

**O REGIME LEGAL DA ACÇÃO DE ANULAÇÃO
DA DECISÃO ARBITRAL**

José Carlos Garcia dos Santos

O REGIME LEGAL DA ACÇÃO DE ANULAÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL*

José Carlos Garcia dos Santos¹

SUMÁRIO – A) Com o presente estudo pretende-se analisar, criticamente, cada um dos fundamentos de anulação da decisão arbitral, previstos no artigo 27.º de Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), bem como, face ao silêncio do legislador determinar, sob alguns aspectos, o regime jurídico da respectiva acção de anulação. B) I) Introdução II) Fundamentos de anulação; Crítica III) Alguns aspectos do regime jurídico da acção de anulação; Tipo de acção; Forma do processo; Competência; Poderes do juiz na fase de julgamento; Crítica.

I. Introdução

A acção de anulação, os recursos e a oposição à execução constituem os meios de impugnação das decisões proferidas em arbitragem voluntária. Não adoptou a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária, adiante designada por LAV), o regime previsto na Lei-Modelo da CNUDCI, que expressamente dispõe que o único meio de impugnação contra a decisão arbitral é a *anulação* (artigo 34.º da Lei-Modelo)².

* O presente artigo corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado na disciplina de Análise Crítica de Legislação do Curso para Acesso ao Doutoramento (ano lectivo 2005/2006).

¹ Professor na Universidade Lusíada de Lisboa.

² No mesmo sentido da Lei-Modelo, o § 1059 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO). Quer o Novo Código Processo Civil Francês (NCPC), artigos 1482.º e 1483.º, quer o Código Processo Civil Italiano (CPCI), artigo 827.º, adoptam uma dualidade de meios de impugnação da decisão arbitral. Esta dualidade de meios de impugnação tem sido severamente criticada na nossa doutrina. Assim, FRANCISCO CORTEZ, *A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados*, O Direito, 124, 1992, pp. 579 e segs. e PAULA COSTA E SILVA, *Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português*, ROA, 1996, p. 188 e 189. Admitir todos os meios de impugnação judicial de decisões arbitrais sem qualquer restrição, elimina, talvez, a maior vantagem deste meio alternativo de resolução de litígios. Tendo as partes o poder de escolher quem entendam mais aptopara proferir a decisão correcta, não se compreende que possam questionar, sem mais, a decisão

II. Os fundamentos de anulação

O artigo 27.º da LAV, enumera taxativamente³⁻⁴ as causas de anulação de uma decisão proferida por árbitros.

Estatui a alínea a) que constitui fundamento de anulação da decisão arbitral o facto de «não ser o litígio susceptível de resolução por via arbitral».

Resulta daquela alínea que é susceptível de anulação toda a sentença que incida sobre litígios subtraídos à arbitragem voluntária.

Estes litígios são, segundo o n.º 1, do artigo 1.º da LAV, todos aqueles que, por lei especial, se encontram necessariamente submetidos a tribunal judicial ou a arbitragem necessária⁵, bem como aqueles que respeitem a direitos indisponíveis das partes⁶.

É evidente que, mesmo que a LAV não o referisse expressamente, não seriam susceptíveis de decisão por arbitragem voluntária aqueles litígios que, por lei especial, estão exclusivamente submetidos a tribunal judicial ou a arbitragem necessária. É «efeito dessas leis especiais, por um lado, derrogar a lei que reconhece a autonomia da vontade nesta matéria e, por outro e reflexo lado, limitar a dita autonomia. A lei tem de ser especial, visto que a lei geral sobre a jurisdição dos tribunais estaduais está, por sua vez, derrogada pela lei permissiva da arbitragem voluntária»⁷.

Uma lei que pretenda submeter certos litígios exclusivamente a arbitragem necessária tem que literalmente exprimir-se nesse sentido; ela exclui tanto os tribunais estaduais como as arbitragens voluntárias, e impõe a decisão por meio de árbitros. A afectação de litígios à jurisdição exclusiva de tribunais estaduais pode ser feita de por diversas formas: ou de forma directa; ou proi-

efectivamente encontrada para o caso concreto. Teria sido mais correcto manter a solução da anterior LAV (Decreto Lei n.º 243/84, de 17 de Julho), que consagrava como regra geral supletiva a irrecorribilidade das decisões arbitrais.

³ Pode ler-se, no artigo 27.º, n.º 1, da LAV, que «A sentença arbitral só pode ser anulada...por algum dos seguintes fundamentos».

⁴ Neste sentido PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, ROA, 1992, p. 921 e *Os Meios de Impugnação...*, cit., p. 186. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, Almedina, 2005, pp. 173 e 268 e segs., reconhece que a enumeração do artigo 27.º, n.º 1, da LAV, é aparentemente taxativa, embora reconheça que existem "boas razões para admitir fundamentos adicionais". DÁRIO MOURA VICENTE, *L'évolution recente du droit de l'arbitrage au Portugal*. Direito Internacional Privado. Ensaio, I, 2002, p. 338, dá uma diferente formulação à lista do artigo 27.º, n.º 1, da LAV: não arbitrabilidade do litígio, incompetência ou constituição irregular do tribunal, violação da ordem pública processual, falta da sentença e da sua assinatura pela maioria dos árbitros, violação pelo tribunal arbitral da sua competência objectiva e omissão da sentença quanto a questões sobre as quais o tribunal se deveria pronunciar.

⁵ Um caso de arbitragem necessária pode ser encontrada no Código das Expropriações.

⁶ Se bem que a LAV não refira expressamente se a indisponibilidade do direito há-de ser absoluta ou relativa, bastará a indisponibilidade relativa para que um litígio seja inarbitrável. Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *Anulação...*, cit., p. 922, nota 77.

⁷ RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, ROA, II, p. 317 e 318.

bindo para esses litígios a arbitragem voluntária; ou actuando sobre os requisitos da arbitragem voluntária, como por exemplo tornando indisponíveis certos direitos ou impedindo que sobre eles seja celebrada transacção.

Se as duas primeiras causas de causas de inarbitrabilidade não oferecem dúvidas, o mesmo já não se poderá afirmar quanto à indisponibilidade do objecto. Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, o critério da disponibilidade do direito justifica-se, «porquanto é nas relações que dependem da vontade das partes, e só nestas, que se deve admitir o exercício de uma actividade jurisdicional por particulares. A sujeição a arbitragem de relações indisponíveis permitiria facilmente às partes tornar a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que actuassem de acordo com sua vontade»⁸.

Parece, contudo, e seguindo RAÚL VENTURA⁹, não poder equiparar-se ou confundir-se a indisponibilidade dos efeitos substantivos com a indisponibilidade do modo de produção desses efeitos.

Para PAULA COSTA E SILVA, em casos de indisponibilidade do direito a preservação dos interesses de ordem pública inerentes à situação jurídica litigada bastar-se-ia com a proibição de as partes atribuírem aos árbitros a faculdade de julgarem de acordo com a equidade¹⁰.

Na realidade, não existe relação directa entre a disponibilidade do direito e a arbitrabilidade. Revela, assim, o legislador alguma desconfiança relativamente ao tribunal arbitral ao impedir que este dirima conflitos respeitantes a direitos indisponíveis. Porém, sempre se dirá que não faz muito sentido o legislador desconfiar de um meio de resolução de litígios a cuja decisão atribui força de caso julgado e força executiva (artigo 26.º da LAV).

A alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º, prevê como fundamento de anulação a circunstância da decisão arbitral ter «sido proferida por tribunal incompetente ou irregularmente constituído».

Não existindo nenhuma norma que defina em que medida um tribunal arbitral voluntário pode dirimir determinado tipo de litígios, torna-se necessário saber como se afere a sua competência.

A convenção de arbitragem constitui a fonte da competência do tribunal arbitral, é ela que lhe demarca os limites. Por outras palavras, são as partes quem, através da celebração de uma convenção de arbitragem, atribui poderes aos árbitros para que estes dirimam determinado litígio. Entende-se, assim, que a competência do tribunal arbitral voluntário tem natureza convencional¹¹.

⁸ *Convenção de Arbitragem (aspectos internos e transnacionais)*, ROA, 2004, tomo I e II, p. 149.

⁹ Autor cit., *Convenção...*, cit., p. 321.

¹⁰ Autora cit., *Os Meios de Impugnação...*, cit., p. 182.

¹¹ Neste sentido veja-se, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, cit., p. 328; TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência e a Incompetência nos Tribunais Comuns*, Lisboa, 1990, pp. 75 e segs. e 93 e segs.; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra, 1996, p. 66; PAULA COSTA E SILVA, *Anulação...*, cit., p. 925.

Sem a existência deste acordo não é possível o recurso ao tribunal arbitral, pelo que o problema da competência deste último só se colocará quando tenha sido celebrada a convenção de arbitragem¹².

Destas primeiras considerações concluir-se-á que o tribunal arbitral nasce para dirimir um conflito determinado pelas partes.

De acordo com o exposto, o tribunal arbitral tem todos os poderes¹³ para conhecer da questão – ou questões – que lhe é submetida pelas partes, mas só tem competência para conhecer dela. Deste modo, é a convenção de arbitragem que delimita o âmbito da competência do tribunal arbitral.

Verificando-se esta estreita ligação entre a convenção de arbitragem e a competência do tribunal arbitral, dela resulta que só existirá competência onde existir uma convenção de arbitragem.

Se o tribunal estender a sua esfera de actuação para além do acordo celebrado entre as partes, gerar-se-á uma situação de incompetência, que desencadeia uma invalidade da própria decisão arbitral.

Por outro lado, se o tribunal arbitral tiver funcionado na sequência de uma convenção ferida de inexistência, invalidade (no caso da convenção sofrer de um vício de forma ou respeitar a litígios inarbitráveis) ou ineficácia (a decisão foi proferida numa altura em que a convenção já tinha caducado), também se deve concluir que aquele tribunal era incompetente, uma vez que o acto, de que emanou a sua competência, se encontrava afectado, não podendo produzir o seu efeito próprio, ou seja, o de cometer a particulares (os árbitros) a resolução de um litígio.

Pode, assim, concluir-se, que o tribunal só é competente para conhecer das questões relativamente às quais exista uma convenção de arbitragem válida e eficaz.

Note-se que esta conclusão não resulta directamente da LAV, pois que esta utiliza o termo «tribunal incompetente» sem definir as situações que geram, efectivamente, essa incompetência. Esta correlação entre a convenção de arbitragem e a competência resulta apenas indirectamente do artigo 21.º da LAV.

Estatui o n.º 1 da referida norma legal que o tribunal arbitral tem a faculdade de se pronunciar sobre a sua competência, «mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção

¹² Nas palavras de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, cit., p. 328, a nota característica do tribunal arbitral reside no facto da sua competência para o caso concreto depender de uma vontade das partes expressa numa convenção de arbitragem, modificativa da competência atribuída aos tribunais judiciais.

¹³ Quanto à fase de instrução veja-se o artigo 18.º, n.º 2, da LAV, que permite que a prova seja produzida perante o tribunal judicial, dentro de certos condicionalismos.

de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção»¹⁴.

Assim, partindo do pressuposto de que toda a competência do tribunal arbitral radica na convenção de arbitragem diremos que se verificam situações de incompetência, subsumíveis ao artigo 27.º, n.º 1, al. b), sempre que exista um vício que afecte a convenção de arbitragem, da qual emanam os poderes do tribunal.

Desta conclusão decorre uma crítica que deve ser formulada ao sistema consagrado na LAV. Com efeito, se a competência depende, antes de mais, da validade da convenção, porque consagrou o legislador português como fundamento de anulação da decisão proferida por árbitros a incompetência do tribunal arbitral em vez de consagrar a causa directa dessa invalidade, a saber, a invalidade da própria convenção?

Pode argumentar-se com o facto da alínea a) do artigo 27.º da LAV ter consagrado a incompetência como causa de nulidade da decisão e não a inexistência ou a nulidade da convenção, porque tais causas sempre seriam inarbitráveis por indisponibilidade objectiva.

Tal argumento não convence, na medida em que o texto do n.º 1 do artigo 21.º da LAV é claro: para conhecer da sua própria competência, o árbitro pode apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que a contenha, bem como a aplicabilidade da mesma convenção.

Não levanta dúvidas a referência à validade e à eficácia da convenção de arbitragem: constituindo vícios que conduzem à inutilização da convenção, e portanto à incompetência do árbitro, compreende-se que seja a este que a lei comete o poder de as apreciar.

Quanto ao regime de arguição da incompetência do tribunal arbitral, prescreve o artigo 21.º, n.º 3, que este vício só pode ser invocado até à apresentação da defesa sobre o fundo da causa.

Tal momento dependerá sempre das regras escolhidas pelas partes ou pelos árbitros¹⁵. A LAV reconhece à vontade das partes uma autonomia muito ampla na regulação da arbitragem: elas podem acordar nos termos da sua ins-tância arbitral e podem, em alternativa, escolher um regulamento de uma instituição administradora de arbitragem ou designar uma dessas instituições para administrar a sua arbitragem, o que implica a adopção dos respectivos regulamentos¹⁶.

¹⁴ É a consagração da chamada regra da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro. Esta regra supõe um efeito positivo, no sentido de atribuir ao tribunal arbitral a competência para se pronunciar sobre a sua própria competência, e um efeito negativo, qual seja o de impor à jurisdição pública o dever de se abster de se pronunciar sobre matérias cujo conhecimento a lei comete ao árbitro, em qualquer causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, antes que o árbitro tenha tido oportunidade de o fazer.

¹⁵ Artigo 15.º, n.º 1 e 3 da LAV.

¹⁶ A partir da aceitação do primeiro árbitro, só o tribunal é competente, nos termos do artigo 15.º, n.ºs 1 e 3, para estabelecer as regras do processo.

Quanto ao modo de arguição da incompetência do tribunal arbitral dispõem os artigos 21.º, n.º 3 e 27.º, n.º 2, da LAV.

Já se disse que, nos termos do n.º 3 do artigo 23.º, a incompetência deve ser arguida até ou com a defesa sobre o fundo da causa. Ora, se esta defesa é apresentada perante o tribunal arbitral, deverá a incompetência, porque deduzida com aquela, ser também arguida perante o tribunal arbitral.

Pronunciando-se o tribunal arbitral pela sua incompetência, extinguir-se-á a instância arbitral. Assim, a utilização da acção de anulação como forma de arguição da incompetência parece só fazer sentido quando o tribunal arbitral se tiver declarado competente em face da arguição, perante si e nos termos do artigo 21.º, n.º 3, por alguma das partes, da sua incompetência.

De acordo com o artigo 21.º, n.º 4 da LAV, declarando-se o tribunal arbitral competente, pode esta decisão ser controlada pelo tribunal judicial quer através da acção de anulação, quer através da oposição à execução. Ora, sendo a utilização destas formas de impugnação apenas possível numa fase pós-arbitral, parece redundante a exigência do artigo 21.º, n.º 4, nos termos do qual a decisão sobre a competência só pode ser impugnada depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa. Com efeito, sem decisão sobre o fundo da causa, não parece viável a propositura da acção executiva – porque não há nada a executar – nem da acção de anulação – porque não há sequer sentença que possa ser anulada.

Compreende-se, no entanto, esta preocupação do legislador. Serve para afastar dúvidas sobre a impossibilidade das partes recorrerem ao tribunal judicial durante o decurso da instância arbitral. O tribunal judicial será competente se a convenção de arbitragem for inoperante, ou por ser inválida, ou por ser ou se ter tornado ineficaz, ou por ser inaplicável ao caso concreto. Mas este juízo compete, antes do mais, ao árbitro. Só depois de ele se pronunciar – ou pela sua própria incompetência, ou sobre o mérito – é que o tribunal estadual pode conhecer da questão da competência do árbitro; e, mesmo então, só o pode fazer em sede de impugnação da decisão arbitral.

Por outro lado, o regime previsto no artigo 21.º, n.º 4, será algo contraditório com o disposto no artigo 27.º, n.º 3.

Com efeito, o n.º 3 do artigo 27.º dispõe que só caberá acção de anulação quando não for interposto recurso da decisão arbitral¹⁷. Sendo interposto recurso de uma decisão arbitral, é no âmbito desse recurso que deve ser suscitada a questão da incompetência do tribunal.

Ora, estabelece o artigo 21.º, n.º 4, que a decisão do tribunal arbitral sobre a sua própria competência só poderá ser reapreciada pelo tribunal judicial através dos meios previstos no artigo 27.º – a acção de anulação – e 31.º –

¹⁷ É a consagração do carácter subsidiário da acção de anulação.

oposição à execução – encontrando-se impedida a possibilidade de dedução da incompetência do tribunal arbitral por via de recurso.

Daqui resulta a impossibilidade de interpor recurso de uma decisão arbitral, para apreciação da competência dos árbitros. Nestes casos, a parte terá de lançar mão de uma acção de anulação, para nela arguir a incompetência do tribunal arbitral, e de interpor recurso da decisão arbitral, caso pretenda impugná-la com qualquer outro fundamento.

Cremos, todavia, que esta interpretação não é de acolher. Deve entender-se que o regime do artigo 21.º, n.º 4, só funciona nos casos em que não seja interposto recurso da decisão final¹⁸, limitando-se a parte a suscitar a questão da incompetência do tribunal arbitral perante o tribunal judicial.

Porém, sempre que seja interposto recurso da decisão final, é no âmbito deste recurso que há-de ser arguida a incompetência do tribunal arbitral, que se declarou competente.

No que respeita à 2ª parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º, pode ser anulada uma decisão arbitral proferida por um tribunal arbitral irregularmente constituído.

Um tribunal arbitral deve ter-se por irregularmente constituído sempre que tenham sido violadas as regras previstas nos artigos 11.º e 12.º da LAV. Com efeito, prevêm estas normas o processo de constituição do tribunal arbitral pelo que, se elas forem ignoradas, gerar-se-á uma situação de irregularidade na constituição deste tribunal.

Note-se, porém, que o facto do artigo 11.º da LAV estar epigrafado "*Constituição do tribunal*" é enganador. A notificação de arbitragem não se destina, principalmente, a constituir o tribunal arbitral, mas a iniciar a instância. Esta finalidade adjectiva da notificação é corolário do outro efeito: o início da instância arbitral. Como não faz sentido uma instância sem tribunal, tanto basta para que, acessoriamente, a notificação de arbitragem sirva também para iniciar o procedimento de constituição do tribunal arbitral.

Estabelece o artigo 27.º, n.º 2, que a irregularidade, tal como a incompetência, só pode ser deduzida pela parte através da propositura de acção de anulação e sempre que este vício tiver sido deduzido no momento oportuno perante o tribunal arbitral. Este tribunal deverá ter-se pronunciado pela regularidade da sua constituição.

Ao contrário daquilo que se verifica quanto à arguição da incompetência, nada diz a LAV quanto ao momento até ao qual deve ser deduzida a irregularidade do tribunal arbitral. De facto, enquanto o artigo 21.º, n.º 3, estabelece

¹⁸ Quer porque a decisão transitou em julgado, quer porque as partes renunciaram aos recursos ou aderiram a um regulamento de um centro de arbitragem, adesão essa que implica, segundo o regulamento, desde logo, a renúncia aos recursos, quer, ainda, porque as partes autorizaram os árbitros a julgarem segundo a equidade.

até quando pode ser invocada a incompetência do tribunal arbitral, nada se dispõe quanto à oportunidade da arguição da irregularidade na constituição do mesmo tribunal. O legislador parece ter esquecido esta questão quando estabelece, de forma idêntica para a incompetência e a irregularidade, o modo da respectiva arguição.

O mais correcto, no entanto, é entender que, tal como a incompetência, também a irregularidade na constituição do tribunal arbitral será invocável até ao momento ou com a defesa sobre o fundo da causa.

A irregularidade na constituição do tribunal pode ficar a dever-se à falta de notificação da constituição do tribunal arbitral à parte contrária – artigo 11.º, n.º 1 –, à falta de forma desta notificação – artigo 11.º, n.º 2 –, ou à falta de indicação, na notificação, do objecto do litígio – artigo 11.º, n.º 3. Diversamente existem situações de irregularidade do próprio tribunal, nomeadamente por não estar preenchido o número mínimo dos seus membros, por terem sido violadas as regras respeitantes à forma da designação dos árbitros, por estes não serem capazes ou se encontrarem impedidos.

Parece o artigo 27.º, n.º 1, al. b), apenas aplicar-se aos casos de irregularidade na constituição do tribunal arbitral, mas não às hipóteses de irregularidade deste mesmo tribunal. Porém, estas situações não podem ficar sem disciplina legal. Assim, e quanto à violação das regras constantes dos artigos 6.º e 7.º da LAV, ou seja, relativas à composição do tribunal e à designação dos árbitros, elas devem ser integradas num conceito amplo de irregularidade na constituição do tribunal arbitral, sendo-lhes aplicável o disposto no artigo 27.º¹⁹. Quanto às situações em que o tribunal arbitral funcione com árbitros impedidos ou sujeitos a escusa, deve ser-lhes aplicado o regime constante dos artigos 122.º e seguintes do C.P.C.²⁰.

A anulação da decisão arbitral com fundamento na alínea c) do artigo 27.º respeita à violação de algum dos princípios fundamentais indicados no artigo 16.º, desde que a violação de algum dos referidos princípios tenha influenciado, por forma decisiva, a resolução do conflito que surgiu entre as partes.

Exige-se, em primeiro lugar, a violação de um dos princípios fundamentais aplicáveis à tramitação do processo arbitral que não podem ser afastados pelas partes ou pelos árbitros²¹.

¹⁹ PAULA COSTA E SILVA, *Anulação...*, cit., p. 933.

²⁰ Nestes termos, deve o incidente ser levantado durante o decurso da arbitragem perante o tribunal arbitral. Uma vez findo este processo e sendo a sentença proferida recorável, é no âmbito do eventual recurso que será suscitada a questão do impedimento do árbitro.

²¹ Veja-se que o corpo do artigo 16.º estatui que a tramitação da instância arbitral deve respeitar «em qualquer caso», os princípios que depois enuncia. Pode, assim, concluir-se que o artigo 16.º impõe uma restrição à autonomia da vontade quanto à escolha das regras processuais aplicáveis à instância arbitral, prevista no artigo 15.º, n.º 1. O mesmo se passando quando sejam os árbitros a escolher tais regras, nos termos do artigo 15.º, n.º 3.

Segundo o artigo 16.º da LAV, trata-se do princípio da igualdade das partes, do princípio da citação do demandado, do princípio do contraditório e do princípio da audiência das partes antes de ser proferida a decisão final.

Todos estes princípios visam assegurar os direitos de defesa das partes e a imparcialidade do julgamento pela via arbitral.

O segundo requisito de que a al. c), do n.º 1, do artigo 27.º, faz depender a anulação de uma decisão arbitral, consiste na essencialidade da violação de algum dos princípios previstos no artigo 16.º, na resolução do litígio.

Assim, apenas se admite a anulação quando se verificar uma grave e decisiva violação dos limites legais impostos ao desenvolvimento do processo arbitral. Se, todavia, se concluir que o desrespeito destes limites não influenciou a decisão dos árbitros, não admite o legislador a invalidação de todo o processado, quando é certo que a decisão a proferir num processo ulterior seria idêntica à decisão anulada²².

Em geral, pode afirmar-se que uma violação influenciou decisivamente uma decisão, sempre que esta tivesse sido diferente se a violação não tivesse ocorrido²³.

O ónus da prova desta essencialidade da violação incumbe à parte que invoca a anulabilidade, pois que aquela é facto constitutivo do direito de anular a decisão²⁴.

Nos termos da alínea d), do n.º 1, do artigo 27.º, é susceptível de anulação a decisão proferida em processo arbitral no qual tenha havido violação do artigo 23.º, n.ºs 1, al. f), 2 e 3.

Os requisitos exigidos pelo artigo 23.º, n.ºs 1, al. f), 2 e 3 são de natureza formal e traduzem-se na necessidade da assinatura dos árbitros – n.º 1, al. f) – na existência de um número de assinaturas igual ou superior ao da maioria dos árbitros, da inclusão e identificação dos votos de vencido – n.º 2 – e na fundamentação – n.º 3.

A alínea f) do n.º 1 do artigo 23.º parece estar, de alguma forma, em contradição com o disposto no n.º 2 do mesmo preceito legal. De facto, referindo-se a primeira à «assinatura dos árbitros», parece pretender significar que todos os árbitros devem assinar a decisão. Ora, de acordo com o n.º 2 do artigo 23.º, bastará que conste da sentença a assinatura da maioria dos árbitros, bem como a indicação dos votos de vencido. Esta contradição aparente pode ser

²² Veja-se o lugar paralelo do artigo 198.º, n.º 3, do C.P.C.

²³ Por exemplo, a parte demandada não foi notificada para contestar e a decisão vem a fundar-se exclusivamente na matéria de facto alegada na petição inicial. Neste caso a violação do princípio do contraditório teve uma influência decisiva na resolução do litígio.

²⁴ Sobre a repartição do ónus da prova, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, § 25; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra, 2000, p. 186.

ultrapassada se se entender que a regra será a da assinatura de todos os árbitros quando não haja votos de vencido. Existindo votos de vencido, devem estes ser identificados, não se exigindo a assinatura dos respectivos árbitros, mas apenas a assinatura dos árbitros que tenham votado favoravelmente a decisão.

Repare-se que, de acordo com o artigo 27.º da LAV, permite-se que seja anulado todo um processo arbitral pelo facto de à decisão faltar apenas a assinatura do árbitro ou de apenas um dos árbitros. O legislador da LAV parece ter partido do princípio que, além do esgotamento dos poderes jurisdicionais, após a prolação da decisão o tribunal se extingue sem possibilidade de retomar o seu mandato. Esta consequência é excessiva. Teria sido mais consentâneo com os princípios da economia processual e do aproveitamento dos actos processuais e face à gravidade do vício, ter encontrado um esquema que permitisse recolher a assinatura em falta²⁵.

Por outro lado, exige o n.º 3, do artigo 23.º que a sentença arbitral seja fundamentada. Esta exigência pode explicar-se através da vontade legislativa de afastar toda a arbitrariedade do processo arbitral, impondo aos árbitros que demonstrem que «a solução dada ao caso é legal e justa...», que é a emanção correcta da vontade da lei²⁶.

A fundamentação é ainda necessária na medida em que confere inteligibilidade à decisão.

Pode dizer-se que, de uma forma geral, uma sentença é provida de fundamentos sempre que seja possível compreender a motivação do árbitro. Assim, mesmo que tal motivação seja deficiente, medíocre ou errada, estaremos perante uma sentença motivada, devendo as deficiências da sua fundamentação, que não geram nulidade, ser arguidas em sede de recurso. Só a falta absoluta de

²⁵ Ao contrário do que faz a Lei-Modelo, no artigo 33.º, onde se prevê que o tribunal arbitral pode retomar o seu mandato para rectificar e interpretar a sentença, a LAV omite qualquer hipótese de rectificação, interpretação, integração da sentença, oficiosamente ou a requerimento das partes. Para LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit. p. 153, “O disposto no artigo 25.º da LAV não obsta à rectificação, interpretação ou integração da decisão depois da notificação do depósito da decisão (ou, quando tal depósito seja dispensado, depois da notificação da decisão às partes)”. E invoca em abono dessa solução o disposto no artigo 666.º do CPC que determina que o poder jurisdicional do juiz fica esgotado depois de proferida sentença, mas que lhe faculta rectificar erros materiais, suprir nulidades processuais, esclarecer dúvidas existentes na sentença e reformá-la. Sem se colocar em causa este entendimento, pelo menos quanto à possibilidade de rectificação de erros manifestos, sempre se dirá que qualquer eventual rectificação terá de ser feita dentro do prazo fixado para a decisão arbitral. Transcorrido esse prazo o compromisso arbitral caduca e a cláusula compromissória fica sem efeito *ope legis* (artigo 4.º, n.º 1, al. c) da LAV). Se, apesar disso, o processo arbitral prosseguir, a decisão final que venha a ser proferida é anulável com fundamento em incompetência do tribunal (artigo 27.º, n.º 1, al. b) da LAV). Assinale-se que o STJ (Ac. de 05/12/2002, *Colect. Jurisp.* 2002, III, p. 152) entendeu que não cabe aos árbitros suprir nulidades de natureza processual de que a sentença arbitral porventura sofra. O meio para ultrapassar essas nulidades será o pedido de anulação ou a via do recurso.

²⁶ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V (1952), Coimbra, p. 139.

motivação implicará uma nulidade da sentença arbitral, invocável através da acção de anulação²⁷.

Parece o legislador da LAV ter esquecido os casos em que se verifique uma oposição entre os fundamentos e a decisão. Tendo em conta as razões que levaram o legislador a impor não só o dever de fundamentar mas, mais do que isso, o dever de, através da fundamentação, demonstrar às partes que a decisão é a correcta, dificilmente se pode afirmar que estes objectivos tenham sido alcançados quando se verifique uma incoerência interna na decisão. Entendemos, contudo, que este vício pode reconduzir-se a uma falta de fundamentação. Teria sido, porém, mais correcto consagrar, de forma expressa, uma identidade da sanção para a falta absoluta de fundamentação e para a incoerência total da fundamentação com a parte decisória²⁸. Em ambos os casos se encontram por preencher as finalidades que o legislador teve em vista quando exigiu a fundamentação das decisões.

De acordo com a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 27.º, será também nula a decisão arbitral quando o tribunal conheceu questões de que não podia tomar conhecimento ou quando o tribunal deixou de pronunciar-se sobre questões, que devia ter apreciado.

Este fundamento de anulação previsto na LAV, e que encontra correspondência na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 668.º do CPC, é geralmente subdividido em dois: o excesso de pronúncia e a omissão de pronúncia.

Não podendo o árbitro conhecer de causas de pedir não invocadas, nem de excepções que estejam na exclusiva disponibilidade das partes, pode ser objecto de acção de anulação a decisão arbitral em que o faça²⁹.

Convém, contudo, precisar que no processo arbitral, ao invés do que se passa no processo judicial, não só não existe norma expressa que imponha o respeito pelo princípio dispositivo³⁰, como também se não refere, de forma inequívoca, quais as questões de que os árbitros devem conhecer.

Assim sendo, deverão tornar-se extensivas ao processo arbitral as considerações feitas a propósito do excesso de pronúncia em matéria de processo judicial. De facto, não faria sentido dizer que o processo arbitral não está sujeito ao princípio dispositivo, quando é neste tipo de processo que a autono-

²⁷ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, cit., p. 140.

²⁸ Quanto à contradição entre os fundamentos e a decisão diz ALBERTO DOS REIS, *Código...*, cit. p. 141, «A lei quer que o juiz justifique a sua decisão. Como pode considerar-se justificada uma decisão que colide com os fundamentos que ostensivamente se apoia?».

²⁹ Devem ser ressalvadas as situações em que o juiz pode conhecer, oficiosamente, de questões não alegadas pelas partes.

³⁰ Veja-se que o princípio dispositivo não está incluído no artigo 16.º da LAV, que prevê os princípios essenciais do processo arbitral.

mia da vontade assume maior relevância³¹. Assim, seria pelos menos ilógico defender que as partes têm plena autonomia no decurso da instância arbitral – escolha dos árbitros e das regras aplicáveis, quer ao processo, quer ao fundo da causa – mas que, na fase decisória, esta autonomia seria anulada pela faculdade de o árbitro poder conhecer não apenas as questões que as partes desejam ver solucionadas, mas todas as outras com elas relacionadas.

Refira-se, ainda, que em sede de arbitragem pode o excesso de pronúncia coexistir com uma situação de incompetência do tribunal. Na realidade, se os árbitros conheceram de questões que não lhes foram submetidas pelas partes e que não podem ser integradas no âmbito da convenção de arbitragem, existirá uma sentença nula por incompetência do tribunal arbitral e por excesso de pronúncia.

No que respeita à omissão de pronúncia³², dir-se-á que devendo o árbitro conhecer de todas as questões que lhe são submetidas (desde que caibam no âmbito da convenção de arbitragem), isto é de todos os pedidos deduzidos, todas as causas de pedir e excepções invocadas e todas as excepções de que oficiosamente lhe cabe conhecer³³, o seu não conhecimento, que não esteja prejudicado pelo anterior conhecimento de outra questão, constitui fundamento da acção de anulação.

Enunciados os vários fundamentos de anulação das decisões arbitrais, duas considerações finais.

A primeira para constatar que de fora do artigo 27.º da LAV ficou a pronúncia *ultra petitum*, ou seja, a condenação em quantidade superior ou em objecto diverso. Poder-se-ia pensar a recondução destes vícios a incompetências do tribunal. Mas este não seria o caminho correcto. A proibição da pronúncia *ultra petitum* prende-se com a violação do princípio dispositivo na vertente relativa à conformação da instância³⁴. A competência do tribunal não se relaciona directamente com o princípio dispositivo. Uma coisa é afirmar que o tribunal pode conhecer de determinado litígio, porque as partes lhe atribuíram competência para tal, outra bem diversa é afirmar que o tribunal pode condenar em mais ou diferente. O pedido é delimitado pelo requerimento inicial e não pela convenção de arbitragem, se bem que este pedido esteja objectivamente balizado pela competência convencional (só é possível pedir a produção de efeitos decorrentes do litígio afecto ao tribunal arbitral).

³¹ Definindo-se o princípio dispositivo como aquele segundo o qual a vontade relevante e decisiva no processo é a das partes, pode concluir-se que é no processo arbitral que este princípio se estende a um maior número de matérias.

³² JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, cit., pp. 142 e segs; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa...*, cit., p. 299.

³³ Como os casos previstos no artigo 21.º, n.º 1 da LAV.

³⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa...*, cit., p. 299.

A não inclusão da condenação em quantidade superior à pedida ou em objecto diverso entre as causas de anulação parece ter a seguinte justificação: ao invés dos tribunais judiciais, os tribunais arbitrais não têm como limite o princípio dispositivo. Esta justificação é confirmada pelo artigo 16.º da LAV, que não prevê o princípio dispositivo como princípio essencial do processo arbitral.

A segunda consideração prende-se com a omissão de referência à ordem pública³⁵⁻³⁶.

De facto, a LAV não inclui entre os fundamentos da acção de anulação, previstos no n.º 1 do artigo 27.º, a violação da ordem pública.

A ordem pública é um instituto fundamental da arbitragem, desde logo por não ser admissível que, devendo os árbitros julgarem de acordo com o direito constituído, a decisão arbitral possa ofender a ordem pública do Estado a que pertença a lei aplicável ao mérito da causa.

Pode uma decisão arbitral violar uma norma imperativa, de interesse e ordem pública, sem correr o risco de vir a ser anulada?

Cremos que não. Porém, como a LAV nada diz sobre o assunto e tendo em conta o cariz taxativo do artigo 27.º, surge o problema de saber onde integrar a referida ofensa da ordem pública.

Julgamos que se a violação da ordem pública estiver contida na própria convenção de arbitragem, existirá uma situação de inarbitrabilidade objectiva ou uma situação de incompetência do tribunal arbitral (als. a) e b) do n.º 1 do artigo 27.º).

Se a ofensa à ordem pública surgir no decurso da instância arbitral verificar-se-á a causa de anulação prevista na al. c) do n.º 1 do artigo 27.º, por violação de algum dos princípios fundamentais previstos no artigo 16.º.

Se, finalmente, for a própria decisão arbitral que contende com a ordem pública, então esta é necessariamente nula por aplicação da cláusula geral da Ordem Jurídica de salvaguarda da ordem pública.

Crítica

Independentemente das críticas que merece cada uma das alíneas do artigo 27.º da LAV, pode afirmar-se, em geral, que o legislador nem sempre consagrou, de forma clara, as causas que geram nulidade de uma sentença arbitral, quer por falta de rigor terminológico, nomeadamente nos casos de incompetência do tribunal arbitral, identificação da não arbitrabilidade com a

³⁵ Todos os sistemas estrangeiros consultados admitem como fundamento de anulação a violação da ordem pública. Assim, vejam-se o § 1059 ZPO, artigo 829.º do CPCI e artigo 1484.º do NCPC.

³⁶ Quanto à ordem pública enquanto impedimento à arbitrabilidade de um litígio, RAÚL VENTURA, *Convenção...*, cit., pp. 321 e segs.

indisponibilidade, sem que se especifique a que tipo de indisponibilidade há que atender, ou seja, se é necessário uma indisponibilidade absoluta, ou se basta a indisponibilidade relativa, quer por falta de previsão de certas situações, como sejam os casos de irregularidade do próprio tribunal arbitral e a ordem pública.

III. Alguns aspectos do regime jurídico da acção de anulação

Quanto ao regime da acção de anulação, dir-se-á que esta não está sujeita a nenhum regime jurídico especial. Nesta medida, aplicar-se-ão integralmente as regras do processo comum de declaração, determinadas em função do valor da causa, de acordo com o disposto nos artigos 460.º e seguintes do CPC.

Tipo de acção

Partindo da classificação levada a cabo pelo artigo 4.º do CPC, não há dúvidas de que se trata de uma acção declarativa. Por sua vez, atendendo à classificação tripartida das acções declarativas, a acção de anulação de uma decisão arbitral é uma acção constitutiva. De facto, uma vez proferida a decisão e depois da notificação do depósito da decisão ou, quando tal depósito seja dispensado, depois da notificação da decisão às partes, aquela decisão produz todos os seus efeitos principais, ou seja, transita em julgado e tem força executiva (artigo 26.º da LAV).

Ora, se a sentença produz os seus efeitos principais não pode afirmar-se que ela padeça de um vício, cujas consequências se traduzam exactamente naquela não produção.

Deste modo, quando o tribunal judicial se pronuncia pela invalidade de uma sentença arbitral, introduz-se uma alteração na ordem jurídica. É a decisão do órgão judicial que opera a destruição de um acto processual anterior, que até esse momento era considerado plenamente eficaz.

De acordo com os artigos 30.º e 31.º da LAV, permite-se que seja instaurada acção executiva perante o tribunal judicial competente, constituindo a sentença arbitral o título executivo. Para tanto, basta que reúna os requisitos de exequibilidade previstos no CPC.

Ora, se a sentença viciada por qualquer um dos fundamentos previstos no artigo 27.º, sofresse de um vício equiparável à nulidade substantiva, não produzindo efeito algum, não poderia constituir título executivo.

Esta asserção é reforçada pela circunstância de poderem correr, em simultâneo, uma acção de anulação e uma acção executiva relativamente a uma decisão arbitral.

Forma do processo

Vejamos, agora, qual a forma de processo que corresponde à acção de anulação.

A LAV é totalmente omissa quanto a esta questão, não referindo, em preceito algum, qual a tramitação que corresponde a esta fase pós-arbitral³⁷.

Assim, deverá fixar-se essa tramitação através do recurso aos princípios gerais de Direito Processual Civil, vigentes nesta matéria.

Já se viu que a acção de anulação é uma acção declarativa, pelo que a forma de processo há-de ser casuisticamente determinada por aplicação dos critérios previstos nos artigos 460.º e seguintes do CPC.

Nos termos do artigo 460.º, à acção de anulação corresponderá processo comum, pois que a lei não prevê nenhum processo especial para este tipo de acções.

No entanto, pode o processo comum ser ordinário, sumário e sumaríssimo, variando a forma fundamentalmente em função do valor que couber à causa.

Do sistema legal assim fixado resultam vários inconvenientes.

Em primeiro lugar, estando a tramitação da acção de anulação dependente do valor que couber à causa, não existirá uniformidade de procedimento. Se à acção de anulação pode corresponder, por vezes, uma tramitação extremamente complexa – quando siga a forma ordinária – ela terá uma tramitação mais simplificada, se ao caso for aplicável a forma sumária.

Ora, teria sido mais simples sujeitar toda e qualquer acção de anulação a uma forma de processo única, uma vez que não parecem proceder, quanto àquela acção, as razões que levaram o legislador a fazer depender a forma do processo comum do valor da causa.

Em segundo lugar, perguntar-se-á a que critérios se encontra sujeita a fixação do valor da causa em sede de arbitragem.

Se as partes, ou os árbitros, têm autonomia para escolher as regras que devem regular a instância arbitral, não fará muito sentido que o tribunal judicial aprecie novamente as questões relacionadas com o valor da causa, alterando um elemento estável da instância arbitral e contrariando a vontade das partes.

Porém, também não deixa de ser verdade que as formas do processo judicial comum e a sua tramitação se encontram sujeitas ao princípio da legalidade, pelo que o tribunal judicial não pode encontrar-se vinculado a um conjunto de regras que apenas respeitam ao decurso da instância arbitral.

³⁷ Veja-se que nos sistemas alemão (§ 1063 ZPO) e francês (artigo 1487.º NCPC), o legislador determinou a tramitação a que a acção de anulação se encontra sujeita, quer através de regras próprias, quer por remissão, com adaptações, para determinadas formas de processo, consagradas nos respectivos sistemas processuais.

Logo, quando o juiz pretende determinar a tramitação da acção de anulação da decisão arbitral, terá sempre de se socorrer dos critérios previstos nos artigos 305.º e seguintes do CPC.

Se é esta a solução que resulta do silêncio da LAV, ela não é seguramente a melhor solução possível, uma vez que não atende às particularidades e aos fins desta acção.

Competência

No que respeita à competência do tribunal, resulta do n.º 1 do artigo 27.º da LAV que o tribunal competente para conhecer da acção de anulação é o tribunal judicial.

Porém, não determina a LAV a qual dos tribunais integrados na organização judiciária é atribuída essa competência³⁸.

Haverá, mais uma vez, que recorrer às regras gerais, constantes dos artigos 61.º e seguintes do CPC e da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, para se concretizar este pressuposto processual.

Quanto a este ponto apenas se dirá não existirem dúvidas que, em razão da hierarquia, é competente o tribunal de primeira de instância. O que significa que uma decisão arbitral arguida de anulável pode ser controlada em três graus.

Poderes do juiz na fase de julgamento

Poderá o juiz conhecer do mérito da causa substituindo-se, assim, ao tribunal arbitral quando deva anular uma decisão arbitral por proceder algum dos fundamentos previstos no artigo 27.º da LAV?³⁹

A resposta deve ser negativa. Por um lado, se assim fosse a acção de anulação perderia toda a sua autonomia confundindo-se com o recurso de apelação.

Por outro lado, tal substituição implicaria limitar duplamente a autonomia da vontade das partes.

³⁸ Também neste ponto se afasta a LAV dos direitos internos alemão, francês e italiano. Na realidade, em todos estes ordenamentos se determina qual o tribunal competente para conhecer da acção de anulação. A este propósito vejam-se o § 1062 ZPO, artigo 1486.º do NCPC e o artigo 828.º do CPCI.

³⁹ No sistema francês (artigo 1485.º do NCPC) e italiano, embora neste com algumas especificidades (artigo 830.º do CPCI), é consagrado o poder de substituição do juiz em fase de julgamento da acção de anulação. Se o processo contiver todos os elementos indispensáveis ao conhecimento da causa, deverá o juiz, uma vez anulada a sentença arbitral, proferir decisão quanto ao fundo.

Em primeiro lugar se as partes preferiram recorrer à arbitragem porque neste instituto podem escolher, não apenas o direito, ou as regras, que querem ver aplicadas ao fundo da causa, como também os árbitros, que entendem ser as pessoas mais aptas a solucionar um determinado conflito, haverá limitação da autonomia da vontade das partes na medida em que vêem alguém que não foi por elas escolhido a decidir sobre o mérito da causa.

Em segundo lugar, se as partes preferiram recorrer à arbitragem é porque entendem que este meio alternativo de resolução de litígios é aquele que melhor serve os seus interesses. Ora, se o juiz se pronuncia relativamente ao fundo da causa, impede que as partes recorram, uma vez anulada a primeira decisão arbitral, a uma segunda arbitragem.

Crítica

Em termos de direito a constituir, seria desejável a criação de um regime unitário para a acção de anulação, não devendo as regras deste procedimento depender do valor da causa. Mais parece impor-se que esta acção não seja da competência de um tribunal de primeira instância, mas sim da competência de um tribunal superior, uma vez que o objecto da apreciação é um acto jurisdicional.

