



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

**TESE DE MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO – VERTENTE DE
ENERGIA**

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS: ANÁLISE
COMPARATIVA DAS CLÁUSULAS PORTUGUESAS E MOÇAMBICANAS**

Orientador: Dr. Agostinho de Pereira Miranda

João Miguel Duarte e Silva

Lisboa, 28 de março de 2013



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

**TESE DE MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO – VERTENTE DE
ENERGIA**

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS: ANÁLISE
COMPARATIVA DAS CLÁUSULAS PORTUGUESAS E MOÇAMBICANAS**

Orientador: Dr. Agostinho de Pereira Miranda

João Miguel Duarte e Silva

Lisboa, 28 de março de 2013

Agradecimentos

Ao Dr. Agostinho de Pereira Miranda, pela sua gentileza em acompanhar-me nesta etapa da minha vida académica e por me ter munido das ferramentas necessárias e dado os seus contributos, designadamente na escolha do tema que me introduziu numa área bastante aliciante e de grande atualidade.

À Dra. Cláudia Leonardo pela permanente disponibilidade, amabilidade, incentivo e transmissão entusiástica de *know how*, de que destaco o seu contributo profícuo em sugestões e correções.

À minha família pelo apoio incondicional e constante em todo o meu percurso académico, tendo sempre compreendido e aceitado as minhas angústias e sucessos, ajudando-me a ultrapassar os obstáculos com que me deparei.

Deveria referir aqui os vários amigos que contribuíram ao longo destes anos para uma vida equilibrada e que sempre me motivaram a atingir os objetivos. Contudo, podendo omitir algum, tantos e tão bons são eles, sei que os verdadeiros aqui se reconhecem.

Índice	Pág.
1. Introdução	6
1.1. Objeto do Presente Estudo	7
2. A Arbitragem como Único Meio de Resolução de Litígios nos Contratos	8
Objeto do Presente Estudo	
2.1. A Arbitragem. Conceito	9
2.1.1. O Recurso à Arbitragem. Perspetiva Teórica	11
2.1.2. O Recurso à Arbitragem. Perspetiva Prática	12
2.2. Outros Meios de Resolução de Litígios	13
2.2.1. A Negociação	15
2.2.2. A Conciliação/Mediação	16
2.2.3. <i>Expert Determination</i>	18
2.2.4. O Mini-julgamento (<i>Minitrial</i>)	19
2.2.5. Desvantagens dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios	19
2.2. Combinação dos Meios de Resolução de Litígios	21
2.3. A Opção Moçambicana	22
2.4. Comentário às Opções Portuguesas	24
3. A Opção pela Arbitragem <i>ad hoc</i>	25
3.1. A Arbitragem Institucionalizada	26
3.2. Arbitragem <i>ad hoc</i> vs Arbitragem Institucionalizada	27
3.3. A Opção Moçambicana	29
3.4. Comentário às Opções Portuguesas	30
4. A Constituição do Tribunal Arbitral. Deveres de Independência e Imparcialidade dos Árbitros. Alocação dos Honorários dos Árbitros	32
4.1. A Constituição do Tribunal Arbitral	32
4.2. Deveres de Independência e de Imparcialidade dos Árbitros	34
4.3. Alocação dos Honorários e Despesas dos Árbitros	36
4.4. A Opção Moçambicana	38
4.5. Comentário às Opções Portuguesas	39
5. A Lei Material Aplicável ao Fundo da Causa	41
5.1. Introdução à Problemática	41
5.2. Os Contratos da Bacia Algarvia	42

5.3. Os Contratos da Bacia Alentejana	44
5.4. <i>Lex Petrolea</i>	47
5.5. A Opção Moçambicana	50
5.6. Comentário às Opções Portuguesas	50
6. Conclusão	52
7. Referências Bibliográficas	55
8. Anexos	61

1. Introdução

A escolha do tema “As Cláusulas de Arbitragem inseridas em Contratos Petrolíferos Portugueses” deveu-se à importância de que se reveste a resolução de litígios no âmbito dos contratos petrolíferos, que se caracterizam pela “... elevada probabilidade de originarem litígios.”¹

Neste tipo de contratos², com elevados e diversificados riscos (comerciais, políticos, fiscais, entre outros), uns para ambas as partes, outros recaindo apenas numa, estão em jogo diferentes tipos de interesses, uma vez que, regra geral, as partes neles envolvidas divergem uma da outra quanto à sua natureza. De um lado, encontram-se Estados que comercializam os seus recursos naturais, de outro lado, empresas privadas que investem quantias astronómicas na execução destes contratos que se caracterizam pela volatilidade das variáveis que os envolvem.

Este trabalho tem como objeto de estudo determinados aspetos das cláusulas de resolução de litígios e das convenções de arbitragem de alguns contratos petrolíferos portugueses. Dada a complexidade e vastidão da temática, concentrar-nos-emos em quatro aspetos concretos dos contratos:

- A adoção da Arbitragem como único meio de resolução de litígios em detrimento de outros mecanismos de resolução alternativa de litígios;
- A opção pela Arbitragem *ad hoc*;
- A constituição do tribunal arbitral - deveres de Independência e Imparcialidade dos árbitros - pagamento dos honorários e encargos dos árbitros;
- O Direito Material aplicável ao fundo da causa.

Por motivos de coerência e organização sistemática, naturalmente, optámos por fazer breves reflexões sobre matérias que se encontram relacionadas e que exigem, dessa forma, a sua enunciação.

¹ Dário Moura Vicente, *Arbitragem Petrolífera*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 4, 2011, p. 85

² Estes inserem-se na categoria de contratos de Estado que, segundo Luís de Lima Pinheiro, são “... todos os contratos entre um Estado ou um seu ente público autónomo e um nacional de outro Estado.”, citado por Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2007, p. 20

A opção pelos quatro aspetos consagrados nos contratos que resolvemos aprofundar deveu-se ao facto de se tratar de soluções que, após analisar as respetivas cláusulas dos contratos a que tivemos acesso, mais dúvidas poderão suscitar na sua interpretação e/ou ser relevante uma revisão e eventual alteração das mesmas.

1.1. Objeto do Presente Estudo

Este trabalho pretende fazer uma análise crítica dos aspetos suprarreferidos, procurando clarificá-los e apresentando possíveis soluções que, na nossa opinião, poderiam aprimorar as cláusulas em causa nestes ou em futuros contratos semelhantes.

De forma a desenvolver o estudo a que nos propomos, iremos:

- Analisar as disposições contratuais de cinco contratos portugueses que constituem a base do objeto de estudo do nosso trabalho. De forma a ser mais simples a referência aos contratos, iremos dividi-los em dois grupos, “Santola”, “Gamba” e “Lavagante”³, doravante designados “Contratos da Bacia Alentejana”, e “Lagosta” e “Lagostim”⁴, adiante designados “Contratos da Bacia Algarvia”. Os contratos inseridos dentro de cada grupo têm soluções jurídicas iguais, considerados como “projetos de pesquisa global”, como os próprios referem;
- Comparar as disposições portuguesas com as opções do Modelo Contratual Moçambicano⁵. A opção pela análise deste modelo deve-se não só ao facto do quadro histórico e legal da arbitragem ser o mesmo em Portugal e Moçambique até 1975, ano em que Moçambique se tornou um Estado independente⁶, mas também por o próprio modelo ser considerado, em matéria de resolução de litígios, em linha com as melhores práticas internacionais. De ressaltar contudo que se trata de um modelo contratual, como o próprio nome indica, e não de um

³ In http://www.mendesbota.com/menu_home/pdf/20120518rrar.pdf

⁴ In http://www.mendesbota.com/menu_home/pdf/20111128rrar.pdf

⁵ In <http://www.inp.gov.mz/Legal-Framework/EPCC-Model/Mozambique-EPCC-Model-4th-Bidding-Round-May-2010>

⁶ Cfr. Agostinho Pereira de Miranda *et al*, *Mozambique*, in “Getting the Deal through – Arbitration 2012”, Miranda Correia Amendoeira & Associados, p. 367

contrato já formalizado, como é o caso dos contratos portugueses suprarreferidos;

- Analisar a legislação aplicável. Em geral, em matéria de resolução de litígios vigora o princípio da autonomia privada, contudo, aquando do silêncio das partes, aplicam-se subsidiariamente textos legais que dão enquadramento legal a esta matéria;
- Elencar as posições da doutrina e jurisprudência nacionais e internacionais, mais comumente citadas.

Finalmente, sendo o processo de resolução de disputas objeto de acordo entre as partes, estas têm oportunidade de o adaptar às suas necessidades específicas, pelo que uma boa formulação e planeamento do processo acrescentarão valor a todo o negócio e resultará na resolução de determinados litígios de forma mais eficaz.⁷

2. A Arbitragem como Único Meio de Resolução de Litígios nos Contratos Objeto do Presente Estudo

O Decreto-Lei nº 109/94, de 26 de Abril, que estabelece o regime jurídico das atividades de prospeção, pesquisa e produção de petróleo, no seu art.º 80º, sob a epígrafe “Arbitragem”, mais especificamente no seu nº 1, estipula que “Os diferendos que eventualmente ocorram entre o Estado e as concessionárias, relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes, serão resolvidos por tribunal arbitral, a funcionar em Lisboa, nos termos da legislação processual portuguesa.”

No mesmo sentido, estabelecem as cláusulas de resolução de litígios dos contratos portugueses em análise (*vide* Anexos 1 e 2). Desta forma, o método de resolução de controvérsias, consagrado nos contratos petrolíferos portugueses, é única e exclusivamente o recurso à arbitragem.

⁷ Ver Claude Duval *et al*, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, 2009, p. 349

2.1. A Arbitragem. Conceito

Importa, antes de mais, definir o conceito de arbitragem. Para Redfern e Hunter, arbitragem envolve “... *two or more parties faced with a dispute which they cannot resolve themselves, agreeing that some private individual will resolve it for them and if the arbitration runs its full course... it will not be settled by a compromise, but by a decision.*”⁸

Para L. Lima Pinheiro, “Arbitragem é um modo de administrar a justiça, uma forma privada de resolver os conflitos de interesses entre os cidadãos e de realizar a paz social.”⁹

Cingir-nos-emos à arbitragem voluntária que é a modalidade mais frequente¹⁰, “... modo de resolução jurisdicional de controvérsias, com base na vontade das partes, onde a decisão é confiada a terceiro (...) particular distinto de qualquer das partes e que não actua como seu representante.”¹¹

Subjacente ao processo arbitral voluntário, encontra-se sempre uma convenção de arbitragem através da qual as partes expressam não só a vontade de resolver as suas disputas em arbitragem, mas também aspetos do processo que pretendem adotar. A convenção de arbitragem pode assumir duas formas, compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Na primeira, o litígio já existe, é atual; na segunda, o compromisso é eventual e resultará de uma concreta relação jurídica que as partes têm de precisar.¹² As convenções dos contratos e do modelo contratual em análise inserem-se na segunda modalidade.

⁸ Citados por Philippe Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, p. 10

⁹ A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, p. 177

¹⁰ A arbitragem também pode ser necessária ou obrigatória, no entanto esta modalidade não interessa para o nosso estudo.

¹¹ L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, 2005, p. 343

¹² Cf. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, p. 96

No âmbito deste trabalho sempre que falarmos de arbitragem, estaremos a reportar-nos a arbitragem internacional na sua aceção ampla¹³, incluindo nesta categoria as arbitragens de investimento e arbitragens comerciais.

As arbitragens de litígios resultantes dos contratos objeto do nosso estudo são arbitragens de investimento.

Contudo, apesar de as arbitragens de investimento e as arbitragens comerciais serem duas realidades que apresentam algumas diferenças, para efeitos deste trabalho não iremos fazer a distinção entre estas categorias adotando o termo comercial de forma lata, absorvendo a arbitragem de investimento.¹⁴ Consideraremos, pois, que a arbitragem de investimento possui natureza comercial *lato sensu*.¹⁵

Com o desígnio de facilitar a exposição, as arbitragens que poderão emergir dos contratos portugueses deverão considerar-se inseridas em qualquer denominação ou modalidade de arbitragem enunciada, sem prejuízo de necessárias adaptações. Neste sentido, uma vez que se irão tecer algumas generalizações, a sua interpretação deverá ser efetuada com a devida contextualização.

¹³ Interpretação que parece estar conforme à *praxis* jurisprudencial. Cf. José Sérvulo Correia, *Arbitragem internacional com Estados na nova lei de Arbitragem Voluntária*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, 2012, p. 104

¹⁴ Apoiamo-nos na Lei-Modelo da CNUDCI, «*The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance;*» (sublinhado nosso) in “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration”, p. 1, Nota 2, em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Entre nós, A. Perestrelo de Oliveira, *op. cit.*, p. 19, «A arbitragem dos “contratos de Estado” integra-se na noção de arbitragem comercial internacional.»

¹⁵ Cf. “... an arbitration case pursuant to the North American Free Trade Agreement (NAFTA) between a private investor and a State party to the NAFTA was said to be a commercial arbitration for the purposes of the Model Law as the primary relationship between the investor and the host State related to investment.”, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 10

2.1.1. O Recurso à Arbitragem. Perspetiva Teórica

... a arbitragem é um meio privilegiado de resolução de conflitos internacionais.¹⁶

A arbitragem surgiu, pelo menos nos seus moldes contemporâneos, no período medieval como método de resolução de conflitos entre comerciantes nas feiras europeias. A arbitragem oferecia uma dupla vantagem: era rápida, como o decurso das feiras, e permitia decisões conformes a regras comerciais diferentes das estatais. “Estas duas características fomentavam intensamente o comércio.”¹⁷

Atualmente, grande parte dos litígios emergentes de contratos do comércio internacional é resolvida através da arbitragem.¹⁸

Assim, na perspetiva dos contratos objeto de estudo do nosso trabalho, “... a arbitragem comercial internacional é frequentemente o único processo adjudicatório aceitável para ambas as partes no contrato de Estado. Estas sentem desconfiança mútua pelos tribunais nacionais da outra parte. O Estado pode procurar a arbitragem para evitar publicidade, ou para evitar a sujeição a um tribunal estadual estrangeiro, o que poderá surgir como uma afronta à respetiva soberania. A empresa multinacional pode temer que os tribunais do Estado contratante possam ser indevidamente influenciados pelo governo, ou que, sem submissão a arbitragem, não haja certeza quanto á exclusão da imunidade do Estado...”¹⁹.

Encontramos na doutrina portuguesa²⁰ conformidade na identificação das principais características da arbitragem que levam os agentes do comércio internacional a optar por esta via de resolução de conflitos (de notar que em todas se tem como termo de comparação os tribunais judiciais), nomeadamente:

¹⁶ Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça*, 2009, p. 89

¹⁷ M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 28

¹⁸ Cf. L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, “... estima-se que cerca de 90% dos contratos do comércio internacional contêm cláusulas arbitrais.”, p. 23; No mesmo sentido, A. Ferrer Correia, *Do Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. LXXVII, 2001, p. 2

¹⁹ Craig, Park e Paulsson, citados por A. Perestrelo de Oliveira, *op. cit.*, pp. 20 e 21; G. Burdeau citado pela referida autora, «... “a generalização da arbitragem como modo de resolução de litígios relativos aos contratos de Estado [se impõe] com evidência”», p. 19

²⁰ Cfr. A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, pp. 174 e 175; D. Moura Vicente, *op. cit.*, pp. 85 e 86; L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp. 24 a 26

- **Neutralidade** – garantia, à partida, de um tratamento equitativo dado que não há sujeição aos tribunais da parte contrária;
- **Adequação** – conhecimentos especializados por parte dos árbitros na matéria do caso concreto e maior sensibilidade para práticas e usos comerciais;
- **Celeridade** – maior simplicidade do processo arbitral, não estando sujeito a grandes formalismos/condicionalismos;
- **Confidencialidade** – preservação da imagem e segredos do negócio;
- **Irrecorribilidade** – obtenção de sentença final e definitiva;
- **Facilidade de reconhecimento internacional das sentenças arbitrais** – muito devido à vinculação de um grande número de Estados (147 em 2012²¹) à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 que estabelece um processo uniforme e simplificado de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

2.1.2. O Recurso à Arbitragem. Perspetiva Prática

Algumas das características enunciadas como motivadoras do recurso à arbitragem têm-se vindo a desvirtuar e deixaram de ser exclusivas deste método de resolução de litígios. A longa tradição e a abundante produção dogmática da arbitragem alteraram de forma significativa o processo arbitral.

Uma das características mais abaladas foi a celeridade. As formalidades têm aumentado e cada vez mais se despende tempo em adaptar para a arbitragem “*the arts of litigation*”²².

A arbitragem deixou de ser um processo simples e acessível²³, e os árbitros parecem hoje de alguma forma “condicionados” por aspetos que nada têm a ver com a

²¹ Cfr. <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states>

²² Fali S. Nariman, *The Spirit of Arbitration – The tenth Annual Goff Lecture*, in <http://www.kluwarbitration.com/print.aspx?ids=IPN20785>, p. 3

²³ Cf. Bernardo M. Cremades, *State Participation in International Arbitration*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, n° 4, 2011, p. 83, “*International arbitration has become a big business that is, moreover, excessively costly. The big law firms are the ones that are carrying out the macro-arbitral proceedings, when perhaps such proceedings could be simplified greatly.*”

administração da justiça²⁴. Os procedimentos arbitrais, particularmente os levados a cabo por um painel de três árbitros, tornaram-se excessivamente prolongados e onerosos.²⁵

Também a confidencialidade deixou de ser uma característica implícita da arbitragem. Deste modo, a pretensão de confidencialidade tem, hoje, de ser estipulada pelas partes.²⁶

De acordo com Roy Goode, tal como no passado, a lei comercial irá desenvolver-se de acordo com as necessidades e práticas da comunidade mercantil e é através da criatividade dos agentes económicos na elaboração de novos métodos/instrumentos que satisfaçam as suas necessidades que esta irá evoluir²⁷. A má notícia para a arbitragem comercial internacional é que os novos instrumentos, mais simples, céleres e acessíveis, já foram criados e são cada vez mais utilizados pelos agentes económicos com sucesso.²⁸

2.2 Outros Meios de Resolução de Litígios

Como verificámos anteriormente em 2.1.2., uma vez que a arbitragem, enquanto método de resolução de conflitos adversarial, pode prejudicar o desenvolvimento das relações negociais, podendo ser bastante onerosa e morosa, as partes, em contratos internacionais complexos e de longa duração, como são os contratos petrolíferos, têm vindo a optar por outros métodos de resolução de litígios, orientados para determinado tipo de disputas, promotores das boas relações comerciais e de uma resolução mais célere, acessível e menos litigante.²⁹

²⁴ Segundo o Ex-Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, Gilbert Guillaume, “*arbitrators (...) when they are drafting their awards, are thinking more of their own future glory (through doctrinal citation), than of the parties who requested such decision.*”, citado por B. M. Cremades, *op. cit.*, p. 84

²⁵ Ver F. S. Nariman, *op. cit.*, p. 4

²⁶ Ideia sustentada por Gerold Herrmann, pai da Lei-Modelo da CNUDCI, referido por F. S. Nariman, *op. cit.*, p. 4

²⁷ Citado por F. S. Nariman, *op. cit.*, p. 4

²⁸ Cfr. F. S. Nariman, *op. cit.*, p. 4, “*ICA as a form of dispute resolution has become so overburdened by its own weight and size, that is being supplanted by other speedier, more fruitful, more rewarding methods.*”

²⁹ Cf. C. Duval *et al.*, *op. cit.*, pp. 350 e 370

Estes instrumentos “... são comumente designados Meios Alternativos de Resolução de Litígios ou ADR, numa importação da sigla correspondente à expressão *Alternative Dispute Resolution*. A expressão é usada com alguma unanimidade.”³⁰

Nos Meios Alternativos de Resolução de Litígios³¹ (MARL) encontra-se quase sempre incluída a arbitragem; contudo, neste trabalho não seguimos essa opção.

Quanto à designação de MARL “... devem ser ponderadas (...) as observações de Michele Taruffo. Se a relação desejável entre as diversas formas e meios de resolução de controvérsias for de verdadeira alternatividade, ideia que não se subscreve na medida em que, como se verá, cada meio permite responder a diferentes necessidades ...”³²

Desta forma, não parece existir verdadeira alternatividade entre os diversos instrumentos de resolução de disputas uma vez que cada um permite responder a distintas necessidades. O critério que deverá presidir é “... o da adequação.”³³

Terá, pois, de se verificar qual o método mais adequado face à natureza do litígio e predisposição das partes. O conteúdo e o contexto do conflito serão determinantes aquando da opção sobre qual o método de resolução a adotar.³⁴

Segundo o critério da adequação, verifica-se que a sobrevivência de qualquer relacionamento contratual encontra maiores garantias no quadro de procedimentos mais construtivos, nos quais, regra geral, não há perdedores ou vencedores (*win win*) e as partes exercem maior controlo sobre o processo.

De referir que não existe uma lista exaustiva de mecanismos de resolução de litígios, sendo que alguns destes não têm uma exata correspondência terminológica ou conceptual na doutrina portuguesa.

³⁰ P. Costa e Silva, *op. cit.*, p. 37

³¹ Ver L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, 2005, p. 344, “Este modo de colocar as coisas pressupõe que a jurisdição estatal constitui ponto de referência central em matéria de resolução jurisdicional de litígios.”; M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 17, “Os meios de resolução alternativa de litígios (...) podem definir-se como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais.”

³² Referido por P. Costa e Silva, *op. cit.*, p. 36

³³ P. Costa e Silva, *op. cit.*, p. 36. Também M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 23 “... os meios de resolução alternativa de litígios postulam uma abordagem diferente do conflito, procurando a solução mais adequada.”

³⁴ Cf. Observatório do Endividamento dos Consumidores, *A resolução alternativa de litígios aplicada ao sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da mediação*, in http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/resolucao_alternativa.pdf, p. 18

Iremos agora enunciar e tecer algumas considerações sobre algumas formas de resolução de litígios que nos parecem ser os mais conhecidos da doutrina portuguesa e/ou utilizados nos contratos petrolíferos:

2.2.1. A Negociação

Para quem considera a negociação como verdadeiro mecanismo de resolução de disputas esta define-se “... como um processo de resolução de conflitos através do qual uma ou ambas as partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas.”³⁵

Todavia, a autonomização da negociação como meio de resolução de conflitos é questionada, sendo muitas vezes considerada como mero componente de outros métodos³⁶ ou mesmo como pré-requisito para a existência de um litígio, na medida em que, só após conversações e tentativa de acordo entre as partes se pode determinar que existe realmente um litígio suscetível de se recorrer aos meios de resolução de litígios.

Em acordos complexos e de longa duração, as partes têm cada vez mais recorrido à negociação como meio de resolver divergências. Mesmo quando não logra sucesso, as partes conseguem apreciar melhor os interesses em jogo e compreender melhor as posições uma da outra.³⁷

A introdução da possibilidade de negociações poderá ter uma importante vantagem psicológica, ficando assim a conhecer-se a predisposição de boa-fé mútua. Os moldes comuns da sua inserção são: após o surgimento de uma divergência, proporcionar uma oportunidade para as partes (através de representantes com poderes para vincular à decisão) se reunirem numa tentativa de resolver o litígio sem recurso a outros métodos.³⁸

³⁵ M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 35

³⁶ Cfr. *Idem*, p. 36

³⁷ Ver C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 375

³⁸ Cfr. *Idem*, p. 375

2.2.2. A Conciliação/Mediação

Antes de procedermos à definição destes dois métodos, é necessário referir que não são de fácil distinção³⁹, pelo que optámos por enunciá-los em conjuntamente.

Não querendo pronunciar-nos sobre as suas eventuais diferenças, já que não é esse o âmbito do trabalho, iremos apresentar algumas definições legais e doutrinárias para ambos os métodos.

No que diz respeito à mediação, a Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001, de 13 de Julho), no seu art.º 35º, define-a como “... uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.”

Já a Diretiva 2008/52/CE, no seu art.º 3º entende mediação como “... um processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.”

Retira-se destas definições que o pleno domínio do problema e do processo pelas partes (*empowerment*) é essencial na mediação. A função do mediador é de ajudar as partes a restabelecer a comunicação e encontrar uma solução adequada.⁴⁰

Para P. Costa e Silva, a mediação é “... tão crucial em litígios de elevado impacto emocional e afectivo, tão pouco justificável por razões realmente economicistas e de gestão de meios em outras áreas.”⁴¹

³⁹ Cf. L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, p. 349, “Também se fala por vezes em mediação, geralmente como sinónimo de conciliação. Alguns autores procuram distinguir a mediação da conciliação, mas não alcançam um critério de distinção claro.” Ainda M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 21

⁴⁰ Quanto a esta matéria, M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 44

⁴¹ P. Costa e Silva, *op. cit.*, p. 33

Quanto à conciliação, L. Lima Pinheiro defende que “Na conciliação é designado um terceiro para a resolução da controvérsia, com base na vontade das partes, mas o terceiro tem por missão promover o acordo entre as partes. (...) O conciliador não tem poder para impor às partes uma decisão vinculativa.”⁴²

Também a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) sobre a conciliação no comércio internacional, no art.º 1º, nº 3,⁴³ define o conceito de conciliação não o distinguido do conceito de mediação, demonstrando bem, de novo, a similaridade entre ambos os mecanismos.

De referir que a conciliação é muitas vezes apontada como dever dos juízes e dos árbitros e que alguns autores apenas a consideram de forma autónoma, única e exclusivamente, como meio alternativo judicial (conciliação jurisdicional).⁴⁴

Ainda no que diz respeito à dificuldade de distinção entre mediação e conciliação, julgamos ser interessante enunciar a solução preconizada na Lei de Arbitragem Moçambicana (Lei 11/99, de 8 de Julho) que demonstra mais uma vez as semelhanças entre os dois métodos, não nos oferecendo, pelo menos de forma clara, uma real distinção. Assim, no nº 2 do art.º 60º da referida Lei, estabelece-se que “O procedimento da mediação baseia-se na designação de uma terceira pessoa, imparcial e independente, que tem como função encontrar uma solução satisfatória para ambas as partes.” No nº 3 do mesmo artigo, “A conciliação tem como função facilitar a comunicação e o relacionamento entre as partes por forma a que as mesmas cheguem a acordo.”

Tipicamente, os métodos de conciliação e/ou mediação não são inseridos nos contratos petrolíferos.⁴⁵

⁴² L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, 2005, p. 349

⁴³ «... process, **whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import**, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.» (sublinhado nosso), in <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf?OpenElement>

⁴⁴ Cfr. João Chumbinho, *Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, 2007, p. 68, “A conciliação é um meio alternativo judicial, aplicado quer aos Tribunais Judiciais, quer nos Julgados de Paz.” Também M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 83

⁴⁵ Cfr. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 378

2.2.3. *Expert Determination*

Expert Determination (ED) é um dos métodos que não encontra uma definição no léxico português e que consiste, de acordo com L. Lima Pinheiro, na «... atribuição a um terceiro, que as partes designam como “perito”, do poder de decidir uma controvérsia de carácter técnico ou de proceder à avaliação de um bem ou de um prejuízo. A respeito destas hipóteses, em que um terceiro é encarregue de estabelecer factos jurídicos ou de responder a questões jurídicas, fala-se de “arbitragem-peritagem” (...), de “arbitragem de qualidade” (...) e de “avaliação” ...». ⁴⁶

O recurso à ED pode ser especialmente indicado para disputas sobre aspetos técnicos do contrato ou obrigações fiscais. Este método realizado por um terceiro (perito), desinteressado da causa, que tenha um *expertise* especial para avaliar a disputa de forma objetiva, pode ser preferível ao recurso a árbitros aos quais pode faltar *knowhow*⁴⁷. Regra geral, a ED é mais rápida e menos dispendiosa do que a arbitragem. Assim, a regulamentação de ED deve especificar um curto mas razoável prazo para que o perito tome a sua decisão, devendo as partes acordar no contrato serem expeditas e cooperantes no assegurar de uma decisão pronta.⁴⁸ Naturalmente, é essencial estipular se a ED é vinculativa e/ou recorrível.

As partes, ao decidirem se devem incluir a ED como mecanismo de resolução de disputas, devem ter especialmente em conta que não só não existem leis nacionais a providenciar um enquadramento legal e processual da ED, mas também não existem convenções internacionais de reconhecimento e execução das determinações periciais.⁴⁹

⁴⁶ L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, 2005, p. 352

⁴⁷ Neste sentido, C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 371

⁴⁸ *Idem*, p. 371

⁴⁹ *Idem*, p. 374

2.2.4. O Mini-julgamento (*Minitrial*)

Este método consiste na simulação de uma sessão de tribunal, na qual os advogados de cada uma das partes apresentam os seus argumentos a um painel, constituído pelas próprias partes e por uma terceira entidade neutra, que auxiliará na clarificação do conflito e na avaliação dos méritos da respetiva pretensão. A decisão não é vinculativa.⁵⁰

Segundo M. França Gouveia, o painel neutral ouve as pretensões das partes e coloca as questões que julga pertinentes. Há uma primeira tentativa de obtenção de acordo ainda no seio do processo e, caso não seja alcançado, o painel dá a sua opinião e as partes, com base nesta, reiniciam a negociação.⁵¹

2.2.5. Desvantagens dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios

Quanto às desvantagens dos MARL, destacaremos: o uso pelas partes para medir a força da sua pretensão tendo em vista o recurso à via judicial ou arbitral, conforme o caso; a utilização como expediente dilatatório, sem que haja vontade de chegar a acordo com a contraparte; a eventualidade de constituir uma fonte acrescida de custos quando não se alcança o consenso. Quanto a estas desvantagens o bom desempenho da entidade decisora pode, contudo, controlar ou pelo menos mitigar estas situações.⁵²

Uma outra questão que se pode colocar e que poderá surgir *a posteriori* dos diferentes processos será a da não existência de boa-fé de uma das partes e o não cumprimento voluntário da decisão resultante dos MARL. Analisemos então a matéria da execução das decisões, no âmbito de alguns métodos acima enunciados, de acordo com o ordenamento jurídico português.

No caso da mediação, o seu resultado é um acordo reduzido a escrito assinado por ambas as partes. Assim, vem o art.º 6º da Diretiva 2008/52/CE exigir que os Estados

⁵⁰ Observatório do Endividamento dos Consumidores, *op. cit.*, p. 9

⁵¹ M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 20

⁵² Observatório do Endividamento dos Consumidores, *op. cit.*, p. 16

garantam que seja declarado executório o conteúdo de um acordo reduzido a escrito obtido por via da mediação. Em conformidade, encontra-se o direito português, uma vez que estabelece “... um amplo reconhecimento executório dos documentos particulares ...”⁵³, na alínea *c*), do art.º 46º do Código de Processo Civil (CPC), estipulando que constitui título executivo o documento particular assinado pelo devedor, no qual este reconheça a existência de uma obrigação ou a constitua. Neste preceito cabe o acordo obtido em mediação pelo que este constitui título executivo.

Na mesma linha de raciocínio, e devido às similaridades (ou mesmo identidade) anteriormente apresentadas, o acordo obtido em conciliação que preencha os requisitos da alínea *c*), do art.º 46º, do CPC (que será o normal) possui também força executiva.

Questão diferente é a da homologação do acordo obtido na mediação, prevista no art.º 249º-B do CPC (preceito que visa transpor o art.º 6º da Diretiva 2008/52/CE⁵⁴), que na opinião de M. França Gouveia tem como função a “... criação de um título executivo com especial força executória.”⁵⁵. Corroboramos esta opinião, na medida em que o acordo homologado vale como sentença judicial logo os fundamentos de oposição à execução são mais restritivos do que se fosse mero título negocial, categoria em que se insere, caso o acordo escrito e assinado não seja homologado (cfr. art.º 814º e 816º, CPC).

Diferente destes métodos consensuais onde as partes detêm a capacidade de decisão, é o método de ED. Neste é o terceiro (perito) que decide a causa, emitindo uma decisão que não parece carecer da assinatura das partes. Neste sentido, não constitui título executivo, uma vez que a decisão obtida através de ED, não só não cabe na alínea *c*), do art.º 46º, do CPC, mas também não existe nenhuma disposição legal que lhe confira força executiva como acontece com as decisões arbitrais [art.º 48º, nº 2, CPC, e art.º 42º, nº 7 da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)⁵⁶].

Contudo, apesar da decisão obtida via ED não possuir força executiva, caso as partes estipulem que esta decisão seja final e vinculativa, o não acatamento ou execução

⁵³ M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 69

⁵⁴ *Idem*, p.69

⁵⁵ *Idem*, p.70

⁵⁶ Aprovada pela Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro

voluntária da decisão deverá ser considerado incumprimento contratual, o qual irá dar lugar a arbitragem⁵⁷ com a toda a eficácia que lhe é inerente.

Em relação a outros MARL, (que como já referimos anteriormente podem adquirir diversas formas, não existindo uma tipologia fechada), a possibilidade de execução das suas decisões teria de ser analisada casuisticamente, não constituindo esta matéria um tema fulcral do nosso trabalho, ficaremos pelos métodos expostos nos parágrafos anteriores.

Todas as considerações acima descritas associadas a sanções sociais que poderão advir para as partes, em caso de incumprimento, principalmente quando os processos se realizem no seio de instituições especializadas nos mesmos, levam a concluir que, regra geral, não haverá problemas quanto à execução das decisões provenientes dos MARL, até porque o cumprimento voluntário destas será o mais usual.

2.3. Combinação dos Meios de Resolução de Litígios

Conforme afirmámos anteriormente, cada método de resolução de litígios, de acordo com as suas características, será mais adequado às especificidades de determinados conflitos.

Desta forma, os MARL não serão usados para substituir a arbitragem na totalidade, mas para complementá-la e torná-la mais expedita.⁵⁸

Neste sentido, uma boa cláusula de resolução de litígios possui diferentes níveis de resolução⁵⁹. As partes deverão ser remetidas para diferentes métodos, consoante o litígio em causa e/ou a situação em que se encontra o litígio e/ou se já tiverem sido tentados outros processos⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 374

⁵⁸ Cf. Henry Brown e Arthur Marriot QC referidos por F. S. Nariman, *op. cit.*, p.6

⁵⁹ Ver M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 63 “... conhecida como *multi-step clause* (...) os contraentes acordam na resolução do seu eventual litígio em várias fases...”

⁶⁰ Veja-se Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, in “Revista da Ordem dos Advogados” (ROA), 1986, p. 348, “É relativamente frequente prever em contratos que, antes de alguma das partes recorrer à arbitragem, sejam feitos esforços para se encontrar uma solução amigável do litígio.”

Caso a cláusula de resolução de disputas providencie vários meios de resolução de litígios complementares da arbitragem, deve formular de forma clara:⁶¹

- Quais os tipos de litígios que devem ser resolvidos por cada um dos meios de resolução possíveis;
- Se os meios de resolução complementares são preliminares ou preclusivos da arbitragem;
- Como devem estes meios de resolução transitar para a arbitragem.

Mais uma vez, alertamos para o facto do uso dos MARL, por um lado, poder poupar tempo e custo relativamente à arbitragem, mas, por outro lado, quando não lograrem uma solução, serem a razão do aumento das mesmas variáveis.

Finalmente, parece-nos ser de realçar a necessidade de conjugar e articular os diversos mecanismos de resolução disponíveis, nomeadamente com a litigação judicial para garantir uma tutela efetiva dos direitos e interesses.

2.4. A Opção Moçambicana

Como referimos na introdução deste trabalho, propusemo-nos a comparar as disposições dos contratos portugueses com as opções análogas do Modelo Contratual Moçambicano. Assim, de acordo com a Cláusula de Resolução de Disputas, consagrada no art.º 30, do mesmo (*vide* Anexo 5), podemos verificar que se procedeu à inserção de diferentes métodos de resolução de litígios, conforme apelam as melhores práticas internacionais.

Desta forma, segundo o art.º 30.2 desta cláusula, os litígios deverão ser primeiro resolvidos, quando possível, através de negociação entre as partes. Apenas quando o acordo não for alcançado no período de tempo estabelecido pelas partes (30 dias ou mais, desde que estipulado no contrato, a contar da notificação de uma das partes à outra da existência de litígio), podem as partes recorrer a arbitragem ou a ED.

⁶¹ Ver C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 350. Ainda as *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, pp. 30 e ss., in http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

As partes, para recorrerem a ED, como se pode observar no art.º 30.5 da referida cláusula, terão de ter em conta a natureza dos litígios em causa, já que, em princípio, só serão resolúveis através deste mecanismo litígios de cariz técnico que não envolvam questões jurídicas. Para identificar litígios que serão obrigatoriamente resolvidos através de ED é utilizada a técnica designada de “*cross-reference*”⁶². As partes podem ainda estipular outros litígios que deverão ser resolvidos através de ED.

Todos os outros litígios serão decididos via arbitragem como resulta do art.º 30.3 da suprarreferida cláusula.

Ainda que esta Cláusula de Resolução de Disputas esteja, na nossa opinião, bem estruturada, ela parece ser contrária ao estipulado na Lei dos petróleos moçambicana (Lei nº 3/2001, de 21 de Fevereiro), designadamente no art.º 27º, referente à resolução de disputas. O referido artigo determina que os litígios serão resolvidos com recurso, primeiro à negociação e, caso esta não seja bem sucedida, a questão será então submetida à arbitragem ou às autoridades judiciais competentes. Não existe, pois, qualquer referência à ED estabelecida e regulada na Cláusula de Resolução de Disputas.

Embora o mesmo art.º 27º estabeleça que a arbitragem deve ser conduzida em conformidade com a Lei nº 11/99, de 12 de Julho, que rege a arbitragem, a conciliação e a mediação (parecendo querer possibilitar o recurso aos dois últimos para além da arbitragem), não se vislumbra forma de nela integrar a ED. No seguimento do anteriormente exposto em 2.2.2., verificamos que a ED não se consegue inserir em nenhum destes meios regulados nessa lei, não existindo, assim, nenhuma disposição legal que a preveja.

O grande problema surge com o facto de as partes estipularem que a decisão obtida via ED é final e vinculativa, não cabendo desta qualquer tipo de recurso (art.º 30.5). Neste sentido, parece que a intenção das partes é que a ED seja preclusiva da arbitragem. Esta vontade das partes parece ser contrária à lei moçambicana, restringindo de forma clara o direito fundamental de acesso à justiça, tal como esta o formula.

Concluindo, parece-nos que a autonomia da vontade não é suficiente para excluir por si só o acesso aos tribunais arbitrais expressamente estipulado legalmente, pelo que a ED,

⁶² C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 373

a ser realizada, não nos parece poder ser considerada final e vinculativa na medida em que o seu cumprimento voluntário estará sempre na disponibilidade das partes.

2.5. Comentário às Opções Portuguesas

No seguimento do que acima procurámos defender, pensamos que uma cláusula de resolução de disputas deverá providenciar diversos níveis/etapas de resolução.

Neste sentido, não nos parece que a opção portuguesa pela arbitragem, como único e exclusivo método de resolução de litígios, seja a melhor opção.

Já foram envidados esforços para o desenvolvimento e inserção dos MARL, tanto a nível europeu, como é exemplo o Livro Verde sobre os Modos Alternativos de Resolução dos Litígios em Matéria Civil e Comercial, de 19 de Abril de 2002⁶³, como a nível nacional com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28 de Dezembro.⁶⁴

Nesta última, estipulou-se que “... o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado (...) com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo.”. Determina-se ainda que “... no contexto da negociação de contratos em que o Estado (...) sejam parte, se proponham e convencionam cláusulas que privilegiem a composição de diferendos com recurso aos meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei.”

Assim, inspirados por esta verdadeira “carta de intenções” consagrada na referida Resolução, parece-nos que as soluções preconizadas nos contratos objeto deste trabalho poderiam ter sido mais ousadas, uma vez que, como procurámos demonstrar, ambas as partes só irão retirar vantagens do recurso a diferentes métodos de resolução de litígios que melhor se adequarão aos diferentes litígios que eventualmente surgirem.

⁶³ In http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2002/com2002_0196pt01.pdf

⁶⁴ In <http://www.dre.pt/pdfgratis/2001/12/299B00.pdf>

Neste sentido, parece-nos que a previsão dos MARL, nas cláusulas de resolução de litígios dos contratos petrolíferos portugueses, poderia consolidar o direito de acesso à justiça.

3. A Opção pela Arbitragem *ad hoc*

A primeira escolha com que as partes se deparam aquando da elaboração da convenção de arbitragem é entre arbitragem institucionalizada ou arbitragem *ad hoc*.

Ao analisarmos as cláusulas de resolução de litígios e as convenções de arbitragem (*vide* Anexos 3 e 4) nos contratos petrolíferos portugueses *sub judice*, verificamos que não existe qualquer remissão para uma instituição arbitral, pelo que será constituído um tribunal arbitral especificamente para resolver um eventual litígio que possa despoletar no âmbito da execução do contrato. As partes convencionaram, pois, o recurso a arbitragem *ad hoc* por oposição à outra modalidade de arbitragem que é a institucionalizada.

Para L. Lima Pinheiro “Na arbitragem *ad hoc* temos um processo inteiramente estabelecido para a decisão de uma controvérsia concreta. Já a arbitragem institucionalizada é organizada por centros permanentes, por exemplo, os centros de arbitragem que funcionam junto das associações comerciais.”⁶⁵

Também A. Ferrer Correia faz a distinção, “... segundo um processo a definir pelas partes, quer directamente (no caso de arbitragem confiada e pessoas por elas expressamente designadas para esse efeito: arbitragem *ad hoc*) (...) ou por intermédio de instituições permanentes...”.⁶⁶

Ainda M. França Gouveia ensina que “A arbitragem pode ser institucionalizada ou *ad hoc*. A primeira realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara) com carácter de permanência, sujeita a um regulamento próprio. Já na segunda modalidade, o tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio. Antes da execução da

⁶⁵ L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 51

⁶⁶ A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 2005, p. 181

convenção de arbitragem, o tribunal não existe e, após o proferimento da decisão arbitral, extingue-se.”⁶⁷

3.1. A Arbitragem Institucionalizada

Caso as partes optem pela arbitragem institucionalizada, devem procurar uma instituição competente e idónea, normalmente com um histórico de sucesso de administração de casos internacionais.⁶⁸

Os principais centros institucionalizados de arbitragem internacional são:

- O Tribunal Arbitral Internacional da Câmara de Comércio Internacional (CCI) que funciona em Paris;
- O *London Court of International Arbitration*;
- A *American Arbitration Association* com sede principal em Nova Iorque;
- O Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (CIRDI ou, na sigla em inglês, ICSID).

De realçar que todas estas instituições administram arbitragens com sede em qualquer parte do mundo, podendo a localização da sede do tribunal arbitral ser diferente da sede da instituição que o administra.⁶⁹

Alguns centros especializaram-se em determinados setores económicos. Nos contratos internacionais respeitantes à produção de petróleo são mais comumente adotadas as arbitragens sob a alçada das regras do Tribunal Arbitral Internacional da CCI⁷⁰ e, também, do CIRDI.

No domínio da arbitragem comercial, em Portugal, é de destacar o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

⁶⁷ M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 94

⁶⁸ Cfr. *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 7

⁶⁹ Cf. M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 95; e *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 7

⁷⁰ C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 362

A escolha de uma instituição em detrimento de outra depende de um grande número de fatores que podem ser singulares a uma parte; familiaridade, experiência passada, custos, a qualidade dos painéis de arbitragem e a variação das regras de arbitragem são os aspetos mais relevantes. De enfatizar que antes de optar por determinada instituição as partes devem analisar com o cuidado devido os requisitos formais, as regras e as taxas das instituições.⁷¹

O modelo de funcionamento mais antigo e típico nas arbitragens comerciais que constitui regra dos centros internacionais é o de estes apenas apoiarem administrativamente o processo arbitral, tendo importantes funções de secretaria e de decisão na eventualidade de suspeição de árbitros. Neste modelo, constitui-se para cada ação tribunais diferentes.⁷²

L. Lima Pinheiro defende que “A arbitragem transnacional institucionalizada tem dado um contributo determinante para o desenvolvimento do Direito da Arbitragem Transnacional. Primeiro, porque alguns centros de arbitragem impulsionam a publicação das decisões arbitrais proferidas sob a sua égide, criando a base para o desenvolvimento e consolidação de soluções jurisprudenciais. Em segundo lugar, porque os regulamentos dos centros de arbitragem são uma importante fonte do Direito da Arbitragem. Enfim, porque a jurisprudência arbitral e os regulamentos dos centros de arbitragem influenciaram, em alguns pontos, a evolução das legislações nacionais em matéria de arbitragem.”⁷³

3.2. Arbitragem *ad hoc* vs Arbitragem Institucionalizada

As principais vantagens comumente apontadas da arbitragem institucionalizada, comparativamente com a arbitragem *ad hoc*, são, designadamente:

- A especialização das instituições arbitrais na atividade arbitral;⁷⁴

⁷¹ *Idem*, p. 362

⁷² Neste sentido, M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 95

⁷³ L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp. 52 e 53

⁷⁴ Oferecendo às partes, entre outros: listagens de árbitros *experts* em diversas matérias; aconselhamento nas opções a tomar; Regulamentos especificamente formulados para o efeito, mais adequados e completos. Ver *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 7, “*The institution may*

- O controlo por parte da instituição arbitral do processo arbitral, designadamente do respeito pelos princípios fundamentais⁷⁵ e do cumprimento dos prazos processuais;⁷⁶
- A garantia de uma atuação diligente por parte dos árbitros;⁷⁷
- Uma maior execução voluntária das decisões arbitrais;⁷⁸
- As designações de árbitros, por parte da instituição arbitral, caso as partes não o façam ou caso os árbitros designados pelas partes não consigam acordar na designação do terceiro árbitro;⁷⁹
- O facto de grande parte das instituições rever e comentar as decisões dos tribunais arbitrais antes de estas serem proferidas às partes;⁸⁰

Como desvantagens da arbitragem *ad hoc*, destacamos:

- A execução de uma decisão proveniente de arbitragem *ad hoc* pode ser mais difícil em alguns países;⁸¹
- O seu carácter efémero “... pode trazer dificuldades, designadamente no tratamento da matéria das consequências da anulação da decisão arbitral e também em certos aspectos do princípio da competência da competência.”⁸²;
- As partes terem de acordar diversas regras e procedimentos ou remeter estas opções para a discricionariedade dos árbitros;⁸³

contribute significant procedural know how that helps the arbitration run effectively, and may even be able to assist when the parties have failed to anticipate something when drafting their arbitration clause.”

⁷⁵ Para A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, p. 197, “Ora um processo arbitral não dá, em teoria (e estamos a pensar sobretudo nas arbitragens *ad hoc*), garantias iguais às de um processo judicial, no tocante ao respeito pelos direitos das partes.”

⁷⁶ Segundo C. Duval *et al*, *op.cit.* p. 360, “*The institution can also monitor the arbitration to ensure that the arbitral proceeds to hearing and renders the final award within a reasonable time.*”

⁷⁷ Ver A. Pereira de Miranda, *O Estatuto Deontológico do Árbitro – Passado, Presente e Futuro*, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, 2010, p. 64, “... são também meios repressivos da conduta não isenta do árbitro as sanções impostas pelos centros de arbitragem – v.g., a não nomeação para futuras arbitragens ...”. Ainda na p. 70, “É patente que os deveres deontológicos do árbitro merecem uma cada vez maior atenção por parte de organizações que administram arbitragens. E em boa parte isso fica a dever-se à potencial responsabilidade daquelas por actos dos árbitros, especialmente quando estes são designados a partir de listas elaboradas pelos centros de arbitragem.”

⁷⁸ As instituições arbitrais publicitam a inexecução no seio do círculo comercial em que se estabelecem o que pode trazer gravíssimas repercussões para futuros negócios. Cfr. L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp. 23 e 24

⁷⁹ Cf. C. Duval *et al*, *op.cit.* p. 360

⁸⁰ Cfr. C. Duval *et al*, *op. cit.* p. 360

⁸¹ *Idem*, p. 360

⁸² M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 94

⁸³ Cf. L. Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, 2005, p. 355, “... será avisado que as partes regulem alguns aspectos da arbitragem ...”; C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 361, “*Drafting these rules and*

A grande desvantagem apontada da arbitragem institucionalizada são as taxas administrativas cobradas pelas instituições arbitrais.⁸⁴ Contudo, não nos parece que nos contratos petrolíferos, tipicamente contratos de capital intensivo, estas taxas representem um entrave ou influenciem aquando da opção pelo tipo de arbitragem a adotar.⁸⁵

3.3. A Opção Moçambicana

Diversamente da opção portuguesa, de acordo com o Modelo Contratual Moçambicano, a arbitragem emergente dos contratos moçambicanos será institucional.

Assim, conforme o art.º 30.3, al. a), do referido modelo, as disputas resultantes da execução do contrato que devam ser resolvidas via arbitragem serão submetidas ao CIRDI e resolvidas de acordo com a Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, doravante designada por “Convenção”.

O CIRDI, instituição criada sob a égide do Banco Mundial, arbitra disputas legais entre investidores privados de uma nação estrangeira (embora o investidor possa negociar através de uma subsidiária domiciliada no Estado Hospedeiro) e o Estado Hospedeiro ou algum seu representante como uma *national oil company* (NOC) (cfr. art.º 25º, nº 1 e 2, da Convenção).

Uma vez que uma arbitragem via CIRDI pode não ser possível (por ex. o contrato pode não dizer respeito a um investimento ou o representante do Estado Hospedeiro não ter os necessários poderes de representação), as partes devem providenciar uma instituição arbitral de reserva (*backup*).⁸⁶

procedures on blank paper can be formidable, costly, and time-consuming task, and critical error is possible, even likely.”; IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, p. 7, “In ad hoc (or non-administered) arbitration, the burden of running the arbitral proceedings falls entirely on the parties and, once they have been appointed, the arbitrators.”

⁸⁴ Cfr. C. Duval *et al*, *op. cit.* p. 360

⁸⁵ Cf. *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 7, “The services provided by an arbitral institution are often worth the relatively low administrative fee charged.”

⁸⁶ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 362

Desta forma, no Modelo Contratual Moçambicano [art.º 30.3, al. d)] encontra-se estipulado que caso, por inúmeras razões neste enunciadas, a arbitragem não possa ser tutelada através do CIRDI, o litígio será resolvido através de arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, doravante designado “Regulamento de Arbitragem da CNUDCI”, e a entidade de nomeação (*appointing authority*) será o Tribunal de Arbitragem Permanente em Haia.

As vantagens mais relevantes da arbitragem via CIRDI são, entre outras, a de o Estado Hospedeiro ou o seu representante estar vinculado a reconhecer decisão do CIRDI como final, só podendo ser a mesma alvo de recurso com fundamento no processo de anulação estabelecido na Convenção (art.º 52º, 53º e 54º, da Convenção). Assim uma decisão do CIRDI é executável só por si, não sendo necessário recorrer a outros acordos (*enforcement treaty*) que lhe proporcionem força executiva como a Convenção de Nova Iorque. A arbitragem via CIRDI é ainda uma arbitragem “*self-contained*” não estando sujeita a interferências de tribunais locais.⁸⁷

De realçar que o CIRDI tem uma vasta experiência em litígios em matéria de energia, designadamente derivados de contratos petrolíferos.⁸⁸

3.4. Comentário às Opções Portuguesas

A arbitragem *ad hoc* consagrada nos contratos portugueses não se nos afigura ser a melhor opção para os contratos internacionais petrolíferos, que, como anteriormente referido, são complexos e de longa duração. Este tipo de arbitragem é, pois, mais adequado a contratos de curta duração e para conflitos de menor complexidade.⁸⁹

⁸⁷ *Idem*, p.362

⁸⁸ Ver D. Moura Vicente, *op. cit.*, p. 88, “... estão pendentes nele 121 processos, dos quais 47 (i. é, 39%) correspondem a litígios em matéria de energia. Vários destes resultam de contratos petrolíferos.”

⁸⁹ Neste sentido, C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 360

A arbitragem institucional parece transmitir uma maior confiança aos agentes económicos do comércio internacional.⁹⁰ As vantagens anteriormente enunciadas fazem com que os interesses em jogo de ambas as partes (Estados e investidores estrangeiros) se encontrem melhor salvaguardados ao abrigo dos centros e câmaras que empiricamente extraem o que as melhores práticas têm consubstanciado.

Ao submeter a arbitragem a um centro institucionalizado, as partes terão mais segurança na atribuição de competência ao tribunal arbitral para dirimir os seus conflitos, no sentido em que as suas decisões serão mais previsíveis, uma vez que tudo o que não for por elas expressamente estipulado na convenção de arbitragem, aplicar-se-á subsidiariamente o respetivo regulamento do centro escolhido, que é conhecido pelas partes e, regra geral, está de acordo com as melhores práticas.

Pelo contrário, caso a arbitragem *ad hoc* seja a opção, tudo o que as partes não estipularem na convenção de arbitragem, fica sujeito à liberdade/discrecionabilidade dos árbitros, o que, não menosprezando a competência destes, poderá levar a resultados inesperados ou mesmo indesejados.

No caso dos contratos petrolíferos portugueses em análise, a *lex arbitri*⁹¹ será a Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAV), não só porque a mesma consagra no seu art.º 61º o princípio da territorialidade, mas também porque as partes assim o estipulam nas cláusulas de resolução de litígios dos referidos contratos. Neste sentido, os contratos da bacia algarvia estipulam “... nos termos da legislação processual portuguesa.”; os contratos da bacia alentejana remetem de forma mais clara para a antiga lei de arbitragem voluntária (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto), embora por força das disposições transitórias (art.º 4º da Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprova a LAV) serão os processos regulados ao abrigo da nova LAV.

A LAV limita-se, e bem, a atribuir poderes de conformação jurídica às partes e aos árbitros delegando nestes a determinação da maior parte das regras processuais que a arbitragem irá seguir. Assim, tal como referimos anteriormente, tudo o que as partes não

⁹⁰ Cf. L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 51, “A maior parte dos litígios emergentes do comércio internacional é submetida a arbitragem institucionalizada, concentrada num reduzido número de centros de arbitragem.”

⁹¹ Lei que regula o processo arbitral.

estipularam na convenção de arbitragem, ficará sujeito ao arbítrio dos árbitros, com as eventuais consequências já enunciadas.

Contudo, apesar das soluções consagradas na LAV terem larga inspiração na Lei-Modelo da CNUDCI, atendendo à sua novidade, não é ainda possível aferir da sua efetiva capacidade de transmitir confiança aos agentes do comércio internacional. Uma possibilidade que poderia conferir a tão desejada segurança/previsibilidade ao processo arbitral, continuando este a ser realizado em tribunal *ad hoc*, seria a de estipular que o diferendo fosse submetido a tribunal arbitral *ad hoc*, mas submetendo, ainda assim, a arbitragem ao regulamento de arbitragem de alguma instituição arbitral conhecida a nível internacional. Um dos regulamentos para onde mais frequentemente se recorre é a Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.⁹²

4. A Constituição do Tribunal Arbitral. Deveres de Independência e Imparcialidade dos Árbitros. Alocação dos Honorários dos Árbitros

4.1. A Constituição do Tribunal Arbitral

Na arbitragem, é necessário formar o tribunal arbitral através da escolha de terceiros, privados, que o constituam. No caso dos contratos portugueses, estes estão conforme a forma “paradigmática”⁹³, adotada em grande parte dos regulamentos institucionais de referência, no que toca à constituição de tribunal arbitral coletivo.⁹⁴

⁹² Ver anotação ao art.º 6º de D. Moura Vicente in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 22, “A autonomia privada, em que assenta a arbitragem voluntária, compreende a faculdade de as partes submeterem a respectiva disciplina ao disposto em regulamentos de arbitragem.”. Ainda as *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, pp. 7 e 8, “... the parties can facilitate their task by selecting a set of arbitration rules designed for use in ad hoc arbitration (...) When the parties have opted for ad hoc arbitration, the parties can select arbitration rules developed for non-administered arbitration, eg, the Arbitration Rules developed by the United Nations Commission on International Trade Law (‘UNCITRAL’).”

⁹³ Ver Pedro Romano Martinez, *Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, 2012, p. 222

⁹⁴ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 363, “When the parties provide for a panel of three arbitrators, the usual practice is for each party to select an arbitrator and for the party-appointed arbitrators to select the third arbitrator.”

Desta forma, de acordo com as cláusulas primeiras das convenções de arbitragem dos contratos portugueses em apreço, o tribunal arbitral será constituído por três árbitros, cabendo a cada uma das partes a designação de um deles, e o terceiro, que desempenhará as funções de Presidente, será escolhido pelos árbitros designados pelas partes. Caso os árbitros não cheguem a acordo quanto à designação do terceiro árbitro, o mesmo será nomeado pelo Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa.

A única divergência que existe entre as convenções de arbitragem dos mencionados contratos, no que diz respeito a esta matéria, é quanto ao prazo que é concedido aos árbitros para a designação do terceiro árbitro, o que para o âmbito do nosso trabalho não releva.

Em termos de critérios para a designação dos árbitros, enquanto a convenção de arbitragem dos Contratos da Bacia Algarvia exige expressamente algumas atribuições por parte dos árbitros, a convenção de arbitragem dos Contratos da Bacia Alentejana é omissa nessa matéria.

Segundo a cláusula segunda da convenção de arbitragem dos contratos da bacia algarvia, “Os árbitros serão designados com base na sua experiência e conhecimento da matéria em disputa e não deverão ter qualquer interesse financeiro na referida disputa. Os árbitros deverão ser e manter-se completamente independentes e imparciais.”

Desta cláusula resultam essencialmente três exigências que os árbitros designados devem cumprir: especialidade, independência e imparcialidade.

Como já dissemos anteriormente, quando a cláusula compromissória é omissa em determinadas matérias, aplica-se subsidiariamente a *lex arbitri*. Consequentemente, o art.º 9º da referida lei apresenta como requisitos exigíveis para os árbitros que estes sejam pessoas singulares e plenamente capazes, independentes e imparciais.

De realçar ainda o n.º 6 do art.º 10º, da LAV, segundo o qual “... tratando-se de arbitragem internacional, ao nomear (...) um terceiro árbitro, o tribunal tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade

diferente da das partes.”. O Tribunal da Relação de Lisboa deverá, pois, ter em conta esta disposição que consagra o princípio da neutralidade.⁹⁵

As exigências acima enunciadas aplicam-se aos contratos em apreço no nosso trabalho, na medida em que as partes nada estipulam em contrário.

Iremos agora tecer algumas considerações sobre os deveres da Independência e da Imparcialidade dos árbitros.

4.2. Deveres de Independência e de Imparcialidade dos Árbitros

*O árbitro representa a pedra angular da arbitragem e a ele as partes confiam a solução justa e equânime do litígio.*⁹⁶

Constitui “...Um dos mistérios da arbitragem...” o facto de “... um árbitro unilateralmente designado passa a ser árbitro das duas partes.”⁹⁷

Consequentemente, e de forma a tutelar os distintos interesses em jogo (das partes, advogados, árbitros, instituições e dos próprios tribunais), veio a consagrar-se na prática arbitral um conjunto de direitos e de deveres implícitos à função de árbitro, também designado por “estatuto deontológico do árbitro”⁹⁸, essencial à credibilidade da arbitragem. Desse estatuto deontológico destacam-se os deveres de independência e de imparcialidade do árbitro.

Os conceitos de “Independência” e “Imparcialidade”, enquanto *standards* de comportamento, estão amplamente relacionados entre si, havendo individualmente quem não lhes reconheça distinção, integrando no dever de independência a exigência

⁹⁵ Ver anotação ao art.º 10º, nº 6, de José Miguel Júdice, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 29, “... corresponde às melhores práticas arbitrais internacionais (...) A neutralidade em arbitragem conduz a que, para arbitragens internacionais, se deva em regra escolher árbitros que sejam todos de nacionalidades diferentes e que não sejam da nacionalidade das partes, ou até da dos advogados que as representam.”

⁹⁶ Selma Ferreira Lemes, *A independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, 2010, p. 41

⁹⁷ Mário Raposo, citado por M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 128

⁹⁸ Cf. A. Pereira de Miranda, *op. cit.*, p. 60

de imparcialidade⁹⁹ e quem, diferentemente, considere a independência como um pré-requisito da imparcialidade.¹⁰⁰

Embora interligados e quase que interdependentes, no sentido em que não nos parece equacionável a existência de um árbitro dependente mas imparcial ou a situação contrária, é possível distinguir estes dois conceitos, ou pelo menos a forma de os aferir. Assim, a independência está associada à inexistência de uma relação entre os árbitros e as partes, direta ou indiretamente (através por ex. de terceiro próximo de algum dos intervenientes); enquanto que a imparcialidade está ligada ao objeto/assunto do litígio em causa, não devendo o árbitro ter uma relação com o mesmo, isto é, uma posição tendenciosa ou um “pré-conceito” que lhe possa limitar ou de algum modo condicionar/influenciar a abordagem ao tema.¹⁰¹

Quanto ao modo de aferição do preenchimento dos requisitos de independência e de imparcialidade por parte do árbitro, a primeira deve ser determinada através de critérios objetivos¹⁰² e a segunda por critérios subjetivos, estes já de difícil aferição, uma vez que se encontram relacionados com um estado de espírito e não com uma situação de facto, concreta.¹⁰³

De acordo com A. Pereira de Miranda, os meios que procuram assegurar a independência e imparcialidade dos árbitros podem distinguir-se entre preventivos e repressivos.¹⁰⁴ Iremos apenas enunciar e explicar de forma breve, quando necessário, alguns destes meios, uma vez que a especificidade do tema que nos ocupa não permite a análise aprofundada dos mesmos.

De entre os meios preventivos, destacam-se:

- O “dever de revelação”, segundo o qual os árbitros deverão divulgar eventuais factos ou circunstâncias que possam levantar dúvidas fundamentadas sobre a sua independência e/ou imparcialidade;

⁹⁹ Marc Henry citado por A. Pereira de Miranda, *op. cit.*, p. 63

¹⁰⁰ S. Ferreira Lemes, *op. cit.*, p. 45

¹⁰¹ Cf. M. França Gouveia, *op. cit.*, p. 129. Ver também o n.º 3.1, *Rules of Ethics for International Arbitrators da International Bar Association (IBA)*, in http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹⁰² P. Fouchard referido por S. Ferreira Lemes, *op. cit.*, p. 43, “... todos os árbitros devem ser independentes de todas as partes no litígio, por ser esta uma situação objetiva que supõe a ausência de vínculos ou liames com as partes, notadamente com aquela que o indicou.”

¹⁰³ Cf. S. Ferreira Lemes, *op. cit.*, p.43

¹⁰⁴ A. Pereira de Miranda, *op. cit.*, p. 64

- A figura da “recusa de árbitro”, que consiste no repúdio de um árbitro que haja sido nomeado. A recusa pode ser exercida por qualquer uma das partes, pelos árbitros e até, no caso de arbitragem institucional, pelo centro de arbitragem; regra geral, tem de ser fundamentada;
- O “dever de não contactar” unilateralmente com as partes ou respetivos mandatários.

De entre os meios repressivos, evidenciam-se:

- A anulação da sentença arbitral com fundamento na falta de independência e/ou imparcialidade do árbitro;
- A oposição à execução da sentença arbitral com base no fundamento anterior;
- A responsabilidade civil do árbitro (contratual e/ou extra-contratual);
- A remoção do cargo e a consequente perda do direito à remuneração;
- A não nomeação para futuras arbitragens;
- A censura da comunidade arbitral em geral.

Em ordem a determinar critérios interpretativos para o processo decisório referente às importantíssimas questões relacionadas com a independência e imparcialidade, conceitos que carecem de clareza e uniformidade suficientes na sua aplicação, devemos auxiliar e inspirar na *soft law* disponível sobre a matéria, como sejam as *Rules of Ethics for International Arbitrators* e as *GuideLines on Conflicts of Interest in International Arbitration*¹⁰⁵, ambas da *International Bar Association* (IBA), e, em Portugal, o Código Deontológico dos Árbitros da Associação Portuguesa de Arbitragem¹⁰⁶.

4.3. Alocação dos Honorários e Despesas dos Árbitros

Os árbitros, sendo entidades privadas, cobram os seus serviços através de honorários.

¹⁰⁵ In http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹⁰⁶ In <http://arbitragem.pt/projectos/cda/apa-codigo-deontologico-final.htm>

Esta matéria é tratada diferentemente nos contratos objeto do presente estudo. As convenções de arbitragem dos Contratos da Bacia Algarvia nada estipulam em matéria de pagamento de honorários e despesas dos árbitros. Diferentemente, nas convenções de arbitragem dos Contratos da Bacia Alentejana, designadamente na sua cláusula sétima, as partes estipularam que “Cada uma das partes suportará todas as remunerações e encargos do árbitro por si nomeado.” e na cláusula oitava que “As remunerações e encargos do 3º (terceiro) árbitro serão suportadas integralmente pela parte vencida ou, sendo ambas vencidas, as mesmas serão repartidas entre elas, na proporção de metade para cada uma.”

Não se encontrando fixados os valores dos honorários na convenção de arbitragem, como sucede nos contratos objeto do nosso trabalho, devem as partes e os árbitros acordar qual o seu valor até à aceitação do último árbitro a ser designado (art.º 17º, nº 1, LAV).¹⁰⁷ Caso o acordo entre as partes e os árbitros falhe, o valor dos honorários será fixado pelos próprios árbitros, tendo como critérios para a sua determinação a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a depender com o processo (art.º 17º, nº 2, LAV).

Estas regras referentes à fixação de honorários valem igualmente para as despesas dos árbitros e da arbitragem com as necessárias adaptações.

A regulação desta matéria visa reforçar a independência dos árbitros e contribuir para a transparência do processo arbitral.

O estabelecido na cláusula sétima dos contratos da bacia alentejana parece-nos criar algumas dúvidas quanto à compatibilidade com a exigência de independência e a imparcialidade que se impõem aos árbitros.

Neste sentido, o facto de cada parte suportar as remunerações e encargos do árbitro por si nomeado, embora, como já foi referido anteriormente, o valor concreto dos montantes devidos ser regulado pela LAV, parece-nos levantar suspeitas em termos da transparência que deve pautar este tipo de transação, podendo pôr em questão a independência e imparcialidade impostas aos árbitros. Se é verdade que não é pelo facto de cada parte suportar as despesas do árbitro que nomeia que este não é independente,

¹⁰⁷ Ver anotação ao art.º 17º, nº 1, de J. Miguel Júdice, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 40, “Este acordo pode ser feito, como acontece em regra em Portugal, com remissão para tabelas de centros de arbitragem institucional, com sede em Portugal ou noutros países.”

melhor seria que as duas partes dividissem equitativamente os honorários e despesas relativos aos três árbitros de modo a evitar uma relação monetária direta entre o árbitro e a parte que o nomeou.

Não encontramos na nossa pesquisa, nenhum texto que se expresse diretamente contra a referida prática de pagamento, no sentido em que esta consubstanciasse um indício de falta de independência ou de imparcialidade; contudo, recorrendo à célebre frase proferida por Caio Júlio César “À mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta”, os árbitros, perante uma sociedade que supervaloriza a imagem e as aparências, devem estar acima de qualquer suspeita. Assim, para a arbitragem merecer a credibilidade que necessita perante a sociedade, em ordem a lhe serem submetidos litígios e as decisões arbitrais serem voluntariamente acatadas, é necessário que os árbitros que a governam transmitam segurança e confiança, não bastando que determinadas regras éticas (onde se inclui a independência e a imparcialidade) enformem e sejam implícitas à conduta dos árbitros, mas também que a própria tramitação do processo arbitral as enalteça e as demonstre à sociedade.

4.4. A Opção Moçambicana

De acordo com o Modelo Contratual Moçambicano, designadamente a alínea f), do art.º 30.3, o tribunal arbitral, consoante a vontade das partes, poderá ser coletivo (painel composto por três árbitros) ou singular, segundo as regras do CIRDI que, como já referimos anteriormente, será o centro que regula as arbitragens emergentes dos contratos petrolíferos moçambicanos (*vide supra* ponto 3.3). Ainda de acordo com a mesma alínea, sem prejuízo das partes optarem que determinado litígio seja resolvido por um árbitro único, o tribunal coletivo será constituído através do modelo paradigmático adotado já descrito no ponto 5.1 (que é a regra supletiva do CIRDI¹⁰⁸), sendo a entidade de nomeação o próprio CIRDI.

¹⁰⁸ Cfr. Art.º 37º, nº 2, alínea b), da Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados.

Quanto aos requisitos que os árbitros deverão preencher, na alínea i), do art.º 30.3, do Modelo Contratual Moçambicano, apenas se encontra estabelecido que os árbitros que irão compor o tribunal arbitral não podem ser da mesma nacionalidade que as partes.

No entanto, e uma vez que estamos no âmbito de uma arbitragem CIRDI, o centro possui uma lista de árbitros, dentro da qual as partes poderão ou não escolher¹⁰⁹ o decisor que pretendem e que o CIRDI assegura que preenche os requisitos exigíveis. Observemos a este respeito o estipulado no art.º 14º, nº 1, da Convenção, segundo o qual “As pessoas assim designadas para figurar nas listas deverão gozar de elevada consideração e de reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e oferecer todas as garantias de independência no exercício das suas funções. A competência no domínio jurídico será de particular importância no caso das pessoas incluídas na lista de árbitros.”

Quanto aos honorários e despesas, o art.º 61º, nº 2, da Convenção, estabelece “No caso dos processos de arbitragem, o tribunal deverá, excepto quando acordado diferentemente entre as partes, fixar o montante das despesas a que as partes deram lugar por exigências do processo e decidirá sobre as modalidades de repartição e pagamento das ditas despesas, dos honorários e dos encargos com os membros do tribunal, bem como dos resultantes da utilização dos serviços do Centro. Tal decisão será parte integrante da sentença.”

4.5. Comentário às Opções Portuguesas

Em primeiro lugar, quanto à constituição do tribunal arbitral, embora seja de salientar que, na medida em que nos contratos petrolíferos os montantes envolvidos são, regra geral, muito elevados e as disputas de grande complexidade, as partes tendem a preferir um painel arbitral composto por três árbitros¹¹⁰. À imagem do Modelo Contratual Moçambicano, julgamos que se poderia ser mais flexível e conferir às partes, mediante

¹⁰⁹ O art.º 40º da Convenção possibilita às partes a escolha de árbitros que não constem da lista do CIRDI.

¹¹⁰ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 363, “Parties to most petroleum disputes usually prefer a panel of three arbitrators based upon the supposition that a panel of three arbitrators is less likely to misunderstand the facts, misconstrue the contract, or misapply the law.”

acordo, a possibilidade de resolver determinados litígios perante um árbitro único. Essa possibilidade, se consagrada, permitiria às partes ter em conta, aquando da escolha da composição do tribunal, fatores como o impacto no custo, a duração e, por vezes, a qualidade do processo arbitral.¹¹¹

Em segundo lugar, quanto aos requisitos que os árbitros devem preencher e que correspondem aos critérios que as partes deverão atender na sua nomeação, não obstante os Contratos da Bacia Algarvia fazerem alusão a esta matéria, é nossa opinião que as convenções de arbitragem deveriam remeter para a *soft law*, de que são exemplo os textos já referidos (*vide supra*, ponto 5.2, *in fine*), que consagram e desenvolvem as regras de ética que devem nortear a atividade arbitral e que se assumem como quadros de referência elaborados a partir das melhores práticas internacionais, sem prejuízo, claro, de eventuais opções específicas das partes. De realçar que, sem prejuízo das regras de ética, não é aconselhável especificar na convenção de arbitragem qualificações que os árbitros devem preencher, na medida em que as partes estarão numa melhor posição para as definir quando o litígio emerge e, ao fazerem-no previamente na convenção de arbitragem, poderão estar a limitar consideravelmente o leque de árbitros disponíveis.¹¹²

Em terceiro e último lugar, quanto aos honorários e encargos dos árbitros, matéria intrinsecamente ligada à independência e imparcialidade, consideramos que a LAV regula de forma correta e eficaz estes aspetos. A principal crítica a apontar é referente à prática estabelecida na cláusula sétima dos Contratos da Bacia Alentejana, que, como acima expusemos, não nos parece ser a melhor solução, quanto mais não seja pelas suspeitas que se pode levantar quanto ao cumprimento dos requisitos enunciados.

¹¹¹ Cf. *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 14, “Proceedings before a three-member tribunal will almost inevitably be lengthier and more expensive than those before a sole arbitrator. A three-member tribunal may be better equipped, however, to address complex issues of fact and law, and may reduce the risk of irrational or unfair results.”

¹¹² Cfr. *Idem*, p. 27

5. A Lei Material Aplicável ao Fundo da Causa

5.1. Introdução à Problemática

Antes de mais julgamos pertinente distinguir a lei aplicável ao fundo da causa (lei substantiva/material), segundo a qual os árbitros irão formar a sua decisão, da lei processual (lei adjetiva/*lex arbitri*) que regula o funcionamento/tramitação da arbitragem, que nos contratos em apreço, como já foi referido, é a LAV.

Um dos problemas a resolver no âmbito da arbitragem é o da designação do direito aplicável à situação em litígio, uma vez que “Diferentemente dos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais não têm *lex fori*, visto que não administram a justiça em nome do Estado.”¹¹³

O problema de determinação da lei aplicável na arbitragem privada internacional levanta-se tanto no próprio decurso das operações, perante os árbitros, como perante a autoridade judiciária estatal a quem seja pedida a execução da sentença por aqueles proferida.¹¹⁴ De forma a evitar este problema, nas arbitragens internacionais, as partes devem especificar, de forma clara, simples e precisa qual a lei material aplicável de forma a não suscitar dúvidas.¹¹⁵

Voltando ao objeto principal do nosso estudo, verificamos que os contratos em análise suscitam diferentes tipos de problemas quanto à lei material aplicável ao fundo da causa.

Assim, enquanto os contratos referentes à bacia algarvia não fazem qualquer referência expressa ao direito substantivo que irá reger o litígio, os Contratos da Bacia Alentejana estipulam na sua cláusula de resolução de litígios que “Eventuais diferendos serão resolvidos, de acordo com a lei portuguesa ...” e, na respetiva convenção de arbitragem, mais especificamente na cláusula quarta da mesmo, que “O Tribunal Arbitral julga segundo a equidade ...”.

¹¹³ D. Moura Vicente, *Arbitragem petrolífera*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 4, 2011, p. 86

¹¹⁴ Ver A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, p. 201

¹¹⁵ Cf. *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 19

À primeira vista apresentam-se duas questões distintas:

- Relativamente aos Contratos da Bacia Algarvia: qual o direito substantivo que será aplicável ao fundo da causa?
- Relativamente aos Contratos da Bacia Alentejana: o que se deve entender por julgar segundo a equidade?

5.2. Os Contratos da Bacia Algarvia

Apesar de os contratos referentes à bacia algarvia, designadamente as respetivas convenções de arbitragem, não designarem expressamente qual o direito aplicável ao mérito da causa, as partes, no nº 2 da cláusula de resolução de litígios, “... estabelecem a convenção de arbitragem respeitando os itens definidos no Caderno de Encargos do concurso público internacional e que constam do Anexo III deste Contrato de Concessão.”

Ao analisar o caderno de encargos do concurso público,¹¹⁶ do qual deriva a contratualização destas concessões, verificamos que, no nº 4 da Base XXII, referente ao Foro, se estipula que “A lei aplicável será a Lei Portuguesa.”. Desta forma, não obstante na convenção não se estipular de forma expressa o direito material aplicável, a remissão para o caderno de encargos parece ser suficiente para a determinação da lei portuguesa como aplicável segundo a vontade das partes.

Assim, se é permitido fazer uma remissão num contrato para um documento que contenha uma cláusula compromissória e esta valer como convenção de arbitragem, desde que o contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita com o intuito de a cláusula fazer parte integrante do contrato (cfr. art.º 2º, nº 4, da LAV), seguindo a lógica do princípio *a maiori, ad minus* parece-nos que a remissão para o caderno de encargos do concurso público internacional operada pelo nº 2 da cláusula de resolução de litígios dos contratos da bacia algarvia, no sentido em que sejam respeitados os itens naquele definidos, deve prevalecer em tudo o que aí estiver estipulado, desde que não seja

¹¹⁶ In <http://www.dgeg.pt/dpep/2002/concurso2002.pdf>;

contrário à convenção de arbitragem do contrato, designadamente no que respeita à determinação da lei portuguesa como lei material aplicável.

Além do mais, ambas as partes anuíram ao estabelecido no caderno de encargos, pois a empresa candidata à concessão, ao apresentar a sua proposta, aderiu às condições contratuais base que este elencava. Qualquer proposta que fosse apresentada teria sempre como pressupostos o estipulado no caderno de encargos apresentado pelo Estado português.

Neste sentido, dando prevalência à autonomia das partes¹¹⁷, a *electio iuris* é a lei substantiva portuguesa.

No entanto, as partes devem ter a noção que a lei material por elas escolhida nunca se aplica em exclusividade, uma vez que existem outras que reclamam a sua aplicação¹¹⁸.

Nos contratos portugueses, poderão ser tidas em conta por exemplo:

- A lei do domicílio de cada parte que irá regulamentar as formalidades necessárias para a respetiva parte poder participar e vincular-se a um contrato;
- Outras leis do domicílio de cada parte de âmbito extraterritorial (ex. concorrência; corrupção; insolvência; fiscais; etc...)

Os árbitros, nas arbitragens internacionais,¹¹⁹ podem atribuir maior ou menor relevância às normas imperativas de Estados com fonte atrativa para o processo arbitral.

Caso não se sufrague a nossa opinião que, através da remissão para o caderno de encargos do concurso público, a lei portuguesa foi a acordada pelas partes para reger o fundo da causa, será o tribunal arbitral a determinar o direito aplicável ao mérito da causa segundo critérios objetivos. Neste sentido, o art.º 52º, nº 2, da LAV, estipula que “Na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito material do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita.”, orientação que, na opinião de D. Moura Vicente, é a “... mais consentânea com o

¹¹⁷ Ver A. Ferrer Correia, *Do Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, Vol. LXXVII, p. 4, “... a autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais (...) corresponde hoje em dia a uma regra de DIP universalmente reconhecida.”

¹¹⁸ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, pp. 352 e 353

¹¹⁹ Segundo L. Lima Pinheiro, *Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº5, 2012, p. 127, “destinatários de diretrizes emanadas de vários Estados e regras e princípios de Direito Transnacional.”

espírito do sistema e com a salvaguarda da segurança jurídica nas relações privadas internacionais ...”¹²⁰.

Nos contratos em apreço, o Estado que apresentaria a conexão mais estreita com o objeto do litígio, seria em princípio o Estado português, pelo que ambos os caminhos para determinar as regras de direito a aplicar pelos árbitros iriam resultar na lei material portuguesa.

5.3. Os Contratos da Bacia Alentejana

Regra geral, as partes pretendem que o tribunal arbitral decida de acordo com os termos contratuais e com a lei substantiva acordada pelas partes. Contudo, as partes ocasionalmente podem especificar que o tribunal arbitral decida *ex aequo et bono*, decidindo com base na equidade e no que considera justo de acordo com as circunstâncias do caso em concreto.¹²¹

De acordo com a convenção de arbitragem dos Contratos da Bacia Alentejana, eventuais diferendos serão resolvidos segundo a lei portuguesa e o tribunal arbitral julgará segundo a equidade.

O julgamento segundo a equidade integra o conteúdo facultativo das convenções de arbitragem¹²² (cfr. art.º 39º, nº 1 e 52º, nº 1, ambos da LAV). A opção pela equidade em arbitragens internacionais parece precluir às partes a escolha do direito a aplicar pelos árbitros (cfr. art.º 52º, nº 1, LAV).

A questão está em esclarecer qual o alcance da decisão segundo a equidade. Para uma resposta “clarificadora”, é de referir M. Carneiro de Frada, segundo o qual “A determinação do que seja a decisão segundo equidade é – o que facilmente se intui – difícilíssima.”¹²³

¹²⁰ D. Moura Vicente, *A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova portuguesa Lei da Arbitragem Voluntária*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, 2012, p. 47

¹²¹ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 360

¹²² Cfr. R. Ventura, *Convenção de arbitragem*, in “ROA”, 1986, p. 347

¹²³ Manuel Carneiro da Frada, *A Equidade (ou a “Justiça com coração”)*, in “ROA”, Vol. 1, 2012, p. 111

Procurando não nos perder na complexidade do tema “julgar segundo a equidade”, iremos procurar sintetizar esta matéria com o auxílio da doutrina e da jurisprudência que nos pareceram mais relevantes.

A. Menezes Cordeiro destaca duas aceções que relacionam a equidade com o Direito¹²⁴:

- A “mais fraca”, segundo a qual se partiria da lei positiva como base, mas, através de uma aplicação ponderada e flexível, se permitiria corrigir as injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstratas, aquando da aplicação concreta;

- A “mais forte”, segundo a qual se prescindiria do Direito estrito e se procurava soluções baseadas na denominada justiça do caso concreto.

Parece-nos que a primeira aceção será a mais correta e a mais defendida no seio da doutrina que associa o papel da equidade à integração de lacunas e também à conciliação de interesses em casos particulares:

- “... haverá que partir do Direito estrito, expurgado de regras formais e limado de aspectos demasiados rígidos; o resultado desse modo obtido poderá ser adaptado, dentro de certos limites, de modo a corresponder ao equilíbrio buscado pelas partes.” (A. Menezes Cordeiro);¹²⁵
- “Com o abandono de uma esquemática lógica jurídica, com a inclusão dos valores jurídicos materiais na interpretação, desaparece a inflexibilidade ou rigidez jurídicas (...) Por isso, através de uma interpretação melhorada e de um aperfeiçoamento de forma a integrar as lacunas, bem como através da consideração do direito jurisprudencial e dos casos concretos, chegou-se hoje a um estágio em que a solução com base na norma e a resolução do caso segundo a equidade se equivalem amplamente” (Esser);¹²⁶
- “*The essential function of equity is ‘rectification’ of law, where the law is defective owing to its universality. ‘Substantive law’ (or positive law) does not always do justice (...) Substantive law does not (simply because it cannot) provide for every situation, and so requires special treatment to suit differing*

¹²⁴ António Menezes Cordeiro, *A Decisão Segundo a Equidade*, in “O Direito”, 1990, p. 267

¹²⁵ A. Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 272

¹²⁶ Citado por M. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p.117

circumstances. The function of equity when so used is not to destroy law but to fulfill it.” (F. S. Nariman).¹²⁷

Também a jurisprudência se encontra em conformidade com a doutrina no que toca ao âmbito da decisão segundo a equidade:

- “... *it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles ...*” (Tribunal Internacional de Justiça);¹²⁸
- “... «julgar pela equidade» é aplicar os princípios do direito natural, resolver sem observância estrita de formalidades, dentro dos princípios da razão e da justiça, mas sem preterir a lei expressa ... e sem alterar ou modificar as convenções que foram livremente estipuladas pelas partes, que formam direito entre elas ...” (Supremo Tribunal Administrativo);¹²⁹
- “... a posição do árbitro autorizado a julgar segundo equidade (...) não estando sujeito à aplicação do direito constituído, o seu objectivo fundamental concentrar-se-á, não na segurança dos contratos, mas na realização da justiça. Por isso, sem esquecer a necessidade de assegurar à vida social um mínimo de segurança, o árbitro, livre da rigidez do texto escrito, procura pesar as circunstâncias especiais que concorrem no caso a decidir, a natureza do contrato, a equivalência das prestações, quando esta seja considerada como elemento necessário dos contratos comutativos (...) Ainda o árbitro não pode deixar de ter em conta, igualmente, o justo equilíbrio de interesses, devendo decidir-se, em caso de dúvida, sendo o contrato oneroso, pelo critério que conduzir ao maior equilíbrio das prestações ...” (Tribunal arbitral no caso Governo da República Portuguesa/The Anglo Portuguese Telephone Company).¹³⁰

No seguimento do entendimento das citações acima enunciadas, resulta, do que parece ser a melhor interpretação do “julgar segundo a equidade”, que os árbitros não poderão decidir discricionariamente com base na sua consciência, subjetivamente, formulando decisões casuais e arbitrárias. Os árbitros terão, pois, de ter em conta não só as diretrizes jurídicas emanadas pelo direito positivo, mas também o equilíbrio entre as partes,

¹²⁷ F. S. Nariman, *op. cit.*, p. 11

¹²⁸ Referido por Pieter Sanders, *Govt. Of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company (AMINOIL), Award, 24 May 1982*, in <http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=IPN1880>, p. 9

¹²⁹ Explanado por A. Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 277 e 278

¹³⁰ Citado por A. Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 278 e 279

através da ponderação dos interesses globais destas e das circunstâncias particulares no caso *sub judice*.

De forma a satisfazer as exigências de justiça requeridas pelas comunidades, os árbitros que julguem com base na equidade terão de fundamentar as suas decisões demonstrando a razoabilidade e o bom senso das mesmas. O dever de fundamentação é ainda mais fulcral quando a solução se afasta da que decorreria da aplicação do direito constituído, que será um padrão de referência, devido à confiança, certeza e previsibilidade das partes que, usualmente, regem as suas relações por esse direito.¹³¹

Como referimos anteriormente, ao submeter a decisão à equidade, parece que as partes deixam de poder escolher qual o direito substantivo aplicável ao mérito da causa (art.º 52º, nº 1, LAV). Assim sendo, qual o Direito que os árbitros deverão ter em conta? M. Galvão Teles defende que a decisão de equidade adote como lei de referência aquela que apresenta, substancialmente, a conexão mais estreita com o caso, sem os constrangimentos do direito de conflitos e de outras normas de direito internacional privado,¹³² solução que nos parece ser de perfilhar.

A lei de referência será a portuguesa por ser a que apresenta a conexão mais estreita com o objeto dos contratos, constituindo, como já referido no ponto anterior, a melhor salvaguarda da segurança jurídica nas relações das partes.

5.4. *Lex Petrolea*

Uma questão que se coloca em ambos os contratos em estudo é a da relevância dos usos e costumes da indústria petrolífera (*lex petrolea*).

Esta problemática advém do art.º 52º, nº 3 da LAV que estipula que “Em ambos os casos referidos nos números anteriores, **o tribunal arbitral deve tomar em**

¹³¹ Cfr. M. Carneiro da Frada, *op. cit.*, pp. 141 e 142. Em sentido contrário, F. S. Nariman, *op. cit.*, pp. 10 e 11, «... arbitrators, who are not courts, could and should invoke justice and equity in an individual case; because this is what represents the “spirit of arbitration” (...) Private awards, because they are addressed to the parties, need not contribute to the certainty of the law, simply because that is not their function.»

¹³² Referido por M. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p. 142

consideração as estipulações contratuais das partes e **os usos comerciais relevantes.**” (sublinhado nosso). Esta solução é também consagrada no art.º 28º, nº 4 da Lei-Modelo.

Resulta, pois, desta norma que os árbitros na decisão dos litígios, independentemente da *electio iuris*, deverão, também, atender a critérios jurídicos supranacionais, devendo indagar-se qual o papel que deve ser reservado aos mesmos.

Antes de analisarmos esta questão, enunciaremos o que é e qual a origem da *lex petrolea*.

Nas últimas décadas, têm sido publicadas inúmeras sentenças arbitrais referentes a litígios emergentes de contratos petrolíferos, constituindo as mesmas a fonte de um direito consuetudinário muito específico, próprio da indústria petrolífera, designado por *lex petrolea*. A noção *lex petrolea* foi utilizada pela primeira vez no caso *Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOL)*, tendo o Governo do Kuwait argumentado que diversas decisões arbitrais respeitantes a contratos petrolíferos haviam gerado uma regra costumeira válida para a indústria do petróleo, a *lex petrolea*, que seria um ramo particular da *lex mercatoria*.¹³³

Apesar de, no contexto daquela disputa, a referida alegação do Governo do Kuwait ter sido rejeitada, aceita-se nos dias de hoje a existência de uma verdadeira *lex petrolea* que influencia e instrui a indústria internacional petrolífera.¹³⁴

Sendo a *lex petrolea* um novo e particular ramo da *lex mercatoria*, vejamos, em primeiro lugar, qual o papel da última no âmbito da arbitragem internacional, uma vez que sobre a mesma já diversos autores se debruçaram:

- «... a chamada *lex mercatoria* é um caso de “direito espontâneo”, direito nascido no mundo das transacções mercantis internacionais. Trata-se de um conjunto extremamente rico, todavia muito incompleto (...) É enorme a influência na ordem dos factos deste complexo normativo, mas parece que tal não chegará para o elevar à categoria de verdadeiro direito.» (teoria de Goldman);¹³⁵

¹³³ Cf. R. Doak Bishop, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, in <http://www.trans-lex.org/131500>, p. 1

¹³⁴ Idem, p. 1

¹³⁵ Referenciado por A. Ferrer Correia, *Do Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa*, in “Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, pp. 10 e 11

- “... *lex mercatoria*, é um fenómeno ligado ao comércio internacional. Há todo um conjunto de regras, princípios e modelos de regulação, autónomos em relação às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas, que podem, e dentro de certos limites, devem ser aplicadas nesta categoria de arbitragens.” (L. Lima Pinheiro);¹³⁶
- “Na verdade, as regras que constituem essa «lei», «justamente por serem de aplicação geral no mundo das transacções internacionais, de modo algum se podem considerar estranhas a tais relações ...” (A. Ferrer Correia).¹³⁷

De acordo com estes entendimentos e também com a LAV, é admissível a subsunção dos contratos à *lex mercatoria* no âmbito da arbitragem comercial internacional, devendo aquela servir como elemento de interpretação e integração das declarações negociais, não ferindo o princípio da previsibilidade das decisões. Contudo, não pode ser tomada como critério único de decisão de litígios, a não ser que as partes assim o convençionem, mais que não seja pela sua incompletude e dificuldade de delimitação.

Segundo a mesma lógica, D. Moura Vicente afirma que os usos e costumes da indústria petrolífera não podem ser assinalados como um verdadeiro sistema jurídico autónomo suscetível de regular as arbitragens petrolíferas em alternativa às leis nacionais. Devido à sua indeterminação, devem aplicar-se apenas como complemento do direito aplicável, através designadamente da integração de lacunas, desde que conformes às regras imperativas deste.¹³⁸

De salientar que, ao contrário da *lex petrolea*, alguns usos da *lex mercatoria* já foram alvo de codificação e podem os tribunais arbitrais, como frequentemente acontece, recorrer a estas “... compilações levadas a cabo por certas instituições, como a Câmara de Comércio Internacional, da qual emanam, v.g., as denominadas *Práticas e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários* e os *Incoterms*.”¹³⁹

Julgamos que a posição de D. Moura Vicente, relativa ao peso que devem ter os usos e costumes da indústria petrolífera nas decisões arbitrais em litígios emergentes dos

¹³⁶ L. de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 34

¹³⁷ A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, pp. 251 e 252

¹³⁸ Cfr. D. Moura Vicente, *Arbitragem petrolífera*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 4, 2011, pp. 104 e 105

¹³⁹ D. Moura Vicente, *A Determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, 2012, pp. 48 e 49

contratos do setor, é a mais correta e a que melhor se coaduna com o espírito do estatuído no n.º 3, do art.º 52º, da LAV, *in fine*.¹⁴⁰

5.5. A Opção Moçambicana

O Modelo Contratual Moçambicano não deixa dúvidas quanto à questão da lei aplicável ao fundo da causa, estabelecendo expressamente na alínea b) do art.º 30.3, a remissão para a lei material moçambicana: “...*the law of the merits of the arbitration shall be Mozambique law.*”

5.6. Comentário às Opções Portuguesas

Apesar de nos contratos petrolíferos as partes comumente optarem pela lei substantiva de um país neutral, como lei aplicável ao fundo da causa, para validar e conferir força executiva às decisões arbitrais proferidas e que preencha as lacunas contratuais com trâmites comercialmente razoáveis e possua um respeitado enquadramento jurídico ao nível comercial e contratual¹⁴¹, nada obsta, e não nos parece incorreto, a opção nos contratos em apreço pelo direito material nacional.¹⁴²

Contudo, uma vez que as partes neste tipo de contratos usualmente não se encontram em posição de paridade, dado que os Estados exercem poderes soberanos ao abrigo dos quais podem modificar as leis ou regulamentos aplicáveis ao contrato, podendo fazer uso dos mesmos de modo a subtraírem-se às respetivas obrigações contratuais, julgamos que seria interessante, em ordem a conferir proteção e conseqüente segurança aos investidores privados, limitar a aplicação do Direito interno português ao Direito

¹⁴⁰ É o próprio autor que comenta o referido artigo na Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, Cf. p. 102

¹⁴¹ Cf. C. Duval *et al*, *op. cit.*, p. 352, onde se acrescenta que “*In petroleum transactions, the parties often choose the law England ...*”

¹⁴² Ver D. Moura Vicente, *Arbitragem petrolífera*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, n.º 4, 2011, p. 93, “... uma plena «internacionalização» ou «deslocalização» dos denominados *State Contracts* pode restringir indevidamente o direito dos povos à soberania permanente sobre os seus recursos naturais.”

Internacional, exigindo a compatibilidade das regras do primeiro com as do segundo.¹⁴³ Porventura, tal limitação ocorre de modo automático, veja-se nesse sentido L. Lima Pinheiro segundo o qual “... tende hoje a aceitar-se que certas regras e princípios fundamentais integram uma ordem pública transnacional, que deve sempre ser respeitada pelos árbitros mesmo que isso os obrigue a desviarem-se do estipulado pelas partes quanto (...) ao Direito aplicável ao mérito da causa.”¹⁴⁴

De um ponto de vista mais prático, em termos de redação, os Contratos da Bacia Alentejana na cláusula de resolução de litígios fazem a devida distinção entre a lei substantiva e a lei adjetiva. No entanto, ao abrigo da LAV, a escolha da lei substantiva parece não ter grande relevância, uma vez que na convenção de arbitragem as partes atribuem aos árbitros poderes para julgar segundo a equidade e, como referido (ponto 5.3.), ao fazê-lo, afigura-se não poderem escolher o direito material aplicável à causa.

Por sua vez, os Contratos da Bacia Algarvia deveriam, à semelhança dos Contratos da Bacia Alentejana e do Modelo Contratual Moçambicano, estipular de forma clara e simples a lei material que rege o fundo da causa e não, no seguimento da nossa opinião, ter a mesma de se deduzir através de uma remissão para o caderno de encargos. Através de uma estipulação simples e clara não se suscitariam quaisquer dúvidas.

¹⁴³ *Idem*, pp. 92 e 98

¹⁴⁴ L. Lima Pinheiro, *Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa*, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, 2012, p. 128

6. Conclusão

Em todos os capítulos optámos por tecer algumas considerações finais relativamente às soluções consagradas nos contratos portugueses específicas com a temática abordada no respetivo capítulo. Nesta sede, procuraremos fazer uma abordagem geral relativamente ao que deve ser uma cláusula de resolução de litígios e uma convenção de arbitragem e quais os aspetos que nos parecem dever ser atendidos com maior prudência.

Neste sentido, o primeiro aspeto que é necessário e fulcral é não só assegurar a eficácia da convenção de arbitragem, mas também que a mesma inequivocamente reflita e incorpore as necessidades e pretensões das partes de forma completa e com precisão.¹⁴⁵ Assim, as partes devem ter especial cuidado na redação das cláusulas, designadamente, por um lado, não utilizar palavras ambíguas que possam originar diversas interpretações e, por outro, não especificar de tal maneira que possa restringir, desnecessariamente, a atuação dos árbitros.

Cláusulas de resolução de litígios e convenções de arbitragem mal redigidas, como de resto nos parece ser o caso nos contratos em apreço, poderão ser inexecutáveis e muitas vezes causar custos e atrasos desnecessários.¹⁴⁶

Outro aspeto que nos parece falhar nas convenções de arbitragem dos contratos português em análise, e que já foi analisado no ponto 3.4., mas que pensamos ter enorme relevância, é o facto de, dada a opção por arbitragem *ad hoc*, não haver remissão para nenhum regulamento arbitral reconhecido internacionalmente, no qual as partes (principalmente o investidor estrangeiro) poderiam sem reservas confiar relativamente aos assuntos por elas não regulados na convenção de arbitragem, nos mecanismos de aplicação subsidiária previstos nos referidos regulamentos.

Por último, mas não menos importante, é essencial promover a confiança na arbitragem como meio idóneo e justo de resolução de litígios. Com esse intuito, uma das principais preocupações terá de passar por regulamentar de forma adequada e meticulosa a

¹⁴⁵ Cfr. *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, pp. 1 e 2

¹⁴⁶ *Idem*, p. 6

atividade dos decisores, os árbitros¹⁴⁷, uma vez que “A arbitragem vale o que vale o árbitro”.¹⁴⁸

Só assim se poderão afastar considerações como as expressas pelo atual Bastonário da Ordem dos Advogados sobre o instituto da arbitragem quando tem por objeto os litígios em que o Estado seja Parte, generalizando os tribunais arbitrais como uma ... *gigantesca farsa (...) meros instrumentos para legitimar verdadeiros actos de corrupção (...) favorecem sempre quem tem mais dinheiro - quem tem mais dinheiro para pagar - reparem bem! - os honorários dos juízes (...) tipo de justiça às escondidas, quase clandestina, usada para legitimar verdadeiros assaltos ao património público ...*¹⁴⁹

Numa outra ocasião, quando questiona *Por que é que num contrato de concessão (...) envolvendo relevante interesse público e quantias tão elevadas, se renuncia aos tribunais do Estado e a juízes independentes? Por que é que as partes renunciaram ao direito de recurso? Serão infalíveis os advogados transformados em "juízes" nos tribunais arbitrais?*,¹⁵⁰ Marinho Pinto levanta também um conjunto de questões que põem em causa a credibilidade da arbitragem e que nos parecem ser interessantes, embora naturalmente discutíveis, uma vez que criticam características essenciais ao instituto da arbitragem, apresentadas de forma algo deturpada e que no seio da opinião pública poderão criar impacto. O Bastonário colocou as questões referindo-se especificamente a um contrato de concessão de serviço público a uma empresa privada, contudo, parece-nos que se poderão aplicar analogicamente a outros tipos de contratos do Estado, designadamente aos contratos *sub judice*.

O que Marinho Pinto não salienta e parece esquecer é que existem determinadas atividades que necessitam de avultado capital para o seu desenvolvimento e que esse capital não se encontra em Portugal. É, pois, necessário investimento estrangeiro que nem sempre é fácil de atrair. Em ordem a captar esse capital externo é essencial dar

¹⁴⁷ Ver M. França Gouveia, *op. cit.*, pp. 128 e 129, “... só o desempenho dessas funções com independência e imparcialidade, que é como quem diz integridade e seriedade, permite que o Estado valide estes exercícios privados de jurisdição. O desenvolvimento da arbitragem depende da sua credibilidade perante os cidadãos e perante o Estado.”

¹⁴⁸ Segundo S. Ferreira Lemes, *op. cit.*, p. 42, “... diz o adágio repetido à saciedade na literatura arbitral mundial.”

¹⁴⁹ Discurso de Marinho Pinto na abertura do ano judicial de in <http://expresso.sapo.pt/discurso-de-marinho-pinto-na-abertura-do-ano-judicial=f783489#ixzz2KjAUPmBv>

¹⁵⁰ A. Marinho e Pinto, *Arbitragem e património público*, in http://www.jn.pt/Opinio/default.aspx?content_id=2786760&opinio=Ant%F3nio%20Marinho%20Pinto

segurança a quem o proporciona e uma das formas, que é das mais apreciadas pelos agentes económicos internacionais, é o recurso à arbitragem que oferece a desejada neutralidade, segurança e celeridade processual na resolução de eventuais litígios.

No entanto, o interesse público tem obrigatoriamente de ser salvaguardado. Para este fim é necessário que os árbitros atuem, designadamente alheios ao poder económico das “todas poderosas” multinacionais privadas envolvidas, e com consciência das repercussões das suas decisões para os Estados envolvidos, em última análise para os respetivos cidadãos destes.¹⁵¹

Como nota final, extravasando a especificidade do nosso tema, pronunciando-nos sobre o futuro da indústria petrolífera em Portugal, de notar que a existência de jazidas de petróleo comercialmente viáveis em território nacional iria constituir um enorme alívio a nível financeiro, principalmente para fazer face à crise económica que só através de um “milagre”, como esse, parece ser ultrapassável. Contudo, citando A. Pereira de Miranda, “... é preferível não encomendar já o champanhe. A taxa de sucesso estimada pelos profissionais no terreno é de apenas 10%, isto é, se for feito o poço, há 9 em 10 possibilidades de não ser comercial.”¹⁵², não obstante as probabilidades o mesmo autor refere que “... nos últimos anos, empresas petrolíferas com méritos mundialmente reconhecidos decidiram investir algum dinheiro nessa verdadeira lotaria que é a pesquisa petrolífera em Portugal. Isso, sim, é motivo para celebração.”¹⁵³

¹⁵¹ Neste sentido, B. M. Cremades, *op. cit.*, p. 73, “When carrying out their duties, both arbitrators and administrating institutions take special care where the arbitration proceedings involve States, in the understanding that the relevant decisions directly affect the public spending in the respective countries and, ultimately, the citizens themselves.”

¹⁵² A. Pereira de Miranda, *Gás na costa do Algarve: a miragem da autosuficiência energética*, in “Jornal I”, 2 de Abril de 2012

¹⁵³ *Idem*

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BISHOP, R. Doak,

International arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea, in <http://www.trans-lex.org/131500>

CHILDS, Thomas C. C.

Update on Lex Petrolea: The continuing development of customary law relating to international oil and gas exploration and production, in “Journal of World Energy Law & Business”, Vol. 4, nº 3, 2011

CHUMBINHO, João

Julgados de Paz na Prática Processual Civil – Meios alternativos de resolução de Litígios, Quid Juris, 2007

CORDEIRO, António Menezes

A Decisão segundo a equidade in Revista “O Direito”, Ano 122º, 1990, II (Abril-Junho)

CORREIA, A. Ferrer

Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 2005

Da arbitragem comercial internacional, in “Revista de Direito e Economia”, Ano X/XI, Universidade de Coimbra, 1984/1985

Do Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, 2011

CORREIA, José Sérvulo

Arbitragem Internacional com Estados na Nova Lei da Arbitragem Voluntária, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, Coimbra, Almedina, 2012

DIAS, Nélia Daniel

A Estabilidade nos Contratos Petrolíferos Internacionais e alguns dos Princípios Gerais de Direito Conexos: do Mito à Realidade, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Vol. III, Ano 71, Julho/Setembro, 2011

DUVAL, Claude et al

International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements, Barrows 2009

FOUCHARD, P. et al

On International Commercial Arbitration, org. Emmanuel Gaillard e John Savage, The Hague, Kluwer Law International, 1999

FRADA, Manuel Carneiro da

A Equidade (ou a “Justiça com Coração”), in “Revista da Ordem dos Advogados”, Vol. I, Ano 12, Janeiro/Março 2012

GOUVEIA, Mariana França

Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Coimbra, Almedina, 2011

JAFAR, Jafar Gulamo

Desenvolvimento Recentes da arbitragem em Moçambique e Actividades do Centro de arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções,” 2010

LEAL, Luís Saragga

Instrumentos de Resolução Extrajudicial de Litígios nos Países Lusófonos: Cooperação e Harmonização, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções,” 2010

LEMES, Selma Ferreira

A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever da Revelação, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções,” 2010

MARTINEZ, Pedro Romano

Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, Coimbra, Almedina, 2012

MENDES, et al

Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, Associação Portuguesa de Arbitragem, Coimbra, Almedina, 2012

MIRANDA, Agostinho Pereira

O Estatuto Deontológico do Árbitro – Passado, Presente e Futuro, in “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções,” 2010

Gás na costa do Algarve: a miragem da autosuficiência energética, in “Jornal I”, 2 de Abril de 2012

MIRANDA, Agostinho Pereira de, et al

Mozambique, in “Getting the Deal through – Arbitration 2012”, Miranda Correia Amendoeira & Associados, 2012

NARIMAN, Fali S.

The Spirit of Arbitration – The Tenth Annual Golf Lecture, Arbitration International, Kluwer Law International 2000, in <http://kluwarbitration.com/print.aspx?ids=IPN1880>

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de

Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, Coimbra, Almedina, 2007

PEREIRA, José da Cunha Nunes

Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional, in “Revista de Direito e Economia”, Ano XII, Universidade de Coimbra, 1986

PINHEIRO, Luís de Lima

Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem, Coimbra, Almedina, 2005

Direito Comercial Internacional – Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional, Coimbra, Almedina, 2005

Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, Coimbra, Almedina, 2012

PINTO, A. Marinho e

Arbitragem e património público, in http://www.jn.pt/Opiniao/default.aspx?content_id=2786760&opiniao=Ant%F3nio%20Marinho%20Pinto

SANDERS, Pieter

Govt. Of the State of Kuwait v the American Independent Oil Company (AMINOIL), Award, 24 May 1982, Kluwer Law International 1982, in <http://kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=IPN1880>

SILVA, Paula Costa

A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de resolução de Controvérsias, Lisboa, Coimbra Editora, 2009

Os meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 56, Lisboa, 1996

VENTURA, RAÚL

Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 46, Lisboa, 1986

Convenção de Arbitragem, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 46, Lisboa, 1986

VINCENTE, Dário Moura

Arbitragem Petrolífera, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 4, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2011

A determinação do Direito Aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova portuguesa Lei da Arbitragem Voluntária, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, nº 5, Coimbra, Almedina, 2012

Relatório I – Regimes Jurídico-regulatórios Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural, Bain & Company

Guia de Negócios e Investimento em Moçambique – Aspectos Legais e Fiscais, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, em parceria com Couto Graça e Associados, 2012

A Resolução Alternativa de Litígios aplicada ao Sobreendividamento dos Consumidores: Virtualidades da Mediação, Observatório do Endividamento dos Consumidores, disponível em http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/resolucao_alternativa.pdf

Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, International Bar Association disponível em

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

Rules of Ethics for International Arbitrators da International Bar Association (IBA), disponível em

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

Código Deontológico dos Árbitros da Associação Portuguesa de Arbitragem *in*
<http://arbitragem.pt/projectos/cda/apa-codigo-deontologico-final.htm>

Discurso de Marinho Pinto na abertura do ano judicial de *in*
<http://expresso.sapo.pt/discurso-de-marinho-pinto-na-abertura-do-ano-judicial=f783489#ixzz2KjAUPmBy>

UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

<http://www.newyorkconvention.org/contracting-states>

<http://www.arbitragem.pt>

<http://www.dgeg.pt>

<http://www.uncitral.org>

ANEXOS

ANEXO I

Cláusula de Resolução de Litígios dos contratos da bacia alentejana

CAPÍTULO VI

CONTENCIOSO DO CONTRATO; NOTIFICAÇÕES

ARTIGO VIGÉSIMO SEGUNDO

(FORO)

Eventuais diferendos serão resolvidos, de acordo com a lei portuguesa, por tribunal arbitral, em conformidade com o artigo 80º do DL 109/94, o qual funcionará nos termos da lei nº 31/86, de 29 de Agosto, e da Convenção de Arbitragem, agora também celebrada e cujos termos vêm estabelecidos no Anexo III deste Contrato.

ANEXO II

Cláusula de Resolução de Litígios dos contratos da bacia algarvia

CAPÍTULO VI

LEI APLICÁVEL; CONTENCIOSO DO CONTRATO; NOTIFICAÇÕES

ARTIGO VIGÉSIMO QUARTO

(FORO)

1. De acordo com o disposto no artigo 80º do DL 109/94, os diferendos que eventualmente ocorram entre o **Estado** e a **Concessionária**, relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes, serão resolvidos por tribunal arbitral, a funcionar em Lisboa, nos termos da legislação processual portuguesa.
2. Para os efeitos do disposto do parágrafo anterior, o **Estado** e a **Concessionária** estabelecem a convenção de arbitragem respeitando os itens definidos no Caderno de Encargos do concurso público internacional e que constam do Anexo III deste Contrato de Concessão.

ANEXO III¹⁵⁴

Convenção de Arbitragem dos contratos da bacia alentejana

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A Convenção de arbitragem a que se refere o artigo vigésimo segundo do Contrato de Concessão de Direitos de Prospecção, Pesquisa, Desenvolvimento e Produção de Petróleo para uma área denominada LAVAGANTE rege-se pelas seguintes cláusulas:

PRIMEIRA

O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, devendo cada parte designar 1 (um) deles, sendo o 3º (terceiro), que desempenhará as funções de Presidente, escolhido pelos árbitros designados pelas partes no prazo de 15 (quinze) dias. Na falta de acordo, será o 3º (terceiro) árbitro indicado pelo presidente do Tribunal da Relação de Lisboa. Para efeitos da presente Convenção de Arbitragem, entendem-se por partes o Estado Português, por um lado, e o Consórcio Hardman/Galp/Partex, por outro.

SEGUNDA

Incumbe aos árbitros acordar sobre as regras do processo de arbitragem e, bem assim, sobre o local de instalação ou sede do Tribunal que funcionará em Lisboa.

TERCEIRA

Será de 6 (seis) meses o prazo para a decisão do Tribunal Arbitral, a contar da data da designação do último árbitro.

QUARTA

O Tribunal Arbitral julga segundo a equidade e as suas decisões são finais e executórias, não cabendo delas qualquer tipo de recurso.

¹⁵⁴ Esta convenção de arbitragem é igual para os três contratos da bacia alentejana, “Lavagante”, “Santola” e “Gamba”.

O Consórcio mencionado na primeira cláusula já não existe pelo que, desde 25/03/2010, por Adendas aos contratos, estas concessões são detidas pelo consórcio Petrobras/Galp.

QUINTA

Poderá o Tribunal Arbitral, se assim o entender e lhe for requerido por qualquer das partes, decretar medidas cautelares ou conservatórias de direitos, com respeito pelo princípio do contraditório.

SEXTA

A interposição do pedido de arbitragem tem efeito suspensivo excepto no que implique pagamentos de qualquer natureza, por força da lei ou do Contrato de Concessão.

SÉTIMA

Cada uma das partes suportará todas as remunerações e encargos do árbitro por si nomeado.

OITAVA

As remunerações do 3º (terceiro) árbitro serão suportados integralmente pela parte vencida ou, sendo ambas vencidas, as mesmas serão repartidas entre elas na proporção de metade para cada uma.

ANEXO IV¹⁵⁵

Convenção de Arbitragem dos contratos da bacia algarvia

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A Convenção de arbitragem a que se refere o artigo vigésimo quarto do Contrato de Concessão de Direitos de Prospecção, Pesquisa, Desenvolvimento e Produção de Petróleo na área denominada LAGOSTA rege-se pelas seguintes cláusulas:

PRIMEIRA

O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, devendo cada parte designar 1 (um) deles, sendo o terceiro, que desempenhará as funções de Presidente do Tribunal Arbitral, escolhido por aqueles dentro do prazo de quatro (4) semanas. No caso de os árbitros não chegarem a acordo em relação à escolha do terceiro árbitro, nos termos aqui estabelecidos, este será nomeado pelo presidente do Tribunal da Relação de Lisboa.

SEGUNDA

Os árbitros serão designados com base na sua experiência e conhecimento da matéria em disputa e não deverão ter qualquer interesse financeiro na referida disputa.

Os árbitros deverão ser e manter-se completamente independentes e imparciais.

Incumbe aos árbitros acordar sobre as regras do processo de arbitragem e, bem assim, sobre o local de instalação do Tribunal que funcionará em Lisboa.

TERCEIRA

Os processos serão instruídos em português e inglês e os árbitros deverão ser fluentes na língua inglesa.

¹⁵⁵ Esta convenção de arbitragem é igual para os três contratos da bacia algarvia, “Lagosta” e “Lagostim”.

QUARTA

O Tribunal Arbitral deverá decidir no prazo de seis (6) meses a contar da data da designação do último árbitro. Este prazo poderá ser, contudo, prorrogado desde que as partes estejam de acordo.

QUINTA

A decisão do Tribunal Arbitral será exarada por escrito e as suas decisões são finais e executórias, não cabendo delas qualquer tipo de recurso.

SEXTA

O Tribunal Arbitral poderá, se lhe for requerido por qualquer das partes e assim o entender, decretar medidas cautelares ou conservatórias de direitos, com respeito pelo princípio do contraditório.

SÉTIMA

A interposição do pedido de arbitragem tem efeito suspensivo excepto no que implique pagamentos de qualquer natureza, por força da lei ou do Contrato de Concessão.

ANEXO V
Modelo Contratual Moçambicano

Article 30

Consultation, Arbitration and Independent Expert

30.1 For the purpose of this article, there are two Parties, the Government and the Concessionaire.

30.2 A dispute shall be resolved, if possible, by negotiation between the Parties. A notice of the existence of a dispute shall be given by a Party to another in accordance with the provisions of article 35. In the event that no agreement is reached within thirty (30) days after the date one Party notifies the other that a dispute exists, or such longer period that is specifically provided for elsewhere in this EPCC, either Party shall have the right to have such dispute determined by arbitration or an expert as provided for in this Article 30.

Arbitration and expert determination as aforesaid shall be the exclusive method of determining a dispute under this EPCC.

30.3 Subject to the provisions of this article 30, and save for any matter to be referred to arbitration as provided for in Article 30.4 or referred to a sole expert as provided in Article 30.6, the Parties shall submit any dispute arising out of or in connection with this EPCC which cannot be resolved by negotiation as provided in Article 30.2 to arbitration as hereinafter provided:

(a) the dispute shall be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) for settlement by arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States in accordance with the arbitration rules thereof in effect on the Effective date (the “Convention”). It is hereby stipulated that the transaction to which this EPC relates is an investment.

(b) the seat of the arbitration shall be,, and the law of the merits of the arbitration shall be Mozambique law. The arbitration shall be conducted in the English language. If for any reason an ICSID arbitral tribunal declines to approve.... As the place of arbitration for that case shall be the Permanent Court of Arbitration in the Hague. Notwithstanding Article 32, the English version of this EPCC signed by the Parties shall be used as the official translation in arbitral proceeding;

(c) Mozambican Person shall be designated to ICSID by the Government in accordance with Article 25(1) of the Convention. The Government has given the approval to this consent to arbitration in accordance with Article 25(3) of the Convention;

(d) If the dispute is not between one or more Parties who are nationals of a contracting State, on the one hand, and the Government and/or a Mozambican Person, on the other hand, or if for any reason ICSID refuses to register a request for arbitration or an arbitral tribunal established in accordance with the ICSID Arbitration Rules determines that the dispute shall be settled by arbitration in accordance with the United Nations Commission on International Law (“UNCITRAL”) Arbitration Rules. In the event that UNCITRAL Arbitration Rules shall be applied, the appointing authority shall be the Permanent Court of Arbitration in the Hague;

(e) an award by an arbitrator or arbitrators shall be final and binding on all Parties;

(f) the arbitral panel shall be composed by three (3) arbitrators to be appointed in accordance with the ICSID Rules, provide that, upon mutual agreement of both Parties, the arbitration may be conducted by a sole arbitrator appointed under the ICSID Rules. Unless both Parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator, the claimant Party shall nominate in the request for arbitration, and the respondent Party shall be nominated within thirty (30) days of the registration of the request, one (1) arbitrator pursuant to the ICSID Rules. Within a period of thirty (30) days from the date when both arbitrators have accepted their appointments the arbitrators so appointed shall agree on a third arbitrator, who shall act as Chairman of the arbitral tribunal. If either party fails to nominate an arbitrator as provided above, or if the arbitrators nominated by the Parties fail to agree on a third arbitrator within the period specified above, then ICSID shall make such appointments as necessary in accordance with the ICSID Rules. If both Parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator the sole arbitrator shall be nominated by agreement between them subject to acceptance by the nominated arbitrator; provided that if the Parties are unable to agree on a nominee for sole arbitrator within thirty (30) days from the date of the registration of the request, then ICSID shall appoint the sole arbitrator in accordance with the ICSID Rules.

(g) insofar as practicable, the Parties shall continue to implement the terms of this EPCC notwithstanding the initiation of arbitral proceedings and any pending disputes;

(h) the provisions set out in this Article 30 shall continue after the termination of this EPCC; and

(i) Neither any sole expert nor any arbitrator of the arbitral tribunal, as applicable, shall be of the same nationality as any Party.

30.4 An award or a decision, including an interim award or decision, in arbitral proceedings pursuant to this Article 30 shall be binding on the Parties and judgment thereon may be entered in any court having jurisdiction for that purpose. Each of the Parties hereby irrevocably waives any defences based upon sovereign immunity and waives any claim to immunity:

(a) in respect of proceedings in aid of arbitration or to enforce any such award or decision including, without limitation, immunity from service of process and from the jurisdiction of any court; and

(b) in respect of immunity from the execution of any such award or decision against the property of the Republic of Mozambique held for a commercial purpose.

Parties in this clause 30.4 shall be understood to include entity comprising the Concessionaire.

30.5 Any matter in dispute of a technical nature not involving interpretation of law or the application of this EPCC and which is required to be referred to a sole expert for determination under the provisions of this EPCC, including Articles 10,3 (e) and 28.5 (a) of this EPCC and Article 2.1. (e) of the Annex "C" or other issues of a substantially equivalent nature to said clauses (or with respect to any other matter which the Parties may otherwise agree to so refer) shall be referred to a sole expert for determination by a Party giving notice to such effect pursuant to Article 35. Such notice shall contain a statement describing the dispute and all relevant information associated therewith. A sole expert shall be an independent and impartial person of international standing with relevant qualifications and experience appointed pursuant to the mutual agreement of the Parties. Any sole expert appointed shall act as an expert and not as an arbitrator or mediator and shall be instructed to endeavour to resolve the dispute referred to him within thirty (30) days of his appointment, but in any event within sixty (60) days of the appointment. Upon the selection of the sole expert, the Party receiving the notice of referral above shall submit its own statement containing all information it considers relevant with respect to the matter in dispute. The decision of the sole expert shall be final and binding and not subject to any appeal, save for fraud, corruption or manifest disregard of applicable procedure of this EPCC. If the Parties are unable to agree on the appointment of a sole expert within twenty (20) days after a Party has received a notice of referral under this article the sole expert shall be selected by the International Chamber of Commerce ("ICC") Centre of Expertise, and the person so selected shall be appointed by the Parties.

30.6 The sole expert shall decide the manner in which any determination is made, including whether the Parties shall make oral or written submissions and arguments, and the Parties shall co-operate with the sole expert and provide such documentation and information as the sole expert may request. All correspondence, documentation and information provided by a Party to the sole expert shall be made in the presence of all Parties and each Party shall have a right of response. The sole expert may obtain any independent professional or technical advice as the sole expert considers necessary. The English version of this EPCC signed by the Parties shall be used as the official translation in any determination by the sole expert. The fees and expenses of a sole expert appointed under the provisions of Article 30.5 shall be borne equally by the Parties.

30.7 The parties hereby agree not to exercise any right to institute proceedings to set aside any interim or final arbitral award made pursuant to this Article 30, except that nothing in this Article 30.7 shall be read or construed as imposing any limitation or constraint on either Party's right to seek to nullify any such interim or final arbitral award (a) rendered by an ICSID arbitral tribunal on the limited grounds in accordance with the procedure set forth in Article 52 of the Convention or (b) rendered by the arbitral tribunal pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules on the limited grounds set forth in Article 52 of the Convention.