entre o mais que “as partes num contrato que contenha uma cláusula compromissória celebraram não um, mas dois acordos: primeiro, o acordo substantivo ou principal que regula um certo curso de acção; segundo, um acordo adicional, autónomo, que prevê a como meio de resolução de litígios decorrentes do acordo principal, a arbitragem”⁷¹.

⁶⁸ *Idem*, §92.

⁶⁹ ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration”, 2011, pp. 97-113.

⁷⁰ Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §212. Disponível em <https://www.italaw.com>.

⁷¹ STEPHEN M. SCHWEBEL, “The Severability of the Arbitration Agreement”, in *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, 1987, p. 5.

Sucedem que, alguns autores, pelo contrário, defendem que uma cláusula de resolução de litígios não pode ser considerada como um acordo individualmente considerado e, bem assim, que o princípio da separabilidade não pode ser usado no caso de aplicação de uma cláusula MFN para este propósito⁷².

Por outro lado, também num elevado número de decisões, a solução adoptada pelos árbitros foi diametralmente oposta. Nestas decisões, como é exemplo paradigmático o caso *Maffezini*, os árbitros argumentam que não existe razão para se depender de uma dicotomia tão rígida, na medida em que o acesso à arbitragem constitui uma das componentes mais importantes do tratamento substantivo do investidor. Deste ponto de vista, negar o efeito processual das cláusulas MFN implicaria esvaziar a cláusula do seu efeito útil⁷³. Para além do exposto, conforme defende SCHILL, as cláusulas MFN há muito que foram consideradas como “instrumento para atribuir autoridade adjudicatória entre diferentes órgãos de resolução de litígios”⁷⁴, razão pela qual, o seu impacto processual/jurisdicional seria uma característica intrínseca do seu regime.

Por fim, esta temática da argumentação da divisão entre matéria substantiva e processual deu azo a considerações em votos de vencido, por exemplo BRIGITTE STERN, considerou que esta divisão não é *per se* conclusiva, isto porque, “direitos e meios de proteger direitos são dois animais legais distintos”⁷⁵.

iii. Interpretação textual BIT por BIT

As cláusulas MFN não devem ser redireccionadas para conferir competência aos tribunais arbitrais onde, de outra forma, não existiria.

⁷² YANNICK RADI, “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse””, in *The European Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 4, 2007, p. 762.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ STEPHAN W. SCHILL, “Multilateralizing Investment Treaties”, 2009, p. 362.

⁷⁵ Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpA v. República da Argentina*), §23, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Como tal, e nas palavras de JOHAN BILLIET, “a operacionalidade das cláusulas MFN depende da sua formulação e da intenção das partes no momento da elaboração do Acordo. Em particular, a redacção e a intenção das partes de incorporar disposições de resolução de litígios – no todo ou em parte – estabelecidas num outro Acordo, devem ser claras e inequívocas”⁷⁶.

A jurisprudência tem vindo a utilizar técnicas de hermenêutica, baseando-se na interpretação das palavras expressas nas cláusulas MFN para resolver o enigma da possível extensão destas às matérias processuais. O objectivo será apurar se as diferentes componentes e expressões textuais permitiam um âmbito de aplicação mais restrito ou mais amplo. Todavia, importa, desde já, salientar que todas as soluções encontradas são insatisfatórias. Aliás, estamos em crer que não deixa de ser paradoxal que se procure e confie no texto de uma cláusula ambígua para resolver a querela que não foi previamente decidida na sua formulação.

Relativamente ao termo “tratamento”, os tribunais arbitrais basearam-se na interpretação literal de uma formulação genérica da cláusula para concluir no sentido de que os Estados Contratantes não pretendiam introduzir qualquer distinção entre matérias processuais e matérias substantivas⁷⁷. No entanto, não perfilhamos desta opinião, porquanto procede a uma dedução demasiado simplista.

Por seu turno, no que concerne ao termo “todas as questões” foi já enfatizado na decisão *Maffezini* que a cláusula MFN ínsita no BIT celebrado entre a República da Argentina e o Reino de Espanha era peculiar, na medida em que se estendia a todas as matérias sujeitas ao referido BIT. Na decisão *Teinver* o tribunal considerou que, apesar de o termo “todas as questões” ser inequivocamente inclusivo, este elemento *per se* não podia ser um elemento decisivo. A referência a “todas as matérias” torna-se crucial se, num exercício de comparação de todos os acordos

⁷⁶ JOHAN BILLIET, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu-Publishers, 2016, p. 203.

⁷⁷ Entre outros, decisão sobre jurisdição de 03.08.2004, no Caso ICSID n.º ARB/02/8, *Siemens A.G. v. República da Argentina*, §85; e Decisão sobre jurisdição de 16.05.2006, no Caso ICSID n.º ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*, §55. Disponíveis em <http://icsid.worldbank.org>.

de investimentos celebrados pelo Estado de acolhimento, se concluir que o Acordo principal é extraordinariamente extensivo⁷⁸. Outros tribunais arbitrais consideraram que uma cláusula MFN que refere “todas as matérias” abrange, necessariamente, cláusulas de resolução de litígios⁷⁹.

A título exemplificativo, o tribunal arbitral no caso *Sanum Investments Ltd v. República Democrática Popular do Laos*, acabou por rejeitar o acesso das partes à arbitragem por entender que: “ler na cláusula MFN, uma cláusula de resolução de litígios para abarcar todas as protecções previstas no Acordo, quando o próprio Acordo prevê um acesso muito limitado à arbitragem internacional, resultaria numa reformulação substancial do Acordo e numa extensão do consentimento dos Estados Partes para a arbitragem internacional para além do que se pode presumir ter sido a sua intenção dado o limitado alcance das cláusulas de protecção do Acordo e de resolução de litígios.”⁸⁰.

iv. A natureza do consentimento dos Estados e o risco de “treaty-shopping”

O argumento invocado na doutrina e jurisprudência que consideramos mais persuasivo para recusar a extensão dos efeitos processuais de uma cláusula MFN prende-se com a configuração que o direito internacional público atribui à estrutura consensual da arbitragem. Em rigor, os demais argumentos avançados para recusar os efeitos processuais parecem convergir para a questão fundamental da natureza do consentimento dos Estados quanto ao litígio internacional.

A ideia de que o consentimento do Estado deve ser interpretado de forma restritiva, não podendo, bem assim, ser presumida, e por isso, permitindo ao investidor escolher as condições processuais de uma

⁷⁸ Decisão do ICSID, de 21.12.2012, proc. n.º ARB/09/1 (*Teinver S.A., Transportes de Cernánias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República da Argentina*), §§159-165. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁷⁹ Veja-se, a título de exemplo, Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10 (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

⁸⁰ Decisão do PCA, de 13.12.2013, proc. n.º 2013-13 (*Sanum Investments Ltd v. República Democrática Popular do Laos*), §358. Disponível em <https://www.italaw.com>.

infinidade de outros acordos estava já presente na decisão *Plama*⁸¹. Este argumento é, aliás, a ideia central da posição defendida por BRIGITTE STERN no seu voto de vencido no caso *Impreglio*. De acordo com a mencionada autora, as jurisdições internacionais têm uma “*compétence d’attribution*” e, por conseguinte, o facto de um Estado consentir em conceder determinados direitos aos investidores de outro Estado não significa que tenha, igualmente, consentido em remeter para a arbitragem os litígios que venham a surgir. Em determinadas decisões, os tribunais arbitrais optaram por distinguir entre os casos em que a cláusula MFN apenas foi utilizada para alterar as condições do consentimento prestado pelo Estado de acolhimento, dos casos em que a cláusula MFN teria sido empregada para atribuir competência ao tribunal arbitral⁸².

Das opções acima mencionadas, resulta que o uso das cláusulas MFN para alterar as condições do consentimento prestado pelo Estado de acolhimento ou para alterar a competência *ratione materiae* de um tribunal arbitral internacional é altamente controverso. À luz das posições conflitantes, expressas na jurisprudência e nas reflexões doutrinárias, nenhuma solução geral para esta questão pode ser encontrada. No entanto, entendemos que deve ser seguido um raciocínio jurídico rigoroso quando se pretenda aplicar uma cláusula MFN, tendo particularmente em conta os princípios gerais de direito internacional. O ponto de partida deve ser, em todo o caso, a análise do texto da cláusula, uma vez que é o que resulta claramente das regras de interpretação de tratados, i.e., dos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

No caso *Salini v. Reino Hachemita da Jordânia* os árbitros demonstraram-se preocupados com os riscos de *treaty shopping* que a extensão dos efeitos da cláusula MFN às cláusulas processuais provoca. Por outras palavras, o risco resultante do facto de os investidores desconsiderarem as cláusulas constantes no *basic Treaty* e procurarem uma cláusula mais favorável

⁸¹ Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §198, a propósito do consentimento claro e inequívoco, conforme estabelecido por um princípio de direito nacional e internacional. Disponível em <https://www.italaw.com>.

⁸² Por exemplo, a Decisão do PCA, de 26.07.2016, proc. n.º 2013-34 (*Venezuela US, S.R.L. v. República Bolivariana da Venezuela*), trata, particularmente, desta questão. Disponível em <https://www.italaw.com>.

nos BITs celebrados entre o Estado de acolhimento e Estados terceiros. Conforme nota ALEJANDRO FAYA RODRIGUEZ, o tribunal arbitral no caso *Maffezini*, embora admitisse que as cláusulas MFN podem estender os efeitos processuais, por outro lado, reconheceu, igualmente, que “o *treaty shopping* não controlado pode ser uma má ideia”⁸³. Isto porque, “outros elementos de ordem pública que limitam o funcionamento da cláusula [MFN] são, sem dúvida, identificados pelas Partes ou tribunais. Sendo claro, em qualquer caso, que deve ser feita uma distinção entre a extensão legítima dos direitos e benefícios por meio do accionamento da cláusula, por um lado, e o *treaty shopping* que atrapalharia os objectivos de ordem pública daquela cláusula específica do Acordo, por outro lado”⁸⁴.

VII. O papel fundamental do *background* dos árbitros

Em virtude do mediatismo do tema, muitas tentativas foram aplicadas para teorizar as razões da divisão *Maffezini/Plama*. Tomando em consideração a prática jurisprudencial, a partir de 2009, é notório que grande parte das decisões que abordam o tema da extensão dos efeitos das cláusulas MFN a matérias processuais contém votos de vencido que se opõem à referida extensão. Parece existir uma patente correlação entre a rejeição dos efeitos processuais das cláusulas MFN e a análise do direito internacional público e, em particular, o consentimento prestado pelos Estados. E isto porque, a maioria dos votos de vencido provém de professores de Direito Internacional Público (por exemplo, Brigitte Stern, Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo Kohen ou Santiago Torres Bernárdez). A influência intelectual da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça quanto ao consentimento dos Estados molda, naturalmente, a argumentação dos casos e, especialmente, os votos de vencido, onde os casos do TIJ são amplamente citados.

⁸³ ALEJANDRO FAYA RODRIGUEZ, “The Most-Favoured-Nation in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, Issue 1, 2008, pp. 89-102.

⁸⁴ Decisão do ICSID, de 25.01.2000, proc. n.º ARB/97/7 (*Emilio Agustín Maffezini v. Reino de Espanha*), §63. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

VIII. Conclusão

Aqui chegados, cumpre tomar posição na querela que nos ocupa. Efectivamente, conquanto entendamos que ambos possam coexistir, o caso *Plama* evidencia o efeito contraproducente da doutrina *Maffezini*, isto porque, o resultado da tentativa do tribunal em harmonizar os mecanismos de resolução de litígios por efeito da cláusula MFN, acabou por consubstanciar um paradoxo. O tribunal arbitral no caso *Plama* salientou que um adjudicador não pode inferir a intenção presumida dos Estados Contratantes de que os investidores devem ter a opção baseada numa cláusula MFN de escolher entre vários mecanismos de resolução de litígios dos diferentes tratados de investimento que celebraram. Em vez disso, essa conclusão deve basear-se em critérios objectivos e racionais, separados das particularidades do caso *Maffezini*.

Neste sentido, estamos inteiramente de acordo com a conclusão do tribunal arbitral no caso *Plama* quanto à natureza e alcance dos limites de ordem pública estabelecidos pelo caso *Maffezini*, onde se lê: “[o] princípio (...) deveria ser um princípio diferente com uma única excepção: uma cláusula MFN num Acordo principal não incorpora por referência disposições relativas à resolução de litígios, no todo ou em parte, estabelecidas noutro Tratado, a menos que a cláusula MFN no Tratado não deixe dúvidas de que as Partes Contratantes pretendiam incorporá-las”⁸⁵.

Por esta razão de fundo, julgamos que qualquer intenção de incorporar disposições exógenas de resolução de litígios num tratado de investimento em virtude da aplicação de uma cláusula MFN deve ser “clara e inequivocamente” estabelecida no tratado de investimento. Esta intenção clara e inequívoca pode ser deduzida a partir dos trabalhos preparatórios do próprio tratado ou de outros elementos preliminares, como seja correspondência, rascunhos iniciais do texto ou cartas de intenções. Inexistindo esta declaração de consentimento – ou quaisquer outros elementos objectivos que a deduzam –, os mecanismos de resolução de litígios devem ser considerados como estando fora do âmbito de aplicação da cláusula MFN relevante.

⁸⁵ Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §223. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Como vimos, a abordagem mais conservadora adoptada no caso *Plama* rejuvenesceu a discussão em torno da dicotomia entre a protecção substantiva e a protecção processual no quadro das cláusulas MFN. No que diz respeito à primeira, a sua incorporação em tratados de investimento é mais pacífica e mais susceptível de se subsumir – pelo menos indirectamente –, no texto das cláusulas MFN, enquanto a segunda só será incluída nas referidas disposições na medida em que for indubitavelmente pretendido pelos Estados Contratantes.

Em face do exposto, parece-nos que o tribunal arbitral ICSID reafirmou a importância primordial de determinar a vontade das partes, com um foco renovado no elemento textual da própria disposição. Assim, cumpre destacar o texto do n.º 3, do artigo 3 do BIT Modelo do Reino Unido, que prevê expressamente aquela inclusão, o que abre a possibilidade de incorporar salvaguardas processuais através de cláusulas MFN. A isto acresce que a vontade de incorporar as cláusulas de resolução de litígios através de cláusulas MFN pode – e deve –, também, ser determinada por referência aos elementos previstos nos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Com efeito, podemos argumentar que este problema não é mais do que uma questão de interpretação, ou seja, de interpretação do próprio tratado, a qual deve, portanto, ser tratada pela Convenção de Viena.

Nas palavras de ZACHARY DOUGLAS: “MFN” é um termo de arte no direito internacional e as obrigações do tratado que empregam este termo de arte têm um *pedigree* antigo”⁸⁶. A questão que surge é a seguinte: a interpretação deve ser realizada individualmente em relação a cada BIT, ou com base numa perspectiva geral? Ora, a arbitragem de investimentos, como qualquer outro mecanismo judicial ou arbitral, visa previsibilidade e certeza daí que, seja preferível considerar que a Convenção de Viena provê princípios gerais de direito sobre o funcionamento e aplicação de cláusulas MFN. Aliás, por esta mesma razão, não devem as cláusulas MFN ser tão abrangentes por forma a permitir que os investidores procedam ao denominado *treaty shopping*, uma vez que tal facto cria imprevisibilidade e desmantela o regime laborioso criado por cada Estado aquando da negociação dos BITs.

⁸⁶ ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration”, 2011, pp. 97-113.

Será que isto significa que a inextricável relação estabelecida no caso *Maffezini* entre os mecanismos de resolução de litígios e a protecção de investidores estrangeiros fica privada do seu sentido como um critério substantivo para a incorporação de mecanismos externos de resolução de litígios em tratados de investimento através de cláusulas MFN? Não cremos, mas apenas e tão-somente enquanto essa relação for objectivamente justificada, quer seja através do reconhecimento das partes ou através de uma interpretação teleológica do tratado de investimento, particularmente no que diz respeito ao núcleo irreduzível de matérias especificamente visadas pelas partes durante a fase das negociações. Opinião contrária leva a um exagero de protecção dos investidores estrangeiros.

Em conclusão, embora seja configurado como um dos *standards* tradicionais de direito comercial internacional e de investimento, o tratamento MFN ainda constitui uma fonte de reinvenção e um vector bastante importante na interpretação dos tratados de investimento. No final de contas, a aplicabilidade de uma disposição desta natureza aos mecanismos de resolução de litígios deve estar sujeita a critérios objectivos, racionais e reconhecíveis, ancorados na linguagem da cláusula e em situações em que a intenção das Partes Contratantes possa ser razoavelmente interpretada como favorecendo a inclusão do catálogo de direitos concedidos aos investidores de um país terceiro, nomeadamente dos mecanismos de resolução de litígios mais favoráveis.

Security For Costs

Admissibilidade e Pressupostos de Aplicação

CATARINA PERICÃO

Resumo: A Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa admite o decretamento de medidas de *security for costs* através das quais se ordena que uma parte – independentemente da posição processual que assume – preste uma garantia, assegurando-se, desta forma, que a outra parte – que venha a vencer a causa – verá ressarcidos os custos que teve de suportar com a arbitragem. Para que estas medidas possam ser decretadas é necessário que os factos alegados pela parte requerente preencham os normais pressupostos que antecedem o decretamento de qualquer providência cautelar – *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e proporcionalidade –, não sendo necessário a imposição de quaisquer outras limitações apriorísticas, nomeadamente aquela que condiciona o decretamento das referidas medidas às situações em que se verifique uma alteração das circunstâncias económico-financeira da parte contra a qual a mesma é requerida.

Palavras-chave: *Security for costs*, *providências cautelares*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, *princípio da proporcionalidade*.

Abstract: The Portuguese Voluntary Arbitration law allows the tribunal to order security for costs as an interim measure. This measure allows the tribunal to order one party – regardless of their procedural position – to provide security, ensuring that the other party – that wins the action – will not have to bear the costs of arbitration. Such measures can only be ordered if the applicant invokes sufficient facts to fulfil the normal requirements to order any interim measure – *fumus boni iuris*, *periculum in mora* and proportionality. Therefore, there is no need to establish any other requirements such as a change in the economic and financial situation of the party against whom the interim measure is requested.

Keywords: *Security for costs*, *interim measures*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, *principle of proportionality*

I. *Security for Costs* – admissibilidade e pressupostos de aplicação

A. *Da admissibilidade do decretamento das providências de security for costs*

1. Considerações introdutórias

O termo anglo-saxónico de *security for costs*¹ refere-se a um tipo de decisões interlocutórias bastante comuns “em ordens jurídicas da *common law* e [que] visa[m] assegurar que a parte que perde – e, logo, suporta os custos de litigância – tem os meios para o fazer”². Fundamentalmente, o Tribunal ordena que a parte contra a qual é requerida uma providência deste tipo preste uma garantia³, assegurando-se, desta forma, que a parte vencedora conseguirá ver ressarcidos os custos que teve de suportar com a arbitragem. Com efeito, estas medidas concretizam-se na prestação de uma garantia que tem em vista acautelar o efeito útil de uma eventual condenação no ressarcimento total ou parcial dos custos do processo. A necessidade destas providências surge no seguimento da verificação de que, não só os custos de arbitragem podem atingir valores avultados, como, em regra, a parte perdedora deverá suportá-los na sua totalidade ou na proporção do seu decaimento. Como refere WEIXIA GU “aquele que seja demandado numa ação arbitral por um demandante que não tem dinheiro arrisca-se a perder em qualquer caso (...). Se o demandando ignorar a ação arbitral, é provável que seja proferida uma decisão que lhe

¹ Referindo que “*security for costs* é uma medida provisória requerida durante o processo por uma parte demandada (em ação principal ou reconvenção) que quer garantir que o demandante será capaz de pagar os potenciais custos derivados de uma decisão arbitral que lhe seja desfavorável”, *vide in* JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p. 333.

² Referindo que “historicamente os tribunais arbitrais têm sido céticos quanto à atribuição de *security for costs*, mas mais recentemente os tribunais internacionais têm-se demonstrado disponíveis para atender a tais pedidos”, *vide* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, in *ICCA Reports Series*, n.º 4, 2018, p. 163.

³ Sobre a forma como a garantia deve ser prestada, *vide* WEIXIA GU, “Security for Costs in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, Issue 3, 2005, pp. 198-200.

seja desfavorável. Tal decisão poderá ser executada em todo o mundo (...). Por outro lado, se o demandado apresentar uma defesa na ação, será caro. Sem *security for costs*, os custos da defesa poderão não ser recuperados. O demandado numa ação arbitral iniciada por uma parte futuramente falida tem apenas a escolha de perder e ser devedor daquilo em que venha a ser condenado ou tornar-se um credor não garantido de uma parte falida”⁴.

Uma parte pode, pois, sentir-se especialmente impelida a requerer uma medida deste tipo quando anteveja não só a incapacidade (ou involuntariedade) da outra parte para pagar os custos por ela suportados durante todo o processo arbitral, mas também quando preveja que o pedido feito é de tal forma infundado que poderá ter como único escopo condicionar ou manipular a atuação da contraparte, nomeadamente obrigando-a a despendar quantias avultadas com um processo frívolo cujo fim é, por exemplo, levá-la a chegar a um acordo que não respeita necessariamente os seus melhores interesses. Como refere JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “também acontece no mundo da arbitragem que uma parte com um caso fraco comece um processo com o intuito de forçar a outra parte a chegar a acordo. E também é muito comum que a parte que tem um caso prefira inflacionar a quantia peticionada na expectativa de aumentar a probabilidade de que venha a haver um pagamento mais alto do que se optasse por ser mais conservadora”⁵. Ademais, podemos ainda estar perante “uma parte demandante, que é recalcitrante no incumprimento de anteriores condenações em custas e que, além disso, apresenta também um historial de repetidas ações arbitrais que são instauradas sem fundamentos sérios”⁶. Como refere WEIXIA GU, o decretamento de uma medida de *security for costs* terá, pois, a virtualidade de “dissuadir o demandante de apresentar pedidos sem mérito e considerar de forma séria a sua posição jurídica, e proteger o demandado de sofrer uma perda desnecessária dos custos de arbitragem nos quais incorreu na defesa

⁴ WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 168.

⁵ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, in *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. XI, n.º 1, 2018, p. 58.

⁶ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Third Party Funding’ ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, III-IV, 2015, p. 608.

bem-sucedida contra um demandante financeiramente irresponsável ou insolvente”⁷.

Não obstante, as providências de *security for costs* poderão ser requeridas por partes que prosseguem os fins que com elas se pretende evitar. Assim, poderão ser utilizadas com o intuito de condicionar a atuação de uma parte economicamente mais débil. Ademais, o decretamento das referidas medidas “em casos de impecuniosidade corre o risco de ‘excluir pequenas e novas sociedades da arbitragem comercial internacional, tornando este mecanismo não judicial de resolução de litígios domínio exclusivo de multi-nacionais ricas’”⁸.

A presente exposição pretende, essencialmente, fazer uma breve incursão sobre a matéria das providências de *security for costs*, aferindo da sua admissibilidade no ordenamento jurídico nacional, nomeadamente à luz da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, aprovada pela Lei 63/2011, de 14 de dezembro (doravante, LAV)⁹, procurando ainda definir quais os pressupostos que devem presidir à aplicação das mesmas. Com efeito, não só se terá de aferir da aplicabilidade, ao caso concreto, dos pressupostos gerais que antecedem o decretamento de qualquer providência cautelar, como avaliar a pertinência e necessidade de propor e aplicar outros requisitos, atendendo, nomeadamente, às características específicas que as referidas medidas comportam.

Assim, depois de concluirmos pela admissibilidade da figura no ordenamento português, pretendemos definir quais deverão ser as circunstâncias, requisitos e pressupostos que necessariamente têm de estar cumpridos para que estas providências possam ser decretadas, quer no plano nacional, quer no plano da arbitragem internacional.

2. A responsabilidade pelos custos do processo

Em Portugal não existe a tradição, divulgada e aplicada noutros ordenamentos, de ressarcir a parte vencedora pela totalidade dos custos que

⁷ WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 169.

⁸ WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 191.

⁹ Exclui-se, por isso, do âmbito da presente análise eventuais especificidades decorrentes dos regimes das arbitragens de Consumo, Direito Administrativo ou Direito Fiscal.

esta suportou com a litigância de determinada disputa¹⁰. Assim, embora o artigo 533.º do Código de Processo Civil expressamente preveja que “as custas da parte vencedora são suportadas pela parte vencida, na proporção do seu decaimento” – as quais integram não só as taxas de justiça, mas também os encargos efetivamente suportados pela parte, os honorários dos mandatários e as despesas por este efetuadas –, o Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, estabelece, nos artigos 25.º e 26.º, limites a tal ressarcibilidade, os quais obstem e impedem que esta ocorra relativamente à totalidade dos custos, despesas e encargos suportados. Não obstante, nenhuma das normas indicadas é aplicável aos processos arbitrais, pelo que, embora se admita que a comunidade arbitral portuguesa ainda possa atuar inspirada por aquela que é a prática judiciária, a crescente utilização deste meio de resolução alternativa de litígios e, sobretudo o aumento da intervenção daquela em arbitragens internacionais, permitirá uma maior assimilação das melhores práticas internacionais e um crescente desprendimento dos conceitos e *praxis* tradicionais do processo judicial. Assim, pode uma parte ser ressarcida pela totalidade dos custos que teve de suportar por causa do processo arbitral.

3. Legitimidade para requerer uma providência de *security for costs*

Desde já se adianta que, para alguns Autores, o pedido de decretamento da medida de *security for costs* só poderá ser feito pelo demandado contra o demandante¹¹, não sendo admissível o seu inverso, “porque poria em causa o seu [do demandado] direito de defesa”¹². Com efeito, e

¹⁰ “Esta regra da ‘inversão dos custos’ da parte vencedora para a parte que perde a ação pode ser um mecanismo eficaz para desencorajar as partes de avançar com pedidos e defesas fracos.”, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, Chartered Institute of Arbitrators, 2016, pp. 1-2, disponível em <http://www.ciarb.org/>, consultado em 08.09.2018.

¹¹ Neste sentido, EDUARDO ZULETA JARAMILLO, “Chapter 40: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding”, in *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 568.

¹² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 217.

como coloca DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “qualquer parte que inicie uma ação arbitral, atenta a estrutura de custos normalmente envolvida, tem que contar que corre sobre ela o risco de a parte contrária não ter meios de custear as despesas da lide”¹³. Assim, se tal entendimento fosse extensível à parte Demandada esta poderia ver coartada a possibilidade de exercer de forma plena o seu direito de defesa numa ação à qual não terá dado causa. Ademais, sempre se frustraria o fim enunciado *supra*, concedendo-se à parte demandante um meio especialmente idóneo a condicionar a atuação da contraparte e a pressioná-la em função dos seus interesses, fazendo-a refém destes.

Não obstante, sempre se poderá argumentar a este propósito que, se é verdade que a parte que propõe a ação tem que contar com os riscos de a contraparte não poder suportar os encargos e despesas associados ao processo arbitral, não é menos verdade que a demandada, ao celebrar uma convenção de arbitragem assumiu, também ela, o risco de, em caso de litígio, recorrer à arbitragem com os custos que lhe são inerentes, risco que, presume-se, era dela conhecido ou, pelo menos, cognoscível. Por outro lado, o risco de este instrumento ser usado para fins porventura desleais e abusivos é transversal ao próprio mecanismo, podendo também ocorrer quando o requerente da medida seja o demandado (e não só o demandante como parecem defender aqueles autores). Com efeito, o demandado pode servir-se daquele instrumento como forma de condicionar ou pressionar a parte demandante a atuar contra os seus interesses – desistir da ação, por exemplo, por falta de meios –, situação que se agrava quando consideramos que, em muitas situações, estaremos perante partes demandantes economicamente mais débeis, podendo a atuação do demandado ser também ela idónea a limitar o exercício de direitos pela parte demandante.

Mas mais relevante será porventura notar que o que está ainda em causa é o exercício do direito de ação por parte do demandante, não parecendo que o argumento aduzido, ou seja, de que este conhece os riscos de a contraparte vir a ser incapaz de cumprir, possa sobrepor-se àquele direito, sob pena de nenhuma parte ter legitimidade para avançar

¹³ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Third Party Funding”, 2015, p. 607.

com uma ação quando se anteveja a impossibilidade efetiva do direito reclamado se vir a realizar. A questão da legitimidade não pode, por isso, ser confundida com a possibilidade efetiva de vir a realizar-se o direito que se reclama e muito menos pode estar condicionada aos riscos potenciais que a mesma comporta, porquanto, se trata de matéria que tem de ser definida *a priori*. Por fim, sempre importará referir que o mecanismo de *security for costs*, tal como configurado *infra*, permite garantir que a sua aplicação não põe em causa o direito de defesa do demandado – nem tão pouco do demandante –, ou seja, que o mesmo não é usado com fins abusivos ou desleais. Neste sentido, parece que não existem razões preponderantes para aceitar, *ab initio*, um tratamento desigual das partes em função da posição que assumem no processo.

4. As providências cautelares na LAV

O artigo 20.º da LAV regula a matéria das providências cautelares. Será pertinente equacionar se o pedido de *security for costs* poderá ser qualificado como uma providência cautelar, nomeadamente atendendo aos fins que tradicionalmente as mesmas visam prosseguir: conservar ou antecipar, através de uma medida provisória e urgente, determinado efeito jurídico, assegurando, dessa forma, o fim útil que com a ação principal se pretende acautelar, garantindo que o mesmo não é prejudicado pela demora associada aos normais trâmites do processo. Com efeito, não só as medidas de *security for costs* são estranhas ao ordenamento processualista português, como parecem, pelo menos de forma imediata e superficial, não encaixar naqueles que são, tradicionalmente, os fins que as providências cautelares aí previstas pretendem prosseguir¹⁴. Não

¹⁴ Neste sentido, ARMINDO RIBEIRO MENDES refere que “[a] enunciação das modalidades de procedimentos cautelares quanto às respetivas finalidades mostra-nos que o conceito é diverso do utilizado no processo civil português” e “as providências cautelares previstas na LAV não coincidem com as providências especificadas reguladas no CPC” ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, coord. Dário Moura Vicente, 3.ª ed. revista e atualizada, Almedina, 2017, p. 82. Referindo que “[a] delimitação do conceito de providência cautelar por referência às finalidades que a mesma pretende atingir é o que, no essencial, distingue a figura prevista na LAV da providência cautelar consagrada

obstante, o que ora se afirma só terá especial relevância se entendermos transponíveis os conceitos tradicionais processualistas para o contexto da arbitragem, o que não se concede. Assim, não devemos pretender ler o artigo 20.º da LAV à luz dos quadros tradicionais processualistas¹⁵, porquanto tal raciocínio será sempre limitador, não só relativamente às soluções aí propostas, mas sobretudo para o procedimento arbitral em geral¹⁶. Assim, e embora a compreensão dos quadros dogmáticos que regem o direito processual civil seja indispensável, não podemos ignorar a autonomia de que a arbitragem beneficia, sendo sempre injusta e, porventura indesejada, a constante tentativa de fuga da mesma para o processo civil. Assim, “[o] processo arbitral assenta em princípios fundamentais próprios (...) que não se confundem, embora possam parcialmente coincidir, com os que são próprios do processo civil. (...) Claro que o árbitro (...) não está impedido (...) de utilizar certos conceitos que a ciência ou a técnica processualista elaboraram (...), mas isso não significa que lhe deva ser aplicado o regime legal do processo civil relativo a esses institutos”¹⁷. De resto, a utilidade da arbitragem só existe na estrita medida em que esta se diferencia do processo civil, e embora existam conceitos comunicáveis, a autonomia e individualidade da arbitragem como forma alternativa de resolução de litígios deverá prevalecer, mesmo

na lei processual civil”, *vide* MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º – Providências Cautelares Decretadas pelo Tribunal Arbitral”, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada Online*, FDUNL, Laboratório RAL, disponível em <https://laboratorioral.fd.unl.pt>, p. 8, consultado em 18.09.2018. Acrescentando ainda que “[o] conceito de providência cautelar arbitral é distinto do conceito de providência cautelar judicial”, *vide* PEDRO CAETANO NUNES, “Arbitragem e Medidas Cautelares – Algumas notas”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenções*, Almedina, 2013, p. 104.

¹⁵ Como refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “[n]ão se torna necessário, assim, atender às especificidades de cada uma das providências cautelares tipicamente previstas no Código de Processo Civil. É, aliás, recomendável que não se siga a tentação de fazê-lo, na medida em que apenas interessa preencher alguma das previsões da LAV”, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 213.

¹⁶ Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A razão por que não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do processo civil”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, III-IV – Lisboa, 2015, pp. 625-630 e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Almedina, 2017, pp. 189 e ss.

¹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A razão”, 2015, p. 626.

que isso represente uma relativização dos conceitos processualistas que venham a ser importados¹⁸.

Assim, nos termos do disposto no artigo 20.º da LAV “uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que: a) mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido; b) pratique atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral; c) assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada; d) preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio.”

Com efeito, a noção dada pela lei, embora “dev[a] considerar-se exaustiva”¹⁹, é bastante ampla e desprendida dos conceitos processuais civis, compreendendo não só as medidas de carácter temporário que pretendam conservar/manter ou antecipar determinada situação enquanto o litígio não for definitivamente resolvido, assegurando assim o efeito útil que se pretendia alcançar com a decisão final, mas também medidas que pretendem tutelar o normal curso do processo arbitral, a produção de prova ou ainda a futura execução da sentença arbitral. A amplitude com que tal dispositivo foi configurado dever-se-á, desde logo, ao facto de o mesmo ser uma transposição perfeita da Lei Modelo

¹⁸ Referindo que “a jurisdição arbitral e a jurisdição estadual não [são] jurisdições antagónicas, contraditórias ou concorrentes, mas sim jurisdições complementares”, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, 2017, p. 198. O mesmo autor refere ainda que existem situações “que confirmam a proximidade com o nosso Direito Processual Civil”, nomeadamente aquelas em que são utilizados conceitos próprios do direito processual civil, em que “é possível constatar uma certa inspiração na própria regulamentação” e ainda quando são feitas remissões expressas para aquele diploma. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, 2017, pp. 200-202.

¹⁹ Referindo que “[e]sta enumeração deve considerar-se exaustiva, não só porque resulta da letra da lei, mas sobretudo porque foi essa a intenção da UNCITRAL na sua redacção”, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 211. No mesmo sentido, MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, p. 8.

da UNCITRAL de 1985 na sua versão de 2006. Por outro lado, será dificilmente concebível uma medida cautelar ou temporária concreta que escape à previsão da norma. Assim, “a enumeração é suficientemente ampla para abranger as providências que usualmente são necessárias ao bom andamento do processo e à garantia da eficácia do seu resultado”²⁰.

5. Da competência do Tribunal Arbitral para decretar providências de *security for costs*

Impõe-se, pois, aqui chegados, aferir da admissibilidade do decretamento da providência de *security for costs* no ordenamento português, importando, desde já alertar que o recurso à mesma em Portugal não só não é comum, ao contrário dos ordenamentos de *common law*, como não está sequer prevista a figura da *cautio judicatum solvi*, a qual poderia, pelo menos em espírito, assemelhar-se àquela.

Num primeiro momento, importará equacionar se o Tribunal Arbitral é competente para o decretamento das referidas medidas²¹. Com efeito, o poder do Tribunal Arbitral tem a sua fonte genética na vontade das partes que, através da sua autonomia, optam por atribuir a terceiros a resolução dos litígios que ocorram entre si, escapando assim à jurisdição estadual²². Assim, quando as partes não se refram expressamente à possibilidade de conceder este tipo medidas, tem ainda o Tribunal Arbitral poder para as decretar? Ou tal solução extravasa o mandato que lhe foi conferido, tornando a sua atuação ilícita por contrária à vontade das partes?

A atribuição de competência a um Tribunal Arbitral para a resolução de um litígio não comporta, necessariamente, a concessão de poderes para decretar outras medidas cujos efeitos jurídicos não foram sequer

²⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 211.

²¹ Sobre a competência do Tribunal Arbitral para decretar providências de *security for costs*, vide WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, pp. 170-184.

²² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 125 e ss., MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Almedina, 2013, pp. 143 e ss..

equacionados pelas partes, circunstância que terá especial acuidade na situação ora em análise, uma vez que estas medidas representam uma novidade no ordenamento jurídico nacional.

Assim, mesmo as partes mais sofisticadas poderão não configurar ou antever a possibilidade de o Tribunal exercer tais poderes, o que, desde logo, poderá ser indiciário da sua falta de vontade em atribuir tais competências àquele. Do exposto decorre que, atendendo à prática arbitral nacional e ao ordenamento jurídico português, não se pode presumir que a vontade das partes, ao consagrar uma convenção de arbitragem em termos gerais, era a de atribuir competência ao Tribunal Arbitral para decretar *security for costs*. Não obstante, admitimos que com a evolução da prática arbitral e, sobretudo, com a progressiva assimilação dos princípios e práticas internacionais, tais considerações venham a revelar-se obsoletas, não sendo expectável que as partes desconheçam o instrumento e as consequências que o mesmo comporta²³.

Não obstante, o Tribunal Arbitral será competente se as partes expressamente previrem tal solução ou se, através das regras gerais de interpretação das declarações de vontade e do negócio jurídico, nomeadamente do disposto nos artigos 236.^o e seguintes do Código Civil, se alcançar semelhante resultado²⁴. O mesmo se diga se as partes remeterem para um Regulamento que preveja ou admita o decretamento das medidas

²³ Neste sentido, referindo que “geralmente, pode haver uma certa relutância dos tribunais arbitrais fora dos países da *Commonwealth* e/ou de tribunais que estejam a decidir uma disputa entre Partes que não sejam desses países em conceder *security for costs* porque entendem que estas medidas são exclusivas dos sistemas de *common law*. Esta é uma perspetiva que deverá desaparecer uma vez que a aceitação das medidas de *security for costs* na arbitragem internacional está a crescer, especialmente ao abrigo das normas gerais que admitem providências cautelares. Parece, portanto, tornar-se cada vez mais difícil argumentar que, nas situações em que o tribunal tem o poder para decretar providências cautelares, o decretamento de *security for costs* seria contrário às expectativas das partes”, vide JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 339.

²⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2013, pp. 169 e ss..

ora em análise, estipulação que pode ser feita em termos expressos²⁵ ou através de uma formulação mais ampla²⁶⁻²⁷.

Será, pois, pertinente analisar se, à luz da LAV, estas medidas são admissíveis, porquanto tal circunstância será determinante e imprescindível para aferir da competência do Tribunal, nomeadamente se for esta a lei aplicável ao caso.

Desde já se adianta que é nosso entendimento que a alínea c) do n.º 2 do artigo 20.º da LAV²⁸ comporta a admissibilidade das providências de *security for costs*²⁹. É, de resto, a opinião perfilhada pelo Working Group on Arbitration and Conciliation da UNCITRAL, nomeadamente quando refere que “*security for costs* estão abrangidas pela expressão ‘preservação

²⁵ “As regras da maioria das instituições arbitrais sedeadas em jurisdições de *common law* e a maioria das leis nacionais dessas jurisdições preveem expressamente a possibilidade de os árbitros ordenarem *security for costs*”, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 2.

²⁶ ALI YESILIRMAK refere que “para os restantes regulamentos arbitrais que não contêm normas expressas sobre *security for costs*, o poder geral de decretar providências cautelares deverá ser suficiente para o tribunal conceder um pedido de *security for costs*”, ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2005, p. 216. Neste sentido, admitindo que “vários países de *civil law* incluem normais gerais sobre providências cautelares que, como é geralmente aceite, incluem as ordens de *security for costs*” e ainda que “tribunais arbitrais terão tipicamente o poder de ordenar *security for costs*, quer seja ao abrigo de leis de arbitragem e/ou regulamentos que expressamente preveem tal poder, ou normais gerais sobre providências cautelares”, *vide* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 168 e ainda “as leis nacionais dessas jurisdições de *civil law* atribuem aos árbitros amplos poderes para decretar providências cautelares que entendam ser necessárias e/ou adequadas. Este poder geral é considerado suficientemente amplo para incluir o poder para ordenar a uma parte que preste *security for costs* em situações apropriadas e mediante as cautelas adequadas”, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 2.

²⁷ Há ainda quem entenda que, mesmo nos casos em que não há uma norma expressa ou geral, o tribunal ainda tem poderes para decretar estas medidas: “o tribunal ainda terá o poder para decretar *security for costs* baseado no dever inerente de preservar a integridade do processo”, *in* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 170.

²⁸ Que corresponde ao artigo 17(2)(c) da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁹ Neste sentido, *vide* JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 58.

de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada”³⁰. Por outro lado, a alteração operada em 2006 da Lei Modelo UNCITRAL, a qual conferiu a redação hoje conhecida da disposição normativa em causa, “foi considerada necessária à luz do facto de que tais medidas são cada vez mais usadas na prática da arbitragem comercial internacional”³¹.

Com efeito, o que está em causa naquela disposição é a possibilidade de o Tribunal decretar uma medida que tenha como principal escopo a preservação de bens sobre os quais incidirá uma eventual execução da sentença arbitral. “O tipo de medidas incluídas nesta alínea são, nos exemplos de Yesilirmak, ordens para não retirar bens de certo território nacional; depositar os bens objecto de disputa junto de um terceiro ou para não os retirar de certo lugar; apresentar garantia de pagamento de custos de arbitragem (*security for costs*) ou da totalidade ou parte dos montantes pedidos”³².

Como refere MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “[e]stão em causa, desde logo, todas aquelas medidas destinadas a evitar a frustração da execução da decisão arbitral”³³.

Apesar de a Lei Modelo pretender abarcar as medidas de *security for costs* e, mesmo reconhecendo que a LAV fez uma transposição perfeita do aí proposto, não é evidente, para alguns Autores, que a LAV tenha pretendido abarcar tais medidas.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA entende que o decretamento das referidas medidas não é admissível “tendo em conta o exotismo deste tipo de providência e a sua eventual inutilidade dado que, primeiro, os custos de litigância são consideravelmente mais baixos no nosso ordenamento jurídico e, segundo, não se aplicar, em princípio, a regra da responsabilidade total (incluindo honorários de advogado) da parte perdedora. Acresce que as regras sobre honorários e despesas dos árbitros (...) nada referem

³⁰ UNCITRAL, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-seventh session (Vienna, 10-14 September 2007), Document A/CN.9/641, 25.09.2007, p. 10.

³¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, with amendments as adopted in 2006, Explanatory Note, Vienna, 2008, p. 24, disponível em <http://www.uncitral.org>, consultado em 08.09.2018.

³² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 216.

³³ MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, p. 13.

quanto a este tipo de possibilidade, determinando antes a extinção do processo arbitral caso alguma das partes não cumpra o adiantamento da sua parte (artigo 17.º n.º 5 LAV)”³⁴.

Ora, não se pode concordar com o entendimento aí expendido. Com efeito, a admissibilidade ou inadmissibilidade do decretamento de uma medida deste tipo não poderá ficar dependente da aferição da sua eventual utilidade no caso concreto, sob pena de não só ser ilógico, como poder ficar prejudicado o entendimento defendido quando se venha a verificar uma alteração das circunstâncias fácticas em que o mesmo se baseou, nomeadamente, e usando os exemplos da Autora, se os custos de litigância se tornarem consideravelmente superiores aos que ora são praticados, ou se vier a aplicar-se a regra da responsabilidade total pelos custos do processo. De resto, e como ficou referido *supra*, não só os limites impostos à responsabilidade total não se aplicam à arbitragem, sendo exclusivos do processo judicial, como se admite como possível, e aliás provável, que tal prática se venha a alterar nos termos já expostos.

Assim, por tudo o quanto fica exposto, a eventual (in)utilidade do instituto não determina, *per se*, a inadmissibilidade do mesmo.

Por outro lado, o artigo 17.º da LAV, citado pela Autora, refere-se aos honorários e despesas dos árbitros. Com efeito, os n.ºs 4 e 5 da referida disposição estabelecem as consequências da falta de pagamento dos preparos aí previstos, nomeadamente a possibilidade de suspensão ou extinção do processo arbitral. Não obstante, não nos parece que esta norma abarque toda a factualidade subjacente à problemática da matéria que ora se trata, porquanto os custos do processo que aqui se pretendem garantir englobam um conjunto muito mais vasto de encargos que as partes têm de suportar: honorários dos advogados, custos com a produção de prova (honorários de peritos e de *legal experts*), despesas de deslocação dos mandatários e peritos, transcrições³⁵, etc.. Assim, entendemos que o

³⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 217.

³⁵ Os quais são especialmente elevados na arbitragem internacional: “O processo arbitral internacional não consegue, normalmente, evitar custos elevados relacionados com advogados, peritos, logística, árbitros e instituição que administra o caso de acordo com as suas regras. Estes custos podem facilmente atingir mais de um milhão de euros numa arbitragem média, e o entendimento comum é de que, com exceções, os custos refletem

dispositivo normativo em causa não obsta à admissibilidade do decretamento de *security for costs*, uma vez que não tem, desde logo, a pretensão de tratar a referida matéria. Daquela norma apenas podemos concluir que, quanto ao adiantamento do pagamento de honorários e despesas em que se incorra com a constituição e funcionamento do Tribunal Arbitral, a solução oferecida pela lei é aí exposta. Afinal, “o que está em causa não é assegurar os pagamentos relativos aos encargos da arbitragem que cada uma das partes tem de efectuar ao tribunal arbitral (ou à instituição arbitral), pois, em relação a estes, a LAV regula especificamente, no artigo 17.º, as consequências do seu não pagamento. Do que se trata é de assegurar que a parte vencedora na arbitragem irá ser ressarcida dos custos em que incorreu com o processo arbitral”³⁶. De resto, a quantia prestada a título de provisão para pagamento de honorários e despesas do Tribunal Arbitral, e bem assim, para suportar custos administrativos das instituições que administram a arbitragem, não têm a vocação de ressarcir *a posteriori* os custos despendidos pelas partes com o processo arbitral.

A Autora acrescenta ainda que “a própria letra do preceito – assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada – foi escolhida de forma a não incluir este tipo de providências, estando visivelmente orientada para medidas que garantam a utilidade material da sentença final, ou seja, da condenação do demandado ou do demandante (caso haja pedido reconvenicional) a pagar um determinado montante ou entregar alguma coisa”³⁷. De facto, a letra da disposição normativa restringe o seu âmbito de aplicação à preservação dos bens sobre os quais a sentença possa ser executada, cabendo, pois, antes de mais, definir o que é que ainda pode ou deve ser considerado como elemento integrante da sentença.

A matéria referente à sentença arbitral encontra-se regulada nos artigos 39.º e seguintes da LAV. Ora, do disposto no artigo 42.º, n.º 5 da LAV

o evento, ou seja, a parte que perde irá suportar todos os custos da parte vencedora, ou apenas parte deles dependendo do vencimento total ou parcial das partes” in JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 57.

³⁶ MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, disponível em <https://laboratorioral.fd.unl.pt>, p. 27.

³⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 218.

resulta expressamente que “da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos diretamente resultantes do processo arbitral”. Do exposto, não pode senão resultar que “[a] decisão sobre custas e encargos fica assim com o valor formal de sentença”³⁸. Não parece haver dúvidas de que a condenação no pagamento da totalidade ou de parte dos custos do processo deve ainda ser considerada como excerto decisório integrante da sentença arbitral, pelo que, também por aqui, se podia entender que o elemento literal da norma admite o decretamento de tais medidas, porquanto o que ora se pretende é, ainda, assegurar que um excerto decisório possa vir a ser cumprido, e bem assim, executado³⁹. Assim, e embora se admita que a sentença seja vista pelas partes com referência ao objeto do processo, leia-se, aos seus pedidos principais, não podemos ignorar que o legislador previu um conceito mais amplo de sentença, no qual cabem, para além do objeto principal da ação, a condenação de uma delas no ressarcimento parcial ou total das despesas suportadas pela parte contrária com o processo arbitral.

Em suma, e analisando não só o elemento literal da norma, mas também a *ratio* subjacente à previsão da disposição equivalente da Lei Modelo, a qual foi transposta textualmente para a LAV, não existem razões para negar a admissibilidade do decretamento de providências cautelares que tenham como escopo garantir o pagamento dos custos que uma parte terá de suportar no decurso do processo arbitral por causa deste. Por outro lado, o facto de não existir no nosso ordenamento uma tradição de aplicação da figura⁴⁰ não deve obstar à sua admissibilidade, desde logo, porque tal prática está diretamente relacionada com aquela outra que obsta a uma responsabilidade total pelo pagamento

³⁸ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2017, p. 134.

³⁹ Neste sentido, referindo que “a condenação em custas integra a execução da decisão arbitral que venha, porventura, a ocorrer”, *vide* MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, disponível em <https://laboratorioral.fd.unl.pt>, pp. 28-29.

⁴⁰ Referindo que “atualmente, como em muitos países de *civil law*, nem a lei doméstica francesa nem a lei de arbitragem francesa contém normas relacionadas especificamente com *security for costs*. Esta omissão reflete o facto de que em França, ao contrário do que ocorre frequentemente em Inglaterra, as partes tipicamente suportarem os seus custos”, *vide* WILLIAM KIRTLEY; KORALIE WIETRZYKOWSKI, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, Issue 1, 2013, pp. 17-30.

dos custos do processo da parte vencida, a qual, como vimos, não se deve aplicar ao processo arbitral. Ademais, a eventual (in)utilidade de um instituto jurídico não impõe que o mesmo seja intolerável pelo ordenamento.

Sempre se poderia equacionar se as providências de *security for costs* contrariam quaisquer princípios gerais do Direito e do sistema jurídico.

Com efeito, a admissibilidade destas providências poderia ter o efeito nefasto de coartar, limitar ou condicionar a efetivação do princípio do acesso à justiça, do *due process*, da igualdade das partes e até da sua autonomia privada. Afinal, estaríamos a admitir que uma parte fosse colocada na situação de ter de suportar um ónus, com todas as consequências que tal facto acarreta, em detrimento da outra, podendo tal circunstância determinar uma dificuldade acrescida, e porventura insuperável, de prosseguir com a ação e fazer valer o seu direito. Ademais, este mecanismo poderia ser utilizado como um instrumento de pressão de uma parte economicamente mais forte com o intuito de determinar a atuação da contraparte, porventura mais débil ou menos capacitada para suportar os custos associados ao processo arbitral. Ora, tal facto poderia conduzir a uma putativa desigualdade material entre as partes ou a uma limitação do acesso à justiça, tornando inviáveis as suas expectativas de litigar em processo arbitral.

Ora, não é verdade que assim seja. Com efeito, as providências de *security for costs* poderão ainda ser concebidas como forma de colmatar eventuais injustiças e desigualdades, evitando que pretensões frívolas e com escopo exclusivamente intimidatório consigam concretizar tais fins.

Poderia ainda acrescentar-se que as partes configuraram livremente o recurso à arbitragem com os riscos – e custos – que lhes são intrínsecos, pelo que lhes caberia suportar o ónus da eventual impossibilidade de cumprimento da obrigação de pagamento dos mesmos.

Não obstante, e apesar do que fica dito, o decretamento destas medidas impõe-se perante a verificação de certas circunstâncias. De resto, “argumenta-se, com razão, que uma parte contraente, quando celebra um contrato, normalmente suporta o risco de que venha a ocorrer uma disputa porque tal risco é ‘um risco comercial comum de estar envolvido em negócios e na atividade comercial’. (...) Não obstante, há casos em

que um tribunal com o poder de decretar *security for costs*, poderá fazê-lo mediante a verificação das circunstâncias adequadas”⁴¹.

Mais se acrescenta que os pressupostos elencados *infra* serão idôneos a garantir que estas medidas só são decretadas mediante a verificação de circunstâncias que exigem essa intervenção, não devendo ser determinadas quando possam conduzir a resultados manifestamente injustos ou limitadores do acesso à justiça. Entendemos, por outro lado, que estas medidas terão ainda a virtualidade de corrigir eventuais desigualdades, de condicionar comportamentos abusivos, sendo ainda idôneas a acautelar o fim útil da arbitragem: a resolução de litígios através do proferimento de uma sentença arbitral exequível (e efetivamente executada).

B. Dos pressupostos de decretamento das providências de security for costs

1. Fumus boni iuris, periculum in mora e princípio da proporcionalidade

Embora se entenda que a LAV admite e prevê as providências de *security for costs*, sempre importará determinar quais os pressupostos que permitirão o efetivo decretamento das mesmas.

A LAV é especialmente atenta à definição dos pressupostos e requisitos que determinam o decretamento de providências cautelares⁴². Já a Lei Modelo UNCITRAL previa no artigo 17.º-A que “[a] parte que solicita uma medida provisória (...) deverá demonstrar ao tribunal arbitral que: a) [é] provável que resulte um dano não adequadamente reparável por uma indemnização, caso a medida provisória não seja ordenada e que esse dano ultrapasse substancialmente aquele que a parte contra a qual a medida

⁴¹ ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, pp. 215-216.

⁴² Nem todas as leis e regulamentos identificam quais os requisitos, critérios ou testes que devem ser adotados aquando do decretamento de uma providência cautelar. Neste sentido, “na arbitragem comercial internacional não existe ainda um teste uniforme para os pedidos de *security for costs*”, vide INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 165. Sobre o decretamento de providências de *security for costs* na ICC, vide MICHAEL W. BÜHLER; THOMAS H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration – Commentary, Precedents, Materials*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, 2008, pp. 343-347.

foi interposta, sofreria se a medida fosse ordenada; e b) [e]xiste uma possibilidade razoável de que a parte que solicita a medida provisória tenha sucesso quanto à substância do seu pedido. A determinação desta possibilidade não afectará a decisão do tribunal arbitral em posteriores decisões.”

Ora, o artigo 21.º da LAV adotou uma formulação ligeiramente distinta⁴³, inspirada na dogmática processual civil portuguesa, dispondo que “[u]ma providência cautelar requerida (...) é decretada pelo tribunal arbitral, desde que: a) [h]aja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e b) [o] prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.”

O que a disposição normativa citada consagra, afinal, são os três princípios que a lei processual civil impõe para o decretamento de providências cautelares: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e princípio da proporcionalidade^{44/45}. Embora com formulações por vezes distintas⁴⁶,

⁴³ Como refere ARMINDO RIBEIRO MENDES, “[d]a comparação entre ambas as disposições [da Lei Modelo e da LAV] (...) resulta que a lei portuguesa consagra expressamente o requisito do receio suficientemente fundado da lesão desse direito (*periculum in mora*) que está subentendido na regulamentação da Lei-Modelo” ARMINDO RIBEIRO MENDES, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2017, p. 134.

⁴⁴ Identificando os pressupostos que têm de estar verificados, vide GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2.ª ed., Wolters Kluwer, 2014, pp. 2468-2483, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009, pp. 97-98. Entendendo que estes princípios devem prevalecer mesmo nos casos em que a lei ou regulamento aplicável não densifiquem quais os pressupostos e requisitos para o decretamento de providências cautelares e, ainda, identificando outros critérios positivos e negativos úteis, vide ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, pp. 172-189. Identificando as condições que deverão estar verificadas em arbitragem internacional para o decretamento das referidas medidas, vide MICHAEL W. BÜHLER; THOMAS H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration*, 2008, p. 337.

⁴⁵ Entendendo que “os aspetos genéricos relevantes a considerar quando se está a decidir uma providência cautelar (urgência e risco de dano irreparável se não for decretada) não são muito úteis para avaliar os pedidos de *security for costs*”, vide JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 336.

⁴⁶ Note-se que, embora as formulações da Lei Modelo e da LAV sejam distintas, materialmente os princípios que lhe estão subjacentes são os mesmos.

estes são os princípios que, mesmo na arbitragem internacional, vão sendo utilizados como referência para o decretamento de providências cautelares.

Com efeito, a parte que requer uma providência cautelar de *security for costs* terá de demonstrar que existe uma probabilidade séria de lhe vir a ser reconhecido o direito ao ressarcimento pelos custos que terá de suportar com o processo. Por outro lado, terá ainda de invocar factos que permitam convencer o Tribunal Arbitral de que existe um fundado receio de que o não decretamento da referida medida poderá conduzir ao não ressarcimento, a final, dos custos que o requerente teve de suportar com o processo arbitral⁴⁷. Terá, pois, de alegar factos que demonstrem a necessidade e urgência do decretamento da medida requerida, nomeadamente que convençam a entidade decisora de que o risco normal de demora associado ao processo porá em causa o efeito útil do direito que venha a ser reconhecido a final na sentença arbitral⁴⁸.

Não obstante, aquela análise não implica que o Tribunal seja colocado na situação de apreciar definitivamente o litígio. Como refere MENEZES CORDEIRO, “[a] sumariiedade do juízo cautelar não vem expressamente consignada na LAV. Todavia ela resulta da referência a (meras) probabilidades da existência do Direito. Infere-se, daqui: (a) que os árbitros devem formular um juízo positivo quer quanto aos factos alegados, quer quanto ao Direito aplicável, de tal modo que a providência requerida se apresente como razoavelmente justa e adequada; (b) que tal juízo fica aquém da certeza processual exigida para a decisão final”⁴⁹. Assim, o

⁴⁷ “Se for aparente que um demandante terá os meios necessários e que tais meios estarão prontamente disponíveis para satisfazer qualquer condenação no pagamento dos custos do processo, os árbitros deverão abster-se de ordenar a prestação da garantia como forma de proteção contra uma possível alteração da situação financeira do demandante.”, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 7.

⁴⁸ Entendendo que “[o] decretamento da medida apenas se justificará quando exista uma elevada probabilidade de o demandado vir a obter ganho de causa e exista um forte (e justificado) receio de que a parte vencida, aquando da prolação da decisão final, não terá meios para ressarcir a parte vencedora dos custos em que esta incorreu devido ao processo arbitral”, vide MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, disponível em <https://laboratorioral.fd.unl.pt>, p. 29.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 237.

juízo de prognose que venha a ser feito baseia-se em prova sumária, não devendo, por isso, o juízo do Tribunal ficar condicionado pelo que aí venha a ser decidido⁵⁰. Sempre se poderá dizer que, ainda que assim seja, há um juízo, mesmo que sumário, sobre o fundo da causa, o que redundaria numa antecipação da decisão final. Com efeito, o decretamento de uma providência cautelar pelo Tribunal, nomeadamente quando esta tenha natureza antecipatória, pressupõe uma análise dos elementos de que, nessa fase, aquele dispõe, e sobretudo um juízo de prognose sobre o desfecho da causa. Mas tal circunstância não obsta ao que *supra* se referiu, porquanto o mesmo não está vinculado à decisão cautelar tomada. De resto, a produção de prova, o desenvolvimento da posição das partes (factual e jurídica) é potencialmente idóneo a motivar uma alteração do sentido decisório adotado cautelarmente.

Por fim, e mesmo que verificados os dois pressupostos iniciais, só poderá ser decretada uma providência cautelar se, pesados os interesses em causa, se concluir que o prejuízo inerente ao seu decretamento não excede de forma considerável o dano que se pretende acautelar com o mesmo⁵¹. O legislador pretendeu, pois, incluir um mecanismo corretor que atenda à proporcionalidade da medida requerida, nomeadamente considerando os fins que a mesma pretende acautelar e os efeitos que a mesma é idónea a produzir na esfera jurídica (e patrimonial) do requerido contra o qual a mesma é decretada.

⁵⁰ Sobre a liberdade final do Tribunal Arbitral, referindo que “pode o tribunal decidir de modo total ou parcialmente diferente”, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2015, pp. 237-238.

⁵¹ O CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS identifica os seguintes critérios: “quando decidam sobre o decretamento de uma ordem de *security for costs*, os árbitros deverão considerar as seguintes matérias:

- i) as perspetivas de procedência do(s) pedido(s) e das defesas
- ii) a capacidade de o demandante satisfazer uma condenação em custos desfavorável e a disponibilidade dos bens do demandante para a execução de uma decisão sobre custos que seja desfavorável...; e
- iii) se é justo, considerando todas as circunstâncias, que uma parte preste uma garantia para suportar os custos da outra parte

3. Esta lista não é exaustiva e os árbitros deverão considerar também quaisquer circunstâncias adicionais que possam considerar relevantes no caso concreto das partes e da arbitragem.” CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 3.

2. Da alteração das circunstâncias económico-financeiras da parte requerida

Apesar do exposto, nem todas as leis e regulamentos estabelecem os pressupostos que devem anteceder o decretamento de uma providência cautelar, e bem assim de uma medida de *security for costs*, sendo, por isso, aduzidos pela doutrina e jurisprudência, para além daqueles, outros requisitos.

Como referimos *supra*, há quem entenda que as partes, ao celebrarem uma convenção de arbitragem, assumiriam o risco de litigar em processo arbitral com os custos daí advenientes e, consequentemente, o risco de não verem ressarcido o dano a eles associado. Neste sentido, refere-se que “a maioria dos tribunais arbitrais comerciais parecem adotar, na medida em que isso seja possível ao abrigo da lei nacional aplicável, uma abordagem baseada no consentimento, avaliando se houve ou não uma alteração material e imprevisível das circunstâncias desde a conclusão da convenção de arbitragem. Esta abordagem é baseada na natureza convencional da arbitragem comercial e no facto de as partes terem acordado submeter as suas disputas à arbitragem. Com efeito, é geralmente aceite que se as circunstâncias financeiras do demandante não sofreram uma alteração material e imprevisível desde a conclusão da convenção de arbitragem, a sua incapacidade para satisfazer uma condenação em custos pode ser considerada como tendo sido aceita pelo demandado como parte do risco comercial aquando do início da relação contratual”⁵². Estes Autores restringem, por isso, a concessão destas medidas aos casos em que tenha ocorrido uma alteração das circunstâncias económico-financeiras da parte requerida entre o momento da celebração do contrato e o momento

⁵² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 168. Referindo que “se a solvência de uma parte for questionável no início da relação contratual, os árbitros poderão considerar que a incapacidade para pagar não é razão para ordenar *security for costs* uma vez que esse risco foi uma consequência de negociar com aquela parte. Do mesmo modo, se uma parte contrata com uma *shell company* sem obter qualquer tipo de garantia financeira, os árbitros poderão considerar que a sua incapacidade para pagar era conhecida, ou razoavelmente cognoscível, no início da relação contratual e foi aceite como consequência daquele negócio.”, *vide* CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 7.

em que ocorre o litígio e é encetado o processo arbitral. Tal entendimento teria o intuito de restringir o âmbito de aplicação das referidas providências, às quais se imputa uma elevada onerosidade. Assim, atendendo ao que ora se expõe, este tipo de medidas só seria decretado se houvesse uma situação de fragilidade económica e financeira – a qual não existia à data da celebração da convenção de arbitragem – que indiciaria a inviabilidade de uma parte ser, a final, capaz de reaver os custos que suportou com o processo arbitral⁵³, considerando-se a alteração das referidas circunstâncias como pressuposto imprescindível à concessão de uma providência de *security for costs*.

É referido por alguns Autores que “há poucos casos onde os tribunais tenham decretado *security for costs*. Isto poderá indicar que os tribunais estão relutantes em exercer tal poder. Uma razão forte é a de que o decretamento de *security for costs* não é adequado em arbitragem. Há bons argumentos para justificar que seja aplicada uma exigência mais elevada nos processos arbitrais do que nos processos judiciais. A arbitragem exige geralmente que o demandado concorde em arbitrar com o demandante. Além disso, o ónus que recai sobre o demandante de pagar uma provisão ao abrigo dos regulamentos das instituições ou aos árbitros é considerado uma garantia suficiente para excluir qualquer pedido abusivo e extravagante. Uma vez que a falta de fundos suficientes é devida frequentemente a ações e incumprimentos contratuais do demandado receia-se que nesses casos as partes possam abusar de pedidos adicionais de garantia para evitarem que demandantes subfinanciados exerçam os seus direitos”⁵⁴.

Temos dúvidas sobre a pertinência e validade de tal restrição, e bem assim da transversalidade dos argumentos que a suportam. Como vimos, existe um conjunto de pressupostos e requisitos que devem estar verificados para que o Tribunal Arbitral possa decretar uma providência cautelar. As providências cautelares representam sempre, pela sua própria natureza, um encargo elevado para a parte contra a qual são decretadas,

⁵³ Neste sentido, MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, disponível em <https://laboratorial.fd.unl.pt>, e CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, pp. 7-8. Vide ainda JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 336.

⁵⁴ LEW; MISTELIS; KROLL *apud* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 166.

uma vez que nos encontramos ainda numa fase precoce do processo, tendo a convicção do Tribunal sido formada com base numa prova sumária e perfunctória. Não obstante, entendemos que os pressupostos referidos, tal como estão configurados, permitem conferir ao sistema a certeza e segurança que se impõe, nomeadamente garantindo que esta medida não é decretada com base em meros receios infundados de um eventual incumprimento. Por outro lado, não é líquido que as partes configuram os riscos que lhes são imputados *supra*. Afinal, na maior parte das situações, as partes não conseguem antecipar qual será o objeto do litígio ou os custos que o mesmo irá representar, porquanto poderão ser absolutamente imprevisíveis. De resto, os trâmites e custos do processo arbitral variam em função do objeto do litígio, do Tribunal Arbitral, da produção de prova necessária, etc. Mesmo que assim não se entendesse, sempre se poderá argumentar que a parte, mesmo conhecendo da situação debilitada da contraparte e, conseqüentemente, correndo o risco de ainda assim contratar com ela – é pacífico que não se nega o direito desta ser ressarcida pelos danos decorrentes de um eventual incumprimento contratual, mesmo quando o contrato é celebrado naquelas circunstâncias –, tinha ainda a convicção de que, em caso de litígio arbitral, teria à sua disposição mecanismos de tutela capazes de colmatar tal circunstância. Ou seja, poderemos ainda admitir que assumiu tal risco na convicção de que o processo arbitral lhe conferiria instrumentos capazes de tutelar e garantir a sua posição. Assim, o decretamento destas medidas em situações em que não ocorre uma alteração das circunstâncias não determina, *per se*, uma desconsideração da *consent based approach*⁵⁵. Parece que o que se pretende com tal entendimento é, tão só, estabelecer *a priori* e de forma cega um critério de responsabilização da parte que optou por contratar com outra economicamente débil, não se logrando aferir, no caso concreto, qual delas merece efetivamente tutela e proteção. O que

⁵⁵ Como referimos *supra*, esta *consent based approach* prende-se essencialmente com a consideração de que as Partes, ao celebrarem uma convenção de arbitragem, assumiriam o risco de litigar em processo arbitral com os custos e riscos daí advenientes. No fundo, o consentimento, como manifestação de vontade das partes de celebrar uma convenção de arbitragem, seria idóneo a abranger os riscos associados àquela celebração, só carecendo de tutela as situações que extravasassem manifestamente esse escopo.

está ainda em causa nestas medidas é o exercício de um direito, devendo avaliar-se, no caso concreto, se o mesmo carece, ou não, de tutela.

Assim, não podemos concordar com a afirmação de que “o tribunal arbitral deverá ser (redobradamente) cauteloso ao deferir uma *security for costs*”⁵⁶, porquanto nos parece que o grau de exigência que se lhe impõe é o mesmo que impera em toda a sua atuação. E não se diga que tal consideração é contrária ao princípio da boa fé⁵⁷. Afinal, e como já tivemos oportunidade de analisar, a inexistência de uma alteração das circunstâncias económico-financeiras da parte contra a qual a providência é requerida não determina, *per se*, uma atuação abusiva ou contrária à boa fé da parte requerente, porquanto, embora conhecendo os riscos associados ao incumprimento do contrato e posterior necessidade de litigar em processo arbitral, existe um conjunto de outros fatores que, àquela data, não eram previsíveis ou com os quais não se conformou. Por outro lado, entendemos que o sistema jurídico comporta em si mecanismos suficientemente seguros para garantir que a medida não seja decretada em situações em que a parte requerente atua de forma abusiva⁵⁸ ou contrária ao princípio da boa fé. O Tribunal Arbitral pode (e, sobretudo, deve) rejeitar o decretamento da providência requerida quando a sua aplicação possa contrariar os princípios gerais do direito

⁵⁶ MANUEL DE ABREU CASTELO BRANCO, “Artigo 20.º”, disponível em <https://laboratorial.fd.unl.pt>, p. 29, onde acrescenta ainda que “o tribunal arbitral não deverá deferir o decretamento da medida [s]e a capacidade financeira do requerido, apesar de degradada, é similar àquela que se verificava aquando da celebração do contrato”. Neste sentido, entendendo que “é entendimento que, na prática, ‘é improvável que os árbitros decretem *security for costs* quando a eventual sentença seja executável ao abrigo da Convenção de Nova Iorque ou de tratado equivalente, a não ser que seja demonstrado, de forma convincente, que a parte perdedora não será, com toda a probabilidade, capaz de cumprir uma condenação em custos [devido, por exemplo, à sua insolvência]’. Essa incapacidade deverá ser o resultado de uma alteração das circunstâncias posterior à celebração do contrato.”, *vide* REDFERN/HUNTER *apud* ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, pp. 217-218.

⁵⁷ Entendendo que o decretamento de uma medida de *security for costs* sem que tenha ocorrido uma alteração das circunstâncias “violaria o princípio da boa fé”, *vide* ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, p. 218.

⁵⁸ “Antes de decretar uma ordem de *security for costs*, os árbitros devem considerar e confirmar que, considerando todas as circunstâncias envolvidas, será justo ordenar uma das partes a prestar *security for costs* à outra parte.” CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, pp. 9-10.

e do processo arbitral (nomeadamente, o da violação do princípio da igualdade das partes ou de acesso à justiça)⁵⁹.

Os receios identificados pelos autores que se debruçam sobre esta matéria prendem-se, essencialmente, com os efeitos que o decretamento destas medidas pode ter no acesso à justiça, e bem assim, na efetivação do princípio da igualdade de armas entre as partes⁶⁰. Como refere WEIXIA GU “os árbitros são cautelosos com o facto de as *security for costs* poderem ser usadas com o objetivo de dissuadir ou tornar impossível o exercício do direito de ação em relação a pedidos fundados por demandantes em circunstâncias economicamente débeis, particularmente quando a alegada impecuniosidade se descobre ser resultado direto da conduta do demandado no processo arbitral”⁶¹. Entendem, pois, que os riscos que podem advir da medida justificam a sua excecionalidade⁶². De facto, a gravidade dos putativos efeitos da medida justifica que a mesma seja decretada perante circunstâncias específicas e quiçá verdadeiramente excecionais. Não podemos é alinhar com a pretensão avançada de restringir *ab initio* as situações merecedoras de tutela, porquanto nos parece que o sistema prevê os mecanismos necessários para garantir a mencionada especificidade, os quais não só estão previstos na Lei Modelo UNCITRAL, e bem assim na LAV, como estão divulgados e são aplicados na prática internacional. Parece-nos, pois, pouco sensato restringir *a priori* as situações em que o decretamento das medidas de *security for costs* é admissível, uma vez que se poderá estar, com tal exercício, a negar tutela a situações que dela manifestamente carecem.

⁵⁹ Referindo que requerimentos frívolos ou vexatórios não deverão ser atendidos pelo Tribunal e ainda que deve ser rejeitado o decretamento de medidas quando as mesmas sejam solicitadas por uma “uma parte que não tem as mãos limpas”, vide ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, pp. 177, 183-189.

⁶⁰ Neste sentido, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 65.

⁶¹ WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 185.

⁶² Neste sentido, referindo que “Henderson sugere colocar particular ênfase na análise de se houve uma verificação de uma alteração relevante das circunstâncias (considerando também as práticas específicas da arbitragem internacional), se o demandante adotou atos deliberados a fim de se desfazer de bens, se a impecuniosidade do demandante foi causada pelas ações do demandado, se o demandante atua de boa fé e se o demandado atua de boa fé”, vide JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 337.

Por outro lado, também não vemos utilidade em restringir *ab initio* a aplicação destas medidas a situações de insolvência ou de risco de insolvência⁶³. Embora se admita que só nestas circunstâncias é que existe um fundado receio de que a condenação não venha a ser cumprida, não é certo que assim seja, admitindo-se, pelo contrário, que existam situações em que, não estando verificadas aquelas circunstâncias concretas, ainda seja possível que, verificando-se os requisitos e pressupostos propostos, venha a ser decretada uma medida deste tipo. Da mesma forma, mesmo perante uma situação de insolvência ou pré-insolvência poderá não se justificar o decretamento da referida medida, porquanto poderão existir outras circunstâncias fácticas que permitam convencer o Tribunal que o risco de lesão do direito não existe, ou seja, que, apesar daquela situação, o requerido será capaz de satisfazer o direito de que o requerente é, aparentemente, titular⁶⁴.

De facto, é dito por alguns autores que “o número baixo de casos reflete o princípio de que uma ordem só deveria ser decretada nas mais excepcionais circunstâncias, e não só porque existe uma probabilidade (ainda que forte) de que o demandante não será capaz de suportar qualquer condenação no pagamento dos custos. A disponibilidade de um remédio é uma coisa; a sua adequação, particularmente no contexto da arbitragem internacional, é outra completamente diferente”⁶⁵. Ora, de facto, o decretamento destas medidas na prática continuará, com grande probabilidade, a ser raro, mas não porque o crivo aplicado é mais ou menos exigente, mas tão só porque existirão poucas situações em que as circunstâncias fácticas do caso preenchem os pressupostos essenciais, leia-se, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e princípio da proporcionalidade. Desde logo, mesmo que se verifique a probabilidade da

⁶³ Identificando estas circunstâncias como situações excepcionais em que poderiam ser decretadas medidas de *security for costs*, vide SANDROCK *apud* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 166.

⁶⁴ Neste sentido, referindo que “a falta ou inacessibilidade aos bens é uma razão necessária, mas não suficiente para requerer *security for costs*”, vide CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 7.

⁶⁵ LEW; MISTELIS; KROLL *apud* INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 167.

existência do direito do requerente a ser ressarcido pelos custos em que incorreu com o processo arbitral, mesmo que se admita que, atendendo ao circunstancialismo fáctico que rodeia o caso, é fundado o receio de ficar prejudicado o efeito útil da decisão que o reconheça, sempre existirá o crivo da proporcionalidade, o qual será idóneo a eliminar muitos dos riscos que os autores identificam e associam a estas medidas, porquanto limita o decretamento destas providências às situações em que, pesados os interesses em causa, se conclui que o prejuízo inerente ao seu decretamento não excede de forma considerável o dano que se pretende acautelar com o mesmo.

Por outro lado, e não nos cansamos de insistir, o Tribunal Arbitral sempre terá o poder de rejeitar medidas que sejam manifestamente contrárias aos princípios fundamentais do Direito e do processo arbitral, nomeadamente o da boa fé, do acesso à justiça e da igualdade de partes.

Assim, o Tribunal sempre terá de rejeitar o decretamento da medida se o mesmo “for na verdade idóneo a negar o direito de acesso à arbitragem por razões que lhes são alheias e (b) se, depois de pesados os interesses das partes nomeadamente no que diz respeito ao objeto do processo e às circunstâncias que motivaram o pedido de *security for costs*, o decretamento de tal ordem parecesse altamente injusto para os demandantes”⁶⁶, sem que isso imponha que estejam previstos ou sejam considerados critérios fixos adicionais, como o da alteração das circunstâncias fácticas da situação económico-financeira do requerido.

Pelo que, não se pode senão reiterar que o sistema tem mecanismos suficientes para combater os riscos identificados, não sendo, pois, necessário, colocar crivos mais exigentes ou definir pressupostos mais rigorosos do que aqueles que já seriam habitualmente aplicados às demais providências cautelares. O que aqui se quer dizer, uma vez mais, é que a admissibilidade e legalidade do decretamento de uma providência cautelar não fica dependente da sua utilidade prática⁶⁷. E não se diga

⁶⁶ JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, pp. 336-337.

⁶⁷ A título de exemplo, veja-se o afirmado por CRAIG, PARK e PAULSON: “*security for costs* não é normalmente decretada em arbitragem CCI; não obstante, o poder existe e, em certas circunstâncias, pode ser justificado” in CRAIG; PARK; PAULSON, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 165.

que tal entendimento é contrário à flexibilidade que o processo arbitral impõe, porquanto, não só os pressupostos e requisitos identificados são suficientemente flexíveis⁶⁸ para garantir a justiça do caso concreto⁶⁹, como permitem conferir previsibilidade à própria arbitragem, garantindo-lhe a necessária segurança e estabilidade⁷⁰.

Assim, e embora os Autores analisados defendam que as providências de *security for costs* só podem ser decretadas quando ocorra uma alteração das circunstâncias⁷¹ existentes à data da celebração do contrato no qual se insere a convenção de arbitragem, entendemos que tal pressuposto não é imprescindível. Em suma, embora se admita que só naqueles casos exista um fundado receio de uma lesão irreparável do direito e seja proporcional a medida requerida, é ainda por referência a estes critérios e não àquela circunstância que deverá a legalidade e viabilidade da medida ser analisada, assim se permitindo que, perante circunstâncias distintas mas igualmente gravosas, possa uma medida deste tipo ser decretada verificando-se que fiquem os pressupostos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e da proporcionalidade. Não se nega, por outro lado, que no preenchimento

⁶⁸ Acrescentando ainda que “(...) medidas provisórias de proteção em arbitragens devem ser previsíveis, mas ao mesmo tempo flexíveis para responder às necessidades comerciais de cada transação e disputa”, vide ALI YESILIRMAK, *Provisional Measures*, 2005, pp. 243-244.

⁶⁹ Referindo que “quando se julga a viabilidade do pedido, os árbitros deverão considerar de forma equilibrada o direito de ação de uma parte contra o direito de a parte contrária recuperar os custos que teve de suportar com a defesa em tal ação. Assim, os árbitros deverão avaliar a bondade de todos os argumentos a favor e contra o decretamento da garantia com o intuito de obter uma decisão que seja justa considerando todas as circunstâncias do caso”, vide CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Applications for Security for Costs*, 2016, p. 4. No mesmo sentido, JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 333: “o interesse do demandante de acesso à justiça arbitral deverá ser pesado contra o interesse do demandado em evitar um processo arbitral custoso no qual não existe garantia suficiente de que, se vencer, será reembolsado pelas suas despesas.”

⁷⁰ Identificando os vários interesses conflitantes, vide JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 66: “neste tipo de situações costumamos deparar-nos com um conflito de direitos e deveres, riscos e oportunidades, proteção e abusos, posições desequilibradas, força económica contra falta da mesma, casos fortes e fracos e o conflito secular entre a busca humana pela justiça contra a necessidade de certeza da sociedade.”

⁷¹ Sobre a relevância deste critério na Alemanha, ICC e UNCITRAL, vide WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, pp. 187-189.

e aferição daqueles requisitos e pressupostos sejam atendidas todas as circunstâncias do caso⁷², nomeadamente a incapacidade do requerido para cumprir⁷³, o risco efetivo de a sentença não vir a ser executada, a conduta do requerente⁷⁴ e do requerido⁷⁵, as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, a existência de um terceiro investidor, etc..

⁷² Neste sentido, WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, pp. 190-198. JOSÉ MIGUEL JÚDICE identifica os seguintes factores relevantes: “para qualquer decisão sobre *security for costs* é de importância primordial considerar problemas de acesso à justiça, comportamentos anteriores das partes nas suas interações, as razões para as dificuldades financeiras e/ou económicas da parte financiada (se é que as há), as quantias em disputa, o momento em que a questão foi trazida à atenção do tribunal, etc.”, in JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 66. GARY B. BORN refere que “os tribunais consideram tipicamente o estado financeiro da parte contra a qual foi requerida a prestação de garantia, a medida em que terceiros estão a financiar a participação dessa parte na arbitragem (...) e as dificuldades prováveis de execução da decisão final de condenação no pagamento dos custos” in GARY B. BORN, *International Commercial*, 2014, p. 2496.

⁷³ Referindo que “o caso clássico em que uma garantia pode ser decretada é o da impecuniosidade ou insolvência do demandante. O demandante pode ter um grave problema de *cash-flow*, falta de capital de exploração, ou pode já ser insolvente ou uma mera *shell company*”, vide WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 190. Não obstante, numa outra perspetiva, esta circunstância de impecuniosidade, quando coloque a parte numa situação de indefesa, pode ser fundamento de afastamento da jurisdição arbitral, com base no direito de acesso à justiça consagrado na Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal Constitucional, de 30.05.2008, proc. n.º 753/07, disponível em: <https://dre.pt/>, que julgou “inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a exceção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação.” Fazendo uma análise crítica do referido acórdão vide JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao Acórdão n.º 311/2008 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009.

⁷⁴ Referindo que “estas considerações têm sido tidas em conta para reduzir o risco de que um pedido de garantia seja usado por demandados ricos e de grande dimensão como uma arma opressora para afastar pedidos legítimos de partes financeiramente mais fracas”, vide WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 195.

⁷⁵ Acrescentando que “comportamentos evasivos ou dilatórios da parte do demandante têm sido considerados, por vezes, na análise de pedidos de *security for costs*. Isto parece natural uma vez que esses comportamentos indicam que o demandante poderá incumprir uma sentença futura”, vide WEIXIA GU, “Security for Costs”, 2005, p. 196.

De resto, e como afirma JOSÉ MIGUEL JÚDICE “eu achei e ainda acho que em certas (mas não necessariamente excepcionais) circunstâncias (e considerando também que a sua extensão, características e condições podem ser questões relevantes de análise), ordenar *security for costs* será a decisão certa”⁷⁶. Entendemos, pois, que restringir a aplicabilidade da medida contraria aquele que é o mais correto entendimento sobre ela: “*security for costs* não pode ser vista nem como uma regra nem como uma exceção, mas como algo que se encontra no meio”⁷⁷.

3. *Third Party Funding* e a sua relevância no decretamento das providências de *security for costs*

O financiamento de processos arbitrais por terceiros é hoje um tema extremamente debatido na comunidade arbitral, porquanto pode ter efeitos decisivos no curso do processo arbitral⁷⁸, nomeadamente no que à matéria de *security for costs* diz respeito⁷⁹. Por um lado, existe uma tendência a associar o financiamento prestado por terceiros a situações em que a parte demandante não se encontra em condições económico-financeiras sustentáveis capazes de fazer frente aos normais custos de uma arbitragem. Por outro lado, não se pode ignorar que, não sendo o terceiro parte da arbitragem, leia-se da convenção de arbitragem, pode a parte Demandada vencedora ser incapaz de ver ressarcidos os custos em que incorreu com o processo arbitral. Afinal, não só se encontra perante uma parte incapaz de cumprir a condenação que lhe foi decretada de pagamento dos custos do processo, como não poderá, em princípio, exigir àquele terceiro financiador que venha a cumprir, em alternativa,

⁷⁶ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 65.

⁷⁷ *Idem* p. 66.

⁷⁸ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, pp. 55-71, JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Third Party Funding”, 2015, pp. 573-624.

⁷⁹ Sobre o impacto do *third party funding* no decretamento de medidas de *security for costs*, vide JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, pp. 55-71, JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Third Party Funding”, 2015, pp. 573-624 e WILLIAM KIRTLEY; KORALIE WIETRZYKOWSKI, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs”, 2013, pp. 17-30.

considerando que inexistente qualquer vínculo obrigacional entre os mesmos. Assim, pode ser criada “uma situação que é, em certa medida, paradoxal: enquanto o financiamento de uma ação é visto como uma forma de promover o acesso à justiça, o recurso a financiamento para litigar pode colocar a parte em risco de lhe ser negado o acesso à justiça devido a um impacto desfavorável que tal financiamento tem na sequência do interesse da contraparte em obter *security for costs*”⁸⁰.

Desde já digamos que nada do que ora ficou expresso é evidente. Afinal, não só estes contratos de financiamento são celebrados com partes que não se encontram necessariamente em dificuldades económicas, como também não é certo que os terceiros investidores não possam vir a ser responsabilizados pelo pagamento dos custos associados à arbitragem⁸¹.

Assim, também aqui entendemos que o decretamento de uma medida de *security for costs* deverá ser determinada de acordo com os pressupostos identificados *supra*, “desconsiderando a existência de um acordo de financiamento”^{82/83}. Do exposto decorre que, embora a existência de um acordo deste tipo possa ser indiciária de uma situação económica e financeira debilitada de uma das partes⁸⁴, tal facto, não é, só por si, suficiente para demonstrar a referida circunstância⁸⁵. Ou seja, a prova da existência de um terceiro financiador não permite preencher, *per se*, o

⁸⁰ JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, p. 334.

⁸¹ Sobre a possibilidade de os terceiros investidores poderem ser responsabilizados pelo pagamento dos custos suportados com o processo arbitral, entendendo que tal circunstância será excecional, *vide* JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, pp. 59-64.

⁸² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 145. No mesmo sentido, WILLIAM KIRTLEY; KORALIE WIETRZYKOWSKI, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs”, 2013, pp. 21-22.

⁸³ Concluindo que “o *third-party funding* não deverá ter impacto na decisão do tribunal arbitral sobre *security for costs*, a não ser que o demandado possa demonstrar que o mesmo está a ser usado de forma abusiva”, *vide* WILLIAM KIRTLEY; KORALIE WIETRZYKOWSKI, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs”, 2013, p. 29.

⁸⁴ Neste sentido, *vide* WILLIAM KIRTLEY; KORALIE WIETRZYKOWSKI, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs”, 2013, pp. 28.

⁸⁵ Referindo que “nem a existência de financiamento de um litígio conduz à presunção inilidível de impecuniosidade do demandante. Afinal, o acordo de financiamento é também

pressuposto legalmente estabelecido do fundado receio de não vir a ser ressarcido pelas despesas e encargos em que incorreu na sequência do processo arbitral. Em suma, “obter financiamento de terceiros não deverá ser assumido como demonstração de uma deterioração material das finanças do demandante, uma vez que (...) o financiamento é amplamente utilizado por partes financeiramente estáveis como formar de partilhar o risco e manter liquidez”⁸⁶. Na esteira de JOSÉ MIGUEL JÚDICE, sempre se poderá concluir que “o mero facto de um TPF entrar na ação não é suficiente, per se, para justificar *security for costs*”⁸⁷.

II. Síntese Conclusiva

A providência de *security for costs*, apesar de constituir um mecanismo de aplicação rara ou pouco usual, poderá revelar-se especialmente pertinente. Não só será idónea a combater pretensões frívolas, abusivas ou desleais, como terá também a virtualidade de tutelar a posição da parte que, litigando contra outra economicamente débil, ver-se-á provavelmente privada do ressarcimento dos custos que o processo comporta. Assim, sem aquele mecanismo, a parte poderia ser colocada na circunstância de ter de optar por dois cenários, ambos inviáveis: ou abstém-se de litigar, com os efeitos adversos que daí podem decorrer, ou assume uma posição ativa no processo com os custos elevados que o mesmo representa, arriscando-se, a final, a não ser ressarcida dos mesmos.

Embora a providência de *security for costs* constitua uma novidade no ordenamento jurídico português, entendemos que o artigo 20.º, n.º 2, alínea c) da LAV comporta a sua admissibilidade, não só atendendo à formulação ampla que aí é adotada, mas também considerando os fins que se pretenderam acautelar com a sua previsão, nomeadamente na Lei Modelo UNCITRAL. Por outro lado, se as partes, na convenção de

usado por partes financeiramente estáveis que apenas querem partilhar o risco e manter a liquidez”, vide JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding*, 2016, pp. 341-342.

⁸⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 171.

⁸⁷ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding”, 2018, p. 66.

arbitragem, optaram por uma lei ou regulamento que atribua poder aos árbitros para decretar providências cautelares, ainda que de forma genérica, o Tribunal Arbitral deverá considerar-se competente para decretar uma providência de *security for costs*. De facto, não se ignora que as referidas medidas são desconhecidas do ordenamento nacional, mas tal não deverá ser impeditivo do que ali se conclui. Afinal, tal circunstância deve-se apenas ao facto de não existir aí a tradição de responsabilizar a parte vencida pela totalidade dos custos do processo. Ora, como vimos, tal circunstância decorre da influência da prática processualista judiciária, a qual não só não se impõe no processo arbitral, como não deve sequer ser transposta, porquanto se afasta das melhores práticas internacionais.

Por outro lado, a LAV, e bem assim a prática internacional, vêm identificando os princípios do *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e da proporcionalidade (embora com formulações distintas), como pressupostos anteriores ao decretamento das referidas medidas. Entendemos que a verificação destes requisitos será suficiente para assegurar, não só a flexibilidade do processo arbitral e a correspondente adequação ao caso concreto, como também a segurança e previsibilidade que o sistema exige. Apesar de parecer unânime o entendimento de que estas medidas só deveriam ser decretadas quando se verificasse uma alteração da circunstância económico-financeira da parte contra a qual a mesma é requerida, porquanto só este resultado seria conforme ao acordado entre as partes e às expectativas legitimamente atendíveis destas, entendemos que tal pressuposto não é imprescindível. Assim, embora tal solução tenha o intuito de restringir o âmbito objetivo de aplicação da referida providência, nomeadamente porque se lhe imputa riscos significativos de limitação de acesso à justiça arbitral ou de desigualdade entre as partes, nomeadamente porque as mesmas são decretadas, tendencialmente, contra partes economicamente débeis, não podemos olvidar que são ainda essas as razões que motivam o seu decretamento. Curioso será, pois, notar que as potenciais desvantagens que esta medida acarreta são as mesmas que com o seu decretamento se pretende evitar – colmatar eventuais injustiças e desigualdades, garantindo o ressarcimento dos custos que se venham a suportar com o processo, evitando que pretensões frívolas e com escopo exclusivamente intimidatório consigam concretizar tais fins.

Ora, consideramos que os três requisitos definidos são idóneos a garantir os efeitos justos que estas medidas potencialmente produzem,

sendo ainda suficientes a acautelar os riscos que a elas podem estar associados. Não é, pois, necessário, e muito menos é conveniente, limitar *a priori*, as situações concretas em que tal decretamento pode ocorrer, uma vez que tal postura será, necessariamente, redutora, podendo, aliás, produzir resultados manifestamente injustos, nomeadamente ignorando a tutela de situações que dela manifestamente carecem.

O mesmo valerá para as situações de *third party funding*. Assim, também aqui, a mera existência de um terceiro investidor/financiador não determina, *per se*, que a parte financiada se encontre em dificuldades económicas ou venha a revelar-se incapaz de cumprir uma condenação no pagamento de custos processuais, embora possa ser indiciária de tal circunstância.

Em suma, no decretamento de uma providência de *security for costs*, deve atender-se aos mesmíssimos pressupostos e requisitos que antecedem o deferimento de qualquer outra providência cautelar. Isto não significa, contudo, que sejam de ignorar as circunstâncias concretas que rodeiam o caso. Tais factos servirão o propósito de preencher e densificar aqueles requisitos, sendo ainda por referência a estes que deverá a legalidade e viabilidade da medida ser analisada, assim se permitindo que, perante circunstâncias distintas daquelas que os Autores avançam, possa uma medida deste tipo ser decretada, se a justiça do caso concreto assim o impuser.

O Conflito entre a Publicidade e a Confidencialidade na Arbitragem: um Reflexo do “Due Process Paranoia”?

MARGARIDA ARÊLO MANSO

Resumo: Durante os meses de Setembro de 2017 e Fevereiro de 2018, tive a oportunidade de realizar um estágio na *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, a CIMA, em Madrid. Para além do privilégio de estagiar numa instituição arbitral de referência (mundial), tive também a possibilidade de analisar e reflectir sobre várias questões controvertidas no âmbito da arbitragem, em particular a problemática relacionada com o conflito confidencialidade/publicidade vigente nos procedimentos arbitrais. Foi graças a essa oportunidade, e ao profundo acompanhamento do Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro, que elaborei o Relatório de Estágio “*Da relação entre a confidencialidade e a publicidade na Arbitragem, uma perspectiva adquirida na CIMA*” no âmbito do Mestrado de Direito Forense e Arbitragem, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e discutido em provas públicas no dia 03.12.2018 perante um júri composto pela Prof.^a Doutora Maria Helena de Brito (arguente), pela Prof.^a Doutora Mariana França Gouveia (presidente) e pelo Prof. Doutor António Pedro Pinto Monteiro (orientador). O presente estudo, seguirá de perto, com as devidas adaptações, esse Relatório. Pretendemos, resumidamente, colocar num plano prático/normativo a relação entre a confidencialidade e a publicidade na arbitragem, e compreender se o *due process paranoia* é um reflexo desse mesmo conflito.

Palavras Chave: *Publicidade, Confidencialidade, Arbitragem, Due Process, Due Process Paranoia*

Abstract: Between the months of September 2017 and February 2018, I had the opportunity to work in the Civil and Mercantile Court of Arbitration, CIMA, located in Madrid. Besides the privilege of being able to work as an intern in a worldwide arbitral institution of reference, I also had the opportunity to analyse and reflect on several important and controversial issues, such as the problem regarding the conflict between publicity/confidentiality in arbitral procedures. It was due to this opportunity and the excellent mentoring of Professor António Pedro Pinto Monteiro that I wrote my internship report “*Da relação entre a confidencialidade e a publicidade na Arbitragem, uma perspectiva adquirida na CIMA*” discussed on the 3rd of December 2018, with a jury formed

by Professor Maria Helena de Brito (examiner), Professor Mariana França Gouveia (president) and Professor António Pedro Pinto Monteiro (advisor). The current study will follow closely that report. We intend, to analyse the main consequences that emerge from the publicity/confidentiality system of the arbitral procedures and awards, taking always into account the importance and the way that the due process reveals particularly in this plan and, finally, try to comprehend if the due process paranoia is a reflect of that same conflict.

Key Words: *Publicity, Confidentiality, Arbitration, Due Process, Due Process Paranoia*

1. O paradigma do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem¹

I – Percorreu-se um longo caminho desde os dias em que o juiz era considerado, na óptica de MONTESQUIEU, “a mera boca da lei”² e a aplicação do Direito se fazia principalmente através de uma perspectiva puramente objectivista³.

Ao invés, actualmente, encontramos-nos perante um inovador sistema judicial cada vez mais acessível e responsável por levantar interessantes questões, como a *vexata quaestio* aqui alvo de análise.

De facto, numa época em que a exigência da transparência se faz sentir mais do que nunca e em que se discutem novas formas de publicidade das sentenças arbitrais de cariz público⁴ – a par do novo Regulamento Geral de Protecção de Dados⁵ e da proposta de levantamento de sigilo

¹ O presente artigo encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

² MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Reimpressão, Edições 70, 2017, pp. 464 e ss.

³ Sobre as várias aplicações do Direito, vejamos-se, por exemplo, RONALD DWORKIN, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, 1996, pp. 87-139, e HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 8.^a ed., Almedina, 2019, pp. 25 e ss.

⁴ Referimo-nos à Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2019, apresentada na Assembleia da República a 29.11.2018, na sequência da Petição n.º 456/XIII/3.^a

⁵ Cfr. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento

bancário⁶ – revela-se particularmente pertinente analisar se será, ou não, necessário a arbitragem abdicar daquela que é geralmente reconhecida como uma das suas grandes vantagens: a confidencialidade⁷.

Neste sentido, coloca-se a questão: de que forma a relação entre a publicidade e a confidencialidade pode (ou não) ir contra o direito ao processo equitativo, e se o *due process paranoia* será um reflexo dessa mesma relação.

Pretendemos, ainda, compreender o modo como a relação publicidade/confidencialidade foi resolvida num plano internacional, em particular na CIMA.

II – A decisão do Supremo Tribunal da Austrália *Esso Australia Resources Ltd Vs. Plowman*, em 1995, é comumente apontada como o marco histórico responsável por iniciar a discussão relativamente ao estatuto da confidencialidade na arbitragem⁸, uma vez que tal decisão se recusou a reconhecer na confidencialidade uma característica essencial da arbitragem⁹.

de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que revoga a Directiva 95/46/CE.

⁶ Cfr. Diário de Notícias, 10.05.2018, que refere que “o Governo aprovou a proposta para levantar sigilo bancário nas contas de depósito com saldo superior a 50 mil euros, tendo o ministro das Finanças dito que a Autoridade Tributária não terá acesso aos movimentos das contas”, e o Diário de Notícias, 9.05.2018, que sublinha que “vivemos num momento bastante diferente ao que levou Presidente da República, a vetar o decreto-lei, em 2016”.

⁷ Parece inegável esta onda de transparência que vivemos, em que a criação do Identificador Europeu de Jurisprudência se tornou uma realidade, e a consulta dos processos e de todas as peças processuais passou a estar disponível a todos os cidadãos com processos judiciais a decorrer. Anteriormente, apenas os advogados e os funcionários judiciais podiam aceder, através da plataforma Citius, à consulta de qualquer processo (com excepção para os processos executivos). Actualmente, com a nova plataforma de Serviços Digitais dos Tribunais, acessível através do *sítio* da internet <https://tribunais.org.pt/>, qualquer cidadão pode consultar os seus processos judiciais.

⁸ ANDREW DE LOTBINIÈRE, *et al.*, “Recent trends in International Arbitration”, in *Board of Business Practice of the Finnish Chamber of Commerce*, 2018, pp. 2 e ss.

⁹ A decisão jurisprudencial do Tribunal Supremo Australiano, de 07.04.1995, proc. n.º (1995) 128 ALR 391 (*Esso Australia Resources Ltd, and others v. The Honourable Sidney James Plowman, The Minister of Energy and Minerals and others*), disponível no *sítio* da internet <https://jade.io/article/67885>, pretendeu determinar se uma parte na arbitragem, neste caso uma

Vinte e três anos depois, o equilíbrio entre a publicidade e a confidencialidade neste meio de resolução de litígios permanece um tópico de acesa discussão sem fim à vista¹⁰, sendo o mesmo alvo de uma intensa polémica e divergência doutrinária, sem que, até à data¹¹, se tenha conseguido alcançar um consenso nesta matéria.

A preocupação com esta questão é compreensível e justificável por diversas razões. Por um lado, as soluções oferecidas pela arbitragem são cada vez mais variadas e complexas – levando a que, por vezes, as partes não compreendam ou percepcionem de forma diferente as soluções que as várias legislações e regulamentos oferecem¹². Por outro lado, a forma pela qual se opte por regular a confidencialidade na arbitragem irá afectar o modo como se salvaguardam princípios fundamentais da arbitragem, da audiência, do contraditório e da defesa¹³.

Em boa e leal verdade, tal afectará, não só todo o desenvolvimento do próprio procedimento arbitral, mas também o acesso e tratamento dos diferentes meios de prova¹⁴. Afectar-se-á, igualmente, o segredo das comunicações, o direito das partes em aceder à informação, o direito de terceiros a sentenças públicas, a criação de uma potencial jurisprudência arbitral, a forma como se regula a protecção de dados e os deveres de

parte representante do Estado, poderia ser obrigada, ou não, a divulgar documentos que contenham informações comercialmente sensíveis produzidas na arbitragem pela parte contrária, tendo concluído que a parte em causa não seria obrigada a partilhar informações obtidas durante o decurso da arbitragem.

¹⁰ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. II, n.º 2, 2009, pp. 335-378; ERIC LOQUIN, “Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”, in *Revue de l’Arbitrage – Comité Français de l’Arbitrage*, n.º 2, 2006, pp. 323-352.

¹¹ JEAN-JUBERT MOITRY, “Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights: Some Remarks on the République de Guinée Case”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 2006, n.º 2, 1989, pp.115-122.

¹² Levando a que surjam dúvidas e incertezas sobre quais os correctos trâmites a adoptar.

¹³ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, in *Comentarios Al Reglamento de La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, Edición CIMA, 2015, pp. 478 e ss.

¹⁴ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 478 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 1.ª ed., Almedina, 2016, pp. 304 e ss.

confidencialidade a que os profissionais intervenientes no procedimento arbitral se encontram vinculados¹⁵.

Presentemente, porém, ao debruçarmo-nos sobre as diversas instituições arbitrais, a verdade é que nos deparamos com uma crescente variedade normativa, capaz de oferecer soluções distintas¹⁶, e com uma diferença de tratamento notória no que se refere à arbitragem comercial em relação à arbitragem de investimento, justificada pelo carácter público¹⁷ e pelos interesses que se encontram em jogo nesta última¹⁸. A tudo isto, acresce que a Lei-Modelo da UNCITRAL não determina concretamente a confidencialidade nem as regras de procedimento na arbitragem¹⁹, referindo-se unicamente à confidencialidade das sentenças em geral, e ao carácter privado das audiências²⁰, salvo, claro está, acordo em contrário das partes²¹.

¹⁵ CARLOS GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE ÓCON, “Disposiciones adicional y transitoria”, in *Comentarios Al Reglamento de La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, Edición CIMA, 2015, pp. 496 e ss.

¹⁶ Sobre as diferenças legislativas no que se refere à confidencialidade, veja-se, por exemplo, C. SANTOS; SOTO MOYA, “Confidencialidad baja la ley de arbitraje fancesa: ¿un paso adelante?”, in *Revista Española de Arbitraje*, Vol. 2011, 2011, pp. 89-90.

¹⁷ Sobre o conflito publicidade/confidencialidade em arbitragens de direito público, veja-se, por exemplo, DIOGO CALADO; MANUEL SILVA GOMES, “Publicidade das decisões arbitrais administrativas: ponto de situação e algumas interrogações conexas”, in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, AAFDL Editora, 2018, pp.180 e ss.

¹⁸ O verdadeiro problema surge quando está em causa o interesse público; veja-se, a este respeito, o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que determina que “O julgamento 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, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

¹⁹ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 478 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, pp. 304 e ss.

²⁰ Que se celebram à porta fechada de acordo com o artigo 28. 3.º da Lei-Modelo da UNCITRAL.

²¹ Cfr. artigo 34. 5.º Lei-Modelo da UNCITRAL.

Por sua vez, as notas da UNCITRAL para a Organização do Procedimento Arbitral²² chamam à colação o facto de que, embora se entenda largamente que a confidencialidade é uma das maiores vantagens da arbitragem, a realidade, porém, é que não existe uma resposta uniforme por parte das diversas legislações sobre o alcance da obrigação da confidencialidade, nem da sua afectação aos diversos participantes, assinalando, ainda, que as partes não podem assumir que as diferentes jurisdições arbitrais reconheçam, ou tenham necessariamente que reconhecer, a existência de um pacto implícito de confidencialidade²³ – aspecto que consequentemente pode levar a que esta matéria possa ser discutida pelo tribunal arbitral, pelas partes ou, em alguns casos, ser determinada na própria convenção arbitral²⁴.

Considera-se, ainda, que apesar de um princípio geral de confidencialidade poder vir a revelar-se extremamente útil, servindo como guia e solução às questões que possam surgir ao longo dos procedimentos arbitrais, a realidade é que, na prática, a questão de se aplicar o próprio princípio será sempre muito matizada²⁵ e deverá atender-se aos diferentes sujeitos intervenientes na arbitragem²⁶, sendo necessário, para tal, fazer a devida separação, em função da natureza e da informação que se pretenda proteger. Por outro lado, deverá ainda distinguir-se consoante o momento em que se exige o dever de confidencialidade e aquele em que se encontra a arbitragem²⁷.

A realidade, porém, é que, cada vez mais, se começa a compreender a dimensão e a importância da confidencialidade na arbitragem e, por essa mesma razão, se aconselha as partes a determinarem, *ab initio*, quais

²² Cfr. Parágrafo 31 das Notas para a Organização do Procedimento Arbitral.

²³ Ponto que remete para interessantes questões de aplicação de Direito Internacional Privado, que, no entanto, não cumpre aqui analisar.

²⁴ De modo muito semelhante, as directrizes da IBA, sobre a redacção de cláusulas de arbitragem internacional de 2010, nos seus parágrafos 60 a 62, também abordam este tema.

²⁵ MANUEL GARAYO ORBE “Confidencialidad”, 2015, pp. 470 e ss.

²⁶ Como é o caso dos árbitros, das partes, dos advogados, dos representantes, das testemunhas, das pessoas que integram a Corte e ainda dos terceiros à própria arbitragem.

²⁷ JOHN PAULSSON; ALEXANDER H. SMIT, “The Trouble with Confidentiality”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1994, p. 48, onde se distingue a confidencialidade antes durante e depois do procedimento arbitral.

os elementos a que se refere tal obrigação, de que modo as informações confidenciais devem ser tratadas, bem como, as condições em que se pode invocar essa confidencialidade e quais as consequências desse incumprimento²⁸. Todavia, a própria doutrina assinala igualmente que apesar desse pacto ser de uma enorme utilidade, a realidade é que, na prática, tais pactos são muito pouco frequentes²⁹.

III – Como podemos ver, a relação entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem não é inócua e comporta inúmeras questões e considerações, existindo autores que defendem que a publicidade deveria ser uma característica geral da arbitragem, à semelhança do que ocorre nos tribunais estaduais, e autores que defendem exactamente o oposto.³⁰

Com efeito, a realidade é que através da publicidade na arbitragem estar-se-ia, indubitavelmente, a abrir caminho para a criação de um corpo de jurisprudência arbitral com a qual se conseguiria munir, por um lado, procedimentos arbitrais de um valor prático incomensurável e, por outro, revestir as suas sentenças de uma maior qualidade, pois passariam a estar fundamentadas com exemplos jurisprudenciais e práticos para sustentar as suas posições³¹.

²⁸ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 479 e ss.

²⁹ Neste sentido SARA AZZALI assinala “*But how often do we see arbitration clauses dealing with confidentiality issues? I would say very rarely*” – SARA AZZALI, “Introduction: Balancing Confidentiality and Transparency”, in *The Rise of Transparency in International Commercial Arbitration*, Juris Net, 2013, p. 1; ANDREW DE LOTBINIÈRE, *et al.*, “Recent trends in International Arbitration”, 2018, pp. 3 e ss.

³⁰ Nas opiniões a favor da publicidade na arbitragem, alega-se que a existência de procedimentos arbitrais públicos vai mais ao encontro da força que a transparência paulatinamente tem vindo a adquirir, sublinhando-se o modo como a publicidade das sentenças arbitrais, e a identidade dos seus autores, levariam, consequentemente, a um aumento da qualidade da arbitragem em geral e das decisões arbitrais em particular. Sobre as razões a favor e contra a confidencialidade na arbitragem, veja-se, por exemplo, KLAUDIA FABIAN, “To Whom does the Duty of Confidentiality Extend in the Arbitration”, in *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Central European University, 2011, pp. 8-24, MATTHEW WESCOTT, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82, No. 3, 2016, pp. 303 e ss.

³¹ MARIUS EMBERLAND, “The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration – A comment on Arbitration and Human Rights

A tudo isto, acresce que a exigência da publicidade em todos os actos jurídicos configura uma verdadeira garantia da transparência do exercício da função jurisdicional, indispensável a qualquer estado de Direito digno desse nome³². Por essa mesma razão é que, desde as audiências até à emissão das sentenças, a publicidade é a regra por excelência no nosso sistema judicial³³.

É através desta publicidade que se torna possível combater a desconfiança, que muitas vezes se encontra associada à administração da justiça, reforçando-se a legitimidade democrática das sentenças e combatendo-se ainda o arbítrio do secretismo³⁴. Só desta forma, é que se torna possível fazer cumprir a velha máxima de que “a justiça não deve ser só feita, mas antes, ser vista a ser feita”³⁵.

A importância da publicidade encontra-se ainda vertida nos mais variados instrumentos europeus e internacionais, designadamente nos artigos: i) 47º, 2º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ii) 6º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, iii) 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, iv), e 14º, nº 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. Em Portugal, neste contexto, destacam-se os artigos 206º da CRP, 20º, nº 4, e ainda os artigos 163º e 606º do CPC.

A UNCITRAL veio igualmente regular esta matéria, nomeadamente em procedimentos arbitrais que envolvem Estados e investidores, por, em tais casos, existir um maior risco de se formarem “tribunais secretos” nos quais investidores poderiam, eventualmente, contornar as leis de

by Aleksandar Jaksic”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, n.º 4, 2003, pp. 335-363.

³² ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os problemas na constituição do tribunal arbitral*, Almedina, 2017, pp. 45 e ss.

³³ Cfr. artigo 85.º n.º 1 CPC e artigo 202.º n.º 1 da nossa Constituição.

³⁴ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, Vol. 50, n.º 3, 2016, pp. 709 e ss.

³⁵ Expressão utilizada por ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 709 e ss.; CARLA DE MARCELINO GOMES; VITAL MOREIRA, *Compreender os Direitos Humanos*, Coimbra Editora, 2014, pp. 230 e ss; esta máxima provém do famoso caso *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, Kings Bench Division, de 09.11.1923, in *All England Law Report*, 233, 1924, pp. 259 e ss.

um país caso as mesmas fossem opostas aos seus interesses enquanto investidores privados³⁶.

Apesar da Convenção de Washington³⁷, e de grande parte dos próprios regulamentos arbitrais, exigirem o acordo das partes para a sua publicação, a realidade, porém, é que actualmente se leva cada vez mais a cabo uma política que procura o consentimento das partes para que haja a publicação das sentenças³⁸.

Neste contexto, não podemos deixar de fazer uma menção, ainda que breve, aos benefícios associados à publicidade das sentenças em sede de arbitragem desportiva³⁹.

O TAD⁴⁰ no seu artigo 50.º, n.º 3, determina que “O TAD publica na sua página na Internet a decisão arbitral, um sumário da mesma e, ou, um comunicado de imprensa a descrever os resultados do processo, salvo se qualquer das partes a isso se opuser” preconizando uma solução análoga à da actual LAV⁴¹. Já no TAS⁴², apesar do artigo 43.º das regras de procedimento consagrar um princípio geral de confidencialidade e

³⁶ GERHARD WEGEN; STEPHAN WILSKÉ, “Getting the Deal Through”, in *Arbitration in 33 jurisdictions worldwide*, Global Arbitration Review, 2016, pp. 3 e ss.

³⁷ Cfr. Artigo 48.º n.º 5 da Convenção de Washington que determina que “o centro não publicará as sentenças sem a autorização das partes”.

³⁸ No caso de não existir esse consentimento, o comumente aceite é que uma das partes autorize a sua publicação noutras fontes diferentes da CIADI.

³⁹ Sobre a publicidade na arbitragem desportiva, veja-se, por exemplo, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, 2017, pp. 336 e ss., MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade das decisões arbitrais e dos pareceres do TAD”, in *Conferência Tribunal Arbitral do Desporto um ano depois*, Comissão Jurídica do Comité Olímpico de Portugal, 2016, pp. 33 e ss.; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 710 e ss.

⁴⁰ O TAD corresponde ao actual Tribunal Arbitral do Desporto tendo como principais competências à luz do artigo 1º n.º 2 da Lei nº 74/2013: conhecer dos litígios emergentes dos actos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina, por sua vez, as questões que envolvem a chamada justiça desportiva ou que envolvam o desporto, mesmo com as suas especificidades, assumem hoje uma relevância absolutamente relevante na sociedade e na economia.

⁴¹ Cfr. Lei n.º 74/2013, de 06 de Setembro, Tribunal Arbitral do Desporto.

⁴² O TAS “*Tribunal Arbitral du Sport*” conheceu a sua génese em 1984 graças a um movimento liderado por Juan Antonio Samaranch, Presidente do Comité Olímpico

exigir um acordo das partes para a publicação das sentenças arbitrais, o certo é que no artigo 59.^o, desse mesmo diploma legal, vem aí estabelecida a publicidade das sentenças ditadas nos procedimentos de apelação⁴³. Foi através de tal permissão que se tornou possível a criação de uma importante colectânea de jurisprudência, que contribuiu, inclusivamente, para a *Lex sportiva*⁴⁴.

Por fim, queríamos deixar apenas uma última nota no que à publicidade na arbitragem concerne, nomeadamente a possibilidade de se recorrer à jurisdição estadual à margem da instância arbitral contra a sentença proferida (designadamente em caso de recurso, acção de anulação da sentença arbitral ou oposição à sua execução), o que leva a que o procedimento arbitral não seja tão confidencial quanto as partes esperariam⁴⁵.

IV – Porém, e sem nunca olvidar a importância da publicidade, tal como temos vindo a assinalar até aqui, necessário será, igualmente, ter bem presente de que maneira a confidencialidade caracteriza e torna a arbitragem numa verdadeira mais-valia jurídica.

De facto, apesar de a publicidade fazer todo o sentido nos tribunais estaduais, o mesmo já não se verifica de forma tão linear na arbitragem. Parece-nos que adaptar, na medida do possível, a lógica Aristotélica⁴⁶ à relação existente entre tribunais judiciais e tribunais arbitrais, poder-se-á revelar extremamente profícua no caminho da compreensão de que a

Internacional nessa época, que decidiu criar um foro específico para litígios do Desporto; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal*, 2017, pp. 300 e ss.

⁴³ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 710 e ss.

⁴⁴ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, p. 491.

⁴⁵ Situação recorrente em casos de suspeição de árbitros ou de discórdia relativamente à convenção arbitral, veja-se, a título de exemplo, Acórdão do Tribunal de Lisboa, de 12.04.2018, Processo n.º 417/17.1YRLSB-8; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.03.2018, proc n.º 23267/17.0T8LSB.L1-6 todos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>; CHRISTOPHER SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, “La nouvelle articulation des recours en arbitrage international”, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage, Actes du colloque du 28 février 2011*, The Clay Lextenso, 2011, p. 189.

⁴⁶ “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”.

confidencialidade na arbitragem não significa o mesmo que significaria a confidencialidade nos tribunais judiciais⁴⁷, sendo ainda largamente aceite que uma das principais vantagens que a arbitragem oferece é a garantia de procedimentos totalmente, ou em boa parte, confidenciais⁴⁸.

A realidade é que, muitas vezes, chegada a altura de se optar pela arbitragem ou pelos tribunais estaduais, escolhe-se a primeira em detrimento da segunda por esta oferecer uma garantia de confidencialidade que os tribunais estaduais jamais poderiam oferecer, sob pena de se violarem princípios basilares da nossa Constituição⁴⁹.

Este factor revela-se com maior acuidade no domínio da arbitragem comercial – atendendo à importância do sigilo na actividade comercial – e em situações nas quais as partes queiram proteger as suas práticas e segredos profissionais, ou em que, pura e simplesmente, não queiram que se saiba que se encontram envolvidas num litígio, visto que esse facto uma vez revelado, implicaria – para algumas empresas cotadas em bolsa por exemplo – um prejuízo incomensurável, sobretudo tendo em conta a sensibilidade dos mercados financeiros⁵⁰.

Compreende-se, por isso, que a confidencialidade seja a regra e não a excepção adoptada na nossa Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”)⁵¹ que se inspirou no antigo artigo 16º da LAV de 1986⁵², e que a mesma estabeleça um dever de sigilo em sede de arbitragem. Dever este que se impõe aos árbitros, às partes e às instituições arbitrais que interve-

⁴⁷ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad”, 2009, pp. 335-378, ERIC LOQUIN “Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”, 2006, pp. 323-352, ALEKSAND JAKSIC, “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, n.º 2, 2004, pp 159-171.

⁴⁸ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 704 e ss.

⁴⁹ Cfr. artigo 85.º n.º 1 CPC e 202.º, n.º 1 da CRP.

⁵⁰ Exemplo retirado de ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 701 e ss.

⁵¹ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 706 e ss; JEAN FRANÇOIS POUDRET; SÉBASTIAN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, p. 317.

⁵² DÁRIO MOURA VICENTE, et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2015, pp. 62-65.

nam na administração do processo arbitral e que se aplica em todos os momentos pré-processuais, no decurso do processo e após este ter terminado tendo por objecto todo o conteúdo do processo arbitral e o que lhe for atinente⁵³.

V – Face ao exposto, importa sublinhar duas importantes considerações: nomeadamente que *i*) o princípio da publicidade plasmado na nossa Constituição não corresponde a um princípio absoluto, podendo comportar algumas excepções⁵⁴ e que *ii*) a confidencialidade não é uma condição *sine qua non* da arbitragem, querendo-se, com isto, significar que todos os processos arbitrais não são, ou têm necessariamente de ser, confidenciais⁵⁵. Quer-nos ainda parecer, na esteira de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, que se as partes têm direito a que a sua causa seja julgada publicamente, faz todo o sentido que tenham igualmente direito a que não o seja em sede de arbitragem⁵⁶.

⁵³ Cfr. Artigo 30.º n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV.

⁵⁴ Como é o caso do segredo de justiça no qual “o Juiz de Instrução, a requerimento do arguido, assistente ou ofendido ou Ministério Público, restringir a publicidade externa, determinando a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça” sendo que nos casos “em que tiver sido determinado o segredo de justiça pode o Ministério Público, durante o inquérito, opor-se à consulta de auto, obtenção de certidão e/ou informação por sujeitos processuais” constituindo a violação do segredo de justiça crime cfr. artigo 86.º n.º 2 e 3.º e 89.º n.º 2 do Código Processo Penal. Sobre estas excepções, vejam-se, por exemplo, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra Editora, 2016, pp. 33 e ss., e JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL DE ALEXANDRE, *Código Processo Civil Anotado*, Almedina, 2018 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Almedina, 1997, pp. 95 e ss. bem como o o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00002941, de 28.02.2008 (doc. n.º PPA28022008008400); Cfr. Artigo 79.º do Regulamento de Processo Do Tribunal De Justiça, sob a epígrafe “Debates à porta fechada” que determina que: “1. Por motivos graves ligados, designadamente, à segurança dos Estados-Membros ou à proteção de menores, o Tribunal pode decidir que os debates decorram à porta fechada. 2. A decisão de realizar os debates à porta fechada implica a proibição de publicação dos debates.”

⁵⁵ Considerações de ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade”, 2016, pp. 707 e ss.

⁵⁶ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes*, 2017, pp. 85 e ss.

Não nos parece verosímil, nem prático, que para o procedimento arbitral ser equitativo tenha que ser necessariamente público⁵⁷ e que para a justiça arbitral e a justiça judicial poderem coexistir pacificamente a primeira tenha que cumprir invariavelmente todas e quaisquer regras/princípios a que a segunda se encontra sujeita⁵⁸, já que ambas correspondem a formas diferentes de fazer justiça e a autonomia dos tribunais arbitrais em nada afecta a interdependência material dos tribunais estaduais⁵⁹.

A realidade, porém, é que actualmente os tribunais arbitrais são ainda alvo de alguma crítica e desconfiança – por partes dos próprios juízes estaduais⁶⁰ – acrescentando tal facto à dificuldade que se faz sentir em harmonizar esta relação.

O verdadeiro problema que se levantava, efectivamente, com a confidencialidade na arbitragem, foi devidamente resolvido aquando

⁵⁷ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O Due Process na Arbitragem Desportiva do TAS/CAS – sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 2, 2018, pp. 75 e ss. Importa atender, ainda, à decisão jurisprudencial “Nordström-Janzone and Nordström-Lehtinen v. the Netherlands” que, ao analisar esta questão, concluiu que a confidencialidade na arbitragem não viola o direito ao processo equitativo.

⁵⁸ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não como os outros”, in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa/Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2015, pp. 115 e ss. DÁRIO MOURA VICENTE, et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2015, pp. 62 – 65.

⁵⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2011, pp 55 e ss, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, pp. 239 e ss., MARTA ALVES VIEIRA, “A Competência dos Tribunais Estaduais na Arbitragem, Anotação ao Artigo 59.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n.ºs 30/31, 2016, pp. 135 e ss.

⁶⁰ Facto que pudemos inclusivamente comprovar após leitura de JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS; VÂNIA FILIPE MAGALHÃES; CAROLINA GIRÃO DE ALMEIDA SANTO, “Proposta de Diploma Relativo à Arbitragem Societária”, *Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2018, no qual se refere que “se continuarmos pelo caminho seguido de proliferação e extensão do âmbito de competência dos tribunais arbitrais, dentro em pouco poderemos ter em Portugal uma justiça para ricos, administrada por árbitros, em contraponto (e oposta) à justiça para pobres, dos tribunais estatais, que ficarão com os litígios que não interessa que sejam dirimidos por árbitros”.

a alteração do artigo 185.º-B do CPTA⁶¹, na qual o legislador passou a consagrar – de forma expressa e sem excepções – a publicidade obrigatória das decisões arbitrais por via informática, dando azo a um regime de confiança e transparência em arbitragens de direito público⁶². Esta solução veio colocar um ponto final na discussão sobre se as decisões arbitrais em matéria administrativa deveriam (ou não) ser objecto de publicidade obrigatória⁶³, resolvendo-se, assim, um conflito de valores alvo de já alguma discussão por parte da doutrina na qual acabou por prevalecer a regra da publicidade em decisões arbitrais e em matérias administrativas transitadas em julgado⁶⁴.

Chegados a este ponto, queremos apenas reforçar que a confidencialidade na arbitragem jamais poderia significar uma justiça dúbia ou paralela, na medida em que esta se rege por princípios fundamentais⁶⁵ que uma vez violados podem determinar a anulação da sentença arbitral

⁶¹ O Artigo 185.º-B do CPTA, sob a epígrafe “Publicidade das decisões arbitrais” determina que: “As decisões arbitrais proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça.”

⁶² De facto, este passo correspondeu a um importante passo que carecia de ser tomado, sucede, porém, que até à data, aparentemente o mesmo tem sido alvo de algum incumprimento, razão pela qual foi apresentada ao Governo a Petição n.º 456/XIII/3.³, em 21.02.2018, que levou, por sua vez, a que o artigo 185.º-B do CPTA fosse alterado em sede de Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2019, foi igualmente alterado o artigo 16.º alínea g) do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, que passou a dispor como segue: “A publicidade, assegurando-se a divulgação e publicação das decisões arbitrais, nos termos do artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.” Esta alteração foi justificada “tendo em consideração o interesse público e a transparência, estipula-se a obrigatoriedade de publicação das decisões arbitrais tributárias, revendo a alínea g) do artigo 16.º para harmonizar com o estipulado no artigo 185.º-B do CPTA.”; MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “A Arbitragem no projecto de revisão do CPTA”, in *Revista JULGAR*, n.º 26, 2015, pp. 99-100.

⁶³ 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*, AAFDL Editora, 2018, pp. 169-193

⁶⁴ DIOGO CALADO; MANUEL SILVA GOMES, “Publicidade das decisões arbitrais administrativas: ponto de situação e algumas interrogações conexas”, 2018, pp. 180 e ss.

⁶⁵ Cfr. Artigo 30.º n.º 1 da LAV.

por parte dos tribunais estaduais⁶⁶, facto que leva a que os árbitros sejam especialmente diligentes⁶⁷.

Por fim, importa ter presente, tal com sublinha ARMINDO RIBEIRO MENDES⁶⁸, que as partes podem interpor recursos de constitucionalidade das sentenças arbitrais⁶⁹ ao abrigo do disposto no artigo 204.º da Constituição, bem como da Lei do Tribunal Constitucional.

Neste sentido, qualquer uma das partes que se considere lesada, pode intentar a competente acção especial de anulação da decisão arbitral no tribunal judicial – que, consequentemente, terá a seu cargo detectar a ocorrência (ou não) de vícios graves que possam ter influenciado de forma decisiva a resolução do litígio⁷⁰.

Não nos parece, assim, que a confidencialidade na arbitragem prejudique o direito ao processo equitativo uma vez que os árbitros e/ou a própria instituição têm o dever de se certificar que as partes, ao longo de todo processo, dispõem dos mesmos recursos e direitos, e que em momento algum o processo equitativo é ameaçado. De facto, uma vez perante a ameaça de desrespeito pelo processo equitativo, compete aos árbitros comunicar e corrigir imediatamente tal situação⁷¹.

⁶⁶ Cfr. Artigo 46.º, n.º 3, alínea a) subalínea ii).

⁶⁷ Uma vez que para um árbitro uma sentença anulada por um tribunal estadual, pode, eventualmente, significar que nunca mais seja escolhido para outra arbitragem.

⁶⁸ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não como os outros”, 2015, p. 63.

⁶⁹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Revista Themis*, n.º 16, 2009, pp. 185-223

⁷⁰ Neste sentido, o Juiz Desembargador LUÍS ESPÍRITO SANTO por intermédio de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.03.2016, proc. n.º 871/15.6YRLSB-7, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>, assinala que “há que tomar apenas em consideração as (eventuais) violações graves de princípios basilares e estruturantes de qualquer processo de composição de interesses, mormente os que têm a ver com os princípios da igualdade das partes e do contraditório”.

⁷¹ Com efeito, o direito ao processo equitativo, conforme oportunamente referido, é um direito fundamental consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da Lei da Arbitragem Voluntária, aplicável *ex vi* artigo 18.º, n.º 1 do referido diploma, e artigo 10.º da LAV é manifestamente insuficiente para satisfazer as exigências constitucionais de independência e imparcialidade dos árbitros sendo necessário para fazer a aplicação do mesmo o art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil; Cfr. Artigo 18 da Lei-Modelo e artigo 16º da LAV de 1986 e artigo 19º da Lei-Modelo nº2,3 e 4.

Deste modo, necessário se torna concluir que a jurisdição arbitral vai buscar a sua independência e autonomia aos próprios tribunais estaduais, que têm na sua competência a possibilidade de anulação da decisão arbitral caso a mesma não seja conforme a algum dos supracitados princípios ou viole o disposto no artigo 46.^o da LAV⁷².

2. O conflito num plano normativo – particular análise da solução adoptada pela actual LAV e pela CIMA

Enunciado o problema e o conflito que se coloca no tema em análise, importa agora perceber de que forma o nosso ordenamento jurídico dá (ou não) resposta ao mesmo.

Em Portugal, a confidencialidade na arbitragem merece consagração legal no artigo 30.^o, n.^{os} 5 e 6, da LAV⁷³, que estabelece um dever de confidencialidade que se impõe ao litígio em si, aos factos revelados no procedimento, às pessoas que intervenham nesse procedimento e à sentença⁷⁴. Uma vez que a arbitragem não é detentora de regras estritas relativamente à confidencialidade, defende-se que na arbitragem existe privacidade⁷⁵, mas não confidencialidade no sentido estrito de “secretismo”⁷⁶.

⁷² Neste sentido MIGUEL GALVÃO TELES, “A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, 2011, pp. 251 e ss.

⁷³ Determinando que “os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com o carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias tem o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos que tomem conhecimento através do processo arbitral 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”, ressaltando-se, por sua vez, no seu n.^o 6 que o mesmo “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”.

⁷⁴ Neste sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, pp. 304 e ss.

⁷⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, pp. 305 e ss.

⁷⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, pp. 305 e ss.

Por outras palavras, entende-se que a matéria alvo de arbitragem não é pública, no sentido de acessível a todos, mas que as pessoas que nela intervenham têm um dever de manter a reserva sobre os trabalhos realizados e a realizar⁷⁷.

No circunstancialismo de se verificar uma violação destes deveres de guardar sigilo, a parte inadimplente pode ser punida a título de responsabilidade aquiliana⁷⁸ e, no limite, a título de responsabilidade penal⁷⁹, consoante a natureza de tal incumprimento. Por sua vez, o artigo 30.º, n.º 6, da LAV, a este respeito, determina que não viola este dever a publicação de sentenças e de outras decisões do tribunal arbitral – desde que expurgadas dos elementos de identificação das partes, exclusive os árbitros⁸⁰ e desde que nenhuma das partes se oponha.⁸¹

Sucede, porém, que a realidade é que a grande maioria das sentenças arbitrais são confidenciais e nenhuma das partes manifesta particular interesse em torná-las públicas, mesmo que “expurgadas dos elementos de identificação”, impossibilitando a fomentação da “formação e consolidação de uma jurisprudência arbitral tanto quanto possível coerente”⁸².

Apesar de ainda não se ter conseguido chegar a um consenso, relativamente à questão de saber se a publicação das sentenças arbitrais, *maxime* a sua não publicação, incorre (ou não) em alguma incoerência jurídica⁸³,

⁷⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, pp. 306 e ss.

⁷⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2016, pp. 62 e ss.

⁷⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2016, pp. 63 e ss.

⁸⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2016, pp. 64 e ss.

⁸¹ A este respeito sublinha-se que, caso uma das partes se oponha a essa publicação, não é necessária justificação expressa de tal oposição.

⁸² ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não como os outros”, 2015, pp. 115 e ss.

⁸³ Nomeadamente a da justiça estadual primar pela publicidade dos seus procedimentos e das suas decisões e ao invés, a justiça arbitral oferecer uma confidencialidade que para certos autores parece incorrer numa violação do direito ao processo equitativo, havendo opiniões a favor da publicidade na Arbitragem e opiniões contra, TIAGO SERRÃO; MARCO CALDEIRA “A publicidade das decisões arbitrais administrativas: Algumas reflexões”, *in Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL*, Vol. I, AAFDL Editora, 2018, pp. 157 e ss. Em sentido diverso, veja-se, por exemplo, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal*, 2017, pp. 433 a 437, em especial a p. 436, que assinala que publicidade das decisões arbitrais representa um passo importante para que se possa autonomizar conceptualmente a arbitragem de Direito Administrativo.

algo parece certo: a confidencialidade no processo arbitral não significa uma violação do direito ao processo equitativo (*due process*)⁸⁴. Necessário será, para sustentar tal afirmação, compreender primeiramente que no nosso ordenamento jurídico somos brindados com um sistema judicial no qual regras e princípios processuais se encontram consagrados, quer na lei fundamental, quer na lei ordinária.

Na arbitragem, por sua vez, esses mesmos princípios fundamentais encontram-se plasmados no artigo 30º nº 1, da LAV⁸⁵, princípios estes que correspondem, em boa parte, a certos princípios básicos do processo civil, sendo eles: i) a comunicação efectiva do processo ao demandado, ii) o igual tratamento das partes, iii) a concessão a cada uma delas de uma oportunidade razoável de fazer valer os seus direitos e, por fim, iv) a observância do princípio do contraditório em todas as fases do processo, salvas as excepções previstas na lei⁸⁶. O primeiro princípio requer a citação do demandado para participar no processo e nele exercer os seus direitos⁸⁷ e o segundo princípio, por sua vez, constitui o fundamento de todos os outros – que, em boa e leal verdade, nada mais são que corolário deste⁸⁸.

No centro de todos estes princípios está o direito ao processo equitativo, que corresponde à garantia fundamental da concessão a cada uma

⁸⁴ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes*, 2017, pp. 45 e ss.

⁸⁵ No qual se dispõe que “o processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

- a) O demandado é citado para se defender;
- b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente antes de ser proferida a sentença final;
- c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as excepções previstas na presente lei.”

⁸⁶ Formulação que provém da Lei-Modelo, embora temperada pelo conceito de razoabilidade que está presente nas UNCITRAL Arbitration Rules de 2010, artigo 17º e que em todas as fases do processo seja garantida a observância do princípio do contraditório.

⁸⁷ Competência que me foi atribuída durante o meu estágio, ficando ao meu cuidado certificar-me que todas as partes eram chamadas a participar no processo e a exercer os seus direitos com total igualdade.

⁸⁸ Neste sentido, MANUEL BARROCAS PEREIRA, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, pp. 118 e ss.

das partes de fazerem valer os seus direitos⁸⁹. Por outras palavras, os princípios e regras fundamentais *supra* elencados são corolário do *due process*.

Importa ainda reter que o *due process* na arbitragem não é de tão linear aplicação como nos tribunais judiciais, uma vez que muitas vezes o direito a aplicar é diferente e escolhido pelas partes, não existindo ainda uma norma ou um conjunto de normas directamente aplicáveis que especifiquem quais os requisitos e trâmites associados ao cumprimento deste princípio. É certo que o processo equitativo tem que ser aplicado em sede de arbitragem, contudo muitas vezes a sua aplicação revela-se de difícil aplicação e/ou pouco clara, razão pela qual no Direito Alemão, por exemplo, optou-se por elencar uma série de requisitos para que o *due process* seja assegurado⁹⁰.

Compreendemos, ainda, que os princípios e regras fundamentais do Direito Civil, não poderão ser aplicados de forma integral à justiça arbitral, nem tal lhes deverá ser exigido, sob pena de se corromper a razão pela qual durante milénios se recorreu à Justiça Arbitral e a mesma tem antiga existência e tradição no nosso ordenamento jurídico⁹¹, bem como

⁸⁹ Disposição que consta igualmente do artigo 18º da Lei-Modelo e que é igualmente acolhida do artigo 16.º da LAV DE 1986, tendo ainda os seus números 2,3 e 4 sido fortemente influenciados pelo artigo 19.º da Lei-Modelo, veja-se, a este respeito, DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2016, pp. 62-65.

⁹⁰ Sendo eles, a saber:

- 1) “As partes deverão sempre ser tratadas de igual forma e a todas as partes deve ser dada igual oportunidade de manifestarem os seus interesses e exporem os seus casos;
- 2) A intervenção do concelho não deverá ser excluída de intervir enquanto representante autorizada
- 3) Caso as partes não se encontrem sujeitas a normas imperativas deste Regulamento, as partes são livres de determinar o procedimento por si próprias ou por referência a um determinado conjunto de normas.
- 4) Caso um acordo entre as partes seja impossível, e na ausência de normas neste Regulamento, o tribunal arbitral deverá conduzir a arbitragem da forma que considere apropriada. O tribunal arbitral tem ainda o poder de determinar a admissibilidade ou não da prova, e aceder livremente a tal prova” – Artigo 1042.º do ZPO Alemão, disponível no *sítio* da internet: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3529.

⁹¹ Considerações de ANTÓNIO HENRIQUES GASPÁR, “Tribunais Arbitrais e Tribunais Estaduais” in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa*, Almedina, pp 115 e ss.

consagração constitucional, desde as primeiras constituições⁹² – como oportunamente já clarificámos.

2.1. A confidencialidade nos procedimentos arbitrais da CIMA – particular análise aos seus artigos 62.^o e 63.^o

Feito o enquadramento, e referida a perspectiva do ordenamento jurídico português sobre o tema em análise, importa agora fazer uma breve referência a algumas leis e regulamentos de arbitragem.

Ao percorrermos várias leis e alguns dos principais regulamentos arbitrais mundiais, deparamo-nos com a inexistência de um conceito que estabeleça de forma concreta e indubitável o âmbito e alcance da confidencialidade na arbitragem, sendo que a própria lei-modelo da UNCITRAL não contém uma previsão-modelo específica para este tema⁹³. A realidade é que, até há não muito tempo, este conceito tinha escassa expressão legislativa, destacando-se neste sentido unicamente a lei de Taiwan de 24 de Junho de 1998 e a da Venezuela de 25 de Março de 1998⁹⁴, e, anteriormente a estas, a lei neozelandesa de 1996 no seu artigo 14.⁹⁵

Actualmente, porém, a confidencialidade e os trâmites pelos quais os procedimentos se devem pautar constam – embora timidamente ainda – dos vários regulamentos arbitrais mundiais, não querendo isto

⁹² Há registos que confirmam que a arbitragem teve as suas primeiras ocorrências há mais de 3.000 anos, tornando-se desta forma num dos institutos jurídicos mais antigos. Existem relatos de soluções amigáveis entre os babilônios, através da arbitragem pública e, entre os hebreus os litígios de direito privado resolviam-se com a formação de um tribunal arbitral, SILVIA FAZZINGA OPORTO; FERNANDO VASCONCELLOS, *Arbitragem Comercial Internacional*, 2011, p. 2, disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>.

⁹³ KARL HEINZ BÖCKSTIEGEL; STEFAN KRÖLL MICHAEL; PATRÍCIA NASCIMENTO, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2015, p. 721.

⁹⁴ MÁRIO RAPOSO, “Os árbitros”, in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. 2, Coimbra Editora, 2010, pp. 512 e ss.

⁹⁵ MÁRIO RAPOSO, “Os árbitros”, 2010, pp. 512 e ss.

significar, porém, que tal questão tenha sido abordada da mesma forma e da mesma maneira pelas várias instituições⁹⁶.

Chegados a este ponto, importa agora dar particular destaque à solução adoptada pela CIMA, atendendo à experiência que tivemos neste importante centro de arbitragem espanhol.

Como nota preliminar, cumpre referir que, em Espanha, o art. 24.º, 2.º, da Lei de Arbitragem regula este tema, impondo uma obrigação geral de confidencialidade que se aplica aos árbitros, às partes e às instituições arbitrais, que estão obrigadas a guardar a confidencialidade das informações que conheçam através das actuações arbitrais. Este preceito constitui uma inovação em relação à anterior LAE – que nada dizia sobre a confidencialidade –, tendo esta alteração ficado a dever-se a uma incitativa dos Grupos Parlamentares Catalã e Basco⁹⁷.

No âmbito da arbitragem institucional temos, desde logo, o exemplo da Corte Espanhola de Arbitragem que exige, no seu artigo 10.º, o consentimento expresso das partes para a publicação das sentenças⁹⁸. Merece igualmente destaque a Corte Arbitral de Madrid que, no seu artigo 49.º, estabelece uma solução – extremamente interessante – na qual a sentença é publicável caso se verifiquem as seguintes situações: i) apresente-se na Corte o correspondente pedido de publicidade ou que a própria Corte considere que há interesse doutrinal na sua publicação; ii) que se suprimam todas as referências aos nomes das partes e aos dados que possam ser facilmente identificáveis, e que iii) nenhuma das partes da arbitragem a tal se oponha dentro do prazo fixado por esta Corte⁹⁹. Esta solução mereceu o nosso maior interesse já que se afasta da maioria das normas que se referem a esta matéria – incluindo a da CIMA – e estabelece a possibilidade de a própria Corte, por sua iniciativa, ao considerar

⁹⁶ CHRISTOPH MULDER, “La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l’œil ?”, in *Asa Bulletin*, Vol. 23, n.º 2, 2005, pp. 216-240.

⁹⁷ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 479 e ss.

⁹⁸ Consentimento este que deve ser dado no prazo que se encontra previsto para eventuais dúvidas que possam surgir após a emissão da sentença, *vide* artigo 10.º do RCAE.

⁹⁹ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 491 e ss.

que a sentença tem interesse jurídico relevante a possa tornar pública por essa mesma razão¹⁰⁰.

A realidade é que a confidencialidade na arbitragem corresponde, forçosamente, a uma questão extremamente sensível e com inúmeras ramificações, razão pela qual a CIMA – ciente desta controvérsia e à semelhança de muitas outras instituições arbitrais – preocupou-se igualmente em regulamentar este assunto nos seus arts. 62.º e 63.º da seguinte forma:

Artigo 62.º

Medidas para garantir a confidencialidade

1. Durante a tramitação da arbitragem e a pedido de qualquer uma das partes, o Tribunal ou o Tribunal Arbitral poderá tomar as medidas que julgar oportunas para garantir a confidencialidade e se for o caso, o segredo, de quaisquer assuntos relacionados com a controvérsia debatida.

2. O tribunal arbitral, as partes e seus assessores e representantes e o Tribunal estarão obrigados a guardar silêncio sobre qualquer informação confidencial que conheça através das acções arbitrais.

Artigo 63.º

Divulgação do laudo

1. O laudo só poderá tornar-se público com o consentimento de todas as partes ou quando uma parte tiver a obrigação jurídica de divulgá-lo, para proteger ou exercer um direito ou devido a um procedimento legal perante um tribunal ou outra autoridade competente.

2. O Tribunal publicará na sua página web os laudos resolutórios de conflitos societários passíveis de inscrição, mantendo o nome dos árbitros, mas suprimindo todas as referências aos nomes das partes e dados que possam identificá-las facilmente, desde que nenhuma das partes se tenha oposto expressamente à publicação dentro de um prazo de trinta dias a contar da data em que o laudo tenha sido expedido.

¹⁰⁰ Apesar de extremamente interessante esta solução, a realidade é que muitas vezes as partes não querem as suas sentenças públicas na medida em que mesmo “expurgadas de elementos de identificação” pode compreender-se pelo contexto, ou através de outros factores.

Através de uma breve análise a estes seus dois artigos, podemos compreender que se optou por não estabelecer, de forma expressa, o princípio da confidencialidade – acabando por impor uma obrigação de confidencialidade destinada unicamente à informação confidencial, estabelecendo-se, assim, um princípio geral que leva a uma forte protecção da informação e de toda a actividade realizada durante o procedimento arbitral.

Para além das supracitadas normas, deverá igualmente ter-se em conta o previsto no artigo 31.^{o101} do mesmo diploma, que regula os princípios que regem a produção da prova e estabelece de forma positiva a obrigação do tribunal arbitral e de cada uma das partes garantir a confidencialidade da totalidade dos documentos apresentados¹⁰², obrigação esta que, alcança-se assim, em princípio, em todos os documentos juntos pela outra parte, não se cingindo unicamente aos declarados confidenciais ou àqueles a que se deva reconhecer tal condição.

O artigo 62.^o, n.º 1, deste Regulamento, determina, por sua vez, a protecção da informação confidencial e o número dois desse mesmo artigo a imposição de um dever de confidencialidade para determinados participantes na arbitragem. A primeira parte deste artigo estabelece não uma obrigação, mas antes uma faculdade que confere à CIMA o poder de adoptar as medidas que considere necessárias e apropriadas para garantir a confidencialidade, sendo que, para que essas medidas sejam adoptadas, necessário será que uma das partes o solicite.¹⁰³

¹⁰¹ No qual se determina, sob a epígrafe “*Ordenación de la prueba: principios*”, que a informação confidencial que se proporciona estará submetida às disposições do tribunal arbitral sobre a confidencialidade, nomeadamente no seu Título IX, e reitera no seu número 8, que uma vez cumpridos os trâmites normais, compete ao tribunal arbitral e à parte contrária garantir a confidencialidade de todos os documentos entregues à parte contrária os quais apenas poderão ser utilizados na arbitragem em questão.

¹⁰² Cfr. Artigo 31.^o do Regulamento que dispõe no seu n.º 8 que “o tribunal arbitral e a parte contrária garantem a confidencialidade de todos os documentos aportados pela outra parte, dos quais farão uso unicamente em relação à arbitragem em questão.”

¹⁰³ Não obstante, dado o princípio geral de confidencialidade nas actuações arbitrais, que, se encontram presentes ao longo do regulamento, não se pode entender que o tribunal arbitral, enquanto não tiver uma petição expressa de uma das partes, possa, por essa mesma razão, deixar de assegurar com carácter geral a confidencialidade das actuações arbitrais e das informações que se encontrem adstritas às mesmas, antes pelo contrário. Parece-nos

Tendo em consideração o *supra* descrito, podemos compreender que a CIMA está sujeita a uma obrigação de confidencialidade específica que recai sobre a própria Instituição¹⁰⁴. Esta tem, efectivamente, que desenvolver tarefas dentro e fora do procedimento arbitral e, em certas circunstâncias, poderá inclusivamente suceder que lhe compita a si – e não ao árbitro/tribunal arbitral – escolher as medidas que considere necessárias para assegurar a confidencialidade. Acresce, ainda, que tais obrigações podem ser anteriores à constituição do tribunal arbitral ou posteriores a essa mesma constituição, o que, por sua vez, leva a que a forma de tornar efectiva a confidencialidade, possa variar¹⁰⁵.

Por fim, importa trazer à colação a protecção da informação confidencial ou secreta que exige que se determine quem é que se encontra impedido de aceder a tais informações do ponto de vista da competência ou da protecção da propriedade intelectual. A confidencialidade em tais casos pode levar à exigência de que uma das partes não possa aceder a certas informações, consideradas secretas ou cujo conhecimento pela outra parte possa originar um prejuízo à parte que invoca essa confidencialidade. Uma fórmula muito utilizada consiste na análise directa por parte do tribunal desta informação¹⁰⁶.

que o que este artigo faz é destacar o carácter expositivo e excepcional deste assunto, bem como toda a casuística necessária à resolução dos problemas que eventualmente possam surgir, distinguindo entre a protecção da confidencialidade e a protecção do segredo, dando, a este último, uma maior intensidade. Intensidade esta que, por sua vez, pode fazer com que o segredo se chegue a projectar sobre os próprios participantes do procedimento arbitral, podendo por isso negar-se o acesso de uma das partes à informação revestida por esse carácter secreto; MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 479 e ss.

¹⁰⁴ Sobre o dever de confidencialidade nas instituições, veja-se, por exemplo, MICHAEL HWANG; KATIE CHUNG, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, Issue 5, 2009, pp. 610 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. artigo 29 do RCIMA.

¹⁰⁶ Podendo para esse efeito ser o secretário administrativo do tribunal a fazê-lo, ou um funcionário da Corte que se designe ou até mesmo por um terceiro perito com as faculdades de actuação nestes últimos casos que se determinem pelo tribunal ou pelas próprias partes. Sobre estas pessoas recairá a tarefa de concretizar que informações é que devem ser consideradas confidenciais e, nesses casos, fazer relatórios que não prejudiquem os direitos da parte que invoca a confidencialidade, podendo vir a acordar-se, caso se revele necessário, quais as perguntas que possam vir a ser realizadas. Poderá eventualmente estabelecer-se ainda, a possibilidade de visualização dos documentos à porta fechada e sem a possibilidade de

Independentemente do exposto, revela-se pertinente a existência prévia de uma decisão por parte do tribunal arbitral ou o acordo das partes sobre os meios de prova que se vão utilizar e sobre a forma de levar a cabo a sua prática, sem que se adoptem decisões de forma unilateral para uma das partes, a fim de que não se negue ou restrinja o valor da prova apresentada ou praticada com tais limitações¹⁰⁷.

Na arbitragem intervêm ainda outras partes, como é o caso dos peritos, testemunhas, tradutores e dactilógrafos, sendo indispensável que se lhes estenda igualmente, a obrigação de confidencialidade. A doutrina espanhola, a este respeito, discute inclusivamente se o dever de confidencialidade abrange igualmente peritos e testemunhas¹⁰⁸. Na CIMA, a resposta a tal questão parece-nos necessariamente positiva, já que pudemos observar vários procedimentos nos quais quer testemunhas, quer peritos, após o seu testemunho/declarações eram imediatamente avisados para não divulgarem quaisquer informações a terceiros, nem se dirigir às outras testemunhas que se encontravam na sala de espera¹⁰⁹. Esta obrigação de confidencialidade, porém, afectará sempre, obviamente, de forma mais intensa os árbitros¹¹⁰.

se realizarem cópias, bem como a obrigação de subscrever compromissos específicos sobre a inspecção da informação confidencial ou sobre a utilização de certas informações, neste sentido, veja-se, por exemplo, MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, p. 485.

¹⁰⁷ Como ocorreu com o *assunto AVCO v Iran Aircraft Industries*, que conheceu o Tribunal de Reclamações Irão-Estados Unidos, em que se declarou insuficiente o valor probatório da substituição de umas facturas por um informe pericial em que se fazia referência as mesmas.

¹⁰⁸ JOSÉ ANTÓNIO CAINZOS, “Artigo 24.º”, in *Comentarios a la ley de arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, pp 464 e ss, MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 486 e ss.

¹⁰⁹ O incumprimento das obrigações de confidencialidade pelas partes ou pelos seus advogados poderá, ainda, ser alvo de correcções pelo próprio tribunal arbitral que tem o poder de determinar quais as consequências de tal incumprimento e quais as medidas a adoptar a fim de sanar essa irregularidade; MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, p. 486 e ss.

¹¹⁰ O próprio artigo 41.3 do Regulamento da CIMA determina que “As deliberações do tribunal arbitral colegiado serão secretas e que o tribunal arbitral poderá reunir-se para deliberar em qualquer lugar que julgar oportuno”, constituindo tal preceito a uma transcrição literal ao estabelecido no artigo 1.479 do Código de Procedimento Civil Francês, MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 486 e ss.

No artigo 63.º, n.º 1, do Regulamento da CIMA, por sua vez, estabelece-se um princípio geral de que a sentença não se fará pública, salvo acordo entre as partes¹¹¹. Trata-se de uma solução inspirada no artigo 34.º, n.º 5, do Regulamento da UNCITRAL de 2010, ressalvando-se unicamente a ocorrência de duas situações excepcionais: (i) a de se uma parte tiver a obrigação jurídica de divulgar tal sentença para proteger ou exercer um direito; (ii) ou se um procedimento legal perante um tribunal ou outra autoridade competente assim o obrigar. Já o número dois deste mesmo artigo oferece uma solução diferente¹¹², ao determinar que a Corte publicará na sua página *web* as sentenças que resolvam conflitos societários passíveis de inscrição, mantendo o nome dos árbitros, mas suprimindo todas as referências aos nomes das partes e dados que possam identificá-las facilmente, desde que nenhuma das partes se tenha oposto expressamente à publicação dentro de um prazo de trinta dias a contar da data em que o laudo tenha sido expedido.

MANUEL GARAYO ORBE, a propósito do regulamento da CIMA, sublinha que não resulta claro se o artigo 63.º, n.º 1, proíbe a divulgação da sentença, ou de partes da mesma, caso se eliminem os nomes das partes e outros elementos que permitam a sua identificação. Com efeito, o artigo 63.º *in fine*, ao permitir apenas a título excepcional a publicidade das sentenças, acaba por reforçar com carácter geral a confidencialidade de todos os restantes laudos¹¹³. O texto da CIMA acentua, ainda, o carácter de excepção de tais hipóteses e, portanto, reforça o princípio da não divulgação do laudo ao inserir o advérbio “desde que” antes da enumeração dos termos em que o laudo se poderá tornar público.

Tendo em conta o *supra* exposto, encontramos-nos munidos das ferramentas necessárias para compreender que a confidencialidade é a regra que prima por excelência no direito arbitral espanhol, *maxime* nas arbitragens da CIMA, sendo as excepções a tal regra muito reduzidas e muitas vezes meramente hipotéticas, o que por sua vez nos leva a questionar se tal solução configurada desta exacta forma será a mais correcta.

¹¹¹ Na CIMA, de acordo com informações prestadas pelo Secretário Arbitral FRANCISCO RUIZ RUISEÑO e JUANA MARY, responsável pela parte Administrativa desta Corte, não há uma única ocorrência da publicidade da decisão arbitral por acordo das partes.

¹¹² MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, pp. 489 e ss.

¹¹³ MANUEL GARAYO ORBE, “Confidencialidad”, 2015, p. 490 e ss.

Quer nos parecer que a resposta a tal questão deverá ser necessariamente negativa, por razões que passaremos a explicar *infra*.

De facto, e contrariamente ao que ocorre no nosso ordenamento jurídico¹¹⁴, independentemente de uma das partes ser o Estado ou trabalhar para o sector público, todos os procedimentos na CIMA têm como princípio geral o da não publicidade.

Com efeito, o artigo 63º da CIMA, ao não englobar especificamente dentro das suas “excepções” a publicidade das sentenças, nas quais uma das partes seja o Estado ou pertença ao sector público, deixa em aberto uma perigosa porta que poderá levar à sensação de desconfiança por parte de quem recorre a este tipo de justiça.

Efectivamente parece-nos que apesar de a confidencialidade fazer todo o sentido na arbitragem, existem situações em concreto, como é o caso desta, em que a publicidade ou cuidados extras de transparência se justificam.

Durante o estágio na CIMA, pudemos realmente comprovar que: (i) a confidencialidade pauta de forma generalizada todos os seus procedimentos; e (ii) as raras excepções a que faz menção o seu artigo 63.º, e que hipoteticamente poderiam dar lugar à publicidade, muito dificilmente se verificam. Aliás, foi inclusivamente através deste estágio que tivemos a possibilidade de acompanhar um procedimento arbitral intentado contra uma importante empresa de transportes públicos espanhóis, sem que tal especificidade impusesse qualquer tipo de obrigação de publicidade ou de transparência adicional.

Com efeito, quer-nos parecer que a publicidade nas sentenças arbitrais administrativas faz todo o sentido, já que em tais situações existe o risco de prejudicar gravemente o interesse público.

Imaginemos, por exemplo, situações nas quais o Estado é parte de um procedimento arbitral e consequentemente condenado a pagar milhões, ou situações nas quais o Estado ingressou em negócios ruinosos. A confidencialidade em tais processos impossibilitaria terceiros interessados e até Governos precedentes a conhecer tal situação.

Deste modo, e em suma, entendemos que, nesta questão em concreto, a CIMA falha por não a considerar, devendo, para o efeito, começar a

¹¹⁴ Não foi só o nosso ordenamento jurídico que atendeu a tal especificidade no que à publicidade de sentenças arbitrais administrativas concerne, podendo ver-se mais exemplos de países que consagram este critério de publicidade em arbitragens de Direito Público.

explorar novas opções que corroborem com a nova “onda” de transparência que se faz sentir actualmente nas mais variadas instituições mundiais arbitrais¹¹⁵.

3. O conflito como reflexo do “*Due Process Paranoia*” na Arbitragem

Tal como oportunamente já analisamos, uma das maiores críticas feitas à confidencialidade na Arbitragem é a possibilidade de esta poder, eventualmente, comprometer o direito ao processo equitativo. Por essa mesma razão, considerámos fundamental trazer à colação o fenómeno do “*due process paranoia*”, que, salvo melhor opinião, é uma das maiores provas da preocupação, por vezes excessiva, que se faz sentir, por parte dos árbitros em fazer cumprir esse mesmo princípio.

Ora, o processo equitativo conheceu a sua génese no artigo 39.º da Magna Carta inglesa (1215)¹¹⁶ e encontra-se profundamente imbricado com o Estado de Direito (*rule of law*), conferindo às partes litigantes o direito de apresentar todas as observações que entendam relevantes para a apreciação do seu pleito e ao tribunal, o dever de as analisar de forma diligente e adequada¹¹⁷.

A importância deste princípio não ficou alheia aos mais variados instrumentos jurídicos internacionais, como é o caso dos artigos 47.º, 2.º parágrafo, da CDFUE, 6.º da CEDH, 10.º da DUDH e 14, n.º1, do PIDCP¹¹⁸, aspecto que bem se compreende, por estar em causa um dos direitos

¹¹⁵ MATTHEW WESCOTT, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, 2016, pp. 302-305, CHRISTOPHER CAMPBELL; ANA TRIGO COIMBRA, “We want to be in the room where it happens: A demand for practical transparency in international commercial arbitration”, in *Young Arbitration Review*, n.º 25, 2017.

¹¹⁶ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes*, 2017, pp. 84 e ss., e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2016, pp. 123 e ss.

¹¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.02.2016, Proc. n.º 176/06.3TNLSB.L2-1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

¹¹⁸ MARCELO REBELO DE SOUSA; JOSÉ ALEXANDRINO DE MELO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, LEX, 2000, pp. 103 e ss.; Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15.06.1999, proc. n.º 996/98, disponível em: <https://dre.pt/>; JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights on Consensual Arbitration na État des Lieux of Starsbourg Case Law and of a Problematic Swiss Law Feautue”, in *Human Rights at the Center – Les droits de L’homme au Centre*, 2006, p. 77.

humanos mais elementares¹¹⁹. A exigência de um processo equitativo tem como significado básico a “conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva”¹²⁰. Deste modo, a fim de se fazer cumprir o princípio do processo equitativo, necessário será que se verifiquem, designadamente, os seguintes princípios; a saber: i) o princípio de independência e imparcialidade do tribunal, ii) a observância do princípio do juiz natural: iii) a publicidade do processo; iv) a fundamentação da decisão e o seu proferimento em prazo razoável; v) o direito à prova, bem como a licitude desta, e vi) o princípio da igualdade das partes.

Diga-se, a este propósito, que apesar do direito ao processo equitativo corresponder a uma garantia fundamental que em momento algum deve ser posto em causa – tal como já tivemos a oportunidade de assinalar – a realidade, porém, é que actualmente o mesmo tem sido alvo de alguma incompreensão. Referimo-nos, particularmente, ao fenómeno (crescente) que certos autores apelidaram de *due process paranoia*¹²¹.

Feita esta excursão a título de enquadramento, passemos, sem mais demoras, à análise deste fenómeno.

3.1. A definição possível do fenómeno do “Do Due Process Paranoia” na Arbitragem

Foi em Junho de 1964 que o Juiz do Supremo Tribunal de Justiça Americano, POTTER STEWART, perante um determinado caso concreto, proferiu a célebre frase “*I know it when I see it*”¹²².

¹¹⁹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes*, 2017, pp. 85 e ss.

¹²⁰ JOSÉ GOMES CANOTILHO; JOSÉ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Almedina, 2014, pp. 415-416.

¹²¹ REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), 2017, p. 1, ANSELMO REYES, “Due Process Paranoia” in *Asian Dispute Review*, n.º 4, 2017, pp. 160-165.

¹²² “Eu sei quando vejo”, esta célebre frase foi proferida em 22 de junho de 1964 pelo Juiz do Supremo Tribunal de Justiça, POTTER STEWART, no âmbito do Acórdão do Supremo

No fenómeno do *due process paranoia*, a referida máxima tem aplicação. Não existe uma linha que separe o respeito pelo princípio do direito ao processo equitativo da “paranóia” em fazer cumprir esse mesmo princípio.

Parece inegável, porém, que árbitros e advogados, uma vez perante, perante o fenómeno do *due process paranoia*, sabem-no¹²³.

Podemos definir, assim, o *due process paranoia* como a relutância que cada vez mais se sente por parte dos tribunais (arbitrais) em agir de certa forma, em determinadas situações, por receio de que a sentença possa vir a pôr em causa o processo equitativo¹²⁴.

No cerne desta questão encontram-se três principais componentes: i) uma ou mais decisões arbitrais com considerações excessivas relativamente ao processo equitativo, decisões estas que na grande maioria das vezes se destinam a proteger a parte mais fraca da arbitragem; ii) a crença de que sem estas preocupações a sentença arbitral pode ser recusada ou posta em causa, o chamado *enforcement risk*¹²⁵, e, por fim, o terceiro e decisivo elemento – sem o qual não teríamos a “paranóia” – iii) a crença totalmente errada, por parte do tribunal arbitral, de que esta precaução

Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, de 22.06.1964, proc. 378 U.S. 184 (1964) (*Jacobellis v. Ohio*), disponível no *sítio* da internet <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/> no qual teve de decidir se uma cena erótica, exibida no filme “*Les Amants*”, configurava, ou não, pornografia.

¹²³ Facto que pudemos inclusivamente comprovar ao assistir à conferência realizada pelo ICC Young Arbitrators Forum no pretérito dia 31.01.2019, intitulada “*Due process paranoia and the search for lost efficiency*” na qual se debateu o fenómeno crescente que o *due process paranoia* representa.

¹²⁴ De acordo com um estudo realizado em Março de 2016 pela UNIVERSIDADE QUEEN MARY EM LONDRES, em parceria com a sociedade de advogados WHITE & CASE, intitulado “*Improvements and Innovations in International Arbitration*”, uma das várias e interessantes descobertas alcançadas, prende-se com o aparente crescimento de algum receio por parte dos árbitros em agir de uma determinada forma, com receio de violarem o *due process*.

¹²⁵ DOROTHY MURRAY refere inclusivamente a este respeito: “*You may have won the substantive hearing and secured your client a substantial arbitral award, but if the opposing party refuses to honour the award, the fight is not yet over. Unless an award is complied with or enforced (and the case of damages, collected), it has only limited reputational value*” in DOROTHY MURRAY; DAISY MALLETT; CHARLOTTE ANGIN, “Enforcing arbitration awards: the how, the why and latest developments”, setembro 2016, <https://www.kwm.com/en/de/knowledge/insights/enforcing-arbitration-awards-the-how-the-why-and-latest-developments-20160915>.

extra é uma garantia de que a sua sentença não será anulada¹²⁶, sendo que esta crença se deve a uma percepção inflacionada do *enforcement risk*¹²⁷. Num plano prático, o *supra* descrito reconduzir-se-á, designadamente, a:

- i) Conceder-se repetidamente possibilidade de contra-resposta;
- ii) Aceder-se aos pedidos das partes em submeter mais documentos;
- iii) Permitir-se a introdução tardia de uma nova alegação de defesa, ou de nova prova;
- iv) Aceder-se a pedidos tardios para remarcar as audições das testemunhas.

São várias as razões que justificam o porquê deste zelo excessivo por parte dos árbitros, chegada a altura de proferir a sua decisão.

Em primeiro lugar – caso a celeridade do processo não seja prejudicial¹²⁸ – os árbitros preferem retardar ligeiramente o procedimento, ou aumentar os custos da arbitragem, a correrem o risco de ver a sua sentença revogada pelos tribunais estaduais. Em segundo lugar, a forma como se critica desmesuradamente a arbitragem – muitas vezes, por parte dos próprios tribunais judiciais¹²⁹ – aumenta este receio dos árbitros.

¹²⁶ REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), pp. 1 e ss.

¹²⁷ O *enforcement risk* consiste no risco real da sentença poder vir a ser anulada, é a percepção errada deste perigo que leva a esta cautela excessiva por parte dos árbitros, veja-se, a este respeito, REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), pp. 1 e ss.

¹²⁸ Referimo-nos a casos específicos em que existe o receio de que uma das partes possa vir a dissipar o património, por exemplo.

¹²⁹ No que se refere às críticas dos tribunais estaduais em relação à justiça arbitral, veja-se, por exemplo, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS; VÂNIA FILIPE MAGALHÃES; CAROLINA GIRÃO DE ALMEIDA SANTO, “Proposta de Diploma Relativo à Arbitragem Societária”, *Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, maio 2018, no qual se afirma que “Aparentemente, estamos ainda a falar de meios alternativos de resolução de litígios, mas o “alternativo” é-o cada vez menos, parecendo a arbitragem, por vezes, ser erigida, pelo próprio Estado, como o meio “principal”

E, em terceiro lugar, o facto de as *Lex Arbitri* estabelecerem como motivo de anulação da sentença arbitral casos em que “não se tenha permitido à parte fazer valer os seus direitos”, não especificando o escopo de aplicação da norma nem os seus limites, contribui inevitavelmente para esta incerteza, levando a que os árbitros prefiram pecar por excesso de zelo do que abrir caminho a possíveis violações de direitos das partes¹³⁰.

Uma vez expostas as principais razões que justificam este fenómeno, importa compreender quais os problemas práticos em que o *due process paranoia* se traduz.

O maior problema a que o *due process paranoia* se reconduz são essencialmente os custos excessivos e demoras desnecessárias que o procedimento acaba inevitavelmente por sofrer. Esta cautela excessiva – que mais tarde se revela desnecessária¹³¹ – leva a que os procedimentos

de resolução de alguns litígios, criando como que dois sistemas de justiça (privado e público) concorrentes entre si e quase isolados” e que “ (...) esta crença e “aposta” do Estado na arbitragem não deixa de ser profundamente paradoxal, dado que depois é o próprio Estado que, ao ser confrontado com os elevados custos de algumas decisões arbitrais para o erário público (e, em última sede, para todos nós enquanto contribuintes) e apesar de, voluntariamente, ter admitido que quaisquer litígios com entidades privadas fossem dirimidos por árbitros, vem recorrer para o sistema de justiça estatal.” e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15.03.2018, proc. n.º 82/17.6BCLSB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> que assinala que “Embora seja delicada a matéria da arbitrabilidade em Direito Público e ou em litígios que envolvam dinheiros públicos, o nosso legislador infraconstitucional é, num caso raro na Europa, afoitamente adepto da arbitragem jurídica intrafronteiras. Nesse contexto específico, vem ocorrendo um curioso fenómeno: as entidades públicas acabam voltando aos tribunais estaduais, por vezes interpondo ações de anulação manifestamente infundadas à luz do artigo 46º/3 da Lei da Arbitragem Voluntária”. A este respeito, veja-se, ainda, GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, “Parecer – Proposta de Lei de Arbitragem Voluntária”, A.S.J.P., setembro de 2011, p. 36 que afirma que este privilegiar, pelo próprio Estado, tem como consequência evidente o “passar a existir uma maior utilização destes tribunais arbitrais. Em detrimento dos tribunais estaduais? Naturalmente, pois essa parece ser uma opção clara de política legislativa ao não se melhorar, paralelamente, o funcionamento dos tribunais estaduais e ao não se lhe atribuírem as condições adequadas de funcionamento, nomeadamente ao nível do regime de processo civil declarativo”.

¹³⁰ Justificação de ANDRÉS TALVAERA, no seu artigo “Combatiendo la Due Process Paranoia Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, ICC YAF, 2017, pp. 76 e ss.

¹³¹ REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process*,

arbitrais vejam uma das suas maiores qualidades, a eficiência, posta em causa, existindo a preocupação de que cada vez que o tribunal opte por este zelo desnecessário ao invés da economia/ eficácia processual em circunstâncias em que se poderia permitir uma maior rigidez, já que o *enforcement risk* é inferior aquele que creem, estejam consequentemente a contribuir para decisões arbitrais pouco económicas e pouco eficientes¹³². É esta a pedra de toque que rodeia o problema do *due process paranoia*¹³³, é esta cautela excessiva por parte dos árbitros que pode potenciar situações nas quais as partes que recorrem à arbitragem se sintam frustradas ou, no limite, que não se justificou o recurso a tal meio de resolução de litígios¹³⁴.

Acresce que, tal como BERGER e JENSEN¹³⁵ alertam, nem sempre é totalmente perceptível se as partes agem de uma determinada forma porque os seus direitos assim o permitem ou porque propositadamente desejam obstruir o procedimento arbitral, o que acaba por levar a que os árbitros se vejam numa situação ingrata, na qual a decisão correcta a adoptar não seja fácil. Em tais situações, a decisão de aceder (ou não) a determinados pedidos é principalmente influenciada por dois factores: (i) por um lado, o facto de os árbitros quererem garantir o custo/ eficiência do procedimento (comummente exigido pelas partes); (ii) por outro

England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), pp. 1 e ss.

¹³² KLAUS PETER BERGER, “To what extent should arbitrators respect domestic case law? The German Experience regarding the law on Standard Arbitration International”, in *Arbitration International*, Vol. 32, n.º 3, 2016, pp. 415–435.

¹³³ Entenda-se as decisões detentoras de cuidados excessivos que são lesivas e inadequadas do ponto de vista da economia e eficiência processual.

¹³⁴ Um estudo realizado pela UNIVERSIDADE QUEEN MARY, em Londres, em parceria com a sociedade de advogados WHITE & CASE, concluíram que grande parte dos entrevistados admitiu “que na prática sentiu que não havia justificação para o excesso zelo sentida por parte dos árbitros em situações em que poderiam perfeitamente ter sido mais firmes”, REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), pp. 5 e ss.

¹³⁵ KLAUS PETER BERGER; OLE JENSEN, “Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, in *Arbitration International*, Vol. 32, 2016, pp. 415–435.

lado, a circunstância de eles serem os responsáveis por se certificar de que aquela arbitragem é legítima e respeita as imposições do *due process*.

Esta “paranóia” justifica-se, porque, por um lado, os árbitros têm a certeza do seu dever em emitir decisões válidas e executáveis, mas por outro já não têm tanta certeza se a decisão que tomem possa vir a ser considerada, por parte dos tribunais estaduais, como um uso razoável da discricionariedade de que dispõem para a condução do procedimento¹³⁶.

Chegados a este ponto, afigura-se de crucial importância debruçarmos-nos sobre as potenciais soluções para combater este problema.

A realidade é que, apesar do efeito uniformizador operado pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei-Modelo da UNCITRAL, a situação varia de forma drástica de jurisdição para jurisdição¹³⁷. Parece-nos que primordialmente a solução a este problema passará por uma maior acessibilidade da informação às partes e pela realização de relatórios realísticos relativamente ao *Enforcement Risk*¹³⁸. Por outras palavras, a fim de minimizar o *due process paranoia*, necessário será realizar-se, de forma minuciosa e casuística, um estudo sobre o verdadeiro impacto na gestão processual, da força executiva da decisão arbitral.

Outra solução passível de curar esta “paranóia” seria a de se utilizar um teste de proporcionalidade como ferramenta que permita quer a árbitros proteger as suas sentenças caso as mesmas venham a ser postas em causa,¹³⁹ quer ainda às partes que alegam tal violação sustentarem a mesma e, desse modo, legitimarem o seu pedido¹⁴⁰. Um teste de proporcionalidade seria de uma enorme utilidade, na medida em que

¹³⁶ ANDRÉS TALVAERA, “Combatiendo la Due Process Paranoia”, 2017, pp. 76 e ss.

¹³⁷ Como é o caso de Inglaterra e Wales por exemplo, que na opinião de REMY GERBAY o *due process paranoia* é inferior nestas regiões uma vez que Inglaterra é conhecida por ser a pro-arbitragem e a probabilidade de uma decisão arbitral ser revogada é manifestamente inferior. Vide REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>).

¹³⁸ REMY GERBAY; BADAR AL RAISI “Due Process Paranoia (Part 2): Assessing the Enforcement Risk under the English Arbitration Act” in *Domestic Courts, Due Process, England, English Arbitration Act, English Law, Uncategorized*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), pp. 1 e ss.

¹³⁹ ANDRÉS TALVAERA, “Combatiendo la Due Process Paranoia”, 2017, pp. 77 e ss.

¹⁴⁰ ANDRÉS TALVAERA, “Combatiendo la Due Process Paranoia”, 2017, pp. 78 e ss.

poderia servir como critério imparcial auxiliador de árbitros e das partes, reduzindo-se o grau de incerteza que esta situação gerou. O que se verifica, porém, é que a flexibilidade de que os tribunais arbitrais dispõem leva a um excesso de custos administrativos que acabam por ser superiores aos custos-erro¹⁴¹.

Nesta senda, JOSÉ MARÍA DE LA JARA¹⁴² considera que se deveria verificar uma relação inversa entre os custos administrativos e o custo de erros processuais que possam levar a pôr em causa o princípio do *due process*¹⁴³, através de um menor investimento em recursos administrativos que consequentemente levaria a menos anulações e a menos oposições à execução¹⁴⁴.

Por sua vez, ANDRES TALAVERA CANO sugere como solução para este problema a utilização de um método chamado I.R.A.C., que consiste na aplicação de um processo lógico de quatro passos que assegura o alcance de uma decisão razoável. São eles: i) identificar os problemas; ii) identificar as regras subsumíveis ao caso concreto; iii) aplicar as regras aos factos; e iv) chegar a uma conclusão¹⁴⁵. O autor considera que, através deste método, consequentemente ajudar-se-á os árbitros a reduzir ao mínimo as razões pelas quais os tribunais estaduais mais tarde possam vir a anular as suas decisões, reduzindo-se assim este grau de incerteza e apagando esta “paranóia” das suas preocupações.

Com efeito, o tribunal arbitral ao permitir uma prova extemporânea terá consequentemente de permitir à outra parte que exerça o seu direito de contra-resposta e se, por sua vez, essa parte quiser igualmente apresentar uma nova prova, naturalmente terá que permitir que aquela

¹⁴¹ Referimo-nos às situações em que os tribunais arbitrais se sujeitam a um aumento de custos administrativos por erradamente acreditarem que só dessa forma estão a salvar-guardar o *due process*.

¹⁴² JOSÉ MARIA DE LA JARA PLAZA; JULIO HUMÁN OLÓRTEGUI “La contaminación de la confianza, los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, nº. 8, 2016, pp. 38 e ss.

¹⁴³ Todavia é o próprio professor que considera que na prática não é o que sucede.

¹⁴⁴ JOSÉ MARIA DE LA JARA PLAZA; JULIO HUMÁN OLÓRTEGUI, “La contaminación de la confianza”, 2016, pp. 39 e ss.

¹⁴⁵ JOSÉ MARIA DE LA JARA PLAZA; JULIO HUMÁN OLÓRTEGUI, “La contaminación de la confianza”, 2016, p. 81.

exerça o seu direito de defesa relativamente à nova prova¹⁴⁶ – gerando-se, portanto, uma espiral recessiva. Um pedido inocente a que os árbitros acedem por receio de pôr em causa o *due process*, acaba por levar a que se tenha de remarcar ou prolongar audiências, prejudicando-se assim desnecessariamente a eficiência do procedimento¹⁴⁷.

Urge, deste modo, que os tribunais arbitrais evitem este género de situações e comecem a levar a cabo condutas que desincentivem as partes de adoptar comportamentos dilatatórios, adiantando-se, *ab initio*, a essas situações e clarificando o grau de discricionariedade de que o tribunal dispõe.

Se é uma prioridade dos tribunais arbitrais a eficiência do processo, que o é, bem como a imposição de limites que não permitam pedidos cujo único objectivo é o de prolongar a arbitragem, então sem dúvida que será igualmente do interesse de toda a comunidade arbitral terminar este género de situações e implementar soluções que evitem que esta “paranóia” arbitral (fruto da incompreensão do sentido e alcance do direito ao processo equitativo) se propague ainda mais.

4. Conclusões pessoais e tomada de posição

No presente estudo, procurámos aprofundar a relação existente entre a confidencialidade e a publicidade na arbitragem (*maxime* nos seus procedimentos e nas suas sentenças), e compreender se o *due process paranoia* é um reflexo dessa mesma relação.

Propusemo-nos, ainda, reflectir sobre se terá chegado o momento de implementar um dever geral de publicidade na arbitragem, face a todas as críticas que esta tem sofrido e à onda de “transparência” generalizada que se tem feito sentir.

Percorrido este caminho, parece-nos que a resposta a tal questão deverá ser necessariamente negativa.

Sem dúvida alguma que o estágio realizado na CIMA, e a análise dos artigos 62.^o e 63.^o do seu Regulamento, instigaram a nossa curiosidade

¹⁴⁶ Ao abrigo do princípio do contraditório que é um dos princípios basilares que informam o processo civil, cfr. Artigo 3º CPC.

¹⁴⁷ JOSÉ MARIA DE LA JARA PLAZA; JULIO HUMÁN OLÓRTEGUI, “La contaminación de la confianza”, 2016, pp. 79 e ss.

no sentido de apurar o porquê de a confidencialidade na arbitragem ser um motivo de indignação para certos autores.

Com efeito, foi através da nossa experiência nesta Instituição arbitral paulista que tivemos a oportunidade e o privilégio de apurar a forma como os vários regulamentos arbitrais abordaram esta questão, tendo concluído que a mesma varia bastante de jurisdição para jurisdição.

Pudemos compreender, ainda, que a falta de um conceito uniformizador por parte da Lei-modelo da UNCITRAL influenciou a forma como a confidencialidade foi tratada nos vários países, que, à sua semelhança, não atribuíram igualmente a devida importância a este conceito.

Compreendemos o porquê da confidencialidade na arbitragem não prejudicar um elemento essencial do *due process* e denotamos que esta crítica é reflexo de uma certa confusão que existe pelo respeito ao direito ao processo equitativo na arbitragem (a chamada “*due process paranoia*” que mencionamos). “Paranóia” esta que, por sua vez, levou a que se acabasse por prejudicar, de certa forma, a arbitragem e a sua celeridade processual, levando a que muitos árbitros e juristas cientes deste problema se unissem para corrigir tal situação.

Chegados a este ponto urge tomar uma posição.

Primeiramente, relativamente à questão de saber se terá chegado o momento de implementar um dever geral de publicidade na arbitragem, parece-nos necessariamente que não, especialmente em arbitragens comerciais.

O que nos parece, porém, é que terá chegado, esse sim, o momento de implementar um dever de confidencialidade de forma mais específica na LAV, para que não haja dúvidas de que a confidencialidade na arbitragem é legítima e tem todo o sentido.

Parece-nos igualmente que implementar uma cultura de incentivo para que se comece a estabelecer na própria convenção arbitral qual o alcance da confidencialidade, bem como todas as suas especificidades, seria extremamente benéfico e reduziria quaisquer dúvidas que mais tarde se pudessem levantar e tornar litigiosas – e que, inevitavelmente, prejudicam a celeridade processual e os custos do procedimento, uma vez que se terá que perder tempo a deliberar e analisar tais questões.

Todavia, a publicidade, como vimos ao longo do presente estudo, tem igualmente o seu lugar na arbitragem, que cada vez mais pratica uma cultura de transparência e fomenta a confiança por parte de terceiros. Por

essa razão, deixámos aqui, igualmente, um incentivo para que se comece a procurar mais o acordo das partes – que se possam permitir a tal – e publicar as suas sentenças a fim de se criar uma jurisprudência arbitral e, deste modo, reforçar a legitimidade da arbitragem e das suas decisões.

Acreditamos veemente que a justiça arbitral não corresponde a uma justiça paralela e, através deste estudo, pudemos verdadeiramente compreender que a confidencialidade não prejudica em princípio nenhum elemento essencial do *due process*, não sendo, por isso, justo que a mesma continue a ser alvo de críticas infundadas e sem razão de ser por parte de pessoas que transformam a sua incompreensão em crítica. Por isso, acreditamos que apostar na formação de juristas e leigos em arbitragem, poderá revelar-se fundamental para corrigir esta instabilidade que se tem feito sentir relativamente a esta questão.

Importa mencionar que concordamos, porém, com as críticas formuladas contra ordenamentos jurídicos que não prevêem a publicidade das sentenças arbitrais em situações nas quais esteja em jogo o interesse público – tal como nós próprios criticámos aquando da análise dos artigos 62.º e 63.º da CIMA. Nesses casos, a publicidade na arbitragem tem todo o sentido e deve ser exigida, por estarem em causa interesses de toda a comunidade.

Por fim, afigura-se fundamental que se consiga alcançar uma melhor relação entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais e que os árbitros deixem de recear que as suas sentenças possam vir a ser anuladas por parte dos tribunais estaduais. Para este efeito, já dizia ANTÓNIO MACHADO¹⁴⁸ o caminho faz-se caminhando, e julgamos que o tempo e a compreensão dos trâmites e princípios pelos quais a Arbitragem se rege desempenharão um papel crucial neste sentido.

¹⁴⁸ «*Se hace camino al andar*», ANTÓNIO MACHADO, estrofe de «*Proverbios y cantares*», in *Campo de Castilla*.

I – ARTIGOS

B) Mediação

Caucus na Mediação – Admissibilidade, Relevância e Técnicas: uma Abordagem Teórica

CATARINA NICOLAU CAMPOS

Resumo: O *caucus* consiste na possibilidade de, numa mediação, existirem sessões privadas entre o mediador e uma das partes. O presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem teórica ao conceito de *caucus*, ao seu significado e à sua aplicabilidade prática na mediação. Para este efeito, faremos uma análise ao enquadramento jurídico português, problematizando as questões sobre a sua admissibilidade, procurando entender melhor esta figura, os seus limites e potencialidades enquanto estratégia na mediação.

Palavras-Chave: *Resolução Alternativa de Litígios; Caucus; Mediação; Sessões Privadas; Mediador*

Abstract: *Caucus* consists in the possibility of holding private sessions within a mediation between the mediator and one of the parties. The following article aims to make a theoretical approach to the concept of *caucus*, its meanings and application in mediation. For this purpose, we will analyze the Portuguese legal framework and address the issues that surround the use of these private sessions, in order to seek a clearer understanding of what is *caucus* and its acceptance criteria as a valid strategy in mediation.

Key-words: *Alternative Dispute Resolution; Caucus; Mediation, Private Sessions; Mediator*

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo abordar o uso do *caucus* na mediação. O *caucus* é uma estratégia complexa, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático.

Restringimo-nos, neste texto, aos principais problemas teóricos colocados a propósito destas sessões privadas.

Assim, no primeiro capítulo abordamos a etimologia do conceito, procurando o seu significado no âmbito da resolução alternativa de litígios.

No segundo capítulo discutimos, em primeiro lugar, a sua admissibilidade legal e a discussão doutrinária que a acompanha. Em segundo lugar, abordamos a celeuma que a realização destas sessões privadas convoca para os especialistas em mediação, apontando um conjunto exemplificativo de razões que podem justificar o uso de *caucus*.

No terceiro capítulo abordamos a relação dos princípios da mediação com o procedimento do *caucus*.

No quarto capítulo fazemos uma brevíssima concetualização teórica sobre as técnicas e estratégias de comunicação a adotar nas sessões privadas, tomando como exemplo a estratégia de *imparcialidade-empatia*.

I. Caucus – conceito

A etimologia da palavra *caucus* não é livre de discórdia. Por este motivo, embora o presente trabalho se reporte unicamente ao *caucus* no contexto da mediação, parece-nos relevante abordar as suas possíveis origens e os diferentes significados que acolhe. Só desta forma poderemos ser exatos quanto ao objeto deste texto.

1.1. Significado político

Para o campo da política, é comumente aceite que o termo tem origem no algonquim *cau'-cau-as'u* e significa “conselho”. Esta língua era falada por um povo indígena da América do Norte, os Algonquins¹.

Este sentido político tem forte expressão nos EUA e nalguns países da América latina. Pode assumir as seguintes formas:

- a) Sistema de eleição: é denominado *caucus* o sistema de eleição de delegados na fase primária das eleições para a presidência dos EUA,

¹ ALEXANDER BERGS; LAUREL J. BRINTON, *English Historical Linguistics – An International Handbook*, Vol. II, De Gruyter Mouton, 2012, p. 1761

alguns estados². Consiste em reuniões informais, normalmente em espaços públicos como escolas, igrejas ou biblioteca nas quais os cidadãos, a partir dos 17 anos, votam diretamente em determinadas pessoas, elegendo-as como representantes do Condado.

- b) Sistema de organização de grupos com interesses comuns – estes grupos podem assumir as seguintes formas:
 - i) *Caucus* congressistas (nos EUA), quando o grupo se constitui para defender interesses legislativos comuns no Congresso, ainda que os seus membros pertençam a partidos diferentes. Podem assumir também a denominação de grupos de trabalho³;
 - ii) *Caucus* partidários que são compostos por elementos do mesmo partido numa determinada instância pluripartidária;
 - iii) *Caucus* enquanto grupos que pretendem promover ou defender determinadas causas – sem conotação partidária ou política, com composição heterogénea⁴.

1.2. Significado para a resolução alternativa de litígios

Neste âmbito, a etimologia costuma reportar-se ao latim *caucus*⁵, que significa taça de beber. O conceito surge também em associação ao Caucus Club, um clube/bar famoso em Boston, durante a época colonial^{6/7}.

² BRYAN A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 8.^a ed., Thomson West, 2004, p. 232; DAVID P. REDLAWSK; CAROLINE J. TOLBERT; TODD DONOVAN, *Why Iowa? How Caucuses and Sequential Elections Improve the Presidential Nominating Process*, University of Chicago Press, 2011, pp. 49-50 e p. 62

³ Nos EUA existem centenas de *cauci*, constituídos nestes termos. A título de exemplo: *Portuguese Caucus*, *Climate Solutions Caucus*, *Creative Rights Caucus*, etc.

⁴ V.g. *European Union Women Caucus*, disponível em: <https://www.womeninparliaments.org>, consultado em março de 2019

⁵ *Cauci*, no plural nominativo

⁶ Séc. XVII/XVIII

⁷ *Encyclopedia Britannica*, vol. V, 11^a ed., University of Cambridge, 1911, p. 556

CHRISTOPHER MOORE⁸ define *caucus* como uma resposta a fatores exógenos que influenciam as partes e o conflito ou a problemas suscitados no decorrer do próprio processo. Esta resposta, para o autor, consiste em fazer reuniões privadas, nas quais as partes estão intencionalmente afastadas.

ZULEMA D. WILDE e LUIS M. GAIBROIS entendem o *caucus* como reuniões confidenciais com cada uma das partes, a fim de restabelecer a comunicação e adquirir uma percepção mais completa da disposição das partes⁹.

DIEGO FALECK¹⁰ considera *caucus* uma possibilidade de o mediador se reunir, separadamente, com as partes, durante as negociações.

Para PETER LOVENHEIM¹¹ o *caucus* é uma sessão privada entre uma das partes e o mediador, na qual o mediador poderá usar linguagem mais informal e mais aberta do que nas sessões conjuntas.

JORGE CORREIA JESUÍNO¹² nomeia o *caucus* de “separação de partes”, sendo para o autor um procedimento utilizado pelo mediador quando as relações entre as partes são muito competitivas ou tensas. Tem como objetivo a facilitação do processo, o controle dos canais de comunicação entre os participantes, por parte do mediador, e ainda conferir-lhe uma posição privilegiada pela possibilidade de recolher informação confidencial.

JUAN CARLOS VEZZULLA¹³ entende os *cauci* como entrevistas individuais, com o objetivo de obter maior grau de confidencialidade no momento de exploração dos interesses ocultos, sempre que haja uma barreira de desconfiança entre as partes que seja difícil de ultrapassar.

⁸ CHRISTOPHER W. MOORE, *O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*, 2.^a ed., Artimed, 1998, p. 277

⁹ ZULEMA D. WILDE; LUIS M. GAIBROIS, *O que é a mediação*, Agora Publicações, 2003, pp. 68 e 72

¹⁰ DIEGO FALECK, *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*, Ministério da Justiça com organização da Escola Nacional de Mediação e Conciliação, 2014, p. 126

¹¹ PETER LOVENHEIM, *How to mediate your dispute – finding a solution quickly and cheaply outside the courtroom*, Nolo Press, 1996, 7.32.

¹² JORGE CORREIA JESUÍNO, *A Negociação – estratégias e táticas*, Texto Editora, 2003, p. 134

¹³ JUAN CARLOS VEZZULLA, *Teoria e Prática da Mediação*, Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 76

No âmbito da mediação comercial internacional, EILEEN CARROLL e KARL MACKIE¹⁴ vêm defender o uso das sessões privadas como método para iniciar a fase de exploração na mediação. Seguem-se à primeira sessão plenária e consistem numa ronda de reuniões confidenciais entre o mediador e as partes para rever o caso, discutir opções e obter uma perceção da receptividade das partes aos cenários possíveis.

A definição que mais se distancia das anteriores, na medida em que reflete, no nosso entender, uma visão mais ampla e positiva do *caucus*, é a defendida por HENRY BROWN e ARTHUR MARRIOTT. Para estes autores, na mediação civil e comercial, as reuniões separadas são o instrumento mais útil para o mediador usar no sentido de facilitar as conversações. O mediador deve requerê-las não só numa perspetiva de auxílio das partes, mas de estratégia, conforme veja maior predisposição para negociar ou maior vontade da parte de ser ouvida. Estas primeiras reuniões privadas seguem-se a uma sessão conjunta. Em caso de escassez de tempo, podem até ser usadas para começar já a estabelecer os primeiros pontos do acordo¹⁵.

De todo o modo, o significado geral traduz-se numa técnica que consiste numa reunião privada, durante o processo de mediação, ou entre o mediador e as partes. Embora haja pequenas variações consoante os autores, há um consenso no seu conteúdo mínimo. Será esta a aceção adotada neste trabalho, pois é a que permite estudar na generalidade.

II. Admissibilidade

2.1. Enquadramento legal

2.1.1. A Lei n.º 29/2013

Em Portugal, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (adiante, Lei da Mediação), faz referência expressa à admissibilidade do *caucus*, no artigo

¹⁴ EILEEN CARROLL; KARL MACKIE, *International Mediation – the Art of Business Diplomacy*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 1999, pp. 96-97

¹⁵ HENRY BROWN; ARTHUR MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, Thomson Sweet & Maxwell, 1999, pp. 206-207

26.^o c), *in fine*, ao prever nessa alínea a possibilidade de o mediador se reunir separadamente com uma das partes. Quanto a este aspeto importa referir os seguintes pontos:

- i) A letra da norma não exige expressamente o consentimento das partes, ao contrário do artigo 53.^o-3¹⁶, da primeira versão da Lei dos Julgados de Paz. No entendimento de MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁷ é um indício de uma opção do legislador no sentido de dar maior discricionariedade ao mediador.
- ii) A leitura sistemática do preceito encontra dois limites a esta discricionariedade: em primeiro lugar, o “*princípio inderrogável do tratamento equitativo das partes*”¹⁸, e em segundo lugar, o dever de confidencialidade a que o mediador se encontra adstrito nestas sessões, imposto pelo artigo 5.^o-2.

Conclui-se, pois, que a nova norma é menos limitadora e menos reguladora, permitindo uma amplitude maior ao mediador para recorrer ao *caucus*, sem que, no entanto, os princípios da mediação sejam sacrificados.

2.1.2. Outras fontes

Para além da Lei da Mediação, importa igualmente referir outros instrumentos de *soft law*.

O Código Europeu de Conduta para Mediadores prevê, quanto ao procedimento, a possibilidade de o mediador, caso considere oportuno, poder ouvir as partes separadamente¹⁹. O Código de Deontologia e de Boas Práticas do Mediador de Conflitos da Federação Nacional de Mediação de Conflitos também faz referência ao *caucus*, no artigo 11^o-9.,

¹⁶ Norma revogada em 2013. Constava da sua redação, na Lei n.º 78/2001, de 13/07: “O mediador pode, com autorização das partes, ter encontros separados com cada uma delas, para clarificar as questões e buscar diferentes possibilidades de acordo.”

¹⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina, 2015, p. 74

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Código Europeu de Conduta para Mediadores, ponto 3.1.

ao reforçar o dever de informação às partes a que o mediador está obrigado, quanto à possibilidade de existirem sessões privadas²⁰.

2.2. Controvérsia quanto ao recurso ao caucus na mediação

Questão independente da admissibilidade legal é a do seu uso no âmbito da mediação. Com efeito, o recurso ao *caucus* no processo de mediação não é pacífico para os estudiosos da mediação como ciência.

Alguns autores apontam desvantagens ao uso dos *cauci*. As críticas dividem-se. Do lado do mediador há quem defenda que pode afetar a sua imparcialidade e neutralidade, e conferir-lhe uma sensação de poder que não será apropriada ao seu papel na mediação, afetando negativamente o processo²¹.

Do lado das partes, há quem defenda que o *caucus* é contraproducente, por introduzir mais um canal de divergência que pode suscitar sentimentos de desconfiança e uma escalada consequente do conflito, pela interferência na transparência do processo e corrupção dos canais de diálogo. ARTHUR MARRIOTT e HENRY BROWN²² referem até a hipótese de as partes fantasiarem quanto ao que a outra parte disse em *caucus*, gerando ansiedade e sensação de isolamento. Estas posições mais resistentes ao *caucus* tomam por referência, não só, mas essencialmente, a mediação familiar²³ – por exemplo, quando um casal recorre ao processo para evitar um divórcio ou para definir o exercício das responsabilidades parentais.

²⁰ Código de Deontologia e de Boas Práticas do Mediador de Conflitos da Federação Nacional de Mediação de Conflitos, artigo 11º-9: “Sempre que o mediador, por opção técnica ou metodológica, optar por realizar reuniões privadas com os mediados, prévias ou no decurso da mediação, devem estes estar devidamente informados deste procedimento”;

²¹ LAURIE ISRAEL, *To Caucus or Not to Caucus – That is the Question*, 2010, disponível em www.mediate.com, (consultado em março de 2019). No mesmo sentido, JUAN CARLOS VEZZULLA, *Teoria e Prática da Mediação*, 1998, p. 77 e CHRISTOPHER MOORE, *O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*, 1998, p. 282

²² HENRY BROWN; ARTHUR MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 1999, p. 175

²³ GARY J. FRIEDMAN, *A guide to divorce mediation*, Workman Publishing Company, 1993, pp. 281-282

2.2.1. Posição adotada

A admissibilidade do uso da técnica de *caucus* vai depender, em primeiro lugar, do entendimento que o mediador tem do processo. Do ponto de vista legal, como já vimos, não há, em Portugal, qualquer impedimento para a realização de *caucus*, desde que se respeitem os princípios e não haja imposição de acordo por parte do mediador. Sobre estas questões, falaremos no capítulo seguinte.

Não nos parece que haja incompatibilidade entre um estilo de mediação facilitador, uma posição imparcial do mediador e o uso de *caucus*, se o entendermos como estratégia para facilitar a comunicação das partes, quando esta se afigure difícil.

Em segundo lugar, sendo uma estratégia, só terá cabimento usá-la quando houver um benefício claro para a resolução da contenda entre as partes²⁴. Sentencia bem JUAN CARLOS VEZZULLA²⁵: “sem *caucus*, muitas vezes corremos o risco de não chegar a conhecer interesses muito ocultos e que não serão expressos na presença do outro”.

Assim, admitindo que nalguns conflitos não será a técnica ideal, noutros porventura será a chave do processo²⁶. Falamos também de litígios

²⁴ JEAN CRUYPLANTS; MICHEL GONDA; MARC WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008, p.192

²⁵ JUAN CARLOS VEZZULLA, *Teoria e Prática da Mediação*, 1998, p. 78. No mesmo sentido, JOANA PAIXÃO CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009, p. 28

²⁶ Podendo até ser todo o processo, como no caso atípico da mediação de consumo (Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro), numa aceção puramente formal. As partes são contactadas pelo mediador por telefone ou por correio eletrónico, à vez. No entanto, difere do ponto de vista material: não obedece ao princípio da confidencialidade nos termos do art. 5º-2 da Lei da Mediação, pois o mediador é o transmissor por excelência das informações de uma parte para a outra, sem que para isso seja necessário requerer autorização específica, e não surge por nenhuma das razões enumeradas no ponto 2.3. É, assim, uma forma diferente de *caucus*, representativa, na nossa opinião, das suas potencialidades.

Não só neste âmbito se distinguem as mediações de consumo. O processo é iniciado pelo consumidor e exige, em primeira instância, uma avaliação por parte do mediador que, de acordo com o artigo 7º-1 da Lei n.º 144/2015, deverá ter formação em Direito. Não se pode também medir o princípio da igualdade da mesma forma, pois por razões de proteção de mercado e de tendencial desequilíbrio na relação obrigacional entre consumidor e profissional, as normas de consumo contêm especificidades que se refletem no processo de mediação

com natureza internacional, cuja animosidade exige, para desenvolver canais de comunicação bem-sucedidos, numa primeira fase, sessões privadas. BERNARD MAYER dá como exemplo os conflitos no Médio Oriente, ex-Jugoslávia e Irlanda do Norte²⁷.

De igual modo, não podemos deixar de referir o seu papel essencial no modelo circular-narrativo de mediação, no qual as reuniões separadas ocorrem repetidas vezes, por permitirem uma interação mais reservada com as partes, “com vista ao esclarecimento do problema, à identificação de objetivos, necessidades e desejos, à validação de sentimentos e troca de papéis (...) e, assim, circularizar, reposicionar e facilitar soluções”²⁸.

2.3. Motivos tendentes à realização de caucus: breve elenco

São vários os fatores que poderão levar o mediador, as partes ou os representantes das partes a requerer uma sessão privada.

Elencamos aqui alguns, porventura os principais:

- i) *Necessidade de revelar informações confidenciais, que se pretende que a outra parte desconheça. O mediador poderá também requerer uma sessão privada se se aperceber desta situação.*

Na mediação, é essencial que se compreendam os interesses que subjazem as posições das partes, pois só desta forma se chegará a um verdadeiro acordo. Pode acontecer, contudo, que uma parte não queira revelar os interesses à outra parte, por diversas razões: medo, desconfiança, segredo de negócio (ou outros motivos) mas que não veja problema

(vide JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 3.^a ed., Almedina, 2016, pp. 26-28). Ademais, trata-se de uma mediação com um estilo mais interventivo, existindo a possibilidade de o mediador sugerir propostas de acordo.

Para um estudo mais aprofundado sobre a mediação de consumo cfr. JORGE MORAIS DE CARVALHO; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA; JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, 2017, pp.134 e 147-161.

²⁷ BERNARD MAYER, *The Dynamics of Conflict Resolution*, Jossey-Bass, 2000, p. 126

²⁸ CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, 4.^a ed., Método, 2015, p. 205. No mesmo sentido, ver JOHN WINSLADE; GERALD MONK, *Practicing Narrative Mediation*, Jossey-Bass, 2008, p. 53

em revelar esse interesse escondido apenas ao mediador, uma vez que este está vinculado ao princípio da confidencialidade.

- ii) Acalmar ânimos exaltados ou aliviar momentos de tensão que possam surgir e que impedem a correta comunicação entre as partes, pondo em causa o sucesso da mediação.*

Nem sempre se afigura tarefa fácil desmontar rapidamente as posições das partes, e muitas vezes a tensão gerada pelo conflito escala durante a mediação, tomando proporções que poderão colocar em causa o procedimento (por exemplo, elevações de voz, choro, utilização de insultos ou vocabulário mais agressivo, ameaças, gestos bruscos como bater com a mão na mesa, ou até mesmo levantar da cadeira). Sem prejuízo da possibilidade que o mediador tem de terminar a mediação, nos termos do artigo 19.º c) e d) da Lei da Mediação.

- iii) Explorar interesses e perspetivas num espaço de segurança e sinceridade.*

É natural que as partes sintam constrangimentos, sobretudo quando está em causa uma relação de proximidade pessoal, na partilha dos verdadeiros interesses que subjazem as posições conflitantes. O *caucus* permite que o mediador ofereça um espaço de segurança que poderá ser essencial para a boa resolução do conflito.

- iv) Criar mais proximidade e confiança entre o mediador e cada uma das partes.*

Por vezes o mediador pode percecionar receio por parte das partes quanto ao papel que o primeiro ocupa na mediação. Neste sentido, poderá, se entender, promover uma sessão privada para pôr fim a qualquer sentimento de desconfiança ou medo.

- v) Ajudar as partes a rever a força do seu caso e a repensar os seus interesses.*

Numa fase mais avançada da mediação, em que se aproxima um eventual acordo, pode ser profícuo fazer uma análise completa do caso para que o acordo possa beneficiar de maior força e segurança.

vi) Avaliar percepções e processos de negociação que estejam a ser utilizados.

Este ponto não se refere unicamente ao *caucus*, uma vez que será do interesse de todos que o mediador vá avaliando, ao longo do processo, se as técnicas e os processos de negociação utilizados estão a ser úteis. Todavia, recorrer ao *caucus* para obter retorno das partes quanto à metodologia aplicada é uma forma de reforçar o empoderamento das partes que é próprio da mediação, e também uma oportunidade para analisar, melhorar, reforçar ou alterar aspetos procedimentais.

vii) Testar propostas ou ofertas, ajudando a pensar nos diferentes cenários.

Poderá ocorrer que, perante uma proposta de acordo, as partes não se sintam à vontade para pensar sobre essa oferta considerando a pressão causada por um eventual limite de tempo disponível que têm para chegar a um acordo, ou por estarem, fisicamente, num espaço de proximidade com a outra parte (*e.g.*, a mesma sala). O *caucus* é uma boa forma de desbloquear estas situações, pois permite à parte testar, em conjunto com o mediador, os cenários possíveis e fazer uma avaliação cuidada dos impactos.

viii) Ajudar no fluxo de informação e na reunião de informações entre partes.

Em mediações mais complexas o recurso a sessões privadas para consolidar a informação é essencial para que os verdadeiros interesses das partes sejam revelados e o acordo seja completo, abrangendo a totalidade do conflito.

ix) Pôr fim a um impasse e sugerir às partes novas opções.

Nos casos em que se admite a intervenção do mediador a este nível, se as partes chegarem a um impasse, o *caucus* poderá servir para o mediador colocar à disposição das partes outras opções que permitam avançar em direção a uma resolução.

x) Facilitar a comunicação entre as partes.

Sendo o último motivo que referimos neste capítulo, pode, no entanto, ser o primeiro bloqueio entre as partes. A comunicação, mormente

quando estamos perante posições vincadas, nem sempre é fácil entre as partes, quer da parte do emissor, que poderá não passar a mensagem da forma mais adequada, quer do recetor, que poderá percecioná-la de forma diversa daquela que foi a intenção que presidiu a comunicação. Na mediação familiar, pode até acontecer que as partes não queiram estabelecer qualquer contacto verbal uma com a outra, mas queiram chegar a um acordo, por exemplo, relativamente a temas patrimoniais ou que diga respeito a algum aspeto da vida de um filho, e a comunicação seja toda feita através de *caucus*.

III. Os princípios e o procedimento

O *caucus* é um instrumento que pode ser útil no processo de mediação, mas não sem que alguns aspetos sejam valorados e cuidados. Os princípios da mediação estão sempre presentes e devem ser respeitados, independentemente da estratégia que seja adotada pelo mediador: este deverá sempre manter a imparcialidade, a independência e tratar as partes de forma igual.

Desde logo, o mediador deverá ter este fator em conta na declaração de abertura. É fundamental que as partes conheçam a possibilidade de existirem reuniões privadas, qual o seu propósito, e que conheçam as suas vantagens. De igual importância será, neste momento, reforçar a garantia do respeito pelo princípio da confidencialidade, que se estende às sessões privadas, e assegurar às partes que nem a independência nem a imparcialidade do mediador são afetadas por se recorrer ao *caucus*, bem como garantir que não se farão reuniões privadas *ex-parte*, ou seja, reuniões entre o mediador e uma parte, sem o conhecimento da outra, pois tal constituiria uma violação inadmissível do princípio da igualdade. Só desta forma se poderá vencer a natural resistência a recorrer a um procedimento até então desconhecido.

Qualquer uma das partes pode requerer, em qualquer momento, uma sessão privada²⁹. Nunca é de mais lembrar que estamos perante um

²⁹ CHRISTOPHER MOORE defende que, se ocorrerem no início da mediação, essas sessões permitem expressar emoções, planear estratégias e identificar problemas; no meio, permitem explorar interesses, evitar acordos prematuros e testar opções; no final são

processo caracterizado pelo domínio das partes. Do mesmo modo, o mediador também poderá solicitar um *caucus* sempre que vir necessidade em fazê-lo.

Juntamo-nos a CHRISTOPHER MOORE³⁰ no entendimento de que, estando na disponibilidade das partes aceitar ou recusar o *caucus*, sempre que as partes o recusem e o mediador acredite que, por razões objetivas, a não realização da sessão privada conduz inevitavelmente a um fracasso nas negociações, este pode constituir um motivo para o mediador encerrar o procedimento³¹.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, discute-se, quando uma das partes requer uma sessão privada, se o mediador se deverá ou não reunir com a outra parte, posteriormente. Diríamos que o bom senso é um bom critério. Assim, entendemos que o mediador deve sempre dar oportunidade à outra parte de realizar igualmente uma sessão privada, ficando esta livre de aceitar ou recusar.

IV. O uso de técnicas e estratégias de comunicação e gestão de informação

O mediador poderá socorrer-se de diversas técnicas para gerir o *caucus*, no âmbito da autonomia conferido pelo artigo 25º a) da Lei da Mediação: desconstrução do discurso para poder revelar os interesses que subjazem as posições, externalização do problema (ajudar a separar os factos dos sentimentos que os acompanham, a fim de evitar a confusão entre a pessoa e o problema), identificação de receptividade quanto a outras opções, ajudar ao reposicionamento das partes no conflito, entre muitas outras possibilidades.

Estas técnicas são essenciais para que o mediador cumpra a sua função. Na impossibilidade de esgotar este tema no âmbito do presente artigo,

utilizadas para pôr fim a impasses, avaliar posturas ou desenvolver um acordo psicológico (CHRISTOPHER W. MOORE, *O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*, 1998, p. 280)

³⁰ CHRISTOPHER W. MOORE, *O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*, 1998, p. 279

³¹ Cfr. Art. 19.º c) e d) da Lei da Mediação.

a título de exemplo, abordaremos a estratégia imparcialidade-empatia, uma forma de gerir o processo utilizando sessões gerais e *cauci*.

4.4. Um exemplo: a estratégia imparcialidade-empatia

É de admitir que possa haver uma linha ténue entre a confidencialidade, a imparcialidade e a figura de confidente que o mediador pode assumir, natural e involuntariamente, no *caucus*.

JEAN POITRAS³² vem defender uma estratégia para facilitar a confiança das partes: o mediador deverá ser sempre imparcial nas sessões conjuntas, mas empático nos *cauci*, criando a imagem de um confidente que compreende os seus interesses, que os entende e aceita.

Tendo como ponto de partida que a confiança das partes é essencial para o sucesso da mediação, o autor vem defender que tanto a imparcialidade como a empatia são essenciais para ganhar essa confiança. Um mediador que se mostre atento e preocupado com os interesses das partes transforma a dinâmica do processo, constrói uma relação positiva com as partes e aumenta as probabilidades de ter uma mediação bem-sucedida.

Não se pode negar, *a priori*, que existe um aparente conflito negativo entre estas duas posturas, a imparcialidade e a empatia. Por esse motivo, o autor faz a apologia do uso desta estratégia de uma forma cuidada, sob pena de gorar o seu objetivo.

Para tal, o mediador deverá adotar uma postura firme e imparcial nas sessões conjuntas, criando até mesmo alguma distância, conferindo às partes iguais oportunidades para falar, bem como iguais possibilidades de *caucus*, mesmo que só o tenha requerido uma das partes.

Já nos *cauci*, o mediador deverá usar técnicas de linguagem verbal e não-verbal de proximidade para construir a confiança das partes: falar olhos nos olhos, com um tom de voz mais baixo, mostrando-se compreensivo quanto aos interesses das partes.

De acordo com JEAN POITRAS vários estudos sobre as dinâmicas de conflito sugerem que a resolução do conflito está intimamente ligada à confiança. Não havendo ligação direta entre o uso de *caucus* e

³² JEAN POITRAS, “The strategic use of caucus to facilitate parties’ trust in mediators”, in *International Journal of Conflict Management*, Vol. 24, n.º 1, 2013, pp. 23-39

mediações melhor sucedidas, POITRAS defende, no entanto, que essa conexão poderá ser afirmada se se considerar o uso desta *estratégia de imparcialidade/empatia*, precisamente porque o enfoque é a confiança das partes no processo. Por outro lado, o tempo para resolver o conflito será necessariamente menor, o que se traduz numa vantagem para todos.

4.4.1. Posição adotada

A imparcialidade é inquestionável.

É ponto assente que o *caucus* só será legalmente admissível como ferramenta para auxiliar a comunicação entre as partes, e não como oportunidade para o mediador impor uma solução para o conflito.

Parece-nos, pois, importante esclarecer algumas ideias.

Quanto ao uso da estratégia imparcialidade-empatia, sendo um meio que pode vir a revelar muita utilidade na mediação, exige também que o mediador saiba tirar partido dos seus benefícios sem sacrificar os princípios que regem o processo. Se o mediador tiver consciência desta fronteira, parece-nos que será uma boa tática para gerir a comunicação entre as partes e melhorar a sua abertura ao processo. Exige autodomínio, destreza, competência, técnica e uma inteligência emocional desenvolvida.

Questão diferente será a de se poder considerar esta estratégia como manipulação por parte do mediador, e se isso será eticamente aceitável. Entramos, assim, no domínio da deontologia e do que será moralmente aceitável. Quanto ao primeiro, o mediador estará sempre adstrito a cumprir os deveres éticos no exercício da sua atividade. No que diz respeito à moral, entramos num campo de juízo subjetivo a que só o próprio mediador terá acesso, mediante os seus valores, a sua história pessoal e a sua experiência.

Sendo certo que ao mediador deve ser dada a liberdade de poder gerir os *cauci* de outra forma, parece-nos que não é de somenos referir que o uso desta estratégia, no nosso entendimento, tem como objetivo cimeiro auxiliar as partes, facilitar a comunicação, e, *maxime*, resolver bem a contenda que as opõe – e não manipular o processo para benefício da atividade do mediador.

V. Conclusão

O *caucus* é um instrumento que serve tanto o mediador como as partes. Deve estar na disponibilidade das partes requerê-lo, mas também do mediador, sempre que veja necessidade.

Contudo, sendo uma estratégia que implica a separação das partes e consequente quebra do canal de comunicação, exige particular destreza e habilidade por parte do mediador, quer no procedimento externo, como também na gestão interna quanto aos princípios que regem a mediação. A violação destes princípios nunca poderá ser justificada pelo uso de sessões privadas. Pelo contrário, são, simultaneamente, ponto de partida e limite.

A sua utilização vai depender do mediador, da natureza do litígio, das partes e das circunstâncias de tempo, ambiente e lugar.

Todavia, é inegável a sua admissibilidade e utilidade prática, independentemente das variáveis de cada mediação.

Mediação Transformadora: a Aprendizagem da Escuta

MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA *

Resumo: O presente artigo tem como propósito a análise do modelo de mediação transformadora. Como tal, pretende descrever as diferentes posições doutrinárias em seu torno e avançar com um acolhimento próprio das críticas e louvores que lhe vêm sendo dirigidos ao longo do tempo, não ignorando a investigação das áreas mais aptas à sua implementação.

Palavras-chave: *Mediação transformadora; empoderamento; reconhecimento mútuo; resignificação do conflito; mediação familiar; mediação escolar.*

Abstract: The purpose of this essay is to analyze the transformative model of mediation. Therefore, this article intends to describe the different doctrinal positions around it and to highlight some of the frailties and praises that have been directed to the transformative model of mediation over time, studying the most suitable areas for this model.

Keywords: *Transformative mediation; empowerment; mutual recognition; conflict transformation; family mediation; school mediation.*

1. Notas introdutórias

Ao estudo detalhado de uma questão que pertence ao domínio das ciências sociais convém a análise do conceito que atribui o nome ao

* Mestre em Direito Forense e Arbitragem, pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Assessora Jurídica no NOVA Consumer Lab. E-mail: mariamiguel.oliveira.silva@gmail.com.

fenómeno investigado. Apesar da conotação atribuída ao ato de definir, não deixa de relevar a origem da denominação, para que melhor se compreenda o seu significado.

Assim, importa dar nota de que o termo “mediação”, do latim *mediare*, representa a divisão em duas partes iguais. Apesar da excessiva restrição que o conceito terminológico oferece em sede de resolução alternativa de litígios, parece ser pertinente a título metafórico, na medida em que celebra a ideia da participação dos intervenientes de igual para igual no processo de mediação^{1 2}.

Existem três principais propostas-modelo de abordagem da mediação: o Modelo Tradicional-Linear da Escola de Harvard³; o Modelo Circular-Narrativo, criado por GERALD MONK e JOHN WINSLADE⁴, SARA COBB⁵ e MARINÉS SUARES⁶; e o Modelo Transformador, desenvolvido por BUSH e FOLGER⁷.

A Escola de Harvard centra a sua abordagem na premissa comunicacional como forma de obtenção de um acordo entre as partes que participam na mediação. Assim, procura encerrar a quezília corrente num horizonte temporal limitado. O mediador auxilia as partes no reconhecimento dos interesses comuns para que as mesmas atinjam o

¹ A mediação é uma “forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. (...) é uma forma alternativa de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de [sujeitar o problema] às disposições do direito positivo”. Cfr. LUIS ALBERTO WARAT, *Em Nome do Acordo. A Mediação no Direito*, Angra Impresiones, 1998, p. 5.

² De todo o modo, acompanhamos o entendimento de que “as definições são meros exercícios de racionalização do caos”. Cfr. MARIANA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.^a Reimpressão da 3.^a ed., Almedina, 2015, p. 18.

³ Cfr. ROGER FISHER; WILLIAM URY; BRUCE PATTON, *Como conduzir uma negociação: como negociar um acordo sem desistir*, 6.^a ed., ASA Editores, 2003.

⁴ GERALD MONK; JOHN WINSLADE, *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*, Jossey-Bass, 2000.

⁵ Cfr. SARA COBB, “Una perspectiva narrativa en mediación”, in *Nuevas direcciones en mediación*, Paidós Mediación, 1997, pp. 89-100.

⁶ Cfr. MARINÉS SUARES, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, 1996, pp. 249-255.

⁷ Cfr. JOSEPH FOLGER; ROBERT BUSH, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to conflict*, edição revista, Jossey-Bass, 2005.

acordo. Neste sentido, deteta uma clara divisão entre posição e interesses e convoca a diferenciação entre conflitos objetivos e conflitos subjetivos, encarando os últimos com menor relevância para a solução do problema⁸.

O Modelo Circular-Narrativo também se encontra focado na obtenção de um acordo, mas aplica já a intenção de criação de vínculos entre os intervenientes e está diretamente ligado à questão reflexiva da problemática. A comunicação é apreendida de forma circular e no âmbito de um contexto situacional, pelo que o enquadramento do problema torna-se relevante na interpretação da mensagem que está a ser transmitida⁹.

Por fim, o Modelo Transformador procura no seu âmago não necessariamente o acordo mas a transformação do sentido que está a ser oferecido ao conflito, isto é, a forma como este é encarado pelos sujeitos, pretendendo restabelecer laços e afetos ao promover a *aprendizagem da escuta*¹⁰. É esta a abordagem que será objeto do nosso estudo.

2. A mediação transformadora

SØREN KIERKEGAARD¹¹ disse que a maioria das pessoas são subjetivas a respeito de si próprias e objetivas a respeito dos outros, quando o importante é ser-se objetivo em relação a si próprio e subjetivo em relação aos outros.

É sabido que as relações humanas comportam um elevado grau de conflitualidade e que o ser humano tem a capacidade de criar empatia com o outro, não só enquanto decorrência da sua natureza gregária, mas também pela sua capacidade intrínseca de superação da fraqueza

⁸ Cfr. ROGER FISHER; WILLIAM URY; BRUCE PATTON, *Como conduzir uma negociação: como negociar um acordo sem desistir*, 2003, pp. 33-117.

⁹ Cfr. KEVIN BARGE; BARNETT PEARCE, "A Reconnaissance of CMM Research", in *Human Systems: The Journal of Systemic Consultation and Management*, Vol. XV, n.º1, 2004, pp. 22-25.

¹⁰ Expressão de SILVANA CAPPANARI; LUCIA FIALHO CRONEMBERGER, "Mediação Transformativa: Um Recurso Para Dissolver Conflitos Familiares", *Saber em Ação*, 29.10.2012, (<http://www.saberemacao.com.br/?p=84>).

¹¹ Cfr. SØREN KIERKEGAARD *cit. in* EMMY VAN DEURZEN, *Everyday Mysteries: A Handbook of Existential Psychotherapy*, 2.ª ed., Routledge, 2009, p. 18.

e autoabsorção¹². No entanto, é também verdade que o real cerne do problema intrapessoal normalmente surge mascarado de intransigência.

Tornou-se então necessário encontrar um mecanismo de resposta às idiossincrasias da natureza humana, que respeitasse as profundidades da mente, a complexidade dos relacionamentos e a própria individualidade¹³.

É neste contexto que FOLGER e BUSH, “agitando o *status quo*”¹⁴, propõem uma mediação transformadora, voltada para dentro, focada nas reais motivações dos intervenientes e que, mais do que alcançar um acordo, procure semear a atitude harmoniosa da mútua compreensão, implementando uma cultura de paz.

No fundo, a perspectiva transformadora pretende evitar que a perseguição de um acordo embacie a transformação do conflito, promovendo um processo de cooperação entre o *empowerment* e o *reconhecimento mútuo*¹⁵.

De acordo com FOLGER e BUSH, a mediação transformadora há de basear-se em duas premissas essenciais: por um lado, a mediação deve apresentar capacidade transformativa para alcançar resultados salutares; por outro, o mediador deve ter a capacidade de estimular a autonomia dos sujeitos, bem como sensibilizá-los perante o outro¹⁶.

¹² Cfr. JOSEPH FOLGER; ROBERT BUSH, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to conflict*, 2005, p. 270.

¹³ JUANITA BROWN; DAVID ISAACS; WORLD CAFÉ COMMUNITY, *The World Café: Shaping Our Futures through Conversations That Matter*, ReadHowYouWant, 2008, p. iv.

¹⁴ Expressão de LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, in *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. XXII, n.º 3, 2005, p. 397.

¹⁵ FOLGER e BUSH introduzem estes conceitos traduzidos na passagem pelas partes de um contexto de *fraqueza* para um contexto de *força*, bem como da *autoabsorção* ao *entendimento do outro*. Com efeito, defendem os autores que com a assunção deste comportamento é criada uma dinâmica de reciprocidade. Assim, quanto mais forte fica o interveniente, mais disponível se mostra para captar as idiossincrasias do outro, tornando-o mais forte e, consequentemente, mais disponível para a parte que lhe transmitiu a atitude valiosa. Enfim, uma relação simbiótica: ao invés de um “círculo vicioso”, um “círculo virtuoso”. Assim sendo, apesar de o conflito continuar a vigorar, as partes vão ficando dotadas de motivações intrínsecas positivas, construtivas e humanizadas, afastando-se a cada momento de uma atitude negativa, destrutiva e alienadora. Cfr. JOSEPH FOLGER; ROBERT BUSH, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to conflict*, 2005, pp. 55 e 56.

¹⁶ Cfr. RAQUEL CLARO, *Mediação de Conflitos: Estudo de Caso na Polícia Municipal do Porto*, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa, 2012, p. 14.

No modelo transformador, a obtenção do acordo será um fim à vista mas não o fim em si mesmo. A combinação de forças orienta-se para o reencontro do outro e para a *ressignificação* do conflito, na medida em que “a mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre partes, exclusivamente patrimonial, sem marcos afetivos”¹⁷.

Deste modo, FOLGER e BUSH divulgam um modelo não só capaz de renegar a lógica *win-lose decision*, mas também o estigma de que o objetivo só está realmente cumprido quando se alcança um documento assinado. Além disso, permite que a própria dinâmica do processo se afaste não só do rigorismo jurídico-processual, mas também da própria conceção estruturada dos outros modelos de mediação, refletindo uma experiência livre, individual e não determinada, acolhendo cada pessoa na sua subjetividade¹⁸.

FOLGER e BUSH procederam à identificação de dez características distintivas do modelo transformador, com base nas linhas de orientação dos mais conceituados mediadores transformadores¹⁹:

1. “O discurso de abertura diz tudo”, enquanto nota expressiva do controlo do início da mediação pelo mediador, não deixa antever que esse aparente domínio se realiza na transferência para as partes de toda a tarefa resolutive. Isto é, no discurso de abertura, o mediador orienta as partes para o entendimento recíproco (essencialmente ao nível dos afetos), enfatizando que o importante não é atingir um acordo e que ele próprio não encetará esforços nesse sentido. Enfim, a tónica deve ser colocada logo à partida na total autonomia das partes e na naturalidade de uma mediação que não termine (necessariamente) com um acordo escrito;

¹⁷ Cfr. LUIS ALBERTO WARAT, *Em Nome do Acordo. A Mediação no Direito*, 1998, p. 8.

¹⁸ A mediação “não é uma ciência que [possa] ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que [podem] acalmar as partes com os seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente”. Cfr. LUIS ALBERTO WARAT, *Em Nome do Acordo. A Mediação no Direito*, 1998, p. 64.

¹⁹ Cfr. JOSEPH FOLGER; ROBERT BUSH, “Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice”, in *Mediation Quarterly*, Vol. XIII, n.º 4, 1996, pp. 266-276.

2. “Em último caso, a escolha é sempre das partes”. Se o mediador atribui à sua tarefa um sentido de responsabilidade na resolução do problema (ainda que essa resolução seja afetiva), está a desvirtuar a estrutura transformadora. Em última análise, o que não está vedado ao mediador é o estabelecimento de um contexto, o amparo dos esforços das partes na tarefa deliberativa e o auxílio no restabelecimento da comunicação, tal qual a mãe que dirige as desavenças dos filhos²⁰;
3. “As partes são as que melhor sabem” do seu problema, na medida em que mesmo o mediador que compreende profundamente o que está em discussão, não conhece o problema por dentro e, como tal, não detém todos os dados necessários para a transformação (ainda mais quando estão em questão laços afetivos, com dinâmicas pessoais extremamente diversificadas). Com efeito, o mediador deve equipar-se do sentido de humildade e abster-se de qualquer espécie de julgamento quanto à temática que está a ser discutida, mesmo que esteja em causa um claro desequilíbrio entre as partes. Há de ser esse o teste final;
4. “As partes possuem o que é necessário” para resolver o conflito. Se da característica anterior resulta que o mediador não deve fazer juízos de valor no que respeita à situação factual do conflito, daqui há de resultar que não deve fazê-lo no que diz respeito às próprias partes, isto é, em termos individuais. Pelo contrário, impõe-se a interpretação dos comportamentos das partes com base nos dados circunstanciais do conflito;
5. “Existem factos nos sentimentos”. Esta será talvez a chave-mestra de toda a configuração transformadora, na medida em que a expressão das emoções é incentivada a todo o tempo. Contudo, importa notar que essa manifestação afetiva não deve ser encarada de um ponto de vista terapêutico, pois na maior parte das vezes

²⁰ FOLGER e BUSH sugerem que, num contexto em que as partes interagem a uma velocidade que não nutre resultados, o mediador pode intervir e formular uma questão como: não tenho a certeza se entendi o que disse, pode falar um pouco mais sobre esse ponto?

ela surge como oportunidade de demonstração das características basilares do *empowerment* e do reconhecimento da perspectiva do outro. É na exaltação do papel das emoções que a mediação transformadora se distingue das demais, especialmente na intenção exaustiva de descodificação das motivações psicológicas²¹;

6. “A clareza emerge da confusão”, permitindo às partes explorar as suas confusões e incertezas, no sentido de possibilitar a cada uma delas a compreensão do que está em causa na perspectiva da outra parte. No fundo, importa reter a ideia de que as partes necessitam de tempo para esclarecimento mútuo, podendo dizer-se, apesar de parecer paradoxal, que um conflito que se resolveu de forma célere é um conflito que não ficou resolvido;
7. “A ação passa-se na sala de mediação”. O mediador deve focar-se nas declarações que as partes vão emitindo na sala, designadamente a importância que determinado detalhe assume no conflito, o que é relevante deixar dirimido, as escolhas que estão dispostas a fazer ou qualquer outra informação de relevo, já que cada caso é um caso. Através deste exercício, é possível definir soluções que emergem das perceções e das decisões das partes, potenciando o *empowerment* e o reconhecimento;
8. “Discutir o passado tem valor para o presente”. Qualquer instrumento capaz de examinar os sentimentos das partes, naturalmente com parcimónia, é uma ferramenta passível de ser utilizada na mediação transformadora. Regressar ao passado é quase sempre uma forma bastante eficaz de expor os intervenientes e o respetivo conflito. Contudo, importa que esse retorno não se traduza na

²¹ De notar que existe uma grande diversidade de textos que instigam o mediador a afastar a expressão emocional, apenas admitindo a prática numa ótica de “ventilação”, isto é, como forma de conseguir agilizar o processo e fazer com que as partes ultrapassem as motivações emocionais, não atribuindo verdadeiro significado ao que está a ser transmitido. Cfr. TRINA GRILLO, “The mediation alternative: process dangers for women”, in *Yale Law Journal*, Vol. C, n.º 6, 1991, pp. 1572-1581; JOSEPH FOLGER; ROBERT BUSH, “Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice”, 1996, p. 271.

mera reciclagem inútil da história, mas sim na identificação das fendas que cada parte comportou para a escalada do conflito, na transmissão da consciência de si próprio e do outro, no passado e no futuro. Voltar ao passado é voltar ao ponto de rutura. Apesar de FOLGER e BUSH não o referirem expressamente, regressar também enaltece memórias favoráveis, podendo ser um autêntico desbloqueador da intransigência das partes, direcionando-as para um futuro conjunto;

9. “O conflito pode ser um caso de longo prazo”. É recorrente verificar que por detrás de um conflito concreto se revelam outros tantos. Com efeito, torna-se utópico acreditar que uma única intervenção possa desmontar um conflito que se desdobra em múltiplos fatores e se sedimentou em diversas ocasiões. Aliás, certas quezílias necessitam mesmo de um tempo e de um espaço próprio para sararem. É neste sentido que a mediação transformadora, uma vez mais, se revela inovadora, pois encara a sua intervenção como mote de criação de uma base relacional mais firme, oferecendo às partes as ferramentas necessárias ao restabelecimento da relação e à continuidade da sanção do problema depois de fechadas as portas da sessão. Daqui decorre naturalmente que alcançar o acordo não é o objetivo da mediação transformadora, mas sim o incremento do ciclo da mudança entre a indecisão e a certeza, entre a rejeição e o reconhecimento. No fundo, é a vida real plasmada num modelo teórico;
10. “Os pequenos passos contam”. À pergunta “como foi?” no final da sessão, o mediador transformador deve ser capaz de responder com satisfação se (apenas) foi possível estabelecer uma (única) oportunidade de *empowerment* e reconhecimento mútuo. Se a meta inclui o reforço da compreensão interpessoal e da empatia, então o entendimento traduzido no acordo tão almejado noutras modalidades de mediação é apreendido, nesta sede, como valor ilusório construído sobre as areias instáveis da direção de um terceiro. De facto, na mediação transformadora, mesmo que apenas um pequeno passo tenha sido dado em direção ao reconhecimento, as partes já estão dotadas para resolver o problema por si mesmas.

No processo transformador, o mediador deve assumir um papel participativo na comunicação operada pelas partes, podendo mesmo intervir numa ótica de promoção da compreensão interpares.

No entanto, o princípio da imparcialidade não deve em caso algum ser colocado em xeque, na medida em que o mediador é um peão fundamental na desconstrução das percepções, na desdramatização da disputa e na “humanização” do problema²². Paradoxalmente, a neutralidade também não é almejada. Por isso, a questão suscita-se: uma intervenção desta natureza não ultrapassará os limites éticos da mediação? Uma ingerência desta índole não conduzirá as partes a um lugar arquitetado, eventualmente condicionadas pela percepção do próprio mediador?

3. Críticas ao modelo transformador

Uma das principais críticas que foi desde logo apontada ao modelo transformador de FOLGER e BUSH foi a de que o processo de mediação não deve servir um propósito de crescimento da esfera moral²³, ao passo que era essa a orientação oferecida pela proposta transformadora na sua génese ao sugerir a “transformação do carácter” dos intervenientes.

Apesar de a premissa ter sido posteriormente afastada pelos autores enquanto objetivo²⁴, a verdade é que a ideologia continua a exigir a “adesão à primazia do processo sobre o resultado”, não tolerando qualquer conceção que possa equilibrar os dois²⁵.

GAYNIER anota também alguma discordância quanto ao facto de não existir no modelo de FOLGER e BUSH a separação entre a metodologia do processo e o resultado, na medida em que os autores advogam que o

²² “Uma consequência destrutiva do conflito é o processo de alienação e o isolamento entre as partes, criando a distância e a falta de comunicação que resultam no processo de desumanização”. Cfr. DONNA HICKS, *in Educação em Direitos Humanos Para o Séc. XXI*, Núcleo de Estudos da Violência, Universidade de São Paulo, 2007, p. 152.

²³ SEUL criticava o modelo por não oferecer uma teoria compreensiva do desenvolvimento humano e por chegar a ignorar que ele existe. Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, p. 400.

²⁴ Entrevista a ROBERT BENJAMIN. Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, p. 401.

²⁵ *Idem*.

“objetivo moral” é que deve ditar o método, correndo o risco da criação de um cenário desastroso em que o mediador impinge os seus próprios valores morais às partes. Apesar de tudo, a utilização do modelo na prática demonstra que a maioria dos aplicadores do método renegam as bases morais e abraçam a metodologia, fazendo a conceção transformadora funcionar sem aforismos²⁶.

Apesar de tudo, o processo de mediação transformadora poderia suprir algumas insuficiências através da combinação dos seus pressupostos com os de outro modelo de mediação, aperfeiçoando a “fraca base teórica estabelecida”^{27 28}. No entanto, FOLGER e BUSH não admitem a combinação, o que remete a mediação transformadora para o campo do rigorismo e da “ortodoxia”²⁹, características que não servem os desígnios de multiplicidade aplicativa da mediação.

4. Principais áreas vocacionadas para o acolhimento do modelo transformador

A mediação transformadora, enquanto proposta baseada na reaproximação de partes, é mais adequada em círculos onde o vínculo (relacional e/ou íntimo) preexista.

Apesar da pluralidade de áreas passíveis de antever este requisito, assinalamos especialmente os conflitos emergentes das relações familiares e os conflitos surgidos em contexto escolar enquanto tipologias relacionais suscetíveis de lograr com a intervenção de uma mediação transformadora, pois as relações aí desenvolvidas revelam-se especialmente densas, seja pelo elevado tempo de convívio entre as partes, seja pelos interesses e ditames sociais em constante divergência. São, por isso,

²⁶ Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, pp. 399-402.

²⁷ Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, p. 398.

²⁸ WILLIAMS e DOYLE argumentam mesmo que um modelo híbrido é, mais do que possível, preferível a um modelo transformador puro. Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, p. 400.

²⁹ Entrevista a THIMOTHY HEDEEN. Cfr. LISA GAYNIER, “Transformative Mediation: in search of a theory of practice”, 2005, p. 401.

as que mais carecem de técnicas que aproximem os sujeitos e promovam a compreensão do outro.

Relações com intenção de permanência como estas devem ser encaminhadas para o futuro numa abordagem solucionadora positiva, de modo a garantir que os intervenientes ficam munidos de ferramentas apaziguadoras para uma resolução autónoma dos conflitos.

Assim, orientar o vínculo para uma relação dialógica torna-se a mais-valia das mais-valias, na medida em que cria a oportunidade para dirimir o conflito efetivo através de um processo de *ressignificação* da disputa, abolindo a tendência para a comunicação adversarial.

A mediação transformadora oferece uma resposta cabal à necessidade de desconstruir os muros relacionais, retrocedendo ao ponto de rutura, vincando laços e aproximando as partes para um futuro de coexistência benigna, mantendo em mente que o conflito em curso pode destruir-se por si próprio com a identificação do conflito base – tornando-se obsoleto o objetivo de alcançar um acordo.

5. Síntese conclusiva e posição adotada

O Modelo Transformador de FOLGER e BUSH consagra a indelmentível ultrapassagem do paradigma da mediação orientada para acordos da Escola de Harvard. De facto, apreender o conflito a partir da sua génese é um mérito que pode ser imputado a muito poucos autores, mesmo na área da mediação.

Apesar de acolhermos algumas das críticas que têm vindo a ser encetadas ao modelo, nomeadamente o argumento contendente com a educação moral dos intervenientes, consideramos que a mediação transformadora pode bem ser a solução para os conflitos relacionais profundos, onde opera a ditadura das paixões.

Desconsiderando o “objetivo moral” de FOLGER e BUSH, a mediação transformadora apresenta uma metodologia por si só inovadora, propondo um processo de metamorfose do conflito, focando-se na relação propriamente dita e alcançando efeitos terapêuticos sem se focar na terapia.

Apesar de tudo, tem a desvantagem de não poder ser aplicada a todas as quezílias, designadamente disputas comerciais, uma vez que na

pluralidade desses casos não estão em causa motivações da profundidade do ser, mas sim intenções lucrativas.

Enfim, parece-nos ser de acolher, em geral, o modelo proposto por FOLGER e BUSH, desde que salvaguardadas duas condições: a sua aplicação só deve operar em situações onde o conflito possua uma base relacional autónoma; e a orientação não deve seguir o norte da moralização individual.

Deste modo, cuidamos estarem verificadas as devidas condições para a prevenção da cronicidade dos conflitos e para a auscultação das perspetivas que se cruzem.

II

Dissertação de Mestrado

Third Party Funding na Arbitragem Comercial

– A Aplicabilidade do Financiamento de Litígios por Terceiros e a Possibilidade da sua Regulação*

ALEXANDRA MENDES GONÇALVES

Sumário: Introdução. 1. TPF: O Primeiro Contacto. 1.1. O que é o Third Party Funding? 1.2. As Raízes do TPF. 1.3. Os Principais Atores e Cenários do TPF. 1.3.1. Alguns Dados

* Nota de Agradecimento:

Porque ainda que seja o meu nome que figura como autora, este trabalho não teria sido possível sem o contributo de tantas outras pessoas. É a eles que dedico este resultado.

Ao Doutor António Pedro Pinto Monteiro por ter aceitado orientar esta Dissertação, pela sabedoria, pelo rigor e pela partilha de ideias, por toda a ajuda e pela calma que sempre me transmitiu, mas, sobretudo, por ter acreditado sempre no sucesso desta demanda e por me fazer acreditar também.

À Ana Rita, à Maria Berta, à Rafaela, à Inês, à Maria Barros, ao Pedro e a tantos outros maravilhosos amigos que esta vida me tem proporcionado e que mesmo não estando aqui mencionados ocupam sempre um lugar especial no meu coração. Porque sempre me acompanharam nesta jornada, me ampararam nos momentos maus, celebraram comigo os momentos bons e porque nunca desistiram de mim.

Aos meus queridos colegas Dr.^a Maria Amália Almeida e Dr. Ricardo Rabaça por me proporcionarem tantas oportunidades para crescer, pelo apoio absoluto sem nunca pedirem nada em troca, mas acima de tudo, pela amizade.

A toda a minha família, sempre alegres, sempre do meu lado e por terem uma fé imensa e quase certa de que vou sempre vencer.

À minha irmã, a minha melhor amiga de sempre, a minha menina reguila, que é capaz de com um só olhar voltar a colocar os meus pés bem assentes na Terra. Porque a adoro mais do que a vida, porque é capaz de me fazer rir e chorar com a maior das intensidades, mas principalmente, porque nunca me deixa só.

Por fim, aos mais importantes sempre, os meus pais, que amo com todo o meu coração e a quem tenho a agradecer tudo o que tenho hoje. Porque sempre se sacrificaram por mim e nunca deixaram que qualquer obstáculo impedisse o meu caminho. Porque nunca me deixam desamparada e por serem o meu porto de abrigo quando a tempestade cresce. Por me amarem incondicionalmente.

A todos vós o meu mais sincero obrigado. Sem vocês nunca teria chegado onde cheguei. Espero deixar-vos a todos orgulhosos.

Estatísticos. 1.3.2. Os *Funders*. 1.3.3. As Modalidades de TPF. 2. O TPF no Mundo. 2.1. Generalidades. 2.2. Brasil. 2.3. Inglaterra e o País de Gales. 2.4. Irlanda. 2.5. Alemanha. 2.6. EUA. 2.7. Hong Kong e Singapura. 3. O TPF e o Processo Arbitral. 3.1. Vantagens do TPF. 3.1.1. Acesso à Justiça. 3.1.2. Due Diligence do Funder. 3.2. Desvantagens do TPF. 3.2.1. Aumento da litigância sem mérito. 3.2.2. Controlo do processo pelo *funder*. 3.3. As Implicações, Especificidades e Problemas do TPF no Processo Arbitral. 3.3.1. A Independência e Imparcialidade dos Árbitros. 3.3.2. Confidencialidade. 3.4. Deve o TPF ser regulado? 4. *Third Party Funding*: Uma miragem no Ordenamento Português? 4.1. Generalidades. 4.2. Vicissitudes do Ordenamento Português. 4.2.1. Os Deveres Deontológicos do Advogado. 4.2.2. A Proibição Geral da Usura. 4.2.3. A Natureza do Acordo de Financiamento: Associação em Participação? 4.2.4. Dever de divulgação para árbitros à luz da LAV e do Regulamento do CAC. 4.2.5. A responsabilidade do *funder* no pagamento de custas de parte. Conclusões

Resumo: O presente estudo centra-se na análise do instituto do *third party funding*, principalmente na sua aplicação à arbitragem comercial. A arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, caracteriza-se geralmente pela sua celeridade e flexibilidade processual. No entanto, acarreta custos cada vez mais elevados, que têm dificultado o seu acesso, particularmente para as entidades com uma capacidade económica mais reduzida. Numa tentativa de aliviar aqueles encargos discute-se a aplicação do TPF. O TPF ocorre quando um terceiro decide financiar parte ou a totalidade dos custos de um dos litigantes, recebendo em contrapartida uma fração dos ganhos que o litigante obtenha com a causa. Só em caso de sucesso é que o *funder* é retribuído pelo seu investimento. Estando já previsto nalgumas jurisdições no mundo que o aceitaram como uma forma de facilitar o acesso à Justiça, noutras é ainda visto com desconfiança, motivada por ancestrais preconceitos para com a intervenção de terceiros (financiadores) em litígios. A precisa concretização do seu âmbito é também difícil, já que se trata de uma realidade em evolução. Para além disso, a previsão da sua regulação é rara e circunscrita a alguns ordenamentos jurídicos e centros de arbitragem que expressamente preveem a sua aplicação. Na arbitragem comercial, apesar das vantagens que abarca, pode gerar problemas ao nível dos próprios princípios que regem o processo arbitral, podendo criar conflitos de interesses com os árbitros e pôr em causa a confidencialidade predominante naquele processo. Em Portugal, o TPF não está ainda previsto, nem são conhecidos casos concretos em que tenha sido usado. Ainda assim, há margem para a sua aplicação no território, desde que acautelada a harmonia com as regras e princípios vigentes. Esta Dissertação tem como objetivo perceber se o TPF é verdadeiramente uma opção viável no seio da arbitragem comercial e se as suas desvantagens podem ser ultrapassadas através da sua regulação, por forma a manter a arbitragem na mira daqueles que queiram uma resolução efetiva dos seus conflitos.

Palavras-chave e expressões-chave: *Third party funding; arbitragem; arbitragem comercial; financiamento de litígios por terceiros; processo arbitral.*

Abstract: This study focuses on third party funding, especially its application in commercial arbitration. Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism is usually known for its celerity and flexibility. However, it entails high costs and expenses, making arbitration difficult to reach, particularly for those who have limited financial resources. In an attempt to lighten those costs and expenses it has been discussed the possibility of third party funding. TPF occurs when a third party decides to pay for a part or the total amount of costs that litigation requires of one of the litigants and in return the funder is entitled to a part of the success obtained by the financed party. Only if the party wins the dispute will the funder be rewarded. It's already in force in some jurisdictions around the world that seem to understand it as a tool for an easier access to Justice. However, some jurisdictions still impose some restrictions driven by the medieval beliefs of mistrust of third party interventions in disputes. The precise definition of TPF is also a struggle because of its evolutionary state. In addition, its regulation is rare with only a few jurisdictions and arbitration centers expressly permitting its application. Notwithstanding its advantages in commercial arbitration it can also create some problems concerning the general principles applicable to the arbitral proceedings, having the ability to create conflicts of interest with the arbitrators and jeopardize the confidentiality that reigns in arbitration. In Portugal, TPF is not yet a reality nor there are known cases in which it was used. Nevertheless, there are advantages in its application in our country as long as it's done with caution for the rules and principles in place. This thesis aims to understand if TPF is indeed a viable and fortunate way in commercial arbitration and if its disadvantages can be override specially through its regulation in order to guarantee that arbitration keeps its position as an efficient way of solving disputes.

Keywords: *Third party funding; arbitration; commercial arbitration; third party litigation funding; arbitral proceedings.*

Lista de Abreviaturas

- a.C. – antes de Cristo
- ABA – *American Bar Association*
- Ac. – Acórdão
- ALF – *Association of Litigation Funders*
- ALFA – *American Legal Finance Association*
- Art. – artigo
- ATE insurance – *after-the-event insurance*
- BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil Alemão
- BTE insurance – *before-the-event insurance*
- BRAO – *Bundesrechtsanwaltsordnung*, Código de Ética para Advogados Alemães
- CAC – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa
- CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil Canadá
- CC – Código Civil, na redação atual do D.L. n.º 47344/66, de 25 de Novembro
- CCBC – Câmara do Comércio Brasil Canadá
- CDA – Código Deontológico do Árbitro, parte integrantes do Regulamento do CAC
- CDAE – Código de Deontologia dos Advogados Europeus
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Cfr. – conferir
- Cit. – citado
- Coord. – Coordenação
- CP – Código Penal
- CPC – Código do Processo Civil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- D.L. – Decreto-Lei
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados, na redação mais recente da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro
- EUA – Estados Unidos da América
- Funder – *Third Party Funder* ou financiador
- GAR – *Global Arbitration Review*

- HGB – *Handelsgesetzbuch*, Código Comercial Alemão
- IBA – *International Bar Association*
- ICC – *International Chamber of Commerce*
- ICCA – *International Council for Commercial Arbitration*
- ICDR – *International Centre for Dispute Resolution*
- LAV – Lei da Arbitragem Voluntária
- LCIA – *London Court of International Arbitration*
- Meios RAL – Meios de Resolução Alternativa de Litígios
- Nº – Número
- P(p). – página(s)
- PME – Pequenas e Médias Empresas
- SIAC – *Singapore International Arbitration Center*
- SPV – *Special Purpose Vehicles* ou Sociedades Veículo
- SRA – *Solicitors Regulation Authority*
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TPF – *Third Party Funding*
- UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*

Introdução

Ao dispor dos cidadãos que queiram resolver um litígio ou um conflito que tenha surgido nas suas esferas jurídicas, existe atualmente uma miríade de métodos para o fazer.

O acesso à justiça, cada vez mais, deixou de estar limitado ao recurso aos tribunais estaduais e ao sistema de justiça público, ao qual todos reconhecem muitas desvantagens e uma incapacidade, principalmente de recursos, que cada vez mais se tornava visível e que cada vez mais se tornava um obstáculo à resolução célere e justa dos litígios. Diga-se, na verdade, ao próprio acesso à justiça.

É, neste contexto, que assumem particular relevância os denominados meios de resolução alternativa de litígios, que, como o próprio nome indica, são o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos processos em sede de tribunal estadual¹.

De entre eles, merece um especial destaque no nosso trabalho a arbitragem. Com a constituição de uma instância arbitral que decidirá, qual juiz num tribunal comum, o litígio que surgiu entre as partes, a arbitragem é reconhecida como “um tribunal privado”, mais rápido, mais eficiente, mas por norma mais caro.

Esta última característica dá o mote de entrada para a discussão a que nos comprometemos neste estudo. Na verdade, mesmo ultrapassada a falta de opções que permitissem uma justiça mais eficaz, mantém-se, como uma *pedra no sapato* daqueles que precisam de resolver os seus litígios, o problema da falta de meios económico-financeiros para o fazer.

Na tentativa de atenuar esta dificuldade, tem-se discutido, sobretudo nos últimos anos, uma opção diferente para contornar a escassez de meios para fazer face aos custos que um litígio abarca. Referimo-nos ao *Third Party Funding* ou financiamento de litígios por terceiros.

O TPF, como a própria denominação faz transparecer, consubstancia-se numa disponibilização de capital por uma entidade terceira que tem como destinatário um dos litigantes em conflito.

Mas o que verdadeiramente o torna ímpar é a forma de reembolso deste investimento: o financiador é reembolsado e remunerado apenas

¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina, 2014, p. 17.

se a parte financiada tiver sucesso na causa. Caso o pedido da parte seja indeferido, o financiador não receberá nada – nem o reembolso do capital disponibilizado nem qualquer retribuição por esse investimento.

É, portanto, uma operação a que está associada risco. Mas o risco, para determinados setores da atividade financeira, não só não é um obstáculo, como, pelo contrário, se torna num incentivo, já que uma maior probabilidade de insucesso retornará numa maior retribuição.

Ao contrário do que à primeira vista podia transparecer, o financiamento de litígios por terceiros não é uma invenção da idade contemporânea, defendendo alguns autores que a sua prática, ainda que muito primitiva, já era comum na Grécia Antiga. Foi, depois, sendo discutida ao longo dos séculos ao nível do financiamento dos processos judiciais.

No entanto, no âmbito da arbitragem comercial está ainda a dar os primeiros passos, os quais já trouxeram várias preocupações, quer aos aplicadores e intervenientes em processos arbitrais, quer a académicos que se dedicam ao estudo da Arbitragem Comercial.

É certo que do ponto de vista meramente mercantilista, é uma oportunidade de negócio e de investimento rentável. Até porque, quanto maior o risco, ainda que a probabilidade de sucesso possa ser inferior, maior será o retorno.

Mas quando olhamos pela mira do Direito, várias questões se podem levantar quanto à sua validade e aplicação, mesmo que se lhe reconheçam vários benefícios para o sistema jurídico em geral, o maior de todos eles, a facilitação do acesso à justiça.

Desde logo, a natureza do próprio acordo que o concretiza, incluindo as disposições que as partes determinam para vigorarem durante o tempo por que durar esta relação. Não nos esqueçamos que, ainda que o terceiro não tenha um interesse direto na resolução do litígio que financia, quererá sempre ter a certeza que as hipóteses de vencimento são as mais altas possíveis, o que pode dar origem a intervenções disruptivas num processo que se quer justo.

Por outro lado, não nos podemos abstrair dos restantes intervenientes na decisão de um litígio, os quais, ainda que não sejam parte no acordo de financiamento, são influenciados pela sua existência. Falamos dos advogados que representam o litigante e se veem a braços com mais um interessado na sua atuação, mas também, no âmbito das arbitragens

comerciais, dos próprios árbitros que são nomeados para constituir o tribunal arbitral, cuja independência se quer absoluta.

E num piscar de olhos, uma realidade que parecia simples à partida, levanta várias questões e desafios na sua aplicabilidade prática. Os que nomeámos são apenas uma amostra.

Assim, aquilo a que nos propomos no presente trabalho é a realização de uma análise da aplicabilidade do TPF à arbitragem comercial como meio de resolução de litígios. Será o TPF um passo em frente no acesso à Justiça, ou acabará por inundar os centros de arbitragem com processos frívolos? Será necessária a sua regulamentação para a sua aplicação eficaz? Será uma mera miragem no ordenamento jurídico português? Estas são, com efeito, algumas das questões a que tentaremos responder ao longo da Dissertação.

Como é evidente, a aplicação deste instituto não se limita à arbitragem comercial: nos processos de arbitragem de investimento, na resolução de litígios de consumo ou mesmo nos litígios junto dos tribunais estaduais será sempre possível problematizar o seu uso. No entanto, em todas aquelas sedes o TPF originará diferentes vicissitudes, as quais não serão objeto de consideração no presente trabalho, com ressalva de algumas referências que possam ser feitas, se assim entendermos que se justifica.

Quanto à estrutura da nossa exposição, começaremos pelo estudo da delimitação das situações que consubstanciam TPF, incluindo um breve apontamento histórico sobre as suas origens, e ainda uma exposição sobre as modalidades de TPF que existem na atualidade e do tipo de entidades que se dedicam ao financiamento de litígios (Capítulo 1).

Por outro lado, e porque vivemos numa “aldeia global”, não poderemos deixar de dispensar algumas páginas a uma análise de Direito Comparado, onde nos debruçaremos sobre o que já é feito noutros ordenamentos jurídicos no que concerne a temática do TPF. Até porque já existem algumas soluções aplicadas em determinados territórios que podem iluminar o caminho daqueles que começam agora a tentar integrar nos seus sistemas a figura do TPF (capítulo 2).

O capítulo seguinte prender-se-á com as principais vantagens e críticas que são apontadas à figura do TPF na arbitragem, de onde destacamos o combate acesso à justiça *vs.* encorajamento de uma litigância infundamentada. Analisaremos, ainda, os principais obstáculos que se colocam à aplicação do TPF ao nível do processo arbitral, nomeadamente,

os problemas que cria ao nível de independência e imparcialidade dos árbitros e da confidencialidade do processo arbitral, para em seguida postularmos a sua possível regulamentação (Capítulo 3).

O último ponto deste trabalho dissertará sobre a possibilidade de aplicar este instituto no ordenamento jurídico português e os principais obstáculos que se levantariam a essa efetivação (Capítulo 4).

Feita esta exposição inicial, embarquemos, assim, no início desta expedição.

1. TPF: O Primeiro Contacto

1.1. O que é o *Third Party Funding*?

As várias modalidades que o financiamento de litígios por terceiros pode assumir têm tornado difícil determinar – para efeitos de uma regulação do tema – aquilo que se deve considerar TPF e aquilo que, ainda que consubstancie um financiamento ou pagamento de custas no âmbito de um litígio alheio, não está incluído nem deve ser sujeito à regulamentação do TPF.

A sua modalidade mais comum, e a que maioria dos autores² assume como a sua verdadeira essência, é aquela em que um *funder* (um terceiro face à causa em litígio) decide financiar parte ou a totalidade dos custos de uma das partes em litígio e que em contrapartida receberá uma parte dos ganhos que a parte obtenha com a causa. Na terminologia anglo-saxónica estamos perante um *non recourse loan*, uma vez que o *funder* apenas será reembolsado e remunerado pelo seu investimento se a parte financiada

² Cfr., por exemplo, KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, in *Asian International Arbitration Journal* Vol. 12, n.º 2, 2016, p. 77; ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement: the Independence and Impartiality of the Arbitrators”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 109; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, p. 90; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Funding: Investing in Arbitration”, in *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 13, 2016, pp.156-157.

tiver sucesso na causa, quer através de uma decisão favorável quer através da chegada a acordo entre as partes.

No entanto, e ainda que se tenha como maioritariamente aceite aquela aceção, não há um verdadeiro consenso, pelo menos doutrinal, sobre o que deve constar de uma definição única de TPF.

Este problema tem sido transversal às várias análises e estudos realizados sobre o tema³, o que denota, desde logo, a dificuldade que abarca.

Veja-se, por exemplo, o relatório que resultou da sessão de 27 de Janeiro de 2012 organizada pela *Revue de Droit des Affaires Internationales* e pelo *International Business Law Journal*⁴, a qual se propôs a analisar a temática do TPF e os desafios que trazia na sua aplicação, contando esta primeira sessão com as perspetivas dos *funders*: numa sessão que contava apenas com uma amostra de uma das partes interessadas no TPF, não foi possível alcançar uma definição única e sólida de TPF.

Alguns dos participantes defendiam uma aceção ampla do termo, fazendo uma análise daquilo que se consideraria TPF numa perspetiva económica, culminando numa definição que poderia abarcar várias figuras, desde que se pudessem reconduzir a “qualquer possível contrato em que a sua remuneração estivesse ligada aos ganhos do litígio”⁵. Outros, ainda que se possam considerar pertencentes ao mesmo espectro de defensores de uma definição ampla de TPF, entenderam que não é possível pensá-lo numa só dimensão, uma vez que as possibilidades de financiamento de um litígio são várias e muito diferentes entre si, dependendo do tipo de causa financiada, do tipo de pedido e até do tipo de cliente que lhe recorre. Assim, não será possível encontrar um *one-size-fits-all*, pelo que caberá aos aplicadores deste instituto analisar caso

³ Cfr., por exemplo, RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 89; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, in *ICCA Reports Series*, n.º 4, 2018, p. 46; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3 e 4, 2015, p. 591.

⁴ AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1 – Funder’s Perspectives*, RDAI/IBLJ Roundtable, 2012.

⁵ AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1*, 2012, p. 3. *Every possible contract where the pay-out under that contract is linked to the proceeds of litigation.*

a caso e determinar as práticas que se possam considerar TPF e aquelas que escapam ao seu âmbito de aplicação⁶.

Numa perspetiva antagónica, alguns dos *funders* inquiridos defendem critérios e determinações mais específicas do que se deve considerar TPF, pois só assim se poderá regular de forma efetiva esta figura. Ainda no âmbito da sessão de 27 de Janeiro de 2012, um *funder* apresentou uma definição baseada em quatro critérios fundamentais: o primeiro determinava a necessidade de o capital a investir ser proveniente de um completo estranho à causa, o que deixava de fora as chamadas *contingency fees arrangements*, em que o advogado é remunerado pelo trabalho que desempenha na causa com parte dos ganhos da mesma; o segundo critério prendia-se com o tipo de cliente que estava em causa, uma vez que os *third party funders* estariam tipicamente interessados no financiamento de litígios de entidades comerciais sofisticadas; o terceiro critério exigia uma atuação para além da simples afetação de capital a um objetivo, determinando que o TPF, para além do financiamento, disponibiliza outros serviços necessários à manutenção da causa, o que o destacaria do simples financiamento através de um *hedge fund*, por exemplo; por último, o TPF é remunerado através da determinação de uma percentagem dos ganhos ou de um múltiplo dos ganhos, mas não de um valor fixo e determinado, como acontece em muitos dos contratos de seguro que se formalizam⁷.

Como se pode ver, as possibilidades são muitas, o que apenas aguça a controvérsia. Na verdade, mesmo em estudos mais recentes, nem sempre se optou pela definição do TPF, entendendo-se que não é possível determinar uma realidade que pode assumir tantas formas e feitios. Porém, esta opção pela indefinição, mesmo em *reports* oficiais e que se propõem a uma análise intensiva do tema, tem sido fortemente criticada, principalmente por aqueles que têm interesse no mercado do TPF⁸.

⁶ AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1*, 2012, p.3.

⁷ AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1*, 2012, p. 4.

⁸ Veja-se, a título de exemplo, o comentário de 6 de Outubro de 2017 no Burford Capital Blog, de CHRISTOPHER BOGART, CEO da Burford Capital, um dos maiores *funders* da atualidade, à *task force* formada pela ICCA e pela Queen Mary University of London, no qual Bogart criticava fortemente as opções tomadas no *draft* que havia sido apresentado

Críticas estas que são, do nosso ponto de vista, lógicas. Note-se que, para que se exija a aplicação de uma determinada regulamentação a um caso concreto, é necessário que esse caso lhe esteja expressamente sujeito, sob pena de a utilidade jurídica na aplicação dessa regulamentação ser nula e acabar por levantar mais obstáculos aos aplicadores deste instrumento⁹.

É por essa razão que os poucos instrumentos normativos que atualmente preveem a existência e a regulação do TPF optaram por algum tipo de determinação daquilo que se deve entender como TPF, ainda que de forma indireta ou mais ampla.

O primeiro instrumento a assumir expressamente a existência do TPF foram as *IBA Guidelines on Conflict of Interest*, na versão atualizada de 23 de Outubro de 2014¹⁰¹¹.

Mesmo que consideradas como uma ferramenta para ajudar à uniformização e harmonia dos procedimentos arbitrais, e portanto como

(que não se confunde com o *report* final publicado em Abril de 2018), nomeadamente a falta de uma definição para o TPF.

⁹ Por exemplo, a existência de um dever de revelação para os árbitros (cfr. ponto 3.3.1.) dependerá de uma definição de TPF, já que os mesmos apenas exercerão aquele dever se o caso concreto se reconduzir à definição de TPF aplicável.

¹⁰ Ainda que as *IBA Guidelines* tenham sido o primeiro instrumento que verdadeiramente se debruçou sobre o TPF no âmbito da arbitragem, já a Comunicação da Comissão Europeia para o Parlamento Europeu, para o Conselho, para o Comité Económico e Social Europeu e para o Comité de Regiões, de 11 de Junho de 2013 sobre ações coletivas, tecia considerações sobre os perigos do TPF e sobre a necessidade de se proceder a uma regulamentação do instituto, pelo menos em sede de mecanismos de tutela coletiva.

¹¹ Já a 12 de Abril de 2018 foi publicada uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a ações coletivas em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, a qual dispõe expressamente sobre financiamento por terceiros: prevê já uma disposição específica sobre a necessidade de, numa fase inicial, existir uma total transparência sobre a origem dos fundos que permitem a proposição de uma ação para defesa de interesses de consumidores, determinado um dever de revelação para a entidade qualificada que propõe a ação. Por outro lado, consagra uma obrigação para os Estados Membros de garantirem que, nos casos em que está em causa um financiamento por terceiros no âmbito de ações de tutela coletiva de consumidores, estes terceiros financiadores não possam influenciar as decisões tomadas pela entidade financiada. Se os termos desta proposta se verificarem e entrarem em vigor, o TPF será, pela primeira vez, expressamente regulado no espaço europeu, produzindo efeitos nos vários Estados Membros.

meras indicações não vinculativas, as *IBA Guidelines* são frequentemente utilizadas pelas partes e pelos tribunais arbitrais.

É a propósito dos princípios de independência e imparcialidade do árbitro que as *IBA Guidelines* se referem ao TPF – a existência de um *third party funder*, com a influência e o interesse económico direto que terá nos procedimentos arbitrais em que se envolve, é, no entender das *IBA Guidelines*, um dos casos que obriga a parte financiada a divulgar essa informação aos restantes intervenientes no processo arbitral¹².

Ainda que as *IBA Guidelines* não apresentem uma definição expressa daquilo que se deve considerar TPF, é feita referência àquilo que se deve considerar um *third party funder* para o cumprimento do dever de divulgação que incumbe sobre as partes na arbitragem: para este efeito, um *third party funder* será qualquer entidade que contribua com fundos ou outro tipo de apoio material a uma das partes no procedimento arbitral e que tem um interesse económico direto na decisão que resultará da arbitragem¹³.

Importa ainda notar que as *IBA Guidelines* fazem uma subtil distinção entre aquilo que devem ser considerados os *third party funders* e aquilo que denomina de *insurers*, os quais estarão ligados aos ATE e *BTE insurances*. Nos ATE *insurances*, está em causa a contratualização de um seguro por uma das partes contra o risco de ter de pagar as custas judiciais da parte contrária, mas aquela contratualização é realizada já depois de o evento que dá origem ao procedimento judicial ter ocorrido¹⁴; no caso dos *BTE insurances* está em causa uma apólice de seguro que é contratualizada antes da ocorrência dos factos que dão origem ao procedimento judicial e que aponta para o pagamento dos custos com o litígio da parte que a contratou e, eventualmente, das custas de parte da parte contrária, se existir decisão nesse sentido¹⁵.

¹² General Standard 7 (a) of the *IBA Guidelines* (2014) e correspondente explicação.

¹³ General Standard 6 (b) of the *IBA Guidelines* (2014) e correspondente explicação.

¹⁴ JUSTICE JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, TSO, 2009, p. v.

¹⁵ JUSTICE JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, p. vi; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano X (2018), n.º 4, 2019, p. 705.

Estes produtos determinam um dever de indemnização pela seguradora à parte que recorre a este tipo de seguro, o que as *IBA Guidelines* consideram como situação ligeiramente diferente do *third party funder*, na medida em que este tem um interesse económico direto no litígio, enquanto que os *insurers* têm um dever de indemnização da parte nos termos em que contrataram. Assim, no entender das *Guidelines*, os ATE e os BTE *insurances* não se incluem no âmbito do TPF.

Opção diferente foi a tomada pela Comissão de Reforma da Lei de Hong Kong, a qual foi responsável pela atualização da legislação de Hong Kong sobre a Arbitragem e sobre Mediação. Em Junho de 2013, o Secretário para a Justiça de Hong Kong solicitou a esta Comissão que procedesse à análise da aplicabilidade do TPF nas arbitragens com assento em Hong Kong e, em caso afirmativo, produzisse as alterações necessárias e adequadas à Lei para o efeito¹⁶.

Em Outubro de 2015, a Comissão preparou um primeiro comentário ao tema do TPF, o qual divulgou e abriu a discussão pública. Dele já constava uma determinação daquilo que se deveria entender por TPF: o financiamento de causas em processos arbitrais ou judiciais por entidades comerciais, o qual será retribuído por uma parte dos ganhos conseguidos pela parte financiada nesses processos ou outro tipo de benefício financeiro a eles associado. Mais à frente, acrescenta que um acordo de TPF prevê que o *funder* pagará todos os custos associados ao processo arbitral, recebendo em troca uma parte dos ganhos líquidos (ou seja, após dedução do pagamento dos custos e despesas com a arbitragem) da parte financiada naquele processo. Caso a parte financiada não tenha sucesso no processo arbitral, o *funder* não receberá nada em troca.

Em 2017, foi publicada a nova versão da *Arbitration Ordinance* de Hong Kong¹⁷ da qual consta expressamente uma definição legal de TPF: consistirá no financiamento, por um terceiro, no âmbito de um acordo de

¹⁶ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, Consultation Paper, 2015, p. 4.

¹⁷ Cfr. ROGER MILBURN, *Enabling Legislation: Check; Code of Practice for Third Party Funders: check; Third Party Funding for Arbitration in Hong Kong is Ready to Lift Off!*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), 02.02.2019. As alterações previstas com esta publicação entraram em vigor em 1 de Fevereiro de 2019.

financiamento, a uma das partes em litígio, num procedimento arbitral, em troca de um benefício financeiro para o financiador se a arbitragem tiver sucesso e dentro do determinado no acordo de financiamento¹⁸.

A Lei da Arbitragem de Hong Kong optou, assim, pela determinação expressa do âmbito deste instrumento, tendo conseguido alcançar um equilíbrio, uma vez que a definição a que chegou não se tornou demasiado restritiva, deixando de fora situações de financiamento de litígios por terceiros que precisavam de regulamentação, nem demasiado aberta que acabasse por tornar a sua existência e aplicabilidade inúteis.

Por outro lado, o *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, o qual foi publicado em Abril de 2018, já optou por uma *working definition*, a qual classifica como ampla, mas que na verdade se apresenta mais restritiva do que aquela a que chegou Hong Kong.

Para o propósito daquele *report*, TPF consistirá num acordo em que uma entidade, que não é parte numa disputa, proporcionará a uma parte na disputa, uma sua afiliada ou à sociedade de advogados que a representa, fundos ou outro tipo de apoio material para financiar parte ou todos os custos de um processo, quer de forma individual, quer este processo se integre num conjunto de casos financiados. Em contrapartida, o financiador receberá uma remuneração ou reembolso do investimento a que procedeu, o qual é total ou parcialmente dependente do sucesso da disputa, ou então ficará dependente do pagamento de um prémio¹⁹.

Percebemos a razão pela qual a *Task Force* considera esta definição como uma conceptualização vaga do conceito de TPF: atentando em determinados pormenores da estrutura frásica que se alcançou, é possível perceber que se tentou incluir no âmago de TPF figuras como o *portfolio funding*, certos mecanismos de *corporate finance*²⁰ e até mesmo os ATE e

¹⁸ Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98J).

¹⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 50.

²⁰ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 51. Adicionalmente, cfr. ponto 1.3.3.

*BTE insurances*²¹. Ou seja, tentaram integrar-se várias modalidades de financiamento de litígios de terceiros na conceptualização de TPF.

No entanto, na tentativa de tentar abarcar o máximo de formas possíveis que o TPF pode adotar, parece-nos que esta definição se tornou algo complexa. É precisa uma atenção maior às expressões utilizadas, as quais estão sujeitas a mais dúvidas interpretativas.

É nossa opinião, como já tentámos transparecer acima, que a definição legal do instrumento é crucial quando se opta pela regulação do TPF e que essa tarefa, embora de vital importância, é dificultada pelas várias inconsistências que assolam este tema.

Daí que congratulemos a reforma legislativa que ocorreu em Hong Kong no ano de 2017, pois foi capaz de determinar a realidade do TPF de forma prática e útil para os vários investidores, praticantes e interessados no TPF. Aliás, fê-lo de uma forma mais determinante em comparação com a tentativa das *IBA Guidelines*, optando por uma harmonia entre a necessidade de determinação de um âmbito legal e uma terminologia aberta o suficiente para permitir uma adaptação à realidade inconstante dos produtos financeiros no mercado.

Do nosso ponto de vista, uma definição ampla e com conceitos simples torna a aplicação da regulação que se queira implementar mais fácil.

Assim, cremos numa solução simples, com base na essência daquilo que consubstancia o TPF: a ele serão reconduzidas todas as situações em que um terceiro, com o intuito de financiar os custos em que uma parte em litígio incorre para o resolver, disponibiliza capital a essa parte litigante, que, em contrapartida, reembolsará e remunerará o investimento realizado com parte dos ganhos que venha a conseguir com o litígio.

Atentando naquilo que afirmámos acima, a definição conta com três elementos essenciais: (i) em primeiro lugar, será necessário que estejamos perante um financiador que não tenha qualquer ligação ao litígio, ou seja, um verdadeiro terceiro que não tem na causa outra intervenção; (ii) em segundo lugar, o financiamento tem a finalidade específica de fazer face aos custos em que o financiado incorre com o litígio; (iii) por

²¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 53. Esta previsão é clara quando a definição se refere à dependência do reembolso do investimento ao pagamento de um prémio.

último, o financiador tem direito ao reembolso do capital que investiu, acrescido de uma remuneração (que será acordada pelas partes), apenas na eventualidade de sucesso do financiado no litígio, o que faz depender a remuneração do *funder* do resultado da causa.

Julgamos ser esta uma solução satisfatória para o problema da definição do TPF e que permite abarcar diferentes modalidades do TPF, quer atuais, quer futuras.

1.2. As Raízes do TPF

O grande *boom* do TPF no seio da arbitragem comercial está a começar a produzir efeitos a uma escala mundial, tendo-se tornado nos últimos anos num dos *hot topics* de discussão na comunidade arbitral. O que não deve causar surpresa pois este meio RAL, popular pela sua celeridade face aos tribunais estaduais, atrai o *funder* que procura um retorno financeiro elevado e veloz.

Mas, na verdade, o investimento por terceiros em causas judiciais é uma temática que já fez escorrer muita tinta ao longo dos séculos, ainda que a sua aplicação ao mundo da resolução alternativa de litígios seja muito mais recente.

O TPF foi sempre visto com alguma desconfiança²², mesmo considerando as vantagens que pode trazer à resolução de litígios. John Beisner, Jessica Miller e Gary Rubin defendem que o único interesse do *funder* quando financia uma parte em litígio é a “maximização do retorno que receberá com o seu investimento e não a defesa dos interesses do autor”²³ – este terceiro financiador não tem qualquer interesse na discussão e resolução do mérito da causa, apenas estando interessado no reembolso e remuneração do capital que investiu. Este argumentário acaba por expor o TPF como uma arma de capitalismo e aproveitamento económico cego

²² BERNARDO M. CREMADES, *Third Party Funding in International Arbitration*, B. Cremades y Asociados Publications, 2011, p. 3.

²³ JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States*, US Chamber Institute for Legal Reform, 2009, p. 2. “(...) and its interest [of the funder] lies in maximizing its return on that investment, not in vindicating a plaintiff’s rights”.

que choca com os ideais de Justiça que subjazem na resolução de um litígio. Mas esta é apenas uma das evidências mais recentes da suspeição sobre a prática do TPF.

Todavia, o TPF conseguiu, ainda assim, disseminar-se pelos ordenamentos jurídicos, tendo já raízes profundas em muitos deles.

Comummente, vários autores²⁴ reconduzem a existência de primitivas práticas do TPF ao aparecimento das doutrinas anglo-saxónicas de *maintenance* e *champerty*, na medida em que estas surgem para fazer face ao desenvolvimento cada vez maior de formas de intervenção económica de terceiros na resolução de litígios durante a Idade Média. Versões daquelas doutrinas ainda são aplicadas nalguns ordenamentos jurídicos, consubstanciando uma das dificuldades que a aplicação do TPF em países de *common law* tem que enfrentar²⁵.

No entanto, antes do seu surgimento, numa perspetiva muito ampla do conceito de TPF, alguns autores²⁶ defendem a existência de traços desta atividade nas sociedades clássicas da Grécia e Roma Antigas. Esta conclusão é sustentada, principalmente, pelo estudo de MAX RADIN sobre as origens das doutrinas de *maintenance* e *champerty* nas sociedades anglo-saxónicas, no qual RADIN faz um rastreio das causas e das práticas que levaram à necessidade de conjecturar aquela regulamentação²⁷.

Entende RADIN que, desde os primórdios da História do Direito, subjaz o entendimento de que um cenário de litígio deve contar com três

²⁴ Cfr., por exemplo, BERNARDO M. CREMADES, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2011, p. 4; THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 32, 2012, p. 180; JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 2; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 87.

²⁵ Cfr. Capítulo 2.

²⁶ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, 2015, p. 581; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, in *UCLA Law Review*, n.º 58, 2010, p. 580; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 158; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 15.

²⁷ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, in *California Law Review*, Vol. 24, n.º 1, 1935.

personagens: o juiz e duas partes²⁸. Ou seja, não existe um verdadeiro litígio sem estes intervenientes e só eles têm legitimidade para intervir. Naturalmente, daqui resultou um aceso debate sobre o papel e o grau de participação que outras pessoas, que não o juiz e as partes, podiam ter num litígio²⁹.

Continua aquele autor, considerando que, à partida, qualquer terceiro que quisesse intervir na resolução de um litígio era visto com desconfiança. Teria sempre uma agenda por detrás do mero interesse de ajudar a resolver uma disputa. Mas sempre se previu uma exceção: uma parte em litígio deveria ser acompanhada pelos seus companheiros ou defensores, a sua *secta*. No fundo, alguém que aparecesse em tribunal com um séquito de seguidores era reconhecido como alguém com poder. Ao invés, aquele que comparecesse perante um tribunal sem ninguém era visto como “um pobre coitado”³⁰.

É para fazer face ao infortúnio daqueles que compareciam sozinhos no seu próprio julgamento que, por volta do século sexto a.C., se difundiu a aceitação da comparência de pessoas generosas em tribunal para apoiar aqueles “pobres coitados”.

A intervenção de terceiros em benefício de outrem foi, assim, permitida para partes em litígio que se debatiam com um aliado aparentemente muito mais poderoso, aceitando-se como uma forma de salvaguarda de um interesse público³¹. Tornou-se, aliás, numa prática muito popular em Atenas, o que originou, previsivelmente, abusos constantes. Surge assim a *sykophanteia*.

A popularidade da *sykophanteia* tinha a sua razão de ser nos benefícios que trazia para os seus praticantes, uma vez que lhes permitia, não só

²⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2013, p. 73; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, 2017, p. 232. A relação jurídica processual é, ainda hoje, vista como uma relação triangular, composta pelas partes e pelo juiz.

²⁹ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 48; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 580.

³⁰ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 49. No original “miserable wretch”.

³¹ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 49.

ganhar recompensas com o sucesso da sua atuação, mas também ganhar influência política na sociedade e junto dos grupos de elite³².

Precisamente porque por detrás do altruísmo de ajudar um cidadão em tribunal estava, na grande maioria das vezes, a ganância pelas recompensas que desse ato resultariam, a *sykophanteia* tornou-se numa prática mal-afamada, o que levou a que muitos dos seus participantes comesçassem a inventar motivos pessoais para intervir no litígio³³.

A intervenção de terceiros em litígios foi também estudada pelo sistema jurídico Romano, tendo sido mais facilmente aceite do que em Atenas³⁴.

Mesmo com esta anuência, certo tipo de intervenções no processo, as quais equivaliam ao que estava por detrás da *sykophanteia* na Grécia, na medida em que se consubstanciavam na proposição de ações para as quais o autor não tinha fundamento próprio, foram também restringidas. É assim que surge a figura da *calumnia* e do seu praticante, o *calumniator*, no sistema legal romano³⁵.

Contudo, no ordenamento jurídico romano era ainda possível descortinar uma prática mais interessante: práticas que se podiam reconduzir à compra e venda de direitos de ação.

Existiam alguns instrumentos normativos que consagravam uma proibição geral da comercialização de causas de pedir e de processos judiciais, culminando a nulidade da transação que tivesse aquele objeto. Mas, *porque o fruto proibido é o mais apetecido*, a compra e venda ou doação de direitos de ação a cidadãos com mais influência e poder na sociedade

³² MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 49.

³³ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 50. Em Atenas, a suspeita de *sykophanteia* era ultrapassada se um terceiro fosse capaz de demonstrar que tinha uma amarga e antiga desavença com a parte contrária, o que motivaria a sua intervenção.

³⁴ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 52. A advocacia, denominada *ars oratoria*, foi reconhecida como uma profissão do Direito, ainda que se tenha mantido a ficção de que o representante tinha algum tipo de relação com a parte em litígio. Para além disso, não era possível o pagamento oficial de qualquer tipo de remuneração, mesmo que prevista em acordo, uma vez que este não se poderia executar.

³⁵ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, pp. 53-54. Uma acusação de *calumnia* originava um dever de indemnizar a parte que sofrera danos com a sua prática e ainda sancionava o *calumniator* com a pena de exílio.

e com uma maior probabilidade de sucesso na reivindicação dos direitos em causa acabou por se tornar popular, ainda que tão ou mais malvista que a *calumnia*³⁶.

Porque determinam a intervenção de um terceiro na causa, o qual nada tinha que ver com a transação, e porque aquela intervenção traria um qualquer tipo de proveito próprio ao terceiro (visto, usualmente, como um aproveitamento de uma fragilidade alheia³⁷) a *sykophanteia* e a *calumnia* acabaram por dar uma conotação pejorativa à intervenção de terceiros nas causas judiciais.

Mais importante, ainda, é o facto de já existir algum tipo de comercialização de direitos de ação, muitas vezes despoletada pela dificuldade no acesso próprio a uma justiça eficiente, pois se vendiam direitos de ação a pessoas mais influentes, quer economicamente, quer socialmente, porque mais facilmente obteriam uma decisão favorável ou, pelo menos, que assegurasse o respeito pelos direitos invocados.

Claro está que são formas de intervenção de terceiros num litígio num estado de evolução muito primitivo. Para além disso, não consubstanciam, verdadeiramente, formas de TPF. No entanto, são resquícios históricos que influenciaram o entendimento que temos hoje desta temática.

Essa evidência torna-se mais clara quando pensamos na influência que tiveram na criação das proibições de *common law* de *maintenance* e *champerty* e na correspondente influência que estas têm na aplicação do TPF.

Aquelas doutrinas surgem para fazer face ao que RADIN chama de “equivalentes medievais aos *sykophants* e *calumniators* da Grécia e de Roma”³⁸. Eram pessoas que detinham os recursos financeiros e a influência suficientes para intervir e/ou financiar causas de pessoas com menos recursos, adquirindo parte dos direitos de ação e arcando com as custas desses processos. Em contrapartida, partilhariam do sucesso que resultasse dessa causa.

³⁶ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 54.

³⁷ Quer se tratasse de um benefício económico, se tratasse de uma tentativa de se destacar na sociedade ou apenas almejando o vexame público da parte contrária à custa da parte em nome da qual o terceiro intervinha na causa.

³⁸ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 60.

Uma vez que a maioria dos litígios que se levantavam à época prendiam-se com a recuperação ou reconhecimento de propriedade de terras, aquele que financiasse uma causa alheia que tivesse sucesso tornar-se-ia num coproprietário do terreno, já que a sua contrapartida pelo financiamento correspondia a uma parte do sucesso da causa. Ao mesmo tempo que enriquecia o seu património, o financiador acabava por conseguir enfraquecer os seus inimigos e ganhar poder³⁹.

Mais uma vez se descortinava um interesse do financiador em custear aquela causa, resultando, em última instância, num aproveitamento da incapacidade financeira da outra parte fazer face às custas de um litígio, e em resultado despojando-a de parte daquele que provavelmente seria o único bem de que era proprietário. Para além disso, estes financiadores, com as terras e influência que iam acumulando, começavam a ameaçar o poderio da Coroa⁴⁰.

Com o objetivo de prevenir o crescimento daquelas práticas e conter a sua atuação, foram então criadas as proibições de condutas que substanciassem *maintenance* ou *champerty*.

É considerada a prática de *maintenance* qualquer intervenção de um terceiro num litígio que não lhe diz respeito, através do apoio, financeiro ou de outro tipo, a pelo menos uma das partes em conflito⁴¹.

Já a *champerty*⁴² é vista como uma modalidade específica de *maintenance*, uma vez que continuamos perante a conduta de um terceiro que intervém em ação alheia e que apoia uma das partes em conflito, mas neste caso o terceiro acorda com a parte uma compensação pela sua

³⁹ MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 60; NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 136.

⁴⁰ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 581.

⁴¹ THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, p. 180; BERNARDO M. CREMADES, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2011, p. 4.

⁴² MAX RADIN, “Maintenance by Champerty”, 1935, p. 61. MAX RADIN entende que o nome dado a esta proibição deriva do instituto *champart*, o qual consistia numa forma de posse de terras comum na Idade Média, através do qual o proprietário do terreno dava a posse da terra a alguém e em contrapartida recebia uma parte das colheitas cultivadas naquele terreno, correndo o risco de não receber nada no caso de o cultivo falhar.

intervenção. Um acordo deste tipo culminará com a divisão do sucesso da ação entre a parte que é ajudada e o terceiro, como remuneração pela sua ajuda no processo⁴³.

Torna-se, deste modo, fácil de compreender porque é que os autores reconduzem a origem do TPF a estas práticas e às consequentes proibições que lhe vieram fazer face, já que, numa aceção do conceito mais alargada, aquele se reconduz quase perfeitamente à previsão das condutas de *champerty*.

Mesmo com o passar dos séculos, ainda que com outras vicissitudes da realidade atual, o motivo principal gerador da desconfiança com que é visto o TPF continua o mesmo – a intervenção de um terceiro que tem um interesse paralelo ao da resolução última da causa. E esse interesse paralelo muitas das vezes vem, no entender dos críticos, obstaculizar a boa resolução do litígio.

1.3. Os Principais Atores e Cenários do TPF

1.3.1. Alguns Dados Estatísticos

Nos últimos anos, a posição do TPF no mercado tem crescido, ainda que primeiramente no seio dos meios tradicionais de resolução de litígios e só depois nos meios de resolução alternativa, reconhecendo-se 2014 como o ano em que o financiamento de litígios chegou com força à comunidade da arbitragem⁴⁴.

Num inquérito realizado pela SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, em parceria com a conceituada PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC) em 2013⁴⁵ (o qual tinha o objetivo de perceber como as empresas faziam

⁴³ THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, pp. 180-181; BERNARDO M. CREMADES, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2011, p. 4.

⁴⁴ NIKA LARKIMO; ANDREW DE LOTBINIÈRE MCDUGALL; TUULI TIMONEN, *Recent Trends in International Arbitration*, White&Case LLP, 2017, p. 7.

⁴⁵ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PwC, *Corporate choices in International Arbitration – Industry Perspectives*, International Arbitration Survey, 2013.

uso da arbitragem internacional), 94% dos inquiridos não tinham ainda recorrido ao TPF nos cinco anos anteriores ao inquérito, no seio de uma arbitragem, o que nos deixa uma amostra de 6% de entrevistados que tinham recorrido ao TPF em sede arbitral.

De entre aqueles que lhe haviam recorrido, uma das razões mais comuns para tal foi a necessidade de liquidez para fazer face aos custos dos litígios; outros, não tendo qualquer problema de liquidez, viram no TPF uma forma mais conveniente de gerir os seus gastos com contencioso, partilhando o risco de insucesso com os *funders*⁴⁶.

Esta conjuntura sofreu alterações, as quais podem ser comprovadas com os dados decorrentes do inquérito que a mesma SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON realizou, desta vez com a WHITE&CASE, em 2015⁴⁷. Desta feita, de entre os inquiridos 39% já tinham tomado contacto com o TPF, dos quais 12% tinham usado, eles próprios, este instituto.

A maioria dos inquiridos tem uma opinião neutral face ao TPF, mas de entre aqueles que lhe tinham recorrido a maioria tem uma *overview* positiva do instituto⁴⁸, ainda que muitos defendam a necessidade de regulamentar a sua aplicação.

No espaço de dois anos que distanciam os dois inquéritos referidos, o TPF foi-se dando a conhecer na comunidade da arbitragem internacional, quer pelos académicos que se debruçam sobre as problemáticas que fez surgir, quer pelos utilizadores deste instituto.

1.3.2. Os *Funders*

A disseminação do TPF na arbitragem, aliada ao papel que já representava no âmbito de processos judiciais, tornou este instrumento

⁴⁶ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PWC, *Corporate choices in International Arbitration – Industry Perspectives*, 2013, pp. 19-20.

⁴⁷ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, International Arbitration Survey, 2015.

⁴⁸ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, pp. 45-46.

numa indústria sofisticada e com *players* cada vez mais competitivos e de procedências variadas⁴⁹.

Nos dias de hoje, existem *funders* que se dedicam exclusivamente ao financiamento de litígios, sociedades já com grande reconhecimento internacional dentro do ramo. De entre elas, as mais comumente mencionadas são a *Juridica Investments*, a *Burford Capital Limited* ou a *Bentham IMF*⁵⁰.

Destacamos a *Juridica Investments*, financiadora de renome, que opera maioritariamente nos EUA, a qual ganhou destaque porque foi uma das primeiras empresas financiadoras de litígios a lançar uma oferta pública de aquisição na Bolsa de Valores de Londres⁵¹.

Com o sucesso do negócio e a expansão da temática do TPF, entidades que se destacaram noutros ramos de atividade viram neste nicho de mercado uma oportunidade de negócio atrativa e começaram a investir. De entre elas, destacamos a *Allianz* e o *Citigroup*, uma das maiores seguradoras e uma das maiores empresas de serviços financeiros do Mundo, respetivamente.

Nestes casos, é comum que as empresas criem novos departamentos ou áreas dentro de si mesmas que se dediquem à comercialização deste novo produto. No caso da *Allianz*, por exemplo, para investimento na área dos litígios, a opção tomada foi a criação da sociedade *Allianz Prozess Finanz*, detida pela seguradora *Allianz*⁵².

Neste grupo encontramos, assim, entidades já ligadas ao mercado de investimentos e à comercialização de produtos e serviços financeiros que

⁴⁹ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 106; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 698-699.

⁵⁰ BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 165.

⁵¹ JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 3; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 165. A primeira oferta pública de aquisição a que procedeu foi em Dezembro de 2007 na Bolsa de Valores de Londres que lhe permitiu arrecadar 74 milhões de libras.

⁵² JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 3.

entendem o TPF como um novo produto que podem rentabilizar. Não nos referimos apenas a sociedades comerciais e empresas no sentido lato da palavra; outras personalidades jurídicas começam a apostar no TPF: exemplo disso são os *hedge funds*⁵³.

Independentemente da sua origem no mercado, cada *funder* determina depois uma forma diferente de nele atuar e expandir o seu negócio. Até porque a diversificação é uma necessidade para aqueles que querem vingar neste quadrante. A anatomia de um litígio pode ser tão diversa que os *funders* acabam por ganhar alguma margem para optar pelos projetos que lhe são mais vantajosos e que se adequam melhor à sua área de negócio.

Existem, deste modo, empresas que optam por financiar apenas litígios que já estejam em curso, enquanto outras optarão apenas por financiar direitos de ação que ainda não contem com processos judiciais ou arbitrais a decorrer⁵⁴. Na mesma linha de posições antagónicas, podemos ter *funders* que queiram financiar apenas autores das ações, enquanto outros se especializam no financiamento a réus⁵⁵. Há *funders* que não pretendem investir em todo o processo, especializando-se em determinadas etapas⁵⁶.

Os *funders* distinguem-se, ainda, pela substância dos litígios em que investem, optando por financiar litígios que lidam com áreas específicas

⁵³ LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, in *The Powers and Duties of an Arbitrator*, Kluwer Law International, 2017, p.16; JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 3.

⁵⁴ A opção pelo financiamento de litígios que ainda não tenham dado entrada num tribunal, estadual ou arbitral, pode ser mais atrativa para os financiadores que queiram ter uma intervenção mais ativa no processo, os chamados *hands on funders*, aos quais nos referimos na página seguinte.

⁵⁵ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 4; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 168; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, p. 698. No que toca a réus, o financiamento incidirá sobretudo sobre as reconvenções.

⁵⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 47. Por exemplo, o *funder* pode apenas financiar os custos com peritagens ou com a execução da sentença.

do Direito⁵⁷. O financiamento de arbitragens de investimento é uma das áreas mais *sui generis*, uma vez que os *funders* têm que lidar com Estados e não apenas com particulares ou pessoas coletivas de Direito Privado, pelo que um certo nível de especialização é vantajoso para o *funder*, mas também pode ser um fator de interesse para a parte financiada⁵⁸.

A última distinção a que nos referiremos prende-se com a influência que os *funders* pretendem manter sobre os litígios que financiam, que é também um fator que afeta os produtos que oferecem.

Por um lado, há *funders* que oferecem a chamada *hands on approach*, que pressupõe uma intervenção na arbitragem pelo *funder* que vai para além da simples entrega de capital. O *funder hands on* oferece um conjunto de serviços, que vão desde o aconselhamento jurídico na ação, à colaboração nas decisões mais importantes, como, por exemplo, a escolha dos árbitros⁵⁹. Esta opção de negócio é uma forma de o *funder* manter um certo nível de influência nos destinos do processo, por forma a salvaguardar o investimento a que procedeu. Nestes casos, António Pinto Leite defende a existência de uma *joint venture* contratual entre o financiador e a parte financiada, em vez de um simples acordo de financiamento, já que se prevêem determinações para a própria gestão do processo em curso⁶⁰.

Outros *funders* apostam numa *hands off approach*, a qual é antónima da anterior. Neste caso os *funders* são um agente passivo, que se limita a disponibilizar o investimento e a aguardar o resultado da ação para receber, caso a isso tenha direito, a remuneração que lhe será devida⁶¹. Representam apenas o capital que permite o acesso à justiça de um terceiro.

⁵⁷ Para os *funders* que pretendem intervir nos processos, a especialização em certos ramos do Direito pode ajudar no aconselhamento jurídico que pretendem prestar à parte e nas decisões a tomar.

⁵⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 48. Os *funders* têm um interesse económico no investimento a que procedem, pelo que preferem conhecer bem os caminhos que trilharam e as opções que podem tomar.

⁵⁹ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 110.

⁶⁰ Cfr. análise em 4.2.3.

⁶¹ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, pp. 109-110.

Os *funders* podem, assim, assumir várias formas, ter várias origens e optar pelo modelo de atuação que mais lhes convém, fazendo opções de investimento à medida que o mercado evolve. Mas não basta ter uma opção de negócio direcionada, é preciso que os produtos oferecidos ganhem destaque no mercado.

1.3.3. As Modalidades de TPF

As formas de investimento oferecidas por estes *players* são, também elas, cada vez mais diferenciadas, o que faz crescer a paleta de opções de TPF no mercado que de resto, como já dissemos anteriormente, é uma das dificuldades na definição e precisão desta realidade em crescimento.

Algumas das modalidades de TPF assumem contornos conservadores, na medida em que se aproveitam de formas já conhecidas de *corporate financing* adaptadas ao financiamento de causas litigiosas – por exemplo, uma empresa pode vender ações ou emitir obrigações apenas com o intuito de captar capital que lhe permita financiar especificamente litígios a decorrer ou ações que pretende iniciar⁶².

A criação de sociedades veículo é também uma prática apetecível à comunidade de financiadores⁶³, uma vez que facilita o próprio processo de financiamento em casos em que o TPF seja restringido⁶⁴. Nestes casos, o direito de ação será detido pela SPV, a qual será detida pela sociedade originalmente detentora daquele direito, enquanto o *funder* adquire ações dessa SPV, dessa forma financiando o processo a que aquele direito de ação der origem.

Este tipo de estrutura de financiamento dá ao *funder* um tipo de influência maior nos destinos do processo em curso, já que será um

⁶² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 47.

⁶³ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 40.

⁶⁴ Nos ordenamentos jurídicos em que o TPF seja expressamente proibido, será uma forma de financiamento do litígio encapotada, permitindo um contorno legal à proibição da prática de TPF.

dos acionistas detentores da sociedade parte na ação⁶⁵, permitindo-lhe ainda adquirir o retorno do sucesso da causa, que consubstanciaria a sua remuneração, sob a forma de dividendos⁶⁶.

Mas, porque a procura e a oferta, atentando na publicidade e no reconhecimento deste instituto na atualidade, são cada vez maiores, não basta aos *funders* fazerem uso das ferramentas que já tinham à sua disposição. Almejando um produto que tenha sucesso, é-lhes conveniente optar por um produto que lhes seja vantajoso, mas também que seja único.

Uma das modalidades mais recentes e mais arrojadas prende-se com o chamado *portfolio funding*. Esta modalidade aposta no financiamento em massa, através do qual o *funder*, em vez de financiar uma causa específica no âmbito de um processo judicial ou arbitral específico, oferece o financiamento a um conjunto de causas que uma entidade tenha a decorrer em julgamento ou que tenha interesse que sejam resolvidas pelo sistema de Justiça⁶⁷.

Isto é, em vez do financiamento a uma só arbitragem comercial em curso, o *funder* financia um pacote de direitos de ação que a parte detenha, quer esses direitos de ação tenham já sido exercidos e já se encontrem processos a decorrer, quer sejam litígios que a parte quer ver resolvidos, mas para os quais não tinha ainda disponibilidade financeira.

Esta forma de TPF, para além de permitir à parte financiada fazer uma gestão da sua liquidez aliviada do peso dos gastos com contencioso, tem a vantagem de permitir uma diluição do risco do investimento, uma vez que, mesmo que nem todas as ações tenham sucesso, o *funder* pode ainda ver reembolsado e remunerado o capital que investiu com o sucesso de apenas algumas das ações.

⁶⁵ Surgem-nos sérias dúvidas sobre se esta prática se pode entender como uma modalidade de TPF, uma vez que a sociedade parte na ação será detida pelo *funder*; no entanto, não deixa de ser um investimento em litígios alheios.

⁶⁶ Contabilisticamente, pode ser uma vantagem, principalmente em sociedades obrigadas a reportes e com registos de contas sujeitos a determinadas regulamentações. Para além disso, a distribuição e dividendos pode ficar sujeita a um regime prioritário de distribuição de dividendos – por exemplo, art. 341.º do CSC.

⁶⁷ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 47; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 701-702.

Talvez um exemplo prático permita uma melhor compreensão: imaginemos que o *funder* financia um *portfolio* com dez arbitragens em curso, cada uma delas com um valor estimado de sucesso de 3 milhões de euros (portanto, num valor global estimado de sucesso de 30 milhões de euros) e com um valor global de financiamento necessário de 5 milhões de euros, sendo acordada entre as partes uma taxa de remuneração de 50% para o *funder* em caso de sucesso. Mesmo que a parte apenas tenha sucesso em cinco das dez arbitragens financiadas, terá um ganho global de 15 milhões de euros, dos quais 7,5 milhões de euros são devidos ao *funder*. Para além de ver reembolsado o investimento feito, o *funder* ainda consegue uma remuneração do capital que investiu, mesmo tendo sucesso apenas em metade dos casos que financiou.

Este é, naturalmente, um exemplo meramente académico e muito linear. No entanto, é possível compreender que o *portfolio funding* permite ao *funder* investir com uma probabilidade de insucesso mais reduzida⁶⁸. Daí que se tenha como um produto atrativo e ao qual grandes entidades dedicadas ao TPF já tenham aderido e colocado à disposição dos seus clientes⁶⁹.

Conforme mencionado anteriormente, o TPF é uma realidade em constante evolução, até por necessidade de os *funders* fazerem face à mutação dos mercados e às exigências dos vários ordenamentos jurídicos. Claro está que, quanto mais diversificados e complexos são os modelos de TPF, mais problemas se levantam na sua aplicação.

2. O TPF no Mundo

2.1. Generalidades

Feito um primeiro contacto com este instituto, é chegada a altura de analisarmos como o TPF é aplicado nos dias de hoje nos diferentes ordenamentos jurídicos.

⁶⁸ IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 701-702.

⁶⁹ A título de exemplo, a Burford Capital Limited ou da Bentham IMF, gigantes do financiamento de litígios, preveem já soluções de *portfolio funding*, como é possível de comprovar nos *sites* de ambas.

Mesmo sob o microscópio da comunidade jurídica, cética quanto à sua dignidade como um instituto respeitado, o TPF tem conseguido quebrar barreiras e a Doutrina e a Jurisprudência têm reconhecido favoravelmente a sua existência em determinados ordenamentos; mais raros são os casos em que o próprio legislador o faz, mas como vimos anteriormente, também eles existem.

Adiantamos, desde já, a advertência para a necessária cisão que é preciso fazer entre os ordenamentos jurídicos de *civil law* e de *common law*, uma vez que nestes as doutrinas de *maintenance* e *champerty* ainda têm um papel ativo no sistema, mesmo que a sua essência se tenha alterado desde os tempos medievais.

Por outro lado, é comum a quase todos os ordenamentos jurídicos que a determinação e regulação do instituto do TPF sejam feitas, maioritariamente, com recurso às decisões dos tribunais.

Conforme referido anteriormente, os casos em que a regulação legal do TPF existe não abundam. De todo o modo, o TPF, ainda assim, é reconhecido e prospera em muitos sistemas jurídicos no Mundo, algo que só tem sido possível: (i) com a aplicação de princípios gerais de Direito que regem a ordem jurídica como um todo (a saber, princípios de ordem pública, boa-fé, princípios que regem o ramo do Direito dos Contratos, normas de conduta, entre outros); e, sobretudo, (ii) pelas soluções que têm sido encontradas pelos tribunais, quando se veem confrontados com problemas concretos que lhes exigem uma tomada de posição.

Importa também notar que, ainda que aceite no seio dos meios RAL como a arbitragem, neste âmbito acrescem as problemáticas que levanta, como veremos mais à frente. Mais uma vez, graças ao contributo da *case law* que se vai firmando, uma vez que são raros os normativos expressos que existem sobre o TPF no seio da Arbitragem⁷⁰.

Apresentadas estas considerações iniciais, analisemos agora alguns dos ordenamentos jurídicos em que o TPF é já uma realidade.

⁷⁰ O Cap. 609 Arbitration Ordinance de Hong Kong, o qual foi alterado para conter agora uma Parte 10^a, é um dos raros e mais recentes exemplos desta regulamentação expressa no seio da Arbitragem.

2.2. *Brasil*

O TPF não é expressamente regulamentado, nem sequer previsto no sistema legal brasileiro⁷¹.

Ainda assim, estamos perante um dos casos em que o ordenamento jurídico não se lhe opõe, na medida em que vigora um princípio constitucional de legalidade nas relações privadas⁷², permitindo às partes celebrar um acordo de TPF, já que este não é expressamente proibido pela Lei.

Para além daquela permissão, surgem outras normas e princípios gerais de Direito que podem dar uma resposta a desafios pontuais na aplicação do TPF, ainda que a sua aplicação não tenha sido pensada diretamente para lhe fazer face.

Desde logo, celebrado um acordo de TPF, uma das previsões mais importantes prende-se com a remuneração do *funder*, previsão que exige cautela, dada a fragilidade financeira em que a parte financiada se encontra e o aproveitamento que o *funder* pode fazer dessa situação.

No caso brasileiro, não existe um limite definido para a cobrança de taxas ou de um *quantum* de remuneração aceitáveis que o *funder* possa definir com o financiado, mas podem ser-lhe aplicadas as regras sobre usura em vigor⁷³. Adicionalmente, é de destacar ainda uma decisão do Superior Tribunal de Justiça a propósito de um processo sobre uma remuneração de um advogado no âmbito de um pacto de *quota litis*⁷⁴.

⁷¹ LUIZ OLAVO BAPTISTA; ADRIANE NAKAGAWA; EDUARDO TORTORELLA, “Brazil”, *Litigation Funding 2017, Getting the Deal Through*, Law Business Research, 2016, p. 14; NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, p. 136.

⁷² NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 150-151. O princípio de legalidade nas relações privadas está consagrado no art. 5.º, II, da Constituição Brasileira: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” Para além disso, no Brasil as doutrinas de *maintenance* e *champerty* não são aplicáveis, o que por si só já retira do caminho um dos maiores obstáculos à aplicação do TPF.

⁷³ Por exemplo, as regras sobre usura que constam do Código Civil Brasileiro ou da Lei da Usura, as quais se aplicarão a qualquer tipo de contrato.

⁷⁴ LUIZ OLAVO BAPTISTA; ADRIANE NAKAGAWA; EDUARDO TORTORELLA, “Brazil”, 2016, p. 14 e Acórdão. do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, de 2 de Março de 2011, REsp. n.º 1155200, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/>.

Em causa estava a determinação de uma remuneração de 50% do valor dos resultados obtidos na causa que seria devida ao advogado, percentagem que o Tribunal determinou ser excessiva, consubstanciando um aproveitamento por parte do advogado da fragilidade da parte e da sua ânsia para finalizar o litígio.

Este acórdão estabelece, assim, um bom precedente para casos que possam vir a surgir sobre o âmbito da remuneração em sede de TPF, até porque os pactos de *quota litis* são uma realidade que lhe é análoga⁷⁵. Mais: aquando da determinação da remuneração que será devida ao *funder* em sede de acordo de TPF, as partes terão sempre em conta um princípio de razoabilidade que tem que ser respeitado, nem que seja pelo receio de um tribunal, num futuro litígio, poder vir a considerar que o valor determinado é excessivo.

Outra das questões relevantes que o TPF levanta prende-se com a atuação que se exigirá ao advogado quando se veja confrontado com a existência de um *funder* na sua relação com o cliente. A este propósito, as normas de conduta sobre a atuação dos advogados que fazem parte do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e do respetivo Código de Conduta⁷⁶, ainda que não versem diretamente sobre o TPF, podem iluminar o caminho que possa ser utilizado para solucionar problemas que surjam no âmbito da atuação do advogado com o cliente e com o *funder*.

Vigorando um princípio de respeito pelos melhores interesses do cliente, o advogado está vinculado às suas instruções, ainda que tenha um dever de alertar para os riscos que a linha de estratégia que o cliente pretende adotar comporta⁷⁷, o que pode ser determinante em caso de conflito entre o cliente e o *funder*: o advogado terá que respeitar as instruções do cliente em detrimento das determinações do *funder*.

⁷⁵ O pacto de *quota litis* consiste na fixação de honorários devidos ao advogado em função do resultado que seja alcançado no processo, prática que é proibida em Portugal e que discutiremos no Capítulo 4. Falamos numa realidade análoga ao TPF, uma vez que a remuneração devida fica dependente do resultado da causa.

⁷⁶ LUIZ OLAVO BAPTISTA; ADRIANE NAKAGAWA; EDUARDO TORTORELLA, “Brazil”, 2016, p. 14.

⁷⁷ Capítulo 3.º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, publicado pela Resolução do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil n.º 2/2015, de 4 de Novembro.

No que concerne a arbitragem, meio RAL que pode ser utilizado livremente pelas partes que lhe queiram recorrer para resolver um litígio em que estejam em causa direitos patrimoniais disponíveis, os valores das causas podem ser bastante elevados, o que tem um impacto proporcional nos custos com a arbitragem – quanto maior o valor da causa, maiores serão os custos com o processo arbitral⁷⁸.

Tendo em conta o elevado montante a que os custos com o processo podem ascender, acabam por se tornar um obstáculo ao recurso à arbitragem por uma entidade que seja financeiramente mais frágil. Daí que NAPOLEÃO CASADO FILHO, na tese de doutoramento que publicou sobre o financiamento de litígios em sede de arbitragem no Brasil, defende expressamente que, não existindo obstáculos legais ao TPF no ordenamento jurídico brasileiro, pode tornar-se numa ferramenta útil no acesso à Justiça para a resolução de conflitos que contem com uma parte economicamente mais fraca⁷⁹.

A Lei de Arbitragem no Brasil não prevê, portanto, a existência de TPF. No entanto, existe um instrumento que lhe faz referência – a Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC, cujo âmbito estará limitado à existência de TPF em arbitragens administradas pela CAM-CCBC.

Neste curto acervo de normas, uma primeira recomendação orienta uma definição para o conceito de TPF⁸⁰. Em seguida, reconhecendo que a intervenção de um *funder* pode gerar conflitos de interesses com os normais intervenientes do processo arbitral, recomenda que os litigantes divulguem à CAM-CCBC quando sejam parte de um acordo de TPF, incluindo uma identificação completa do *funder*. A CAM-CCBC informará então a parte contrária e os árbitros, os quais devem revelar a

⁷⁸ NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 151-152.

⁷⁹ NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 151-152 e 183-184.

⁸⁰ O art. 1.º da Resolução Administrativa consagra o seguinte: “Considera-se financiamento de terceiro quando uma pessoa física ou jurídica, que não é parte no procedimento arbitral, provê recursos integrais ou parciais a uma das partes para possibilitar ou auxiliar o pagamento dos custos do procedimento arbitral, recebendo em contrapartida uma parcela ou percentagem de eventuais benefícios auferidos com a sentença arbitral ou acordo.”.

existência de qualquer relação ou situação que possa colocar em risco a sua imparcialidade ou independência⁸¹.

Como vimos, apesar de a previsão do TPF no ordenamento jurídico brasileiro ser reduzida e a sua falta de regulação específica ser patente, a sua existência não é proibida pela lei e os desafios que a sua aplicação pode levantar podem ser resolvidos com recurso a outros normativos espalhados pelos instrumentos que versem sobre a resolução de conflitos, quer no âmbito dos tribunais judiciais, quer no âmbito dos tribunais arbitrais.

Ainda que aquele ponto seja verdade, a previsão do TPF e a sujeição dos seus intervenientes a normas éticas mais claras seriam um passo na direção certa, na opinião de Napoleão Casado Filho, que vê vantagens na regulamentação, principalmente porque permitiria uma aceitação mais fácil do instituto⁸².

2.3. *Inglaterra e o País de Gales*

O ordenamento jurídico inglês é provavelmente um dos mais reconhecidos em matéria de TPF, já que a sua aplicação está enraizada no sistema, principalmente no que toca à Jurisprudência⁸³, que nele reconhece uma eficaz ferramenta de acesso à Justiça.

Até ao início do século passado, mantinham-se em vigor as medievais proibições de *maintenance* e *champerty*, condutas que se tinham como ofensa criminal, mas também como *tort* (ou seja, capazes de dar origem a um dever de indemnização por danos causados), pelo que o TPF estava condenado à partida, tal como noutros ordenamentos de *common law*. A partir de 1967 foi restringido significativamente o âmbito das proibições de *maintenance* e *champerty*, cujas condutas deixaram de ser consideradas

⁸¹ Arts. 3.º, 4.º e 5.º da Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC.

⁸² NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 180- 181 e 183-184.

⁸³ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, *Litigation Funding 2017*, Getting the Deal Through, Law Business Research, 2016, p. 25; THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 66-67.

crime ou *tort*⁸⁴, tendo sido reduzidas a princípios de ordem pública, com o intuito de impedir os *funders* de exercerem demasiado controlo sobre o processo⁸⁵.

Como acima referimos, para além da aceitação legal do TPF, nos últimos anos têm sido várias as decisões dos tribunais que reconhecem validade ao TPF como um instrumento de acesso à justiça⁸⁶.

Neste crescente ambiente de tolerância para com o instituto, tendo em conta as vantagens que lhe eram reconhecidas e a evolução do mercado que se tornava cada vez mais competitivo, em Novembro de 2011 foi criada a *Association of Litigation Funders*⁸⁷, ao mesmo tempo que foi publicado o Código de Conduta para *Funders*, ao qual estão sujeitos todos aqueles que façam parte da ALF⁸⁸.

Esta Associação, que se assume independente, tem coordenado esforços com as entidades governamentais e legislativas para a criação de uma regulamentação própria do instituto do TPF, quer no âmbito estadual, quer no âmbito arbitral⁸⁹.

⁸⁴ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 25; THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 66-67; CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding – Recent Global Developments”, in *Norton Rose Fullbright’s International Arbitration Report*, n.º 9, 2017, pp. 30-31.

⁸⁵ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 25; CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding”, 2017, pp. 30-31. A questão do controlo do processo pelo *funder* é um dos desafios que o ordenamento jurídico tem tentado enfrentar, o qual se quer reduzido. No entanto, desde que o acordo de TPF respeite o normal funcionamento do processo, não será considerado inválido.

⁸⁶ A título de exemplo, os casos *Arkin v. Borchard Lines*, decidido pelo *Court of Appeal* em 2005 e *Essar Oilfields Services Limited v. Norscott Rig Management* (EWHC 2361) decidido pelo *English Commercial Court* em 2016, este último uma decisão de segunda instância decidida face a um processo arbitral em que uma das partes havia recorrido ao TPF.

⁸⁷ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 66-67.

⁸⁸ Este Código foi revisto e republicado em Janeiro de 2018.

⁸⁹ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 25.

A adesão à ALF é voluntária⁹⁰, pelo que o cumprimento dos normativos do Código de Conduta só será obrigatório para aqueles que lhe adiram, mas ainda assim vem resolver alguns dos problemas de aplicação do TPF nos casos concretos.

Determina, no essencial, algumas regras de conduta e de boas práticas que os *funders* devem respeitar nas suas relações de TPF, nomeadamente regras sobre a intervenção do *funder* e sobre os limites dessa intervenção no litígio⁹¹.

Desde logo, estando o acordo de financiamento já em curso, o *funder* não pode interferir na escolha do advogado que representará a parte em juízo ou influenciar a conduta do advogado já escolhido, por forma a que respeite as suas instruções em preterimento das instruções que lhe sejam dadas pelo seu representado⁹².

Quanto à resolução do acordo de TPF, a cláusula 11.2 do Código de Conduta da ALF determina que o próprio acordo deverá prever quando poderá o *funder* pôr fim ao financiamento, mas limita essa possibilidade a casos em que o *funder* entenda que o mérito da causa deixou de ser satisfatório à parte financiada, quando o acordo deixou de ser comercialmente válido, ou em casos em que a parte financiada quebrou o acordo de TPF. Fica, assim, vedado ao *funder* terminar o acordo de forma discricionária.

Por outro lado, o acordo de TPF deve ainda prever qual o nível de intervenção que o *funder* pode ter em caso de tentativa de acordo com a outra parte em litígio⁹³, nomeadamente o que fazer em caso de divergência entre a parte financiada e o *funder* quanto à aceitação desse acordo.

Nos casos em que o acordo de TPF não preveja estas disposições, ou para os casos em que os *funders* não estejam sujeitos ao Código de Conduta, os próprios resquícios dos princípios de *maintenance* e *champerty*, como princípios de ordem pública que se mantiveram, obstarão a que

⁹⁰ MAXI C. SCHERER, “Third party funding in international arbitration – Towards mandatory disclosure of funding agreements?”, in *Third Party Funding in International Arbitration, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law*, ICC Institute of World Business Law, 2013, p. 99.

⁹¹ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 66-67.

⁹² Cláusulas n.º 9.2 e 9.3 do Código de Conduta da ALF; cfr. STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 26.

⁹³ Cláusula n.º 11.1 do Código de Conduta da ALF.

o *funder* recorresse à ameaça de pôr termo ao acordo de financiamento para obrigar a parte a atuar conforme as suas instruções⁹⁴.

A par da existência de um Código de Conduta para *Funders*, os advogados estão também sujeitos a normativos do mesmo tipo, aquando da regulamentação da sua conduta para com os seus representados. A supervisão da sua profissão está a cargo da *Solicitors Regulation Authority* que, à semelhança da ALF, publicou algumas regras e recomendações a que os advogados e as sociedades de advogados devem obedecer na relação que estabelecem com os seus clientes⁹⁵.

Uma dessas regras prende-se com a recomendação pelo advogado aos seus representados de serviços prestados por terceiros, como será o caso de *third party funders*. Exige-se ao advogado que seja capaz de manter a sua independência, ao mesmo tempo que deve aconselhar o seu cliente, alertando-o para todas as opções que tem à sua disposição e para os riscos em que pode incorrer, de forma a que ele possa tomar uma decisão esclarecida⁹⁶.

Após esta sumária análise do TPF na Inglaterra e no País de Gales, e ainda que este seja um dos ordenamentos jurídicos mais bem preparados para lidar com a aplicação do TPF, continuam a existir algumas problemáticas que se discutem e para as quais ainda não foi encontrada uma solução satisfatória⁹⁷. Com a evolução e crescente interesse da comunidade académica no instituto, talvez não demore muito tempo até que essas soluções sejam encontradas.

⁹⁴ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 26.

⁹⁵ STEVEN FRIEL; JONATHAN BARNES; LARA BIRD, “England & Wales”, 2016, p. 27. Nomeadamente, o *SRA Handbook*.

⁹⁶ *SRA Handbook, Chapter 6: Your client and introduction to third parties*.

⁹⁷ Por exemplo, a questão de saber se as comunicações e documentos partilhados entre o *funder*, a parte financiada e o advogado estão sob proteção de algum privilégio que as torne confidenciais e evite a sua divulgação, mesmo em sede de julgamento. Vários autores apontam para a aplicação da *common interest doctrine*, que estende o privilégio existente entre advogado e cliente a um terceiro que tenha um interesse comum no litígio. Para um maior esclarecimento deste privilégio de confidencialidade comum nos ordenamentos de *common law*, cfr. BRANDON LAWRENCE; MARK L. TUFT, “What’s uncommon about the “Common Interest” Doctrine?”, in *38th ABA National Conference on Professional Responsibility*, 2012.

2.4. Irlanda

A opção de analisar o ordenamento jurídico irlandês em sede de TPF é óbvia, uma vez que a Irlanda proíbe expressamente o uso do TPF⁹⁸, uma ocorrência pouco comum nos dias de hoje. Ainda que a maioria dos ordenamentos tenha problemas na aplicação do TPF ou desconsidere a necessidade de o regulamentar, são poucos os ordenamentos que proíbem de forma tão categórica a presença desta ferramenta no seu sistema⁹⁹.

Aquela interdição decorre do *Maintenance and Embracery Act* de 1634, o qual mantém em vigor as velhas proibições de *maintenance* e *champerty*, na medida em que continuam a obstaculizar o financiamento de litígios por entidades que não tenham um interesse legítimo na causa.

E se a lei assim o determina, os próprios tribunais, aplicadores quotidianos do Direito, ainda que entendam que há lugar e necessidade de uma mudança de paradigma, não poderão decidir *contra legem*, pelo que terão que continuar a aplicar nos casos concretos a determinação legal abstrata. Uma abolição das doutrinas sobre *maintenance* e *champerty* ou, pelo menos, uma restrição do seu âmbito de aplicação, dependerá sempre de uma iniciativa legislativa, pelo que enquanto a *hard law* não se atualizar, a *case law* não poderá fazê-lo unilateralmente¹⁰⁰.

Neste sentido, veja-se, por exemplo, o caso *Persona Digital Telephony Ltd v. Another v. Minister for Public Enterprise v. Other*, o qual chegou à jurisdição do *Supreme Court* irlandês. Neste caso concreto, o autor, *Persona Digital Telephony Ltd.*, perante a incapacidade para financiar um litígio, decidiu recorrer a um *funder* do Reino Unido, tendo colocado à consideração do *High Court* a validade e legalidade de um acordo daquela natureza.

⁹⁸ SHARON DALY, “Ireland”, *Litigation Funding 2017*, Getting the Deal Through, Law Business Research, 2016, p. 36.

⁹⁹ As Ilhas Caimão são um desses exemplos, mantendo também em vigor as proibições de *maintenance* e *champerty* – cfr. GUY MANNING; KIRSTEN HOUGHTON, “Cayman Islands”, *Litigation Funding 2017*, Getting the Deal Through, Law Business Research, 2016, p. 17. No entanto, foi notícia recentemente que um tribunal nas Ilhas Caimão havia decidido pela legalidade e validade de um acordo de TPF (cfr. LACEY YONG, *Cayman Islands court says yes to third-party funding*, GAR, Arbitration News, Features and Reviews, 23 Janeiro 2018, disponível em <https://globalarbitrationreview.com>).

¹⁰⁰ CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding”, 2017, pp. 30-31.

O *High Court* não teve como não decidir pela invalidade do acordo¹⁰¹, já que o mesmo cai no âmbito da proibição de *champerty*. O autor apresentou recurso para o *Supreme Court*, tentando alcançar um resultado diferente, mas mais uma vez foi um esforço inglório, tendo aquele tribunal confirmado a decisão da instância inferior em Maio de 2017¹⁰².

Perante este paradigma, a única situação em que um acordo de TPF pode ser considerado válido à luz do ordenamento jurídico irlandês será quando o financiador tiver um interesse legítimo na causa – por exemplo, quando o *funder* for um acionista ou um credor de uma sociedade envolvida no litígio¹⁰³. Em bom rigor, uma vez que quem vem financiar a causa não é exatamente um terceiro independente ao litígio, tendo nele um interesse¹⁰⁴, temos sérias dúvidas de que ainda estejamos perante um acordo de TPF.

Naqueles raros casos em que seria o acordo de TPF considerado válido, a sua existência não está sujeita a qualquer obrigação de divulgação. A parte contrária pode, no entanto, apresentar um requerimento ao tribunal para que a isso obrigue a parte que é financiada, mas o tribunal pode não dar provimento a esse requerimento¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

A Irlanda mantém-se, assim, agarrada às medievais proibições da intervenção de terceiros em litígios, motivadas, como já vimos, pelo receio

¹⁰¹ SHARON DALY, “Ireland”, 2016, p. 36.

¹⁰² CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding”, 2017, pp. 30-31. A decisão do *Supreme Court* foi noticiada por alguns *sites* de praticantes do Direito nestas matérias, tendo sido recebida com alguma desilusão perante o crescimento do instituto noutros ordenamentos. A título de exemplo, veja-se: <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/0adddbf5-269a-4ca6-bb7f-8f2c96c40f4a.pdf>

¹⁰³ SHARON DALY, “Ireland”, 2016, 2017, p. 36.

¹⁰⁴ A título de exemplo, mesmo perante uma situação em que o “financiador” é um credor de uma sociedade que está em litígio com outra para que lhe seja pago o que a segunda lhe deve e, assim, poder a primeira ressarcir o credor, este tem um interesse na causa que o diferencia de um *funder* cuja única ligação ao litígio seria apenas o investimento que permitisse à sociedade autora da ação pagar as custas do litígio.

¹⁰⁵ SHARON DALY, “Ireland”, 2016, p. 38.

¹⁰⁶ SHARON DALY, “Ireland”, 2016, p. 38. No caso *Persona Digital Telephony*, atendendo a que aquilo que se pedia ao tribunal era uma análise da validade do acordo de TPF, o *High Court* determinou que seria necessária a apresentação ao tribunal do conteúdo suficiente do acordo que lhe permitisse chegar a uma conclusão sobre a sua validade.

do distúrbio e abuso do processo. Uma opção completamente contrária à crescente tendência de aceitação do TPF, que lhe pode custar, principalmente ao nível da arbitragem, uma posição competitiva no cenário da resolução de litígios.

2.5. Alemanha

Na Alemanha, o TPF surgiu nos anos 90, no âmbito de processos judiciais, mas é uma realidade que se mantém, até hoje, sem regulação própria que coordene a sua aplicação¹⁰⁷. A semelhança de outros países, surge, essencialmente, como uma resposta para litigantes que não têm como custear sozinhos o impulsionamento do processo.

O acordo de TPF é visto como uma parceria contratualizada entre o litigante que vai ser financiado e o *funder*. Normalmente, adota a forma de uma “parceira silenciosa”¹⁰⁸, que consubstancia uma atuação concertada do *funder* e do financiado para a prossecução de um interesse em comum, ainda que apenas o financiado figure na documentação e seja responsável pela tomada de decisões pertinentes ao litígio¹⁰⁹.

O advogado não faz parte deste contrato, até porque não lhe é permitido ao abrigo do BRAO que rege a conduta dos advogados alemães¹¹⁰,

¹⁰⁷ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 80-81; ARNDT EVERSBERG, “Germany”, *Litigation Funding 2017*, Getting the Deal Through, Law Business Research, 2016, p. 29.

¹⁰⁸ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 167; THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 82. Esta “parceria silenciosa” tem a designação de *Stille Gesellschaft burgerlichen Rechts* e está prevista nos arts. 230.º e seguintes do HGB e nos arts. 705.º e seguintes do BGB (contrato de parceria).

¹⁰⁹ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 167.

¹¹⁰ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, pp. 45-46 e 165; ARNDT EVERSBERG, “Germany”, 2016, p. 29; THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 80-81. A parceria que se estabelece entre *funder* e financiado é regida pelas regras do HGB e BGB, no que concerne a

o que resulta em duas consequências práticas: em primeiro lugar, o advogado que representa a parte não faz parte do acordo de TPF; em segundo lugar, o *funder* não deve intervir no processo de tal forma que transpareça que está a prestar serviços jurídicos à parte financiada, uma vez que essa é uma tarefa que cabe ao advogado¹¹¹.

Em todo o caso, isto não significa que o *funder* não possa participar no litígio. Aliás, a maioria dos *funders* são mais do que investidores de capital, pelo que quererão, pelo menos, ser informados dos passos que foram dados, participar nas negociações e assistir às audiências. No fundo, acompanhar o andamento do processo, mesmo que não possam dele fazer parte efetivamente.

Para regular essa intervenção e fazer face a divergências que possam surgir ao longo da vida do acordo de TPF, as partes preveem nele algumas determinações que regimentarão a relação financiador-financiado.

Uma das estipulações mais comuns prende-se com as razões que podem levar a que o *funder* queira pôr fim ao acordo de TPF. Na grande maioria dos casos, preveem-se, para este efeito, situações de erro ou de superveniência de factos que ponham em causa o mérito da causa ou que, pelo menos, diminuam drasticamente as suas probabilidades de sucesso¹¹².

Caso o *funder* decida pelo término do acordo de TPF, terá que pagar as despesas que até ao momento tenham surgido com o litígio e a que se obrigou a fazer face com o acordo de TPF. Não terá, no entanto, de continuar a financiar a parte que queira, mesmo sem o financiamento, continuar o processo. Perderá ainda o direito à remuneração com a sentença final, mas não perde o direito ao reembolso do capital que tenha

este tipo de contratos. Quanto ao advogado, por respeito a princípios de ordem pública, que lhe exigem uma conduta independente, é-lhe vedado entrar numa parceria em que os seus interesses sejam equivalentes aos interesses do cliente que representa em tribunal. Assim, o art. 49.º-B, n.º 2 do BRAO proíbe qualquer tipo de acordo do advogado com o seu cliente do qual decorra uma *contingency fee*, ou seja, uma remuneração em função do resultado da ação.

¹¹¹ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, pp. 46 e 171. O ordenamento jurídico tem entendido que o *funder* não presta serviços jurídicos, antes procede à análise do processo por força de um interesse próprio em garantir o retorno do seu investimento.

¹¹² THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 82; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 167.

investido até ao momento da cessação do acordo, caso a parte financiada prossiga com o processo e saia vencedora¹¹³.

Outra das mais comuns previsões nos acordos de TPF alemães é a questão das tentativas de acordo com a parte contrária em litígio e se pode ou não o *funder* interferir nas negociações e na tomada de decisão que conduz ao acordo.

Em princípio, será necessário que tanto o *funder* como a parte financiada concordem na aceitação do acordo. Se apenas um deles quiser aceitar o acordo, haverá razão suficiente para que este possa pôr fim ao acordo de TPF, o que resultará num direito à quota que lhe caberia caso o acordo tivesse sido alcançado. A parte que recusa o acordo terá que continuar com o processo sozinha¹¹⁴.

No que concerne a escolha dos advogados que representarão o litigante em litígio, na maioria dos casos os *funders* chegam à fala com os litigantes através da recomendação pelos advogados que os representam¹¹⁵, pelo que não será comercialmente sensato que o *funder* queira substituir o advogado que representa o financiado.

Mesmo na minoria de casos em que o *funder* possa opinar sobre a escolha do advogado que representará a parte em litígio, este, que não tem qualquer dever contratual com o *funder*, deve manter a sua conduta adstrita à defesa dos interesses do seu representado¹¹⁶.

¹¹³ ARNDT EVERSBERG, “Germany”, 2016, p. 30; THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 82; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 167.

¹¹⁴ ARNDT EVERSBERG, “Germany”, 2016, p. 29. Em princípio, a parte financiada e o financiador tentarão por todos os meios concordar nas decisões a tomar, até porque o término do acordo de TPF só trará desvantagens: para a parte financiada, que ficará sem o investimento que lhe permite continuar o processo e ver-se-á a braços com o reembolso ao *funder* dos valores que este já despendeu e ainda da parte que lhe caberia; para o *funder* significa um negócio falhado, comercialmente indesejável, mas também uma diminuição naquilo que estava à espera de vir a receber com o final do processo.

¹¹⁵ ARNDT EVERSBERG, “Germany”, 2016, p. 29. Não há nenhuma regra que impeça o advogado de recomendar o TPF aos seus clientes. Exigir-se-lhe-á apenas que o faça de forma objetiva e imparcial, alertando o cliente para as opções que tem e para os riscos que comportam.

¹¹⁶ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, pp. 171-172.

O TPF na Alemanha tem conseguido ampla aceitação da comunidade, mesmo dos poucos casos que chegam às decisões dos tribunais¹¹⁷. Não tem uma regulação destinada a supervisionar a sua aplicação, no entanto, não é um instituto discricionário, estando sujeito às vicissitudes do sistema legal estabelecido. E ainda que no seio da arbitragem pareça estar a começar a crescer, não parecem haver obstáculos a que se desenvolva com ânimo nos próximos anos.

2.6. EUA

Os EUA são um dos ordenamentos jurídicos mais heterogêneos no Mundo, não só porque abrangem no mesmo território um sistema jurídico federal e um sistema jurídico estadual para cada Estado, mas também porque culturalmente não há uma unidade nos Estados, o que influencia as opções legislativas e judiciais tomadas em cada um deles.

No que concerne ao TPF, esta heterogeneidade mantém-se, o que significa que a aplicação do TPF não é uniforme em todo o território e obriga, principalmente para aqueles que ensejam integrar o mercado, um estudo da *hard law* e *case law* aplicável a cada Estado em concreto¹¹⁸.

Não sendo possível uma análise dessa envergadura não seria possível, faremos apenas algumas considerações dos diferentes graus de regulamentação que existem do TPF e de algumas das opções que foram tomadas.

O mercado do TPF nos EUA tem-se expandido com maior intensidade na última década, quer no que toca a litígios judiciais, quer litígios arbitrais¹¹⁹. Não é ainda conhecida nenhuma regulamentação federal desta ferramenta, nem sequer no âmbito da arbitragem¹²⁰.

Os vários Estados têm tomado em conta a sua crescente marca no mercado, pelo que têm adotado opções regulamentares para a aplicação

¹¹⁷ ARNDT EVERSBERG, “Germany”, 2016, p. 29.

¹¹⁸ VICTORIA SHANNON, “Recent Developments in Third Party Funding”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, n.º 4, 2013, pp. 448-449.

¹¹⁹ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 98.

¹²⁰ VICTORIA SHANNON, “Recent Developments in Third Party Funding”, 2013, pp. 448-449.

do TPF. Mas, na verdade, os verdadeiros impulsionadores e supervisores do TPF têm sido os tribunais¹²¹.

Tal como noutros ordenamentos já estudados, o grande obstáculo à aplicação do TPF nos EUA prende-se com o papel mais ou menos ativo das doutrinas de *maintenance* e *champerty* no âmbito de cada Estado.

THOMAS G. APPLEMAN e LAWRENCE S. SCHANER afirmavam, em 2012, que na miríade de Estados que se debruçavam sobre a temática do TPF, existiam três tipos de abordagens regulatórias diferentes¹²²: em primeiro lugar, existiam Estados que haviam reforçado as condutas que consubstanciavam *champerty*, de entre os quais estavam o Nevada¹²³ e o Minnesota; em segundo lugar, estavam os Estados que tinham procurado restringir o âmbito das situações em que um acordo incorreria na proibição de *champerty*, dos quais eram exemplo a Florida, Nova Iorque¹²⁴,¹²⁵ e o Texas; por último, alguns Estados optaram pela total abolição da doutrina da *champerty*, quebrando uma tradição secular dos ordenamen-

¹²¹ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 98; CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding”, 2017, p. 30.

¹²² THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, pp. 181-185.

¹²³ Cfr. a Decisão do *Supreme Court of Nevada*, de 22.05.1997, proc. n.º 27232 (*Schwartz v. Eliades*), disponível em: <https://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/>, que aplicou a proibição de *champerty*: “(...) *To maintain the suit of another is now and always has been held to be unlawful, unless the person maintaining has some interest in the subject of the suit*”.

¹²⁴ BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, pp. 161. No caso *Trust for the Certificate Holders of Merrill Lynch Mortg. Investors, Inc. v. Love Funding Corp.* (918 N.E.2d 889), decidido em 2009 pelo *New York Court of Appeals*, foi feita uma interpretação restritiva de *champerty*, na medida em que os casos que se lhe reconduzem se limitam à importunação de alguém para que inicie uma ação, com o objetivo de à sua custa enriquecer: “*In short, the champerty statute does not apply when the purpose of an assignment is the collection of a legitimate claim. What the statute prohibits (...) is the purchase of claims with the intent and for the purpose of bringing an action that [the purchaser] may involve parties in costs and annoyance, where such claims would not be prosecuted if not stirred up (...) in an effort to secure costs*”

¹²⁵ Em Nova Iorque nasceu a ALFA, associação a que os *funders* que queiram transacionar naquele Estado podem aderir e que já conta com um Código de Conduta. No entanto, a ALFA destina-se aos *funders* que lidam com litígios de consumidores e não com litígios comerciais.

tos jurídicos de *common law*, de que são exemplo o Massachussetts e a Carolina do Sul¹²⁶.

Em 2015, era admitida a utilização do TPF no Arizona, Califórnia, Colorado, Connecticut, Florida, Illinois, Massachussetts, Missouri, New Hampshire, Nova Jérсия, New Mexico, Nova Iorque, Carolina do Sul, Texas, Tennessee, Ohio, Maine, Nebraska e Oklahoma¹²⁷, ainda que, na sua grande maioria, se refiram à sua aplicação em sede de processos particulares e não em matérias comerciais¹²⁸. Em todo o caso, mesmos estes Estados encontram alguns desafios, que vão sendo superados com a ajuda dos tribunais.

Uma das questões que se tem levantado diz respeito à remuneração do investimento dos *funders*¹²⁹, cujos valores elevados podem recair muitas vezes no âmbito de previsão da usura¹³⁰. Quando isto acontece, o *funder* terá apenas direito ao retorno do capital e ao valor máximo determinado pela lei a título de remuneração (no caso de juros remuneratórios), o que

¹²⁶ THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, pp. 181-185; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 160. Também em 1997, na decisão do caso *Saladini v. Righellis* (687 N.E.2d 1224, 1226) o *Massachussetts Supreme Judicial Court* já decidia no sentido de quebrar com as velhas doutrinas de *maintenance* e *champerty*, considerando-as desnecessárias: “(...) *The champerty doctrine is [no longer] needed to protect against the evils once feared: speculation in lawsuits, the bringing of frivolous lawsuits, or financial overreaching by a party of superior bargaining position*”.

¹²⁷ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 98.

¹²⁸ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p.98; VICTORIA SHANNON, “Recent Developments in Third Party Funding”, 2013, pp. 448-449. Tipicamente, estas regulamentações estaduais prevêm regras sobre a não interferência dos *funders* com a independência profissional do advogado.

¹²⁹ VICTORIA SHANNON, “Recent Developments in Third Party Funding”, 2013, pp. 448-449.

¹³⁰ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, pp. 101-102. O *Court of Appeals of California*, na decisão do caso *O'Connor v. Televideo System Inc.* (H004798) em 1990 entendeu a usura nos seguintes termos: “(...) *Usury is the exacting, taking or receiving of a greater rate than is allowed by law, for the use or loan of money.*”.

significa que o tribunal vai reduzir a remuneração que o *funder* estava à espera de receber, para que se delimite dentro dos parâmetros legais.

Por outro lado, à semelhança do que vimos no Reino Unido, também nos EUA a questão da confidencialidade das comunicações e documentos produzidos a propósito do litígio, que sejam partilhados ou concebidos pelo *funder*, não tem uma solução uniforme.

Esta questão tem dado origem a várias decisões extremas: desde aquelas que aceitam a existência de um privilégio que impeça o tribunal e a parte contrária de quebrarem o segredo, até sentenças em que não se vislumbra a aplicação de qualquer tipo de privilégio, sujeitando a parte financiada e o *funder* a revelarem aquilo que lhes seja solicitado¹³¹.

Fazemos ainda uma última referência ao papel do advogado, o qual, conforme mencionado anteriormente, é um dos intervenientes no processo mais suscetível a constrangimentos que o TPF possa causar no litígio.

Não existe nos EUA uma ordem dos advogados de âmbito federal, apenas organismos supervisores da profissão em cada Estado, com regras e procedimentos próprios¹³². De âmbito nacional, apenas encontramos a ABA, organização independente a que os advogados podem aderir livremente, mas que não tem poderes para supervisionar ou controlar a conduta dos seus membros¹³³. De todo o modo, num esforço para a uniformização e observância de boas práticas no exercício da profissão, a

¹³¹ THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG – THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, *Third Party Funding for Arbitration*, 2015, p. 102. A propósito desta matéria, ainda que a sentença tenha determinado que o acordo de TPF não era relevante para a decisão a tomar, o *Illinois Northern District Court*, no caso *Miller UK Ltd v. Caterpillar Inc.* (1:10-cv-03770) em 2014, determinou que os documentos que foram partilhados com o *funder* e que se relacionavam com a estratégia processual a adotar no litígio estavam sujeitos à *work product doctrine*. Para um maior esclarecimento deste privilégio de confidencialidade comum nos ordenamentos de *common law*, cfr. EMILY JONES, “Keeping Client Confidences: Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine in Light of *United States v. Adlman*”, in *Pace Law Review*, Vol. 18, n.º 2, 1998.

¹³² LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 48. De Estado para Estado, a regulamentação não se altera significativamente.

¹³³ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 48; THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, pp. 181-185.

ABA publicou *Model Rules*, as quais, para além de terem sido reconhecidas pela maioria dos Estados¹³⁴, são muitas vezes recomendadas e utilizadas na prática da advocacia.

Algumas dessas regras são úteis para perceber os limites da atuação do advogado quando confrontado com um cliente que é parte num acordo de TPF, mas também alguns limites que podem ser impostos aos próprios *funders* quando intervenham mais ativamente no litígio.

Desde logo, pode existir um conflito de interesses quando o advogado tem uma relação direta com o *funder*, nomeadamente quando o advogado refere o *funder* aos seus clientes¹³⁵. Nestes casos, não sendo a conduta do advogado proibida pela lei, para ultrapassar o conflito de interesses que se gera, o advogado deve: (i) esclarecer o cliente sobre os riscos e consequências da sua atuação nestes termos; e (ii) deve pedir o seu consentimento expresse, e por escrito, para que continue, ainda assim, a representá-lo¹³⁶.

O advogado não poderá ainda aceitar que a sua remuneração seja paga por um terceiro – a sua compensação deve ser paga pelo representado apenas. Excecionam-se, no entanto, os casos em que o representado dê o seu consentimento expresse para que isso aconteça, devendo garantir-se que o advogado é capaz de manter a sua independência e zelo profissionais na prestação dos seus serviços, e ainda se garanta a confidencialidade das informações prestadas pelo cliente¹³⁷.

Daqui decorre, para além de rigorosos requisitos para a conduta do advogado, limites para a atuação do *funder*. A independência do advogado e o seu compromisso com os interesses do seu representado não podem ser postos em causa e, mesmo quando o sejam, o advogado deverá preterir-lhes face às instruções que lhe sejam dadas pelo *funder*¹³⁸, determinando um escopo de atuação restrito para o *funder*, que deverá,

¹³⁴ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 48.

¹³⁵ *ABA Model Rule* 1.7 (a) 2.

¹³⁶ *ABA Model Rule* 1.7 (b) 1-4.

¹³⁷ *ABA Model Rule* 1.8 (f) e 5.4 (c).

¹³⁸ *Model Rules* 1.2 (a) 1.8(f), 5.4 (c). Cfr. THOMAS G. APPLEMAN; LAWRENCE S. SCHANER, “Third Party Litigation Funding in the United States”, 2012, pp. 183-184.

passivamente, determinar-se aos interesses do representado, influenciando no litígio o menos possível.

Ainda que estas poucas linhas não possam almejar a uma compreensiva análise do TPF nos EUA, delas já se retira a complexidade que será a aplicação desta ferramenta naquele território. Mesmo que se ambicione alcançar soluções para os problemas comuns que o TPF levanta, dificilmente todos os Estados concordarão numa aplicação uniforme das mesmas. Talvez, à semelhança da ABA para os advogados, fosse benéfica a criação de um organismo a nível federal que tentasse a conceção de normas de boas práticas e de uniformização de condutas para *funders*.

2.7. Hong Kong e Singapura

Conforme mencionado antes, a propósito da definição de TPF, Hong Kong é um dos mais recentes ordenamentos jurídicos a permitir expressamente o TPF em sede legislativa¹³⁹. Também Singapura optou por o fazer, tendo previsto expressamente a permissão do TPF no âmbito da sua Lei Civil¹⁴⁰.

Ambos estes ordenamentos jurídicos – como sistemas de *common law* – mantinham em vigor as velhas proibições de *maintenance* e *champerty*. Para permitirem o TPF, optaram pela descriminalização e desconsideração como *tort* das condutas que consubstanciassem *champerty*, o que abriu portas à intervenção e financiamento por terceiros de litígios¹⁴¹.

Em Hong Kong, foi introduzida na Lei da Arbitragem a parte 10A que prevê expressamente a permissão do TPF no âmbito da arbitragem e da mediação.

As primeiras considerações que faz prendem-se com definições claras sobre o que consubstancia o TPF, o que se deve entender por *funder* e por

¹³⁹ Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98W), em vigor desde Fevereiro de 2019.

¹⁴⁰ Secção 5A e 5B da Lei Civil, alterada para permitir o TPF desde Janeiro de 2017.

¹⁴¹ CAROLINE KENNY, *Third party funding of international arbitrations*, CIArb News, Novembro de 2017, disponível em <https://perma.cc/HFZ7-EC9E>.

acordo de financiamento, entre outros esclarecimentos conceptuais que ajudarão depois na aplicação aos casos concretos¹⁴².

Opta em seguida por expressar uma autorização legislativa para que os órgãos competentes providenciem pela criação de um Código de Conduta que venha regular e supervisionar a atuação dos *funders*¹⁴³, o qual determinará, para além do nível de intervenção que o *funder* possa vir a ter no litígio, requisitos a que o acordo de TPF estará sujeito e ainda a necessidade de os *funders* preverem procedimentos de gestão de conflitos de interesses que possam surgir na relação com o financiado e com os restantes intervenientes nos processos (advogados, árbitros, etc)¹⁴⁴.

Determina ainda uma exceção ao dever de confidencialidade que incide sobre as partes em sede de processo arbitral, permitindo à parte que queira contratar um acordo de TPF ceder-lhe informações sobre o litígio¹⁴⁵. Por último, prevê um dever de revelação da existência do acordo de TPF, assim como da identidade do *funder*, quer à parte contrária quer ao tribunal arbitral¹⁴⁶.

No caso de Singapura, o financiamento de litígios por terceiros deixou de estar sujeito às proibições de *maintenance* e *champerty*¹⁴⁷, mas isso não invalida que o acordo de TPF não possa ser considerado inválido ou ilegal por respeito a outros princípios ou normas presentes na Lei Civil¹⁴⁸. A permissão do TPF está, no entanto, limitada a arbitragens internacionais ou a processos judiciais com elas conexos¹⁴⁹.

¹⁴² Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98J).

¹⁴³ Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98P-98S).

¹⁴⁴ Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98P-98S); cfr. CAROLINE KENNY, *Third party funding of international arbitrations*, CI Arb News, Novembro de 2017, disponível em <https://perma.cc/HFZ7-EC9E>. Prevé, no entanto, que esse mesmo Código de Conduta não será de cumprimento obrigatório, o que pode levar a um sentimento de impunidade dos *funders* que os faça abusar do instituto.

¹⁴⁵ Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (s. 98T).

¹⁴⁶ Cfr. LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, 2018, p. 172. Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (s. 98U).

¹⁴⁷ Secção 5A, n.º 1 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴⁸ Secção 5A, n.º 2 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴⁹ MATTHEW SECOMB; ADAM WALLIN, “Singapore”, in *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 2017, The Law Reviews, p. 127. Por força da definição que resulta da Regulation 3 de *prescribed dispute resolution proceedings*.

Singapura determinou também uma autorização ao Ministério competente para que este possa proceder às regulamentações que entenda necessárias para que a aplicação do TPF se torne efetiva. As necessárias normas que venham a surgir poderão incidir sobre requisitos que os *funders* e os litigantes tenham que cumprir e a previsão dos casos ou categorias de casos a que o TPF poderá ser aplicado¹⁵⁰.

No mais, acaba por prever apenas algumas normas de índole interpretativa¹⁵¹ e ainda a possibilidade de o acordo de TPF ser posto em causa, quando o *funder* não cumpra com os requisitos que lhe venham a ser impostos pela regulamentação que o Ministério venha a criar, caso em que o tribunal arbitral ou judicial pode vir a ser chamado a intervir¹⁵².

Após a aprovação da nova Lei Civil, surgiram alguns instrumentos de *soft law*¹⁵³, com o intuito de ajudar na interpretação e aplicação dos novos normativos referentes à permissão do TPF. Neles figuram algumas recomendações em matérias como a ingerência do *funder* no litígio, o cumprimento do dever de revelação do acordo de TPF ou a possibilidade da sua resolução.

No território de Singapura vigoram ainda, pelo menos para as arbitragens aí sediadas, as regras sobre *Investment Arbitration* do conceituado SIAC, publicadas em Janeiro de 2017¹⁵⁴.

Aquelas regras fazem referência ao TPF em dois casos específicos. A primeira referência que é feita consagra o poder para o tribunal arbitral de exigir às partes que divulguem a existência de acordos de TPF que tenham contratado, incluindo a identidade do *funder*¹⁵⁵; a segunda previsão já se prende com a possibilidade de o tribunal arbitral, aquando da

¹⁵⁰ Secção 5B, n.º 8 da Lei Civil de Singapura.

¹⁵¹ Secção 5B, n.º 9 da Lei Civil de Singapura. Algumas definições, ainda que não preveja expressamente uma definição do que consubstancia TPF.

¹⁵² Secção 5B, n.ºs 3 a 6 da Lei Civil de Singapura.

¹⁵³ MATTHEW SECOMB; ADAM WALLIN, “Singapore”, 2017, pp. 128-132; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, p. 174. De entre as mais reconhecidas estão as *SI Arb Guidelines for Third Party Funders* e as *Law Society Notes*.

¹⁵⁴ LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, pp. 172-173.

¹⁵⁵ Regra 24 das *Investment Arbitration Rules* do SIAC. Cfr, LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, p. 174.

decisão sobre custas que tenha que emitir, poder ter em conta a existência de um acordo de TPF e a influência que o mesmo possa ter tido nas custas processuais das partes¹⁵⁶.

A tomada de posição pela aceitação expressa do TPF em Hong Kong e Singapura foi uma opção estratégica tomada pelos organismos governativos daqueles territórios. A permissão expressa do TPF acaba por tornar Hong Kong e Singapura em centros competitivos, principalmente ao nível da arbitragem internacional¹⁵⁷. Levará, provavelmente, a que a comunidade de *funders* queira estabelecer nos seus territórios centros e redes de contacto com possíveis clientes que queiram sediar processos arbitrais num ordenamento jurídico que não levante entraves e que lhes permita um acesso à justiça mais eficaz.

CAROLINE KENNY vai mais longe e afirma mesmo que “A legislação de Hong Kong e de Singapura provavelmente marcará uma nova era na Arbitragem Internacional”¹⁵⁸. Aguardaremos os desenvolvimentos que surjam no seguimento destas opções legislativas.

3. O TPF e o Processo Arbitral

Conforme mencionámos anteriormente, muitos são os desafios que o TPF apresenta na arbitragem.

Neste sentido, exposto o problema, e analisada a noção e diferentes concepções de TPF no mundo, é chegado o momento de, em concreto, analisarmos (i) as vantagens e desvantagens que o TPF pode apresentar na arbitragem; (ii) as especificidades e problemas que se colocam; e, por fim, (iii) a questão de saber se deverá ou não ser regulado.

São estas as questões essenciais que, no presente capítulo, procuraremos dar resposta.

¹⁵⁶ Regras 33 e 35 das *Investment Arbitration Rules* do SIAC.

¹⁵⁷ CAROLINE KENNY, *Third party funding of international arbitrations*, CI Arb News, Novembro de 2017 (disponível em <https://perma.cc/HFZ7-EC9E>); CARA DOWLING; ALISON FITZGERALD; JAMES ROGERS, “Emerging approaches to the regulation of third party funding”, 2017, pp. 30-31.

¹⁵⁸ CAROLINE KENNY, *Third party funding of international arbitrations*, CI Arb News, Novembro de 2017 (disponível em <https://perma.cc/HFZ7-EC9E>): “the legislation in Hong Kong and Singapore is likely to herald in a new era for international arbitration”.

3.1. Vantagens do TPF

3.1.1. Acesso à Justiça

O TPF, apesar de se reconhecer como uma oportunidade de negócio rentável e atrativa, não surgiu no mercado simplesmente pela sua viabilidade comercial. Aliás, como vimos, a intervenção de entidades em qualquer litígio alheio nunca foi vista com bons olhos, pelo que, se atualmente é aplicado, há algo que faz pender o prato da balança a seu favor.

Para JOSÉ MIGUEL JÚDICE, o TPF, pelo menos ao nível da arbitragem, despontou para fazer face à sua complexidade crescente e aos custos cada vez maiores que importa¹⁵⁹. Ou seja, é uma das possibilidades criadas com o intuito de facilitar a alocação de recursos destinados à solução de litígios e à reivindicação de direitos. Representa, portanto, um passo em frente no acesso à Justiça.

É este o argumento mais utilizado quando se quer promover a sua exequibilidade¹⁶⁰: concede àqueles que não conseguem dar início ou

¹⁵⁹ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. XI, n.º 1, 2018, pp. 56-57. No mesmo sentido, NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 87-89; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, Ghent University, 2014, p. 25; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p. 16.

¹⁶⁰ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, pp. 81-83; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, n.º 1, 2016, p. 116; ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, in *Revista Argentina de Arbitraje*, n.º 2, 2018; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, pp. 82-83; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, pp. 181-182; NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, p. 92; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 62; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, p. 26; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, 2.ª ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 2867; CHRISTOPHER P. BOGART, “Overview of arbitration finance, Third Party Funding”, in *Third Party Funding*

suportar os encargos de manutenção de um processo em tribunal, um recuso fidedigno que lhes garanta o exercício dos seus direitos.

No caso da arbitragem comercial, a qual atrai litígios que amontam a valores de causa relativamente elevados¹⁶¹, aquele fundamento ganha ainda mais força, já que torna este meio RAL acessível a um maior número de entidades que careçam de lhe recorrer.

Aquele acesso facilitado é visível quer para as partes autoras, quer para réus em sede de uma demanda que tenha sido proposta contra eles. Inclusivamente, para estes últimos, na falta de estabilidade económica, mas se detentores de um argumentário defensivo forte, permitir-lhes-á não se sujeitarem à aceitação de um acordo que não lhes seja benéfico, ou até à desistência prematura da sua defesa, apenas para pôr um fim rápido ao litígio¹⁶². Até porque, do outro lado, a parte contrária pode deter os recursos suficientes para arrastar o processo ou adiar ao máximo a decisão final, capacidade que o réu pode não ser capaz de acompanhar.

Em todo o caso, não é unicamente a estrita escassez de meios económicos para iniciar ou suportar os custos de um processo que move as entidades a recorrerem ao TPF. Aqueles que aproveitam a promoção do acesso à justiça que aquele permite, dividem-se em dois grandes grupos: por um lado, de facto, reúnem-se as entidades que não têm meios para autofinanciar o início ou a manutenção de um processo litigioso, tornando o TPF o único meio que têm de defender os seus direitos; por outro lado, agregam-se as entidades que veem no TPF um meio adicional e menos

in International Arbitration, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law, ICC Institute of World Business Law, 2013, p. 52.

¹⁶¹ VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, *in Arbitration International*, Vol. 32, n.º 3, 2016, p. 506; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p. 17. Este argumento é válido para as arbitragens de investimento.

¹⁶² BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 181; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, 2018, pp. 57-58; CHRISTOPHER P. BOGART, “Overview of arbitration finance”, 2013, pp. 51-52; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 691-692.

arriscado de reivindicar causas que, de outro modo, estariam relutantes em iniciar¹⁶³.

Do primeiro grupo, fazem parte não só as empresas de mais pequena dimensão que enfrentam um litígio demasiado elevado ou uma parte contrária muito mais forte, causando um desequilíbrio que a sua capacidade económico-financeira não consegue suportar, mas também entidades que se encontram em situação quase falimentar, e que podem ver na oportunidade de solucionar um conflito ou reivindicar um direito, o último reduto para voltar a uma posição de maior prosperidade¹⁶⁴.

Já no segundo grupo, encontramos entidades que têm capacidade financeira para enfrentar os encargos de entrar na discussão de um conflito, tornando o TPF uma alternativa ao financiamento próprio e já não uma necessidade¹⁶⁵. Nestes casos, estão em causa, principalmente, empresas que não querem arriscar o insucesso de uma demanda, causando uma situação de endividamento indesejável. São entidades avessas ao risco que, do ponto de vista económico, confrontando a probabilidade de sucesso da causa (ainda que esta se afigure elevada) com o perigo de perder em juízo, preferem não se aventurar. A opção pelo TPF permite-

¹⁶³ JUSTICE JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, p. 117; NAPOLEÃO CASADO FILHO, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, 2014, pp. 98-101; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 691-692.

¹⁶⁴ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 83; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 26-27.

¹⁶⁵ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, pp. 82-83; VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, 2016, p. 506; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p.17; JOANNA M. SHEPHERD; JUDD E. STONE II, “Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third Party Litigation Finance”, in *Arizona State Law Journal*, Vol. 47, n.º 3, 2015, pp. 927-928; SELVYN SEIDEL; SANDRA HERMAN, ““Corporate Governance” rules are coming to third party funding of international arbitration (and in general), Third Party Funding” in *Third Party Funding in International Arbitration, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law*, ICC Institute of World Business Law, 2013, pp. 35-36; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 695-697.

-lhes, assim, diluir o risco, o qual correrá maioritariamente com o *funder*, permitindo à parte financiada discutir a sua causa, sem ter que despende os seus recursos. Em caso de sucesso, mesmo que parte dele tenha que ser partilhado com o *funder*, haverá sempre ganhos para o financiado, o que não aconteceria se perdesse o litígio, não recuperasse nada e tivesse que fazer face aos custos processuais que lhe fossem exigíveis¹⁶⁶.

Em suma, o TPF consubstancia um alargamento subjetivo do acesso à Justiça em duas frentes: nos casos mais óbvios, em que a carência de meios era o obstáculo principal que impedia o avanço para tribunal, mas também quando o risco era o fator chave nessa inércia. Diminui, deste modo, as barreiras no acesso à Justiça e à reivindicação de direitos, colocando o acento tónico no mérito da causa.

3.1.2. Due Diligence do Funder

Um dos primeiros e mais importantes passos conducentes ao acordo de TPF é o chamado *case assesment* ou *due diligence*, que consiste numa análise aprofundada e exaustiva do litígio que é proposto ao *funder* que financie, de forma a que possa tomar conhecimento da pretensão adotada pelo litigante e estudar a sua probabilidade de sucesso¹⁶⁷.

É o resultado da *due diligence* que determina a decisão de investimento, ou seja, é através da análise de cada caso concreto que o *funder* seleciona as causas que, não só apresentam pedidos com mérito, mas que representam uma possibilidade de sucesso elevada para compensar o risco de investimento que assume¹⁶⁸.

¹⁶⁶ JUSTICE JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, p. 117; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p.17. Em caso de insucesso o financiado não tem que reembolsar o *funder* e, dependendo daquilo que fique acordado em sede de acordo de TPF, poderá nem ter que se responsabilizar pelas custas da parte contrária que lhe sejam sentenciadas a pagar.

¹⁶⁷ IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 711-713.

¹⁶⁸ LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 34; AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, “Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1 – Funders’ Perspectives”, 2012, p. 9; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p.13; IÑAKI

Este estudo aprofundado pode assumir várias formas e cada *funder* acaba por determinar a estrutura que mais lhe convém. Ainda assim, é comum a adoção de um modelo constituído por três passos: (i) em primeiro lugar, o *funder* promoverá uma primeira aproximação ao caso, que lhe permitirá estabelecer se cumpre determinados requisitos mínimos para que se considere financiável; (ii) o segundo passo é o núcleo da *due diligence*, já que é a altura em que o *funder* promove uma avaliação mais séria e minuciosa do caso, solicitando informação detalhada à parte financiada¹⁶⁹; (iii) o último passo é o culminar da análise a que se procede, aplicando os seus resultados na tomada da decisão final sobre o investimento.

A *due diligence* é habitualmente realizada internamente pelos próprios *funders*, que contam com equipas especializadas constituídas por profissionais de diferentes áreas, incluindo juristas, contabilistas e analistas de risco. Contudo, existindo pormenores mais específicos ou técnicos, pode justificar-se o recurso a profissionais externos¹⁷⁰.

O *funder* não deixa, assim, nenhum detalhe de fora, procurando conhecer ao máximo todas as vicissitudes do litígio a financiar. O que não é exatamente uma surpresa, dada a disponibilização de capital que faz na causa, baseado numa probabilidade de sucesso que, mesmo que elevada, está sujeita aos parâmetros utilizados na análise.

Discorreremos estas linhas sobre aquele empreendimento meticuloso do *funder* porque este acaba por trazer vantagens para o financiado.

Desde logo, cria no litigante um sentimento de confiança no mérito da sua pretensão. É certo que a parte, principalmente se já tiver escolhido um advogado que a represente em juízo, pode ter noção das hipóteses que tem de êxito. Porém, a asserção por um terceiro, neutro e imparcial à causa e que promove um estudo exaustivo do caso, de que a posição

CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, pp. 712-713.

¹⁶⁹ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 19-22; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 34-35. Pode incluir pedidos de documentação, entrevistas e esclarecimentos com a parte financiada e os seus representantes e advogados, informação contabilística, todo o historial contratual e factual do litígio, e até os meios de prova apresentados e as peças processuais entregues em sede de processo

¹⁷⁰ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 14-15.

do litigante tem uma probabilidade de sucesso tal que lhe permite um investimento relativamente seguro, acaba por ser uma confirmação mais objetiva da viabilidade do pedido¹⁷¹.

Para além disso, a própria equipa do *funder*, quando este adote uma postura mais ativa, torna-se numa ajuda acrescida na preparação do processo, diminuindo a possibilidade de falhas ou de surpresas que não tenham sido antecipadas¹⁷². Adicionalmente, nos casos em que a parte ainda não tenha dado início ao processo, esta equipa poderá ainda aconselhar, com base nos resultados a que chega, no processo de nomeação de árbitro que constituirá o tribunal arbitral ou dos advogados que possam representar a parte, ou mesmo de outros intervenientes que possam vir a ser necessários, como peritos ou testemunhas¹⁷³.

Por último, sendo do conhecimento da parte contrária de que há um *funder* que consentiu no financiamento da sua pretensão¹⁷⁴, a parte acaba por ganhar algum poder negocial no processo. Isto porque, para além de passar a mensagem de que estará disposta a fazer o que lhe for possível para alcançar um resultado que lhe seja satisfatório (uma vez que dispõe dos recursos para o efeito¹⁷⁵), em sede de procedimentos negociais, nomeadamente os conducentes a um acordo que ponha fim ao litígio,

¹⁷¹ THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, p. 31; BERNARDO M. CREMADES JR., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, 2016, p. 182; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, pp. 592-593. Ao mesmo tempo, desincentivará a proposição de ações com reduzidas hipóteses de sucesso, pois o potencial financiado, confrontado com esse facto, provavelmente desistirá da pretensão.

¹⁷² JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 14-15, JOANNA M. SHEPHERD; JUDD E. STONE II, “Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third Party Litigation Finance”, 2015, pp. 927-928. Até porque muitas vezes estas entidades não estão tão habituadas a litigar e podem contar apenas com o seu departamento jurídico interno para resolver o litígio.

¹⁷³ DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p. 119.

¹⁷⁴ Uma vantagem da divulgação da existência do acordo de TPF.

¹⁷⁵ DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p.119. Ainda que algo condicionado pela disponibilidade do *funder* em aceitar determinadas despesas, é principalmente vantajoso se do outro lado estiver uma parte mais forte e mais habituada a litigar.

a parte não se contentará numa solução rápida e económica, tentando alcançar as melhores condições que lhe sejam possíveis¹⁷⁶.

3.2. Desvantagens do TPF

3.2.1. Aumento da litigância sem mérito

O TPF não é uma realidade isenta de críticas ou que exista sem as suas falhas. Sendo-lhe reconhecidas vantagens, existem também argumentos que desencorajam a sua aplicação.

Desde logo, paradoxalmente a uma das suas principais vantagens, uma das principais críticas que lhe é apontada é a tendência que cria para a litigiosidade, especificamente para a proposição de mais ações às quais faltará mérito¹⁷⁷.

Isto porque, defendem os críticos¹⁷⁸, com uma facilidade tão grande de captar investimento, o qual não terão que reembolsar aos *funders* em caso de decaimento do pedido, as entidades não se preocupam com o risco de perder a causa. Pretensões mais fracas, do ponto de vista dos fundamentos jurídicos, acabam por ser consideradas, uma vez que os financiados não terão que despende dos seus próprios recursos para manter o litígio, nem suportar os encargos do seu insucesso. Os próprios advogados que representam as partes acabam por não ter um incentivo para se oporem

¹⁷⁶ VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, 2016, p. 517; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p. 119. É mais evidente se o financiado é um réu, mais disposto a aceitar um mau acordo, desde que os custos do litígio diminuíssem.

¹⁷⁷ JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 5; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 590; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 91 e 102-104; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, p. 32. Esta crítica toma proporções mais sérias no seio da Arbitragem de Investimento, já que de um dos lados estará um Estado, o qual depende dos recursos dos contribuintes para litigar.

¹⁷⁸ JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 5; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p.91.

a tal eventualidade, já que o pagamento dos seus honorários estará assegurado pela disponibilização de capital do *funder*¹⁷⁹.

Por outro lado, caso o valor da retribuição esperada seja suficientemente apazível, os *funders*, mesmo com uma probabilidade de sucesso baixa, apostarão no financiamento de disputas mais arriscadas, mitigando o seu risco de fracasso com o investimento noutras causas que apresentem estimativas mais seguras¹⁸⁰. MICK SMITH, um dos colaboradores da famosa Calunius Capital, asseverou que a necessidade de pretensões meritórias para garantir financiamento era uma falácia¹⁸¹.

Aliado à falta de mérito do pedido, recorrentemente se argumenta que o TPF desincentiva a aceitação de acordos com a parte contrária¹⁸², na medida em que o financiado, contabilizando o reembolso e retribuição que deverá ao *funder*, optará por uma de duas alternativas: continuar o processo, almejando alcançar o deferimento total do pedido, montante máximo a que pode aspirar; ou, em sede de acordo, apenas aceitará valores que lhe permitam satisfazer os seus interesses e as expectativas do *funder*.

No entanto, os defensores da aplicação do TPF expõem as lacunas neste tipo de argumentação.

A afirmação de que o TPF, por si só, aumenta o número de ações, quer em sede judicial, quer em sede arbitral, não está empiricamente comprovada, já que os estudos desta temática, além de escassos, têm em conta as especificidades de determinados ordenamentos jurídicos¹⁸³.

¹⁷⁹ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 86; JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 5.

¹⁸⁰ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 594; JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p. 6; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, pp.33-34.

¹⁸¹ Citado por JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, p.6.

¹⁸² JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p.95; JOHN BEISNER; JESSICA MILLER; GARY RUBIN, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, 2009, pp. 6-7.

¹⁸³ Um dos poucos estudos a este propósito foi realizado por DAVID ABRAMS e DANIEL L. CHEN, a propósito do financiamento de litígios na Austrália: DAVID ABRAMS; DANIEL L. CHEN, “A Market For Justice: The Effect of Litigation Funding on Legal Outcomes”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, 2013.

Quanto ao financiamento de causas pouco meritórias, dado o prenúncio de um resultado insuficiente que representam, dificilmente a maioria dos investidores assentirá nesse tipo de investimento¹⁸⁴. Aliás, é precisamente para evitarem esse perigo que executam uma *due diligence* antes de decidirem financiar qualquer pretensão. Nem lhes seria vantajoso, do ponto de vista reputacional, pois, sendo o *funder* reconhecido por subsidiar causas sem mérito, aqueles que não queiram ser rotulados da mesma forma procurarão outras alternativas¹⁸⁵.

Contrariamente, aquilo que os *funders* promovem pode até considerar-se um desincentivo da frivolidade, já que, não só recusam custear litígios com uma defesa fraca, como acabam por influenciar a parte a não prosseguir autonomamente com a proposição da ação¹⁸⁶.

Já no que toca ao desincentivo da chegada a acordo com a parte contrária, ainda que se assuma que o TPF dê poder negocial ao financiado, que o fará exigir condições mais satisfatórias, o montante desses termos não está necessariamente desconexo do valor da causa apresentado. O limite mínimo que estará disposto a aceitar em sede de acordo, mesmo que acoplado com a retribuição do *funder*, pode ser menor do que aquele que tenha sido peticionado, portanto menor do que o real valor da causa¹⁸⁷.

¹⁸⁴ JOHAN BILLIET, *International Investment Arbitration – A Practical Handbook*, Maklu, 2016, p. 317; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p. 18; JOANNA M. SHEPHERD; JUDD E. STONE II, “Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third Party Litigation Finance”, 2015, pp. 950-951; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, p. 723. Os *funders* interessam-se por valores de causa elevados, mas que garantam uma perspetiva de retribuição também alta.

¹⁸⁵ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 595; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 94; KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 88.

¹⁸⁶ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 91; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 592. Se a decisão de financiar confirma a probabilidade de sucesso da causa, já a decisão pelo não investimento terá o efeito precisamente inverso.

¹⁸⁷ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, pp. 596-597.

3.2.2. Controlo do processo pelo *funder*

A partir do momento em que o *funder* decide investir numa causa, ainda que não lhe seja cedido qualquer direito de ação pela parte financiada, este passa a ter um interesse direto na sua resolução, uma vez que a retribuição do capital que investe depende do seu sucesso. Não é, portanto, inesperado que o *funder* queira exercer algum tipo de controlo sobre a gestão do litígio, por forma a garantir que os seus interesses são acautelados¹⁸⁸.

Aquele exercício de controlo poderá, no entanto, tornar-se excessivo, tomando o *funder* uma posição decisória definitiva ao longo das várias etapas do processo. Poderá, ainda, quando a parte financiada lhe recorre antes da proposição de qualquer ação, querer determinar quem deve representar a parte em juízo¹⁸⁹ ou o árbitro que competirá à parte nomear para a constituição do tribunal arbitral.

Esta ingerência acaba por restringir a autonomia da parte financiada para gerir a sua própria pretensão¹⁹⁰ e originar conflitos com o próprio advogado que a represente. Aliás, o primeiro passo no exercício desse controlo é precisamente o recurso ao advogado para que o informe do acompanhamento do processo, requerendo regularmente que o mantenha ao corrente das principais contingências a enfrentar e das opções que é preciso tomar. Na posse dessa informação, o *funder* tentará

¹⁸⁸ ETHICS COMMITTEE OF THE COMMERCIAL AND FEDERAL LITIGATION SECTION OF THE NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, *Report on the Ethical Implications of Third Party Litigation Funding*, 16 de Abril de 2013, p. 9-10; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p. 120; JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 603; LAURENT LÉVY; RÉGIS BONNAN, “Third party funding – Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, in *Third Party Funding in International Arbitration, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law*, ICC Institute of World Business Law, 2013, p. 79.

¹⁸⁹ ETHICS COMMITTEE OF THE COMMERCIAL AND FEDERAL LITIGATION SECTION OF THE NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, *Report on the Ethical Implications of Third Party Litigation Funding*, 16 de Abril de 2013, p. 10.

¹⁹⁰ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 84; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p. 120.

influenciar a tomada de decisão, insurgindo-se quando não contemple os seus interesses¹⁹¹.

Mesmo nos casos em que os *funders* assumam uma abordagem menos intrusiva, estará sempre latente o poder que têm sobre os desígnios do processo, na medida em que se podem negar a disponibilizar capital para certos pagamentos quando não concordem com as escolhas da parte financiada, caso em que esta acabará por ter que ceder¹⁹². A força deste controlo mais dissimulado agravar-se-á quando o acordo de TPF contemple a previsão sobre a possibilidade da sua resolução antecipada pelo *funder*, principalmente se se tratar de uma previsão geral, que lhe permita pôr termo ao acordo de forma quase arbitrária¹⁹³.

Todavia, apesar deste cenário totalitarista, nem sempre o exercício de algum controlo pelo *funder* é prejudicial, até porque o seu interesse final de minimizar custos e maximizar o lucro equivale ao interesse do financiado de vencer o litígio. As exigências que o *funder* faça podem culminar em opções estrategicamente viáveis e mais vantajosas para o financiado¹⁹⁴, já para não falar na experiência e conhecimento prático com que o *funder* pode contribuir, estando mais habituado a navegar os meandros do sistema jurídico¹⁹⁵.

¹⁹¹ THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK – COMMITTEE ON PROFESSIONAL ETHICS, *Third Party Litigation Financing*, Formal Opinion 2011-2, 2011, p. 7; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p.19; CHARLES KAPLAN, “Third party funding in international arbitration – Issues for counsel”, in *Third Party Funding in International Arbitration, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law*, ICC Institute of World Business Law, 2013, p. 73.

¹⁹² KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 84; THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK – COMMITTEE ON PROFESSIONAL ETHICS, *Third Party Litigation Financing*, Formal Opinion 2011-2, 2011, p. 7.

¹⁹³ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 84.

¹⁹⁴ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 602; KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 86.

¹⁹⁵ JOANNA M. SHEPHERD; JUDD E. STONE II, “Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third Party Litigation Finance”, 2015, pp. 933-934; KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, pp. 86-87.

Sob outra perspectiva, existem formas de circunscrever o domínio do *funder*, podendo o financiado utilizar o próprio acordo de TPF nesse sentido: podem ficar estipuladas as situações concretas que permitam ao *funder* pôr fim ao acordo de TPF, ou mesmo a medida dos seus poderes decisórios, isto é, em que circunstâncias deliberativas terá um direito de voto ou de veto.

A consagração de códigos de conduta para *funders* – à semelhança do que se fez em Inglaterra¹⁹⁶ – limitando concretamente a intervenção do *funder* nos litígios e a influência que possam exercer na atuação do advogado, é mais uma possibilidade de restrição daquela interferência¹⁹⁷.

Quanto ao próprio advogado, embora a parte consinta numa margem de intervenção do *funder*, deve manter a sua conduta imparcial e a sua autonomia técnica, expondo as suas opiniões fundamentadamente e aconselhando o seu representado pela melhor forma de salvaguardar os seus interesses, principalmente quando surjam conflitos com o *funder* e mesmo que dele discordando¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Cfr. análise em 2.3.

¹⁹⁷ JASON LYON, “Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation”, 2010, p. 602-603; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, p.120.

¹⁹⁸ THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK – COMMITTEE ON PROFESSIONAL ETHICS, *Third Party Litigation Financing*, Formal Opinion 2011-2, 2011, p. 7; ETHICS COMMITTEE OF THE COMMERCIAL AND FEDERAL LITIGATION SECTION OF THE NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, *Report on the Ethical Implications of Third Party Litigation Funding*, 16 de Abril de 2013, pp. 10-11; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2.^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 2868; VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, 2016, p. 512; CHARLES KAPLAN, “Third party funding in international arbitration – Issues for counsel”, 2013, pp. 73.

3.3. As Implicações, Especificidades e Problemas do TPF no Processo Arbitral

3.3.1. A Independência e Imparcialidade dos Árbitros

Como vimos, uma das principais críticas apontadas ao TPF está relacionada com a intervenção e controlo pelo *funder* dos próprios litígios. No entanto, é esta uma realidade a que é difícil fugir¹⁹⁹.

Desde logo, no que concerne aos princípios que obrigatoriamente devem pautar a conduta dos árbitros, a simples existência de um *funder* é suficiente para que possam surgir situações que causem dúvidas quanto à sua conduta imparcial e independente. Principalmente no meio da arbitragem, já que “a comunidade arbitral internacional é um mundo pequeno”²⁰⁰.

O princípio de que os árbitros devem ser independentes e imparciais é, atualmente, universal na arbitragem²⁰¹, estando previsto na grande maioria das leis nacionais e convenções de arbitragem existentes. É este

¹⁹⁹ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 108.

²⁰⁰ PHILLIPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 566; GARY B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2006, p. 71; MAXI C. SCHERER, “Third party funding in international arbitration – Towards mandatory disclosure of funding agreements?”, 2013, p. 97. As próprias partes podem determinar especiais critérios que os árbitros têm que preencher, o que pode diminuir consideravelmente a *pool* de candidatos.

²⁰¹ PHILLIPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 566; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, 3.^a ed., Juris, 2014, p. 508-510; MAXI C. SCHERER, “Third party funding in international arbitration – Towards mandatory disclosure of funding agreements?”, 2013, pp. 97. No mesmo sentido, cfr. VICTORIA SHANNON SAHANI, “Judging Third-Party Funding” in *UCLA Law Review*, n.º 63, 2016, p. 428, que faz um elenco da previsão deste princípio nas principais instituições arbitrais internacionais. Da mesma opinião, cfr. RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, pp. 97-98, defendendo que este é um princípio consagrado inclusivamente no art. 6.º da CEDH e no art. 10.º da DUDH, quando se referem ao direito a que qualquer pessoa tem a ser julgada “por um tribunal independente e imparcial”.

princípio que está na origem do dever de revelação do árbitro²⁰², que deve dar conta da existência de situações de dúvida sobre a sua conduta isenta, quer às partes, quer aos restantes membros do tribunal arbitral.

Aquilo que se entenda por independência e imparcialidade, ainda que com um *core* comum, não é exatamente uniforme entre os autores²⁰³, mas mais difícil será a concretização das situações em que essas características podem ser postas em causa.

De uma forma geral, o que se exige é que o árbitro seja capaz de se manter livre “(...)de preconceitos, predisposições ou afinidades que possam afetar uma decisão justa e imparcial do litígio e que sejam livres de quaisquer relações de natureza pessoal, contratual ou outra, que possam colocar em causa a sua independência”²⁰⁴. Mas a forma de concretizar esta generalidade vai depender muito do contexto factual e contratual em que as partes estão inseridas e até das determinações que tenham feito em sede de convenção de arbitragem²⁰⁵. Dependerá também das regras que possam estar consagradas na lei nacional aplicável ou nos instrumentos para que remetam²⁰⁶.

²⁰² JÉRÔME ORTSCHIEDT; CHRISTOPHE SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 238; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, 2014, p. 508-510.

²⁰³ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 204; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, 2014, p. 1775; PHILLIPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 564-566; JÉRÔME ORTSCHIEDT; CHRISTOPHE SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, pp. 236-237 e 658. Aquela autora entende a independência como a ausência de uma relação entre o árbitro e as partes e a imparcialidade como a ausência de uma relação do árbitro com o objeto do litígio; já os últimos associam a independência com uma situação de facto objetiva, enquanto a imparcialidade se prenderá com uma situação subjetiva, relacionada com um estado mental.

²⁰⁴ RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 100.

²⁰⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, 2014, p. 1762.

²⁰⁶ Atentando apenas no ordenamento jurídico português a LAV limita-se a uma previsão geral destes princípios (art. 9.º, n.º 3), mas o Regulamento do CAC já remete para as *IBA Guidelines* (art. 1.º, n.º 3 do CDA).

Não haverá, no entanto, como negar a importância que têm as *IBA Guidelines*, comumente referenciadas a este propósito²⁰⁷. Poder-se-á fazer uso das suas diretrizes, assim como das análises doutrinárias que vão sendo feitas, para ajudar a clarificar o caso concreto²⁰⁸⁻²⁰⁹.

Claro está que, mesmo havendo uma relação entre árbitro e *funder* que possa exigir uma divulgação por parte do árbitro, isso não significa que este esteja automaticamente impedido de exercer as suas funções no âmbito do processo arbitral²¹⁰. Apenas significa que o árbitro deve ter o cuidado de dar a conhecer aos restantes intervenientes do processo a existência daquela vicissitude para que decidam da sua importância para a justa resolução do litígio²¹¹. O que o árbitro não pode é deixar de cumprir o seu dever de revelação, que toma aqui uma posição fulcral.

²⁰⁷ GARY B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 2006, p. 73; BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, n.º 3, 2015, p. 345; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 103; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 205-206; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, pp. 153-154; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, p. 164. Apontam nomeadamente para o uso das *green, orange and red lists* que nelas se contemplam, com situações concretas que podem influenciar a independência e imparcialidade dos árbitros.

²⁰⁸ As *guidelines* preveem o interesse económico direto do *funder*, equiparando-o a uma parte em sede de *General Standards*, pelo que, na previsão das situações práticas em que existe um dever de revelação (*green, orange and red lists*) dever-se-á ter essa caracterização em conta.

²⁰⁹ A este propósito outros instrumentos também já tentaram esta concretização, nomeadamente a *Guidance Note for the Disclosure of Conflicts* da ICC. Cfr. BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, 2015, pp. 4-6; ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, pp. 111-112; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, pp. 100-110.

²¹⁰ JÉRÔME ORTSCHIEDT, CHRISTOPHE SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p.237. A independência é analisada objetivamente, pelo que não é suficiente que exista a relação, ela terá que criar dúvida razoável que ponha em causa a independência do árbitro.

²¹¹ RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p.111; WILLIAM W. PARK; CATHERINE A. ROGERS, “Third Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, in *Penn State Law*

É que esta falta para com princípios cruciais da conduta de um árbitro, que se quer tão imaculado quanto possível, põe em risco a válida constituição do tribunal arbitral, mas também a própria validade da sentença arbitral²¹².

No caso específico do TPF, apesar de o *funder* não ser uma parte no processo arbitral, participa – ainda que com diferentes graus de intensidade – nalgumas das etapas da arbitragem e nalgumas das decisões tomadas. Acaba por ser mais um interveniente no processo, com o qual os árbitros não podem ter qualquer conflito de interesses.

Contudo, o cumprimento do dever de revelação que se exige aos árbitros afigura-se difícil se aqueles não conhecem a existência da fonte de conflito, facto muito comum dada a natureza predominantemente confidencial dos acordos de TPF²¹³.

Research Paper, n.º42, 2014, p. 7; LAURENT LÉVY; RÉGIS BONNAN, “Third party funding – Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, 2013, p. 85.

²¹² BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, 2015, p. 4; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, pp. 113-114; VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, 2016, p. 516; AREN GOLDSMITH; LORENZO MELCHIONDA, “Third Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure”, in *Les Cahiers de l'Arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, n.º 2, 2016, p. 349; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, 2014, p. 1288; LAURENT LÉVY; RÉGIS BONNAN, “Third party funding – Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, 2013, p. 86; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, p. 165. Como veremos a propósito do capítulo 4, em Portugal, quer a recusa do árbitro, quer a anulação da sentença, são consequências da falta de imparcialidade e independência do árbitro. Noutros instrumentos internacionais existem regras semelhantes quanto à recusa do árbitro, cfr., por exemplo, o art. 14.º das *ICC Arbitration Rules*, o art. 10.º das regras de arbitragem do LCIA ou o art. 14.º das regras sobre arbitragem do ICDR.

²¹³ AREN GOLDSMITH; CAMILLE FLÉCHET; MAXI SCHERER, “Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1 – Funders’ Perspectives”, 2012, p. 13; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 105; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, p. 83; BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, 2015, p. 7; WILLIAM W. PARK; CATHERINE A. ROGERS, “Third Party Funding in International Arbitration: The

Há sempre a possibilidade de ser o *funder*, o qual será o único interveniente em todo o processo que conhecerá a identidade de todos os restantes, a poder ele próprio avaliar se a sua presença poderá causar conflitos com a independência e imparcialidade dos constituintes do tribunal arbitral²¹⁴. No entanto, não nos parece ser esta a hipótese mais segura, até porque o dever de revelação impende sobre o árbitro.

Mais profícua poderá ser a consagração de um dever de divulgação também para as partes, mas da existência do acordo de TPF²¹⁵, o que facilitaria sobremaneira a tarefa de os árbitros cumprirem com o dever que se lhes impõe²¹⁶. Neste âmbito, a controvérsia gera-se, principalmente, ao nível do conteúdo desse dever de revelação: se deve limitar-se

ICCA Queen-Mary Task Force”, 2014, p. 7; LAURENT LÉVY; RÉGIS BONNAN, “Third party funding – Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, 2013, pp. 79-80; MAXI C. SCHERER, “Third party funding in international arbitration – Towards mandatory disclosure of funding agreements?”, 2013, pp. 97-99; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, p. 165.

²¹⁴ COMMISSION FINANCEMENT DE PROCÈS POR LES TIERS, *Financement du procès por les tiers – Rapport du club des juristes*, Le Club des Juristes, 2014, pp. 52-55; AREN GOLDSMITH; LORENZO MELCHIONDA, “Third Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure”, 2016, pp. 350-351.

²¹⁵ Já é referido no *General Standard 7(a)* das *IBA Guidelines*: “A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, (...) between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in (...) the arbitration.”. Decorre igualmente, como referimos anteriormente, do art. 4.º da Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC: “A fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.”.

²¹⁶ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, pp. 91-93; BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, 2015, p. 7; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, pp. 120-121; ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 113; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 116; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, p. 65; EDOUARD BERTRAND, “The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding”, in *ASA Bulletin*, Vol. 29, n.º 3, 2011, pp. 611-612; VALENTINA FRIGNATI, “Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration”, 2016, p. 521; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding:

à informação sobre a existência do acordo de TPF, se deve incluir a identidade do *funder* ou se deve ir mais longe e dar a conhecer os termos e o conteúdo do próprio acordo²¹⁷.

Perante o peso que os valores da independência e imparcialidade têm na decisão justa do litígio, e tendo em conta que a informação sobre a existência do acordo de TPF permitiria uma maior segurança na garantia daqueles valores, parece-nos que é de aceitar a premissa de um dever de revelação para as partes. Porém, uma divulgação da existência do acordo e da identidade do *funder* seriam bastantes, já que são dados suficientes para que o árbitro possa aferir da existência de conflitos de interesse que possam vir a causar problemas.

3.3.2. Confidencialidade

A flexibilidade do processo arbitral torna-o num processo mais atrativo para aqueles que precisem de resolver um litígio, já que lhe permite uma adaptação às necessidades das partes em litígio²¹⁸.

a work in progress”, 2018, p.68; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, pp. 169-170.

²¹⁷ Os resultados do inquérito levado a cabo pela SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, International Arbitration Survey, 2015, demonstram que cerca de 76% dos inquiridos concordam com a necessidade de se divulgar a existência de um acordo de TPF, enquanto cerca de 63% defendem a necessidade de divulgar a identidade do *funder* (p.48). Cfr. para uma posição equivalente BURCU OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, 2015, pp. 8-9; DERRIC YEOH, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, 2016, pp. 120-121; NIKA LARKIMO; ANDREW DE LOTBINIÈRE MCDougALL; TUULI TIMONEN, *Recent Trends in International Arbitration*, 2017, p. 11; ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, 2018; AREN GOLDSMITH; LORENZO MELCHIONDA, “Third Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure”, 2016, pp. 342-343; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, 2018, p. 68; LEONOR VAN LELYVELD, “Third Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação”, 2018, pp. 167-168.

²¹⁸ NIGEL BLACKABY, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.^a ed., Oxford University Press, 2015, p. 30; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*

Podem, assim, as partes prever em sede de convenção de arbitragem uma cláusula de confidencialidade²¹⁹ que lhes garanta, não só que todas as suas informações, quer pessoais, quer relacionais, estão salvaguardadas, mas também que o próprio processo arbitral é mantido entre os seus intervenientes: as audiências são realizadas à porta fechada e as peças processuais (e respetivos documentos) circulam apenas entre o tribunal e os litigantes e respetivos representantes.

Quanto a manter a sentença arbitral confidencial, essa é uma promessa mais difícil de cumprir, já que a conjuntura que lhe pode estar associada poderá exigir a intervenção de um tribunal judicial, que deixa de poder garantir um sigilo tão apertado²²⁰.

Ainda assim, a confidencialidade é algo que as partes procuram na arbitragem, principalmente quando estejam em causa segredos comerciais, discussões sobre patentes ou simplesmente litígios que tiveram origem numa má decisão comercial que as entidades não querem publicitar²²¹.

and Practice, 2014, pp. 83-84; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, 2017, p. 209; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, 2017, pp. 339-340. Cerca de 38% dos inquiridos no inquérito levado a cabo pela SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, entende a flexibilidade do processo como uma das três principais vantagens da arbitragem (p. 6).

²¹⁹ NIGEL BLACKABY, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, pp. 124-125; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 294-296; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, p. 340.

²²⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 2006, p. 11; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, 2014, pp. 624 e 1189. Serão os casos em que se queira executar ou impugnar a sentença, por exemplo.

²²¹ JÉRÔME ORTSCHIEDT; CHRISTOPHE SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 53; NIGEL BLACKABY, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, p. 30; LOUISE BARRINGTON, “Third Party Funding and the International Arbitrator”, 2017, p. 19; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, 2018, p. 67; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, 2017, pp. 217-219.

É para este cenário idílico que o TPF pode trazer algumas nuvens negras, porque com ele traz a possibilidade de um terceiro poder ter acesso a toda a informação pertinente ao litígio e às partes nele envolvidas, muitas das vezes, à revelia do tribunal arbitral e da parte contrária, uma vez que podem não conhecer da sua existência. Esta atuação pode consubstanciar uma violação do dever de confidencialidade a que a parte financiada estaria obrigada em sede de convenção de arbitragem²²².

O acesso a informação pelo *funder* começa ainda antes da celebração do próprio acordo de financiamento, já que aquele exigirá ter acesso a certo tipo de informações que lhe permitam, ainda antes da decisão de investir, uma análise do litígio, das partes e da probabilidade de sucesso da posição adotada²²³.

Havendo um acordo de TPF já celebrado, a quantidade e qualidade das informações que serão dadas a conhecer ao *funder* dependerão do tipo de TPF que estiver em causa: se estamos perante um *funder hands on*, este quererá acesso a tudo o que estiver relacionado com o litígio, incluindo os documentos que possam reger a relação entre os litigantes e as peças processuais que vão surgindo no processo, até porque quererá tomar decisões e intervir na delineação da estratégia processual; já se estivermos perante um *funder hands off*, o *funder* poderá limitar-se a esporádicos pedidos de informação sobre o andamento do processo ou então a conhecer simplesmente o resultado final para garantir que recebe aquilo que ficou acordado.

Mas mesmo aquele acesso reduzido sempre causará distúrbios. Principalmente, como acima alertámos, se os restantes litigantes não tiverem conhecimento da existência do *funder*, o que significa que não deram consentimento para que aquele tivesse acesso às suas informações

²²² JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 299; LAURENT LÉVY, RÉGIS BONNAN, “Third party funding – Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, 2013, p. 79; JONAS VON GOELER, “Show Me Your Case and I’ll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third Party Funding and Confidentiality” in *Arbitration Proceedings*, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), 21 de Julho de 2016. Em conflito estão dois deveres contratuais para a parte: o dever de confidencialidade para com o processo arbitral, que resulta da convenção de arbitragem, e um dever de confidencialidade para com o *funder*, que resulta do acordo de TPF.

²²³ Cfr. Análise do ponto 3.1.2.

confidenciais: o litigante contrário revelará informações sigilosas, seguro do dever de confidencialidade que impedirá sobre a parte contrária e sobre os árbitros nomeados, mas se tivesse conhecimento da existência da intervenção do *funder* provavelmente não o faria, não confiando na conduta de alguém que não se obrigou diretamente para consigo²²⁴.

Não obstante, afiguram-se como possíveis alguns cenários de prevenção e contenção dos distúrbios no dever de confidencialidade em sede de processo arbitral.

Desde logo, o *funder* terá, em princípio, um dever de confidencialidade para com a parte financiada, decorrente do acordo de TPF, o que assegura alguma margem de garantia numa conduta sigilosa da sua parte, nem que seja pelo receio de vir a ser responsabilizado nessa sede.

Para além disso, o dever de confidencialidade para as partes na arbitragem, mesmo quando convencionado, não é absoluto, ainda que as situações em que se preveja a possibilidade da sua quebra estejam relacionadas com o choque com outros interesses²²⁵. No caso do TPF, sempre se poderia dizer que a parte deve prestar aquelas informações ao *funder* porque ele tem um interesse legítimo de monitorização do processo arbitral, tal como a parte necessitará de dar conta aos seus sócios e auditores²²⁶; por outro lado, é uma forma de salvaguarda dos próprios interesses da parte que tem necessidade de prosseguir com o processo arbitral e só o poderá fazer se tiver acesso a financiamento, que lhe impõe a divulgação de informações confidenciais²²⁷.

²²⁴ EDOUARD BERTRAND, “The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding”, 2011, pp. 612-613.

²²⁵ ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, 2018; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, 2014, p. 616. Por exemplo, quando existam obrigações de reporte a entidades externas, obrigações que decorram de outros deveres contratuais para a parte ou até em casos em que esteja em causa um ato ilícito que seja necessário reportar às autoridades.

²²⁶ ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, 2018; JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 302-305.

²²⁷ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 302-305; ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, 2018.

Uma das alternativas mais óbvias seria, portanto, a previsão de legislação pertinente à confidencialidade no processo arbitral que inclua exceções determinadas, uma das quais seria a divulgação de informações confidenciais a *third party funders* que venham a contratar com uma das partes²²⁸. VON GOELER entende, contudo, que esta previsão uniformizadora não é a mais vantajosa, pois as partes podem exigir diferentes níveis de confidencialidade, dependendo do caso concreto²²⁹.

Por conseguinte, a previsão de disposições nesse sentido na contratualização referente à arbitragem que seja feita pelas partes será, porventura, mais benéfica: quando o TPF seja acordado em momento anterior ao início do litígio, na própria convenção de arbitragem, pode ser integrada uma disposição que permita a divulgação de informações a *funders* que venham a contratar com qualquer uma das partes; outra das opções, mais atrativa para os casos em que o financiamento surge quando o processo arbitral já está a decorrer, seria a celebração de um acordo de confidencialidade entre o *funder* e as partes litigantes, garantindo assim uma obrigação contratual de confidencialidade do *funder* também com a parte contrária no litígio²³⁰.

3.4. Deve o TPF ser regulado?

Face às desvantagens, bem como às especificidades e problemas que o TPF é suscetível de levantar na arbitragem, duas questões inevitavelmente se colocam: deve o TPF ser regulado? E se sim, como?

Ao longo deste estudo, já nos referimos à necessidade de delimitar algumas soluções e regras para combater os problemas que a aplicação do TPF frequentemente levanta. No entanto, a hipótese de uma regulamentação séria e completa do instituto merece mais atenção.

²²⁸ Tal como se previu em Hong Kong – cfr. análise em 2.7.

²²⁹ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 311.

²³⁰ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 311-312; EDOUARD BERTRAND, “The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding”, 2011, pp. 612-613. De notar que, nestes casos, seria necessário que a existência do *funder* fosse divulgada.

Um estabelecimento de regras eficiente sobre o TPF na arbitragem terá sempre de assegurar a proteção dos potenciais financiados que, dada a sua situação de necessidade, estão mais sujeitos a abusos, ao mesmo tempo que garante o respeito pelos princípios que regem o processo arbitral. Porém, não pode descuidar a posição dos *funders*, pelo que terá que evitar a previsão excessiva de normativos que condicionem prejudicialmente a sua atividade.

A carência de uma regulação do TPF, principalmente ao nível da arbitragem, parece ser óbvia para os praticantes e utilizadores deste meio RAL. No estudo orientado pela SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON e pela WHITE&CASE, a que já nos referimos anteriormente, quando indagados diretamente sobre a regulação do TPF cerca de 71% dos inquiridos opinaram no sentido de que deveria ser regulado²³¹. Mesmo os académicos que refletem sobre esta problemática acabam por concluir pela necessidade de regulação²³².

Assentindo na carência de regulação, as opiniões dividem-se depois sobre qual a melhor maneira de o fazer. Contudo, ao nível da arbitragem comercial interna já foram sendo tomadas opções eficazes, as quais poderiam ser reproduzidas por outros ordenamentos jurídicos ou pelos próprios centros de arbitragem.

Dos inquiridos no estudo que supra referimos, a maioria (58%) defende a criação de *guidelines* e *soft law* ou a criação de códigos de conduta que supervisionem o comportamento dos *funders* (29%), arguindo ainda que a regulamentação do TPF deve cingir-se a alguns dos problemas específicos que levanta e não a uma previsão de um regime extensivo sobre o mesmo²³³.

²³¹ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, p. 47.

²³² JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 118-119; KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p. 106; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, p. 102.

²³³ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE&CASE, *Improvements and Innovations in International Arbitration*,

A alternativa a que é reconhecida mais mérito é o Código de Conduta da ALF aplicado na Inglaterra²³⁴, do qual se destaca a consagração de princípios de conduta e boas práticas que os *funders* respeitarão quando se vinculam à ALF²³⁵, nomeadamente sobre os limites de ingerência do *funder* quer no processo, quer na atuação do advogado, assim como a delimitação das situações em que o *funder* poderá colocar um fim ao acordo. Acrescente-se que a própria ALF é constituída por *funders*, que têm bem patente a necessidade de evitar os excessos de regulamentação, mas também de garantir segurança na sua atividade²³⁶. É, no entanto, de adesão voluntária e a supervisão das condutas é realizada pela ALF, o que pode gerar desconfiças em relação à sua imparcialidade.

Já em Hong Kong e Singapura, onde se deram os mais recentes avanços em matéria de TPF²³⁷, foi feita a opção pela legislação expressa do instituto, de onde resultou, não só uma definição do âmbito de aplicação do TPF, mas ainda algumas normas que resolvem alguns dos problemas que o TPF origina no processo arbitral. Foi ainda prevista uma autorização para a criação de códigos de conduta que venham regulamentar outras situações de conflito na sua aplicação.

Mas iniciativas legislativas deste tipo são criticadas²³⁸, uma vez que se pretende uma maior flexibilidade na aplicação do TPF, que permita

2015, p. 47. No mesmo sentido, JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, p. 117.

²³⁴ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2014, p. 2868; KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, pp. 103-104; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 95-101.

²³⁵ JONAS VON GOELER, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, 2016, pp. 106-108; THIBAUT DE BOULLE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 98-100. Cfr. análise em 2.3.

²³⁶ KHUSHBOO HASHU SHAHDADPURI, “Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, 2016, p.104.

²³⁷ A poucos dias da finalização deste trabalho, surgiram notícias sobre a permissão do TPF para processos arbitrais na Nigéria, através de uma iniciativa legislativa no seio da lei arbitral, nomeadamente na Kluwer Arbitration Blog, num *post* de 07.06.2018, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/07/tbc-2/?print=pdf>

²³⁸ MARC KRESTIN, REBECCA MULDER, *Third-Party Funding in International Arbitration: To Regulate Or Not Regulate?*, in Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>), 12 de Dezembro de 2017.

abarcas as diversas modalidades que pode adotar, assim como as especificidades de cada caso concreto.

No fundo, não há como negar a existência da falta de regulação do TPF, pelo que nos juntamos às vozes que apelam à sua necessidade para resolver os vários problemas que cria no normal funcionamento dos processos, principalmente na arbitragem que se quer célere e simplificada.

Embora possamos congratular o trabalho dos tribunais e da *soft law* em matéria de soluções criadas ao nível do TPF, cria-se demasiada insegurança na sua aplicação, uma vez que as partes ficarão na incerteza de que regime lhes será aplicável. Algo que, aliás, pode acabar por desincentivar a sua utilização, pelo receio de corrompimento do processo que culmine na anulação de uma sentença.

Para tal, cremos que uma regulação eficiente para o TPF deve ser feita a dois tempos: (i) proceder a uma iniciativa legislativa, ainda que sujeita a algumas vozes discordantes, é a melhor maneira de impor uma uniformização abrangente na aplicação desta ferramenta, quer no que toca ao seu âmbito de definição, quer naquilo que concerne os principais desafios que a sua aplicação pode originar²³⁹, já que para legislar um regime para o TPF, será necessário analisar o que já existe e com isso conciliar o que de novo se queira trazer; (ii) em segundo lugar, será importante criar uma cultura de precaução na redação dos acordos de financiamento, na medida em que deles devem constar cláusulas que antevejam conflitos que podem surgir e se preocupem com a sua resolução prática²⁴⁰.

Aliando a previsão geral de soluções para os principais problemas criados pelo TPF, com o cuidado que as partes no acordo tenham na antevisão de conflitos que possam surgir entre si, o resultado será um regime seguro e que proteja todos os intervenientes de um processo em que se recorra ao TPF, mas que ao mesmo tempo concede liberdade às partes para acautelarem as específicas dificuldades que o seu caso concreto possa originar.

²³⁹ Aqui se determinariam normas sobre matérias como confidencialidade do processo arbitral e um dever de revelação da existência do acordo de TPF, por exemplo.

²⁴⁰ Já nesta sede, aquilo que se pretendia é que as partes se debruçassem sobre os problemas mais determinados, como as situações em que o *funder* pudesse pôr fim ao processo, a possibilidade de ser responsável por custas da parte contrária ou até a determinação dos limites da ingerência do *funder* no processo.

Aos olhos da comunidade arbitral, um ordenamento jurídico que preveja e regule o TPF, aproveita a facilidade no acesso à Justiça que ele permite, compatibilizando a sua aplicação com o processo arbitral e garantindo a segurança na sua aplicação, o que o torna num lugar cheio de vantagens para situar a arbitragem.

4. *Third Party Funding*: Uma miragem no Ordenamento Português?

4.1. *Generalidades*

Em Portugal, o TPF é ainda uma realidade que não está difundida no nosso ordenamento jurídico. Nem tampouco é do conhecimento das empresas que provavelmente precisariam de lhe recorrer – de destacar, nomeadamente, as PME's²⁴¹, que se veem muitas vezes a braços com litígios que, facilmente, podem ascender a valores para além da sua capacidade financeira.

É também pouco discutido pelos aplicadores do Direito, ainda que, na doutrina alguns autores já lhe tenham dado uma certa atenção, numa tentativa de alertar para a viabilidade deste instituto²⁴². Por outro lado, não se conhece nenhuma sentença de tribunais portugueses neste sentido²⁴³, nem qualquer tipo de iniciativa legislativa que pretenda prever a regulação deste instrumento.

Na verdade, a realidade mais próxima do TPF que existe em Portugal são os seguros, na modalidade conhecida como *BTE insurance*, principalmente para casos de responsabilidade civil em sede de acidentes de viação²⁴⁴.

²⁴¹ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, in *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 2.^a ed., The Law Reviews, 2018, p. 123.

²⁴² DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, 2015; RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016; ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014.

²⁴³ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 113.

²⁴⁴ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 112; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por

Existe, deste modo, espaço para que o TPF possa desenvolver-se em território português, uma vez que é um nicho de mercado por explorar e que poderia vir facilitar o acesso à justiça, principalmente aos meios privados de resolução de litígios.

Mesmo existindo, atualmente, um mecanismo de acesso ao Direito e aos tribunais já implementado e que garante apoio judiciário aos cidadãos que careçam dos meios económicos próprios para recorrer à Justiça²⁴⁵, no que concerne os tribunais arbitrais a proteção nele prevista é seletiva, prevendo expressamente as estruturas de resolução alternativa de litígios que caberão dentro do âmbito da sua aplicação²⁴⁶.

Se a isso aliarmos o facto de a arbitragem consubstanciar um meio de resolução de litígios que é mais atrativo para a resolução célere de conflitos, mas que acaba por incidir sobre litígios com valores elevados, principalmente se pensarmos no âmbito de arbitragens internacionais²⁴⁷, a permissão do TPF em território português pode ser útil ao nível da arbitragem. De facto, para o *funder* é até mais aliciante: quer o valor da sua retribuição quer a rapidez com que a recebe, serão proporcionais ao valor da causa e à celeridade da sua resolução.

No entanto, a sua implementação exigirá sempre uma adaptação ao ordenamento jurídico, nomeadamente aos princípios gerais que o regem. Vislumbra-se, desde logo, uma facilidade nessa implementação:

Terceiros em Portugal”, 2015, p. 613. Relembrando a definição que defendemos no capítulo 1, este tipo de financiamento de litígios não consubstanciará o verdadeiro TPF, uma vez que, ainda que exista uma disponibilização de capital por um terceiro para financiar um litígio, essa disponibilização não terá uma contrapartida remuneratória dependente do resultado do litígio. As seguradoras limitar-se-ão a cobrir as custas processuais e honorários de advogados até ao limite da apólice, sem mais intervenção no processo e sem mais contrapartidas.

²⁴⁵ Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, que prevê a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, e a Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro, na sua redação atual (alterada pela última vez pela Portaria n.º 319/2011, de 30 de Dezembro), que a regulamentam.

²⁴⁶ No que concerne os meios RAL, apenas é garantido pelo regime de acesso ao Direito e aos Tribunais, o apoio judiciário, nos termos do art. 16.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, e apenas para as estruturas de resolução alternativa de litígios previstas no art. 9.º e no Anexo à Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro.

²⁴⁷ RICARDO SILVA PEREIRA, “Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros”, 2016, p. 88.

as proibições de *maintenance* e *champerty* nunca fizeram parte do sistema legal português, pelo que esse obstáculo, à partida, não se coloca²⁴⁸.

Em seguida, apresentamos algumas das vicissitudes a ter em conta no ordenamento jurídico português perante a possibilidade de nele se regular o TPF.

4.2. Vicissitudes do Ordenamento Português

4.2.1. Os Deveres Deontológicos do Advogado

Tendo em conta que o TPF como o entendemos não se coaduna com os pactos de *quota litis*²⁴⁹⁻²⁵⁰, a proibição que vigora no art. 106.º do EOA de celebração desses pactos não será um obstáculo²⁵¹.

Alertamos, no entanto, que considerando a possibilidade da regulamentação do TPF com uma definição mais lata, que abarque a possibilidade destes acordos entre advogado e cliente, a proibição que decorre do art. 106.º do EOA²⁵² seria um entrave forte a essa determina-

²⁴⁸ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, pp. 113-114.

²⁴⁹ Nos termos do ponto 3.3.2 do CDAE, o pacto de *quota litis* consiste no “ (...)acordo entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, através do qual o cliente se compromete a entregar ao advogado uma parte do resultado que vier a obter, independentemente do resultado corresponder a uma soma em dinheiro ou a qualquer outro bem ou valor.”

²⁵⁰ Os pactos de *quota litis* são celebrados entre representado e advogado, pelo que, ainda que a remuneração do advogado ficasse dependente do sucesso da causa, sempre se estaria perante um financiador que não é um verdadeiro terceiro ao litígio, uma vez que intervém na causa em representação de um dos litigantes.

²⁵¹ Com este entendimento, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, 2015, pp. 616-617. Ainda que este autor admita que o regime da representação e do mandato forense levam a que se considere o representante e o representado como uma só entidade, pelo que aquele nunca seria um terceiro.

²⁵² O art. 106.º, n.º 1 do EOA consagra uma proibição perentória dos pactos de *quota litis*, os quais entende como qualquer “(...)acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude

ção. Pelo que, aquando da implementação deste instituto em Portugal, principalmente no que concerne a sua delimitação, este será um ponto a ter em conta.

Ainda que aquele obstáculo se retire do caminho, perante um acordo de TPF que permita uma intervenção ativa do *funder* nos desígnios do litígio e na estratégia processual a delinear, surgem ainda alguns conflitos que podem influenciar a conduta do advogado.

Admita-se, por exemplo, um caso em que há uma discordância do *funder* com o representado na delineação da estratégia a adotar e ambos transmitem ao advogado diferentes instruções. Pode levantar-se a questão sobre que instruções deve o advogado pôr em prática.

A conduta do advogado está sempre sujeita ao respeito pelas normas que resultam do EOA, o qual determina, como um dos princípios gerais que impede sobre a sua atuação, que aquele defende os interesses e direitos que lhe são confiados com plena autonomia técnica, de forma isenta e independente²⁵³. Ou seja, em primeiro lugar, o advogado atua para garantir a defesa dos direitos e interesses do seu representado²⁵⁴.

O *funder*, ainda que tenha disponibilizado capital para o mesmo fim, tem um interesse na causa de maximizar a sua margem de lucro com o investimento que realizou, o que muitas vezes não equivale à melhor defesa dos interesses do litigante.

Para além disso, não nos esqueçamos que o acordo de TPF será celebrado entre o *funder* e o litigante, o que significa que o advogado que representa a parte em litígio não tem qualquer dever contratual para com o *funder*. Mesmo que seja este que lhe pague diretamente os seus honorários, sempre se dirá que o faz em nome e por conta do litigante.

do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter, quer este consista numa quantia em dinheiro, quer em qualquer outro bem ou valor.” (n.º 2). Ressalva, no entanto, no seu n.º 3, alguns casos que não cabem naquela proibição, de que serão exemplo os acordos que determinem a atribuição de uma majoração dos honorários devidos ao advogado em função do resultado obtido (ou *success fees*). Sobre o âmbito da proibição de *quota litis*, que já foi discutido na Jurisprudência, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.09.2009, proc. n.º 6458/04.ITVLSB.S1 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.09.2004, proc. n.º 04A2411, disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

²⁵³ Art. 81.º, n.º 1 do EOA.

²⁵⁴ Art. 97.º do EOA e ponto 2.7 do CDAE.

Destaque-se ainda que o advogado não se deve deixar influenciar pelos seus próprios interesses²⁵⁵, nem ceder a pressões de entidades externas²⁵⁶, incluindo aqui as do *funder*.

Assim, não poderá o financiador influenciar ou constranger o advogado a atuar tendo como prioridade as suas orientações. A prioridade do advogado será sempre a garantia da melhor defesa dos interesses e direitos do seu cliente, pelo que acatará as suas orientações, com respeito pelos limites da autonomia técnica e independência que lhe incumbem²⁵⁷. Mas não se lhe é exigido que faça o mesmo em relação ao *funder*.

Por outro lado, importa ainda ter em conta a obrigação de confidencialidade a que está sujeito o advogado quanto às informações e documentos que lhe são dados a conhecer pelo cliente, tendo em conta a intervenção de um *funder* que poderá vir a exigir ter acesso suficiente para promover uma *due diligence* sobre o mérito da causa.

O art. 92.º do EOA é, a este respeito, bem claro: o advogado deve manter segredo sobre as informações, factos e documentos que lhe sejam cometidos pelo cliente²⁵⁸. “É, portanto, questionável não só que o advogado seja obrigado a transmitir informações ao financiador mas também que o possa fazer”²⁵⁹.

Desde logo, estando aqui consagrada uma obrigação de sigilo para o advogado, seria de exigir, no mínimo, o consentimento expresso do representado para permitir a revelação²⁶⁰.

²⁵⁵ Com o intuito de agradar ao *funder* e daí obter alguma vantagem, poderia o advogado sentir-se aliciado a cumprir com o que lhe é exigido pelo *funder*.

²⁵⁶ Art. 89.º do EOA e Ponto 2.1.1, 1.ª parte do CDAE.

²⁵⁷ Art. 81.º, n.º 4 do EOA e Ponto 2.1.1, 2.ª parte do CDAE.

²⁵⁸ Art. 92.º, n.ºs 1 e 4.

²⁵⁹ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, 2015, p. 618.

²⁶⁰ Nos termos gerais do art. 340.º do CC, o consentimento do lesado pode obstar à ilicitude do ato, o que determinaria a exclusão da responsabilidade civil do advogado quando revela informações confidenciais a terceiro, que, de alguma forma, gerem danos para o representado. Para além das consequências civis, a quebra de segredo constitui ainda conduta criminosa, nos termos dos arts. 195.º e 196.º do CP, a qual só será punível caso a revelação do segredo seja feita sem consentimento. Sobre a violação de segredo como tipo penal cfr. as anotações de MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.ª ed, Coimbra Editora, 2012, pp. 1116 e ss.

O EOA estatui, no entanto, alguns requisitos especiais para a quebra do sigilo profissional pelo advogado²⁶¹, a saber: a revelação dos factos confidenciais tem que ser absolutamente necessária para “(...) a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento”²⁶².

A *ratio* por detrás destas exigências está na natureza social da função do advogado. Considera-se que, ainda que o dever de sigilo tenha um fundo contratual (pela relação que se estabelece entre advogado e cliente), reveste-se também de um carácter social e de ordem pública: “O segredo profissional, sendo radicalmente um dever para com o cliente, já que sem ele seria impossível o estabelecimento da relação de confiança, resulta também de um compromisso da Advocacia com a sociedade. Na verdade, a função social desempenhada pelos Advogados implica, para além da independência e isenção, o reconhecimento do seu papel como confidentes necessários”²⁶³.

Ainda que se possa aferir como discutível a aplicação desta norma ao caso concreto do TPF, que traria um acréscimo de processos de dispensa de sigilo profissional considerável, sempre será necessária uma harmonização da sua existência com uma que se venha a regulamentar em sede de TPF.

Poderá, mesmo assim, concluir-se que não está na disposição do advogado, decidir unilateralmente pelas informações que prestará ao *funder*.

Sobre o advogado não impede qualquer obrigação para com o *funder*, até porque não existe uma relação estabelecida entre os dois, pelo que mesmo que aquele lho exija, o advogado não tem qualquer dever de cumprir essa solicitação. Por outro lado, ainda que essa cedência informativa

²⁶¹ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 116. Estes autores entendem a aplicação destas determinações, pelo menos nos casos em que não haja um consentimento do representado que permita aquela divulgação.

²⁶² Art. 92.º, n.º 4 do EOA, cuja regulamentação dos pedidos está prevista no Regulamento da Ordem dos Advogados n.º 94/2006, de 25 de Maio.

²⁶³ FERNANDO SOUSA DE MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado e Comentado*, 6.ª ed., Almedina, 2010, p.127, referente às anotações do então art. 87.º do EOA em vigor em 2010, que corresponde hoje ao art. 92.º do EOA, revisto em 2015.

seja feita para garantir o financiamento, portanto, no interesse do representado, precisará o advogado de um consentimento expreso para agir dessa forma²⁶⁴. Consentimento esse que se quer, para além de expreso, esclarecido. Deste modo, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, deverá o advogado esclarecer o seu representado para os riscos de permitir a revelação dessas informações e documentos a um terceiro²⁶⁵.

A este respeito, importa ter presente que o dever de confidencialidade que recai sobre o *funder*, quanto aos elementos que com ele sejam partilhados, terá simplesmente fonte obrigacional²⁶⁶, o que significa que poderá o tribunal ordenar a um *funder*, ainda que terceiro à causa, que divulgue documentos que estejam na sua posse e que possam ser determinantes para a decisão da causa²⁶⁷.

Desta forma, poderão elementos confidenciais, que estariam protegidos pelo privilégio de confidencialidade entre advogado-cliente, ser obtidos pelo tribunal através do terceiro financiador, que não se poderá opor àquela revelação, uma vez que aquele privilégio não se lhe estende²⁶⁸.

²⁶⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2012, p. 1145. A este propósito, o autor refere expressamente que: “A autonomia e a liberdade do portador do segredo, em que radica a validade e eficácia do consentimento, prevalece sobre a “melhor” gestão dos seus interesses”.

²⁶⁵ Não resulta expressamente do EOA nenhum dever neste sentido, ainda que, interpretando extensivamente o preceito, se possa reconduzir aos outros deveres na relação com o cliente que resultam do art. 100.º, nomeadamente, o dever geral de estudar e tratar com zelo as questões que lhe são colocadas (n.º3).

²⁶⁶ O dever de confidencialidade para o *funder* decorrerá do contrato de financiamento, que provisionar nesse sentido.

²⁶⁷ O art. 432.º do CPC permite à parte requerer ao tribunal que notifique um terceiro, o qual tenha posse de documento que pode interessar aos factos em discussão, que proceda à sua entrega junto da secretaria, tornando-o num elemento de prova admissível; por outro lado, o art. 38.º da LAV permite que a parte, com prévia autorização do tribunal arbitral, possa requerer ao tribunal estadual competente que a prova em posse de terceiro que seja necessária à decisão da causa seja produzida perante este tribunal para que seja admitida depois em sede de decisão arbitral.

²⁶⁸ Neste sentido, cfr. JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 116.

4.2.2. A Proibição Geral da Usura

A remuneração do *funder* será um dos elementos principais do acordo de financiamento que virá a vigorar em sede de relações de TPF, pois, mesmo que esteja dependente do resultado da causa (o que pode dificultar a previsão de um valor determinado), ela terá que ser, pelo menos, determinável.

O princípio geral de proibição da usura que vigora no nosso ordenamento jurídico está previsto no art. 282.º do CC e tornar-se-á na principal bitola da determinação daquela remuneração.

Para os negócios jurídicos através dos quais se explore uma situação de necessidade ou inexperiência de uma pessoa²⁶⁹ (aproveitamento esse que vise a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados para uma das partes no negócio ou para terceiro²⁷⁰) a lei consagra o vício da anulabilidade²⁷¹⁻²⁷².

Ainda que assim não se verifique em todos os casos, um litigante que recorra a um financiador para custear as despesas com um litígio encontrar-se-á numa situação de necessidade, na medida em que poderá estar em causa a sua capacidade para dar provimento ao andamento do

²⁶⁹ Para aprofundamento destes conceitos indeterminados cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral Do Direito Civil*, Vol. II, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, 2010, pp. 245-247. No caso do TPF, poderá estar em causa, principalmente, a inexperiência da parte financiada.

²⁷⁰ PIRES DE LIMA; JOÃO M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1987, pp. 259- 261; ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 18.ª ed., Ediforum – Edições Jurídicas, Lda., 2013, pp. 220-221; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, p. 245. Este último ensina que, para que o negócio seja usurário, tem que existir uma situação de inferioridade do declarante, a obtenção de um benefício excessivo ou injustificado e a intenção ou consciência do aproveitamento da inferioridade pelo declaratório.

²⁷¹ Art. 282.º, n.º1 CC.

²⁷² Art 283.º do CC. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, Parte Geral, 4.ª ed., Almedina, 2014, pp. 500-501; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, p. 251. Nos termos do art. 283.º do CC, ao invés de ser arguida a anulabilidade do negócio usurário, poderá ser requerida, por qualquer das partes, a modificação do negócio, através de um juízo de equidade, o que pode significar que bastará a devolução pelo usurário do benefício excessivo ou injustificado de que se aproveitou.

processo. E o *funder* poderá aproveitar-se dessa fragilidade para propor um negócio que lhe conceda uma retribuição mais alta.

O problema adensa-se se pensarmos numa empresa em estado quase falimentar que recorra ao TPF, caso em que a situação de necessidade se torna mais evidente²⁷³.

Assim, aquando da previsão da remuneração que será devida ao *funder*, as partes no acordo de financiamento deverão, logo a montante, acautelar esta possibilidade, acordando numa remuneração que, à luz do caso concreto, não se afigure excessiva e que esteja protegida, na hipótese de vir a ser arguida a sua anulabilidade²⁷⁴⁻²⁷⁵.

Esta proibição geral da usura é característica do ordenamento jurídico português, tendo o legislador português optado por proteger todos os negócios que pudessem estar sujeitos àquele perigo²⁷⁶, apesar de ter previsto expressamente a situação dos juros usurários²⁷⁷.

²⁷³ IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, p. 720; JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 116.

²⁷⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 2014, pp. 500-501. A anulabilidade, nos termos gerais previstos no art. 287.º do CC, poderá ser arguida pela parte que é prejudicada no negócio jurídico, dentro do prazo de um ano à cessação do vício que lhe serve de fundamento (n.º 1), ou a todo o tempo, no caso em que o negócio ainda não esteja cumprido (n.º 2). A invocação da usura em juízo não é comum, pelos problemas de prova que acarreta, mas ainda assim, não deixa de ser uma arma à disposição do financiado que se veja lesado.

²⁷⁵ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, ““Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, 2015, p. 620. O financiado que venha arguir a anulabilidade deve ser cauteloso, uma vez que poderá pôr em causa o princípio da boa-fé contratual, se vier alegar esta excessividade para se furtar ao pagamento devido ao *funder*.

²⁷⁶ PIRES DE LIMA; JOÃO M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 1987, p. 261; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 252-253; ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 2013, pp. 220-221; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 2014, pp. 500-501; IÑAKI CARRERA, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non recourse funding agreements”, 2019, p. 720. O regime do negócio usurário é hoje um regime autónomo ao regime dos juros usurários, tendo sido implementado pelo D.L. n.º 262/83, de 16 de Junho, que procedeu à 11.ª alteração ao CC.

²⁷⁷ Art. 559.º-A, o qual remete para o art. 1146.º, ambos do CC.

4.2.3. A Natureza do Acordo de Financiamento: Associação em Participação?

Não existindo uma previsão do instituto do TPF, não poderá, está claro, existir um contrato nominado e tipificado que o determine na lei. Aliás, as várias modalidades que o TPF pode assumir, acabam por dificultar essa tarefa.

Isso não invalida, no entanto, que se postule a sua contratualização mediante tipos contratuais já existentes no ordenamento jurídico português. “Porque o *third party funding* é variado e um contrato atípico, para corretamente entendê-lo, terá que se encontrar e usar o contrato tipificado que lhe seja mais similar”²⁷⁸.

ANTÓNIO PINTO LEITE avança com a possibilidade de considerarmos, pelo menos no que concerne ao TPF que conta com um *funder hands on*²⁷⁹, a sua contratualização através da figura da associação em participação²⁸⁰.

Esta figura está prevista no D.L. n.º 231/81, de 28 de Julho (daqui em diante apenas D.L. n.º 231/81), sendo por ele definida como a associação de uma pessoa (o associado) à atividade económica que seja exercida por outra (o associante), de tal forma que a primeira ficará a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que do exercício daquela atividade resultarem para a segunda²⁸¹.

O associado investe, através de uma contribuição de natureza patrimonial (que pode passar por um investimento direto de capital ou assumir outras formas²⁸²), na atividade económica do associante, o que significa que ele próprio, associado, não exerce a atividade económica do

²⁷⁸ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 111. “*Since third party funding is a mixed and non-typical contract, in order to correctly understand it, one should find and use the typical contract that is most similar to it.*”

²⁷⁹ Cfr. análise em 1.3.

²⁸⁰ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 110. De acordo com esta proposição cfr. JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 117.

²⁸¹ Art. 21.º, n.º 1 do D.L. n.º 231/81.

²⁸² Art. 24.º, n.ºs 1, 2 e 3 do D.L. n.º 231/81.

associante²⁸³. Isto permite um fácil acesso ao investimento, o qual será remunerado através da participação nos lucros do associante²⁸⁴, elemento essencial do contrato²⁸⁵. Para além disso, a associação está determinada a um objetivo que, quando alcançado ou definitivamente impossibilitado, determina o fim da associação²⁸⁶.

Ora, no TPF a situação é análoga: “Quer o *funder*, quer a parte financiada acordam na promoção de uma atividade em conjunto, e os dois investem no negócio (a parte financiada contribui com a partilha do litígio arbitral e dos seus custos internos e o financiador compromete-se através do financiamento das custas com o processo arbitral e providencia os serviços para apoiar e co-administrar o litígio)”²⁸⁷.

Ou seja, estamos perante duas entidades distintas e independentes, as quais se associam, por um período determinado de tempo, com um fim determinado em vista – a solução de um litígio –, do qual compartilharão o sucesso e o risco de o alcançar. Não há, no entanto, a necessidade de o *funder* ser parte naquele litígio, tal como o associado não exerce a atividade económica do associante.

Acresce que este contrato não está sujeito a uma forma especial²⁸⁸, o que permite alguma margem para abarcar várias modalidades de TPF. Ainda assim, algumas das suas cláusulas estariam sempre sujeitas à forma escrita, o que até consubstancia uma vantagem, na medida em que

²⁸³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, 2009, p. 448. No âmbito da associação em participação, apenas o associante atua em termos comerciais, pelo que o associado não terá qualquer atividade para além da sua contribuição.

²⁸⁴ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 111.

²⁸⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2009, p. 446. A participação nas perdas pode ser dispensada, mas a participação nos lucros é um elemento fundamental desta associação.

²⁸⁶ Art. 27.º, als. a) e b) do D.L. n.º 231/81.

²⁸⁷ ANTÓNIO PINTO LEITE, “Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement”, 2014, p. 111: “Both the funder and the funded party agree on a joint activity to perform, and they both invest in the business (the funded party contributes by sharing its arbitration case and its internal costs and the funder commits itself by financing the arbitral costs and providing services to support and (co-) manage the case)”.

²⁸⁸ Art. 23.º do D.L. n.º 231/81. Exceto nos casos em que a natureza dos bens com que o associado contribua exija algum requisito de forma, o que não se colocaria, em princípio, quanto ao TPF.

permitiria às partes no acordo de financiamento prever soluções para problemas que podem surgir a jusante.

Desde logo, se exige a previsão por escrito de que o associado não participará nas perdas da atividade do associante²⁸⁹, o que equivaleria a dizer que o *funder* não se responsabilizará pelas custas da parte contrária nem pelo pagamento de qualquer caução destinada ao pagamento de custas. Se assim não estiver estipulado entre as partes, o *funder* pode vir a ser responsabilizado por aqueles pagamentos²⁹⁰.

Outra dessas disposições escritas será a determinação da medida da contribuição do associado, assim como a sua participação nos lucros²⁹¹, que seria o mesmo que dizer que ficaria determinado no acordo de TPF o valor do investimento do *funder*, ou pelo menos, os critérios que o tornariam determinável, e ainda o valor ou os critérios de determinabilidade da sua retribuição²⁹².

Igualmente, a estipulação dos atos que o associante está impedido de realizar sem o prévio consentimento do associado²⁹³ seria análoga à determinação dos atos que o financiado estaria impedido de decidir unilateralmente sem intervenção do *funder*, o que iluminaria facilmente os casos em que se permitiria uma maior intervenção do financiador no litígio e nos seus desígnios²⁹⁴.

Por último, importa salientar que o D.L. n.º 231/81, no seu art. 30.º, apenas prevê a possibilidade de resolução antecipada do contrato com fundamento em justa causa, pelo que, qualquer outra causa que as partes queiram estipular para a cessação prévia ao termo do contrato, deverá estar prevista por escrito. Ora, por analogia, no acordo de TPF seria benéfica a previsão das causas específicas de vencimento antecipado do

²⁸⁹ Art. 23.º, n.º 2 do D.L. n.º 231/81.

²⁹⁰ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 118.

²⁹¹ Arts. 24.º n.ºs 1 e 4 e 25.º, n.º 1 do D.L. n.º 231/81.

²⁹² JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 118. Sujeito, como vimos, a alguns limites de adequação, nomeadamente, a proibição da usura.

²⁹³ Art. 26.º, n.º 2 do D.L. n.º 231/81.

²⁹⁴ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 118. Referimo-nos, por exemplo, à aceitação de um acordo com a parte contrária em vez do prosseguimento do processo judicial ou até na escolha do advogado que deve representar a parte em litígio. Evidentemente, estes casos preveem uma intervenção mais ativa do *funder* no processo.

contrato, evitando que qualquer uma das partes fique ligada a um negócio que já não lhe traz qualquer benefício até que o litígio se resolva²⁹⁵.

Em suma, as características da associação em participação, de facto, permitem uma adaptação à essência que se espera do acordo de TPF, pelo que, ao invés de legislar um novo regime próprio para os contratos de TPF, talvez fosse mais benéfico remeter para este contrato tipificado.

Mas não exclusivamente, já que isso poderia limitar o escopo da aceção de TPF que se viesse a adotar, uma vez que, se atentarmos nalgumas das modalidades do TPF existentes, elas não caberiam na caracterização do contrato de associação em participação²⁹⁶. Mais uma vez, a necessidade de uma definição de TPF mostra-se crucial para a regulamentação que se venha a fazer deste instituto.

4.2.4. Dever de divulgação para árbitros à luz da LAV e do Regulamento do CAC

O TPF traz um acréscimo de encargos a este nível, uma vez que o *funder* é mais um ator que pode ter uma influência negativa na independência e imparcialidade dos árbitros, corolários da função que estes desempenham. Isto admitindo que o acordo de financiamento é conhecido pelas partes e pelo tribunal arbitral, que como vimos é uma ocorrência rara.

Esta temática já foi discutida acima, mas pretendemos agora olhar para as normas concretas consagradas a este propósito na LAV e no Regulamento do CAC, um dos principais centros de arbitragem do país.

A LAV, no seu art. 9.º, n.º 3, determina a previsão geral de que os árbitros devem ser independentes e imparciais. Só assim poderia ser, uma vez que os árbitros são responsáveis pela boa decisão da causa, tal

²⁹⁵ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 118. Por exemplo, quando o *funder* deixa de acreditar na viabilidade comercial do litígio.

²⁹⁶ Se considerarmos, por exemplo, as modalidades de *corporate finance* ou a criação de SPV's, que poderiam integrar o escopo de modalidades aceitáveis de TPF, a contrato de associação em participação já não seria adequado. Principalmente no que diz respeito à criação de uma SPV, já que a associação em participação se distingue claramente do contrato de sociedade, uma vez que não há um exercício em comum de uma atividade económica. Neste sentido, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2009, pp. 448-449.

como um juiz que deve ser isento para decidir uma causa em sede de tribunal judicial²⁹⁷.

Para garantia dessa atuação independente e imparcial, determina o art. 13.º, n.º 1, da LAV, um dever de revelação, para os árbitros que sejam convidados a exercer funções num tribunal arbitral, das circunstâncias que possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade. Bastará que aquelas circunstâncias levanten fundadas dúvidas de que aqueles princípios foram postos em causa para que o dever exista.

A previsão legal do dever de revelação foi consagrada com recurso a conceitos indeterminados que caberá aos aplicadores e intérpretes da lei concretizar²⁹⁸. Para tal, um dos guias mais utilizados pela doutrina portuguesa²⁹⁹ para a concretização das situações que possam manchar a imparcialidade ou independência dos árbitros, são as famosas *green, orange and red lists* das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* que neste estudo já referimos³⁰⁰.

Já quanto ao conceito de “fundadas dúvidas”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO crê na possibilidade de construção de um conceito de “bom pai de família arbitral”, pelo que aquelas serão as que “(...) surgiriam no espírito de um árbitro justo, equilibrado, sensível e experiente”³⁰¹. Se tem

²⁹⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 135. Nas palavras deste autor: “À partida, a independência e a imparcialidade dos árbitros radicam na ideia estrutural da decisão suprapartes. Ninguém pode decidir em causa própria ou já não faria sentido abdicar da força, para cometer a decisão a um terceiro.”

²⁹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 153; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 120-121. É uma característica nos ordenamentos que optaram pela adoção da Lei-Modelo da UNCITRAL – perante a delicadeza do tema, preferiu-se uma análise mais casuística, utilizando-se conceitos indeterminados adaptáveis ao caso concreto.

²⁹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, pp. 153-154; JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 120; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, 2018, p. 58; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 204-205.

³⁰⁰ Cfr. análise em 3.3.1.

³⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 153; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2018, pp. 59-60. Nas anotações à LAV que resultam desta obra, acrescenta o autor que a

potencial para pôr em causa a sua atuação, é preferível que o árbitro se antecipe e exponha a situação.

O dever de revelação para os árbitros mantém-se durante todo a decorrência do processo arbitral³⁰². Não sendo pelo árbitro cumprido esse dever, as partes podem dar início a um procedimento de recusa³⁰³ ou até de anulação da sentença arbitral por incumprimento das normas da LAV (ou das que resultem da convenção de arbitragem no mesmo sentido) que regem a composição do tribunal arbitral³⁰⁴.

Quanto às normas que emanam do Regulamento de Arbitragem do CAC, versam sobre este tema os seus art. 11.º e 12.º e ainda algumas das normas do Código Deontológico do Árbitro, a que todos os árbitros que ingressam numa arbitragem submetida ao Regulamento do CAC estão sujeitos³⁰⁵.

Do art. 11.º do Regulamento resulta a necessidade de que os árbitros “devem ser e permanecer independentes, imparciais e disponíveis”³⁰⁶.

referência a “fundadas dúvidas” pretende determinar que a lei se refere a dúvidas significativas, que não sejam meramente irrelevantes ou causem “desconforto, hipotéticos riscos ou dúvidas sem suficiente materialidade.”.

³⁰² Art. 13.º, n.º 2 da LAV. Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 204; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2018, p. 59. Acrescenta este autor que “O dever de revelar mantém-se durante todo o processo com o mesmo grau de densidade que tem no início.”. Esta previsão é importante, uma vez que o acordo de TPF pode vir a ser revelado às partes e ao tribunal arbitral já durante o seu decurso.

³⁰³ Art. 13.º, n.º 3, 1.ª parte da LAV.

³⁰⁴ Art. 46.º, n.º 3, al. a), iv) da LAV; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, 2015, p. 441. Nesta previsão se incluem os casos em que a independência e imparcialidade dos árbitros esteja posta em causa, desde que a invocação dessa falta ainda não esteja precluída nos termos do art. 14.º, n.º 2 da LAV.

³⁰⁵ Art. 1.º do CDA. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2018, p. 58. Os Códigos Deontológicos são preciosos auxiliares na decisão sobre se existe ou não um dever de revelação e se o seu incumprimento é suficiente para iniciar um procedimento de recusa do árbitro ou até de anulação da sentença.

³⁰⁶ Art. 11.º, n.º 1 do Regulamento do CAC. JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 120. À semelhança de outras instituições arbitrais em Portugal, de que são exemplo o Centro de Arbitragem Comercial do Instituto de Arbitragem Comercial no Porto ou o ARBITRARE, Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firms e Denominações.

Para tal, para além do preenchimento de uma declaração, quando aceitam integrar o tribunal arbitral, na qual dão a conhecer todas as circunstâncias que possam colocar essa imparcialidade e independência em risco, ficam ainda sujeitos às normas de conduta do CDA³⁰⁷.

À semelhança da LAV, o Regulamento do CAC exige que as dúvidas sobre a independência ou imparcialidade do árbitro sejam fundadas, mas não concretiza as situações concretas que lhe podem dar origem. No entanto, o art. 1.º, n.º 3, do CDA, determina uma adoção expressa das *IBA Guidelines*, consagrando que as suas normas devem ser interpretadas e integradas tendo em conta aquelas linhas orientadoras³⁰⁸.

Em suma, quer à luz da LAV, quer do Regulamento do CAC, o árbitro tem um dever de revelação das circunstâncias que ponham em causa a sua independência e imparcialidade. Tendo optado pela consagração daquele dever com recurso a conceitos indeterminados, aqueles instrumentos acabam por permitir a recondução das circunstâncias de conflito que surjam em sede de TPF ao seu âmbito de aplicação. Mas o árbitro só o poderá fazer se tiver conhecimento da existência do *funder*, pelo que reiteramos a posição que já firmámos anteriormente de que, a par do dever de revelação para os árbitros, será necessária a consagração de um dever de revelação para as partes da existência de um acordo de TPF e da identidade do *funder*³⁰⁹.

4.2.5. A responsabilidade do *funder* no pagamento de custas de parte

A questão que, em concreto, aqui se coloca, é a de saber se, em sede de compensação das custas da parte contrária com a arbitragem, pode o *funder* ser considerado responsável pelo seu pagamento. Questão esta que não se circunscreve ao nosso ordenamento jurídico, tendo sido já objeto de alguns estudos a propósito do TPF na arbitragem internacional³¹⁰.

³⁰⁷ Art. 11.º, n.º2 do Regulamento do CAC, que remete para o art. 10.º, n.º 3 da LAV, e art. 1.º do CDA.

³⁰⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 206.

³⁰⁹ Cfr. ponto 3.3.1.

³¹⁰ ROQUE J. CAIVANO, “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, 2018; EDOUARD BERTRAND, “The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding”, 2011, p. 613; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Some notes about third-party funding: a work in

Sobre o pagamento de custas, a LAV consagra, no seu art. 42.º, n.º 5, que, nos casos em que não exista uma determinação das partes a este respeito, da sentença arbitral constará a repartição pelas partes dos encargos diretos com a arbitragem³¹¹. Acrescenta ainda que, caso os árbitros assim entendam adequado, podem decidir que uma das partes deve compensar a outra pela totalidade ou pela parte dos custos razoáveis que esta tenha suportado com a arbitragem³¹². É neste âmbito que se discute a possibilidade de se incluírem naquela previsão os custos com o acordo de financiamento³¹³.

É nesta sede também que surge a questão que enunciámos atrás. No fundo, dando cumprimento ao velho princípio *ubi commodum, ibi incommodum*, porque o *funder* receberá a vantagem em caso de sucesso, intervindo ativamente nos desígnios deste, seria justo que fosse igualmente responsável pelo insucesso que possa vir dele a resultar³¹⁴.

Abstraindo-nos agora da viabilidade do argumento em si³¹⁵, um dos maiores obstáculos a este entendimento em sede de processo arbitral

progress”, 2018, pp. 59-64; LISA BENCH NIEUWVELD; VICTORIA SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, 2012, pp. 27-28, 188-190 e 235-238; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, 2018, pp. 160-190.

³¹¹ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed, Almedina, 2018, p. 134. A este propósito também o Regulamento do CAC determina, no seu art. 48.º, n.º 3 que competirá ao tribunal arbitral alocar o pagamento dos encargos às partes (na ausência de determinação daquelas), tendo em conta todas as circunstâncias concretas do processo, incluindo o decaimento das partes e o seu comportamento processual.

³¹² JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 134. Quanto à determinação de pagamento de custas da parte contrária, entende este autor que a LAV assim o determinou para penalizar a parte que, com o seu comportamento processual, tenha dado origem a custos, pelo que pode nada ter a ver com a percentagem de vencimento das partes.

³¹³ Esta é uma questão que não aprofundaremos, mas a qual pode trazer algumas dificuldades de consagração, desde logo, na perceção sobre se o acordo de financiamento consubstancia custos em que a parte incorre diretamente com a arbitragem, para além da célebre discussão sobre a divulgação do conteúdo do acordo de financiamento, necessária para apuramento do valor dos encargos.

³¹⁴ JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 122.

³¹⁵ Porque há vicissitudes do caso concreto que se lhe podem opor, como por exemplo o grau de intervenção do *funder* no processo e nas decisões tomadas ou as determinações que as partes possam ter feito a este respeito no acordo de financiamento.

prende-se com a jurisdição que este exerce. Na verdade, não nos podemos esquecer que os poderes de um tribunal arbitral estão limitados pela convenção de arbitragem, isto é, “(...) o tribunal arbitral não tem um poder jurisdicional sobre todos, mas apenas sobre aqueles que se tiverem submetido à sua jurisdição através da convenção de arbitragem”³¹⁶.

A competência do tribunal arbitral resulta de um ato de autonomia das partes que lhe querem conceder poderes para decidir um determinado litígio que tenha surgido. E esse ato de autonomia privada é a própria convenção de arbitragem, a qual será responsável pela determinação da competência que têm para decidir³¹⁷.

A previsão pelas partes desta questão em sede de acordo de financiamento será uma das soluções mais aceitáveis, uma vez que prescindiria da intervenção do tribunal arbitral nesse sentido: entre o *funder* e a parte financiada estaria acordado que aquele, no âmbito do financiamento a que procede, responsabilizar-se-ia igualmente pelo cumprimento de uma decisão que ordenasse à parte financiada o pagamento dos encargos com a arbitragem da parte contrária.

Caso assim não aconteça, parece-nos inviável a possibilidade de o tribunal arbitral, tendo em conta a legislação em vigor, poder ele próprio fazer recair essa responsabilidade sob o *funder*³¹⁸ pelo que seria mais uma

³¹⁶ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, 2017, p. 181; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem – Conteúdo e Efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, p. 82.

³¹⁷ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, 2017, p. 187. Cfr. ainda PHILLIPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD; BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 29: “(...) an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute”; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 135: “Sem convenção de arbitragem, não há arbitragem (...)”; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem – Conteúdo e Efeitos”, 2008, p. 82: “(...) Tem natureza contratual privada, porque os tribunais arbitrais são criados em conformidade com convenções de arbitragem (...) e delimitam o âmbito da respectiva competência”.

³¹⁸ A este propósito, JOANA ALBUQUERQUE e DUARTE GORJÃO HENRIQUES postulam a possibilidade da aplicação de uma extensão da convenção de arbitragem (cfr. JOANA ALBUQUERQUE; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Portugal”, 2018, p. 122). No entanto,

possível alteração legislativa que teria que ser balanceada em caso de regulação do TPF em território português.

Conclusões

O TPF é uma forma de investimento através da qual um terceiro disponibiliza o capital necessário a uma entidade com uma pretensão litigiosa, para que esta possa dar início ao processo correspondente à sua reivindicação, ou levá-lo a bom porto quando já esteja a decorrer. Distingue-se, desde logo, pelo seu grau de risco, pois o terceiro investidor pode não chegar a ver retribuído, ou sequer reembolsado, o seu investimento, uma vez que a sua contrapartida está dependente do sucesso da causa.

Com raízes que remontam aos tempos antigos das culturas clássicas da Grécia e da Roma Antigas, o financiamento de litígios por terceiros sempre foi visto com desconfiança e viu-se estrangido durante vários anos pelas proibições de *common law* de *maintenance* e *champerty*, as quais sob o pretexto da proteção do normal funcionamento do processo, restringiam a possibilidade de num litígio intervirem outras entidades para além dos sujeitos processuais. Aquelas proibições foram já ultrapassadas em ordenamentos jurídicos como o Reino Unido, Hong Kong ou Singapura, mas ainda consubstanciam o principal obstáculo à fixação do TPF na Irlanda.

No entanto, nos ordenamentos que o permitem, conseguiu afirmar-se como um ramo de atividade atrativo e tornou-se numa realidade complexa e diversificada o que, se por um lado permite competitividade, inovação e uma variedade de oportunidades que se podem adaptar às necessidades

a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem ou participação de terceiros que não a assinem é uma questão controversa e que alguns autores admitem apenas perante casos determinados, pelo que não nos parece ser a opção mais segura. Cfr., sobre a controvérsia da extensão de efeitos da convenção de arbitragem, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, 2017, pp. 252-254; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2013, pp. 134-136; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, 2014, pp. 1418 e ss.

de cada um, cria também dificuldades na contenção do seu âmbito e na sua aplicação.

Desde logo, a sua definição é cada vez mais dificultada pelas várias formas que pode adotar: evoluiu da simples e matemática disponibilização direta de capital a uma parte num determinado litígio, muitas vezes fazendo um aproveitamento de instrumentos de *corporate governance* (principalmente quando o TPF *strictu sensu* não é permitido), para formas mais avançadas como o *portfolio funding*, em que o *funder* investe em vários litígios de uma só vez, diluindo o risco de insucesso de um por todos os outros.

Ainda assim, acreditamos que a sua essência se deve manter inalterada, pelo que uma definição adequada do TPF deve ter por base três elementos-chave: (i) o *funder* é um verdadeiro terceiro que não tem na causa outra intervenção; (ii) o financiamento tem a finalidade específica de fazer face aos custos em que o financiado incorre com o litígio; e (iii) o reembolso e eventual remuneração do capital investido depende do resultado da causa.

A sua principal vantagem é, sem dúvida, a facilidade que traz no acesso à Justiça, já que permite a entidades que não tinham como fazer face aos encargos de uma demanda, a oportunidade de reivindicarem os seus direitos sem o risco acrescido de endividamento; adicionalmente, para aquelas que tinham a disponibilidade financeira para impulsionar o litígio, mas que receavam os efeitos nocivos que o seu insucesso lhes poderia trazer, traz a conveniência da transmissão desse risco para o *funder*.

Os mais céticos, no entanto, afirmam que o TPF dará azo a um aumento no já elevado número de causas em discussão nos tribunais. Mais: elevará a quantidade de casos em que a pretensão defendida pela parte não tem mérito, já que os litigantes, libertos das consequências da perda do litígio, não hesitarão em demandar, na vã esperança de que, ainda assim, o tribunal possa decidir a seu favor.

Os defensores do TPF têm como inverosímil aquela ocorrência, dada a extensa e cuidada análise que os *funders* promovem antes de aceitar financiar qualquer litígio, o que obsta à aceitação de causas que tenham uma probabilidade baixa de sucesso, ou seja, a que falte fundamento. Aliás, como acima mencionámos, dado o risco que comporta um investimento desta envergadura, o qual pode nunca vir a ser reembolsado, dificilmente os *funders* arriscariam de maneira tão irracional.

No seio da arbitragem comercial, conhecida pela sua celeridade e flexibilidade processual, as suas vantagens só se acentuam, tendo em conta os custos cada vez mais elevados que começam a caracterizar aquele meio RAL. Trará, no entanto, dificuldades acrescidas, perante algumas das especificidades do processo arbitral.

Desde logo, pode ter impacto na independência e imparcialidade dos árbitros que constituem o tribunal arbitral. Mesmo que o *funder* adote uma certa passividade na sua atuação, será sempre mais um interessado na causa que pode criar obstáculos à isenção que deve caracterizar a conduta dos árbitros. Aumentará, portanto, o leque de circunstâncias que origina um dever de revelação dos árbitros, às partes e aos restantes membros do tribunal, da existência de uma situação de dúvida sobre a sua independência ou imparcialidade.

É evidente que, para que possa cumprir aquele dever, o árbitro deve poder conhecer da existência do *funder*, uma vez que só assim poderá aferir as consequências que aquela presença pode compreender na sua conduta, o que pode ser dificultado pela natureza tendencialmente secreta do acordo de TPF. É por isso que defendemos a necessidade de criação de um dever de divulgação da existência do acordo de TPF para as partes financiadas, o qual ficará satisfatoriamente cumprido quando a parte revele a existência do *funder* e a sua identidade.

Por outro lado, o TPF criará dificuldades na confidencialidade que tendencialmente predomina nos processos arbitrais, pois o *funder*, que como referimos anteriormente, procederá a uma análise minuciosa do litígio antes de decidir financiar, para além do acompanhamento que pretenderá fazer do processo, quererá ter acesso ao máximo de informação possível, o que pode pôr em causa o dever de confidencialidade que impenda sobre as partes no processo arbitral.

Aquele problema pode, no entanto, ser solucionado com recurso à consagração de exceções à estrita confidencialidade no processo arbitral, quer em sede legislativa, quer em sede de convenção de arbitragem. Permitindo o acesso ao processo pelo *funder*; poderá, igualmente, ser benéfica (principalmente para os litígios que já estejam a decorrer) a celebração de um acordo de confidencialidade entre os litigantes, o tribunal arbitral e os *funders* que possam existir.

Estas dificuldades e outras que possam surgir nos casos concretos poderiam ser colmatadas com uma regulação do TPF, criando mais

segurança e estabilidade na sua aplicação, regulação esta que, a efectivar-se, deve investir em dois pontos estratégicos: (i) iniciativas legislativas que permitam expressamente o TPF, prevendo formas de o compatibilizar, nos casos da arbitragem, com o normal funcionamento do processo; (ii) promoção de uma cultura de iniciativa cautelosa das partes na redação dos acordos de TPF, para que nele antevejam soluções para dificuldades que possam surgir no seu caso concreto.

Para a comunidade arbitral, a regulação do TPF pode destacar um território como um lugar seguro para situar uma arbitragem. O ordenamento jurídico português poderá aproveitar-se desse benefício, ainda que para tal tenha que ter algum cuidado na adaptação do regime que preveja, devendo acautelar o respeito pelos princípios gerais de Direito e salvaguardar o processo arbitral e os princípios que o regem.

O TPF determina-se, assim, como uma vantajosa ferramenta para o acesso à Justiça, principalmente no que concerne a arbitragem. É um passo em frente para que a Justiça deixe de ser um privilégio dos ricos e se efetive como um direito de todos.

III

Anotações Jurisprudenciais

Adverse Inferences – To Draw or not to Draw; Cour d’Appel de Paris, 28.02.2017

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Resumo: Com a presente anotação pretende-se aprofundar o conceito de *adverse inferences*, no contexto da Decisão do *Cour d’Appel de Paris*, de 28.02.2017. Para esse fim, serão analisados os pressupostos da sua aplicação, bem como a jurisprudência relevante, de modo a verificar se a decisão do tribunal francês se compagina com os padrões internacionais existentes.

Palavras-chave: *Adverse Inferences*; Arbitragem; Arbitragem Internacional; Processo Equitativo; Ónus da Prova.

Abstract: The aim of this paper is to deepen the concept of adverse inferences, following the Paris Court of Appeal’s Decision, of 28.02.2017. For that purpose, the prerequisites for its application shall be analyzed, as well as the relevant case-law, in order to verify if the French Court’s decision follows the current international standards.

Keywords: Adverse Inferences; Arbitration; International Arbitration; Due Process; Burden of Proof.

Case Information

Court: Cour d’Appel de Paris

Case no.: 15/06036

Judge: Dominique Giuhel

Summary:¹

Twelve Spanish companies (“**Sellers**”) agreed on March 2011 to sell their shareholding in Grupo Guascor SL to Dresser-Rand Group

¹ Award available at: <https://www.doctrine.fr>

Inc. (“**Dresser-Rand USA**”), a company incorporated under de laws of Delaware, USA. In April 2012, Dresser-Rand USA assigned its rights under that agreement to Dresser-Hand Holdings Spain SLU (“**Dresser-Rand Spain**”). The sale and purchase agreement, governed by French law, provided that the base price was of around €375 million, but it would be adjusted at the date of closing in accordance with specific accounting rules. The contract also stipulated that, if the parties did not come to an agreement on the adjusted price, it would be set by an expert. Finally, the agreement provided a typical representations and warranties clause.

Following the closing of the contract, the Parties were not able to agree on the final price of the transaction, due to some issues, one of which related to a contingency with Eletrobras (“**Eletrobras debt**”).

As a result, Dresser-Rand Spain asked the Paris Commercial Court to appoint an expert pursuant to the contract and, simultaneously, the Sellers started ICC arbitration proceedings against both Dresser-Rand Spain and Dresser-Rand USA (“**Dresser-Rands**”). They sought a declaration that the respondents were barred from arguing the representations and warranties clause, because at the date of the execution of the contract, they were aware of the Eletrobras debt.

The arbitral tribunal decided in favour of the Sellers, ruling that they had in fact breached their duty to produce accurate and complete accounting documents, but that Dresser-Rands were aware of that breach before the relevant date and hence were barred from arguing the representations and warranties clause to lower the price.

Dresser-Rands sought the annulment of the decision in the French courts, arguing that the arbitral tribunal had misunderstood its mission and breached the principle of due process. According to the appellants’ allegations, the tribunal improperly applied the IBA Rules on the Taking of Evidence when it drew negative inferences from the non-production of documents without previously informing the parties. Dresser-Rands argued that the tribunal grounded its decision on an adverse inference taken from the non-production of two reports from UBS and KPMG, without having ordered their production at any time, without warning the parties about the risks of that inference, and without inviting the opposing parties to explain why they had not produced them.

The Paris Court of Appeal dismissed the annulment request essentially on four grounds.

First, it pointed out that the IBA Rules on Evidence were specifically referred to in Procedural Order No. 1 to serve as guidance for the Arbitral Tribunal.

Second, Article 9.5 of those Rules establishes the arbitral tribunal's power to draw negative inferences from the non-production of documents as ordered by the arbitrators.

Third, the procedure followed by the Tribunal in the corresponding procedural phase ensure the parties' due procedural rights. In particular, the request to produce the audit reports was clear and precise, and the respondents had enough time to object to that production, which they did not.

Finally, the Paris Court of Appeal also found that the arbitral tribunal's finding that Dresser-Rands knew at that time that the Sellers were not providing accurate information regarding the contingent liability was not exclusively grounded on that failure to produce the audit reports, but also on other evidence adduced by the parties. In fact, the Arbitral Tribunal had given relevance to a due diligence carried on several months prior to the sale and purchase agreement, with both physical and electronic data rooms; to statements of accounts of previous years that included references to the Eletrobás debt and lastly to statements of the parties that expressly referred to this contingency.

On these grounds, the Paris Court of Appeal dismissed the annulment request, confirming the validity of the arbitral award.

Case Note

1. Introduction

The case under analysis addresses the issue of negative inferences in international arbitration and its relationship with due process rights. Adverse inferences are a relevant topic that all practitioners in international arbitration must be prepared to deal with. Advocates' awareness is critical since ignorance may result in wrong strategic decisions before and during the arbitration proceedings and, even worse, fatal outcomes in the final award.

Our main purpose in this short comment is to explain the basics of negative inferences, by defining the rules and requirements for a tribunal to take such a decision without breaching any right of the parties.

A tribunal draws a negative inference when it concludes from a party's omission to produce a document that there is proof that a fact relating to that document and adverse to the failing party occurred. The decision to draw the inference exempts the party that originally bore the burden to prove it from the requirement to submit further evidence on that fact. In other words, the inference drawn replaces the evidence not adduced, which means that when a tribunal draws an inference, it is stating that a fact is proven without having enough evidence to support that decision. This feature of inferences must be flagged and accurately understood – to use an inference is to declare that a fact is proven without enough evidence to demonstrate it really occurred.

A decision to grant a negative inference must hence be surrounded by special caution regarding burden of proof and due process. A tribunal may not take such a serious decision without considering all the case materials and without giving the party a fair opportunity to explain its default.

Following these lines of concern, over the years, arbitral tribunals and state courts have consistently established requirements that have to be fulfilled in order for an inference to be drawn. Even though there are no doubts as to the arbitral tribunal's power to draw negative inferences, the truth is that, in most cases, tribunals avoid taking negative inferences. The Dresser-Rand case commented on here is one recent example of this trend, since at the end of the day and despite the fuss surrounding the decision, the tribunal made a very careful use of the "negative inference" tool to reach its conclusion on the facts. We will seek to explain why throughout this commentary.

The commentary will describe the requirements to draw negative inferences as set out by tribunals and courts over the years. It will then assess whether the case at hand confirms or varies the requirements as established by case law.

2. Requirements To Draw Negative Inferences

According to SHARPE, there are five cumulative requirements to permit an arbitral tribunal to draw an adverse inference. First, the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought; second, the requested evidence must be accessible to the opponent of the inference; third, the inference sought must be reasonable, consistent with the facts in the record and logically related to the likely nature of the evidence withheld; fourth, the party seeking the adverse inference must produce prima facie evidence; and, finally, the opponent of the inference must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence rebutting the adverse inference sought.²

The first condition that must be satisfied to grant a negative inference is that the party that seeks it must produce all available evidence that it has or should have in its possession to demonstrate the presumed fact.

This requirement was established by the Levitt Case, a case settled by the Iran-United States Claims Tribunal (“IUSCT”), between William J. Levitt and the Islamic Republic of Iran, where the claimant, an American contractor, sought compensation for unpaid services for construction of an irrigation system in Iran on request of an Iranian agro-industrial company. The American contractor failed to produce evidence of the existence of the agreement, as it argued all its records, documents and bank statements were destroyed or confiscated when the Iran turmoil of 1979 occurred. He thus requested that the respondent be ordered to produce documents to exhibit those facts, which the tribunal did. The respondent did not, however, file all that was required and informed the tribunal it was unable to gather further documents. Despite this, the tribunal refused to draw any negative inference because, in its view, “the respondents’ failure to comply with its production orders does not

² J. K. SHARPE, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence”, in *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4, 2006, p. 551. See also S. GREENBERG; F. LAUTENSCHLAGER, “Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 179-205.

relieve the claimant of his obligation to muster all the evidentiary support at its disposal.”³

To fulfil the second requirement the party requesting the negative inference must establish that the opposing party has or should have access to the evidence sought. In other words, it is not acceptable to draw a negative inference if the party against whom it ought to be drawn is really not able to produce the documents requested.

In the George Edwards case, another decision from an IUSCT tribunal, the criterion was clearly mentioned in order to deny the inference sought. The claimant alleged that an Iranian corporation of which he was the principal owner had concluded several contracts with US corporations in Iran, which were breached due to actions of the government. The claimant failed to submit copies of the contracts in dispute and only filed some copies of pro-forma invoices and two affidavits. He stated that he had left Iran hastily in 1979 leaving behind almost all of his business records. The tribunal refused to draw negative inferences against the respondents since it found there was no evidence that they actually had access to the requested documents. The tribunal acknowledged that the claimant faced difficulties in producing evidence, but was not convinced the respondents were factually able to get those documents. Hence it dismissed the application to grant an adverse inference.⁴

In fact, where there is no evidence that the respondents came into actual possession of the documents in question, the arbitral tribunal cannot draw a negative inference.

In an ICC case of 2011, the tribunal applied the same requirement. The respondents contended that the tribunal should draw an adverse inference against the claimant to the effect that it had intentionally hidden the log books because they would not support the claimant’s

³ IUSCT Case, 29.08.1991, Case No. 210 (520-210-3) (*William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran, Ministry of Agriculture and Natural Resources of the Islamic Republic of Iran and others*). See also, IUSCT Case, 8.06.1983, Case No. 53-149-1 (*Mar Dallal v. Islamic Republic of Iran and Bank Meltat*), and IUSCT Case, 16.03.1988, Case No. 354-10427-2 (*Kathryn Faye Hilt v. Islamic Republic of Iran, Shahid Chamran University*).

⁴ IUSCT Case, 5.12.1989, Case No. 251 (451-251-2) (*George Edwards v. The Government of the Islamic Republic of Iran, The Ministry of Roads and Transportation and others*). See also IUSCT Case, 24.02.1986, Case No. 437 (212-437-3) (*H.A. Spalding, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation of the Islamic Republic of Iran*).

case. However, the arbitral tribunal refused to draw an adverse inference against the claimant, because it concluded that it was more likely that the logbooks were accidentally destroyed in a fire.⁵

The third criterion that must be met to warrant an adverse inference is that it is reasonable, consistent with the facts of the case and logically related to the probable nature of the evidence withheld. A party must not rely upon an omission of the opposing party to establish something not connected with that evidence. Furthermore, the inference can only be taken if it is coherent with other evidence adduced in the proceedings. In other words, the tribunal may not use an omission of the party to establish a fact where there is evidence in the proceedings that indicate a different reality.

An example of this requirement is the decision taken by an ICC tribunal in case No. 16391. In this case, the respondent had requested the sole arbitrator to draw adverse inferences from the claimant's failure to produce certain documents, but it stated that no such documents were in its possession. Nevertheless, the sole arbitrator found that responsive documents were likely to exist and ordered the production of documents. The claimant replied that it had searched its files and failed to locate the requested documents, and that it had asked its staff to keep searching, but this search was hindered by local security measures amidst preparation for local parliamentary elections.

In the end, the sole arbitrator dismissed the request for adverse inferences, noting first that companies from different regions of the world embrace different practices regarding business formalities and record keeping, a fact which should not prejudice them in arbitral proceedings. Secondly, the arbitrator found that it was not probable that the requested documents would support the inference sought, as the latter was inconsistent with the evidence already on the record.⁶

In the IUSCT Case No. 485⁷, the tribunal ordered the respondent to produce the company's share register and public registration records, which the respondent did not do. However, the tribunal refused to draw adverse inferences, since the claimant had not proved a logical connection

⁵ ICC Case 13078, final award, 2011 p. 2, §§ 44-45.

⁶ ICC case No. 16391, final award, December 2010.

⁷ IUSCT Case, 27.02.2003, Case No. 485 (600-485-1).

between the failure to produce the share register and public registration records and the claimant's ownership of the shares and their alleged expropriation.

In another ICC Case of 2011, the tribunal stated that it “cannot draw inferences which would amount more to speculation and conjecture that properly weighing the evidence on the record.” This case involved a dealership agreement regarding the placement of orders for excavators that the respondent purchased and that were delivered in October and November 2002. The contentious issue centred on the date the orders were placed. The claimant alleged that they were placed before 1 July 2002 based on different circumstances such as the kind of machinery in question and the shipping distance. The respondent, however, produced a document that showed that the machines were ordered after 1 July 2012. The claimant asked the tribunal to disregard this document and to rely upon the other circumstances it had alleged and proved, but did not challenge the genuineness of the respondent's document. The tribunal refused to grant the inference requested as it would amount to speculation.⁸

The same approach was taken by another ICC tribunal, in Case 16695. The claimant had asked the respondent to produce a complete copy of the insurance policy and a copy of the reports issued by the adjusters of the insurance policies, which the respondent did not do without providing any reasonable explanation. Even though the tribunal considered that the respondent's failure to produce was material, it refused to draw the negative inference sought, as it would not be reasonable in face of the evidence already in the record. The arbitrator found that the evidence produced was sufficient to determine the facts relevant to the issues in dispute and, hence, it did not need to resort to negative inferences.⁹

The fourth condition that must be satisfied to grant an adverse inference is that the party who seeks it must produce *prima facie* evidence. *Prima facie* evidence “is proof insufficient to establish a fact, even if it

⁸ ICC Case 12369 (2011). See also ICC Case 8775 and IUSCT Case, 27.02.2003, Case No. 485 (600-485-1) (*Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran*).

⁹ ICC Case 16695 (2016). See also Italian-United States Conciliation Commission Case, 10.04.1953, Decision No. 15 (*Steinway and Sons Case*).

provides a hint into the right direction”.¹⁰ Pursuant to this fourth condition, a party cannot win its case on an adverse inference alone. The party seeking an adverse inference must combine *prima facie* evidence with the adverse inference. In other words, the party seeking the adverse inference must present evidence which makes the inferred fact appear plausible.

To draw an adverse inference, the *prima facie* evidence needs to be reasonably consistent, complete, formal and detailed.¹¹ If the evidence is contradictory or contradicts the story told by the party requesting the adverse inference, it does not meet the *prima facie* standard. The same goes for any evidence that is vague or disproportionately incomplete.¹²

In the *WNC Factoring Ltd v. Czech Republic* case, the claimant asked the arbitral tribunal to draw an adverse inference from a witness' failure to appear at the hearing. However, the claimant had not produced even *prima facie* evidence that would support its case. Therefore, the tribunal was not able to draw any adverse inference, because an adverse inference, standing alone and unsupported by other evidence, is unavailing¹³.

In another case, from a tribunal under the ICC rules, the claimant requested the production of two documents, but it did not provide evidence that those documents existed, or evidence that demonstrated

¹⁰ SIMON GREENBERG; FELIX LAUTENSCHLAGER, “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 22, No. 2, 2011, p. 54. An example of a *prima facie* evidence is the Isaiah case at the Iran-United States Claims Tribunal, where the claimant alleged to be the owner and holder of a bank cheque drawn on the International Bank of Iran. According to the claimant, the cheque was endorsed to him by the previous owner and represented payment for the sale and shipment of beer to Iran prior to the expropriation of the beer-importing company. The bank argued that the claimant had fabricated evidence in order to recover the funds. The tribunal did not accept the bank's allegation and concluded that the claimant's documents – buttressed by credible testimony at the hearing – constituted *prima facie* evidence that the money represented by the cheque was from the claimant. Iran-US CI. Trib. Case, 30.03.1983, Award No. 35-219-2 (*Benjamin R. Isaiah v. Bank Mellat* (as a successor to the international Bank of Iran)).

¹¹ JEREMY K. SHARPE, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence”, 2006.

¹² GUILHERME RIZZO AMARAL, “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, Issue 1, 2018.

¹³ PCA Case, 22.02.2017, Case No 2014-34 (*WNC Factoring Ltd v. Czech Republic*), pp. 121 and 122. See also the arbitral award of ICC Case No. 11770, § 42.

the presumed fact. The lack of concrete indications as to the presumed existence of those documents and the underlying facts led the arbitrator to reject the requests.¹⁴

In an IUSCT case, the same threshold was applied. The claimant requested that the respondent be ordered to produce various documents, which it did not, and so it asked the tribunal to draw an adverse inference from this default. However, the main evidence adduced by the claimant was photocopies of various letters exchanged between the parties. Therefore, the tribunal did not draw adverse inferences when the respondent failed to comply, due to the extreme informality of the claimant's critical evidence, as well as certain gaps and inconsistencies in that evidence.¹⁵ In the tribunal's perspective, the claimant could have provided deeds of ownership or transfer, or proof of payment of transfer duties or taxes regarding real estate, and stock registration certificates regarding the stock claim, but it did not. Thus, there was no *prima facie* evidence to rely on.

The *prima facie* evidence must be consistent with the evidence in record, in such a way that the arbitral tribunal can only draw an adverse inference if the evidence in record and the *prima facie* evidence combined are only conclusive if a certain unproven fact is assumed.¹⁶

In an ICC case, the claimant had purchased ten shipments of raw material from the respondent and, for each shipment, the respondent produced analysis reports as to the quality of the material. However, the claimant received complaints from its customers and started testing the raw materials. The testing showed that the quality of the material of the last four shipments was far below the contractual standard. Hence, it found that the reports provided by the respondent were inaccurate. Other evidence raised a suspicion that the respondent might have conspired with the laboratory to produce forged reports. The respondent was then ordered to produce the documents underlying the reports and

¹⁴ ICC Case 18033, January-July 2012.

¹⁵ IUSCT Case, 10.12.1996, Case No. 4 (575-4-3) (*Reza Nemazee v. The Government of the Islamic Republic of Iran*), published in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, p. 24.

¹⁶ According SIMON GREENBERG; FELIX LAUTENSCHLAGER, "Adverse Inferences in International Arbitral Practice", 2011, p. 53.

documents relating to the origin of the raw material. The respondent refused to produce them and finally the tribunal drew the adverse inference that all ten shipments were below the contractual quality standards.

In this case, the direct evidence on record included the ten (allegedly false) test certificates produced by the respondent and four test certificates provided by the claimant, which were not compatible. In the absence of any explanation as to why the tests showed such huge analysis discrepancies, it seemed most plausible that all the raw materials were of inferior quality, and consequently the respondent's certificates were false. The tribunal used the *prima facie* evidence it had on record and complemented it with the negative inference.

The fifth and final requirement that must be fulfilled to draw an adverse inference is that the opponent of the inference must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence from which absence the inference may be drawn. When the arbitral tribunal considers drawing an adverse inference, it should put the opposing party on notice that it might do so and that there is a risk that the burden of proof for the fact in question lies with that party. The party may then argue its case and take strategic decisions with full awareness of the risks it takes.

In fact, the arbitral tribunal cannot draw adverse inferences if it has not afforded the party requested to produce evidence sufficient opportunity to do so prior to drawing adverse inferences against it. This condition is directly related to due process rights as it avoids surprise and ensure the principles of due process apply.

Therefore, an arbitral tribunal, that is contemplating drawing an adverse inference, must clearly inform the parties of any order to provide evidence and, in case of non-compliance, the possibility of drawing a negative inference if that evidence is not produced. The tribunal has further to ensure that the party was provided an opportunity to comment on the effect of the missing evidence.¹⁷

In an ICSID Case¹⁸, the respondent challenged the authenticity of copies of share transfer agreements and share certificates that claimant had submitted as part of its efforts to establish its ownership of shares in

¹⁷ According SIMON GREENBERG; FELIX LAUTENSCHLAGER, "Adverse Inferences in International Arbitral Practice", 2011, p. 54.

¹⁸ ICSID Case, 13.08.2009, Case No. ARB(AF)/07/02.

certain local companies. In Procedural Order No. 3, the arbitral tribunal ordered the claimant to produce the originals of these documents or to disclose other documents that would prove their authenticity, warning that adverse inferences could be drawn in the event of failure to disclose. The party failed to comply with the tribunal's order and accordingly the tribunal drew adverse inferences to conclude that the claimant had never obtained the shares, and that its claim was fraudulent.

The claimant was given an opportunity to produce certain documents which could prove the authenticity of the documents in question, and it was warned that the failure to produce them would lead to a finding that the claimant had never purchased the shares. Thus, the claimant could have rebutted the adverse inference by producing the originals of the share agreements when it was ordered to do so.

In sum, an adverse inference can be drawn when – after the order for production and the prior warning of the possibility of drawing inferences – the party requested to produce such documents fails to do so. It is considered that due process principles are complied with since the party is fully aware of its obligation to produce evidence and of the tribunal's powers to impose the material effect of such failure: the negative inference.

3. Conclusion

After explaining the features and the requirements of a negative inference in international arbitration, we will now turn to the Dresser-Rand case to assess whether those requirements were applied in the case. Did the arbitral tribunal follow the five requirements to draw the inference described above? In our understanding, the answer to this question is yes.

Dresser-Rands sought the annulment of the decision rendered by the arbitral tribunal, arguing that the principle of due process was breached when the tribunal drew negative inferences from the non-production of two reports without first informing the parties. The Paris Court of Appeal discharged the annulment, considering that, not only had due process been ensured, but also, that the fact accepted through the negative inference was strongly corroborated by other evidence. The Court then referred to three of the requirements: the third criterion

that demands that the inference is consistent with the facts; the fourth requirement according to which the party seeking the inference must show *prima facie* evidence; and, finally, the fifth condition that refers to due process guarantees.

First, the Paris Court of Appeal dismissed the annulment request because it found that the arbitral tribunal's decision was grounded not only on the negative inference, but also on the evidence adduced by the parties, such as a due diligence carried out several months prior to the sale and purchase agreement, statements of accounts and statements of the parties. In fact, the party seeking the adverse inference was able to produce *prima facie* evidence that strongly corroborated the inference sought, making the fact appear plausible, so that the adverse inference drawn was supported by other evidence in record. It therefore fulfilled the fourth criterion.

Moreover, the inference at hand was reasonable and consistent with the facts of the case and with the evidence adduced in the proceedings, which pointed in the same direction as the evidence in record. All this evidence combined with the adverse inference led the arbitral tribunal and, after it, the Paris Court of Appeal, to conclude that Dresser-Rands were aware of the Sellers' breach before the relevant date. Hence, they were barred from arguing the representations and warranties clause to lower the price. The inference was then consistent with the evidence on the record, as demanded by the third requirement.

The Court of Appeal then assessed compliance with requirement three (consistency with other evidence on record) and four (*prima facie* evidence) to uphold the arbitral tribunal's decision.

Secondly, the same evaluation was made regarding respect for due process principles, especially if the opposing party was, one, aware of the possibility the tribunal's power to grant negative inferences; two, given an opportunity to produce the missing evidence; and, finally, to explain why it was not able to adduce the requested document. This is the fifth requirement to draw a negative inference.

In this case, the possibility to draw a negative inference was provided indirectly in Procedural Order No.1, which referred to the IBA Rules on Evidence as guidance in the proceedings. Those Rules establish, in Article 9.5, the tribunal's power to draw negative inferences from the non-production of documents as ordered by the arbitrators. Is this

mention in a procedural order enough to fulfil the requirements of due process?

The Court of Appeal answered positively, since the IBA Rules on Evidence are a soft law tool frequently resorted to in international arbitration and well-known to arbitration practitioners. The provision regarding negative inferences is one of the best known features of the Rules and, hence, a party that was aware of its application could not seriously claim that it was surprised by a decision that granted negative inference.

We may also add that the use of the IBA Rules as guidance and not as mandatory rules is a common stipulation in international arbitration. With that provision, parties and tribunals, mainly tribunals, we would say, wish to be able to resort to clear and studied rules, without leaving out their discretionary powers to adapt the concrete solution they believe to be more appropriate to each situation. Arbitral tribunals intend to combine written or more rigid rules with some flexibility. Hence, their aim when they adopt the IBA Rules as guidance and not as straight rules is to have certainty and, simultaneously, flexibility.

The Court of Appeal found that a provision like this one was enough to consider that the parties were informed in good time of the tribunal's ability to grant the inferences.

Furthermore, the Court of Appeal pointed out that there was a clear and precise request to produce the two reports from UBS and KPMG. Dresser-Rands were, in fact, clearly ordered to produce those documents and they also had enough time to object to that production, which they did not.

In view of this, the arbitral tribunal inferred that such documents would be detrimental to Dresser-Rands' interests, to the extent that they could show that Dresser-Rands were effectively aware of the Sellers' breach.

In sum, the decision at hand fulfilled the fifth condition required to draw an adverse inference. The arbitral tribunal, clearly and precisely, ordered the production of the audit reports, which was not complied with by the parties. Dresser-Rands had the opportunity to respond to that order, which they did not, so the tribunal applied the IBA Rules on the Taking of Evidence, as provided in Procedural Order No.1, and drew the adverse inference, as stipulated in Article 9.5 of those Rules.

Furthermore, the facts inferred by the missing documents were corroborated by other evidence in the record and were consistent with the overall history of the case. The respective requirements were hence met.

Accordingly, the arbitral tribunal's decision, upheld by the Court of Appeal, was consistent with the established international requirements to draw negative inferences. It is a good sign that a particularly difficult and hazardous issue is being carefully examined by tribunals and courts. One cannot forget that a negative inference replaces non-existent evidence to declare that something occurred, and that it excuses a party from the burden of adducing comprehensive evidence on a fact. It must then be granted only when all fair and due process conditions have been met.

Arbitragem (de investimentos) e a noção de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia, para efeitos do artigo 267.º do TFUE. Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 6 de Março de 2018, “Slowakische Republik contra Achmea BV”, C-284/16

ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA*

Resumo: A presente anotação tem como função analisar criticamente os fundamentos do caso submetido à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) conhecido como Achmea. Procede-se, em particular, à avaliação crítica do contributo desta jurisprudência do TJ para a construção da noção de órgão jurisdicional.

Palavras-chave: *Arbitragem; Arbitragem de investimentos; Órgão jurisdicional; Direito da União Europeia.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the case law of the European Court of Justice commonly known as Achmea. Our focus will be aimed at the discussion about the contribution of this case law in what regards the concept of court in the European Union Law.

Keywords: *Arbitration; Investment arbitration; Court; European Union Law.*

* Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Árbitro.

I. Enquadramento e delimitação do tema

Em 2018, pode afirmar-se, com relativa segurança, que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE ou TJ) foi um dos mais relevantes actores jurisdicionais e dignos de estudo em temas relacionados com a arbitragem. Neste sentido, a recente jurisprudência do TJUE veio consolidar uma posição “rígida”¹ em relação à arbitragem enquanto mecanismo de resolução de litígios alternativo à jurisdição estadual.

No caso “*Slowakische Republik contra Achmea BV*” (conhecido sumariamente por *Achmea*), o sentido decisório do TJUE granjeou críticas que se fizeram globalmente sentir e que emergiram dos mais variados quadrantes. Entre a estupefacção, incerteza e a discordância substancial direccionada ao sentido argumentativo do TJUE², o mesmo tribunal respondeu de uma forma curta – desde logo, se comparada com a dimensão das conclusões do advogado-geral³, as quais o TJUE não seguiu – e em

¹ Expressão de ANDREAS GLASER; HEIDI DÖRIG, “Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU”, in *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2017/2018, Schulthess, 2018, p. 462.

² A quantidade de anotações ao presente acórdão assume uma dimensão avassaladora. Entre as mais recentes, v. BJÖRN ARP, “Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B. V. Case C-248-16”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 112, n.º 3, 2018, pp. 466 e ss., ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ, “La protección del inversor en proyectos de energías renovables ante los cambios regulatorios en el Sistema eléctrico español”, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 67, 2018, pp. 9 e ss., ANDREA PINNA, “The Incompatibility of Intra-EU BiT’s with European Union Law”, in *Cahiers de l’arbitrage*, n.º 1, 2018, pp. 73 e ss., CLAUS DIETER CLASSEN, “Autonomie des Unionrechts als Festungsring?”, in *Europarecht*, n.º 3, 2018, pp. 361 e ss., DANIEL ENGEL, “Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand”, in *SchiedsVZ*, n.º 6, 2018, pp. 291 e ss., ROBIN DOMINIK MILLER, “Autonomie des Unionrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Europäische Zeitschrift zum Wirtschaftsrecht*, n.º 9, 2018, pp. 357 e ss., PATRICIA SARAH DE STÖBENER DE MORA, “Das Achmea- Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz”, in *Europäische Zeitschrift zum Wirtschaftsrecht*, n.º 9, 2018, pp. 363 e ss., CHRISTOPH OHLER, “Investor-Staat-Schiedsverfahren und Autonomie des Unionrechts”, in *JuristenZeitung*, n.º 10, 2018, pp. 514 e ss. e, entre nós, v. TIAGO DUARTE; CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “O caso Achmea e a Arbitragem de Investimentos: E depois do fim?”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 11, 2018, pp. 299 e ss.

³ As conclusões do advogado-geral MELCHIOR WATHELET ascendem a 51 páginas se considerarmos a versão publicada na colectânea de jurisprudência, disponível em (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CC0284&from=PT>).

meras 12 páginas⁴ deixam muitas dúvidas em aberto que merecem ser exploradas.

O primordial e “considerável poder explosivo”⁵ desta decisão reside, no entanto, na constatação, mais imediata, de que a arbitragem prevista num tratado bilateral de promoção e protecção de investimentos (*Bilateral Investment Treaty* = BIT) celebrados entre dois Estados-membros da União Europeia (*intra-BIT*)⁶ viola o Direito da União Europeia⁷.

Numa fórmula genérica, os BIT’s conferem, por parte dos Estados contratantes, uma protecção substantiva (através de direitos) a investidores estrangeiros (da nacionalidade de um Estado que é parte contratante no BIT, mas que não é o Estado de acolhimento⁸). Por outro lado, conferem, igualmente, uma protecção processual (por intermédio de mecanismos arbitrais) cuja função é assegurar o cumprimento daquela mesma protecção substantiva por parte do Estado de acolhimento⁹.

Os macro-problemas que se colocam no acórdão objecto de anotação são essencialmente três: (i) a questão de saber se o mecanismo

⁴ Na versão publicada na colectânea de jurisprudência, disponível em (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=PT>).

⁵ Como bem reconhece MATTHIAS J. MÜLLER, “RIW Kommentar”, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 4/2018, p. 205.

⁶ Sobre estes, *cfr.* JOHN P. GAFFNEY; ZEYNEP AKÇAY, “European Bilateral Approaches”, in *International Investment Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2015, pp. 186 e ss. Em geral, sobre os tratados bilaterais de investimentos não pode deixar de mencionar-se a obra fundamental de RUDOLF DOLZER; MARGRETE STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, em particular no que concerne à emergência histórica dos BIT’s, pp. 10 e ss. *Cfr.*, igualmente, sobre a distinção entre o bilateralismo e o multilateralismo no domínio da arbitragem de investimentos, v. STEPHAN W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 8 e ss.

⁷ Conforme conclui o TJUE que: “[o]s artigos 267.º e 344.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição constante de um acordo internacional celebrado entre os Estados-Membros, como o artigo 8.º do Acordo sobre o Encorajamento e a Protecção Recíprocos dos Investimentos entre o Reino dos Países Baixos e a República Federal Checa e Eslovaca, nos termos da qual um investidor de um desses Estados-Membros pode, em caso de litígio relativo a investimentos realizados noutro Estado-Membro, intentar uma ação contra este último Estado-Membro num tribunal arbitral, cuja competência esse Estado-Membro se comprometeu a assinar”.

⁸ Conhecido, na formulação inglesa, como “host state”.

⁹ V., por exemplo, JOHN P. GAFFNEY; ZEYNEP AKÇAY, “European Bilateral Approaches”, 2015, p. 191.

arbitral descrito é compatível com o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que estabelece a obrigação dos Estados-Membros em não submeter a interpretação ou aplicação do Tratado a modos de resolução de litígios diversos dos que nele se encontram previstos¹⁰; (ii) se o tribunal arbitral constituído ao abrigo de um *intra-BIT* pode ser considerado um órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE (respeitante ao mecanismo de reenvio prejudicial); (iii) se a arbitragem prevista no *intra-BIT* consubstancia uma discriminação contrária ao artigo 18.º do TFUE¹¹.

As duas primeiras questões foram, na decisão anotada, essenciais para o TJUE concluir pela incompatibilidade dos mecanismos arbitrais em apreciação com o Direito da União Europeia, excluindo-se, porém, qualquer incursão no último problema. Neste contexto, realce-se que, no caso *Achmea*, o TJ profere um acórdão que se debruça principalmente sobre a incompatibilidade do sistema arbitral de investimentos em apreciação com o Direito da União Europeia, o que contrasta com a profunda e abrangente avaliação e exposição das diversas temáticas que se podiam aqui encontrar relacionadas pelo advogado-geral MELCHIOR WATHELET¹².

Numa delimitação negativa, adiante-se que não se explorarão, no presente trabalho, todas as implicações e dimensões argumentativas do caso *Achmea*, mas que, pelo contrário e adoptando uma delimitação positiva, analisaremos somente um aspecto em particular: a noção de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia, para efeitos do artigo 267.º do TFUE.

Podem apontar-se duas razões essenciais para esta opção: (i) as implicações do presente acórdão têm sido recorrentemente discutidas, mas permanecem, na maioria das vezes, inexploradas as consequências destas

¹⁰ Dispõe o artigo 344.º do TFUE que: “[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.

¹¹ Nos termos deste artigo estatui-se que: “[n]o âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação”.

¹² Neste sentido, v. ROLAND KLAGES, “Autonomie sticht Schiedsklausel”, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, p. 217.

para a construção de uma noção de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia; (ii) no caso *Achmea*, a argumentação do TJUE, a respeito deste último conceito, convoca jurisprudência anterior que examinou a inserção da noção de órgão jurisdicional de regimes legais que regulam a arbitragem em Portugal, sendo, portanto, relevante perceber a razão que levou o TJUE a proferir uma decisão que se tem revelado como tão polémica, enquadrando-a, assim, à luz do contexto jurídico arbitral português.

II. Contexto fáctico

De um modo muito sumário, o reenvio prejudicial em causa tem subjacente uma disputa entre uma seguradora holandesa conhecida como *Eureko* (e na actualidade designada como *Achmea*) e a República da Eslováquia, uma vez que a primeira investiu no sector dos seguros após, em 2004, ter existido uma liberalização do sector da saúde nesse país e posteriormente, em 2006, ter ocorrido uma revogação parcial dessa liberalização, proibindo a distribuição de lucros obtidos a partir das actividades de seguros privados¹³.

Sucede, no entanto, que havia sido celebrado em 1991 – tendo entrado em vigor em 1992 – um acordo sobre o Encorajamento e a Protecção Recíprocos dos Investimentos entre o Reino dos Países Baixos e a República Checa e Eslovaca, no qual se comprometeram, designadamente no artigo 3.º, n.º 1, a: (i) adoptar um tratamento justo e equitativo aos investimentos dos investidores – de outra parte contratante – e (ii), bem assim, a não dificultar por intermédio de medidas injustas ou discriminatórias a operação, a gestão, o gozo ou a cessão desses mesmos investimentos. De acordo com o artigo 4.º, as partes contratantes asseguravam também a livre transferência dos pagamentos respeitantes a um investimento, designadamente de lucros, juros ou dividendos.

Por sua vez, o artigo 8.º continha uma cláusula (aceite pelas partes contratantes) que consubstancia uma convenção de arbitragem, o que

¹³ O qual veio, no entanto, a ser declarado inconstitucional em 2011, voltando, em consequência do tribunal constitucional da República Eslovaca, a ser autorizada a distribuição de lucros.

permitiu à *Eureka*, em 2008, propor uma acção arbitral contra a Eslováquia invocando que a revogação parcial da liberação do mercado de seguros lhe provocou danos em violação de normas do acordo de investimento¹⁴. A sede da arbitragem escolhida foi a cidade alemã de *Frankfurt am Main*, sendo aplicável o Direito alemão ao processo arbitral.

Foi no âmbito deste processo que a República Eslovaca invocou, desde logo, a incompatibilidade com o Direito da União Europeia da obrigatoriedade de constituir um tribunal arbitral conforme previsto no artigo 8.º, n.º 2, do acordo de investimento que fundamentava a referida acção. Este argumento foi, por sua vez, rejeitado, em 2010, pelo tribunal arbitral, o qual proferiu uma decisão interlocutória¹⁵.

Em 2012, o tribunal arbitral decidiu condenar a Eslováquia ao pagamento de um montante que ascendeu a 21,1 milhões de euros a título de compensação pelos danos sofridos pela *Achmea* (a nova designação da *Eureko*)¹⁶.

Deste acórdão decide a Eslováquia propor acção de anulação, com base no artigo 1059.º, n.º 2, do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*)¹⁷, no *Oberlandesgericht* (segunda instância no sistema judicial alemão) sediado em *Frankfurt am Main*, o qual rejeita, em 2014, a pretensão do autor desta acção¹⁸.

A República Eslovaca recorreu, igualmente, do acórdão do *Oberlandesgericht* para o *Bundesgerichtshof* (o Supremo Tribunal Federal alemão), o qual efectua um pedido de reenvio prejudicial ao TJ em 2016¹⁹.

¹⁴ Acórdão do PCA, de 26.10.2010, Proc. n.º 2008-13, disponível em: <https://www.italaw.com/>.

¹⁵ V., sobre os diversos argumentos, ao Acórdão do PCA, de 26.10.2010, proc. n.º 2008-13 (*Eureko BV v. Slovak Republic*), disponível em: <https://www.italaw.com/>.

¹⁶ Cfr. o Acórdão do PCA, de 07.12.2012, proc. n.º 2008-13 (*Eureko BV v. Slovak Republic*), disponível em: <https://www.italaw.com/>.

¹⁷ Consagra esta norma os fundamentos de anulação das sentenças arbitrais, nos quais se incluem, por exemplo, a inarbitrabilidade do litígio ou da incompatibilidade do resultado da sentença arbitral com a ordem pública.

¹⁸ Cfr. a Decisão do *Oberlandesgericht de Frankfurt am Main*, de 18.12.2014, proc. n.º 26 SCH 3/13.

¹⁹ V. o Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 3.3.2016, proc. n.º I ZB 2/15.

Em 2018, o tribunal alemão, em virtude do pedido de reenvio prejudicial formulado e da decisão do TJ no caso *Achmea*²⁰, acaba por considerar que a referida disposição do Código de Processo Civil alemão permite anular a decisão do tribunal arbitral por violação do Direito da União Europeia²¹.

III. O conceito de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia e o mecanismo de reenvio prejudicial

A compatibilidade de mecanismos arbitrais com instrumentos internacionais a que o Estado se encontra vinculado²² tem sido, primordialmente, estudada no que concerne à aplicabilidade (ou não) do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos à arbitragem, existindo uma abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nesta matéria²³.

No entanto, a relação entre a arbitragem e o Direito da União Europeia também não é, conforme se irá retirar do acórdão anotado, isenta de dúvidas jurídicas relevantes²⁴.

²⁰ Como é sabido, a consequência da decisão do TJ no âmbito de um pedido de reenvio prejudicial consiste no surgimento de uma obrigação para o órgão jurisdicional do Estado-Membro que efectuou o pedido e que vai decidir o fundo da causa, obrigando-se a respeitar a substância da decisão do TJ. V., a este respeito, sobre as consequências da decisão do TJ na sequência de um pedido de reenvio prejudicial, KOEN LENAERTS ET ALII, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 243 e ss.

²¹ *Cfr.* o Acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 31.10.2018, proc. n.º I ZB 2/15.

²² V., com outros desenvolvimentos, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, pp. 113 e ss.

²³ Sobre o tema, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos: entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, 2017, pp. 361 e ss., ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Almedina, 2017, pp. 220 e ss.

²⁴ Sobre este tema, referindo-se à existência de um acervo comunitário da arbitragem, v. JAN OLE EICHSTÄDT, *Der schiedsrechtliche Acquis communautaire*, JWV, 2013, pp. 67 e ss.

Com efeito, é sabido que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁵ (CDFUE) estabelece no artigo 47.º um direito fundamental muito idêntico ao previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, colocando-se, como é óbvio, a questão de saber se a arbitragem pode ou não integrar o conceito de tribunal aí previsto²⁶. Na interpretação desta norma não se deve deixar de ter em conta os conceitos desenvolvidos pelo TEDH, sendo, assim, relevante ter presente o âmbito de protecção da CEDH²⁷.

A CDFUE não contém, no entanto, uma definição do que se deve entender como tribunal. Em consonância, esta noção tem sido desenvolvida pelo TJUE, essencialmente, quando se pronuncia sobre o conceito de órgão jurisdicional para efeitos de reenvio prejudicial, conforme previsto no artigo 267.º do TFUE²⁸.

Neste contexto, é sabido que ao TJUE cabe, nos termos do artigo 19.º do Tratado da União Europeia, garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”, o que se manifesta com particular acuidade no diálogo entre os tribunais nacionais e o TJ que se propicia através do mecanismo de reenvio prejudicial²⁹.

²⁵ Não podemos deixar de referir que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, “[a] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

²⁶ Dispondo, na parte que nos importa, que: “[t]oda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo”.

²⁷ Especificamente sobre esta norma, admitindo que os tribunais arbitrais não integram o conceito de tribunal aí previsto, *cfr.*, por todos, JÜRGEN MEYER, *Charta de Grundrechte der Europäischen Union*, 4.ª ed., Nomos, 2014, pp. 658 e ss.

²⁸ V., neste sentido, CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäischer Grundrechtsschutz*, Nomos, 2014, p. 826.

²⁹ Sobre a mais circunstanciada abordagem, entre nós, relativamente ao tema, *cfr.* FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: o Caso Português*, Coimbra Editora, 2013, pp. 63 e ss. e, em particular no que toca à arbitragem, pp. 88 e ss. e, do mesmo autor, “os tribunais arbitrais tributários e o reenvio prejudicial”, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Almedina, 2016, pp. 84 e ss. Nos termos

A este respeito, coloca-se a questão de saber qual o conceito de “órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros” para efeitos do artigo 267.^o, n.^o 2, do TFUE.

Cumpre, portanto, reconhecer que se trata de uma noção autónoma do Direito nacional, desenvolvida pela actividade pretoriana do TJ³⁰ e que assenta essencialmente num conjunto de critérios tendenciais – e que, por este motivo, gera insegurança jurídica –, nos quais se integram, nomeadamente “a origem legal do organismo, a sua permanência, o carácter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das normas de direito, bem como a sua independência”³¹.

Note-se que, no que diz respeito à possibilidade de tribunais arbitrais voluntários poderem ser qualificados como tribunais para efeitos de reenvio prejudicial, o TJ rejeitou, desde o caso *Nordsee*³², que os tribunais

do artigo 267.^o, n.^o 1, alíneas a) e b) do TFUE cabe ao TJ a competência para decidir a título prejudicial relativamente (i) à “interpretação dos Tratados” e à “validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”.

³⁰ V. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: o Caso Português*, 2013, p. 64, reconhecendo precisamente que “[a] mera remissão para o direito nacional brigaria (...) com a necessidade de garantir a aplicação e interpretação uniforme do direito da União, tendo em conta a profusão de critérios existentes nas ordens jurídicas nacionais para a qualificação de uma entidade como “jurisdicional”. Acolher acriticamente uma definição de órgão jurisdicional, para além de admitir que entidades com funções materialmente idênticas pudessem ser sujeitos do processo prejudicial num Estado-membro e não noutro, impediria a apresentação de reenvios prejudiciais por entidades que desempenhem funções jurisdicionais, o que poderia colocar em causa a integridade da ordem jurídica da União”. A autonomia do conceito de órgão jurisdicional foi repetidamente reconhecida na jurisprudência do TJ, v., mais recentemente, o despacho do TJ. de 13.02.2014, proc. n.^o C-55/13 (*Merck Canada*), ponto 16, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu> referindo que “há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para apreciar se o organismo de reenvio tem a natureza de “órgão jurisdicional” na aceção do artigo 267.^o TFUE, questão que é unicamente do âmbito do direito da União”.

³¹ V. a síntese do Acórdão do TJ, de 31.01.2013, proc. C-394-11 (*Belov*), ponto 38. disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

³² *Cfr.* o Acórdão do TJ, de 23.03.1982, proc. C-102-81 (*Nordsee*), pontos 11 e 12, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. A doutrina que emerge desta jurisprudência foi repetida nos acórdãos do TJ, de 01.06.1999, proc. C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*), de ponto 34, e de 27.01.2005, proc. C-125/04 (*Denuit e Cordenier*), ponto 13, ambos disponíveis em: <https://eur-lex.europa.eu>.

arbitrais voluntários pudessem submeter pedidos de reenvio prejudicial ao TJ.

Importa, no entanto, deixar claro que, com esta posição jurisprudencial conservadora, o TJ não pretende minorizar a arbitragem enquanto mecanismo de resolução alternativa de litígios, mas somente evitar que dois ou mais privados pudessem por contrato (a convenção de arbitragem) criar “tribunais” para efeitos do artigo 267.^o do TFUE, de modo a poderem, assim, “forçar” um pedido de reenvio jurisprudencial ao próprio TJ³³.

Em todo o caso, a importância do acesso dos tribunais arbitrais ao mecanismo de reenvio prejudicial, em especial no plano transnacional, é facilmente demonstrada por dois motivos: (i) existe uma real necessidade de – por uma questão de igualdade – as partes não se poderem evadir, por intermédio de recurso a mecanismos arbitrais, à aplicação do Direito da União Europeia; (ii) na arbitragem transnacional existe um parco interesse das partes em correrem o risco de, numa fase muito avançada da contenda, o tribunal estadual competente, no Estado em que se sedia o tribunal arbitral³⁴, anular a sentença arbitral ou que o tribunal do Estado em que irá ocorrer o reconhecimento o rejeite por esta violar o Direito da União Europeia³⁵.

Num passado recente, o TJ pronunciou-se especificamente em relação à possibilidade de tribunais arbitrais sediados em Portugal poderem integrar o conceito de órgão jurisdicional, cabendo mencionar que são de particular relevo duas decisões em que o TJ admitiu os respectivos pedidos de reenvio prejudicial: o caso *Merck Canada* e o caso *Ascendi*³⁶.

³³ V., neste preciso sentido, KOEN LENAERTS ET ALII, *EU Procedural Law*, 2014, p. 59.

³⁴ Esta circunstância depende muito do Estado em que se sedia o tribunal arbitral, o qual pode, inclusivamente, nem ser um Estado-membro da União Europeia, tal como sucede na arbitragem desportiva transnacional, em que o *Tribunal Arbitral du Sport* se sedia em Lausanne na Suíça. Sobre este tribunal arbitral, *cfr.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos: entre o Direito Público e o Direito Privado*, 2017, pp. 383 e ss.

³⁵ Neste último sentido, *cfr.*, por exemplo, JÜRGEN BASEDOW, “EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, in *Journal of International Arbitration*, n.^o 4, 2015, pp. 367 e 368.

³⁶ Estes casos merecem uma referência específica, uma vez que o próprio TJ utiliza a jurisprudência que emerge destas decisões para fundamentar parcialmente o caso *Achmea*. *Cfr.*, a este respeito, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Os tribunais arbitrais e o reenvio

Na primeira situação estava em causa um pedido de reenvio prejudicial dirigido ao TJ por um tribunal arbitral necessário em matéria de litígios emergentes da propriedade industrial de medicamentos, constituído de acordo com o estabelecido na Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro³⁷.

O TJ conclui que este tribunal arbitral cumpria todos os critérios necessários para ser qualificado como tribunal para efeitos de reenvio prejudicial, afastando, a este respeito, dúvidas sobre o critérios da permanência na medida em que este fora “criado ao abrigo de uma base legal, que dispõe, a título permanente, de competência obrigatória e que, além disso, a legislação nacional define e enquadra as regras processuais que o mesmo aplica”, pelo que não deixou de afirmar que “há que considerar que, no caso em apreço, o requisito da permanência também se encontra preenchido”³⁸.

Na segunda situação, colocava-se a dúvida se um tribunal arbitral voluntário em matéria fiscal, constituído nos termos do disposto do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, poderia ou não ser qualificada como órgão jurisdicional para efeitos de reenvio prejudicial.

A resposta do TJ foi positiva, desde logo, porque considerou que o tribunal arbitral em apreciação “distingue-se de um órgão jurisdicional arbitral em sentido estrito”. Acrescentou que “a sua competência resulta diretamente das disposições do Decreto-Lei n.º 10/2011, não estando por

prejudicial [Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 13 de Fevereiro de 2014, “Merck Canada Inc.”, C-555/13, e ao acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 12 de Junho de 2014, “Ascendi”, C-3777/13]”, in *Anuário Português de Direito Internacional*, 2014-2015, pp. 337 e ss. V., ainda, no sentido de que existe uma novidade jurisprudencial nestes dois casos face à posição “ortodoxa” do TJ que negava a possibilidade de tribunais arbitrais de serem qualificados como tribunais para efeitos do artigo 267.º do TFUE, PASCHALIS PASCHALIDIS, “Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice”, in *Arbitration International*, n.º 4, 2017, pp. 663 e ss.

³⁷ Entretanto, este mecanismo arbitral deixou, recentemente, de ser necessário para passar a ser somente voluntário. V. o artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro.

³⁸ Despacho do TJ, de 13.02.2014, proc. C-55/13 (*Merck Canada*), ponto 24, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Sobre este caso, v. RUI MOURA RAMOS, “Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) 13 de Fevereiro de 2014. (Tribunais Arbitrais Necessários, Formulação de Questões Prejudiciais ao Tribunal de Justiça e Duração Máxima da Exclusividade das Patentes na União Europeia)”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3988, 2014, pp. 65 e ss.

isso sujeita à expressão prévia da vontade das partes de submeterem o seu diferendo à arbitragem (...)", pelo que se deveria concluir que "quando o contribuinte recorrente submete o seu diferendo à arbitragem fiscal, a jurisdição do Tribunal Arbitral Tributário tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011, carácter vinculativo para a autoridade tributária e aduaneira"³⁹.

O mais relevante a reter é que, em ambos os casos, o TJ entendeu estarmos perante órgãos jurisdicionais para efeitos do artigo 267.º, n.º 2, do TFUE, ainda que na primeira situação estivesse em causa um tribunal arbitral necessário – o que não contraria uma sedimentada jurisprudência que via nos tribunais arbitrais necessários a possibilidade de poderem efectuar pedidos de reenvio prejudicial ao TJ⁴⁰ – e no segundo caso um tribunal arbitral que se assumiria "obrigatório" para a entidade administrativa e voluntário para o particular.

Em conclusão quanto a este ponto, pode reter-se que o conceito – que assenta numa construção pretoriana do TJ – assume alguma flexibilidade, enquadrando realidades que podem não se reconduzir ao modelo clássico da arbitragem voluntária (e que poderia ser o caso da arbitragem de investimentos). O que seguidamente se verá é em que medida o TJ avançou ou não na construção do conceito de órgão jurisdicional no caso *Achmea*.

IV. O caso *Achmea*: um contributo para a noção de órgão jurisdicional?

O caminho trilhado pelo TJ no acórdão anotado apresenta uma argumentação que poderia ser considerada previsível e até plausível, mas que tem, a nosso ver, uma margem de reflexão e crítica argumentativa que merece ser escrutinada.

Como já avançado e deixando de lado qualquer observação relativamente à terceira pergunta colocada pelo *Bundesgerichtshof*, realce-se que as duas primeiras questões prejudiciais (a violação do artigo 344.º

³⁹ V. Acórdão do TJ, de 12.06.2014, proc. C-377/13, ponto 29, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁰ *Cfr.*, sobre esta questão, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, "Os tribunais arbitrais tributários e o reenvio prejudicial", 2016, pp. 492 e ss.

do TFUE e saber se o tribunal arbitral previsto no BIT poderia ser considerada um órgão jurisdicional para efeitos do reenvio prejudicial) são fundamentadas quase em exclusivo pelo TJ no argumento da necessidade de manter a “autonomia do sistema jurídico da União”⁴¹, que deve ser preservada, como se de um “dogma” de tratasse⁴², em relação ao Direito interno dos Estados-Membros e ao Direito Internacional Público⁴³.

Adianta, desde logo, o TJ que uma das características fundamentais do Direito da União Europeia manifesta-se no “facto de emanar de uma fonte autónoma, constituída pelos Tratados, pelo seu primado relativamente aos direitos dos Estados-Membros, bem como pelo efeito directo de uma série de disposições aplicáveis aos seus nacionais e aos próprios Estados-Membros”, concluindo, assim, que “[e]stas características deram origem a uma rede estruturada de princípios, de regras e de relações jurídicas mutuamente interdependentes que vinculam, reciprocamente, a própria União e os seus Estados-Membros, e estes entre si”⁴⁴.

Desta circunstância conclui que para assegurar a necessidade de preservar as especificidades e a autonomia do Direito da União Europeia⁴⁵, deve extrair-se do artigo 19.º do TFUE que é uma tarefa dos tribunais nacionais (de um Estado-Membro) e do TJ garantir quer a “aplicação plena do Direito da União Europeia”, quer a “protecção jurisdicional” desses mesmos direitos⁴⁶, sendo o reenvio prejudicial previsto no

⁴¹ V. Ponto 32. Não é desconhecida argumentação da autonomia do Direito da União Europeia – e o próprio TJ cita a este propósito a fonte de inspiração para esta argumentação –, sendo presente, em particular, no Parecer n.º 2/13 de 14 de Dezembro, relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sobre o tema da autonomia do Direito da União Europeia, *cfr.*, mais recentemente, CRISTINA CONTARTESE, “The autonomy of the EU legal order in the ECJ’s external relations case law: From the “essential” to the “specific characteristics” of the Union and back again”, in *Common Market Law Review*, n.º 6, 2017, pp. 1627–1671.

⁴² V. ROBIN DOMINIK MILLER, “Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit”, 2018, p. 359.

⁴³ *Cfr.* ponto 33. Não é por acaso que, no ponto 59, o TJ afirma peremptoriamente que “(...) o artigo 8.º do TBI viola a autonomia do direito da União”.

⁴⁴ *Cfr.* ponto 33.

⁴⁵ V. o ponto 35.

⁴⁶ *Cfr.* o ponto 36.

artigo 267.º do TFUE “a pedra angular do sistema jurisdicional”⁴⁷ da União Europeia.

A partir desta declaração de princípio, o TJ analisou as duas questões prejudiciais conjuntamente, verificando três elementos essenciais: (i) se o tribunal arbitral, no que concerne aos litígios que pudessem ser-lhe cometidos, detinha competência para interpretar ou aplicar o Direito da União Europeia; (ii) se o tribunal arbitral poderia ser qualificado como órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE; (iii) se as decisões do tribunal arbitral poderiam ser sujeitas ao controlo jurisdicional de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que permitisse ainda salvaguardar a hipótese de submissão por esse mesmo órgão de um pedido de reenvio prejudicial ao TJ.

Todos estes aspectos são relevantes para apurar/desenvolver o conceito de órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE, pelo que apreciaremos cada um de forma crítica.

Na primeira problemática reconhece o TJ que, se existissem, por hipótese, violações do acordo de investimento, o tribunal arbitral poderia ver-se na contingência de ter de aplicar ou interpretar o Direito da União Europeia, na medida em que nos termos do artigo 8.º, n.º 6, desse mesmo acordo⁴⁸, o direito materialmente aplicável era, sem margem para dúvidas, o direito da parte contratante, podendo, neste sentido, concluir-se pela existência de uma “dupla remissão”⁴⁹ para o Direito da União Europeia, uma vez que “este direito faz parte do direito em vigor em todos os Estados-Membros e que emana de um acordo internacional entre os Estados-Membros”⁵⁰.

A este respeito, a interpretação adoptada pelo TJ deve ser lida em conjunto com a necessidade de manter a autonomia do Direito da União Europeia, pelo que o imperativo da aplicação do artigo 344.º do TFUE

⁴⁷ V. o ponto 37.

⁴⁸ Dispunha esta norma (conforme é mencionado no Acórdão) que “[o] tribunal arbitral pronuncia-se ao abrigo da lei, tomando em consideração designadamente, mas não exclusivamente: – o direito em vigor na Parte Contratante em causa; – as disposições do presente acordo e de qualquer outro acordo pertinente entre as Partes Contratantes; – disposições de acordos especiais relativos ao investimento; – os princípios gerais de direito internacional”.

⁴⁹ *Cfr.* CHRISTOPH OHLER, “Investor-Staat-Schiedsverfahren und Autonomie des Unionsrechts”, 2018, p. 515.

⁵⁰ *Cfr.* ponto 41.

deve bastar-se, de acordo com a jurisprudência retirada do caso *Achmea*, com a mera possibilidade de se poder vir a colocar, no futuro e em abstracto, um problema jurídico relacionado com a aplicação do Direito da União Europeia⁵¹, inexistindo a necessidade de existir um litígio efectivo relativo à aplicação deste⁵².

Acrescentemos, ainda, a seguinte nota: do facto de um tribunal arbitral, como aquele mecanismo arbitral em análise, não se integrar numa estrutura judicial estadual, não implica necessariamente que este não deva respeitar e aplicar um núcleo basilar de regras aplicáveis⁵³, conforme é o caso do Direito da União Europeia, desde logo, quando se sedie no território de um Estado-Membro. Em suma, o tribunal arbitral podia, hipoteticamente, ser confrontado com a possibilidade de interpretar ou aplicar o Direito da União Europeia e é esta hipótese que o TJ pretende acautelar, evitando que existisse uma ofensa à autonomia do Direito da União Europeia.

Em contrapartida, mais complexa é a resposta à possibilidade de o tribunal arbitral integrar a noção de órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE. A este segundo aspecto respondeu o TJ negativamente.

Na verdade, o TJ adianta, desde logo, a importância de, para o tribunal arbitral receber a qualificação de órgão jurisdicional, se tratar de um “tribunal criado por Estados-Membros”, o que, paralelamente, tem como

⁵¹ V., desenvolvidamente, sobre este ponto, LUCA PANTALEO, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, Springer, 2019, pp. 61 e ss.

⁵² É interessante realçar a posição expressa pelo órgão jurisdicional que procedeu ao reenvio prejudicial, sendo que o *Bundesgerichtshof* entendeu não ser relevante considerar que, em concreto, o tribunal arbitral não tivesse dúvidas relativamente à compatibilidade do BIT com o Direito da União Europeia e, deste modo, se pudesse concluir que não se colocava nenhuma dúvida relevante no que concerne à aplicação desse mesmo Direito. V. o Acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 03.03.2016, proc. n.º I ZB 2/15, ponto 44.

⁵³ Mesmo nos casos em que o tribunal arbitral decida segundo a equidade, de acordo com a jurisprudência fixada no caso *Almelo* não existem dúvidas que “(...) em virtude dos princípios do primado e da uniformidade de aplicação do direito comunitário, conjugados com o artigo 5.º do Tratado, um órgão jurisdicional de um Estado-Membro a quem é submetido, nos termos da legislação nacional, um recurso de uma decisão arbitral, mesmo que julgue segundo a equidade, é obrigado a respeitar as normas do direito comunitário, em especial as relativas à concorrência”. Cfr. Acórdão do TJ, de 27.04.1994, proc. n.º C-393/92, ponto 23, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

consequência imediata que “as suas decisões estão sujeitas a mecanismos susceptíveis de assegurar a plena eficácia das normas da União”⁵⁴.

Neste contexto, afirma o TJ que não podemos concluir pela qualificação deste concreto tribunal arbitral como órgão jurisdicional, uma vez que não se trata de um “elemento do sistema jurisdicional estabelecido nos Países Baixos e na Eslováquia”⁵⁵. Não tendo dúvidas – afirmando mesmo que “este não poderá, em caso algum, ser qualificado de órgão jurisdicional “de um dos Estados-Membros”, na acepção do artigo 267.º TFUE – relativamente a essa conclusão, reconhece que (i) lhe falta o cariz derogatório da competência do tribunal arbitral em relação à jurisdição daqueles Estados-Membros⁵⁶; (ii) não se trata de um órgão jurisdicional comum a vários Estados-Membros, visto que este tribunal arbitral “não apresenta (...) laços com os sistemas jurisdicionais dos Estados-Membros”⁵⁷.

A fundamentação do TJ parece-nos insuficiente. Com efeito, ao contrário dos argumentos invocados pelo advogado-geral que são minuciosamente enquadrados à luz de alguns dos critérios comumente apontados pela jurisprudência do TJ – designadamente, (i) *a origem legal*; (ii) *a permanência*; (iii) *o carácter vinculativo*; (iv) *a natureza contraditória do processo*⁵⁸ – para qualificar um determinado órgão como jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE, a argumentação do TJ no acórdão *Achmea* resume-se a constatar de que não se trata de um órgão jurisdicional com ligação suficiente a um Estado-Membro, uma vez que o tribunal arbitral em apreço não configura um “elemento do sistema de resolução jurisdicional”.

É também esta a mesma motivação última do TJ, quando se limita a excluir a possibilidade de o tribunal arbitral ser considerado um “órgão jurisdicional comum a vários Estados-Membros”, tal como ocorre com o Tribunal de Justiça do Benelux, e fora sugerido pelo advogado-geral MELCHIOR WATHELET.

⁵⁴ V. ponto 43.

⁵⁵ *Cfr.* o ponto 45.

⁵⁶ V. o ponto 45.

⁵⁷ Neste sentido, os pontos 47 e 48.

⁵⁸ V. pontos 90, 100, 110 e 120 e ss. das conclusões do advogado-geral MELCHIOR WATHELET, de 19.09.2017, proc. n.º C-284/16, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu> concluindo em sentido diferente ao TJ.

O critério do “elemento do sistema de resolução jurisdicional”, que foi constatado no caso *Ascendi*⁵⁹, tem agora um desenvolvimento relativamente a constatar a realidade a que não se reconduz. É, portanto, legítimo duvidar se, a partir da fundamentação do caso *Achmea*, este critério passa a assumir-se como um conceito autónomo – conforme ocorreu no Acórdão em anotação – em relação aos restantes critérios anteriormente desenvolvidos pela jurisprudência do TJ para qualificar dado um tribunal arbitral como órgão jurisdicional.

Num último ponto, não é irrelevante recordar que o próprio o TJ reconhece, invocando jurisprudência anterior, que ainda que o tribunal arbitral em causa possa fixar as suas próprias regras processuais e, inclusivamente, escolher a sede do tribunal arbitral e, por conseguinte, a *lex arbitri* aplicável ao tribunal arbitral – no caso concreto a lei processual alemã –, as dificuldades anteriormente explanadas poderiam ainda, em tese, ser ultrapassadas pelo controlo – ainda que limitado – dos tribunais estaduais da sede do tribunal arbitral, podendo, em caso de necessidade, redundar num pedido de reenvio prejudicial pelos tribunais de um Estado-Membro submetido ao TJ⁶⁰.

Sucede que, no caso concreto, o TJUE conclui que se trata de uma arbitragem que não é comparável com a arbitragem comercial, na medida em que “ao passo que [a] segund[a] tem origem na autonomia da vontade das partes em causa, [a] primeir[a] resulta de um Tratado, por meio do qual os Estados-Membros consentem subtrair à competência dos seus próprios órgãos jurisdicionais e, por conseguinte, ao sistema de vias de recurso jurisdicionais que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TFUE lhes impõe que estabeleçam nos domínios abrangidos pelo direito da

⁵⁹ *Cfr.* o ponto 45, referindo-se o TJ precisamente ao caso *Ascendi* para fundamentar este critério.

⁶⁰ Conforme o TJ afirmou no ponto 54, não se pode ignorar que “no que respeita à arbitragem comercial, o Tribunal de Justiça declarou que as exigências relativas à eficácia do processo arbitral justificam que a fiscalização das decisões arbitrais exercida pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros revista um carácter limitado, desde que as disposições fundamentais do direito da União possam ser examinadas no âmbito dessa fiscalização e, se necessário for, ser objeto de um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça (v., neste sentido, Acórdãos de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, n.os 35, 36 e 40, e de 26 de outubro de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, n.os 34 a 39)”.

União, os litígios que possam dizer respeito à aplicação ou à interpretação desse direito”⁶¹.

A afirmação de que os tribunais arbitrais constituídos com base em acordos de investimento são, pelo menos para efeitos do TFUE, tribunais “excepcionais”⁶², que não são comparáveis com os tribunais arbitrais fundados na autonomia privada, serve de fundamento na linha de reconhecer a necessária conexão destes com o sistema jurisdicional estadual, mas assume uma certa paradoxalidade com a posição professada pelo TJ no Parecer n.º 1/2017 se desligada (completamente) do argumento da autonomia da União Europeia.

No entanto, no Parecer n.º 1/2017⁶³, o TJ admite precisamente que no Acordo Económico e Comercial Global (CETA) “o foro previsto (...) é distinto dos órgãos jurisdicionais nacionais do Canadá, da União e dos seus Estados-Membros”, negando concluir que os órgãos jurisdicionais previstos no CETA integrassem “o sistema judicial de qualquer uma destas Partes”⁶⁴, mas neste caso “o cará[c]ter externo do mecanismo RLIE projetado em relação ao sistema judicial da União não significa, por si só, que este mecanismo prejudica a autonomia da ordem jurídica da União”⁶⁵.

São dois os argumentos que fundamentam a conclusão do TJUE: (i) no caso de acordos celebrados pela União afirma-se que “a competência dos órgãos jurisdicionais referidos no artigo 19.º TFUE para interpretar e aplicar esses acordos não prevalece sobre a dos órgãos jurisdicionais dos Estados terceiros com os quais esses acordos foram celebrados nem sobre a dos órgãos jurisdicionais internacionais que tais acordos criam”⁶⁶; (ii) o TJ reconhece que os referidos acordos integram o Direito da União Europeia, mas que “também dizem respeito aos referidos Estados terceiros e podem, portanto, ser igualmente interpretados pelos órgãos jurisdicionais desses Estados”, uma vez que “devido ao carácter recíproco

⁶¹ V. ponto 55.

⁶² JAN OLE VOSS, “Schiedsklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen verstoßen gegen EU-Recht”, in *InfrastrukturRecht*, n.º 5, 2018, p. 142.

⁶³ Não se explorará, naturalmente, com detalhe este parecer, situando-se a sua análise crítica do âmbito deste trabalho, sem prejuízo de enquadramento.

⁶⁴ V. o ponto 114.

⁶⁵ *Cfr.* o ponto 115.

⁶⁶ V. ponto 116.

dos acordos internacionais e à necessidade de preservar a competência da União nas relações internacionais que esta pode (...) celebrar um acordo que confira a um órgão jurisdicional internacional a competência para interpretar esse acordo sem que esse órgão jurisdicional esteja vinculado pelas interpretações do referido acordo efetuadas pelos órgãos jurisdicionais das Partes”⁶⁷.

V. Conclusão

A discussão em torno das consequências do caso *Achmea* não pode, de modo algum, ainda ser considerada totalmente fechada. É certo que a arbitragem de investimentos prevista em *Intra-BIT's* se vê confrontada, no imediato, com um fim de linha⁶⁸, mas os problemas e as conceptualizações do TJ são ainda dogmaticamente discutíveis, desde logo, no que respeita ao conceito de órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.⁹ do TFUE.

Não se pode ignorar, neste contexto, que a decisão *Achmea* assume uma dimensão que extravasa claramente a conjuntura da arbitragem de investimentos, sendo certo que se pode concluir com segurança que o próprio TJ projecta a decisão com uma clara mensagem para o futuro⁶⁹ – leia-se: outros mecanismos arbitrais ou tribunais internacionais que

⁶⁷ Cfr. ponto 117.

⁶⁸ Sendo certo que não se pode ignorar que esta decisão proporcionou “um fim no processo de arbitragem de investimentos tal como a conhecíamos, mas seguramente que haverá muita história depois desse fim”, TIAGO DUARTE; CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “O caso *Achmea* e a Arbitragem de Investimentos: E depois do fim?”, 2018, p. 322.

⁶⁹ V., neste preciso sentido, BURKHARD HESS, “The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice”, in *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n.º 3, 2018, pp. 8 e 9. O futuro deve ser compreendido como uma referência ao mecanismo de resolução de litígios previsto no CETA, admitindo a compatibilidade deste com o Direito da União Europeia. O que se veio precisamente a constatar no Parecer n.º 1/2017 do TJ de 30 de Abril de 2019. Sobre o CETA, v., por todos, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A Natureza Jurídica do Acordo Económico e Comercial Global (CETA)”, in *OMC 2.0: O CETA como Novo Paradigma do Direito Internacional Económico?*, CEDIS, 2018, pp. 15 e ss. V., ainda, sobre o sistema jurisdicional do CETA, JOÃO FRANCISCO DIÓGO, “Resolução de Litígios de Investimento Internacional no CETA: uma Resposta aos Críticos?”, in *OMC 2.0: O CETA como Novo Paradigma do Direito Internacional Económico?*, CEDIS, 2018, pp. 159 e ss.

possam a vir a ser criados – quando afirma que: “um acordo internacional que prevê a criação de um órgão jurisdicional encarregue da interpretação das suas disposições e cujas decisões vinculam as instituições, incluindo o Tribunal de Justiça, não é, em princípio, incompatível com o direito da União”.

Neste sentido, admitiu precisamente que “a competência da União em matéria de relações internacionais e a sua capacidade para celebrar acordos internacionais comportam necessariamente a faculdade de se submeter às decisões de um órgão jurisdicional criado ou designado ao abrigo de tais acordos, no que respeita à interpretação e à aplicação das suas disposições, desde que a autonomia da União e da sua ordem jurídica seja respeitada”⁷⁰.

⁷⁰ *Cfr.* ponto 57.

Anotação ao Acórdão do TJUE, de 14.06.2017, processo C-75/16, Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa *

MARIA BERTA JERÓNIMO

Resumo: O acórdão em análise vem clarificar as principais dúvidas existentes quanto à mediação pré-processual obrigatória e à sua compatibilidade com o princípio da voluntariedade característico dos processos de mediação e com o direito de acesso aos tribunais. À pergunta pode o direito nacional de um Estado-membro prever o recurso obrigatório ao processo de mediação como condição de admissibilidade de uma ação judicial, sem desrespeitar o carácter voluntário da mediação, nem diminuindo a tutela jurisdicional efetiva, o TJUE veio responder em sentido afirmativo, esclarecendo, por um lado, que a voluntariedade reside não na liberdade das partes de recorrer ou não ao processo de mediação, mas no facto de serem elas as responsáveis pelo processo e, por outro lado, que a tutela jurisdicional efetiva não resulta beliscada num tal sistema se forem respeitadas as exigências do *due process*.

Palavras-chave: *Mediação pré-processual obrigatória; direito de acesso aos tribunais; tutela jurisdicional efetiva; princípio da voluntariedade; due process.*

Abstract: The case under consideration clarifies the main doubts regarding pre-litigation compulsory mediation and its compatibility with the principle of voluntariness typical of mediation proceedings and with the right of access to the courts. To the question can the national law of a Member-State impose previous mediation as a procedural requirement for the admissibility of a court proceedings, without disrespecting the voluntary nature of mediation, or reducing effective judicial protection, the Court of Justice of the European Union has responded in the affirmative, stating that, on the one hand, the voluntariness of the mediation does not lay in the possibility of the parties to decide whether or not to begin the mediation, but rather in their responsibility for the proceedings, and, on the

* Acórdão disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0075>

other hand, the effective judicial protection is not compromised in such a system if the due process requirements are respected.

Keywords: *Pre-litigation compulsory mediation; right of access to the courts; effective judicial protection; principle of voluntariness; due process.*

I. Informação sobre o Acórdão

1. *Factos relevantes*

Este acórdão vem no seguimento de um litígio que opôs um casal de consumidores – Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli (doravante “casal Menini”) – de nacionalidade italiana, ao Banco Popolare Società Cooperativa (doravante “Banco”), no âmbito do qual este exigia a restituição do montante de 991.848,21 Euros que lhes havia mutuado.

Confrontado com esta exigência de pagamento, o casal Menini deduziu oposição contra a injunção apresentada pelo Banco, requerendo a suspensão das medidas de execução. Contudo, o Tribunal de Verona (Itália) entendeu que tal procedimento de oposição não era admissível pois as partes não haviam promovido previamente um processo de mediação extrajudicial, em cumprimento do Decreto Legislativo n.º 28/2010.

Com efeito, este diploma legislativo italiano, no seu artigo 5.º, dispõe que “quem pretender intentar uma ação judicial num litígio em matéria de (...) contratos bancários e financeiros deve previamente (...) promover o procedimento de mediação”, sendo que “quando a instauração do procedimento de mediação constituir uma condição de admissibilidade da ação judicial, considera-se que esta condição está satisfeita se a primeira reunião perante o mediador terminar sem acordo”.

Em face destas disposições legais internas, o Tribunal de Verona, duvidando da sua compatibilidade com as Diretivas Europeias sobre litígios de consumo, decidiu suspender a instância e apresentar um pedido de decisão prejudicial, nos termos do art. 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, solicitando ao Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJUE”) que interpretasse as Diretivas 2013/11/EU do

Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013 (doravante “Diretiva 2013/11”) e 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008 (doravante “Diretiva 2008/52”).

Com a sua primeira questão prejudicial, o Tribunal de Verona questionou se o artigo 3.º, n.º 2 da Diretiva 2013/11 devia ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que preveja um processo de mediação obrigatória nos litígios de consumo, na medida em que estabelece que esta diretiva se aplica “sem prejuízo” da Diretiva 2008/52.

Quanto à segunda questão prejudicial, o Tribunal de Verona perguntou se a Diretiva 2013/11 devia ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional – como a que está em causa no processo principal – que preveja, em primeiro lugar, o recurso obrigatório ao processo de mediação, nos litígios de consumo, como requisito de admissibilidade da ação judicial relativa a esses litígios e, em segundo lugar, que preveja que os consumidores só podem afastar um recurso prévio à mediação se provarem que existe um motivo atendível que justifique essa decisão.

2. Entendimento e decisão do Tribunal

Em relação à primeira questão prejudicial, o TJUE salientou que a Diretiva 2008/52 não se aplicava ao litígio em causa pois apenas se aplica a litígios transfronteiriços, não sendo esse o caso já que tanto o Banco como o casal Menini têm sede e residência, respetivamente, em Itália.

Quanto a saber se a Diretiva 2013/11 se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal – a qual impõe o recurso à mediação como condição de admissibilidade de uma ação judicial – o TJUE entendeu ser objeto da segunda questão que lhe foi submetida, pronunciando-se nessa sede sobre tal tema.

Com efeito, no que toca à segunda questão prejudicial, o TJUE começa por sublinhar que a Diretiva 2013/11 pode ser aplicada ao caso pois o processo de mediação inclui-se nos procedimentos de RAL, contanto que se encontrem preenchidos os três requisitos cumulativos para a sua aplicação, cuja apreciação cabe ao juiz nacional: (i) o processo deve ter

sido iniciado por um consumidor contra um comerciante a propósito das obrigações decorrentes de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços (art. 1.º); (ii) o procedimento de RAL em questão deve ser independente, imparcial, transparente, eficaz, célere e equitativo (art. 4.º, n.º 1, alínea g); (iii) e deve ser confiado a uma entidade estabelecida com carácter duradouro e que proponha a resolução do litígio através de um procedimento RAL, figurando numa lista especial que é notificada à Comissão Europeia (art. 4.º, n.º 1, alínea h)).

Caso o juiz italiano chegue à conclusão de que a Diretiva 2013/11 é aplicável, impõe-se, então, apreciar a conformidade de uma regulamentação nacional – como a italiana – que prevê o recurso obrigatório ao processo de mediação, nos litígios de consumo, como requisito de admissibilidade da ação judicial relativa a esses litígios, com o Direito da União Europeia, em especial com o carácter voluntário da mediação e com o princípio da proteção jurisdicional efetiva.

Ora, o TJUE entendeu que o carácter voluntário dos procedimentos de RAL previsto na Diretiva 2013/11 reside não na liberdade das partes de recorrer ou não ao processo de mediação, mas no facto de as próprias partes serem responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como quiserem e pôr-lhe termo a qualquer momento. Por isso, o TJUE considerou que o que importa não é o carácter obrigatório ou facultativo do acesso ao sistema de mediação, mas antes a preservação do direito de acesso à justiça. Com efeito, as legislações nacionais podem prever o recurso prévio obrigatório a um procedimento de RAL, antes de intentarem a competente ação judicial, mas desde que tal não signifique a sonegação do princípio da proteção jurisdicional efetiva.

Em relação a este aspeto, o TJUE constatou que a exigência de um processo de mediação prévio a uma ação judicial se pode afigurar compatível com o princípio da proteção jurisdicional efetiva, observadas que estejam determinadas condições, nomeadamente: (i) o procedimento não poderá conduzir a uma decisão vinculativa para as partes; (ii) não pode implicar um atraso substancial para recorrer aos tribunais; (iii) deve suspender o prazo de prescrição dos direitos a efetivar; (iv) não pode gerar despesas significativas; (v) a via eletrónica não pode ser o único meio de acesso ao procedimento; e (vi) não pode obrigar o consumidor a ser assistido por advogado.

Além destas garantias, o TJUE salientou também que “a proteção jurisdicional efetiva implica que a retirada do consumidor do procedimento de RAL, com ou sem justo motivo, não deve ter nunca consequências desfavoráveis para ele nas fases seguintes do litígio”¹.

Verificadas todas estas condições, o TJUE entende que o recurso obrigatório a um processo de mediação antes de recorrer a um órgão jurisdicional não é incompatível nem com o carácter voluntário da mediação, previsto na Diretiva 2013/11, nem com o princípio da proteção jurisdicional efetiva.

II. Anotação

1. *Apresentação da problemática em análise*

A mediação pré-processual obrigatória suscita vários problemas jurídicos, designadamente (i) o eventual desrespeito pelo carácter voluntário que este procedimento deve revestir e (ii) a possível violação do direito fundamental de acesso aos tribunais. Foi sobre estas duas implicações que o acórdão em análise versou.

No que concerne à voluntariedade do procedimento, o art. 1.º da Diretiva 2013/11 prevê a faculdade de os consumidores apresentarem “voluntariamente” queixas contra os comerciantes perante entidades de RAL. Desta formulação, infere-se que a mediação é um procedimento de cariz voluntário, sendo as partes as únicas responsáveis pelas decisões tomadas no decurso do processo². No procedimento de mediação, a voluntariedade significa liberdade de abandono e liberdade na conformação do acordo.

Aliás, o carácter voluntário da mediação a que alude a Diretiva 2008/52 e a Diretiva 2013/11 não reside na liberdade das partes em recorrer ou não a esse procedimento, mas antes no facto de que são elas próprias as “responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como

¹ Comunicado de Imprensa n.º 62/2017 do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de junho de 2017, p. 2.

² A voluntariedade da mediação está associada à ideia de *empowerment* enquanto poder atribuído às partes de conduzirem o processo.

quiserem e terminá-lo a qualquer momento”³. O importante é que, independentemente de as partes terem iniciado o procedimento de mediação por vontade própria ou por imposição legal, lhes seja dada a oportunidade de pôr termo ao procedimento a qualquer altura.

Com efeito, a voluntariedade da mediação revela-se na possibilidade de o consumidor poder retirar-se do procedimento de RAL, “com ou sem justo motivo”, não devendo sofrer consequências desfavoráveis nas fases seguintes do litígio.

Por essa razão, o TJUE terá entendido que o carácter obrigatório ou facultativo quanto ao acesso à mediação não é relevante. O que realmente importa é que o direito de acesso à justiça seja preservado, ainda que se introduza uma etapa suplementar a superar pelas partes antes de poderem aceder aos tribunais.

Pelo contrário, uma disposição de direito nacional nos termos da qual o consumidor só pode retirar-se do processo de mediação se provar que existe um motivo atendível que justifique essa decisão, sob pena de sanções no âmbito do processo judicial subsequente, já viola o princípio da voluntariedade da mediação, na medida em que coloca entraves à saída das partes do procedimento, ao mesmo tempo que restringe verdadeiramente e injustificadamente o direito de acesso à justiça, contrariando o objetivo prosseguido pelo art. 1.º da Diretiva 2013/11 e corroborado pela redação do art. 9.º, n.º 2, alínea a). De facto, nos termos do preceituado nestas disposições, os Estados-Membros devem assegurar que as partes tenham a “possibilidade de se retirar em qualquer momento se não estiverem satisfeitas com o desempenho ou com o funcionamento do procedimento”, sendo que estas serão livres na configuração do acordo que porá termo ao litígio existente.

No que respeita à possível violação do direito fundamental de acesso aos tribunais, este acórdão assume particular relevância porque vem clarificar as dúvidas existentes quanto à mediação pré-processual obrigatória.

São vários os ordenamentos jurídicos que a elevam a pressuposto processual⁴, impondo o recurso à mediação antes de se recorrer a outros

³ Considerando 13 da Diretiva 2008/52.

⁴ São os chamados sistemas de mediação obrigatória, como o italiano e o de alguns Estados da Alemanha.

meios de resolução do litígio, nomeadamente, antes da instauração da competente ação judicial.

A mediação – enquanto meio de resolução alternativa de litígio – surge como resposta aos problemas apresentados pela Justiça, de que são exemplo o exagerado congestionamento processual nos tribunais judiciais, a morosidade no andamento das ações e os seus elevados custos financeiros.

Contudo, este meio de RAL enquanto condição de admissibilidade de uma ação judicial pode afastar a possibilidade de os cidadãos recorrerem aos tribunais como forma de solucionar os seus problemas, prejudicando o direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrados no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, entre nós, no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

Traduzindo-se a mediação pré-processual obrigatória numa restrição ao direito fundamental de acesso aos tribunais, pergunta-se se tal sistema é compatível com a nossa Lei Fundamental, com o Direito da União Europeia e com os diversos instrumentos internacionais que consagram esse mesmo direito. Podem os Estados-Membros criar barreiras no acesso imediato dos particulares aos tribunais, impondo o recurso prévio à mediação enquanto condição de admissibilidade de uma ação judicial?

É o problema da compatibilização dos sistemas de mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça.

2. O contributo do Acórdão em análise

O acórdão ora em análise veio clarificar as dúvidas existentes quanto a um sistema assim desenhado.

O TJUE salienta que apesar de a primeira parte do artigo 1.º da Diretiva 2013/11 utilizar a expressão “voluntariamente”, a segunda parte do mesmo preceito prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros tornarem obrigatória a participação em procedimentos de RAL, desde que a legislação nacional não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso à justiça.

Aliás, em conformidade com o art. 5.º, n.º 2 da Diretiva 2008/52, o TJUE refere que o processo de mediação “pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo Direito de um

Estado-Membro”, pelo que tal imposição não será necessariamente contrária ao princípio da proteção jurisdicional efetiva, como adiante veremos.

Com efeito, resulta de jurisprudência constante do TJUE que os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas, podendo comportar restrições, desde que estas correspondam a objetivos de interesse geral e não importem uma “intervenção desmedida e intolerável que atente contra a substância dos direitos assim garantidos”⁵. Este raciocínio foi adotado no Acórdão do TJUE, de 18.03.2010, proc. n.º C-317/08 (*Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA*), quanto ao procedimento de conciliação, tendo o TJUE entendido que o princípio da proteção jurisdicional efetiva podia ser restringido pela imposição de uma fase prévia de conciliação, ressalvando que o particular teria, em todo o caso, a possibilidade de recorrer aos tribunais, caso a conciliação não desse frutos.

Assim, e em consonância com o considerando 45 da Diretiva 2013/11, o TJUE concluiu que “os Estados-Membros são livres de escolher os meios que consideram adequados para evitar que o acesso ao sistema judicial seja obstruído”, contanto que o desenlace do procedimento de RAL não seja vinculativo para as partes e que os prazos de prescrição ou de caducidade não expirem durante esse procedimento, em suma, os Estados-Membros “devem assegurar que as partes que recorram a procedimentos de RAL para tentar resolver um litígio não sejam ulteriormente impedidas de intentar uma ação judicial pelo facto de o prazo de prescrição ter expirado no decurso do referido procedimento”⁶.

Deste modo, a exigência de um processo de mediação como requisito de admissibilidade de uma ação judicial é compatível com a Diretiva 2013/11 e pode afigurar-se também compatível com o princípio da proteção jurisdicional efetiva.

⁵ Acórdão do TJUE, de 18.03.2010, proc. n.º C-317/08 (*Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA*), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0317>.

⁶ Acórdão do TJUE, de 14.06.2017, proc. n.º C-75/16 (*Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa*), pp. 14-15, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0075>.

Vejamos, de seguida, como é que esta problemática tem sido abordada no Direito Português.

3. O eterno confronto entre a mediação pré-processual obrigatória e o direito de acesso aos tribunais – uma inconstitucionalidade?

Saber se o nosso ordenamento jurídico permite a imposição às partes do recurso a um processo de mediação antes de poderem recorrer a tribunal exige, antes de mais, uma cuidadosa análise do artigo 20.º da nossa Constituição, a qual nos permitirá concluir pela inconstitucionalidade ou não de um sistema de mediação pré-processual obrigatória.

No artigo 20.º, n.º 1 da Constituição (doravante “CRP”) consagra-se o direito de acesso aos tribunais enquanto direito à jurisdição, um direito que visa assegurar a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Significa isto que qualquer cidadão pode propor ações em tribunal para fazer valer os seus direitos ou interesses tutelados pelo direito material – esta é a forma normal de defesa, razão pela qual, muitas das vezes, se apelida este direito de “direito de ação”⁷. Trata-se do poder jurídico de recorrer aos tribunais, pedindo a intervenção da sua autoridade para obter a justa composição do litígio.

Em consonância com o preceituado no art. 20.º da CRP, o artigo 2.º do CPC prevê que a todo o direito corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a sua violação e a realizá-lo coercivamente, consagrando o princípio da tutela jurisdicional integral e sem lacunas de todas as situações juridicamente relevantes.

Por outras palavras, este direito traduz-se na possibilidade, a todos conferida, de recorrer a um tribunal com vista a conseguir a tutela e defesa dos seus direitos e interesses lealmente protegidos através de uma decisão judicial – é a chamada garantia da via judiciária.

⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES, *O direito de ação judicial*, Estudos de Processo Civil, FDUL, 1957, pp. 127-134. No mesmo sentido, ver ISABEL CELESTE FONSECA, “A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, p. 1173.

Contudo, como direito fundamental que é, o direito de acesso aos tribunais está sujeito ao regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias, por via do artigo 17.º da CRP, podendo ser alvo de conformação por parte do legislador ordinário.

Com efeito, o legislador ordinário tem liberdade para moldar o conteúdo deste direito, admitindo-se a sua restrição através da limitação do acesso à via judicial, contanto que tal restrição obedeça às regras previstas no artigo 18.º da CRP, o qual regula a restrição dos direitos fundamentais.

Ora, tal limitação impõe-se por razões de celeridade processual e de eficácia da própria justiça, dada a crise que a mesma atravessa e a impossibilidade de dar resposta em tempo útil aos cidadãos que procuram a resolução dos seus problemas. Verificamos, deste modo, que a imposição da mediação pré-processual obrigatória teria em vista a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados.

Importante será que tal limitação não atinja o conteúdo essencial do direito, ao ponto de o esvaziar de sentido. Foi também nessa perspetiva que o TJUE entendeu que as partes devem poder retirar-se do processo de mediação a qualquer momento, independentemente da existência de um motivo atendível, sem que lhes sejam posteriormente aplicadas sanções no âmbito do processo judicial subsequente. A não ser assim estar-se-ia a impedir verdadeiramente o acesso aos tribunais através de uma restrição desproporcional, infundada e irrazoável.

A doutrina portuguesa entende que o disposto no artigo 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa “não impede que o acesso aos tribunais possa estar dependente de uma tentativa prévia de resolução do litígio através de outro meio, desde que a tutela efetiva das situações jurídicas em causa não seja afetada com a introdução deste passo adicional”⁸.

Não se considera, por isso, a mediação pré-processual obrigatória um mecanismo inconstitucional, mas desde que estejam asseguradas as garantias de um processo justo: imparcialidade e independência do mediador; informação completa às partes sobre os princípios e características da mediação; garantia de que o processo de mediação não conduz a uma decisão vinculativa para as partes; custos razoáveis; possibilidade de as partes se retirarem do procedimento e acederem livremente aos

⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “A consagração legal da mediação em Portugal”, in *Revista Julgar*, n.º 15, 2011, p. 281.

tribunais. Uma vez assegurados estes requisitos, a mediação obrigatória não contraria o direito de acesso à justiça, cumprindo os padrões constitucionais⁹.

Nos EUA, a doutrina e a jurisprudência adotam o mesmo entendimento, no sentido de que o direito de acesso à justiça não é negado com a obrigatoriedade da mediação, desde que a mediação não crie obstáculos desrazoáveis no acesso ao tribunal, designadamente custos ou demora excessiva. Para ROSELLE WISSLER, a mediação obrigatória tem de cumprir os requisitos do *due process*, assegurando a confidencialidade, a informação plena das suas características e das alternativas disponíveis, a possibilidade de rejeição do acordo e de acesso livre aos tribunais¹⁰.

O mesmo não sucede em Inglaterra: o precedente nesta matéria foi estabelecido pelo *Court of Appeal*, no caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, onde se concluiu que a mediação pré-processual obrigatória não respeita o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante “CEDH”), entendendo-se que obrigar as partes, contra sua vontade, a resolver o litígio que as opõe através da mediação equivale a colocar-lhes um entrave inaceitável ao exercício do seu direito de acesso aos tribunais¹¹.

No espaço da União Europeia, alguns ordenamentos jurídicos¹² vêm a adotar sistemas de mediação obrigatória, prévios ao processo judicial, elevando-a a condição de admissibilidade da ação, pelo que se a parte não demonstrar que recorreu, nos Estados em que ela é imposta, à mediação pré-processual, a ação é julgada inadmissível por falta de um pressuposto processual.

⁹ Neste sentido ver MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Mediação e Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial, 2010, p. 33 e, da mesma autora, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 69.

¹⁰ ROSELLE WISSLER, “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, in *Willamette Law Review*, Vol. 33, 1997, p. 573.

¹¹ Nesta decisão afirma-se o seguinte: “it is one thing to encourage the parties to agree to mediation (...) it is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court”. Decisão do *Court of Appeal*, de 11.05.2004, proc. n.º B3/2003/1458 e B3/2003/1582, disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/>.

¹² É o caso da Itália, França e de alguns Estados na Alemanha.

Como tivemos oportunidade de ver acima, o TJUE já se pronunciou sobre esta matéria, tendo vindo clarificar que a mediação não foi concebida para substituir os processos judiciais, pelo que as partes mantêm sempre o direito de procurar fazer valer as suas pretensões em tribunal. De facto, não se impede as partes de exercer o seu direito de acesso aos tribunais no caso de não conseguirem dirimir o seu litígio em sede de mediação, de modo que elas nunca ficarão impedidas de instaurar um processo judicial relativo a esse litígio.

4. Conclusões e posição adotada

O TJUE veio, então, através do acórdão analisado, estabelecer que o Direito da União Europeia não se opõe a uma regulamentação nacional que preveja o recurso a um processo de mediação como requisito de admissibilidade de uma ação judicial, visto não violar a garantia de tutela jurisdicional efetiva, desde que tal exigência não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso aos tribunais.

Com efeito, do direito fundamental de acesso aos tribunais, apenas resulta que o acesso aos tribunais não deve ser negado, ainda que se possa recorrer a outros meios de resolução de conflitos. De facto, estas duas realidades – o acesso aos tribunais e o recurso prévio a um meio de resolução alternativa do litígio – são compatíveis, desde logo porque a imposição da mediação numa fase pré-judicial não importa uma recusa do acesso aos tribunais na medida em que, se as partes não chegarem a acordo, podem propor ação judicial.

Na verdade, o que vem consagrado no artigo 6.º da CEDH e, entre nós, no artigo 20.º da CRP, “não é um acesso irrestrito e imediato aos tribunais judiciais, sendo admissíveis limitações a esse acesso se se considerarem justificáveis e não implicarem uma desvantagem desproporcional para as partes”¹³.

¹³ MARIA JERÓNIMO, “Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-processual Obrigatória”, in *Revista Electrónica do Direito*, n.º 2, 2018, p. 121. No mesmo sentido, ver PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, p. 71.

Ora, tendo em conta que a mediação pré-processual obrigatória importa uma restrição ao direito fundamental de acesso aos tribunais, para aferir da sua compatibilidade com este, há que fazer o exercício de verificar se existe uma justificação razoável para a imposição do recurso a um procedimento prévio à ação judicial.

Por um lado, é evidente que o recurso prévio à mediação permite uma afetação mais racional dos recursos da Justiça, ao mesmo tempo que promove uma nova abordagem do conflito¹⁴, uma nova forma de resolução, menos litigiosa e menos morosa, com benefícios para as partes, dando-lhes a oportunidade de colaborar entre si na construção de uma solução que ponha termo ao litígio que as opõe e que seja vantajosa para ambas.

O que se alcança com a implementação de uma fase prévia de mediação obrigatória é o auxílio aos juízes e ao tribunal, na medida em que se consegue um alívio da carga processual e, simultaneamente, apresenta-se às partes uma primeira via de resolução que pode ser mais adequada ao seu litígio.

Por outro lado, uma restrição inadmissível do direito de acesso aos tribunais é aquela que impede efetivamente o exercício do direito, esvaziando-o do seu conteúdo útil, algo que seria inconstitucional à luz do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, e por isso, inadmissível. Ora, não é isto que sucede com a imposição de uma fase prévia obrigatória de mediação, antes de qualquer ação judicial. De facto, tal imposição nunca impede o acesso dos cidadãos à justiça, simplesmente posterga essa possibilidade.

Implementando-se a mediação pré-processual obrigatória, o que existe é uma privação parcial, pelo que as partes apenas seriam obrigadas a comparecer à primeira sessão, podendo a qualquer momento desistir do procedimento e intentar a devida ação judicial.

¹⁴ Sobre esta nova abordagem ao conflito, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo “Paradigma” de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008, p. 21, para quem o Estado era visto como um “ladrão de conflitos” em relação aos cidadãos, que decide agora, “depois de verificar o resultado deplorável desse roubo”, devolver às partes um litígio que só a elas pertence, através da mediação. Isto porque, na resolução do conflito, as partes devem atuar por si mesmas em vez de verem alheados os seus mais básicos direitos de participação processual.

Deste modo, a implementação de um sistema de mediação prévia obrigatória não contrariaria nem poria em causa a garantia de tutela jurisdicional efetiva, sendo admissível como pressuposto processual de uma ação judicial, uma vez que não se afasta nunca a possibilidade de recurso aos tribunais, apenas a protela no tempo. Importa, no entanto, que se prevejam determinadas garantias relacionadas com o *due process*, como sejam custos razoáveis; imparcialidade e independência do mediador; informação completa às partes sobre os princípios e características da mediação; garantia de que o processo de mediação não conduz a uma decisão vinculativa para as partes (poderá apenas haver uma sugestão de solução pelo terceiro); possibilidade de as partes recusarem o acordo e acederem livremente aos tribunais¹⁵.

É aliás, algo que já vem salvaguardado na Lei da Mediação. Veja-se, a título de exemplo, (i) o artigo 2.º, alínea b) que prevê a figura do mediador enquanto “terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados”, assim se garantindo imparcialidade e independência do mediador e a inexistência de uma decisão vinculativa para as partes; (ii) o artigo 4.º, n.º 2, nos termos do qual as partes podem “em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento”, assim se garantindo a possibilidade de as partes desistirem do procedimento e acederem livremente aos tribunais; (iii) o artigo 13.º onde se estabelece que os prazos de caducidade e de prescrição do direito de ação se suspendem com o recurso à mediação, não se perdendo o direito de recorrer aos tribunais nessa situação; e (iv) o artigo 16.º, n.º 1 onde se prevê a existência de uma primeira fase no processo de mediação de carácter informativo, na qual o mediador explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento, garantindo assim a informação completa das partes quanto aos princípios e características da mediação.

Assim sendo, e desde que estejam asseguradas as garantias associadas ao *due process*, um tal sistema de mediação pré-processual obrigatória é uma possibilidade a considerar no nosso ordenamento jurídico, constituindo um remédio de combate à crise jurisdicional que permite obter uma solução de forma pacífica e conjunta, muitas vezes sem chegar a

¹⁵ Neste sentido, ver MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 69.

tribunal, o que contribuirá para o descongestionamento processual, ao mesmo tempo que se evitam os avultados custos judiciais e a morosidade das decisões.

No entanto, este sistema não é perfeito e comporta alguns inconvenientes, desde logo porque pode colocar em causa um princípio estruturante da mediação – o princípio da voluntariedade. Com efeito, ao serem impelidas a participar na mediação, antes de propor a devida ação judicial, as partes poderão não ter a mesma abertura e disponibilidade para comunicarem e resolverem o problema, encarando este procedimento como mais uma barreira que têm de transpor para poder aceder ao tribunal, situação que não é desejável por comprometer o processo, tornando-o ineficaz.

Este problema pode ser ultrapassado com a adoção de um outro mecanismo: a pré-mediação obrigatória – uma sessão informativa na qual o mediador informa as partes sobre os termos da mediação, finda a qual as partes têm liberdade para decidir se querem ou não seguir para a mediação.

Esta seria uma boa solução, na medida em que permite atingir um resultado próximo daquele que seria atingido com a mediação pré-processual obrigatória – o alívio da carga processual aliado a uma resolução célere e eficaz do litígio – respeitando o princípio da voluntariedade.

Isto é algo que está implementado nos Julgados de Paz, nos termos do artigo 50.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07 (“Lei dos Julgados de Paz”), onde se prevê a existência de uma sessão de pré-mediação que se destina a explicar às partes em que consiste e para que serve a mediação, aferindo-se da sua predisposição para um possível acordo em sede de mediação. Desta sessão resultaria uma de duas situações: ou as partes manifestariam predisposição para um possível acordo, avançando-se, então, para a fase de mediação; ou faltando essa vontade, as partes instaurariam a devida ação judicial, exercendo, então, o seu direito de acesso aos tribunais.

Contudo, note-se que a pré-mediação, nos Julgados de Paz, é um ato inserido na própria tramitação do processo de mediação¹⁶ e, por isso, está

¹⁶ Neste sentido, ver J.O. CARDONA FERREIRA, *Julgados de Paz. Organização, competência e funcionamento* (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31.07). O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 207.

sujeita aos mesmos princípios, nomeadamente o da voluntariedade, só se realizando se nenhuma das partes afastar a possibilidade de mediação, conforme consta do disposto no artigo 49.º, n. º1 da Lei dos Julgados de Paz.

Ora, o que se propõe é uma sessão de pré-mediação obrigatória em que as partes seriam informadas do procedimento e das características da mediação, oferecendo-se-lhes a possibilidade de optarem, de forma livre e esclarecida, ou pela via da mediação – menos litigiosa, morosa e onerosa – ou pela via judicial como forma de resolução do seu diferendo.

Note-se que esta sessão de pré-mediação obrigatória seria essencial como forma de divulgar um meio de resolução de litígios que as partes de outro modo não conheceriam ou teriam resistência a utilizar por desconhecimento ou insegurança ligada a esse desconhecimento. De facto, é importante lembrar que, quando as partes recorrem a um tribunal ou a um julgado de paz para resolver o seu litígio estão em desacordo, mas tal não significa que não possam alcançar um acordo posterior em sede de mediação. Muitas vezes, esse acordo é a solução mais viável para a resolução dos seus problemas, simplesmente as partes não têm conhecimento dessa possibilidade.

Em resumo, a pré-mediação obrigatória aqui proposta apresenta-se como uma solução alternativa à implementação de um sistema de mediação pré-processual obrigatória, que não padece dos problemas a esta associados, evidenciando várias vantagens: (i) não põe em causa o princípio da voluntariedade característico da mediação, mantendo as partes a liberdade para decidir se querem ou não avançar para essa fase; (ii) respeita o direito de acesso aos tribunais e a garantia da tutela jurisdicional efetiva, já que as partes poderão sempre instaurar a ação judicial tendente a resolver o seu litígio; (iii) permite uma nova abordagem ao conflito e à sua forma de resolução, geradora de paz social, lembrando às partes que existe um mecanismo alternativo de resolução do seu conflito, o qual lhes garante o pleno domínio do processo e lhes oferece a possibilidade de decidir sobre o desfecho do litígio, podendo-se até alcançar uma solução que pode ser a que melhor corresponderá à justa composição do litígio; (iv) permite aliviar a carga processual e resolver parte da crise da Justiça que enfrentamos por oferecer um mecanismo alternativo de resolução do litígio.

Considerando o exposto, conclui-se que o direito de acesso aos tribunais não é um direito absoluto, permitindo-se restrições, nomeadamente pela existência de mecanismos que tornem este acesso uma *ultima ratio*. Por essa razão, bem entendeu o TJUE ao estabelecer que o recurso obrigatório a um processo de mediação antes de recorrer a um órgão jurisdicional não é incompatível nem com o carácter voluntário da mesma previsto na Diretiva 2013/11, nem com o princípio da proteção jurisdicional efetiva. Com efeito, a mediação pré-processual obrigatória não impede o acesso aos tribunais, pois se as partes não chegarem a acordo podem propor ação judicial. Deste modo, o TJUE admite a existência de um processo prévio de mediação como requisito de admissibilidade da ação judicial, conformando-se com a possibilidade de o legislador nacional implementar um sistema de pré-mediação obrigatória nos moldes ora propostos.

De facto, a implementação de um sistema de mediação enquanto condição de admissibilidade de uma ação judicial pode fazer sentido em determinados casos, servindo como um meio complementar à Justiça capaz de realizar uma afetação mais racional dos recursos da Justiça, um alívio da carga processual, uma diminuição dos custos processuais ao mesmo tempo que promove uma nova abordagem à resolução dos conflitos, geradora de paz social.

Índice Desenvolvido

NOTA DE ABERTURA	5
------------------	---

ÍNDICE	7
--------	---

I – ARTIGOS A) ARBITRAGEM

A ARBITRAGEM LABORAL DESPORTIVA EM PORTUGAL: UM JOGO DE ESPELHOS?

<i>Daniela Mirante</i>	11
I. Introdução e delimitação do tema	12
II. A resolução de litígios laborais individuais por via laboral	14
III. A resolução de litígios laborais desportivos em Portugal	20
IV. A arbitrabilidade dos litígios laborais desportivos	24
a) Noção de arbitrabilidade	24
b) O critério da disponibilidade e a arbitragem laboral	29
V. Conclusão	38

ENTRE A PROTECÇÃO MATERIAL E JURISDICIONAL: EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS CLÁUSULAS MFN NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

<i>Carolina Botelho Sampaio</i>	39
I. Introdução	40
II. A génese das cláusulas MFN e a sua amplitude	44
III. A interpretação das cláusulas MFN e o seu âmbito de aplicação	47
i. Caso Maffezini: presunção do efeito jurisdicional	50

ii. Caso Plama: negação dos efeitos jurisdicionais	53
IV. O standard de “tratamento” ínsito nos BITs	54
V. Finalidades subjacentes à invocação da cláusula MFN para justificar a extensão dos efeitos jurisdicionais dos BITs:	56
VI. Principais argumentos avançados a propósito do âmbito jurisdicional das cláusulas MFN	60
i. Cláusulas “taylor-made”	60
ii. Distinção entre o regime substantivo e matérias jurisdicionais	62
iii. Interpretação textual BIT por BIT	63
iv. A natureza do consentimento dos Estados e o risco de “treaty-shopping”	65
VII. O papel fundamental do background dos árbitros	67
VIII. Conclusão	67

SECURITY FOR COSTS – ADMISSIBILIDADE E PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

<i>Catarina Pericão</i>	71
I. Security for Costs – admissibilidade e pressupostos de aplicação	72
A. Da admissibilidade do decretamento das providências de security for costs	72
1. Considerações introdutórias	72
2. A responsabilidade pelos custos do processo	74
3. Legitimidade para requerer uma providência de security for costs	75
4. As providências cautelares na LAV	77
5. Da competência do Tribunal Arbitral para decretar providências de security for costs	80
B. Dos pressupostos de decretamento das providências de security for costs	88
1. Fumus boni iuris, periculum in mora e princípio da proporcionalidade	88
2. Da alteração das circunstâncias económico-financeiras da parte requerida	92
3. Third Party Funding e a sua relevância no decretamento das providências de security for costs	101
II. Síntese Conclusiva	103

O CONFLITO ENTRE A PUBLICIDADE E A
CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM: UM REFLEXO
DO “DUE PROCESS PARANOIA”?

<i>Margarida Arêlo Manso</i>	107
1. O paradigma do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem	108
2. O conflito num plano normativo – particular análise da solução adoptada pela actual LAV e pela CIMA	122
2.1. A confidencialidade nos procedimentos arbitrais da CIMA – particular análise aos seus artigos 62.º e 63.º	126
3. O conflito como reflexo do “Due Process Paranoia” na Arbitragem	134
3.1. A definição possível do fenómeno do “Do Due Process Paranoia” na Arbitragem	135
4. Conclusões pessoais e tomada de posição	142

B) MEDIAÇÃO

CAUCUS NA MEDIAÇÃO – ADMISSIBILIDADE, RELEVÂNCIA
E TÉCNICAS: UMA ABORDAGEM TEÓRICA

<i>Catarina Nicolau Campos</i>	147
Introdução	147
I. Caucus – conceito	148
1.1. Significado político	148
1.2. Significado para a resolução alternativa de litígios	149
II. Admissibilidade	151
2.1. Enquadramento legal	151
2.1.1. A Lei n.º 29/2013	151
2.1.2. Outras fontes	152
2.2. Controvérsia quanto ao recurso ao caucus na mediação	153
2.2.1. Posição adotada	154
2.3. Motivos tendentes à realização de caucus: breve elenco	155
III. Os princípios e o procedimento	158
IV. O uso de técnicas e estratégias de comunicação e gestão de informação	159

4.4. Um exemplo: a estratégia imparcialidade-empatia	160
4.4.1. Posição adotada	161
V. Conclusão	162

MEDIAÇÃO TRANSFORMADORA: A APRENDIZAGEM DA ESCUTA

<i>Maria Miguel Oliveira da Silva</i>	163
1. Notas introdutórias	163
2. A mediação transformadora	165
3. Críticas ao modelo transformador	171
4. Principais áreas vocacionadas para o acolhimento do modelo transformador	172
5. Síntese conclusiva e posição adotada	173

II – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

THIRD PARTY FUNDING NA ARBITRAGEM COMERCIAL – A APLICABILIDADE DO FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS POR TERCEIROS E A POSSIBILIDADE DA SUA REGULAÇÃO

<i>Alexandra Mendes Gonçalves</i>	177
Introdução	182
1. TPF: O Primeiro Contacto	185
1.1. O que é o Third Party Funding?	185
1.2. As Raízes do TPF	193
1.3. Os Principais Atores e Cenários do TPF	199
1.3.1. Alguns Dados Estatísticos	199
1.3.2. Os <i>Funders</i>	200
1.3.3. As Modalidades de TPF	204
2. O TPF no Mundo	206
2.1. Generalidades	206
2.2. Brasil	208
2.3. Inglaterra e o País de Gales	211
2.4. Irlanda	215
2.5. Alemanha	217
2.6. EUA	220
2.7. Hong Kong e Singapura	225

3. O TPF e o Processo Arbitral	228
3.1. Vantagens do TPF	229
3.1.1. Acesso à Justiça	229
3.1.2. Due Diligence do Funder	232
3.2. Desvantagens do TPF	235
3.2.1. Aumento da litigância sem mérito	235
3.2.2. Controlo do processo pelo <i>funder</i>	238
3.3. As Implicações, Especificidades e Problemas do TPF no Processo Arbitral	241
3.3.1. A Independência e Imparcialidade dos Árbitros	241
3.3.2. Confidencialidade	246
3.4. Deve o TPF ser regulado?	250
4. Third Party Funding: Uma miragem no Ordenamento Português?	254
4.1. Generalidades	254
4.2. Vicissitudes do Ordenamento Português	256
4.2.1. Os Deveres Deontológicos do Advogado	256
4.2.2. A Proibição Geral da Usura	261
4.2.3. A Natureza do Acordo de Financiamento: Associação em Participação?	263
4.2.4. Dever de divulgação para árbitros à luz da LAV e do Regulamento do CAC	266
4.2.5. A responsabilidade do funder no pagamento de custas de parte	269
Conclusões	272

III – ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

ADVERSE INFERENCES – TO DRAW OR NOT TO DRAW;
COUR D'APPEL DE PARIS, 28.02.2017

<i>Mariana França Gouveia</i>	279
1. Introduction	281
2. Requirements To Draw Negative Inferences	283
3. Conclusion	290

ARBITRAGEM (DE INVESTIMENTOS) E A NOÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA, PARA EFEITOS DO ARTIGO 267.º DO TFUE. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (GRANDE SECÇÃO) DE 6 DE MARÇO DE 2018, “SLOWAKISCHE REPUBLIK CONTRA ACHMEA BV”, C-284/16

<i>Artur Flamínio da Silva</i>	295
I. Enquadramento e delimitação do tema	296
II. Contexto fáctico	299
III. O conceito de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia e o mecanismo de reenvio prejudicial	301
IV. O caso Achmea: um contributo para a noção de órgão jurisdicional?	306
V. Conclusão	313

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TJUE, DE 14.06.2017, PROCESSO C-75/16, LIVIO MENINI E MARIA ANTONIA RAMPANELLI / BANCO POPOLARE SOCIETÀ COOPERATIVA

<i>Maria Berta Jerónimo</i>	315
I. Informação sobre o Acórdão	316
1. Factos relevantes	316
2. Entendimento e decisão do Tribunal	317
II. Anotação	319
1. Apresentação da problemática em análise	319
2. O contributo do Acórdão em análise	321
3. O eterno confronto entre a mediação pré-processual obrigatória e o direito de acesso aos tribunais – uma inconstitucionalidade?	323
4. Conclusões e posição adotada	326

O Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios/ADR Lab, atualmente integrado no NOVA Dispute Resolution Forum, foi criado em 2007 com a missão de desenvolver atividades relacionadas com os meios RAL. Caracteriza-se por uma forte abertura à comunidade extra-académica e tem como objetivo investir na formação, na investigação, na reflexão e na divulgação de informação nestas matérias. O presente Anuário representa mais um passo na prossecução destes objetivos.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

ARTIGOS

ARBITRAGEM

A arbitragem laboral desportiva em Portugal: um jogo de espelhos? - DANIELA MIRANTE

Entre a protecção material e jurisdicional: extensão dos efeitos das cláusulas MFN no contexto da arbitragem de investimentos - CAROLINA BOTELHO SAMPAIO

Security for Costs – Admissibilidade e Pressupostos de Aplicação - CATARINA PERICÃO

O conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem: um reflexo do 'due process paranoia'? - MARGARIDA ARÊLO MANSO

MEDIAÇÃO

Caucus na mediação - admissibilidade, relevância e técnicas: uma abordagem teórica - CATARINA NICOLAU CAMPOS

Mediação transformadora: a aprendizagem da escuta - MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Third Party Funding na Arbitragem Comercial - A aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a possibilidade da sua regulação - ALEXANDRA MENDES GONÇALVES

ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Adverse inferences – to draw or not to draw: Cour d'Appel de Paris, 28.02.2017 - MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Arbitragem (de investimentos) e a noção de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia, para efeitos do artigo 267.º do TFUE. Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 6 de Março de 2018, 'Slovakische Republik contra Achmea BV', C-284/16 - ARTUR FLAMINIO DA SILVA

Anotação ao Acórdão do TJUE de 14.06.2017, processo C-75/16, Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa - MARIA BERTA JERONIMO