

Reconhecimento e execução coerciva de providências cautelares

**(Comentário ao artigo 27.º da Lei de Arbitragem
Voluntária)**

Joana Freire Pais de Almeida

SECÇÃO IV

Reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares

Artigo 27.º

Reconhecimento ou execução coerciva

1 - Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º

2 - A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado.

3 - O tribunal estadual ao qual for pedido o reconhecimento ou a execução coerciva da providência pode, se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria ou se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros.

4 - A sentença do tribunal arbitral que decidir sobre uma ordem preliminar ou providência cautelar e a sentença do tribunal estadual que decidir sobre o reconhecimento ou execução coerciva de uma providência cautelar de um tribunal arbitral não são susceptíveis de recurso.

Índice:

- A. Fonte
- B. A Lei-Modelo
- C. O carácter obrigatório das providências cautelares arbitrais
- D. Realização coerciva das providências cautelares arbitrais
- E. O regime da LAV
- F. A execução da providência cautelar
- G. Execução de providências cautelares arbitrais estrangeiras
- H. Reconhecimento
- I. Dever de informação;
- J. Caução;
- K. Recurso

Nota: Todos os *sites* citados foram consultados a 30 de Março de 2015.

Anotação

A) Fonte

Artigo 17.º-H da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (Lei-Modelo).

B) A Lei-Modelo

- Versão de 1985

A 17 de Dezembro de 1966, através da Resolução 2205 (XXI), a Assembleia Geral da ONU decidiu criar a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI/UNCITRAL).

O comércio internacional encontrava-se em enorme expansão, impulsionado pela necessidade de reconstrução dos países europeus nos períodos que se seguiram às duas Grandes Guerras. Com a intensificação dos negócios internacionais foi-se evidenciando a enorme potencialidade da arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios e surgiram diversos Tribunais e regras internacionais. A Câmara de Comércio Internacional (CCI), criada em 1922, fundou o Tribunal Arbitral Internacional logo em 1923; nesse mesmo ano foi assinado o Protocolo de Genebra relativo às Cláusulas de Arbitragem; em 1927 foi assinada a Convenção de Genebra para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras; em 1958 foi assinada a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras; em 1965 foi assinada a Convenção de Washington para a Resolução de Litígios entre Estados e Nacionais de outros Estados; em 1976 foram adoptadas as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

À CNUDCI foi cometida a missão da progressiva harmonização e unificação da legislação sobre o comércio internacional. Em 1979, na sua 12.^a sessão de trabalho¹, a Comissão decidiu, por um lado, sobre a proposta do Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano de alteração da Convenção de Nova Iorque de forma a resolver determinadas incongruências verificadas na sua aplicação e, por outro lado, sobre a proposta de se estabelecerem padrões uniformes de procedimento arbitral, através da criação de uma lei-modelo².

Segundo concluiu a CNUDCI, a Convenção de Nova Iorque funcionava, na prática, sem obstáculos e introduzir alterações no seu texto poderia gerar assimetrias na sua aplicação e ter um impacto negativo no número de ratificações. Quanto à uniformização das regras arbitrais, foi decidido que uma lei-modelo era o instrumento indicado para permitir aos

¹ *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twelfth session (Vienna, 19-29, June 1979) (A/34/17)*, disponível em www.uncitral.org.

² *Note by the Secretariat: further work in respect of international commercial arbitration (A/CN.9/169)*, para. 6: “The participants in the consultative meeting referred to earlier were of the unanimous view that it would be in the interest of international commercial arbitration if UNCITRAL would initiate steps leading to the establishment of uniform standards of arbitral procedure.”, disponível em www.uncitral.org.

Estados modernizar as suas leis nacionais de arbitragem e diminuir as situações de conflito entre essas leis e os regulamentos arbitrais³.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) havia já anteriormente procurado estabelecer uma Lei Uniforme sobre Arbitragem de Direito Privado, embora sem sucesso, por falta do número mínimo de ratificações.

Na verdade, uma lei uniforme sempre implica a unificação completa dos direitos dos diferentes países, estabelecendo-se uma mesma lei para as diversas jurisdições. Ora, a tentativa de uma unificação completa numa área como a arbitragem, caracterizada por particularismos nacionais decorrentes de diferentes concepções e modelos jurídicos, nomeadamente no que respeita a conceitos tão fundamentais como as funções do Estado e administração da justiça, pode estar condenada ao fracasso. Desta forma, tanto a opção por uma lei uniforme como por uma convenção, ambas por definição inflexíveis, foram afastadas pela CNUDCI em prol de uma harmonização que permita respeitar as especificidades do direito interno – uma lei modelo que, como o nome indica, tem o intuito de modelar cada sistema individualmente considerado (ajustando-se às suas particularidades) e não de se lhe impor.

Tomada a decisão sobre o tipo de instrumento a adotar, iniciaram-se os trabalhos de elaboração do texto da Lei-Modelo, o qual foi aprovado em Junho de 1985, em Viena. A Lei-Modelo foi sendo reflectida num número crescente de jurisdições e a sua adopção pela Alemanha, em Dezembro de 1997, “constituiu um factor de «recomendação» da solução de adopção daquela por outros Estados, atendendo ao elevado prestígio de que goza a ciência jurídica alemã e ao elevado nível da sua legislação”⁴. De qualquer forma, muitas das leis sobre arbitragem foram adotadas após 1990 e, em geral, tiveram em conta a Lei-Modelo (1985). A *Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdictions*⁵ identificou como justificação para a grande popularidade da Lei-Modelo o seu carácter internacional, pois foi redigida por representantes de diversas famílias jurídicas e nela colaboraram profissionais com elevada experiência em arbitragem internacional.

O contexto em que a Lei-Modelo foi produzida é visível na forma como a mesma reflectiu a tendência internacional de admissão da competência dos árbitros para decretar providências cautelares que havia sido estabelecida, pela primeira vez, no artigo 26.º das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976. O seu artigo 17.º dispunha que “salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma das partes, ordenar que qualquer delas tome a medida cautelar que o tribunal venha a considerar

³ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twelfth session, para. 78: “A model law could assist States in reforming and modernizing their law on arbitration procedure and would thus help to reduce the divergences encountered in the interpretation of the 1958 Convention. A model law (...), if accepted by the States, would minimize the conflicts between national laws and arbitration rules. The view was expressed that in developing a model law, the Commission would be helping to bring about fairness and equality in business relationships, and that this was therefore relevant to the Commission’s consideration of the legal aspects of a new international economic order.”

⁴ Armindo Ribeiro Mendes, *A Uniformização do Direito da Arbitragem Através da Adopção da Lei-Modelo da CNUDCI sobre a Arbitragem Comercial Internacional*, V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria, p. 244.

⁵ Para. 1.09, documento disponível em www.uncitral.org

necessária em relação ao objecto do litígio. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer parte que preste garantia adequada em conexão com a medida cautelar.”⁶

Num momento em que a regulamentação das medidas cautelares arbitrais, em especial a sua relação com as medidas cautelares judiciais e a sua eventual coercibilidade, estava a dar os primeiros passos, a Lei-Modelo absteve-se de se pronunciar sobre a coercibilidade ou o reconhecimento das medidas cautelares.

Já a Lei portuguesa da Arbitragem Voluntária, adotada em 1986 e alterada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de Março (LAV), não incluiu qualquer preceito sobre tutela cautelar no âmbito de processos arbitrais. A ausência de regulação expressa da matéria deu origem a uma divergência doutrinal quanto à competência do tribunal arbitral para decretar providências cautelares nos processos a si cometidos. Assim, apesar da doutrina maioritária⁷ ter defendido que a competência para o decretamento das providências cautelares pelos árbitros estaria implícita à competência para julgar a acção, uma vez que aquelas medidas visam garantir o efeito útil da decisão final, José Lebre de Freitas⁸ negava essa competência, admitindo, porém, a emissão de providências cautelares antecipatórias da decisão definitiva, desde que tal possibilidade fosse contemplada pela convenção de arbitragem. No mesmo sentido se pronunciou a jurisprudência maioritária, de que é exemplo o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-09-2008 (proc. n.º 3612/2008-8), que se pronunciou da seguinte forma:

“Decorre da Lei 31/86, de 29/8, que, pese embora facultando-se às partes sujeitar a convenção de arbitragem quaisquer litígios não respeitantes a direitos indisponíveis, não têm os tribunais arbitrais (art. 30º cit. dip.) competência para a execução das suas próprias

⁶ “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure”. Não existe versão portuguesa da Lei-Modelo emitida pela CNUDCI, pelo que a tradução dos seus artigos para o português são da autoria da Autora do presente artigo.

⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lisboa, Lex, 1994, p. 118; Luís de Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005, p. 87 (nota de rodapé n.º 168); João Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2008, p. 100; Carlos Ferreira De Almeida, *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Almedina, 2008, p. 89 e 90; Paula Costa e Silva, *A arbitrabilidade das Medidas Cautelares*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, 2003, p. 2011 a 235. José Miguel Júdice (*As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?*, Publicado em “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Livraria Almedina, 2011, vol III; p. 657-679 e disponível em http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/As_Providencias_Cautelares_e_a_Arbitragem_Em_que_estamos.pdf) resumiu o argumento da doutrina maioritária da seguinte forma: “argumenta-se que as partes, ao estabelecerem na convenção de arbitragem a competência dos árbitros para dirimir o litígio em causa, estarão desde logo a atribuir, também, implicitamente aos árbitros o poder para decretarem as respectivas medidas cautelares. Razão pela qual, a doutrina maioritária entende que os tribunais arbitrais poderão decretar providências cautelares, desde que: (i) tal tenha sido expressamente estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem; (ii) as referidas medidas cautelares tenham como destinatário uma das partes do processo arbitral; e (iii) a sua respectiva execução não envolva competências de natureza executiva ou o exercício de poderes de autoridade (ius imperii) – pois aí já seria necessário o recurso ao tribunal judicial”.

⁸ *Algumas implicações da natureza da Convenção de Arbitragem*, Estudos sobre o Direito Civil e Processo Civil, Coimbra, 2002, p. 851.

decisões. Limitação essa que se tem de interpretar como corolário do facto de, não detendo os referidos tribunais um verdadeiro *jus imperii*, não disporem os mesmos de poderes de coerção.

Por identidade de razão, e atenta a respectiva finalidade, solução paralela se deverá adoptar quanto à atribuição de competência para decretar procedimentos cautelares. Tanto mais quanto, traduzindo-se tais procedimentos na adopção de providências conservatórias ou antecipatórias, não têm os mesmos propriamente como objectivo resolver litígios, mas antes acautelar os direitos, cujo reconhecimento se visa na acção de que constituem dependência.

Acresce que, revestindo necessariamente os procedimentos cautelares natureza urgente, essa urgência se não conciliaria, em termos práticos, com a demora inerente à constituição de um tribunal arbitral.

De acordo com o entendimento seguido, em diversas decisões desta Relação, no tocante a situações similares (cfr. acs. de 20/4/2006 - P. 3041/2006-2 e 12/12/2002 - JTRL00046505, in www.dgsi.pt), se haverá, assim, de concluir que, independentemente da competência para a acção respectiva, se acha o presente procedimento subtraído ao âmbito da jurisdição arbitral.”

- A alteração da Lei-Modelo

No âmbito dos trabalhos de revisão da Lei-Modelo, a questão da coercibilidade das medidas cautelares foi ponderada e discutida⁹:

- (i) Por um lado, uma corrente doutrinária defendia a necessidade de prever a possibilidade de executar as decisões arbitrais cautelares. Chamavam a atenção para a relevância destas decisões, que consideravam ser tão ou mais importantes do que a sentença final. Isto porque, em alguns casos, a ação ou inação da contra-parte tornam a sentença impossível de concretizar e só a tutela cautelar pode garantir a utilidade prática da decisão final.
- (ii) Segundo uma outra vertente, não haveria necessidade de legislar sobre a força coerciva das medidas cautelares uma vez que, de um ponto de vista prático e na maioria das vezes, as partes cumprem voluntariamente para evitar desagradar o tribunal ou mesmo vir a ter de suportar os custos de uma possível indemnização determinada na ação arbitral. Além do mais, existia o receio de que, passando a constituir títulos executivos, se aplicassem às decisões cautelares os preceitos legais (ou similares) sobre a impugnação das sentenças arbitrais, os quais versam essencialmente sobre vícios processuais graves. Desta forma, correr-se-ia o risco de se introduzirem demasiados formalismos no procedimento cautelar. Era também frequentemente avançado o argumento de que, ao abrigo da maioria das legislações

⁹ *United Nations Commission on International Trade Law, Thirty-second session, Vienna 17 May-4 June 1999, Possible future work in the area on international commercial arbitration, Note by the secretariat*, p. 28 e 29, disponível em <http://www.itsa.com/~dlevy/english/sessions/unc/unc-32/acn9-460.htm>.

nacionais, as partes do processo arbitral poderiam sempre recorrer aos tribunais judiciais para obter a tutela cautelar. Porém, o argumento resultava enfraquecido perante as desvantagens da solução: um procedimento cautelar no tribunal judicial é provavelmente mais moroso visto, por um lado, o tribunal ter de se informar sobre o processo arbitral e, por outro, a sua decisão poder ser objeto de recurso. Adicionalmente, os tribunais estaduais do foro arbitral (muitas vezes escolhido precisamente por ser um foro neutral) podem não ter jurisdição sobre as partes ou os seus bens.

Neste contexto, o grupo de trabalho concluiu que seria mais eficiente criar um regime favorável ao requerimento das medidas cautelares directamente no tribunal arbitral, que será, em princípio, o mais bem posicionado face à ação, quer porque a conhece, quer porque estará tecnicamente melhor preparado. Para o efeito era, então, necessário regular a execução coerciva das medidas decretadas em processo arbitral.

Em 1999, na sua 32.^a sessão de trabalhos, a CNUDCI reconheceu que a questão da execução e coercibilidade das medidas cautelares decididas pelos tribunais arbitrais era de extrema importância prática e que muitos sistemas jurídicos não haviam sabido regular o tema de forma satisfatória. Afirmou-se, além do mais, que a apresentação de uma solução pela CNUDCI constituiria uma contribuição real para a arbitragem comercial internacional, razão pela qual o assunto seria legislado com a máxima prioridade¹⁰.

Assim, em 2006 foi aprovado o novo texto da Lei-Modelo, tendo sido acrescentados diversos preceitos sobre providências cautelares (artigo 17.º-A a 17.º-J). Uma das principais novidades foi precisamente a previsão de um regime de reconhecimento e execução coerciva decalcado do regime de reconhecimento e execução das decisões finais, previsto nos artigos 35.º e 36.º da mesma Lei-Modelo.

C) O carácter obrigatório das providências cautelares arbitrais

Em Portugal, a fonte da obrigatoriedade das providências cautelares arbitrais é a própria lei. O n.º 1 do artigo 27.º da LAV prevê que “uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes”. Além de ter consagração legal, o carácter obrigatório das providências cautelares resulta da função jurisdicional da arbitragem, que é atualmente aceite pela maioria da doutrina, tendo as teses contratuais puras sido abandonadas¹¹.

¹⁰ “It was generally agreed in the Commission that the question of enforceability of interim measures of protection issued by an arbitral tribunal was of utmost practical importance and in many legal systems was not dealt with in a satisfactory way. It was considered that solutions to be elaborated by the Commission on that topic would constitute a real contribution to the practice of international commercial arbitration. It was agreed that the issue should be addressed through legislation. (...) It was agreed that the topic should be accorded high priority.”, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-second session*, 1999, p. 45, disponível em www.uncitral.org.

¹¹ Remonta ao século XIX a opinião que entre nós defendia a modalidade mais radical da tese contratual da arbitragem. Marnoco e Sousa aderiria à tese de que as decisões arbitrais constituiriam meros atos contratuais,

Segundo a tese jurisdicional, os árbitros são juízes e a sua autoridade advém do facto de administrarem a justiça. Os defensores desta teoria tendem a desvalorizar a vontade das partes, pois esta só desencadeia a atribuição de poderes jurisdicionais aos árbitros por força da lei do país da sede da arbitragem, ou seja, o poder do árbitro tem a mesma fonte do poder do juiz: a lei. Luís de Lima Pinheiro defende que esta assimilação dos tribunais arbitrais aos estaduais é enganosa pois “a ideia de exercício de uma função estadual por particulares não é a mais ajustada à realidade da arbitragem”¹².

Também a nós nos parece que, apesar de a Constituição da República Portuguesa equiparar os tribunais arbitrais aos judiciais (n.º 2 do artigo 209.º), “os tribunais arbitrais não são institucionalizados como órgãos públicos, nem se inserem na estrutura organizativa do Estado”¹³. Exercem, porém, uma atividade jurisdicional, pois visam a resolução de litígios de forma unilateral e vinculativa, tomando decisões com força executiva e que fazem caso julgado. “Ao decidirem jurisdicionalmente uma controvérsia jurídica os árbitros exercem um poder de autoridade que, sem ser um poder público, é até certo ponto equivalente ao poder dos juízes”¹⁴.

Neste sentido, os árbitros não estão investidos de poderes públicos nem exercem uma função do Estado. São competentes para a resolução de litígios porque o Direito português reconhece validade ao exercício privado da função jurisdicional e, portanto, permite às partes a atribuição aos árbitros de poderes de autoridade. Sem convenção não existe tribunal arbitral, razão pela qual não se pode descurar o elemento contratual quando se discute a natureza jurídica da arbitragem.

Com base neste raciocínio surgiu a tese mista que, como o próprio nome indica, combina elementos da tese contratual e da tese jurisdicional.

Uma das mais antigas referências à natureza mista da arbitragem em Portugal pertence ao Visconde de Carnaxide que reconhecia que “os árbitros julgam, sim, mas com poderes apenas emanados d’um contracto firmado pelos interessados na decisão”¹⁵. Segundo este Autor a autonomia privada tinha uma intervenção inicial, na criação do compromisso arbitral, na nomeação dos árbitros, na determinação da forma do processo e do prazo para

pois não constituiriam emanação do poder público, mas apenas o reflexo da vontade das partes. Para este Autor a arbitragem não passa de um “acordo feito pelos litigantes, em virtude do qual eles dão poderes a um ou vários indivíduos para resolverem a questão. A decisão por isso representa um acto do mandatário, que não pode deixar de ser considerado como a expressão dum contracto” (cfr. *Execução Extraterritorial das Sentenças Cíveis e Comerciais*, 1898, Coimbra, p. 168). Esta posição apenas se compreende num contexto legislativo em que a decisão arbitral apenas com homologação judicial se torna uma verdadeira sentença, o que não é o caso em Portugal nem na maioria dos regimes jurídicos atualmente em vigor. Porém, à data a que a escrita de Marnoco e Sousa se reporta, a lei apenas declarava sujeitas a revisão e confirmação as sentenças arbitrais espanholas homologadas por tribunal judicial ou quando um dos árbitros houvesse sido designado por juiz (Portaria de 20 de Junho de 1855). Precisamente com base nesta portaria, também Machado Vilela e Alberto dos Reis afirmavam que as sentenças arbitrais não representavam atos de verdadeira jurisdição, mas um mero ato de carácter particular (cfr. o Parecer de 1921, publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Ano VI, 1920-1921, p. 696).

¹² *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 185.

¹³ Luís Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 191.

¹⁴ Luís Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 194.

¹⁵ *O Direito*, Ano 45.º, p. 8.

o julgamento, mas a partir do início da actividade do tribunal arbitral, a vontade das partes não teria qualquer intervenção “aguardando os litigantes o julgamento como se fôsse d’um tribunal ordinário”¹⁶.

São atualmente defensores da tese mista, por exemplo, José Lebre de Freitas¹⁷, Luís de Lima Pinheiro¹⁸, Dário Moura Vicente¹⁹, Ferrer Correia²⁰, Manuel Pereira Barrocas²¹, Mariana França Gouveia²².

Somos também da opinião que se, por um lado, a fonte do poder do tribunal arbitral é contratual, por outro, os tribunais arbitrais exercem, de facto, a função jurisdicional (embora de forma privada).

Em consequência, se é verdade que o desrespeito pela ordem do tribunal consubstancia, ainda que de forma indirecta, um incumprimento da convenção arbitral que contenha regras referentes à obrigação do cumprimento de providências cautelares (quer por referência directa, quer por remissão), consubstancia também incumprimento de uma decisão jurisdicional. Afinal, a convenção de arbitragem é a fonte do poder jurisdicional do tribunal arbitral, mas uma vez este constituído, é a natureza jurisdicional da sua actividade que fundamenta a autoridade das respectivas decisões.

Estamos, assim, em crer que a fonte da autoridade das decisões dos árbitros é a mesma da dos tribunais estaduais – o carácter jurisdicional da função que exercem. Desta forma, uma providência cautelar, enquanto emanção do poder jurisdicional, sempre seria obrigatória para as partes, ainda que não expressamente previsto na lei.

Sendo certo que a actividade que exercem é jurisdicional, a verdade é que, conforme ficou já dito, o tribunal arbitral não é um ente de direito público, mas antes uma entidade privada. Assim, a desobediência a uma providência cautelar arbitral não pode consubstanciar a prática de um crime de desobediência, conforme acontece no caso de incumprimento das providências cautelares decretadas por tribunal judicial.

D) Realização coerciva das providências cautelares arbitrais

Segundo o n.º 1 do artigo 27.º da LAV, uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral pode ser coercivamente executada. Ou seja, no caso de o requerido não cumprir voluntariamente a decisão, o seu acatamento pode ser forçado. Vejamos como.

- **Meios coercivos à disposição dos tribunais arbitrais**

¹⁶ Visconde de Carnaxide, *O Direito*, Ano 45.º, p. 9.

¹⁷ *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, p. 625 e 626.

¹⁸ *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 187.

¹⁹ *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990, p. 67 e 68.

²⁰ *Do Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXVII, 2001, p. 6.

²¹ *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, p. 45.

²² *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, p. 120.

É certo que muitas vezes as partes no processo arbitral cumprem voluntariamente as medidas cautelares decretadas para evitar uma provável incompatibilização com o tribunal arbitral. Naturalmente que o tribunal não será indiferente ao incumprimento de uma ordem por si emitida e não se coibirá de extrair inferências negativas sobre o mesmo, o que com elevada probabilidade influenciará a convicção do tribunal sobre a posição das partes no processo arbitral ou, pelo menos, a sua decisão quanto à repartição dos encargos.

A possibilidade de verificação desta consequência desfavorável parece ser, na maioria dos casos, suficiente para dissuadir as partes do incumprimento da providência cautelar²³.

*“De facto, deve ser sublinhado que, na maior parte das vezes, as decisões interlocutórias que consistem em ordens ou proibições dirigidas às partes – como uma ordem de continuar a cumprir obrigações contratuais, de produzir um documento, de depósito de activos com um terceiro ou a proibição de adoptar determinada conduta – são voluntariamente observadas pelas partes contra quem são decretadas, persuadidas pela possibilidade de o incumprimento da medida ordenada pelos árbitros afectar a sua credibilidade perante os mesmos.”*²⁴

Por outro lado, existe a possibilidade do incumprimento de uma decisão arbitral gerar responsabilidade contratual. Neste sentido, o tribunal arbitral no caso CCI 8307 “ameaçou”, apesar de não ter sido expressamente requerido pela contra-parte, que o incumprimento da *anti-suit injunction* dirigida a uma das partes poderia originar o decretamento de uma indemnização por danos com base na violação do acordo arbitral (cfr. parágrafo 12 da decisão interlocutória (2001) no caso CCI 8307)²⁵.

No entanto, a inegável existência de incentivos que, de facto, resultam numa propensão generalizado para o cumprimento das decisões cautelares não deve retirar relevância aos mecanismos coercivos que os regimes aplicáveis à arbitragem disponibilizam.²⁶ De igual modo, a perspectiva de danos não elimina a necessidade de se prever e regular a execução coerciva das medidas cautelares²⁷.

Perante isto, impõe-se a questão: que mecanismos coercivos são esses?

(i) Sanção pecuniária

²³ Nathalie Voser e Christopher Boog referem precisamente que, no caso das medidas cautelares, existe um óbvio incentivo para as partes cumprirem, porque o processo prossegue e o tribunal arbitral que ordena a medida é o mesmo que decidirá depois quanto ao mérito (cfr. *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: an Overview*, publicado no Boletim da CCI, vol. 22, Suplemento Especial, 2011, p. 86).

²⁴ “In fact, it should be stressed that most of the time interim measures consisting of orders or prohibitions to the party – such as an order to keep performing contractual obligations, to produce a document, to deposit certain assets in charge of a third party or the prohibition to adopt certain conduct – are voluntarily observed by the party against whom they are granted, as the parties are sufficiently persuaded by the fact that the non-fulfilment of an interim measure ordered by the arbitrators will affect their credibility towards them.” (cfr. Carla Gonçalves Borges, *State Court Assistance Moving Forward in Portugal?*, 2013, disponível em <http://kluwerarbitrationblog.com>).

²⁵ Referida no artigo de Ali Yesilirmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice*, 1999-2008, publicado no Boletim da CCI, vol. 22, Suplemento Especial, 2011, p. 10.

²⁶ LA TUTELA CAUTELARE NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE, Studi e Pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 65, 2006, p. 486.

²⁷ Donald Francis Donovan, *The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration A Survey of Jurisdictions, The Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward*, Albert Jan van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, 2002, London, Vol. 11, p. 243.

Por exemplo, no artigo 1056.º do Código de Processo Civil Holandês²⁸, no artigo 1709.º do *Code Judiciaire Belga*²⁹ e no n.º 2 do artigo 57.º da Lei Boliviana de Arbitragem e Conciliação³⁰ é reconhecido aos árbitros o poder de recorrerem à *astreinte*.

A *astreinte* surgiu pela primeira vez na jurisprudência francesa como meio coercitivo à disposição dos juízes nos tribunais estaduais “destinado a vencer a resistência oposta à execução de uma condenação”³¹. Consiste numa medida acessória a uma decisão principal que visa o seu cumprimento imediato através da ameaça do pagamento de uma quantia pecuniária que aumenta por cada período de atraso³² ou por cada violação praticada. A *astreinte* acabou por merecer consagração legal e encontra-se actualmente prevista no *Code des Procédures Civiles d’Execution*.

A medida foi sendo também consagrada em outros ordenamentos jurídicos (artigos 644.º e 645.º do Código de Processo Civil Brasileiro; Lei Luxemburguesa de 30 de Novembro de 1976; Lei Belga de 31 de Janeiro de 1980; Lei de Arbitragem sueca de 1999; artigos 3.º e 16.º do Regulamento n.º 17; artigo 614.º do Código de Processo Civil Italiano³³). A *astreinte* tem sido também aplicada *praeter legem* pela jurisprudência no Cantão de Genebra³⁴.

Em França, a doutrina maioritária tem sido favorável à utilização da *astreinte* na arbitragem. Segundo Joaquim Shearman de Macedo “esta orientação assenta no pressuposto de que a medida não é uma medida de carácter coercivo, mas sim de carácter compulsivo, visando obter o cumprimento voluntário do devedor para escapar às respetivas consequências patrimoniais adversas. Não pressupondo, por isso, o *imperium* do tribunal. Trata-se, segundo esta orientação, de uma medida de incentivo à *des fins d’exécution*.”³⁵ Também a *Cour d’Appel* de Paris, por decisão de Outubro de 2004, decidiu que a aplicação da *astreinte* se encontrava dentro dos limites da competência dos árbitros.

²⁸ “The arbitral tribunal has the power to impose a penalty for non-compliance in cases where the court has such power. (...)”, tradução de W. Michael Reisman, W. Laurence Craig, William Park e Jan Paulsson, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 366.

²⁹ “The arbitrators may order provisional execution of their awards notwithstanding appeal and without prejudice to the rules of “cantonnement”. They may also subject the provisional execution to the establishment of a guarantee according to the rules of this Code.”, tradução de W. Michael Reisman et al, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 158.

³⁰ Artigo 57.º, II da Lei n.º 1770 de 10 de março de 1997: “Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera fuere la naturaleza de la obligación que el laudo disponga cumplir, el Tribunal Arbitral podrá establecer sanciones pecuniarias en beneficio del acreedor, por la eventual demora en el cumplimiento de tal obligación. Las sanciones pecuniarias serán progresivas y se graduarán conforme a las condiciones económicas y personales del responsable, siempre que las partes así lo hubieren convenido.”

³¹ Joaquim Shearman de Macedo, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem. Algumas considerações*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, p. 816.

³² Juan Carlos Landrove e James John Greuter, *The Civil Astreinte as an incentive measure in litigation and international arbitration practice in Switzerland: is there a need for incorporation?*, 2007, disponível em http://www.landrove.ch/pdf/Civil_Astreinte_2007_Landrove.pdf

³³ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Almedina, 2007, p. 378 e 379.

³⁴ Juan Carlos Landrove e James John Greuter, *The Civil Astreinte as an Incentive Measure in Litigation and International Arbitration Practice in Switzerland : Is There a Need for Incorporation?*, Chappuis, Foex, Kadner Graziano, L’harmonisation internationale du droit, Basel, Geneva, Zurich, Schulthesse, 2007, p. 525, disponível em http://www.landrove.ch/pdf/Civil_Astreinte_2007_Landrove.pdf

³⁵ Joaquim Shearman de Macedo, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem. Algumas considerações*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, p. 816 e 817.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, introduziu a sanção pecuniária compulsória, figura que se inspira no modelo francês da *astreinte*, conforme consta do preâmbulo do referido Decreto-Lei³⁶. Também no nosso sistema jurídico, a sanção pecuniária compulsória consiste num meio de compelir o devedor ao cumprimento, através da aplicação da obrigação de “pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento” (n.º 1 do artigo 829.º-A do Código Civil). Esta quantia tem em vista a coerção ao cumprimento e não qualquer intuito compensatório, tanto que é “fixada independentemente da indemnização a que houver lugar” (n.º 2 do artigo 829.º-A do Código Civil). Nas palavras de João Calvão da Silva, trata-se de um “meio de constrangimento judicial que exerce pressão sobre a vontade lesada do devedor (...) sob a ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária”³⁷. Neste sentido, a sanção pecuniária compulsória “não é um fim em si mesmo: a sua utilização visa obter a realização de uma prestação judicialmente reconhecida”³⁸.

Mas por que não obter a realização da prestação em sede de processo executivo? Porque o processo executivo não é capaz de dar resposta a todos os casos. João Calvão da Silva refere alguns exemplos: obrigação de prestação de coisa quando se trate de coisas móveis que não sejam determináveis por conta, peso ou medida (n.º 2 do artigo 861.º do Código de Processo Civil), ou seja, quando a sua individualização dependa de uma escolha³⁹; obrigação de prestação de facto negativa que, pela sua natureza, não é suscetível de execução específica⁴⁰; obrigação de prestação de facto infungível⁴¹. Perante as limitações do processo executivo, resta adotar medidas que, exercendo pressão sobre a vontade do devedor, o levem a decidir-se a cumprir – medidas coercitivas de natureza patrimonial, como é o caso da sanção pecuniária compulsória⁴².

A sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada em sede de procedimento cautelar (cfr. n.º 2 do artigo 365.º do Código de Processo Civil) e ainda posteriormente à sentença final, em sede de processo executivo para prestação de facto (cfr. artigo 868.º do Código de Processo Civil).

A LAV não se refere à possibilidade de os árbitros aplicarem a sanção pecuniária compulsória. Isto significa apenas que essa possibilidade não encontra previsão legal e não que esteja excluída.

Vejamos como se tem pronunciado a doutrina portuguesa sobre a questão.

³⁶ “Autêntica inovação, entre nós, constituem as sanções pecuniárias compulsórias reguladas no artigo 289.º-A. Inspira-se a do n.º 1 desse preceito no modelo francês das *astreintes*, sem todavia menosprezar alguns contributos de outras ordens jurídicas”.

³⁷ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 355.

³⁸ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 355.

³⁹ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 357 a 362.

⁴⁰ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 365.

⁴¹ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 371.

⁴² “A admissibilidade do constrangimento físico da pessoa do devedor, além de constituir arrepiante retrocesso histórico na evolução da execução das obrigações – a passagem da execução pessoal à execução patrimonial constitui um avanço e uma conquista da civilização – violaria princípios fundamentais de um Estado-de-Direito democrático.” (cfr. João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 373).

Joaquim Shearman de Macedo pronunciou-se contra essa possibilidade. Para o justificar invoca a intenção confessada do legislador⁴³ ao prever a sanção pecuniária compulsória - proteger o “interesse colectivo das decisões dos tribunais e das obrigações serem regularmente cumpridas” - e conclui que “o interesse prosseguido pela medida denuncia o seu fim público” e que dessa natureza pública se deduz a respetiva indisponibilidade. Desta forma, o Autor resolve a questão sob o prisma da arbitrabilidade da sanção pecuniária compulsória e, aplicando o critério da patrimonialidade (constante do n.º 1 do artigo 1.º da LAV), diz que “a pretensão [pedido de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória] não é patrimonial porquanto a aplicação da sanção releva de interesses e fins públicos e reverte em parte para os cofres do Estado”. Aplicando supletivamente o critério da transigibilidade (constante do n.º 2 do artigo 1.º da LAV) termina com a mesma conclusão: “pese embora [a sanção pecuniária compulsória] tenha a sua iniciativa limitada ao requerimento do credor, a partir do momento em que a mesma se encontra decretada esta protege interesses públicos e privados”⁴⁴.

Na opinião de Mário Raposo⁴⁵ a sanção pecuniária compulsória está fora da competência do tribunal arbitral “porque completamente inadaptável à sua natureza e compleição”. Para fundamentar essa inadaptação, o Autor invoca:

- (i) a definitividade da sanção pecuniária compulsória, que uma vez decretada subsiste inalterada até ao cumprimento;
- (ii) o facto de o seu montante reverter em partes iguais para o credor e para o Estado; e
- (iii) a redacção do n.º 2 do artigo 384.º [actual art. 365.º] do Código de Processo Civil, a qual (segundo o Autor) aproxima a figura de um “acto de *imperium*, de força (coerciva), com tutela *penal* (art. 391.º [actual art. 375.º])”.

João Calvão da Silva escreveu que “nos termos da lei (art. 829.º-A), a sanção pecuniária compulsória é judicial, só suscetível de ser pronunciada pelo tribunal.”⁴⁶

Há que ter em conta que estas palavras de João Calvão da Silva foram proferidas num contexto em que se discutia a hipótese de as partes convencionarem uma sanção pecuniária compulsória e que o Autor se referia à distinção entre cláusula penal e sanção pecuniária compulsória quando qualifica esta última de “judicial”. Ou seja, consideramos que, com esta qualificação, o Autor pretendia sublinhar que a referida medida deve ter origem na decisão de um tribunal e não num contrato entre as partes. Mas cremos que o fez por oposição a uma sanção pecuniária compulsória de origem convencional e não pretendendo excluir a competência dos árbitros nesta matéria, a qual não era discutida à data. De qualquer forma, pode tentar inferir-se da afirmação de que a sanção pecuniária compulsória

⁴³ Consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que “A sanção pecuniária compulsória visa, em suma, uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis.”

⁴⁴ *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem. Algumas considerações*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, p. 826 e 827.

⁴⁵ *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, p. 49.

⁴⁶ Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1983, *Direitos de Autor, Cláusula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, 1987, p. 149.

não pode ser convencionada pelas partes a sua exclusão na arbitragem, a qual assenta precisamente numa convenção.

Porém, não nos parece que a referida inferência fosse justificada, pois entendemos que uma sanção pecuniária decretada pelo tribunal arbitral não teria fonte na vontade das partes, mas no poder jurisdicional do mesmo.

Por outro lado, acompanhamos Antunes Varela⁴⁷ quando discorda (embora fora do contexto concreto da arbitragem) de que exista um monopólio do tribunal na determinação da sanção pecuniária compulsória. Diz o Autor que a tese é desde logo contrariada pelo n.º 5 do artigo 829.º-A do Código Civil, que cria uma sanção pecuniária compulsória automática, de fonte legal, para as obrigações de pagamento em dinheiro corrente. Antunes Varela acrescenta ainda que o objectivo do Decreto-Lei n.º 262/83 foi o de “reagir contra a inoperância prática de algumas obrigações, quase sempre de raiz *convencional* ou *pactícia*”⁴⁸ e que seria incongruente que, ao mesmo tempo, permitisse “*limitar* ou *condenar*, relativamente ao comum das obrigações, o emprego de meios, voluntariamente criados ou aceites pelas partes, conducentes ao mesmo fim”⁴⁹.

Em conclusão, parece-nos que mesmo que se entenda que o artigo 829.º-A do Código Civil exclui a sanção pecuniária compulsória do âmbito da autonomia privada (o que é discutível), essa exclusão não significa a sua exclusão da arbitragem. Neste contexto, propomo-nos, em seguida, rebater os argumentos apresentados em sentido contrário.

▪ *Alocação em partes iguais do montante da sanção pecuniária*

Em primeiro lugar, não nos parece que a alocação do montante resultante da aplicação da sanção pecuniária compulsória em partes iguais ao credor e ao Estado possa contribuir para excluir a possibilidade de os árbitros recorrerem a este instituto. Esta regra justifica-se apenas por a sanção pecuniária compulsória não ter intuito indemnizatório, o que faria com que a atribuição da totalidade daquele montante ao credor constituísse, na verdade, um enriquecimento sem causa.

É atribuído ao credor metade do valor porque é a ele que lhe cabe a iniciativa de a requerer, iniciativa sem a qual a mesma não poderia ser ordenada. Mais: após o impulso da parte interessada o tribunal deve decretar a medida. “Isto significa que, se o credor pedir a condenação do devedor no cumprimento da obrigação sob cominação de sanção pecuniária compulsória, o juiz tem o dever, não só o poder, de a ordenar, uma vez verificados os seus pressupostos; não pode recusar a sua aplicação”⁵⁰. A atribuição de metade do valor ao credor não passa de uma forma de incentivo ao requerimento da

⁴⁷ Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 1983, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 121.º, 1988-89, N.ºs 3766-3777, p. 218 a 220.

⁴⁸ Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 1983, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 121.º, 1988-89, N.ºs 3766-3777, p. 220.

⁴⁹ Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 1983, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 121.º, 1988-89, N.ºs 3766-3777, p. 219.

⁵⁰ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 429.

sanção pecuniária compulsória. Naturalmente que o credor sempre tem o incentivo de, assim, vir a obter o cumprimento da obrigação, mas a recepção daquele valor constitui um incentivo extra, justificado por a sanção pecuniária compulsória visar favorecer o respeito pela justiça, sendo, portanto, do interesse público, e não apenas do interesse individual do credor, que a mesma seja aplicada.

Note-se que em França, sistema onde “o tribunal aprecia soberanamente a oportunidade de fazer seguir a condenação principal de *astreinte*, podendo decretá-la oficiosamente ou recusá-la, quando pedida, se assim o entender”⁵¹ o incentivo ao requerimento da *astreinte* é maior do que em Portugal (todo o produto da aplicação da medida é entregue ao credor), pois não é certo que o tribunal venha efectivamente a decretar a *astreinte*, como o é no sistema jurídico português.

Joaquim Shearman de Macedo refere as dificuldades práticas desta posição: saber quem receberia por banda do Estado, quem cobraria esse valor e a quem seria entregue⁵².

Conforme desenvolveremos à frente, é nosso entendimento que a sanção pecuniária compulsória arbitral deve ser executada no âmbito de um processo de execução nos tribunais estaduais, com excepção dos casos em que a parte cumpra voluntariamente a sanção. Nesse caso, a parte deve entregar o correspondente valor ao tribunal arbitral. Novamente, metade desse valor deve ser atribuído ao credor, de forma a incentivar iniciativa das partes, e a outra forma deve ser entregue pelo tribunal arbitral ao estado. De facto, o fundamento social da sanção justifica-o: ela “visa assegurar o respeito pela autoridade judiciária, condição necessária de uma boa Justiça, a melhor garantia dos interesses particulares”. Os tribunais arbitrais, apesar de contribuírem para a realização da justiça, assentam na autonomia privada e são instituições de natureza privada, pelo que nada justificaria que fizessem sua qualquer percentagem da sanção pecuniária compulsória que aplicam.

▪ *Definitividade da sanção pecuniária compulsória*

Também não perfilhamos a opinião de que o carácter definitivo da sanção pecuniária compulsória seja manifestação de uma natureza coerciva que a coloque no âmbito jurisdicional, como defende Mário Raposo.

O carácter definitivo atribuído à sanção pecuniária compulsória visa obviar a que “esperança”⁵³ na redução da medida decretada inicialmente, após cumprimento, incentive o devedor a incumprir numa fase inicial. Exemplos deste “comportamento especulativo”⁵⁴, que naturalmente diminui a utilidade prática da medida, encontram-se na jurisprudência francesa onde é “frequente a diminuição das *astreinte* no momento da sua liquidação”⁵⁵.

⁵¹ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 429 e 430.

⁵² *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem. Algumas considerações*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, p. 827.

⁵³ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, 2007, p. 435.

⁵⁴ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 435.

⁵⁵ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, 2007, p. 435.

É, do nosso ponto de vista, esta a justificação para a regra da definitividade, e não outra que se prenda com o *ius imperii* dos tribunais judiciais, pelo que não vemos como a mesma permita inferir uma competência exclusiva dos tribunais estaduais no que toca à aplicação da sanção pecuniária compulsória. Tanto que, quer a doutrina francesa que admite a *astreinte* arbitral quer a já referida decisão da *Cour d'Appel* de 2004, não limitam o poder dos árbitros apenas à *astreinte provisoire*.

▪ *Tutela penal*

Conforme vimos, Mário Raposo defende que a redacção do n.º 2 do artigo 365.º do Código de Processo Civil aproxima a sanção pecuniária compulsória de um “acto de *imperium*, de força (coerciva), com tutela penal”.

O citado artigo consta do Código de Processo Civil, o que significa que se aplica às ações pelas quais os cidadãos procuram, pela via judiciária, a protecção jurídica dos seus direitos, ou seja, aos processos que correm nos tribunais estaduais portugueses e se destinam a obter uma decisão judicial que reconheça um direito, previna ou repare a sua violação ou decrete os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação (artigo 2.º do Código de Processo Civil).

Desta forma, o Código de Processo Civil não se aplica, em princípio, à arbitragem. Ao invés, as partes devem acordar sobre as regras do processo a observar e, não o fazendo, são os árbitros quem deve definir as regras processuais que entenderem adequadas (n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º da LAV).

Naturalmente que, em teoria, as partes podem acordar na aplicação do Código de Processo Civil, mas sendo a arbitragem um modo de resolução alternativa de litígios que visa precisamente evitar os pesados formalismos dos processos judiciais, “a remissão para uma lei processual civil não parece ser a solução mais conveniente, visto que implica a sujeição da arbitragem àqueles formalismos que geralmente se pretendem evitar com o recurso à arbitragem”⁵⁶. Mariana França Gouveia diz mesmo que “a escolha das regras do Código de Processo Civil é contraditória com a natureza alternativa da arbitragem”⁵⁷. Por outro lado, a Autora interpreta o n.º 3 do artigo 30.º da LAV como pretendendo “afastar em definitivo a aplicação subsidiária automática do nosso Código de Processo Civil” e conclui que “[c]om esta regra apenas será aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil se o tribunal arbitral expressamente o disser”⁵⁸, o que, acrescentamos, não nos parece previsível que venha a acontecer.

Assim, o n.º 2 do artigo 365.º do Código de Processo Civil, que é uma norma “estritamente adjectiva”⁵⁹, não se aplica no contexto arbitral, o que significa que:

⁵⁶ Luís Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 143.

⁵⁷ *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, 3.ª Ed., p. 235.

⁵⁸ *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, 3.ª Ed., p. 237.

⁵⁹ Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Almedina, 1999, p. 279.

- (i) da mesma não decorre a possibilidade do decretamento, pelos árbitros, da sanção pecuniária compulsória para assegurar a efetividade de uma providência cautelar;
- (ii) mesmo admitindo a validade do decretamento da sanção pecuniária compulsória em sede arbitral, os pressupostos processuais da sua utilização pelos juízes previstos no Código de Processo Civil não se aplicam aos árbitros. Desta forma, a aplicar-se ao contexto arbitral, será com os contornos previsto no Código Civil, na LAV e segundo as regras processuais que sejam definidas, em cada caso, pelas partes ou pelo tribunal arbitral.

De qualquer forma, estamos em crer que este n.º 2 do artigo 365.º nada acrescenta face ao artigo 829.º-A do Código Civil. Visa apenas “esclarecer que não podem ser invocadas quaisquer razões de índole processual para obviar ou dificultar a sua utilização em sede de procedimentos cautelares”⁶⁰.

No mesmo sentido, também o art. 375.º que confere tutela penal às providências cautelares decretadas nunca teria aplicação no processo arbitral. Trata-se de uma tutela extra que tem a ver com o facto de se tratar de uma desobediência a uma ordem do tribunal judicial, ou seja, uma ordem de um órgão soberano do Estado, emanação do exercício de poderes públicos, o que não acontece no caso de uma ordem arbitral. Ou seja, só é conferida tutela penal à providência cautelar enquanto injunção do juiz, razão pela qual as providências cautelares decretadas por tribunal arbitral não têm a mesma proteção.

Concluindo, parece-nos que não é pelo facto de o Código de Processo Civil prever a possibilidade da utilização da sanção pecuniária compulsória para garantir o efectivo cumprimento das providências cautelares, às quais é conferida tutela penal, que a figura assume um carácter diferente e ascende a um patamar superior de ato de *imperium*. Simplesmente, o Código de Processo Civil elenca os mecanismos pelos quais procura assegurar o acatamento das providências cautelares judiciais pelos seus destinatários: a sanção pecuniária compulsória, conforme decorre do artigo 829.º-A do Código Civil, e a tutela penal, conforme decorre do n.º 2 do artigo 348.º do Código Penal. Este regime justifica-se pela natureza de ordem judicial que a providência cautelar assume e não pela natureza da sanção pecuniária compulsória ou da tutela penal.

▪ *Solução adotada: natureza jurídica da sanção pecuniária compulsória e sua indisponibilidade*

Em Portugal alguma doutrina refere o interesse colectivo prosseguido pela sanção pecuniária compulsória para defender a respectiva indisponibilidade.

Não podem restar dúvidas sobre o interesse público da sanção pecuniária compulsória quando é o próprio preâmbulo do Decreto-Lei que a introduz no sistema jurídico português a referir-se à finalidade de reforço da soberania dos tribunais, do respeito pelas suas decisões, do prestígio da justiça e incentivo ao regular cumprimento das obrigações.

⁶⁰ Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Almedina, 1999, p. 384.

O que não compreendemos é como, a partir desta constatação, deva resultar necessariamente a exclusão da competência dos árbitros nesta matéria. É que também a arbitragem visa contribuir para o prestígio da justiça. Em certos casos, a arbitragem oferece até maiores garantias de que “será proferida uma sentença mais justa e adequada, não só porque as partes podem afastar o direito constituído, muitas vezes desajustado aos interesses em jogo no litígio, permitindo aos árbitros julgar segundo a equidade, mas também porque podem escolher “juizes por medida”, ou seja, pessoas com especiais conhecimentos técnicos, jurídicos ou outros, apropriados à tecnicidade do litígio, dificilmente apreensível pela generalidade da formação dos magistrados judiciais”⁶¹.

Além disso, sendo os tribunais arbitrais, à luz do direito português, verdadeiros tribunais, é tão importante assegurar o respeito pelas suas decisões como o é assegurar o respeito pelas decisões judiciais. A arbitragem, enquanto meio de resolução de litígios, contribui, a par com o sistema judicial, para o regular cumprimento das obrigações.

É também avançado o argumento de que o carácter coercitivo da medida impediria os tribunais arbitrais, limitados ao poder declarativo, de aplicarem a sanção pecuniária compulsória. É nossa perspectiva que a resolução desta questão pode ir beber à discussão doutrinária existente, principalmente antes da sua consagração legal, sobre a competência dos tribunais arbitrais para o decretamento de providências cautelares.

A jurisprudência que admitia tal competência limitava-a aos casos em que o “procedimento não envolva ou pressuponha o uso do *jus imperii* por parte do tribunal que decreta a providência requerida”, excluindo-a portanto quando a “actuação derivada do seu não acatamento pressuponha o exercício de poderes de autoridade que se manifestem sobre os bens do requerido”⁶².

Também Paula Costa e Silva⁶³ distinguia, em 2003, entre o momento em que “o tribunal verifica que a providência requerida é a legítima e é legítima”, que qualificou como traduzindo o exercício de uma competência declarativa, e o momento em que certas operações materiais conduzem à “restrição de faculdades fundamentais”, integradas na situação jurídica do destinatário da providência cautelar, emanação de um poder de autoridade. Centrando a questão na procura da fonte dessas operações materiais concluiu que, se a sua fonte estivesse num procedimento independente da decisão do tribunal⁶⁴, este poderia decretar a providência; se a sua fonte se encontrasse na própria decisão cautelar ou, dito de outra forma, a decisão cautelar implicasse, sem mais, o exercício de poderes de autoridade (como acontece no caso do arresto), o tribunal arbitral não a poderia tomar.

⁶¹ Francisco Cortez, *A arbitragem voluntária em Portugal: dos “ricos homens” aos tribunais privados*, O Direito, Ano 124, Julho-Dez 1992, p. 369.

⁶² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21-01-2010, proc. n.º 4321/09.9TBOER.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

⁶³ *A arbitralidade de medidas cautelares*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, Vol. I/II, Abril 2003, p. 219 a 222.

⁶⁴ Segundo a Autora, é o que acontece no caso do *Arrest* conforme previsto no Direito Alemão: há um primeiro momento em que o tribunal verifica a existência do direito e se esse direito merece ser executado, o que em caso positivo origina uma decisão de *Arrestbefehl*, que constitui título executivo; seguidamente o interessado deve impulsionar a execução numa fase executiva (*Arrestvollziehung*).

Já na vigência da LAV, Armindo Ribeiro Mendes defendeu que “parece que o tribunal arbitral não pode decretar medidas cautelares que, de forma imediata, permitam a sua execução por meios coercitivos, nomeadamente o arresto”⁶⁵.

O Tribunal da Relação de Évora confirmou também o entendimento de que “embora se reconheça, no âmbito de aplicação da referida lei, competência aos tribunais arbitrais para decretarem medidas cautelares, excluem-se do âmbito desta competência as pretensões deduzidas que impliquem uma decisão de natureza injuntiva ou executiva que careça de *ius imperii*, como sucede no caso do arresto, ou de medidas cautelares que (...) inibam a possibilidade de disposição ou oneração de bens”⁶⁶.

Também Manuel Pereira Barrocas⁶⁷ mostra alguma reserva em admitir que providências como o arresto e o embargo de obra nova sejam decretadas por tribunal arbitral, pois considera que melhor se acomodam à jurisdição dos tribunais estaduais devido ao seu “carácter simultaneamente declaratório e executório”.

Mariana França Gouveia aborda o tema partindo da competência dos tribunais judiciais e não tanto da natureza das providências cautelares. Particularmente sobre o arresto, a Autora refere que a natureza real da medida coloca o problema de saber se a competência dos tribunais arbitrais abarca os efeitos substantivos do arresto ou não e conclui dizendo que “se o tribunal arbitral não pode ordenar que a apreensão seja feita através de agente público, não cabe na sua competência o decretamento do arresto”⁶⁸.

Assim, parece-nos que a questão está em saber se a sanção pecuniária compulsória tem um “carácter simultaneamente declaratório e executório”, caso em que a competência exclusivamente declarativa dos tribunais arbitrais não abarcará o seu decretamento.

Para responder a esta questão, vejamos como, referindo-se às características da sanção pecuniária compulsória, Calvão da Silva⁶⁹ distingue entre a função de:

- ameaça, a qual tem um carácter (i) coercitivo ou compulsivo, pois destina-se a pressionar o devedor, assumindo a forma de ameaça⁷⁰; (ii) indirecto e psicológico, pois atua sobre a vontade do devedor; (iii) preventivo, pois a ameaça atua para o futuro, visando impedir o incumprimento ou a repetição do incumprimento; e de
- sanção, a qual tem um carácter (i) acessório; (ii) eventual ou condicional pois só nasce “se a ameaça em que necessariamente se traduz [a sanção pecuniária compulsória] não for eficaz para vencer a resistência do devedor e conseguir a realização in natura do objecto devido” e (iii) subordinado ao não cumprimento da obrigação principal.

⁶⁵ Armindo Ribeiro Mendes, Armindo Ribeiro Mendes *et al*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2012, p. 49 (anotação ao artigo 20.º).

⁶⁶ Acórdão de 21-03-2013, proc. n.º 1005/11.1TBVRS.E1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷ *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 94 (comentário ao artigo 20.º).

⁶⁸ *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, 3.ª Ed., p. 225.

⁶⁹ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 393 a 410.

⁷⁰ De onde resulta a distinção entre a sanção pecuniária compulsória, que visa coagir, compelir o próprio devedor ao cumprimento, e a execução através dos meios de sub-rogação, que visam a substituição do devedor para satisfação do interesse do credor independentemente da vontade daquele. Naturalmente que em ambas as figuras se procura a satisfação do interesse do credor, mas de formas diferentes.

Comuns a ambas estas vertentes são a natureza patrimonial, definitiva (porque não pode ser revista pelo juiz), subsidiária⁷¹ (porque só se aplica aos casos em que não é possível a execução específica), privada e substantiva (o Autor considera que a sanção pecuniária compulsória “delimita e define o conteúdo do direito do credor, distinto do *iter* da sua atuação”, esse sim de ordem processual).

Segundo o nosso entendimento, a sanção pecuniária compulsória, enquanto ameaça, tem uma fonte diferente da aplicação da sanção, para a qual é necessário o exercício de poderes de autoridade. O decretamento da sanção pecuniária compulsória enquanto ameaça é mero poder declarativo. A fonte da ameaça é a condenação do devedor em sanção pecuniária compulsória, com trânsito em julgado da decisão⁷²; a fonte da sanção não se fica pela condenação, é preciso que se lhe acrescente um extra: a violação do prazo para cumprimento. De facto, como vimos, “o elemento sanção é condicional, apenas ocorrendo se a coerção for ineficaz, como consequência e efeito dessa mesma ineficácia”⁷³.

Assim, é necessária uma actividade posterior para que a sanção seja aplicada – um processo de execução da dívida de sanção pecuniária compulsória, no âmbito do qual “incumbe ao credor exequente provar o não respeito pelo devedor da condenação principal”⁷⁴.

Com esta distinção parece-nos que fica claro um momento declaratório, quando a sanção pecuniária compulsória é decretada e funciona como ameaça - não é ainda sanção, mas apenas medida compulsória - e um momento executório, em que no processo executivo se vai determinar se houve incumprimento por parte do devedor e onde, eventualmente, este pode vir a demonstrar a inaplicabilidade da sanção por impossibilidade do cumprimento da prestação.

Entendemos que o tribunal arbitral pode decretar a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, mas que a sua execução deverá ser requerida no tribunal estadual do domicílio do devedor.

⁷¹ Embora João Calvão da Silva refira que “A lógica do carácter subsidiário da sanção pecuniária compulsória, consagrado no n.º 1 do art.º 829.º-A, é, todavia, quebrada pelo n.º 4 do mesmo preceito, ao prescrever uma sanção pecuniária compulsória legal para as obrigações pecuniárias.” (cfr. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 452 e 454).

⁷² “Como a sanção pecuniária compulsória é um meio de coerção ao cumprimento e ao respeito da condenação judicial, não deve ocorrer antes do momento em que o cumprimento se tenha definitivamente devido e a exequibilidade da decisão judicial foi adquirida. Consequentemente, se o devedor condenado não se conforma com a sentença e interpõe recurso, a interposição deste deve afectar também a sanção pecuniária compulsória. Seria, na verdade, ilógico que o efeito do recurso sobre a condenação principal se não estendesse à sanção pecuniária compulsória, cujo fim é o de constranger ao cumprimento e ao respeito dessa mesma condenação principal (cfr. João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Almedina, 2007, p. 423 e 424). Cfr. também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/22/2013, proc. n.º 1041/06.0TTLSB.L1-4, disponível em www.dgsi.pt: “Só com o trânsito em julgado da decisão (...) se dirime, em definitivo a obrigação que há-de ser cumprida pelo devedor. Será esse (se outro não for indicado na decisão condenatória) o momento em que o condenado deve realizar a prestação. É nesta data que se impõe ao adstringido que cumpra a obrigação, sob pena de, não o fazendo, atempadamente, ser sancionado com uma quantia pecuniária por cada dia em que se atrase na realização da prestação em que foi condenado. Desta forma, não se ordena o cumprimento da prestação, antes se impele o devedor a cumpri-la, pressionando-o, psicologicamente, a fazê-lo.”

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/22/2013, proc. n.º 1041/06.0TTLSB.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁴ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Almedina, 2007, p. 441.

(ii) Outros

Há outros exemplos de meios coercivos à disposição do tribunal arbitral para compelir as partes ao cumprimento das providências cautelares.

O *English Arbitration Act* de 1996 prevê que, sem prejuízo do regime de execução coerciva, sempre que uma parte incumpra uma *peremptory order*, o tribunal pode (i) definir que a parte incumpridora não possa vir a apresentar qualquer alegação ou vir a suportar qualquer das suas alegações em documento que haja sido analisado no âmbito da decisão da medida provisória; (ii) definir as inferências negativas do incumprimento, que se justifiquem nas circunstâncias do caso; (iii) emitir sentença com base nas alegações produzidas e na matéria provada até àquele momento; (iv) tomar as medidas que considerar adequadas, nomeadamente a de ordenar à parte o pagamento dos custos incorridos na arbitragem em resultado do seu incumprimento⁷⁵. Já a sanção para o incumprimento da *peremptory order* que ordene a prestação de caução ou garantia de custas judiciais pode ser a absolvição da instância⁷⁶.

Ou seja, perante o incumprimento de uma providência cautelar arbitral, o tribunal tem ao seu dispor as referidas medidas, facto que deverá funcionar como um incentivo das partes ao cumprimento, de forma a evitarem que qualquer delas lhes seja aplicada. Naturalmente que o critério para determinação da medida a aplicar em cada caso dependerá das circunstâncias concretas e de um juízo de proporcionalidade.

Também em Portugal é expectável que os tribunais arbitrais tirem conclusões, que se poderão vir a reflectir na decisão final, do incumprimento por uma das partes da decisão cautelar por si emitida.

A absolvição da instância em resultado do não pagamento da caução ou garantia de custas judiciais é equiparável à possibilidade, prevista no n.º 4 do artigo 17.º da LAV, da conclusão do processo arbitral no caso de falta de pagamento de preparos para honorários e despesas previamente acordados ou fixados pelo tribunal.

Já a previsão de o tribunal arbitral vir a ordenar que a parte faltosa não possa beneficiar de qualquer alegação ou documento apresentados no âmbito do processo de decisão da providência cautelar ou tomar outras medidas como a de ordenar à parte o pagamento dos custos incorridos na arbitragem em resultado do seu incumprimento, não tem correspondência no nosso ordenamento jurídico.

⁷⁵ Artigo 41 (7): “If a party fails to comply with any other kind of peremptory order, then, without prejudice to section 42 (enforcement by court of tribunal’s peremptory orders), the tribunal may do any of the following: (a) direct that the party in default shall not be entitled to rely upon any allegation or material which was the subject matter of the order; (b) draw such adverse inferences from the act of non-compliance as the circumstances justify; (c) proceed to an award on the basis of such materials as have been properly provided to it; (d) make such order as it thinks fit as to the payment of costs of the arbitration incurred in consequence of the non-compliance.”, W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 187.

⁷⁶ Artigo 41 (6): “If a claimant fails to comply with a peremptory order of the tribunal to provide security for costs, the tribunal may make an award dismissing his claim”, W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 187.

Nos sistemas de *common law* também se discute a possibilidade de condenar a parte desobediente em *punitive damages* ou o *contempt of court*, figuras que não encontram, igualmente, previsão no sistema jurídico Português.

Quando, apesar da aplicação dos meios de coerção disponíveis, as partes não cumprem, diz o n.º 1 deste artigo que a providência cautelar (e apenas as providências cautelares, não as ordens preliminares) pode ser coercivamente executada. De facto, *meios de coerção* distinguem-se de *execução*. A execução é “directa ou sub-rogatória, não caindo na categoria de execução o recurso a meios coercitivos”⁷⁷.

Vejamos, em seguida, quais os procedimentos disponíveis para a promoção da execução coerciva das medidas cautelares arbitrais.

(i) Intervenção dos tribunais estaduais

Conforme ficou dito, os tribunais arbitrais não têm competência para proceder à execução coerciva das suas decisões, o que significa a impossibilidade de recorrer a força pública para obrigar ao acatamento das suas decisões pelas partes que se recusem a cumpri-las de forma espontânea e voluntária. É, portanto, necessário que os tribunais judiciais cooperem com os tribunais arbitrais executando as suas decisões (artigo 27.º e 28.º da LAV, para o caso de providências cautelares; artigos 47.º e 48.º da LAV, para o caso das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas e artigo 56.º da LAV, para o caso das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internacionais).

Num primeiro plano, a eficácia das providências cautelares depende da boa-vontade das partes, bem como da capacidade de os árbitros utilizarem o processo arbitral para compelirem as partes ao cumprimento. Caso não se verifique o cumprimento voluntário, restam os mecanismos de execução previstos na lei do país onde se pretenda executar a decisão.

Esses mecanismos de execução, que passam necessariamente pela intervenção de um juiz estadual, podem traduzir-se na necessidade de conferir *exequatur* ou num processo de assistência.

(ii) *Exequatur*

Nos sistemas de *exequatur*, como o são a Bélgica⁷⁸, Espanha⁷⁹, Estados Unidos⁸⁰, França⁸¹, e a Convenção Suíça Inter-cantões sobre Arbitragem⁸², o tribunal judicial limita-se a verificar

⁷⁷ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª edição, Almedina, 2007, p. 407.

⁷⁸ Artigo 1710.º do Code Judiciaire: “*The arbitral award may be enforced only after the enforcement formula has been apposed by the President of the Court of First Instance, on the application of the interested party. (...)*”, tradução de W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 158.

⁷⁹ Artigo 956 da Ley de Enjuiciamiento Civil (1881): “*Previo la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo a derecho, después de oír, por término de nueve días, a la parte contra quien se dirija y al Fiscal, el Tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria.*”

⁸⁰ Secção 13 do *The Federal Arbitration Act*: “*(...) The judgment so entered shall have the same force and effect, in all respects, as, and be subject to all the provisions of law relating to, a judgment in an action; and it may be enforced as if it had been rendered in an action in the court in which it is rendered*”, W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial*

a conformidade da decisão arbitral com determinados requisitos formais, a fim de constatar a sua existência e validade, de um ponto de vista meramente formal. Caso todos os requisitos formais previstos estejam cumpridos, é proferida uma decisão de *exequatur*, tal como acontece com as decisões finais. Mediante o *exequatur*, a medida arbitral é incorporada naquele ordenamento e com o mesmo se funde, em nada diferindo, a partir desse momento, de uma decisão da autoridade jurisdicional nacional.⁸³ Desta forma, o *exequatur* antecede a fase executiva.

O juiz pode (i) reconhecer ou não a decisão ou (ii) executá-la ou recusar a sua execução, mas não tem, em geral, poderes para a modificar.

Este sistema visa garantir o cumprimento de determinados requisitos considerados fundamentais e essenciais à validade de uma decisão de um tribunal num determinado sistema jurídico.

Em Portugal, a intervenção do tribunal estadual consubstancia-se precisamente no decretamento ou recusa de *exequatur* para as sentenças estrangeiras (o reconhecimento de sentenças nacionais é automático). Não se executam sentenças arbitrais estrangeiras sem *exequatur* prévio, ou seja, sem se verificar a sua compatibilidade com os critérios previstos na LAV.

A verificação da conformidade da decisão arbitral com os requisitos formais pode ser feita, como é o caso em Espanha⁸⁴, por extensão do regime aplicável à execução das sentenças finais à execução das providências cautelares ou através de um regime de *exequatur* específico para as providências cautelares, como é o caso da LAV (artigos 27.º e 28.º).

Uma das desvantagens desta modalidade prende-se com a possibilidade de o tribunal estadual vir a anular a decisão arbitral. Neste sentido, escreveu Paula Costa e Silva em 2003 que “se o tribunal estadual pudesse cassar a medida decretada pelo tribunal arbitral, de nada serviria conceder uma providência primária a estes órgãos em matéria urgente. Os benefícios do rápido decretamento seriam anulados pela paralisação dos efeitos úteis da decisão. Com fundamento nesta competência de controlo concluir-se-ia pela

Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 421.

⁸¹ Artigo 1477.º do Código de Processo Civil: “*The arbitral award may be forcibly executed only by virtue of an order of exequatur by the Tribunal de Grande Instance having jurisdiction at the place where the award was rendered. Exequatur shall be ordered by the enforcement judge of the Tribunal.*”, tradução de W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 266.

⁸² Artigo 44.º: “*At the request of one of the parties, the judicial authority provided for in Article 3 shall declare enforceable, to the same extent as a judgment, any arbitral award (...)*”, tradução de W. Michael Reisman *et al*, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 412.

⁸³ Andrea Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, *Studi e Pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 65, 2006, p. 505.

⁸⁴ N.º 2 do artigo 23.º da Lei de Arbitragem Espanhola – Ley 60/2003, de 23 de diciembre: “*A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.*”.

incompetência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares, reservando-se para os tribunais estaduais, cujas decisões não podem ser destruídas pelo juiz da execução.”⁸⁵

(iii) Assistência

Este é o sistema adotado, por exemplo, pelo direito suíço⁸⁶ e pelo direito alemão⁸⁷. Ao contrário dos sistemas de *exequatur*, o tribunal judicial não pode recusar-se a reconhecer a decisão arbitral, pois não lhe é atribuída competência para verificar e sancionar eventuais irregularidades formais. A sua intervenção é meramente executória, se bem que o direito alemão prevê a possibilidade de o juiz ajustar a decisão arbitral cautelar ao direito interno alemão (ao qual o tribunal estadual está sujeito), para a tornar compatível com aquele, de forma a poder executá-la. Há outros exemplos de leis nacionais que admitem esta possibilidade. É o caso da Nova Zelândia⁸⁸ e da nossa LAV (alínea b) do n.º 1 do artigo 28.º).

O que pode ser preocupante é que “*este sistema permite a alteração da decisão cautelar arbitral para efeitos da sua execução e, conseqüentemente, abre a porta à revisão da decisão pelo juiz. Assim, devem ser previstas salvaguardas que impeçam a revisão de mérito da decisão pelo juiz.*”⁸⁹ Neste sentido, a LAV expressamente proíbe a revisão de mérito da decisão no n.º 2 do artigo 28.º.

E) O regime da LAV

• Forma da providência cautelar

Em primeiro lugar, note-se que tanto na Lei-Modelo⁹⁰ como na LAV⁹¹, o reconhecimento e a execução coerciva não estão dependentes da decisão cautelar assumir determinada forma.

⁸⁵ *A arbitrabilidade de medidas cautelares*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, Vol. I/II, Abril 2003, p. 227.

⁸⁶ N.º 2 do artigo 183.º da Lei de Direito Internacional Privado: “1. Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order provisional or protective measures. 2. If the party so ordered does not comply therewith voluntarily, the arbitral tribunal may request the assistance of the court. Such court shall apply its own law.”, tradução de W. Michael Reisman et al, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 396.

⁸⁷ Parágrafo 2 da secção 1041 do ZPO: “The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in sub-section 1, unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court. It may recast such an offer if necessary for the purpose of enforcing the measure.”, tradução de Ashwinie Kumar Bansal, *International Commercial Arbitration*, Universal Law Publishing Co., 2012, p. 425.

⁸⁸ Artigo 17 M (1) (b) (i) do Capítulo 4A do Arbitration Act 1996, conforme alterado em 2007: “Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only if the Court finds that the interim measure is incompatible with the powers conferred on the Court, unless the Court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance”. Tomás Kennedy-Grant, *Promised Land or Fire Swap? Interim Measures - The New Zealand Revolution*, 2007, p. 14, disponível em <http://www.kennedygrant.com/docs/Fire%20Swamp.pdf>

⁸⁹ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures*, International Commercial Arbitration, Kluwer Law, 2005, p. 255.

⁹⁰ Artigo 17 (2) da Lei-Modelo: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form...”.

⁹¹ N.º 2 do artigo 20.º da LAV: “Para os efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma...”

A intenção do legislador da Lei-Modelo, que se inspirou nas Regras de Arbitragem da UNCITRAL, foi precisamente a de deixar em aberto este tema⁹².

Internacionalmente tem sido, por vezes, prevista a obrigatoriedade de a decisão arbitral de providência cautelar ter a forma de sentença interlocutória. Esta é a solução prevista nas Regras de Arbitragem Comercial da Associação Americana de Arbitragem (R-34 (b)), nas Regras Suíças de Arbitragem Internacional (artigo 26, n.º 2) e nas Regras do Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (artigo 24.2).

Ao assumir a forma de sentença interlocutória, a decisão passa a ter força obrigatória no processo e perante terceiros e pode ser reconhecida e executada em diversos países ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

Outros regulamentos⁹³ prevêem que a decisão cautelar pode assumir a forma quer de ordem procedimental quer de sentença arbitral interlocutória.

A LAV não regula a forma da decisão cautelar do tribunal arbitral, deixando a questão em aberto no n.º 2 do artigo 17.º (“sentença ou decisão com outra forma”).

Porém, parece-nos que a forma de ordem procedimental deve ser tendencialmente utilizada apenas para “as simples decisões proferidas pelos árbitros com a finalidade de ordenar a marcha do processo ou regular a instrução da causa”⁹⁴. Isto porque consideramos que, mesmo quando os regulamentos ou leis aplicáveis não distinguem, é importante que se utilizem formas diferentes para decisões com conteúdos, objetos, finalidades e regimes tão diferentes. Desta forma:

- (i) as decisões que dizem respeito ao normal andamento do processo e visam definir os trâmites processuais necessários à organização do mesmo (como as referentes a prazos para as partes apresentarem as suas peças escritas, ao tempo que terão para apresentação de prova e alegações, à calendarização das sessões) são “pacificamente consideradas como *modificáveis* pelo árbitro e como *insusceptíveis* de revisão pelos tribunais estaduais”⁹⁵ e, como tal, devem assumir a forma de meras ordens procedimentais ou despachos; enquanto

⁹² “The Working Group agreed that the phrase “whether in the form of an award or in another form”, which was inspired from the UNCITRAL Arbitration Rules, was sufficiently neutral to reflect the intention of the Working Group not to create any preferred form in which an interim measure should be issued. It was said that it would be undesirable for the draft paragraph to be overly prescriptive in respect of the form that an interim measure should take.”, United Nations Commission on International Trade Law, Thirty-ninth session, New York, 19 June-7 July 2006, Settlement of commercial disputes, Interim measures, Note by the Secretariat, p. 6, disponível em www.uncitral.org.

⁹³ N.º 1 do artigo 28.º do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional; n.º 2 do artigo 27.º das Regras de Arbitragem do Centro Belga para a Arbitragem e Mediação; artigo 26.1 das Regras de Arbitragem do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura; artigo 32.º (3) das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo; artigo 7.3 C. das Regras de Arbitragem de Paris.

⁹⁴ António Sampaio Caramelo, *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral*, Themis, Ano IX, n.º 16, Almedina, 2009, p. 303.

⁹⁵ António Sampaio Caramelo, *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral*, Themis, Ano IX, n.º 16, Almedina, 2009, p. 287.

- (ii) as decisões que “resolvem, de modo definitivo, uma questão prévia (ou prejudicial) que pode ser determinante para o desfecho da causa”⁹⁶, as quais são por norma impugnáveis nos tribunais judiciais, devem assumir a forma de sentença. Devem ser decididas por sentença todas as questões que, pela sua importância, exijam que se cumpram os elevados padrões formais e de fundamentação previstos para as sentenças no artigo 42.º da LAV. A forma de sentença parece-nos, assim, encontrar justificação nos casos em que se decidem exceções (cujo resultado é o de a ação prosseguir ou não), questões incidentais que têm uma influência direta na solução do pleito (lei aplicável) ou, naturalmente, sempre que se decide toda ou parte da controvérsia que trouxe as partes ao tribunal.

António Sampaio Caramelo⁹⁷ defende que o critério deve ser o da decisão pôr ou não em causa a instância, conjugado com a verificação de se tratar de um incidente que apresenta a estrutura de uma causa (n.º 2 do artigo 152.º do Código de Processo Civil).

Já Alberto dos Reis, referindo-se à lei processual civil que é também omissa quanto à natureza e estrutura de decisão cautelar, defendeu que a decisão deveria ter sempre a forma de sentença, salvo quando é tomada sem audição da parte contrária ou em sequência de uma audiência muito sumária⁹⁸.

António Abrantes Geraldês, pronunciando-se sobre a decisão cautelar nos tribunais estaduais, entendeu que “independentemente da qualificação da decisão, deve o juiz estruturá-la em moldes aproximados aos de uma sentença”⁹⁹.

Não nos parece que deva ser aplicado no âmbito arbitral o critério da estrutura de causa, que está previsto no Código de Processo Civil.

Consideramos que deve ser utilizada a forma de sentença uma vez que, se por um lado a decisão é insuscetível de recurso (n.º 4 do artigo 27.º da LAV), a importância da questão em causa obriga, a nosso ver, a que a decisão seja “reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros”, “fundamentada” e “imediatamente notificada a cada uma das partes” (n.º 1, 3 e 6 do artigo 42.º da LAV).

Face ao exposto, pensamos que o tribunal arbitral deve emitir a sua decisão sobre providências cautelares na forma de sentença. Compreendemos, porém, que na prática os próprios árbitros possam não estar dispostos a conferir essa forma às suas decisões

⁹⁶ António Sampaio Caramelo dá como exemplos a decisão sobre a validade ou vigência do contrato de que resulta o pedido, decisão sobre a inadmissibilidade do pedido, decisão sobre caso julgado, a determinação da lei aplicável ao fundo da causa; decisão sobre a competência do tribunal (cfr. *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral*, Themis, Ano IX, n.º 16, Almedina, 2009, p. 288 a 290).

⁹⁷ *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral*, Themis, Ano IX, n.º 16, Almedina, 2009, p. 299 a 302.

⁹⁸ “[O] acto pelo qual o juiz os decide [os processos conservatórios julgados como incidente] tem o carácter de sentença, pois que se trata de incidente com figura de causa, segundo a lei. Ora se esses processos são julgados por sentença quando revestirem a forma de incidente, não faz sentido que sejam julgados por despacho quando se apresentarem como acto preventivo e conservatório. Num e noutro caso a figura da causa conservatória é inegável. Mas é claro que a sentença só tem razão de ser quando há verdadeiro *juízo*. Se o tribunal ordena o acto sem ouvir a parte contrária, ou em seguida a uma audiência muito sumária, o que tem cabimento é o despacho.” (cfr. *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 1945, p. 157).

⁹⁹ *Temas da Reforma por Processo Civil*, vol. III (2.ª edição revista e ampliada), Almedina, 1998, p. 216.

cautelares, uma vez que a mesma está associada a um certo grau de definitividade e estabilidade conferidos pelo efeito de caso julgado¹⁰⁰, quando as providências cautelares são, por definição, temporárias.

- **Sentido da ressalva do n.º 1 do artigo 27.º**

Prevê o n.º 1 que uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral:

- (i) É obrigatória para as partes; e
- (ii) A menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente.

Em primeiro lugar, cumpre compreender o sentido da expressão “a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo”. De que outro modo pode ter decidido o tribunal arbitral? Parece que o que decorre da lei é que o tribunal arbitral pode decidir que a providência cautelar decretada não seja suscetível de execução coerciva.

O tribunal arbitral poderá decidir “de outro modo” oficiosamente ou mediante requerimento da parte interessada. Assim, o tribunal arbitral estará em condições de excluir a execução coerciva de uma providência cautelar por si decretada em dois casos:

- (i) Caso seja a própria parte a requerê-lo; e
- (ii) Sempre que a audiência da parte contrária crie no tribunal a convicção forte de um cumprimento voluntário da providência.

Perante o exposto, cabe perguntar em que casos vai a parte querer retirar a suscetibilidade de a providência cautelar ser executada coercivamente. É que essa opção parece implicar um regime de impunidade para o requerido.

Do nosso ponto de vista, o requerente apenas terá interesse em apresentar tal requerimento quando seja previsível, com algum grau de probabilidade, o cumprimento voluntário pelo requerido. Pode dar-se o caso de existir, por exemplo, uma boa relação comercial entre as partes que as mesmas pretendam preservar. O requerente requer a medida cautelar com determinado objectivo na ação, mas, uma vez que não pretende hostilizar a contraparte, mostra confiança no seu cumprimento voluntário ao requerer que a medida não possa ser coercivamente executada nos tribunais. Pode ser um comportamento destinado a mostrar uma atitude cooperante e não beligerante, criando um ambiente processual de franca colaboração entre as partes para a efectiva resolução do litígio. Também será mais provável que vejamos estes requerimentos nos casos em que o tribunal arbitral disponha de meios de pressão ao cumprimento, tal como a *astreinte* ou consequências processuais que se encontrem previstas no regulamento aplicável.

¹⁰⁰ *United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.8 Court Measures*, 2005, p. 16., disponível em http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add42_en.pdf

Resta-nos apenas comentar que nos parece que a eventualidade de vir a obter uma providência cautelar que não pode executar coercivamente pode ser um incentivo ao recurso aos tribunais estaduais para o decretamento das providências cautelares na dependência da arbitragem, ao abrigo do artigo 29.º da LAV.

- **Legitimidade**

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 27.º da LAV, as providências cautelares são coercivamente executadas mediante pedido dirigido ao tribunal competente. Mas um pedido dirigido por quem?

No Direito estrangeiro encontram-se diversas respostas. Por exemplo, na Suíça¹⁰¹ prevê-se que é o tribunal arbitral quem requer a assistência do tribunal estadual, mas a doutrina tem entendido que também as partes o podem fazer¹⁰². “Não poderemos deixar de destacar a opinião, a este respeito, de dois eminentes Autores suíços, BESSON e BUCHER, que defendem que a legitimidade para recorrer contra a decisão do juiz pertence à parte que «decaiu» no «processo». Nem algo diferente seria de esperar em virtude do processo que decorre perante as jurisdições estaduais pressupor, quase sempre, a intervenção das respectivas partes”¹⁰³. Nos Estados Unidos, são as partes quem requer a execução das medidas cautelares arbitrais junto dos tribunais estaduais¹⁰⁴. Por sua vez, o direito inglês prevê ambas as hipóteses, na secção 42 (2) do *English Arbitration Act*¹⁰⁵.

Do n.º 2 do artigo 27.º da LAV decorre que as partes podem dirigir o pedido ao tribunal estadual.

Resta saber se o tribunal arbitral também o pode fazer oficiosamente.

Parece que a letra da lei não é grande contributo para a questão ora em apreço. É certo que o n.º 1 do artigo utiliza a expressão “**pode ser coercivamente executada**” (negrito nosso), mas a

¹⁰¹ Parágrafo 2 do artigo 183.º da Lei de Direito Internacional Privado: “If the party so ordered does not comply therewith voluntarily, the arbitral tribunal may request the assistance of the court. Such court shall apply its own law.”, tradução de W. Michael Reisman et al, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 396.

¹⁰² Markus Wirth, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, section III. 1, disponível em <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/INTERIM.pdf>; Saverio Lembo e Vincent Guignet, *Interim Measures of Protection: The Concurrent Jurisdiction of Courts and Arbitral Tribunals in Switzerland*, Bar & Karrer, Geneva, 2011, p. 12.

¹⁰³ Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 353.

¹⁰⁴ “U.S. law permits judicial enforcement of tribunal-ordered provisional measures. (...) Thus, one party will seek to confirm, or the opposing party will seek to vacate, the interim award in a national court.” (cfr. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States, Commentary & Materials*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 814.)

¹⁰⁵ “An application for an order under this section may be made (a) by the tribunal (upon notice to the parties), (b) by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties) or (c) where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available.”, W. Michael Reisman et al, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, Foundation Press, 1997, p. 188.

escolha do verbo “poder” apenas significa que as medidas cautelares decretadas pelos tribunais arbitrais são suscetíveis de execução coerciva, que podem ser executadas (ao contrário das ordens preliminares, que não o podem ser). Existe sempre um caráter de eventualidade na execução coerciva das providências cautelares: afinal se elas forem voluntariamente cumpridas não são sujeitas a execução. Mas **podem** sê-lo, sempre que não haja cumprimento voluntário pelo requerido.

Causa-nos alguma estranheza que seja o próprio tribunal arbitral a dirigir um requerimento ao tribunal estadual, parecendo que está a envolver-se num litígio judicial direto com o requerido. Pode também discutir-se se essa é uma competência que lhe esteja atribuída, uma vez que ao tribunal arbitral cabe a resolução do litígio e não a defesa dos interesses de uma das partes. Causa ainda mais estranheza o facto de se conferir maior tutela às providências cautelares do que às sentenças finais, relativamente às quais a parte tem mesmo que iniciar um processo executivo nos tribunais estaduais para obter a respetiva execução.

Não colhe o argumento de que estão aqui em causa interesses coletivos como os de administração da justiça, na vertente de garantia da utilidade prática das decisões dos tribunais. É certo que “as providências cautelares e os correspondentes procedimentos que revestem a atividade jurisdicional necessária ao seu decretamento surgem como instrumentos ao serviço do direito”. Porém, um raciocínio que admitisse a possibilidade de o tribunal arbitral, oficiosamente, dirigir ao tribunal estadual o pedido de execução da providência cautelar com base na função de administração da justiça que todos os tribunais desempenham, poderia conduzir, no limite, a que se defendesse uma competência de decretamento oficioso de providências cautelares sempre que o tribunal considerasse que poderia estar em causa a concretização futura da sua decisão, o que é inadmissível, por consubstanciar uma violação do princípio do dispositivo. Até porque existe exatamente o mesmo interesse em garantir a execução da sentença final e não se encontra prevista a iniciativa do tribunal arbitral em promover o processo executivo. O n.º 1 do artigo 47.º da LAV é claro quando se refere à “parte que pedir a execução da sentença”.

Também não colhe o argumento de que, o permitir ao tribunal arbitral requerer oficiosamente a assistência do tribunal estadual para a execução coerciva da medida cautelar, conduziria a uma aproximação do funcionamento do sistema arbitral do dos tribunais estaduais.

Em primeiro lugar, não se vê porque tal aproximação fosse benéfica ou desejável. É que é precisamente no campo das providências cautelares que está mais patente a diferente competência dos tribunais arbitrais face aos tribunais judiciais. Se o tribunal arbitral não tem competência executiva também nada justifica que tenha poder de iniciativa para promover a execução.

Em segundo lugar, a afirmação nem sequer é completamente verdadeira, pois também na lei civil a iniciativa da execução coerciva da providência cautelar pertence à parte

interessada e não ao tribunal. Veja-se o caso em que o embargado não respeita a providência cautelar de embargo de obra nova¹⁰⁶ ou a execução especial por alimentos¹⁰⁷.

Caso o tribunal arbitral tivesse iniciativa nesta matéria, e o tribunal estadual recusasse a aplicação da providência cautelar, poder-se-ia colocar a questão de saber se aquele teria o direito de reclamar dessa recusa. Assim, no Brasil, onde é o árbitro que solicita ao juiz estadual a execução das providências por si decretadas, diz-se que, em caso de recusa, lhe caberá, em exclusivo, submeter aquele que “não será um recurso propriamente dito, mas, sim, um mero requerimento ao tribunal *ad quem*, provavelmente endereçado ao presidente, informando-o do ocorrido e solicitando, com urgência, que tome as providências necessárias, de modo a não prejudicar o direito das partes”¹⁰⁸. Esta questão evidencia como, no cenário em análise, o tribunal arbitral assumiria uma injustificável posição ativa no litígio, ao lado do requerente da providência cautelar e alinhado com os seus interesses. Não consideramos que o tribunal se deve envolver desta forma no processo arbitral.

Face ao exposto, entendemos que o tribunal arbitral não tem o poder de requerer oficiosamente a assistência dos tribunais estaduais para a execução das providências cautelares por si decretadas.

Neste contexto, porém, parece-nos que a necessidade de iniciar um novo processo após ter obtido o decretamento da providência cautelar consubstancia uma das limitações da arbitragem e poderá afastar as partes do foro arbitral (já que têm a possibilidade de recorrer aos tribunais estaduais para decretarem a providência cautelar na dependência do processo arbitral, ao abrigo do artigo 29.º da LAV), a menos que seja previsível o cumprimento voluntário pelo requerido.

Quanto ao momento a partir do qual pode o pedido ser dirigido ao tribunal competente, a LAV não exige que se verifique um incumprimento prévio. Contrariamente, em Inglaterra, os tribunais judiciais apenas executam *peremptory orders*, as quais são emitidas pelo tribunal arbitral após incumprimento da providência cautelar decretada¹⁰⁹.

É nossa posição que, se as circunstâncias do caso e a conduta da parte revelarem que ela não cumprirá a providência cautelar, pode requerer-se desde logo a sua execução coerciva¹¹⁰.

¹⁰⁶ Artigo 402.º do Código de Processo Civil: “1 - Se o embargado continuar a obra, sem autorização, depois da notificação e enquanto o embargo subsistir, pode o embargante requerer que seja destruída a parte inovada. 2 - Averiguada a existência de inovação, é o embargado condenado a destruí-la; se não o fizer dentro do prazo fixado, promove-se, nos próprios autos, a execução para a prestação de facto devida.”

¹⁰⁷ O n.º 1 do artigo 933.º do Código de Processo Civil é claro ao afirmar que “o exequente pode requerer a adjudicação de parte das quantias, vencimentos ou pensões que o executado esteja percebendo, ou a consignação de rendimentos pertencentes a este.”

¹⁰⁸ Leonardo de Faria Beraldo, *Curso de Arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, Editora Atlas S.A., 2014, p. 381.

¹⁰⁹ Tijana Kojovic, *Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief, How Final Is Provisional?*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, N.º 5, Kluwer Law International, 2001, p. 518.

¹¹⁰ Tijana Kojovic, *Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief, How Final Is Provisional?*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, N.º 5, Kluwer Law International, 2001, p. 515.

Note-se que a competência do tribunal estadual para a execução coerciva de uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral não deve ser confundida com a sua própria competência para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, prevista no artigo 29.º da LAV.

- **Competência**

Nos termos da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, o tribunal competente em razão da matéria é o tribunal comum, pois a lei não atribui esta competência a tribunal especial. Em razão da hierarquia, é competente o tribunal judicial de primeira instância.

Em razão do valor, poderá ser competente a instância local ou a instância central. Sendo competente a instância central, será então necessário verificar caso a caso se territorialmente existe secção de execução. Nas comarcas onde não exista secção de execução será competente a secção de competência genérica, conforme decorre da alínea d) do n.º 1 do artigo 130.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto.

Em razão do território, prevê o n.º 4 do artigo 59.º da LAV, que o pedido deve ser dirigido ao tribunal em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem. Também o n.º 3 do artigo 85.º do Código de Processo Civil prevê que, se a decisão tiver sido proferida por árbitros em arbitragem que tenha tido lugar em território português, é competente para a execução o tribunal da comarca do lugar da arbitragem. Em caso de processos arbitrais administrativos, o pedido deve ser dirigido ao tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem.

Parece-nos que o critério do lugar da arbitragem é adequado, pois a intervenção do tribunal estadual dá-se em assistência ao processo arbitral, pelo que deve existir uma proximidade, também territorial, entre ambos os tribunais. O tribunal judicial que vai colaborar com a arbitragem deve ser aquele que está mais perto desta, até por questões logísticas de troca de informações e documentação.

F) O processo executivo da providência cautelar

Uma vez dirigido ao tribunal judicial um pedido de assistência com vista à execução de uma decisão arbitral cautelar, importa determinar qual o processo que deve ser seguido. A LAV, tal como a maioria das legislações nacionais que incorporaram a Lei-Modelo, não regula o processo de execução das providências cautelares. Qual é, portanto, o processo que os tribunais judiciais devem seguir quando confrontados com um pedido de execução de uma providência cautelar arbitral?

Vejamos o que tem escrito a doutrina sobre o tema.

- **Análise doutrinal**

José Carlos Soares Machado e Maria José de Tavares defendem que “embora a LAV regule diversos aspectos do regime da execução coerciva da decisão arbitral cautelar pelo tribunal Estadual, o regime deixa dúvidas sobre que tipo de acção adoptar para o efeito e qual a tramitação dessa acção. Sendo certo que, tratando-se de um processo que correrá no tribunal Estadual, terá de ser utilizado um dos tipos de acção executiva previstos no regime processual aplicável, em função do tribunal competente.”¹¹¹

Apesar de não ser inteiramente claro, parece que os Autores citados defendem que a parte interessada na execução pelo tribunal estadual deve recorrer ao processo executivo.

Em primeiro lugar, esta posição implica que se considere que a decisão cautelar arbitral é título executivo. De facto, para que se possa recorrer ao processo executivo, é necessário ter por base um título executivo. São títulos executivos as sentenças condenatórias (alínea a) do n.º 1 do artigo 703.º do CPC), às quais são equiparados “os despachos e quaisquer outras decisões ou actos da autoridade judicial que condenem no cumprimento de uma obrigação” (n.º 1 do artigo 705.º do CPC).

José Lebre de Freitas afirmou, a propósito do anterior artigo 48.º do CPC, correspondente ao atual artigo 705.º, que “estão também nesse caso as decisões que ordenem providências cautelares que não sejam executadas, por medida de tipo executivo especificamente prevista, nos próprios autos do procedimento cautelar.”¹¹²

De facto, parece-nos não haver fundamento para sustentar que a decisão cautelar arbitral não é suscetível de consubstanciar um título executivo, nos termos da lei.

No entanto, não nos parece que a estrutura do processo executivo português seja, de um ponto de vista formal, a mais adequada para a execução das decisões cautelares.

De facto, é preciso não esquecer que, uma vez que o processo executivo “visa um resultado de direito substantivo”¹¹³, existe uma precedência necessária da acção declarativa sempre que o título executivo seja uma sentença ou um despacho judicial e, por isso, a execução diz-se instrumental. Existe um momento prévio e “*estruturalmente* autónomo”¹¹⁴ em que o direito substantivo determina a “existência e a configuração do direito exequendo”¹¹⁵ e origina um título executivo, que é então o ponto de partida no processo executivo. Ora, “o ciclo de actuação-execução da providência cautelar não goza de nenhuma autonomia, por se encontrar instrumentalmente ligado à constituição da medida, não sendo aqui hipotizável

¹¹¹ *A Tutela Cautelar na Nova Lei de Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, Competência Concorrente da Jurisdição Arbitral e Estadual em Matéria Cautelar – que opção?*, SRS 20 Anos - Uma Boa Causa para Festejar, Lisboa, Companhia das Cores, 2012, p. 65.

¹¹² *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma*, 5.ª edição, Almedina, 2009, p. 48.

¹¹³ José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra, 2014, p. 21.

¹¹⁴ José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra, 2014, p. 25.

¹¹⁵ José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra, 2014, p. 24.

uma fase de cognição distinta da de execução.”¹¹⁶ Ou seja, o procedimento cautelar e o momento da execução da providência nele decretada não são dois momentos distintos e independentes: “o procedimento cautelar não se destina, em regra, à emissão de um acto jurisdicional que sirva de título executivo a ulterior actuação coerciva (...)”.

Nestes termos a execução cautelar distingue-se da execução comum, assumindo contornos próprios. E isto porque a fase executiva do procedimento cautelar faz ainda parte do procedimento cautelar em si mesmo, deixando-se contaminar pelas suas especificidades, por exemplo, a natureza de processo urgente. Ou seja, não existe uma bipartição estanque entre a fase declarativa e a fase executiva; ao invés, o procedimento cautelar é um só, é uno e deve decorrer de forma fluida.

E tanto não foi o processo executivo pensado para a execução de providências cautelares, que a própria lei processual civil, em vez de fazer executar as providências cautelares através da acção executiva, prevê regimes específicos de execução para a maioria das providências cautelares nominadas: (i) efeito automático, sem necessidade de qualquer ato material posterior, como é o caso da suspensão de deliberações sociais¹¹⁷; (ii) realização imediata pelo funcionário judicial, como acontece na restituição provisória da posse¹¹⁸, arresto¹¹⁹, arrolamento¹²⁰, entrega da coisa objeto de locação financeira¹²¹, apreensão de

¹¹⁶ Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a Edição, Almedina, 2010, p. 474.

¹¹⁷ N.º 3 do artigo 381.º do Código de Processo Civil: “A partir da citação e enquanto não for julgado em 1.^a instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada.”

¹¹⁸ “O despacho do juiz que decreta a providência será depois cumprido pelo respectivo funcionário judicial, que para o efeito se deslocará ao local da situação da coisa, com auxílio da autoridade policial, se houver oposição pela força à satisfação do determinado, lavrando auto donde conste a restituição provisória do bem devidamente identificado ao requerente.”, Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a Edição, Almedina, 2010, p. 476.

¹¹⁹ N.º 2 do artigo 391.º do Código de Processo Civil: “O arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora...”. Ou seja, “decretado o arresto, procede-se à realização da diligência, que consiste, (...) na apreensão dos bens, com a sua entrega a um depositário, formalizando-se a diligência por meio de auto. (...) A diligência é levada a efeito pelo funcionário judicial...”, (cfr. Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a Edição, Almedina, 2010, p. 477).

¹²⁰ N.º 1 do artigo 406.º do Código de Processo Civil: “1 – O arrolamento consiste na descrição, avaliação e depósito dos bens. 2 – É lavrado auto em que se descrevem os bens, em verbas numeradas, como em inventário, se declara o valor fixado pelo louvado e se certifica a entrega ao depositário ou o diverso destino que tiveram; ao auto menciona ainda todas as ocorrências com interesse e é assinado pelo funcionário que o lavre, pelo depositário e pelo possuidor dos bens, se assistir, devendo intervir duas testemunhas quando não for assinado por este último”.

¹²¹ N.º 6 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho: “Decretada a providência e independentemente da interposição de recurso pelo locatário, o locador pode dispor do bem, nos termos previstos no artigo 7.º”. Para o efeito, na sequência do decretamento da providência, a secretaria deve lavrar termo de entrega da coisa ao locador (cfr. Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a Edição, Almedina, 2010, p. 479).

veículo automóvel¹²²); execução especial por alimentos para o caso do arbitramento de reparação provisória e alimentos provisórios¹²³; (iii) exercício de força policial¹²⁴.

Este elenco é ilustrativo da especificidade da execução das providências cautelares. Naturalmente que nenhuma das disposições citadas é aplicável no âmbito da arbitragem, pois os processos descritos encontram-se previstos para a tutela cautelar judicial e a LAV nem sequer prevê providências cautelares especificadas. Aliás, “as medidas cautelares que o tribunal arbitral pode declarar não necessitam de ter qualquer correspondência com as admitidas no processo civil”¹²⁵.

Porém, e tendo em conta a natureza formal da distinção entre execução cautelar e execução comum acima apresentada, não vemos porque não possam a acção executiva para pagamento de quantia certa, para entrega de coisa certa e para prestação de facto ser utilizadas para a execução de uma ordem emitida pelo tribunal arbitral em providência cautelar, sempre que algum daqueles constitua o objecto da tutela cautelar arbitral concreta. Cremos, porém, que serão raros os casos em que a providência cautelar se dirija ao pagamento de uma quantia ou à entrega de uma coisa certa.

No que respeita à acção executiva para prestação de facto, a maioria da tutela cautelar arbitral consiste em ordens para adopção ou abstenção de determinados comportamentos individuais, normalmente infungíveis. Nestes casos, o processo executivo é claramente insuficiente.

¹²² Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de fevereiro: “1 - A apreensão do veículo e do certificado de matrícula pode ser realizada directamente pelo tribunal ou, a requisição deste, por qualquer autoridade administrativa ou policial. 2 - A autoridade que efectuar a apreensão fará recolher a viatura a uma garagem ou a outro local apropriado, onde ficará depositada à ordem do tribunal, e nomeará fiel depositário, lavrando-se auto da ocorrência. 3 - A secretaria deve extrair certidão do auto de apreensão, logo após a sua junção ao processo e independentemente de despacho, e entregá-la ao requerente para fins de registo.”

¹²³ N.º 2 do artigo 389.º do Código de Processo Civil: “Na falta de pagamento voluntário da reparação provisoriamente arbitrada, a decisão é imediatamente exequível, seguindo-se os termos da execução especial por alimentos.”

¹²⁴ Fernando Amâncio Ferreira (*Curso de Processo de Execução, 12.ª Edição, Almedina, 2010*, p. 487 e 488) dá alguns exemplos: no despacho de proibição de uma corrida de touros o juiz pode solicitar à autoridade policial que controle as viaturas de transporte de gado no local, fiscalize as entradas de gado no recinto e bloquee as saídas dos curros; no despacho de proibição de realização de obra durante a noite, o juiz pode solicitar à autoridade policial que faça deslocar ao local os agentes necessários para impedir a passagem de trabalhadores e máquinas; no despacho de proibição de funcionamento de estabelecimento comercial, o juiz pode solicitar à autoridade policial que proceda ao encerramento por imposição de selos nas portas. Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-12-2000, processo 3010/2000, disponível em www.dgsi.pt foi decidido que é possível solicitar-se à GNR a sua intervenção no sentido de fazer cumprir uma decisão do tribunal que impõe a um cidadão que permita que outro entre na sua propriedade para daí retirar água para rega, em certas alturas, desde que haja em vista remover obstáculos que prenciem um confronto físico. Conforme esclareceu o tribunal “não se trata de colocar o tribunal a ordenar a presença desta força, sempre que a agravante queira regar a sua horta. Isso seria uma medida impraticável, se não ridícula. Trata-se sim de solicitar a intervenção da GNR, no sentido de adoptar as medidas que entenda necessárias à execução coerciva da decisão - que concretamente lhe deve ser transmitida -, quer removendo, no terreno, os obstáculos que os requeridos oponham ao seu cumprimento, quer adoptando as medidas dissuasórias tidas por convenientes. Esta medida, por ser praticável e por se afigurar capaz de garantir, em tempo útil, a providência antecipatória adequada a remover os inconvenientes da demora inerente ao exercício da acção cível, entretanto proposta, e a assegurar a efectividade do direito ameaçado, é tida por legítima e tem o apoio legal. Por isso pode ser adoptada pelo tribunal recorrido em substituição do despacho agravado.”

¹²⁵ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, 3.ª Ed., p. 213.

Neste sentido, diz a doutrina que “o processo [executivo] destina-se apenas a cobrar a quantia pecuniária adequada a indemnizar o exequente pela não realização da prestação”¹²⁶ e que “é inequívoco que, quando a obrigação é de prestação de facto infungível, isto é, insubstituível por uma prestação de terceiro por lhe ser essencial a pessoa do devedor, o credor não pode senão executar o seu direito à indemnização.”¹²⁷ Ora, a conversão da providência em dinheiro não satisfaz o requerente de uma ordem de, por exemplo, continuação de cumprimento do contrato ou de abstenção de determinada publicação. A imposição de uma sanção pecuniária compulsória é ainda o meio à disposição do tribunal de execução que, com maior eficácia, pode conduzir ao cumprimento, mas conforme vimos não é pacífica a sua aplicação por parte do tribunal arbitral.

Em qualquer caso, coloca-se a questão de saber que processo seguir fora dos casos de pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação de factos infungíveis.

- **Solução proposta**

Entendendo-se, como vimos, que no artigo 705.º do CPC cabem as decisões arbitrais cautelares, a expressão “*decisões proferidas pelo tribunal arbitral*” referida na primeira parte do n.º 2 também se lhes refere. Assim, aplica-se a segunda parte da mesma norma: estas decisões são “*exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns*”.

Ou seja, as medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral devem ser executadas da mesma forma como são executadas as providências cautelares decretadas pelos tribunais estaduais. Situamo-nos, assim, no âmbito do Código de Processo Civil.

Não encontramos, no entanto, qualquer capítulo ou secção no Código de Processo Civil que regule a execução das providências cautelares dos tribunais comuns. Ou seja, também aqui, e quanto ao processo a seguir, “a lei pressupõe que pode igualmente ocorrer a execução coerciva (art. 391.º, *in fine*) sem nos indicar, de uma forma geral, em que termos ela se processará.”¹²⁸

Assumindo, pelas razões acima expostas, que não deve seguir-se a acção executiva prevista nos artigos 703.º e seguintes do CPC, entendemos que:

- (i) O pedido a que o n.º 1 do artigo 27.º se refere deve ser efetuado sob a forma de processo declarativo e deve consistir num requerimento de que o tribunal estadual dê ordem ao requerido para que cumpra a ordem já decretada pelo tribunal arbitral.
- (ii) O proferimento dessa ordem pelo tribunal estadual pode implicar uma repetição do juízo sobre os requisitos de decretamento da providência cautelar – existência de um fundado receio de que haja periculum in mora, verificação do *fomus boni iuris* (n.º 1 do artigo 362.º do CPC) e juízo de proporcionalidade (n.º 2 do artigo 368.º do CPC). É certo que esse juízo já terá sido efectuado pelo tribunal arbitral, ao abrigo das

¹²⁶ Eduardo Paiva e Helena Cabrita, *O Processo Executivo e o Agente de Execução*, Coimbra Ed., 3.ª Ed., 2013, p. 45.

¹²⁷ José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra, 2014, p. 449 e 450.

¹²⁸ Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 12.ª ed., Almedina, 2010, p. 473.

álneas a) e b) do n.º 1 do artigo 21.º da LAV, mas o tribunal estadual deve verificar se a providência cautelar que vai executar é compatível com os seus poderes, para efeitos do artigo 28.º, n.º 1, b), i) da LAV. Ora, uma providência cautelar desproporcional ou que haja sido decretada sem se verificar uma situação de *periculum in mora* não é compatível com os poderes do tribunal estadual e a sua execução deve ser recusada. Assim, esta repetição da análise não é contraditória com o artigo 28.º, mas antes instrumental à sua concretização. De facto, como pode o tribunal concluir sobre a compatibilidade da providência com os seus poderes, sem aferir se os respectivos requisitos legais se encontram verificados?

- (iii) O tribunal estadual deve agir em conformidade com os imperativos que se colocam no âmbito de um processo desta natureza, em que a urgência é essencial para que se assegure o efeito útil da medida decretada.
- (iv) Assim, o tribunal estadual deve seguir a tramitação que melhor se adequa a cada caso, e à providência em questão, ao abrigo dos artigos 6.º (dever de gestão processual) e 547.º (adequação formal) do CPC.
- (v) Em termos gerais, o tribunal estadual deve, em primeiro lugar, verificar da necessidade de reformulação da decisão arbitral e reformulá-la, se for o caso. Em seguida, a menos que a audiência prévia tenha sido dispensada no decretamento da providência, deve citar o requerido para que este se pronuncie sobre os fundamentos de recusa da execução coerciva previstos no artigo 28.º, relativamente à providência já reformulada, pois apenas quanto a essa está em causa a execução coerciva. Por fim, e conhecendo também dos fundamentos de conhecimento oficioso, decide ordenar ao requerido que cumpra a ordem já decretada pelo tribunal arbitral (conforme reformulada, se for o caso) ou recusar a sua execução coerciva.
- (vi) A decisão de *exequatur* deve conter a informação de que o incumprimento da providência cautelar constitui o requerido em crime de desobediência, nos termos e para os efeitos do artigo 375.º do CPC.

A decisão pela qual o tribunal estadual ordena o requerido para que cumpra a ordem decretada pelo tribunal arbitral tem tutela penal. De facto, deve entender-se, tal como o tem feito, por exemplo, a doutrina suíça¹²⁹, que a remissão das regras que regulam a arbitragem para o processo de execução nos tribunais comuns inclui o recurso à força pública e a sanções criminais, pois são estas que verdadeiramente compelem ao cumprimento. Assim, nos termos gerais, o desrespeito pela ordem de cumprimento de uma providência cautelar emitida pelo tribunal judicial pode consubstanciar um crime de desobediência¹³⁰, nos termos do artigo 375.º do CPC.

¹²⁹ Saverio Lembo e Vincent Guinet, ob. cit., p.13 e Georg von Segesser/Christoph Kurth, *Interim Measures, International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, 2005, p. 82.

¹³⁰ “*Aliás, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro é claro ao sublinhar: «no que se reporta à garantia da efectividade da providência cautelar, propõe-se a incriminação como desobediência qualificada do acto traduzido no respectivo desrespeito.» (...) A infracção, no caso de não acatamento das decisões e comportamentos impostos pela providência cautelar, consiste no desrespeito, por si só, pela sentença do tribunal.»* (cfr. Pedro Albuquerque, *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto, O Dever de a Cumprir e o Princípio Nemo Ad Factum Cogi Potest. Providência Cautelar, Sanção Pecuniária Compulsória e Caução*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65 (2005), Vol. II, p. 470.

O entendimento de que “*não é criminalizável a desobediência a uma medida cautelar arbitral, ao contrário do que pode suceder no caso de uma medida cautelar emitida por um tribunal estadual. Na verdade, para além da falta de tipificação legal do crime, também o tribunal arbitral não é uma entidade pública a quem seja devida obediência por um imperativo de natureza pública. É uma entidade privada (...).*”¹³¹ não prejudica a posição descrita, pois a decisão a que se desobedece não é já a decisão arbitral, mas a decisão de *exequatur* proferida pelo tribunal estadual.

G) Execução de decisões cautelares arbitrais estrangeiras

Um dos regimes aplicados à execução de sentenças de tribunais arbitrais estrangeiros é o constante da Convenção de Nova Iorque¹³². Tem aplicação ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais consideradas estrangeiras pelo Estado onde se pretende obter o reconhecimento e / ou a execução.

Durante os trabalhos preparatórios da Convenção, a discussão principal centrou-se no critério que determinaria o estrangeirismo da sentença¹³³. Já quanto ao conceito de “sentença”, os representantes da Alemanha e da Áustria sugeriram que a Convenção abrangesse não só as sentenças, mas também os acordos concluídos perante o tribunal¹³⁴. A Áustria chamou ainda atenção para o facto de o termo “sentença arbitral” não estar definido e, portanto, ficar na dependência dos direitos nacionais a qualificação das decisões como sentenças, mas considerou não ser necessário introduzir uma definição do termo¹³⁵.

Tal como acontece com a Lei-Modelo¹³⁶, também o texto final da Convenção acabou por não definir o termo “sentença arbitral”. A Convenção não se refere, igualmente, à matéria da execução das decisões cautelares.

¹³¹ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 94 (comentário ao art. 20.º).

¹³² Cfr. lista dos Estados contratantes em <http://www.newyorkconvention.org>.

¹³³ Surgiu a proposta de se considerar como “estrangeira” qualquer decisão tomada num país diferente daquele onde o reconhecimento era requerido, a qual foi rejeitada por países como a França, Itália e Alemanha que se opunham à adopção de um critério territorial, afirmando que factores como a nacionalidades das partes, o litígio e as regras processuais adotadas na acção deveriam ser factores a considerar. Porém, uma formulação que remetesse para o Direito interno a definição do que são decisões domésticas ou estrangeiras causaria dificuldades nos países de common law, onde a distinção não existe. Assim, acabou por ser incluído um critério misto (Tibor Várady, John J. Barceló, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration, American Casebook Series*, West Group, 1999, p. 707 e 708. Cfr. também os *Travaux Préparatoires* da Convenção, disponíveis em www.uncitral.org).

¹³⁴ Alemanha: “*Consideration should also be given to the idea of extending the scope of the Convention to cover, in addition to awards, settlements reached before arbitral tribunals.*”; Áustria: “*The convention should perhaps be expanded to include arbitral settlements. (...) Because the opportunities for testing the validity of decisions are adequate and the grounds for refusing enforcement offer sufficient protection, there should be no objection to such a provision.*”, United Nations Economic and Social Council, twenty-first session, item 8, Report by the Secretary-General, p. 7 e 10, disponível em www.uncitral.org.

¹³⁵ United Nations Economic and Social Council, twenty-first session, item 8, Report by the Secretary-General, p. 10, disponível em www.uncitral.org.

¹³⁶ Foi inicialmente proposta uma formulação que incluía no conceito as decisões finais que decidissem (i) todos os aspectos do litígio, (ii) qualquer questão relacionada com a competência do tribunal e (iii) qualquer questão de procedimento, neste último caso, apenas se o tribunal adoptasse a forma de sentença. Embora a primeira parte da definição tenha recebido grande acolhimento, a referência a questões procedimentais não

Consequentemente, tem existido um considerável debate em torno da possibilidade de aplicação da Convenção de Nova Iorque a decisões interlocutórias, mas a Convenção é apenas considerada aplicável a decisões finais e vinculativas que decidem do mérito do litígio. As decisões interlocutórias são tanto passíveis de modificação como de revogação, e portanto não são vinculativas. Assim, a execução de decisões interlocutórias – proferidas anteriormente ou após a constituição do tribunal arbitral – não pode ser obtida mediante aplicação da Convenção de Nova Iorque.¹³⁷

Domenico Di Pietro¹³⁸ afirma que as decisões que podem ser reconhecidas e executadas ao abrigo da Convenção são aquelas que, de forma definitiva e final, resolvem um ou mais litígios que tenham sido submetidos ao tribunal. O termo “final” significa que, após ser proferida a decisão, não é mais possível reabrir a questão.

Em 1993, o Supremo Tribunal de Queensland no caso *Resort Condominiums v. Bolwell* negou execução a uma decisão norte-americana que, visando manter a situação anteriormente existente na pendência da ação, ordenava a parte australiana a não celebrar acordos concorrentes e a depositar as quantias recebidas em resultado do Contrato de Licenciamento numa conta *escrow*. O argumento foi o de que a decisão tinha uma natureza interlocutória e procedimental e não resolvia definitivamente o litígio nem definia os direitos das partes, não sendo portanto executável ao abrigo da Convenção de Nova Iorque¹³⁹.

Também no Brasil, “segundo a doutrina majoritária, a CNY aplica-se tão somente às sentenças de mérito”¹⁴⁰.

De facto, tem sido aceite que a Convenção de Nova Iorque apenas se aplica a decisões finais, que resolvem definitivamente a questão de mérito, o que não é o caso das providências cautelares. Assim, caberá ao tribunal onde o reconhecimento é requerido avaliar se a decisão que tem perante si é ou não uma sentença. A qualificação que o tribunal arbitral possa ter dado é, em princípio, irrelevante [Cfr. *Brasoil v. GMRA, Cour d’appel*, Paris, 1e ch., 1 Jul. 1999, onde o tribunal requalificou como sentença uma decisão arbitral que revestia a forma de mera ordem, e *Publicis Commc’n v. True North Commc’ns Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000), onde o tribunal decidiu que uma decisão arbitral denominada de “ordem”

foi consensual e o Grupo de Trabalho acabou por desistir de chegar a uma definição do termo (cfr. Aron Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1990, p. 23.

¹³⁷ “There has been considerable debate on the possible application of the New York Convention on interim measures, but the Convention is only considered applicable to final and binding awards dealing with the substantive issues in dispute. Interim measures are both modifiable and revocable and thus not binding. Therefore, enforcement of interim measures – before or after the forming of a tribunal – cannot be obtained through the New York Convention.” (cfr. Lina Bergqvist, Emma Olsson, Krister Azelius, *Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration. Why the Emergency Arbitrator’s decision cannot be enforced and how the new rules may be made useful nonetheless*, Sartryck Ur Juridisk Tidskrift, p. 940 e 941, disponível em http://www.vinge.com/upload/bocker_artiklar/Bergqvist_Olsson_Azeliuz_JT_SARTRYCK.pdf).

¹³⁸ *Arbitral Awards Under The New York Convention: What Are And What May Be*, 2011, disponível em blogs.law.nyu.edu

¹³⁹ W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, *International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, Inc., 2000, Part IV Hearings, Proof, and Ancillary Proceedings, Chapter 26.05, p. 53.

¹⁴⁰ Leonardo de Faria Beraldo, *Curso de Arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, Editora Atlas S.A., 2014, p. 371.

era afinal uma sentença dizendo que é o conteúdo da decisão – e não a sua nomenclatura – que determina se se trata de uma decisão final]¹⁴¹.

No conhecido caso *RCI v. Bolwell*, o Supremo Tribunal de Queensland, na Austrália, negou a aplicação da Convenção de Nova Iorque às providências cautelares, baseando-se, por um lado, na sua natureza provisória e, por outro, no âmbito de aplicação da Convenção de Nova Iorque que, nos termos do n.º 1 do seu artigo I, abrange “as sentenças arbitrais (...) resultantes de litígios entre pessoas singulares ou colectivas”. Para o tribunal australiano, a referência a litígios é uma clara indicação de que as sentenças relevantes para efeitos da Convenção de Nova Iorque são aquelas que estabelecem direitos, e não decisões interlocutórias ou procedimentais.

Nestes termos, entendemos que a Convenção de Nova Iorque não é aplicável ao reconhecimento e execução das decisões cautelares arbitrais estrangeiras.

Já a Lei-Modelo aplica-se expressamente às providências cautelares e disponibiliza um regime referente à sua execução que tem sido adotado por diversos países, o qual não depende da exigente qualificação da decisão como final e definitiva, mas apenas como “medida provisória decretada por um tribunal arbitral”¹⁴².

Ao atribuir a competência executiva ao “tribunal competente” (artigo 17.º-H n.º 1), a Lei-Modelo faz depender os termos em que a execução se deve processar da lei do país onde se pretende executar a decisão em causa. É essa a lei que determina qual o tribunal competente e a forma pela qual a decisão poderá ser executada.

Desta forma, para as decisões de tribunais arbitrais estrangeiros a serem executadas em Portugal valem as considerações tecidas no título anterior.

H) Reconhecimento

- **Distinção face à execução**

O reconhecimento é um processo mediante o qual o Estado onde a parte interessada pretende executar uma decisão arbitral estrangeira procede a um controlo formal dessa decisão. “O fundamento do reconhecimento das sentenças estrangeiras é a continuidade das situações jurídico-privadas internacionais, a sua previsibilidade, a segurança de direito:

¹⁴¹ Jennifer Kirby, *What Is an Award, Anyway?*, Journal of International Arbitration, Volume 31, Issue 4, 2014, p. 475 (note de rodapé 2), disponível em www.kluweronline.com. Tem sido discutido se, para efeitos desta análise, os tribunais a quem é requerido o reconhecimento ou a execução devem adotar os critérios previstos na lei nacional ou critérios internacionais, como os decorrentes do sentido e propósito da Convenção (cfr. Domenico Di Pietro, *Arbitral Awards Under The New York Convention: What Are And What May Be*, 2011, disponível em blogs.law.nyu.edu).

¹⁴² Margaret L. Moses, *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 106.

trata-se pois de justiça formal (...).”¹⁴³

Trata-se de uma fase prévia à execução, através da qual o Estado se certifica que a decisão foi proferida no âmbito de um processo arbitral justo e onde foram garantidas às partes as mais fundamentais garantias, por exemplo, de contraditório e igualdade. O Estado, antes de reconhecer aquela decisão como válida no seu ordenamento jurídico, confirma que não foram violados princípios basilares e essenciais da cultura local. Sendo esse o caso, o Estado tem a possibilidade de se recusar a, sequer, reconhecer a decisão arbitral. Não a reconhecendo é como se a mesma nunca tivesse chegado a existir.

O reconhecimento distingue-se da execução porque esta visa a obtenção de uma decisão judicial que ordene que se proceda de acordo com o decretado na sentença arbitral. Quando se está perante um pedido de execução, ele refere-se necessariamente a uma decisão que aquele sistema jurídico reconhece, seja porque se trata de uma decisão arbitral estrangeira que foi já submetida a um juízo positivo de reconhecimento, seja porque se trata de uma decisão proferida numa arbitragem doméstica. Ou seja, no reconhecimento a parte pretende que a sentença arbitral seja introduzida num determinado sistema jurídico e passe a existir para esse sistema como qualquer outra sentença. Na execução, a parte requerente pretende conseguir a produção dos efeitos a que a decisão se destina; a concretização prática da composição do litígio. Pode existir reconhecimento sem execução¹⁴⁴, mas se uma sentença é executada é porque necessariamente é reconhecida pelo tribunal (sendo certo que o reconhecimento pode ser automático como acontece nas sentenças arbitrais nacionais). Neste sentido, o reconhecimento está implícito à execução¹⁴⁵.

Apesar de, tanto no reconhecimento como na execução, os Estados terem a salvaguarda da recusa com base em determinados fundamentos formais, estas figuras têm diferentes finalidades: o reconhecimento visa a emissão do juízo de que certa decisão existe e vale como sentença; a execução visa a adoção pelo tribunal das medidas que tenha à sua disposição para garantir a produção dos efeitos determinados pela sentença.

As consequências da recusa de reconhecimento e da recusa de execução que são, em teoria, distintas podem assemelhar-se, na prática. Na recusa de reconhecimento, o Estado atua como protetor do ordenamento jurídico, evitando que o mesmo se contamine por uma decisão arbitral tomada em violação de princípios fundamentais. O que o Estado faz é declarar que, no que lhe diz respeito, aquela decisão não existe. Na recusa de execução, o tribunal recusa-se a utilizar o seu poder coercitivo para ordenar aqueles efeitos, apesar de a sentença existir no ordenamento jurídico em causa. Em qualquer dos casos, à parte restará tentar o reconhecimento/execução em outros Estados. Dependendo dos motivos que conduziram à recusa, essa tentativa pode avizinhar-se mais ou menos bem-sucedida. De facto, no caso de o motivo da recusa se prender com considerações de ordem pública, é

¹⁴³ António Marques dos Santos, *Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras*, Aspectos do Novo Processo Civil, Lex, 1997, p. 106.

¹⁴⁴ Nos casos em que a parte pretenda, por exemplo, utilizar aquela decisão no âmbito de uma outra ação e portanto requeira apenas que o tribunal reconheça que a sentença é vinculativa e produz efeitos entre aquelas partes.

¹⁴⁵ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, Sweet & Maxwell, 1999, p. 448 e 449.

previsível que as mesmas considerações não se coloquem com os mesmos contornos em outros Estados. A situação é já diferente no caso de não terem sido respeitados princípios como os da igualdade entre as partes ou do contraditório, caso em que poderá ser muito difícil à parte conseguir o reconhecimento/execução da decisão onde quer que seja. Pode inclusivamente dar-se o caso de não restar opção se não iniciar um novo processo arbitral, caso seja ainda tempestivo.

O local do reconhecimento será, em geral, o mesmo da execução pois, na maioria dos casos, a parte vencedora pretenderá obter os efeitos determinados pela sentença (e o reconhecimento constitui apenas um meio para a execução). Nesses casos, a parte irá requerer o reconhecimento e a execução no Estado onde a contra-parte tenha os seus bens, o qual, em arbitragem internacional, é normalmente diferente do foro onde é decidida a causa, pois as partes procuram estabelecer o tribunal arbitral num foro independente, com o qual nenhuma delas tenha conexão. Nos casos em que a parte vencida tenha bens em vários países fala-se na possibilidade de um “*forum shopping*”¹⁴⁶ por parte da parte vencedora, que poderá escolher em que país irá requerer o reconhecimento e a execução com base na jurisprudência local, custos e aplicação da Convenção de Nova Iorque.

- **Competência**

Em razão da matéria, o tribunal competente é o tribunal comum, pois a Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto não atribui esta competência a tribunal especial. Em razão da hierarquia, o tribunal competente para executar a decisão cautelar é também o tribunal competente para o seu reconhecimento, pois tem aqui aplicação o n.º 4 do artigo 59.º.

“A solução é passível de crítica, na medida em que vai contra o princípio de atribuir competência alargada às Relações nesta matéria, mas é compreensível atentos os interesses em causa; com efeito, se o requerente da providência tivesse primeiro de obter reconhecimento da providência no Tribunal da Relação, só depois podendo obter a execução coerciva, o propósito da providência sairia provavelmente comprometido ou pelo menos atrasado.”¹⁴⁷

De facto, segundo o artigo 58.º n.º 1 (h) da LAV, o tribunal competente para o reconhecimento de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro é o tribunal da Relação. Também nos termos do artigo 979.º do Código de Processo Civil, para a revisão e confirmação de sentenças estrangeiras é competente o tribunal da Relação.

Em coerência com estes preceitos, seria de prever que a competência para a execução da sentença cautelar fosse também atribuída ao tribunal da Relação, até porque, em princípio, o problema da competência para o reconhecimento nada tem que ver com o problema da competência para a execução da sentença, depois de examinada e reconhecida.

¹⁴⁶ Por exemplo, Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, Sweet & Maxwell, 1999, p. 450.

¹⁴⁷ Pedro Metello de Nápoles, Armindo Ribeiro Mendes *et al*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina e Direção da APA, 2012, p. 112 (anotação ao artigo 59.º).

Porém, é a natureza urgente da tutela cautelar que faz com que, neste caso, estas duas competências se sobreponham. De facto, as providências cautelares visam assegurar a utilidade prática da decisão final, procurando garantir que os seus efeitos sejam efectivamente concretizados. São uma forma de obviar à “natural morosidade emergente da tramitação processual”¹⁴⁸ e à “demora patológica do processo declarativo ou executivo”¹⁴⁹ e, por isso, António Abrantes Galdes as qualifica de “instrumentos ao serviço do direito”¹⁵⁰.

Fazendo a ponderação entre os interesses em presença, não faria sentido colocar em risco a garantia de concretização das sentenças para assegurar a simples coerência do sistema de organização judiciária e a distribuição hierárquica de competência entre tribunais.

Em razão do território, é competente a Relação do domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a providência cautelar. Como lugar paralelo pode atender-se ao Código de Processo Civil de 1939 que já previa este critério para determinar o tribunal competente para a revisão e confirmação de sentenças estrangeiras: “o factor principal a que o art. 1101.º manda atender para a determinação da competência territorial é o domicílio ou residência do réu. Se este está domiciliado ou tem residência em território português, o lugar do domicílio ou da residência é decisivo”¹⁵¹ e ao Código anterior a esse, cujo art. 1087.º também declarava competente “a Relação do distrito em que o réu tivesse domicílio, ou em que estivessem situados os bens se o réu não tivesse domicílio no reino”¹⁵². A matéria da competência manteve-se e chegou ao Código de Processo Civil atual no artigo 979.º: “Para a revisão e confirmação é competente o tribunal da Relação da área em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença”.

Parece-nos que deveria encontrar-se igualmente previsto o critério da situação dos bens, como critério de competência executiva exclusiva, tal como acontece no âmbito do Regulamento (UE) N.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, o qual exclui do seu âmbito de aplicação a execução de sentenças arbitrais.

- **Processo**

O processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais cautelares estrangeiras não se encontra regulado no Direito português. Vejamos como o mesmo se deve processar.

¹⁴⁸ António Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume (2.ª Ed.), Procedimento Cautelar Comum, Almedina, 2000, p. 40.

¹⁴⁹ António Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume (2.ª Ed.), Procedimento Cautelar Comum, Almedina, 2000, p. 40.

¹⁵⁰ *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume (2.ª Ed.), Procedimento Cautelar Comum, Almedina, 2000, p. 43.

¹⁵¹ Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra, 1982, p. 197 e 198.

¹⁵² Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra, 1982, p. 197.

O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras encontra-se previsto na Convenção de Nova Iorque. Porém, como vimos a propósito da execução de decisões cautelares arbitrais estrangeiras, na secção G), a Convenção de Nova Iorque não é, em princípio, aplicável ao caso das providências cautelares. Mesmo que o fosse, a questão não ficaria resolvida, uma vez que a Convenção de Nova Iorque não prevê o processo de reconhecimento, deixando essa regulação para o direito interno de cada Estado.

Por outro lado, o artigo 60.º da LAV apenas se aplica à intervenção do tribunal estadual ao abrigo das alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 59.º, e o reconhecimento de providências cautelares nem sequer consta das alíneas do artigo 59.º.

Assim, não existem regras reguladoras do processo de reconhecimento de decisões cautelares arbitrais estrangeiras. Lamentamos que o novo Código de Processo Civil não o tenha previsto.

Pedro Metello de Nápoles, em comentário ao n.º 4 do artigo 59.º da LAV escreveu que *“considerando a necessidade de articular o reconhecimento com a execução de medidas coercivas, pensamos que não fará aqui sentido usar o formalismo previsto, consoante o caso, nos artigos 55.º a 58.º da LAV ou nos artigos 1094.º do CPC [atual artigo 978.º], devendo usar-se em alternativa (e com as devidas adaptações) o formalismo do procedimento cautelar comum, incluindo a possibilidade de dispensa de audiência prévia do requerido.”*¹⁵³

Esta posição merece-nos algumas considerações.

O artigo 978.^{o154} do CPC refere-se à revisão de sentenças estrangeiras. Ora, como vimos já, a decisão de decretamento de providência cautelar não é equiparada, no nosso ordenamento jurídico, a uma sentença. A nível internacional, não se prevê que, na maior parte das vezes, os árbitros estejam dispostos a atribuir a forma de sentença a estas decisões. Por outro lado, o sistema de revisão de sentenças não foi concebido para acomodar as necessidades de urgência da tutela cautelar, pelo que a sua aplicação subverteria o objectivo e o fim que o tribunal arbitral procura atingir ao decretar uma providência cautelar. Além do mais, não há em Portugal a possibilidade da sentença estrangeira ser provisoriamente dada à execução antes do trânsito em julgado da decisão sobre a sua executoriedade. “Para efeitos internos vale a regra geral da necessidade do trânsito em julgado, regra essa que consta do artigo 47º/1 do CPC para as sentenças proferidas por tribunais portugueses e é aplicável, por igualdade de razão, às decisões portuguesas que constituem condição de execução de sentenças estrangeiras.”¹⁵⁵ Ora, a urgência inerente às providências cautelares não se coaduna com a demora que este sistema implica.

¹⁵³ Armindo Ribeiro Mendes *et al*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina e Direção da APA, 2012, p. 112 (anotação ao artigo 59.º).

¹⁵⁴ Note-se que processo de revisão de sentenças estrangeiras previsto no CPC apenas se aplica não havendo instrumento internacional que se aplique. Tem grande expressão o Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, o qual exclui expressamente da sua aplicação a arbitragem (alínea d) ao n.º 2 do artigo 1.º).

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/06/2012, proc. 222/11.9TBVZL-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

As considerações relativas ao artigo 978.º do CPC valem também para o regime de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras previsto nos artigos 55.º a 58.º da LAV.

O recurso ao procedimento cautelar comum obviaria às invocadas dificuldades devido ao seu carácter urgente (n.º 1 do artigo 363.º do CPC), o que se reflecte numa “precedência relativamente ao demais serviço judicial, ainda que este lhe seja anterior; redução dos prazos processuais, quer por fixação de mais reduzidos prazos peremptórios, quer por estabelecimento de um limite inultrapassável de duração dos prazos dilatatórios; criação de um regime excepcional em matéria de contagem de prazos, dado que, contrariamente à regra, os prazos não se suspendem durante o período de férias judiciais, e a um encurtamento do período normal de decisão.”¹⁵⁶

De facto, o processo de reconhecimento da decisão cautelar, que desempenha um importante papel de controlo estadual das decisões estrangeiras, não se pode abstrair da especialidade do fim – evitar as consequências resultantes da demora do processo principal – e do efeito – preservação da utilidade prática da acção principal - da própria decisão que se destina reconhecer. Deve, portanto, contribuir para a concretização desse mesmo fim e desse mesmo efeito, sob pena de se verificar um grave enfraquecimento da aplicação prática das providências cautelares, sempre que os seus efeitos se devam produzir em ordem jurídica diferente daquela onde foram decretadas.

Como vimos, Pedro Metello de Nápoles defende que o procedimento previsto no nosso ordenamento jurídico que melhor poderá preservar a utilidade das providências cautelares decretadas em arbitragens com sede no estrangeiro e que tenham que ser reconhecidas em Portugal é o próprio procedimento cautelar comum, uma vez que, por definição, está ajustado à especialidade do fim e do efeito próprios da tutela cautelar.

Porém, não nos podemos esquecer que a estrutura do procedimento cautelar comum está pensada tendo em conta a instrumentalidade deste procedimento face a uma acção principal, o que não acontece no caso da acção de reconhecimento, que representa um fim em si mesma. De facto, a decisão cautelar (i) pode ser alterada caso se altere o circunstancialismo em que foi decretada e deixe de estar em risco a eficácia futura da sentença¹⁵⁷ e (ii) é substituída por uma “decisão mais ponderada, e, por conseguinte, teoricamente mais justa: a decisão que resultar da acção principal”¹⁵⁸. Já a decisão de reconhecimento ou recusa de reconhecimento é inalterável e não será substituída. Por outro lado, este procedimento visa regular uma determinada situação jurídica (ainda que de forma provisória), e resulta numa decisão de mérito. Para esse efeito, implica uma análise, ainda que perfunctória, do mérito da causa, enquanto o reconhecimento visa uma revisão meramente formal.

Face ao exposto, e face também ao dever de gestão processual previsto no artigo 6.º do Código de Processo Civil e de adequação formal, não cremos que se deva aplicar o

¹⁵⁶ Lucinda D. Dias da Silva, *Processo Cautelar Comum, Princípio do Contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido*, Coimbra Ed., 2009, p. 122.

¹⁵⁷ Rita Lynce de Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, 2003, p. 149.

¹⁵⁸ Rita Lynce de Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, 2003 p. 128.

procedimento cautelar comum. Deve, sim, o juiz, atendendo ao caráter urgente da tutela cautelar, tratar o processo de reconhecimento e todos os seus atos com prioridade e urgência. Com base nesta urgência, devem ser determinados prazos curtos para a prática dos atos. Quanto aos documentos que devem acompanhar o pedido de reconhecimento da decisão cautelar, entendemos que tem aplicação o n.º 1 do artigo 57.º da LAV.

I) Dever de informação

Nos termos do artigo 24.º da LAV, o tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou ordem preliminar, nas circunstâncias aí previstas. Assim, e uma vez que, naturalmente, a utilidade do reconhecimento ou da execução coerciva de certa providência cautelar dependem da sua existência e eficácia, as partes devem informar o tribunal estadual da respectiva revogação e suspensão, e ainda da sua modificação, pois deixa de ser necessário o reconhecimento ou a execução coerciva daquela providência, mas de outra diversa.

J) Caução

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 24.º da LAV, o tribunal arbitral pode sempre exigir ao requerente da providência cautelar a prestação de caução adequada. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, pode também ser exigida caução ao requerente de uma ordem preliminar, a menos que o tribunal o considere inadequado ou desnecessário. Parece que esta salvaguarda é geral, devendo, pela sua natureza, aplicar-se também às providências cautelares. Também no regime cautelar civil se prevê que “sempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias, pode o juiz, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da providência dependente da prestação de caução adequada pelo requerente” (cfr. n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Civil).

Esta caução visa servir de garantia da responsabilidade do requerente, prevista no artigo 26.º da LAV, ou seja, visa garantir que o requerido de uma medida cautelar injustamente decretada seja ressarcido pelos danos causados pela ingerência na sua esfera patrimonial e/ou pessoal que ocorreu ao abrigo da medida cautelar.

Segundo António Abrantes Geraldês, a caução (prevista no regime cautelar civil) pode funcionar como condição suspensiva “que garanta o requerido dos prejuízos que a medida cautelar possa provocar na sua esfera se, porventura, se verificar que a providência não tinha justificação plausível ou se posteriormente o requerente não cumprir os deveres de diligência normais”¹⁵⁹.

Rita Lynce de Faria defende que a função da caução é preventiva, servindo de garantia do ressarcimento dos danos eventualmente causados ao requerido.

¹⁵⁹ *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume (2.ª Edição), Procedimento Cautelar Comum, Almedina, 2000, p. 299.

A exigência de caução é uma possibilidade à disposição do tribunal arbitral, podendo também decidir não o fazer. Entendemos que o tribunal deve fazer uma séria ponderação da situação concreta antes de concluir pela necessidade da constituição desta garantia, pois a mesma pode representar um obstáculo para o requerente da medida e não esqueçamos que a sua não prestação, quando decretada, é fundamento de recusa do reconhecimento ou da execução coerciva, ao abrigo do artigo 28.º, n.º 1, a), (ii) da LAV. Deve existir uma justificação forte para que o tribunal decida a prestação da caução. Deve fazê-lo sempre que encontrar “indícios de actuações malévolas ou temerárias, embora sem a consistência necessária para impedir o deferimento da providência”¹⁶⁰ e nos casos em que exista “um risco sério de irreversibilidade dos efeitos da providência, por efeito da morosidade da justiça”. Naturalmente que terão sempre que ser considerados outros elementos, como o facto de a caução ser “adequada”, como referem os n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º da LAV.

Caso o tribunal arbitral não se tenha nunca pronunciado sobre a questão, o tribunal estadual pode vir a exigir caução, quando lhe for dirigido o pedido de reconhecimento ou execução de providência cautelar.

Também quando o tribunal arbitral já se tenha pronunciado, mas tenha decidido negativamente quanto à prestação de caução, o tribunal judicial pode exigí-la. Porém, apenas quando o considere necessário para a proteção de interesses de terceiros, o que se compreende tendo em conta o carácter negocial da arbitragem, que circunscreve o seu âmbito às duas partes em presença no processo arbitral.

K) Recurso

O n.º 4 do artigo 27.º da LAV exclui a possibilidade de recurso, quer da sentença do tribunal arbitral que decidir sobre uma ordem preliminar ou providência cautelar, quer da sentença do tribunal estadual que decidir sobre o seu reconhecimento ou execução coerciva. A natureza, por definição, urgente da tutela requerida e o carácter provisório da própria ordem preliminar ou providência cautelar justificam esta opção.

¹⁶⁰ *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume (2.ª Edição), Procedimento Cautelar Comum, Almedina, 2000, p. 299.