

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

## **Inversão do Contencioso na Arbitragem**

Mariana Viveiros Caldeira Pires

Dissertação de Mestrado Forense

Sob a orientação da Professora Doutora Rita Lynce de Faria

Lisboa, 30 de Julho de 2021

**Aos meus pais, à minha irmã e  
ao Francisco**

## **Agradecimentos**

À Professora Doutora Rita Lynce de Faria um especial agradecimento pela disponibilidade, contributo e orientação durante todo este percurso sem o qual com certeza esta dissertação não seria a mesma.

À minha mãe, meu exemplo e inspiração, pelo apoio incondicional e encorajamento nas horas mais difíceis.

Ao meu pai, pelo conforto, incentivo e persistência que sempre me transmitiu durante todo o meu percurso académico e que o caracterizam.

À minha irmã, pela força, paciência, ajuda e boa disposição diária sem as quais nada disto seria possível.

Ao Francisco, pela paciência, encorajamento, ajuda e leitura das várias versões desta dissertação as quais sem dúvida contribuíram para o aperfeiçoamento da mesma.

Ao André, pela amizade, por me ter questionado e colocado em causa as minhas concessões que muito contribuíram para o aprimoramento desta dissertação.

## Resumo

A presente dissertação tem por objeto a análise da possibilidade de se aplicar à arbitragem a figura da inversão do contencioso, introduzida no processo civil, em 2013, no artigo 369.º do Código de Processo Civil, levando em linha de conta a Lei de Arbitragem Voluntária e dois regulamentos, a saber, o da Câmara de Comércio Internacional e do Centro de Arbitragem Comercial.

Esta questão central da eventual aplicabilidade à arbitragem da figura da inversão do contencioso surgiu-nos em razão da completa omissão legislativa, ou seja, em virtude de em nenhuma das fontes legais *supra* mencionadas se fazer menção expressa à possibilidade de a medida cautelar compor de forma definitiva o litígio.

Desta indagação por sua vez derivam outras tais como: Existe uma lacuna? Poderá uma das partes requerer aos árbitros a inversão do contencioso? Em caso afirmativo, que opções tem o requerido?

Palavras-chave: Arbitragem, Providências Cautelares, Inversão do Contencioso

## **Abstract**

The present dissertation has the purpose to analyze the possibility and feasibility of applying to arbitration the inversion of litigation, that was introduced in the civil procedure in 2013 in the article 369 of the Civil Procedure Code, considering for this effect the Voluntary Arbitration Law and two regulations of the International Chamber of Commerce and the Center for Commercial Arbitration.

The question of whether the inversion of litigation can be applied in arbitration arose due to a complete legislative omission. Not once, in the aforementioned legal sources, is expressed the possibility of interim measures composing definitely the litigation.

From this question in turn others derive such as: Is there a legislative omission? Can one of the parties request the arbitrators to reverse the dispute? If so, what are the options of the party?

**Keywords:** Arbitration, Interim Measures, Inversion of Litigation

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

**Al.** – Alínea

**Art.** – Artigo

**APA** – Associação Portuguesa de Arbitragem

**CAC** - Centro de Arbitragem Comercial

**CCI** - Câmara de Comércio Internacional

**Cf.** - Conferir

**CPC** - Código de Processo Civil

**CRP** - Constituição da República Portuguesa

**DL** - Decreto-Lei

**i.e.,** - Isto é

**LAV** - Lei de Arbitragem Voluntária

**PROC.** - Processo

**STJ** - Supremo Tribunal de Justiça

**TRC** - Tribunal da Relação de Coimbra

**TRL** - Tribunal da Relação de Lisboa

**TRE** - Tribunal da Relação de Évora

## Índice

<b>1. Introdução</b>	<b>7</b>
<b>2. Conceitos Introdutórios</b>	<b>9</b>
<b>3. Enquadramento Geral</b>	<b>11</b>
<b>4. O Decretamento de Providências Cautelares pelo Tribunal Arbitral</b>	<b>12</b>
<b>5. A Competência Concorrencial, em regra, para o Decretamento</b>	<b>16</b>
<b>6. Noção de Providências Cautelares e de Ordens Preliminares e as Finalidades</b>	<b>20</b>
<b>7. A Inversão do Contencioso o seu Surgimento e Razão subjacente</b>	<b>24</b>
<b>8. Aplicação da figura da Inversão do Contencioso à Arbitragem?</b>	<b>29</b>
8.1 Duplicação Processual na Arbitragem?	30
8.2 Aplicação Analógica da figura da Inversão do Contencioso à Arbitragem?	31
8.3 Pressupostos para que a Medida Cautelar componha de forma definitiva o litígio	41
8.4 As opções do requerido face à dispensa do ónus do requerente intentar uma ação principal	50
<b>Conclusão</b>	<b>53</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>54</b>

## 1. Introdução

A delonga do processo judicial constitui um “*defeito constitucional, um custo inevitável*”<sup>1</sup> e, porventura em razão disso, temos assistido, nas últimas décadas, a um crescimento contínuo e exponencial do recurso aos denominados meios alternativos de resolução de litígios ou *alternative dispute resolution (ADR)*; não há assim dúvida que “*a resolução alternativa de litígios está a entrar no discurso e na prática da Justiça*”<sup>2</sup>.

Estes meios alternativos, como o próprio nome indicia, são uma alternativa aos tribunais estaduais, sendo transversais a todas as áreas de direito, tendo aplicação desde a simples disputa de vizinhança até ao conflito internacional mais complexo. Inserem-se nestes meios alternativos de resolução de litígios, a mediação, a conciliação, a negociação, os julgados de paz e a arbitragem.

Tendo a presente dissertação por designação a inversão do contencioso na arbitragem, destes meios alternativos enunciados centrar-nos-emos na arbitragem.

Pese embora, não exista um conceito unânime e universal de arbitragem<sup>3</sup>, tendemos a concordar com a noção avançada e preconizada por Mariana França Gouveia, segundo a qual “*a arbitragem pode ser definida como um meio de resolução de conflitos em que a decisão com base na vontade das partes é confiada a terceiros*”<sup>4</sup>.

Desta definição conseguimos extrair três grandes características: *primo*, que estamos perante um mecanismo adjudicatório em razão de o litígio ser dirimido por um ou vários terceiros<sup>5</sup>; *secundum*, que a decisão de mérito decretada pelo tribunal arbitral é vinculativa e obrigatória entre as partes, apresentando após o trânsito em julgado valor idêntico ao de uma sentença

---

<sup>1</sup> Andrade, Manuel A Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Reimpressão, Coimbra Editora, 1993, p. 8

<sup>2</sup> Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2018, 3ª Edição, Reimpressão p. 14

<sup>3</sup> Kolher, Gabrielle Kaufman/ Ricoszi, Antonio, *International Arbitration Law and practice in Switzerland*, Nova Iorque, Oxford, 2015 p. 5 e Fouchard, Philippe/Gaillard, Emanuel/ Goldman, Berthold, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer Law Internacional, Haia p. 10

<sup>4</sup> Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p. 119

<sup>5</sup> *Ibidem*

proferida num tribunal de primeira instância<sup>6</sup>; e, *tertius*, que este meio integra, por força do art. 202.º e o n.º 2 do 209.º, da Constituição o elenco de tribunais constitucionalmente previstos.

Ora, uma das vantagens que é amiúde apontada, em qualquer obra que trate, exaustiva ou incidentalmente, de matéria arbitral é a maior celeridade na resolução do litígio que da utilização deste meio alternativo de resolução de litígios resulta.

Contudo, e apesar de, por via de regra, a obtenção de uma decisão definitiva que componha o litígio ser mais célere neste meio alternativo de resolução de litígios, ainda assim pode suceder que o período de tempo que medeia a propositura da acção e a obtenção de uma decisão arbitral, não seja compatível com a tutela adequada e eficaz do direito de que o autor se arroga titular, sendo assim necessário o decretamento de uma providência cautelar.<sup>7</sup>

À semelhança do que sucede num tribunal judicial, num tribunal arbitral também pode uma das partes requerer o decretamento de uma providência cautelar, ou seja, solicitar que seja decretada uma medida extraordinária e urgente, que pode ter por desiderato a conservação da situação existente, impedindo a ocorrência de danos graves e irreparáveis ou de difícil reparação, acautelando assim o efeito útil da sentença, ou, ao invés, antecipar os efeitos jurídicos que porventura emergiriam apenas da procedência da acção.

Uma das características apontada a estas medidas cautelares é a provisoriedade, visto que em princípio só vigoram até que seja proferida uma decisão definitiva na acção principal da qual a medida depende.

Não obstante, desde 2013, no âmbito do Processo Civil, esta característica da provisoriedade, bem como a da dependência, tornaram-se meramente eventuais em virtude da introdução da figura da inversão do contencioso (n.º 1 do art. 369.º do CPC), que veio admitir que, em determinados casos, a providência cautelar proceda à composição definitiva do litígio.

---

<sup>6</sup> Cf. O art. 42.º n.º 7 da LAV

<sup>7</sup> Cf. Mercereau, Ana Gerdau da Borja/ Cunha, Carolina Pita e Cunha/ Pires, Catarina Monteiro/ Martins, João Marques/ Ferreira, Mariana Martins - Costa e Dias Rui Pereira, *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, Almedina, 2020, Volume I, p. 304

Se como vimos no processo civil, mais precisamente no artigo supramencionado, é admitida a possibilidade de a providência cautelar vir a compor de forma definitiva o litígio, desde que se verifiquem cumulativamente determinados pressupostos, na LAV, tal como nos regulamentos do CAC e da CCI, nada se prevê a este respeito, surgindo, então, a dúvida se poderá ou não ser aplicada a figura da inversão do contencioso analogicamente.

Em razão desta completa omissão legislativa, erguem-se dúvidas, tais como: poderá ser esta figura aplicada à arbitragem? Existe uma lacuna? Poderá uma das partes requerer aos árbitros a inversão do contencioso? Em caso afirmativo, que opções tem o requerido?

São precisamente estas indagações, e outras que venham na decorrência destas a se revelar, que nos propomos analisar e, na medida do possível, esclarecer, almejando que tanto quanto possível esta dissertação sirva para solver dúvidas e contribuir para o avanço e modernização deste meio alternativo de resolução de litígios, arbitragem.

## **2. Conceitos Introdutórios**

Por se mostrarem preponderantes e indispensáveis para a melhor cognição dos capítulos subsequentes, não poderíamos principiar esta dissertação de outra forma que não passasse por visitar ou reavivar alguns conceitos básicos, concernentes a este meio alternativo de resolução de litígios.

Embora não exista uma definição universalmente aceite de arbitragem, tendemos a concordar com a definição de arbitragem preconizada por António Pinto Monteiro, nos termos da qual esta *“é um meio de resolução alternativa de litígios, no qual as partes atribuem voluntariamente por efeito da celebração de um contrato - a convenção de arbitragem - o poder para a resolução do seu litígio a árbitros (...)”*<sup>8</sup>.

Para além das características já mencionadas, é possível extrair também que a arbitragem se exhibe como um *“resultado”*, *“produto”* ou manifestação da autonomia privada das partes, isto é, são as partes por vontade própria, esclarecida, livre e informada que priorizam e acordam,

---

<sup>8</sup> Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 11 e 12

entre elas, em celebrar uma convenção de arbitragem, por meio da qual atribuem competência ao árbitro ou árbitros para dirimir um litígio ou litígios e retiram a possibilidade dos tribunais estaduais o conhecerem e dirimirem.<sup>9</sup>

É comum referir-se que a arbitragem pode revestir diversas modalidades: necessária, voluntária, interna, internacional, *ad hoc* e institucionalizada.

Atendendo à questão fulcral e central que nos propomos abordar, deixaremos de lado a arbitragem interna e internacional, e focar-nos-emos na arbitragem voluntária, *ad hoc* e institucionalizada.

Para o efeito, relembremos de forma sintética e concisa cada uma destas modalidades. Voluntária, do latim *voluntaries*, significa uma opção ou escolha que é presidida pela livre vontade, espontaneidade e sem qualquer constrangimento. É exatamente esta voluntariedade que está na génese da arbitragem voluntária, ou seja, nesta modalidade são as partes que decidem celebrar uma convenção de arbitragem e, em razão disso, adjudicar a um terceiro a competência para dirimir esse litígio ou litígios<sup>10</sup>.

Assumindo que as partes celebraram uma convenção válida e eficaz, independentemente de a mesma ter por objecto um litígio atual ou eventual, a partir do momento em que uma das partes exerce o seu direito potestativo poderá optar, se tal não estiver regulado na convenção, entre o processo arbitral correr os seus trâmites legais até a prolação da decisão final num centro de arbitragem institucionalizado com regulamento e estrutura administrativa própria ou, ao invés, que seja constituído um tribunal arbitral apenas para este efeito extinguindo-se com a correspectiva decisão. No primeiro caso, estamos perante uma arbitragem institucionalizada, no segundo, perante uma arbitragem *ad hoc*.

---

<sup>9</sup> Cf. Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p.181 a 194; Vicente, Dário Moura,/Mendes, Armindo Ribeiro/ Júdice, José Miguel/ Andrade, José Robin de/ Lousa, Nuno Ferreira/ Nápoles, Pedro Metello de/ Vieira, Pedro Siza e Martins, Sofia, “*Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*”, Almedina e APA, 2018, 3ª Edição Revista e Atualizada, p. 37 a 40; Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *op. cit.*, p. 184 a 190 e Mercereau, Ana Gerdau da Borja/ Cunha, Carolina Pita e Cunha/ Pires, Catarina Monteiro/ Martins, João Marques/ Ferreira, Mariana Martins - Costa e Dias Rui Pereira, *op. cit.*, p. 67 a 68

<sup>10</sup> Cf. Monteiro, António Pinto, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *op. cit.*, p. 13

Esta distinção entre arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada não possui acolhimento numa definição legal; porém, ao longo da LAV, são feitas algumas menções, são exemplo disso entre outros os arts. 6.º, 36.º n.º 6 e 7 e 62.º.<sup>11</sup>

Revisitados que estão os conceitos, que consideramos relevantes para nos debruçarmos sobre o cerne da presente da dissertação, estamos em condições para, em seguida, tratarmos em específico e em particular desta.

### **3. Enquadramento Geral**

Na sociedade global em que vivemos, o tempo tem-se revelado um factor cada vez mais preponderante, pelo que presenciámos, nestas últimas décadas, a agilização dos processos - que envolve, por vezes, a supressão de fases processuais - e a uma disseminação da tecnologia e da ciência.

O campo do direito não é excepção: desde há muito que existe uma preocupação dos entendidos em, sem perder de vista a obtenção de uma decisão justa e adequada que componha de forma definitiva o litígio, agilizar processos e evitar que o decurso normal do tempo tenha repercussões negativas nestes.

Porém, como é do conhecimento geral, por via de regra, a obtenção de uma decisão judicial implica um caminho longo, sinuoso e moroso<sup>12</sup> que pode provir da elevada pendência processual ou da própria complexidade da causa<sup>13</sup>. Torna-se, pois, quase inevitável ou natural que, durante este percurso, o direito que o autor se arroga titular se degrade, modifique ou extinga e, por essa razão, a decisão final, apesar de justa e adequada, possa chegar tarde, não podendo ser executada total ou parcialmente.

Dito de outro modo, o tempo é um factor corrosivo de direitos e, em razão disso, desde o império romano se prevêem mecanismos que o visam combater. Entre nós, estes meios de

---

<sup>11</sup> Cf. Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flaminio da e Mirante, Daniela, *op. cit.*, p. 18 a 20

<sup>12</sup> Gonçalves, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, 4ª Edição, Almedina, 2019, p. 81

<sup>13</sup> Freitas, José Lebre de Freitas e Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª Edição, Vol. II, Almedina, 2017, p.1

combate à força corrosiva do tempo já se encontram previstos desde as Ordenações e designam-se comumente por providências cautelares.

Estas providências cautelares podem definir-se como “*medidas de natureza sumária e urgente que visam antecipar ou garantir o efeito útil do reconhecimento de um direito, neutralizando os prejuízos que possam advir para o interessado na tutela do seu direito em consequência da demora normal e inevitável, isto é, da “passagem irreversível do tempo”*”.<sup>14</sup>

Se estes meios de combate à morosidade, no seio do processo civil, ou mesmo do direito administrativo, não são alvo de controvérsia, o mesmo não se pode dizer quanto à mesma temática na arbitragem; na verdade, as últimas duas décadas foram marcadas, na arbitragem *ad hoc*, por uma acesa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade e a viabilidade de o tribunal arbitral decretar providências cautelares.

#### **4. O Decretamento de Providências Cautelares pelo Tribunal Arbitral**

Ora, como *supra* se aludiu, as últimas duas décadas na arbitragem *ad hoc* foram assinaladas por uma acesa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade e admissibilidade de os tribunais arbitrais decretarem providências cautelares.

Dúvidas se erguiam, posto que esta matéria como refere Mariana França de Gouveia, “*situa-se no limiar dos poderes do tribunal arbitral, da sua jurisdição. A aptidão de decretar medidas cautelares é sem dúvida uma expressão de autoridade de quem decide, na medida em que se trata da possibilidade de ditar regras antes de as partes terem exaurido a demonstração das suas razões e pontos de vista.*”<sup>15</sup>

Pese embora hoje as dúvidas se tenham dissipado, não podemos deixar, ainda que de forma concisa e sintética, de abordar esta problemática.

Ainda assim, não se pense que a temática das providências cautelares deixou de estar envolta em controvérsias: com efeito, não obstante a alteração legislativa, que solucionou em parte os

---

<sup>14</sup> Gonçalves, Marco Carvalho, *op. cit.*, p. 81 e ss

<sup>15</sup> Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p. 208

problemas que existiam, outros tantos continuaram sem resposta; em alguns casos, até, a alteração legislativa trouxe incertezas onde, anteriormente não havia.<sup>16</sup>

Até à década de 80 do século passado, a problemática das medidas provisórias e cautelares foi resolvida, em Portugal e na generalidade das ordens jurídicas, de forma simples e incontestada, afirmando-se que só os tribunais estaduais podiam decretar medidas cautelares nos litígios submetidos à arbitragem<sup>17</sup>.

Diversamente, a partir da década de 80 do século passado, este dogma começou a ser posto em causa de forma veemente pela doutrina, influenciada pela consagração, ainda que pontual, nos regulamentos de centros de arbitragem, dessa possibilidade<sup>18</sup>.

Contudo, se na arbitragem institucionalizada a possibilidade de decretar estas medidas cautelares surgiu há cerca de cem anos, na arbitragem *ad hoc* só há bem pouco tempo, mais precisamente há 10 anos, é que essa possibilidade foi consagrada.

Determinante para a admissão e previsão legal dessa possibilidade na arbitragem *ad hoc* foi a Lei Modelo da UNCITRAL, aprovada em 1985, que previa, no renomado art. 17.º, sob a epígrafe “*Poder do Tribunal Arbitral de ordenar medidas provisórias*” a competência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares.

Em Portugal, a primeira lei da arbitragem voluntária, Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto, foi elaborada, em consequência do disposto nos arts. 202.º e 209.º da Constituição da República Portuguesa que, incluindo os tribunais arbitrais na categoria dos tribunais, reconheceu, naturalmente, a legitimidade e os poderes destes para dirimir litígios.

Ora, mas se o poder de composição definitiva do litígio era expressamente atribuído, desde que reunidas determinadas condições, o mesmo não se poderá dizer quanto à admissibilidade de estes decretarem medidas cautelares para obstar a que, no período de tempo que medeia a propositura da ação e a decisão arbitral, a relação jurídica se modificasse e, em razão disso,

---

<sup>16</sup> *Ibidem* p. 208 e ss; Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *op cit.*, p. 340 e ss

<sup>17</sup> Cf. Mendes, Armindo Ribeiro, *As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)*, na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2009, Almedina, APA, p. 57 e ss

<sup>18</sup> *Ibidem*

apesar de justa e adequada a decisão arbitral pudesse chegar “*tarde*” já não sendo completamente ou parcialmente exequível.

Em razão desta completa omissão legislativa por cá e acompanhando a tendência de outros ordenamentos jurídicos, dúvidas ergueram-se.

Para o efeito, a doutrina e a jurisprudência evidenciando, mais uma vez, o papel preponderante que desempenham para o avanço da *legis artis* debruçaram-se sobre esta problemática.

Na doutrina e jurisprudência não era possível identificar uma posição unânime, isto é, uns defendiam que essa possibilidade não estava vedada aos tribunais arbitrais e outros rejeitavam-na de forma veemente.

A admissibilidade do tribunal arbitral decretar providências cautelares era defendida por uma parte da doutrina<sup>19</sup> e da jurisprudência<sup>20</sup>, que, para sustentar esta posição, utilizava a, tão propugnada internacionalmente, teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem, segundo a qual o tribunal arbitral teria competência para o decretamento de medidas provisórias e urgentes visto que essa tarefa é um *minus* em relação à decisão final, isto é, se se atribui poderes de julgar de forma definitiva conceder-se-á também inerentemente os poderes de ajuizar cautelarmente<sup>21</sup>.

Ao invés, outra parcela da doutrina<sup>22</sup> e jurisprudência<sup>23</sup> sustentava que os tribunais arbitrais não tinham essa competência, suportando-se para o efeito nos seguintes argumentos: *primo*, os tribunais arbitrais foram pensados e criados para a resolução de litígios e não para o decretamento de providências cautelares, o que facilmente podia ser inferido e atestado pelo regime da recorribilidade e da anulabilidade de sentenças arbitrais; *secundus*, que o decretamento destas medidas cautelares não era de forma alguma compatível com a demora

---

<sup>19</sup> Na doutrina defendiam a possibilidade de o tribunal arbitral decretar medidas cautelares Morais Leitão e Dário Moura Vicente- cf.- Mendes, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, p. 81

<sup>20</sup> Acs. do TRP de 17.05.2005, proc. n.º 0522209, do TRL de 20.04.2016 proc. n.º 3041/2006-2

<sup>21</sup> No sentido da admissibilidade mas não se alicerçando na teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem veja-se, para o efeito, o Ac. TRP de 17.05.2005 proc. n.º 2209/2005.

<sup>22</sup> No sentido, da inadmissibilidade José Miguel Júdice e Pedro Metello Nápoles Cf.- Mendes, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, p. 81

<sup>23</sup> Ac. do TRL de 12.12.2002 proc. n.º 0089192, de 20.04.2006 proc. n.º 3041/2006-2 de 18.09.2008, proc. n.º 3612-2009-8

inerente e associada à constituição do tribunal arbitral: com efeito, a constituição do tribunal arbitral é habitualmente morosa, sendo, diversamente, as providências cautelares caracterizadas pela urgência. Tal circunstância poderia implicar então que aquando da constituição plena daquele o que se almejava proteger com o decretamento da providência cautelar já se tivesse consumado e consolidado sendo impossível ou muito difícil reverter tal situação.

Para além destes dois argumentos, o principal fundamento utilizado estava associado à inexistência por parte destes órgãos jurisdicionais de poderes de autoridade ou *ius imperii* pelo que não podendo estes executar providências cautelares também não as poderiam naturalmente decretar. Jurisprudencialmente esta posição foi largamente difundida e replicada em vários acórdãos: veja-se a título exemplificativo, entre outros, os acórdãos<sup>24</sup> do TRL de 12.12.2002, de 20.04.2006 e de 18.09.2008.

Revisitados que estão os argumentos invocados pela jurisprudência e doutrina quer no sentido da admissibilidade quer no sentido da inadmissibilidade e constatada a inexistência de uma posição unânime a este respeito, podemos dizer que esta controvérsia só veio, efectivamente, a desvanecer e ser solucionada com a nova Lei da Arbitragem, a Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro.

Das duas possibilidades que à partida existiam, esta lei decidiu pôr termo a esta divergência determinando, de forma expressa e clara no art. 20.º n.º1, a competência dos tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares. Este preceito legal consagra o designado sistema *opting out*<sup>25</sup>, não sendo, assim, necessária a consagração expressa desta competência na convenção de arbitragem uma vez que aquela decorre automaticamente da própria lei.

Porém, por força da primeira parte do art. 20.º da LAV, em que se dispõe “*salvo estipulação em contrário*” concede-se às partes a possibilidade de afastar essa competência do tribunal arbitral, ou seja, estipularem se essa for a sua intenção um acordo de exclusão, no qual determinam que o tribunal arbitral não pode decretar medidas cautelares, tendo este acordo como limite temporal a aceitação do primeiro árbitro.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> Cf. Nunes, Pedro Caetano, VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenção, *Arbitragem e Algumas Notas*, Almedina, 2013, p. 100

Em jeito de síntese, podemos então referir que se o tema da admissibilidade do decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral nas últimas décadas, na arbitragem *ad hoc*, fez correr muita tinta na doutrina e na jurisprudência, em virtude da inexistência de preceito legal que solucionasse a questão, hoje em dia, e à semelhança do que sucede na arbitragem institucionalizada, em razão da introdução do art. 20.º da Lei 63/2011, dúvidas não subsistem sobre a capacidade deste órgão jurisdicional decretar à semelhança dos tribunais estaduais medidas cautelares.

## **5. A Competência Concorrencial, em regra, para o Decretamento**

O legislador, como antes se aludiu, com a introdução do art. 20.º da LAV, atribuiu aos tribunais arbitrais a competência para o decretamento de providências cautelares; porém, por razões que adiante se apreciarão, essa mesma capacidade foi atribuída aos tribunais estaduais.

Dito de outra forma, à luz da atual lei da arbitragem voluntária existe uma competência concorrente para o decretamento destas medidas cautelares, cabendo, portanto, à parte que requer o seu decretamento, antes ou durante o processo arbitral, optar por o requerer na jurisdição arbitral ou na estadual.

A competência dos tribunais judiciais para o decretamento destas medidas é consagrada expressamente no n.º 1 do art. 29.º deste diploma que afirma *“Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais”*.

O recurso ao tribunal estadual com este desiderato não implica, ao contrário do que se poderia pensar, a violação da convenção, a resolução ou renúncia à arbitragem. Nesse sentido aponta claramente o art. 7.º da LAV, inspirado no art. 9.º da Lei Modelo, que determina que *“Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.”*

Sendo a própria lei a atribuir competência à jurisdição estadual para decretar estas medidas provisórias e urgentes, nos arts. 29.º n.ºs 1 e 7.º do diploma, tal não colide com o efeito negativo da convenção de arbitragem<sup>26</sup>.

Perante esta dicotomia, é natural que nos indaguemos sobre a *ratio legis* desta competência concorrente ou, dizendo de outra forma, a motivação e justificação da atribuição desse poder aos tribunais estaduais e se é possível às partes na convenção de arbitragem excluírem ou limitarem a possibilidade de o tribunal estadual decretar medidas cautelares.

Das várias questões acima referidas, comecemos por nos debruçar sobre a primeira questão que se prende com os fundamentos que estiveram na génese da consagração pelo legislador desta competência concorrente e se esta se justifica ou não.

Neste sentido, argumenta-se, desde logo, que a constituição de um tribunal arbitral é, por via de regra, morosa e lenta e como tal incompatível com a natureza urgente do procedimento cautelar. Ora, atendendo a isto, recusar a competência da jurisdição estadual para decretar medidas cautelares, antes de constituído o tribunal arbitral, poderia conduzir a situações de denegação da justiça e, conseqüentemente, inconstitucionais, nos termos do art. 20.º da Constituição.<sup>27</sup>

A este argumento adita-se outro que vem justificar a conservação deste poder mesmo após a constituição do tribunal arbitral que se prende com a existência, ao invés do que sucede nos tribunais arbitrais, do *ius imperii*, ou seja, a possibilidade de estes executarem as medidas provisórias que decretem e quando necessário compelir ao seu cumprimento.

Percorridos os principais fundamentos avançados pela doutrina, parece que existem razões suficientes para justificar, pelo menos no nosso entender, a existência de uma competência concorrente para o decretamento de providências cautelares em sede de arbitragem. Além do mais, na LAV existem várias manifestações de situações nas quais o tribunal estadual auxilia o tribunal arbitral<sup>28</sup>, esta é só mais uma delas.

---

<sup>26</sup> Cf. Vicente, Dário Moura, Mendes, Armindo Ribeiro/ Júdice, José Miguel/ Andrade, José Robin de/ Lousa, Nuno Ferreira/ Nápoles, Pedro Metello de/ Vieira, Pedro Siza e Martins, Sofia, *op. cit.*, p. 38 a 41

<sup>27</sup> Cf. Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *op. cit.*, p. 340 a 348

<sup>28</sup> São exemplos dessas situações, aquelas que se referem nos arts. 10.º, n. 2 e 14.º n.º 3 da LAV

Passemos então agora à segunda questão, que se prende com a possibilidade de as partes estipularem na convenção de arbitragem a exclusão ou limitação da competência dos tribunais estaduais, para o decretamento de providências cautelares.

Esta questão é controversa na doutrina existindo por isso uma parte da doutrina que nega essa possibilidade às partes e outra facção que a admite.

Autores, como é o caso de Pedro Caetano Nunes, entendem que o art. 7.º da LAV é uma norma imperativa e, em virtude disso, às partes está vedada a possibilidade de elaboração um acordo a excluir ou limitar os poderes dos tribunais estaduais para o decretamento de medidas cautelares<sup>29</sup>. Acrescentam estes autores que a existência de um acordo com este desiderato, antes de constituído o tribunal arbitral, implicaria “*numa zona de não-direito, de denegação de justiça, uma agressão consequencial ao princípio do art.20.º da CRP*”<sup>30</sup>.

Contudo, mesmo após a constituição do tribunal arbitral existem situações em que este se mostra insuficiente para tutelar o direito dos interessados por não existirem soluções para determinadas questões nesta jurisdição.

Demonstrações dessas situações, avançadas por Gonçalo Malheiro, são por exemplo: a existência de uma lei imperativa que impeça o decretamento da medida cautelar pelo tribunal arbitral, quando a medida cautelar afeta a esfera jurídica de terceiros; a paralisação do tribunal por qualquer motivo; exclusão por mútuo acordo da intervenção do tribunal arbitral; quando seja mais eficaz para a defesa do direito e do interesse das partes o recurso ao tribunal comum; quando o próprio tribunal arbitral solicita essa intervenção; e por último, quando está em causa uma medida cautelar de natureza executiva, em que é necessário o *ius imperii*.<sup>31</sup>

Mário Raposo, apesar de não negar esta possibilidade, pelo menos de forma directa, entende que um acordo com esta natureza, não só não salvaguarda os interesses das partes, como não se revela prático ou mesmo funcional. No seu entender, não possuindo os tribunais arbitrais “*competência plena*” para o decretamento de medidas cautelares, carecem do apoio e auxílio

---

<sup>29</sup> Cf. Nunes, Pedro Caetano, *op. cit.*, p.115

<sup>30</sup> Cf. Raposo, Mário, *Estudos sobre a Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, p. 39-40

<sup>31</sup> Cf. Malheiro, Gonçalo, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para o Decretamento de Providências Cautelares*, Vida Económica, 2008, p. 73

da jurisdição estadual para conferir eficácia e garantir o cumprimento da medida cautelar em caso de não acatamento da mesma.<sup>32</sup>

Ainda assim, existe uma facção da doutrina, onde se inclui Gonçalo Malheiro, que admite esta possibilidade desde que para o efeito este acordo seja redigido de forma escrita e se encontre suficientemente densificado<sup>33</sup>. Discorridos os principais argumentos avançados pela doutrina no que se concerne a esta segunda indagação, resta agora expor o nosso ponto de vista.

Aqui chegados, sabemos já que o tema das providências cautelares, na arbitragem, se apresenta como um assunto conturbado e controverso envolto em diversas disputas doutrinárias e jurisprudenciais. Nesta esteira, parece-nos que conceber e admitir a possibilidade de as partes celebrarem um acordo a excluir ou limitar a competência da jurisdição estadual para o decretamento de providências cautelares não só contribuiria ainda mais para essa controvérsia, como também implicaria que em determinadas situações o requerente mesmo se vendo confrontado com a ocorrência ou a possibilidade de ocorrência de um dano iminente, atual, grave e irreparável ou dificilmente reparável ao seu direito não pudesse recorrer em tempo útil à justiça, ou seja, pese embora seja possível constituir-se um tribunal arbitral poderia suceder que quando este tivesse apto para analisar o decretamento ou não da providência cautelar o dano já ter ocorrido ou então e mesmo admitindo que o dano ainda não ocorreu ser difícil em virtude da ausência de *ius imperii* compelir os terceiros a cumprir.

Por fim, mas não menos importante, saliente-se que essa possibilidade parece não ser contemplada na letra da própria lei, pelo menos de forma expressa, bastando para o efeito atender ao art. 20.º da LAV. Ou seja, como supramencionado, estamos perante um sistema *opting out*, sendo só de admitir à luz desta redação a possibilidade de as partes acordarem entre si a exclusão da competência do tribunal arbitral de decretar providências cautelares.

Se como vimos, em sede de arbitragem *ad hoc*, existe uma competência concorrente para o decretamento destas medidas cautelares, na arbitragem institucionalizada, em regra, esta também subsiste.

---

<sup>32</sup> Cf. Raposo, Mário, *op. cit.*, p. 39-40

<sup>33</sup> Cf. Malheiro, Gonçalo, *op. cit.*, p. 63-64

Assim, em sede de arbitragem institucionalizada prevê-se no n.º 2 do art. 28.º do regulamento da CCI, de forma expressa que as partes antes ou mesmo após a remessa dos autos ao tribunal arbitral podem requerer o decretamento de uma medida cautelar a qualquer autoridade competente não implicando isto como se prevê na parte final deste preceito uma infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Concebendo-se, porém, à semelhança do previsto no regulamento do CAC, a possibilidade de a parte requerer a um árbitro de emergência.

Ao invés, corrompendo com a competência concorrente, temos o regulamento do CAC que prevê no art. 5.º que, caso se revele necessário o decretamento de uma providência cautelar tem competência, ainda não estando constituído o tribunal arbitral, o árbitro de emergência.

Em jeito de síntese, podemos então mencionar que, em regra, quer estejamos perante a arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada, se uma das partes pretender que seja decretada uma medida cautelar pode optar em requerê-la num tribunal estadual ou arbitral, apresentando-se, como exceção à regra o regulamento do CAC que apenas atribui competência para o decretamento destas medidas ao tribunal arbitral ou ao árbitro de emergência.

## **6. Noção de Providências Cautelares e de Ordens Preliminares e as Finalidades**

Em face do exposto, importará agora determinar quais as finalidades que se visa atingir com o decretamento dessas medidas cautelares.

Na arbitragem *ad hoc* e à semelhança do que acontece no Processo Civil, a LAV reconhece competência aos tribunais arbitrais para decretarem providências cautelares e ordens preliminares sendo, nos arts. 20.º n.º 2 e 22.º n.º1, respectivamente, formuladas as suas definições.

Ora, atentemos primeiramente à definição de providência cautelar explanada no art. 20.º n.º 2 na qual se refere *“Para efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal ordena a uma parte que: (a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio*

*não for dirimido; (b) pratique atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral (c) assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada; (d) preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio”.*

Sendo a formulação simples e de fácil cognição, principiando-se com uma breve noção de providência cautelar e em seguida elencando as finalidades a prosseguir, a verdade é que daquela é possível extrair várias conclusões que a distanciam do Processo Civil.

À partida podemos, desde já, referir que a terminologia usada pela LAV, neste preceito, se afasta à do CPC uma vez que não se faz alusão às providências cautelares comuns, nem às providências cautelares especificadas<sup>34</sup>.

Ademais, no Processo Civil, existem duas grandes modalidades de providências cautelares, as conservatórias e as antecipatórias, consoante se pretenda evitar a produção de danos graves e irreparáveis ou de difícil reparação preservando-se uma determinada situação de facto ou direito ou, ao invés, se antecipam os efeitos ou parte dos efeitos que resultam da procedência da ação. Em sede de arbitragem *ad hoc* basta atender, às als. a) a d) do n.º 2 do art. 20.º da LAV para constarmos que não existem duas modalidades, mas sim quatro, ou seja, o tribunal arbitral não está limitado ao decretamento das providências cautelares previstas no processo civil, podendo decretar tantas mais quanto aquelas que se possam reconduzir a uma das finalidades previstas nessas alíneas.

A primeira finalidade prevista na alínea a) visa a manutenção ou o restauro da situação, anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido, estamos, pois, perante uma medida conservatória. Ora, como refere Mariana França Gouveia “*não abrangendo pela sua letra as providências que tenham por fim antecipar a decisão final de mérito ou uma providência executiva futura*”<sup>35</sup>.

O segundo tipo de providências cautelares visa que a parte previna ou se abstenha “*de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral*” há

---

<sup>34</sup> Cf. Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p. 213 e ss

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 218

autores, como é o caso de Ali Yesilimark, que abarcam nesta alínea também as medidas conservatórias da al. a), por entenderem que nas providências correlacionadas com o decurso da arbitragem e as relações entre as partes, incluem-se medidas como ordens para manter a execução do contrato durante o processo arbitral e ordens para suspender a prática de atos até a proliferação da sentença arbitral.

Ora, parece pois que as alíneas a) e b) tratam ambas de medidas cautelares conservatórias, havendo eventualmente uma sobreposição. Esta realidade não passou despercebida pelo grupo de trabalho da Lei Modelo que reconheceu essa realidade, tendo, porém, optado por a manter, entendendo que porventura poderia ser um benefício em alguns sistemas jurídicos. “*A enunciação é de fins, não de providências, pelo que o preenchimento simultâneo de várias alíneas não levanta qualquer problema*”.<sup>36</sup>

A alínea c) do n.º 2 do art. 20.º trata das chamadas medidas cautelares antecipatórias, isto é, aquelas que asseguram que a decisão final a ser decretada possa ser plenamente executada.

Inserem-se nesta alínea, como refere Ali Yesilimark<sup>37</sup>, entre outras, “*as ordens para não retirar bens de certo território nacional; depositar quantias em dinheiro em contas conjuntas ou à ordem do tribunal, depositar os bens objeto de disputa junto de um terceiro ou para não os retirar de certo lugar; apresentar garantia de pagamento de custos de arbitragem ou da totalidade ou parte dos montantes pedidos*”.

A última alínea do artigo 20.º n.º 2 visa a preservação da produção de prova, reconduzindo-se em geral à produção antecipada de prova. Porém, e como refere Mariana França Gouveia, o único aspecto que gerou alguma controvérsia prende-se com a “*utilização da expressão relevantes e importantes, na medida em que não é clara a diferença entre os dois requisitos e, tendo em conta que são cumulativos, como se preenchem ambos. Assim, para que um meio de prova seja considerado relevante tem de estar relacionado com a disputa e para que seja importante tem de ter valor enquanto meio de prova*”.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p. 216

<sup>37</sup> Cf. Yesilimark, Ali, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 12

<sup>38</sup> Cf. Gouveia, Mariana França, *op. cit.*, p. 218

Atendendo ao que se expôs, e em jeito de conclusão pode referir-se que, na arbitragem *ad hoc* (i) ao contrário do que acontece no processo civil existem não duas, mas sim quatro modalidades de providências cautelares como se extrai das quatro alíneas do art. 20.º n.º 2 da LAV, (ii) a primeira alínea visa a conservação e a manutenção da situação existente, (iii) a segunda alínea para alguns autores pode ser sobreposta à primeira uma vez que segundo estes em ambas estão em causa providências relacionadas com o decurso da arbitragem e as relações entre as partes, (iv) a terceira alínea por sua vez prevê as chamadas providências antecipatórias, isto é, aquelas que visam como o próprio nome indicia antecipar a totalidade ou parte dos efeitos que emergiriam da procedência da ação e por fim, (v) a última alínea deste preceito legal visa a conservação da produção de prova.

Para além destas providências cautelares, foi previsto também a competência para o tribunal arbitral decretar ordens preliminares reguladas no art. 22.º a 29.º da LAV. Estas ordens preliminares são nada mais do que as intituladas em processo civil como providências cautelares sem audição do requerido.

O art. 22.º n.º 1 da LAV não define ordem preliminar, como é feito para as providências cautelares, apenas esclarece qual é a sua finalidade<sup>39</sup>, ou seja, refere que a ordem preliminar consubstancia o pedido de qualquer uma das partes para “*que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.*”

Assim, o que distingue a ordem preliminar da providência cautelar é o facto de esta primeira ser decretada sem audição da contraparte, evitando-se assim que haja a frustração da mesma.

Todavia, se na arbitragem *ad hoc* se define o que se deve entender por providência cautelar e ordem preliminar e até se elenca numa lista taxativa as finalidades das mesmas na arbitragem institucionalizada, basta percorrer o regulamento do CAC e da CCI para vislumbrarmos que tal não acontece, ou seja, para além de não se prever uma noção de providências cautelares também não se enunciam as finalidades que estas visam atingir.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 211

Quer isto então significar que o tribunal arbitral não se encontra circunscrito ou limitado podendo decretar todas as medidas cautelares que entenda serem necessárias perante o caso em concreto, desde que necessariamente as fundamente.

## **7. A Inversão do contencioso o seu Surgimento e Razão subjacente**

As medidas cautelares, por via de regra, são caracterizadas pelas notas da instrumentalidade e provisoriedade, carecendo, portanto, de uma ação principal destinada à composição definitiva do litígio. Esta era, precisamente, a justificação que a doutrina e jurisprudência vinha invocando e avançando para a recusa da possibilidade de as providências cautelares comporem de forma definitiva um litígio<sup>40</sup>.

Todavia, na realidade, deparávamo-nos na jurisprudência com casos em que, não raras vezes, as providências cautelares permitiam a tutela definitiva da pretensão do requerente ainda que assentes num mero conhecimento sumário da lide.<sup>41</sup> São, por exemplo, parafraseando Marco Carvalho Gonçalves e Rita Lynce Faria, os casos em que se decretavam medidas cautelares que proibiam a realização de um evento cultural ou recreativo, da publicação de um determinado número do jornal ou de um lançamento de um livro.<sup>42</sup>

Porém, mesmo sendo possível com o decretamento da medida cautelar atingir o efeito útil visado, o requerente, à luz do CPC antes das alterações introduzidas em 2013 pela Lei n.º 41/2013, não estava dispensado de intentar uma ação principal sob pena de a medida caducar e ter de responder pelos danos causados na esfera jurídica do requerido.<sup>43</sup>

Ora, prevendo o anterior CPC a necessidade de o requerente intentar uma ação principal defrontávamo-nos inúmeras vezes com ações principais que mais não eram do que uma repetição do que se tinha “*passado*” no procedimento cautelar – com replicação integral do

---

<sup>40</sup> Cf. Ac. do STJ de 17.02.1998 proc. 97A134, Acs. do TRL de 19.02.2004 proc. n.º 9647/2003-6 e de 18.01.2012 proc. 4693/08.2TTLSB-A.L1-4, Ac. do TRC de 28.06.2005 proc. n.º 1345/05.

<sup>41</sup> Veja-se a título exemplificativo os seguintes Acs. do STJ de 10.10.2000 proc. n.º 1637/00; do TRE de 19.02.2004 proc. n.º 2868/03-3 e do TRL de 12.07.2018 proc. n.º 761/18.0T8LSB.L1.2

<sup>42</sup> Cf. Gonçalves, Marco Carvalho, *op. cit.*, p. 130 e 131

<sup>43</sup> *Ibidem*

mesmo objeto, factos e prova havendo assim uma duplicação processual desnecessária e um desperdício de meios destinados à resolução do conflito<sup>44</sup>.

O caminho até a previsão legal no processo civil da figura da inversão do contencioso foi, à semelhança daquele que caracteriza a obtenção de uma decisão definitiva, um caminho “*longo, sinuoso e moroso*”<sup>45</sup>.

Este percurso principiou-se em 2006 com a aprovação do DL n.º 108/2006 de 8 de Junho, que criou o regime processual civil de natureza experimental, que previa a possibilidade de antecipação do julgamento de mérito da causa principal no próprio procedimento cautelar desde que tivessem sido trazidos todos os elementos necessários à justa composição do litígio. Este regime processual civil experimental era aplicável às ações declarativas cíveis a que não correspondesse processo especial e às ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes do contrato.<sup>46</sup>

A *ratio* deste diploma como se pode verificar pelo preâmbulo prendia-se com a necessidade de garantir celeridade e economia processual e com isso consequentemente descongestionar os tribunais judiciais face à elevada pendência processual.

O art. 16.º deste diploma legal previa, para o efeito, que “*Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal*”. Deste modo, indispensável para haver lugar à antecipação da decisão definitiva era a verificação de dois pressupostos cumulativos (i) que tivessem sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso e (ii) a audição das partes.

O juízo de apreciação da existência ou não no processo dos elementos necessários para a antecipação da decisão definitiva cabia ao juiz no exercício do seu poder discricionário.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*; Faria, Rita Lynce, *Apreciação da Proposta de Inversão do Contencioso Cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*; Xavier, Rita Lobo, Folhadela, Inês e Costa, Gonçalo Andrade, *Elementos de Direito Processual Civil - Teoria Geral Princípios Pressupostos*, 2ª Edição, 2018, Universidade Católica Editora Porto, p. 66

<sup>45</sup> Gonçalves, Marco Carvalho, *op. cit.*, p. 81

<sup>46</sup> Cf. Xavier, Rita Lobo, Folhadela, Inês e Costa, Gonçalo Andrade, *op. cit.*, p. 70 e art. 1.º do DL 108/2006 de 8 de Junho

Por outro lado, ao requerente competia juntar ao processo todas as provas que disponha em seu poder, mas também demonstrar a verificação dos pressupostos gerais para o decretamento de uma medida desta natureza *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e proporcionalidade.

A decisão de antecipação da tutela definitiva em sede cautelar podia ser tomada mediante requerimento ou por iniciativa oficiosa do tribunal, exigindo-se, nesta última hipótese, a audiência prévia das partes, atentando à proibição de decisões surpresa.

Se esta solução parecia promissora e a mais viável com a prática, muitos foram aqueles que manifestaram o receio e a necessidade de serem adotados alguns cuidados, como se pode atestar no Relatório Intercalar do Ministério da Justiça elaborado um ano após a introdução deste regime<sup>47</sup>.

Deste relatório e em razão da sua extensão transcrevemos alguns excertos que nos parecem particularmente ilustrativos dos anseios que se fizeram sentir em alguns juízes e advogados que se depararam com este regime: *“Diria que tal teria aplicabilidade apenas nas providências cautelares em que a parte contestou, em que houve audiência, portanto acrescentaria alguns requisitos, não deixaria tão amplo.” “Não vai haver muitas vezes, quando houver é muito útil. (...) Temos o problema do princípio do pedido, eu penso que o juiz não pode nunca decidir sem o acordo do autor e sem que o autor defina claramente qual é o pedido que iria fazer no processo principal, (...). É preciso o acordo do réu, sei que isto é mais duvidoso, mas continuo achar que o juiz não pode presumir que o réu gastou as suas armas naquele processo, ou que as quis reservar para o processo principal. (...) É interessante, é necessário que esteja lá tudo, não só o pedido provisório, mas também o pedido definitivo, mas a maior parte das vezes isso não acontece. A mim custa-me extravasar do pedido que é feito, para ir mais além.”*<sup>48</sup>.

Apesar das críticas, este regime denominado experimental vigorou durante 7 anos; porém ninguém negava que se impunha, perante o surgimento destas vozes, uma mudança no sistema cautelar, à semelhança do que vinha sendo concebido em vários ordenamentos jurídicos europeus, para evitar a duplicação processual.

---

<sup>47</sup> Relatório Intercalar do Ministério da Justiça, *Um ano de Regime Processual Experimental*, disponível em <https://www.citius.mj.pt/portaldnn/linkclick.aspx?fileticket=%2FcC4r5Jy2N0%3D&tabid=59>

<sup>48</sup> *Ibidem* p. 81 e 83

Como refere Rita Lynce Faria, existiam teoricamente duas vias de solução, ambas com as suas vantagens e desvantagens.<sup>49</sup>

A primeira via de solução implicava a eliminação pura e simplesmente o ónus do requerente de instaurar a ação principal e foi adotada no contexto europeu no ordenamento jurídico italiano e francês, respectivamente no art. 669.º do CPC italiano e art. 926.º do CPC francês. Na prática, a eliminação deste ónus significaria que, estando perante providências cautelares antecipatórias, estas manter-se-iam indefinidamente sem dependerem de qualquer prazo, salvo se o requerido optasse por instaurar uma ação. Se ao invés, o requerido se abstivesse da prática de qualquer ato então a medida cautelar comporá de forma definitiva aquela situação jurídica entre as partes.

Se esta solução permite um grande “*ganho na economia processual*”<sup>50</sup>, apresentando-se esta como uma das vantagens desta via, também, ao invés, faz depender a verificação de qualquer pressuposto num conhecimento da situação por parte do juiz, preliminar, sumário da lide.<sup>51</sup> Para além, desta solução que, como vimos, se prende com a eliminação pura e simples do ónus de propositura da ação é também preconizado para fazer face à duplicação processual, outra, a convalidação do procedimento cautelar em ação principal.

Ora, esta foi, se bem atentarmos, a solução prevista no art. 16.º do DL 108/2006 que criou o regime experimental, ou seja, previu-se que verificados determinados requisitos a pedido de uma das partes ou por iniciativa do próprio juiz se possa antecipar a decisão da ação principal, passando, portanto, a providência cautelar a compor de forma definitiva o litígio que opõe as partes.

Mas se esta via apresenta vantagens irrefutáveis tais como a economia e a celeridade processual também comporta determinados inconvenientes que por nós já foram apontados e ilustrados, suportando-nos para o efeito no Relatório Intercalar do Ministério da Justiça que recolheu contributos de vários juizes e advogados sobre este regime, pelo que remetemos agora para esse ponto sob pena de repetição.

---

<sup>49</sup> Faria, Rita Lynce de, *Apreciação da Proposta de Inversão do Contencioso Cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil* p. 3 a 7

<sup>50</sup> *Ibidem* p. 4

<sup>51</sup> *Ibidem*

Quando tudo apontava no sentido de que a solução preconizada na eventual alteração do regime cautelar seria a mesma que se tinha adotado no regime do processo civil experimental, a tal segunda via ou solução, o legislador decidiu surpreender com um caminho diferente para fazer face às críticas e lacunas já apontadas por muitos, ao longos dos 7 anos da vigência. Assim, com a Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho, aprovou-se o CPC que introduziu alterações de fundo no domínio da tutela cautelar.

Para o efeito, de forma inovadora e original no contexto jurídico europeu o legislador inspirado nas duas vias aludidas, introduziu uma terceira via de solução a denominada inversão do contencioso que tem a sua manifestação no art. 369.º do CPC.

Começamos, porém, antes de explicar quais as consequências práticas da aplicação desta figura, por explicitar o que significa inversão do contencioso. Pegando na etimologia da palavra inversão, conseguimos facilmente depreender que o que está em causa é uma mudança ou alteração na ordem dos acontecimentos, ou seja, esta figura não é nada mais do que uma mudança na ordem dos acontecimentos do contencioso que implica antecipar a decisão sobre o objeto da causa.

O art. 369.º do CPC, como se mencionou, trata desta figura da inversão do contencioso, permitindo que em determinados casos a medida cautelar venha a compor de forma definitiva o litígio. Isto é, por via da implementação desta figura, e à semelhança do que acontece na primeira via de solução, o requerente pode também ficar dispensado de intentar uma ação principal de que a providência cautelar depende transmitindo-se este ónus para o requerido que terá que demonstrar em ação por esta proposta e impulsionada que a decisão cautelar não devia ter afinal uma vocação de definitividade.

Se, ao invés, não houver qualquer reação por parte do requerido há lugar à consolidação dessa decisão como definitiva: o litígio fica resolvido de forma definitiva em virtude da inação do requerido.

Em jeito de síntese, podemos então mencionar que quer o regime processual civil experimental quer o seu sucedâneo, a inversão do contencioso, tiveram na sua génese como desiderato evitar a duplicação processual, isto é, que a ação principal não fosse mais de que uma repetição

exaustiva do que se tinha passado no procedimento cautelar: como se avançou este reviver ou *déjà vu* não beneficiava as partes nem a própria máquina da justiça.

## **8. Aplicação da figura da inversão do contencioso à arbitragem?**

A figura da Inversão do Contencioso foi introduzida no direito processual civil português por via da Lei n.º 43/2011 e veio permitir que em determinados casos e desde que preenchidos os pressupostos a providência cautelar possa compor de forma definitiva o litígio, em caso de inação do requerido.

Se no direito processual civil português essa possibilidade está expressamente consagrada na arbitragem, mais concretamente, na LAV nada se refere a este respeito, existe, pois, uma completa omissão sobre a admissibilidade ou não destas medidas comporem de forma definitiva o litígio. Idêntico cenário encontramos nos regulamentos dos centros de arbitragem, nos arts. 4.º e 5.º do regulamento do CAC e 28.º do regulamento da CCI.

Ora, perante a falta de regulamentação legal surgiram várias questões, que nos propomos, na medida do possível, a dar resposta, tais como, poderá existir à semelhança do que acontece no processo civil na arbitragem voluntária uma duplicação processual? Será possível e concebível à luz da LAV o requerente requerer a inversão do contencioso? Pode o árbitro, atendendo ao circunstancialismo do caso em concreto e aos seus poderes, antecipar a decisão de mérito? Fará sentido a aplicação *strictu sensu* dos pressupostos previstos no processo civil ou será necessária uma adaptação ao contexto arbitral? Em caso de se admitir a aplicação da figura da inversão do contencioso, o que poderá o requerido fazer?

Não pretendo antecipar a resposta a estas questões, que nos acompanharam nos próximos subcapítulos, podemos desde já mencionar que estas questões não são tratadas no ordenamento jurídico interno ou mesmo a nível europeu ou internacional pelo que estamos perante uma tarefa que implicará, numa fase inicial, um revisitar à lei que regula a arbitragem voluntária e aos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizados e em seguida um estudo minucioso dos poderes que são conferidos aos árbitros e os seus limites.

## 8.1 Duplicação processual na arbitragem?

A inversão do contencioso surgiu, historicamente, para impedir que em certos casos a ação principal não seja uma mera repetição da tutela cautelar mesmo objeto, factos e prova sobrevivendo uma duplicação processual e um desperdício de meios destinados à resolução do litígio.

Tendo sido este o desiderato da introdução desta figura, antes de respondermos à indagação sobre se será admissível quer à luz da arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada ao requerente ou ao árbitro inverter o contencioso, logicamente e previamente encontramos outra questão que se prende com saber se atendendo ao panorama legal atual<sup>52</sup> na arbitragem poderá existir ou não uma duplicação processual entre a tutela cautelar e a ação principal.

Naturalmente, se a resposta a esta questão for negativa não fará qualquer sentido analisar qualquer das outras questões que fizemos alusão, nem sequer conceber a aplicação analógica desta figura a este meio alternativo de resolução de litígios.

A eventual existência de uma duplicação processual na arbitragem será apreciada e analisada por via da comparação, ou seja, veremos se, à semelhança do que outrora sucedia no processo civil, também na arbitragem o requerente mesmo atingindo com o decretamento da medida cautelar o efeito útil pretendido não está dispensado de intentar uma ação principal no tribunal arbitral.

Ora, basta uma simples leitura do art. 20.º da LAV e seguintes, e bem assim do art. 4.º do regulamento da CAC e do art. 28.º do regulamento da CCI, para chegarmos à conclusão que nos dias que correm quer as partes tenham optado por recorrer a um centro de arbitragem institucionalizado, ou constituído um tribunal arbitral para a resolução daquele litígio, os árbitros têm competência para decretar medidas cautelares.

Contudo, se no regulamento da CAC ou da CCI não existe qualquer limitação ou enunciação dos tipos ou finalidades das medidas cautelares que o árbitro pode decretar na LAV, nas als. a) a d) do n.º 2 do art. 20.º é feita uma enunciação das finalidades das providências cautelares pelo

---

<sup>52</sup> Para o efeito iremos atender à LAV e aos regulamentos do CCA e da CCI

que sendo aplicável esta lei caberá ao árbitro fazer uma análise da providência cautelar e verificar se a sua finalidade se subsume a alguma dessas alíneas.

Não existindo nos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada, CAC e CCI, qualquer limitação, então, significa isso que estes podem, à semelhança do que se prevê na al. c) do n.º 2 do art. 20.º da LAV, decretar medidas cautelares que possuam um carácter antecipatório<sup>53</sup>, isto é, que antecipem parte ou a totalidade dos efeitos que decorriam da procedência da ação.<sup>54</sup>

Existindo, como vimos a possibilidade de um tribunal arbitral *ad hoc* ou institucionalizado decretar medidas cautelares com natureza antecipatória, então, poderá suceder que pese embora a medida cautelar se revele suficiente para a tutela definitiva da pretensão do requerente este tenha de intentar de seguida uma ação principal, uma vez que não se prevê, pelo menos de forma expressa, a possibilidade de a medida compor de forma definitiva o litígio.

Esta ação que subsequentemente será intentada terá então, à semelhança do que sucedia no processo civil, o mesmo objeto, os mesmos factos e a mesma prova que outrora foi analisada e apreciada pelo árbitro ou juiz em sede de procedimento cautelar.

Atendendo ao que acima se expôs, podemos então afirmar que na arbitragem poderá também ocorrer uma duplicação processual entre a ação principal e o procedimento cautelar o que pelo menos, coloca em dúvida ou em cima da mesa a questão de saber se não se deveria introduzir uma figura, seja ela a inversão do contencioso ou outra desde que com a mesma finalidade, que admitisse que em determinados casos a medida cautelar compusesse de forma definitiva o litígio dispensando assim o requerente de intentar posteriormente uma ação principal.

## **8.2 Aplicação analógica da figura da inversão do contencioso à arbitragem?**

Podendo existir, como vimos, na arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada, uma duplicação processual entre o procedimento cautelar e a ação principal em virtude da ausência legal, pelo

---

<sup>53</sup> Cf. Mercereau, Ana Gerdau da Borja/ Cunha, Carolina Pita e Cunha/ Pires, Catarina Monteiro/ Martins, João Marques/ Ferreira, Mariana Martins - Costa e Dias Rui Pereira, *op. cit.*, p. 313 na qual, se refere “*em qualquer caso e sem prejuízos de algumas limitações, as quatro modalidades de providências previstas no art. 20.º são aptas a abranger diferentes tipos de providências, conservatórias ou antecipatórias*”.

<sup>54</sup> Para exemplos de medidas deste género ver p. 22 da presente dissertação.

menos de forma expressa, da possibilidade de a providência cautelar compor de forma definitiva o litígio, surge a dúvida de saber se se poderá aplicar, a este meio alternativo de resolução de litígios, a figura da inversão do contencioso.

De forma precipitada, e em razão da inexistência de uma disposição legal que tenha por epígrafe inversão do contencioso, ou que preveja uma figura semelhante com o mesmo fim, poderíamos ser levados a equacionar que estamos perante uma lacuna, isto é, perante uma “*incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste*”<sup>55</sup>.

Todavia, a identificação de uma lacuna na lei depende sempre de um juízo de prognose, ou escrito de outra forma, de uma tarefa de valoração, visto que “*só valorando se concluir se determinada ausência de disciplina contraria ou não o plano ou concepção do sistema jurídico*”<sup>56</sup>.

A tarefa de valoração para indagarmos da eventual existência ou não de uma lacuna na lei encetar-se-á com uma análise e interpretação aos preceitos legais previstos nos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada, CAC e CCI, que cuidam das providências cautelares.

O artigo 4.º do regulamento do CAC atualmente em vigor<sup>57</sup>, dispõe o seguinte “*1 – A adesão ao presente Regulamento envolve, salvo expressa convenção em contrário, a atribuição ao tribunal arbitral do poder de decretar providências cautelares e ordens preliminares. 2- O tribunal arbitral pode subordinar o decretamento de providência cautelar à prestação de garantia adequada pela parte a favor de quem é determinada, devendo fazê-lo no caso de ordem preliminar, a menos que considere inadequado ou desnecessário fazê-lo*”.

---

<sup>55</sup> Ascensão, José de Oliveira, *O Direito- Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, Almedina, 2013, p. 435 e 436

<sup>56</sup> *Ibidem*

<sup>57</sup> Neste momento, está em curso a reforma de vários instrumentos legais deste centro ao abrigo da Reforma 2020. Se o projecto publicitado no website for efectivamente aquele que vingará, então no plano do decretamento de providências cautelares não existe diferença de maior a salientar a não ser a possibilidade agora de o árbitro de emergência, decretar ordens preliminares.

O artigo 28.º no n.º 1 do Regulamento da CCI, recentemente alterado<sup>58</sup>, refere o seguinte “*A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O tribunal arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado.*”

Pese embora os dois preceitos legais transcritos sejam provenientes de dois centros de arbitragem institucionalizada diferentes, a sua redação é muito idêntica, ambos prevendo o sistema *opting out*, isto é, referem que não é necessária a consagração expressa desta competência na convenção de arbitragem em virtude de esta já resultar do próprio regulamento, e de seguida fazem alusão à possibilidade do tribunal arbitral poder subordinar o decretamento da medida à apresentação de garantias pela parte solicitante/requerente.

Contudo, apesar de os artigos apresentarem uma redação muito próxima existe uma especificidade, que deve ser apreciada, no art. 28.º n.º 1 parte final da CCI onde se menciona que “*A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado*”.

Ora, quando neste preceito legal se refere “*ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado*” parece, pelo menos à primeira vista, que se está a admitir a possibilidade de a providência cautelar compor de forma definitiva o litígio.

Todavia, para que não nos antecipemos e façamos um juízo interpretativo “*contra legem*” faremos à luz dos princípios basilares de interpretação uma análise uma vez que “*sem interpretação não se consegue nunca retirar o sentido que encerra*”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Em dezembro do ano passado foi feito, o lançamento oficial do novo regulamento que começou a ser aplicável desde 1 de Janeiro de 2021 a todas as arbitragens que sejam intentadas neste centro.

<sup>59</sup> Ascensão, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 392 e 396

O ponto de partida da interpretação tem sempre de passar pelo texto, “que é o veículo indispensável para a comunicação desse sentido”<sup>60</sup>.

Atentando então à letra desta norma, por último transcrita, parece que a medida cautelar solicitada sendo decretada pode adotar uma de duas formas, (i) tomar a forma de ordem procedimental fundamentada ou (ii) a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal considere adequado.

Contudo, a tarefa interpretativa que nos incumbe não pode apenas se cingir à letra é indispensável, ainda, e na medida do possível, reconstruir o pensamento legislativo atendendo ao elemento histórico, sistemático e teleológico.

O elemento histórico compreende as matérias conexas e interligadas com a história do preceito material da mesma ou de idêntica questão, as fontes da lei e os trabalhos preparatórios<sup>61</sup>.

A competência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares ao abrigo do regulamento da CCI surgiu logo no primeiro regulamento deste centro, em 1923, no art. XXXIX, al. c). A redação original deste preceito, apesar de reconhecer a competência para o tribunal arbitral decretar medidas cautelares, o que atendendo à data do regulamento e ao próprio contexto da arbitragem é algo inovador e pioneiro, não fazia alusão à possibilidade de a medida cautelar adotar a forma de uma sentença arbitral, esta possibilidade só foi introduzida no regulamento de 1998 no seu art. 23.<sup>o</sup> <sup>62</sup>.

Pese embora, e à semelhança do que sucede atualmente na al. v) do art. 2.<sup>o</sup> <sup>63</sup> da CCI, se defina sentença arbitral como se aplicando, *inter alia*, a uma sentença arbitral interlocutória, parcial, ou definitiva nos regulamentos de 2012, 2017 e 2021 em todos no art. 29.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 3 é feita alusão à possibilidade de, mesmo sendo decretada a medida cautelar pelo árbitro de emergência, e esta assumir a forma de sentença arbitral, independentemente da asserção que possa assumir, esta poderá ser modificada, revogada ou anulada pelo Tribunal arbitral.

---

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> Cf. Ascensão, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 412 a 418

<sup>62</sup> Art. 23.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 1 do Regulamento da CCI de 1998 “***Any such measure shall take the form of an order, giving reasons, or of an Award, as the Arbitral Tribunal considers appropriate.***”

<sup>63</sup> Art. 2.<sup>o</sup> regulamento da CCI de 2021 “(v) “award” includes, *inter alia*, an interim, partial, final, or additional award.”

Ora, a possibilidade e admissibilidade de o Tribunal Arbitral se “*debruce*” e reaprecie a medida cautelar decretada pelo árbitro de emergência, prevista no regulamento deste centro desde 1998, não parece impedir que a medida cautelar decretada pelo árbitro de emergência assuma a forma de sentença arbitral final e definitiva ainda que posteriormente possa ser reanalisada pelo tribunal arbitral. Na verdade, esta realidade não nos é estranha uma vez que é exatamente o que sucede quando o requerido intenta uma ação principal após o decretamento da medida cautelar e da inversão do contencioso por parte de um juiz, ou seja, o intuito desta ação principal é exatamente a de demonstrar, perante outro juiz que a decisão cautelar não devia ter uma vocação de definitividade. Analisado que está o elemento histórico, através da história e evolução do preceito material, art. 28.º n.º 1 do regulamento da CCI, continuemos esta tarefa de reconstrução do pensamento legislativo atendendo ao elemento sistemático.

O elemento sistemático “*compreende a consideração de outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma interpretada, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto da lei), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins (lugares paralelos)*”<sup>64</sup>.

Atentando ao corpo deste regulamento, logo no art. 2.º, que tem por epígrafe “*definições*”, na al. v), o legislador presenteia-nos com uma definição de sentença arbitral e, segunda esta, é abrangida pelo conceito o caso de uma sentença interlocutória, parcial ou definitiva. Para além deste existem outros preceitos em que se faz referência à sentença arbitral, como é o caso do art. 12.º n.º 9, ou do art. 27.º. No art. 12.º n.º 9, que regula a problemática da constituição do tribunal arbitral, a expressão “*sentença arbitral*” é utilizada para fazer referência à decisão definitiva, ou seja, estabelece-se que, no caso de as partes não chegarem a um acordo sobre a constituição do tribunal arbitral, em circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode apontar cada um dos membros para evitar o significativo risco de tratamento desigual e injustiça que pode afectar a validade da sentença arbitral. O mesmo acontece no art. 27.º, isto é, prevê-se que após o encerramento da última audiência ou após a apresentação da última manifestação relativa a questões a serem decididas pelo tribunal arbitral, este deverá dar por encerrada a instrução e informar a secretaria e as partes da data na qual pretende apresentar a minuta de sentença arbitral à Corte para aprovação.

---

<sup>64</sup> Neto Abílio, *Código Civil Anotado*, 19ª Edição Reelaborada, Janeiro/2016, p. 9

A estes três preceitos, arts. 2.º, 12.º n.º 9, 27.º, juntam-se outros tantos, como são exemplos os arts. 31.º a 36.º, uma vez que o regulamento possui um capítulo intitulado Sentença Arbitral. Nestes cinco preceitos, à semelhança dos anteriores, a expressão sentença arbitral é empregue na asserção de decisão final que compõe o litígio que opõe as partes, prevendo-se para o efeito, no art. 31.º, o prazo para prolação da mesma, no artigo subsequente da prolação da sentença arbitral, no art. 33.º a possibilidade de se as partes chegarem a um acordo este ser homologado e adotar a forma de sentença arbitral, no art. 34.º a necessidade de a sentença arbitral ser sujeita a um exame prévio e aprovada pela Corte e, por fim, nos últimos dois preceitos deste capítulo, são tratados aspectos como a notificação, depósito, execução, correção e interpretação e devolução da sentença arbitral.

Analizados os vários preceitos legais deste regulamento da CCI em que é utilizada a expressão sentença arbitral, para além do art. 28.º n.º 1 que estamos a interpretar, podemos dizer que à excepção do art. 2.º todos os outros normativos utilizam esta expressão para designar a decisão final e definitiva que dirime o litígio entre as partes.

Porém, como *supra* aludido, a reconstrução do pensamento legislativo não se basta com a apreciação do elemento histórico e sistemático a estes juntam-se outro o teleológico que se prende “*na razão de ser da norma (ratio legis), no fim visado pelo legislador ao editar a norma, nas soluções que tem em vista e que pretende realizar*”<sup>65</sup>.

A introdução, desde o regulamento da CCI de 2002, da parte final do art. 28.º n.º 1 em que se prevê que “*A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado*”, parece ter como intuito ou desiderato possibilitar e admitir que no caso de o tribunal arbitral considerar adequado atendendo, para o efeito e nomeadamente, à prova carreada ao procedimento cautelar pode a medida cautelar adotada tomar a forma de uma sentença arbitral definitiva.

Ora, terminada que está a nossa tarefa interpretativa tendo para o efeito atendido à letra do preceito legal e subsequentemente reconstruído o pensamento legislativo com recurso aos elementos histórico, sistemático e teleológico parece que o art. 28.º n.º 1 do regulamento da

---

<sup>65</sup> *Ibidem*

CCI admite a possibilidade de a medida cautelar compor de forma definitiva o litígio, em determinados casos, e desde que o tribunal arbitral o considere adequado.

Em razão da presença desta possibilidade, isto é, de a providência cautelar compor de forma definitiva o litígio podemos então afirmar que, pelo menos na arbitragem institucionalizada, não existe nenhuma lacuna que careça de ser integrada.

Passemos então ao tipo de arbitragem que se contrapõe a esta a arbitragem *ad hoc* para apurar se existe ou não uma lacuna.

O percurso para apurar da eventual existência de uma incompletude do sistema jurídico será semelhante ao percorrido anteriormente na arbitragem institucionalizada, ou seja, começaremos por analisar e interpretar os preceitos que cuidam das providências cautelares e ordens preliminares.

Como se avançou, outrora, no capítulo 3 o tribunal arbitral ao abrigo da lei n.º 63/2011 arts. 20.º a 29.º possui competência para decretar medidas cautelares quer estas possibilitem e prevejam ou não a audição da parte contrária.

Destes nove preceitos, restringimos a nossa tarefa interpretativa a três os arts. 20.º, 22.º e 24.º da LAV.

Começemos, então, pela letra do art. 20.º, no n.º 1, que, à semelhança do art. 28.º do CCI e 4.º da CCA, estabelece o sistema *opting out*, ou seja, prevê-se que, salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral pode decretar providências cautelares; o n.º 2, diversamente, enceta-se com uma definição de providência cautelar. Aí se refere que “*uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio*” e nas als. a) a d) elenca-se as finalidades dessa medida cautelar.

O artigo 22.º n.º1 atribui, salvo havendo acordo em sentido contrário, competência a este tribunal para o decretamento de ordens preliminares, medidas cautelares sem prévia audiência da outra parte, para que não seja frustrada a finalidade da medida solicitada. Nos n.ºs 2 e 3 estipula-se, primeiramente, que o tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação à outra parte crie o risco de a finalidade da medida

ser frustrada e, no n.º3, por sua vez, remete-se para o art. 21.º, para mencionar que os requisitos previstos neste preceito legal também são aplicáveis com as devidas adaptações às ordens preliminares.

Por fim, mas não menos importante, atentemos ao art. 24.º da LAV, que tem por epígrafe modificação suspensão, revogação e prestação de caução, assim e para o efeito no n.º1 prevê-se a possibilidade de o tribunal arbitral modificar, suspender ou revogar a providência cautelar ou ordem preliminar outrora decretada por um tribunal a pedido de qualquer uma das partes e, em circunstâncias excepcionais, nos n.ºs 2 e n.º3, cuida-se da prestação de caução, isto é, assiste ao tribunal arbitral a possibilidade de requerer a prestação de uma caução à parte que requeira o decretamento da providência cautelar ou ordem preliminar.

Atendendo ao elemento literal de cada uma destas disposições, podemos desde já antecipar que parece estar vedado à parte, ou mesmo ao tribunal arbitral, o decretamento de uma providência cautelar que tenha a vocação de definitividade. Contudo, e como vimos, a interpretação de qualquer disposição não se pode cingir apenas à letra é necessário reconstruir na medida do possível o pensamento do legislador através do elemento histórico, sistemático e teleológico.

Como se mencionou, a seu tempo, o decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral foi, até a aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 63/2012, um tema controvertido, que dividia a doutrina e jurisprudência. A nível histórico, os primeiros contributos para a evolução e solução desta controvérsia tiveram a sua génese, em 2009, o anteprojecto dirigido pela APA, a partir de um articulado redigido pelo Dr. Sampaio Caramelo. Contudo, e apesar de este anteprojecto ter sido endereçado e enviado a certas entidades para parecer, acabou por não ser remetido à Assembleia da República para aprovação.

Após eleição do novo parlamento, os trabalhos legislativos para a Nova Lei da Arbitragem Voluntária retomaram-se tendo por base o anteprojecto da APA. No final de 2010, deputados do CDS/PP apresentaram no parlamento um projecto para alteração da LAV de 1986. Este projecto de lei, bem como a proposta de Lei n.º 48/XI, foram aprovadas na generalidade; contudo, em virtude da dissolução deste órgão legislativo não houve lugar à aprovação do novo regime da arbitragem.

Em Setembro de 2011, o novo Governo apresentou na Assembleia da República um projecto de lei, baseado no segundo anteprojecto da APA, que foi aprovado e publicado na Lei n.º 63/2012 que contém em anexo a Nova LAV que está, até aos dias que correm, em vigor.

Ora, ao invés da proposta de Lei n.º 48/XI, que eliminou as ordens preliminares do capítulo das Providências Cautelares, no primeiro e no segundo anteprojecto, bem como na atual LAV, atribui-se ao tribunal arbitral a competência para, salvo estipulação em contrário, decretar providências cautelares e ordens preliminares, apesar de não se fazer referência à possibilidade de estas medidas comporem de forma definitiva o litígio.

Analisado o elemento histórico, passemos agora à análise do elemento sistemático que manda o intérprete considerar outros preceitos que regulam a mesma matéria, bem como a consideração de disposições legais que regulam problemas paralelos ou institutos afins.

O tema das providências cautelares e das ordens preliminares encontra-se regulado no art. 20.º a 29.º da LAV, socorrendo-nos destes preceitos legais podemos inferir que estas medidas cautelares são caracterizadas pelas notas da urgência, temporaneidade e transitoriedade visando vigorar até que haja lugar à prolação de uma sentença que venha compor de forma definitiva o litígio. Neste sentido, aponta de forma clara o n.º 2 do art. 20.º quando refere “*uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário*”. Às características avançadas, juntam-se ainda a modificabilidade, suspensão ou revogabilidade poderes estes que o tribunal arbitral detém e o permitem alterar a decisão outrora decretada ou emitida em sede de procedimento cautelar, pelo tribunal arbitral ou estadual, como se prevê no n.º 1 do art. 24.<sup>66</sup>. Analisados os vários preceitos legais aludidos parece pelo menos à primeira vista, com base no elemento sistemático que está vedado ao requerente requerer a inversão do contencioso.

A tarefa interpretativa, que ora nos ocupa, só se findará com a análise do elemento teleológico, que recomenda ao intérprete atender à *ratio legis*, isto é, à razão de ser, às soluções que foram tidas em vista e ao fim visado pelo legislador ao conceber estas normas.

Quanto à *ratio legis*, ou a razão de ser da introdução destes preceitos, parece ter sido naturalmente, e para além da introdução e regulamentação da possibilidade de decretamento

---

<sup>66</sup> Vicente, Dário Moura/Mendes, Armindo Ribeiro/ Júdice, José Miguel/ Andrade, José Robin de/ Lousa, Nuno Ferreira/ Nápoles, Pedro Metello de/ Vieira, Pedro Siza e Martins, Sofia, *op. cit.*, p. 90

pelo tribunal arbitral de medidas providências cautelares e ordens preliminares, também a de dar resposta à querela doutrinal e jurisprudencial que até então existia em razão da total omissão e regulação desta problemática na anterior LAV.

Concluída que está a nossa tarefa interpretativa, podemos mencionar que, pese embora o tribunal arbitral possua poderes para o decretamento de medidas cautelares, estas não podem ter uma vocação de definitividade, isto é, não podem compor de forma definitiva o litígio entre as partes, carecendo posteriormente de uma decisão final que dirima o litígio entre as partes<sup>67</sup>.

Ainda que não exista, por via da interpretação, um preceito legal que preveja a inversão do contencioso, ou uma figura semelhante com o mesmo fim, ou mesmo a menção da possibilidade de as medidas comporem de forma definitiva o litígio, não podemos ainda assim concluir que estamos perante um caso não regulado na lei, uma lacuna.

Visto que, como refere Oliveira Ascensão, a *“identificação de uma lacuna é dependente de uma tarefa valorativa, ou seja, só valorando se pode concluir se a omissão é contrária ou não ao plano ou concepção do sistema jurídico”*<sup>68</sup>.

Como refere Manuel Pereira Barrocas, quando falamos de arbitragem é necessário não olvidar determinadas ideias tais como *“o processo arbitral deve por natureza ser simples, direto à sua finalidade e o menos formal possível, ou dito de outro modo, apenas suficientemente formal até ao ponto que em que o cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral o exijam e o escopo final do processo e a vontade das partes expressa no momento e no local próprios - a convenção de arbitragem - o requeiram.”*<sup>69</sup>

Sendo a arbitragem, pois, caracterizada pelas notas da informalidade, simplicidade e direcionada para a finalidade última da obtenção de uma sentença final parece não contrair o plano ou a concepção deste sistema a não consagração específica da figura da inversão do contencioso ou de figura semelhante, ou seja, não estamos perante uma verdadeira e própria

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 78 a 82

<sup>68</sup> Cf. Ascensão, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 436

<sup>69</sup> Cf. Barrocas, Manuel Pereira, *A razão porque não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do processo civil*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75, III/IV p. 627

lacuna enquanto “*incompleição do sistema jurídico que contraria o plano deste*”<sup>70</sup> mas sim, perante um silêncio eloquente, que vai de acordo ao plano.

Em jeito de síntese, podemos então mencionar que inexistente quer na arbitragem *ad hoc* ou institucional uma lacuna, isto é, se na arbitragem institucionalizada como vimos se abre a “*porta*” à possibilidade o tribunal arbitral se assim o entender decretar uma medida cautelar e esta compor de forma definitiva o litígio, neste sentido aponta o n.º 1 do art. 28.º da CCI, ao invés na arbitragem *ad hoc* ainda que nada se estabeleça ou preveja sobre esta possibilidade isto não contraria o plano ou a concepção do sistema que é caracterizado pelas notas da informalidade e flexibilidade. Não existindo, portanto, uma lacuna nestas duas modalidades de arbitragem nada impede ou impossibilita uma das partes em requerer que a medida cautelar componha de forma definitiva o litígio entre as partes.

### **8.3 Pressupostos para que a medida cautelar componha de forma definitiva o litígio**

Inexistindo, na lei ou nos regulamentos dos centros de arbitragem, qualquer disposição que impeça ou vede a possibilidade de a medida cautelar compor de forma definitiva o litígio é, assim, concebível e racional que esta medida tenha essa vocação.

Tendo isto em conta, apresenta toda a acuidade prática e teórica nos debruçarmos sobre quais os pressupostos ou requisitos que terão que estar verificados para que o julgador possa dispensar o requerente de intentar subsequentemente uma ação principal, de que em regra a medida cautelar depende. Chamemos então para o efeito, à colocação os pressupostos previstos, no art. 369.º do CPC, para apurarmos da respectiva compatibilidade ou não com as concretas e específicas particularidades deste meio alternativo de resolução de litígios, a arbitragem.

O primeiro pressuposto elencado, no art. 369.º do CPC, prende-se com a apresentação de um requerimento por uma das partes para que a medida cautelar dirima definitivamente o diferendo que opõe as partes.

Este pressuposto e a respetiva adequabilidade à arbitragem será apreciada através de quatro grandes questões: Onde? Quem? Até quando? O quê? Ou, dito de outra forma, onde pode ser

---

<sup>70</sup> Cf. Ascensão, José de Oliveira, *op. cit.*, p.435

deduzido este requerimento? Quem pode deduzir este pedido? Até quando deve ser este requerimento apresentado? E, qual o conteúdo do requerimento?

Na arbitragem, como vimos, o pedido de decretamento de uma medida cautelar, providência cautelar ou ordem preliminar, pode ser deduzido num tribunal arbitral ou estadual daí que usualmente se refira que nesta matéria existe uma competência concorrente, mas será que esta mesma realidade pode ser replicada para a composição definitiva do litígio, isto é, será que à semelhança do que sucede nas providências cautelares este requerimento para dispensa do ónus de propositura da ação principal também pode ser deduzido num tribunal estadual ou arbitral cabendo à parte interessada a escolha?

Atendendo à análise, anteriormente realizada, quer à LAV quer aos regulamentos dos centros de arbitragem, cumpre sublinhar que não existe nenhuma disposição legal que impossibilite o requerente de intentar o requerimento no tribunal arbitral, quer no caso de estarmos perante um tribunal *ad hoc* ou arbitragem institucionalizada.

Mas será que este requerimento pode ser apresentado perante um tribunal estadual?

Poderíamos ser tentados a responder de forma precipitada e irrefletida, e defender que esta possibilidade está vedada, posto que tal implicaria uma violação da convenção de arbitragem, estando conseqüentemente a permitir que outro terceiro, que não um árbitro, como as partes pretenderam e regularam, dirimisse o litígio.

Ora, se por via de regra, são apontadas à arbitragem inúmeras vantagens, tais como a celeridade, maior especialização e confidencialidade não nos podemos olvidar que também subsistem inconvenientes ou desvantagens. Uma delas, e talvez a mais problemática e central, prende-se com a demora na constituição no tribunal arbitral.

Este inconveniente, como referido, é um dos argumentos invocados por uma parte da doutrina para justificar a competência do Tribunal Estadual para decretar estas medidas que a não existir, segundo esta fação doutrinal, poderia levar a situações de denegação da justiça e assim inconstitucionais por violação do princípio constitucional do acesso à justiça.

Parece, como de seguida se explicará, que este raciocínio deverá e poderá ser replicado em relação ao requerimento que visa a dispensa do ónus de intentar uma ação principal, não se vislumbrando razões subjacentes para distinguir estas duas situações.

Esta replicação é justificada por várias razões, tais como, (i) sendo intentado um procedimento cautelar o juiz terá sempre ainda que a título sumário e preliminar apreciar e decidir sobre o decretamento ou não desta medida cautelar pelo que conseqüentemente este estará mais apto a apreciar um requerimento com esta natureza (ii) admitir apenas e tão só o decretamento da medida cautelar pelo tribunal estadual e não a possibilidade deste mesmo órgão jurisdicional apreciar um requerimento que pretende que a medida cautelar componha definitivamente o litígio, implicaria indubitavelmente danos irreparáveis à economia processual (iii) complementarmente levaria a um pagamento em dobro, visto que o requerente para além de ter que suportar as custas e honorários do mandatário no tribunal estadual também o teria de fazer subsequentemente no tribunal arbitral.

No mesmo sentido, aponta Armindo Ribeiro Mendes que refere, a este respeito que “*O NCPC prevê a possibilidade de inversão do contencioso (...) e havendo convenção de arbitragem em vigor, a ação a propor contra o requerente há ser de apresentada após a constituição do tribunal arbitral*”<sup>71</sup>. Assim, segundo este autor um requerimento com esta natureza sendo intentado num tribunal estadual para além de não implicar uma violação da convenção de arbitragem também na eventualidade de posteriormente não ser intentada uma ação principal pelo requerido no tribunal arbitral isso não gerará a “*caducidade da convenção de arbitragem. Caberá ao requerido, se assim o entender, desencadear a ação principal, nos termos do art. 371.º do NCPC*”<sup>72</sup>.

Em jeito de síntese, podemos então mencionar que relativamente à questão *sub judice* se conclui que à semelhança do que sucede já com o pedido de decretamento de uma medida cautelar o pedido para inversão do contencioso pode ser deduzido no mesmo tribunal no qual se requereu o decretamento da providência, ou seja, num tribunal estadual ou arbitral.

---

<sup>71</sup> Mendes, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2010, p. 163

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 162

Respondida esta primeira grande indagação, passemos então para a seguinte que está relacionada com quem tem legitimidade para deduzir este requerimento.

No âmbito do Processo Civil, estabelece-se de forma expressa e inequívoca que quem deve formular este requerimento é somente e apenas a parte interessada, isto é, o requerente da medida cautelar. Na arbitragem, este entendimento também é válido, e bastará para chegar a esta mesma conclusão, atentar no art. 20.º da LAV, e 28.º e seguintes da CCI e 4.º da CAC, visto que em todas se faz referência a uma medida cautelar requerida pela parte interessada, assim, e por maioria de razão, não havendo norma que impeça a dedução de um pedido com este desiderato, deverá também ser este mesmo sujeito processual a formular o requerimento a ser intentado no tribunal estadual ou arbitral.

Mais controverso será, porém, conceber e equacionar porventura a admissibilidade de o juiz ou o árbitro oficiosamente, isto é, atendendo à prova carreada ao processo e à convicção que conseguiu formar, ainda que assente numa análise sumária, decidirem, sem que lhes tenha sido requerido pela parte interessada, que a medida cautelar tenha uma vocação de definitividade.

Neste momento, e podendo como vimos a propósito da primeira questão este requerimento ser deduzido em tribunal estadual ou arbitral, ter-se-á que se equacionar estas duas sub-hipóteses, *primo* se poderá o juiz decretar oficiosamente e *secundus* se o árbitro o pode fazer.

Ora, sendo o pedido de decretamento de uma medida cautelar intentado em tribunal estadual, o juiz ainda que adquira a convicção segura da existência do direito que o requerente se arroga titular e a natureza da providência cautelar seja adequada a compor o litígio de forma definitiva está impedido de decretar *ex officio* que a medida cautelar venha a compor de forma definitiva o litígio ou mesmo formular um convite ao requerente para este vir apresentar um requerimento<sup>73</sup>.

A segunda sub-hipótese, que se prende com a possibilidade de o árbitro oficiosamente decretar que a medida cautelar dirima o litígio de forma definitiva, será analisada e ponderada por via da apreciação e análise dos poderes do alcance e da extensão dos mesmos.

---

<sup>73</sup> Ac. do TRL de 20.11.2014 proc. n.º 1972/13.0TVLSB.LI-2

Os poderes e deveres dos árbitros decorrem da lei/regulamentos e do contrato, pelo que será necessário para determinação do alcance destes poderes atender a estas duas fontes.

Via de regra na convenção de arbitragem as partes não condicionam ou limitam os poderes dos árbitros só estando estes porquanto limitados pelas normas imperativas que decorrem da lei, como é o caso do art. 30.º da LAV.

Desde logo, na arbitragem *ad hoc*, os poderes dos árbitros estão sujeitos aos princípios fundamentais previstos no n.º1 do art. 30.º da LAV, e às demais normas imperativas constantes da LAV e não só.

Ora, no n.º1 do art. 30.º da LAV, como referido, encontram-se elencados os princípios fundamentais, entre eles o direito ao processo equitativo ou *due process*, os quais devem imperiosamente ser respeitados sob pena de a sentença arbitral ser anulável. Para além do princípio do *due process* existem outros mais refletidos noutras normas da LAV, que também deverão ser observados durante o processo arbitral como é o caso do princípio do dispositivo e do dever de fundamentação.

Ora, parece pois que nada impede, salvo convenção em contrário, o árbitro de oficiosamente determinar que a medida cautelar tenha uma vocação de definitividade, carecendo porém a sentença que decretar a medida cautelar e subsequentemente determinar oficiosamente a dispensa do requerente de intentar uma ação principal de respeitar os requisitos formais previstos na lei ou no regulamento do centro de arbitragem, nomeadamente, o dever de fundamentação.

A este respeito, é necessário ainda acrescentar que se houver lugar ao decretamento de uma ordem preliminar e o árbitro, por iniciativa própria, determinar que esta tem uma vocação de definitividade, deverá este notificar o mais prontamente quanto possível o requerido.

Contudo, e pese embora este decretamento oficioso não esteja vedado ao árbitro, atendendo à lei e aos regulamentos dos centros de arbitragem, arriscamo-nos a dizer que não será viável nem desejável atendendo à prática comum e habitual nos tribunais arbitrais que o árbitro o determine sem que previamente consulte as partes ou a parte.

Respondidas que estão as primeiras duas questões, onde e quem, passemos então à terceira questão, isto é, quando ou até quando deverá ser deduzido este requerimento.

Este requerimento deverá ser intentado, no tribunal estadual ou arbitral, até ao encerramento da audiência final, de acordo com o n.º 2 do art. 369.º do CPC. Por conseguinte, pretendendo o requerente ser dispensado do ónus de intentar a ação principal, não está adstrito a interpor *ab initio* este requerimento, podendo requerê-lo até ao encerramento da audiência final, por via de um requerimento autónomo.

Assim, e à semelhança do que sucede no Processo Civil, se o procedimento cautelar admitir contraditório prévio, este requerimento deve ser formulado até ao encerramento da audiência final, ou seja, após “*a produção das provas requeridas pelas partes ou oficiosamente pelo tribunal e subsequente apresentação das alegações orais pelos advogados*”<sup>74</sup>. Ao invés, se estivermos perante uma ordem preliminar, isto é, uma medida cautelar que não admite a possibilidade de audiência prévia do requerido este requerimento deve ser apresentado no tribunal até ao final da audiência final em que tenham sido analisadas as provas apresentadas pelo requerente, isto é, no momento imediatamente anterior à decisão de decretamento da medida cautelar<sup>75</sup>.

*Conditio sine qua non* para a dedução deste requerimento é precisamente não estar pendente uma ação principal, isto é, que o requerente não tenha previamente ao pedido de decretamento da medida cautelar, em tribunal arbitral ou estadual, tenha intentado uma ação principal no tribunal arbitral. É que como bem refere Marco Carvalho Gonçalves “*destinando-se esse pedido a dispensar o requerente do ónus de propor uma ação principal de que o procedimento cautelar dependeria, seria absolutamente contraditório e inútil requerer-se (...) estando uma ação principal já pendente*”<sup>76</sup>. Exatamente pelas mesmas razões, está o requerente impedido de, já tendo deduzido um requerimento com esta finalidade, seguida intentar uma ação principal “*já que não pode estar simultaneamente pendente um procedimento cautelar no qual o requerente solicita, (...) a transformação da tutela cautelar e tutela definitiva e uma ação destinada a obter esta mesma tutela definitiva*”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Gonçalves, Marco Carvalho, *op. cit.*, p. 162

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 162

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 163

<sup>77</sup> Cf. Ac. do TRL de 13.10.2016, proc. n.º 2015/13.0TVLSB-D.L1.-2

Em síntese, no que se concerne a esta terceira grande questão, podemos então referir que este pedido apesar de não ter de ser deduzido pela parte interessada *ab initio*, isto é, conjuntamente com a o pedido de decretamento da medida cautelar, tem como limite temporal o encerramento da audiência final, sendo, porém, *conditio sine qua non* deste que não esteja pendente ação principal destinada a obter esta mesma tutela definitiva.

Analisadas e respondidas as primeiras três grandes questões para apuração da compatibilidade e adequabilidade deste primeiro pressuposto, passemos então para a quarta questão que se prende com o conteúdo do requerimento.

Este requerimento, destinando-se a dispensar o requerente de intentar uma ação principal deve porquanto conter “*razões de facto e de direito que possibilitam e convenção o julgador de que as matérias e a prova carreadas aos autos do procedimento cautelar são mais do que suficientes para a formação de uma convicção segura quanto à existência do direito, bem como que a natureza da providência cautelar é adequada a permitir a composição definitiva do litígio*”<sup>78</sup>.

Atendendo, ao *supra* exposto, mostra-se indispensável que a parte interessada deduza um requerimento até ao encerramento da audiência final que contenha todas as razões de direito e de facto que promovam e convenção o julgador de que a medida cautelar é apta e adequada a compor de forma definitiva o litígio, à semelhança do que sucede no Processo Civil, ou ao invés, e agora distanciando-se do que sucede no Processo Civil, que o árbitro *ex officio* atentando à prova carreada aos autos do procedimento cautelar e tendo adquirido a convicção segura da existência do direito que o requerente se arroga titular o determine.

A este primeiro pressuposto, que como vislumbramos deve ser adaptado às concretas especificidades da arbitragem no sentido de se admitir que o árbitro em certas circunstâncias possa oficiosamente dispensar o requerente de intentar ação principal junta-se outro consagrado no n.º 1 do art. 369.º do CPC que se prende com a convicção segura do julgador da existência do direito.

---

<sup>78</sup> Cf. Gonçalves, Marco Carvalho, *op.cit.*; p. 159

Significa isto então que independentemente de este requerimento ter sido deduzido no tribunal arbitral ou estadual é premente e indispensável que o julgador adquira a convicção segura da existência do direito que o requerente se arroga titular. Dito de outro modo, a vocação de definitividade da medida cautelar não se basta, ao contrário do que sucede tradicionalmente na tutela cautelar, com uma probabilidade séria da existência do direito ou verossimilhança quanto à existência do direito alegado (*fumus boni iuris*), al. a) do n.º1 do art. 21.º da LAV, para que haja lugar à dispensa do ónus de propositura da ação principal é necessário que o árbitro ou o juiz adquira uma convicção segura acerca da existência do direito que o requerente visa tutelar<sup>79</sup>

80.

Ilustrativa da distinção desta exigência é a seguinte citação “*o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência cautelar se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da ação*”<sup>81</sup>.

A estes dois pressupostos, junta-se outro igualmente previsto no corpo do n.º 1 do art. 369.º do CPC, o qual exige que a natureza da providência cautelar seja adequada à realização da composição definitiva do litígio. Este terceiro pressuposto pretende salientar a ideia de que só pode ser concedida a dispensa da propositura da ação principal ao requerente nas situações em que a tutela cautelar seja suscetível de substituir a tutela definitiva mediante uma convalidação *ex lege*.

Esta convalidação só é possível nas providências cautelares que antecipam parte ou a totalidade dos efeitos que emergiriam da procedência da ação, estamos pois claro a falar das providências cautelares que se denominam em Processo Civil de providências cautelares antecipatórias. Como vimos, ao contrário do que sucede no Processo Civil, em que, usualmente, se distingue as providências cautelares em antecipatórias ou conservatórias, atendendo à finalidade que as medidas cautelares se destinam a atingir, na arbitragem esta distinção não é efetuada.

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 159 a 161

<sup>80</sup> A este respeito Rita Lynce de Faria, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, critica esta solução, visto que assenta a decisão numa “convicção segura” que “*pode ser contrariada por uma outra decisão posterior sobre o mesmo objeto*”.

<sup>81</sup> Cf. Sousa, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão do contencioso*, paper publicado no site do IPPC, disponível em: [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/PCN\\_MA\\_25215.pdf](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf), p.10

Na LAV, o no n.º 2 do art. 20.º, apenas se elenca uma lista taxativa das finalidades que as providências cautelares podem prosseguir, já no art. 28.º da CCI e no art. 4.º do CAC só se prevê a possibilidade de a pedido de uma das partes serem decretadas providências cautelares.

Significa isto então que nestas duas modalidades de arbitragem, *ad hoc* e institucionalizada, o árbitro ou o juiz não se encontram limitados ou circunscritos a decretar as medidas cautelares previstas em Processo Civil podendo decretar tantas mais quanto aquelas que são permitidas à luz do quadro legal em questão, isto é, se estivermos no domínio da arbitragem voluntária, o árbitro ou o juiz pode decretar todas as medidas cautelares desde que se encontrem abrangidas pela previsão legal do n.º 2 do art. 20.º da LAV, já na arbitragem institucionalizada e pelo facto de nas disposições legais *supra* mencionadas só se fazer alusão à possibilidade de serem decretadas providências cautelares o julgador não está condicionado ou limitado a qualquer modalidade ou finalidade da medida cautelar que é passível de ser por este decretada.

Ora, não existindo nos regulamentos dos centros de arbitragem qualquer limitação ou condicionante, pode o árbitro ou o juiz decretar medidas cautelares que antecipem parte ou a totalidade dos efeitos que resultariam da procedência da ação e, portanto, passíveis de compor, se assim for requerido, ou se o árbitro *ex officio* o determinar, de forma definitiva o litígio. O mesmo sucede na arbitragem *ad hoc*, ou seja, apesar de se apresentar uma lista de fins nas várias als. do n.º 1 do art. 20.º que as providências cautelares visam alcançar, numa dessas alíneas, a al. c), a doutrina tem integrado as denominadas providências cautelares antecipatórias.

Atendendo ao acima exposto podemos então, a título exemplificativo referir que o requerente tem a faculdade de requerer num tribunal arbitral ou estadual ou em alternativa o árbitro oficiosamente, determinar que não só existem razões para a suspensão de uma deliberação social como também e desta vez atendendo à prova carreada aos autos e à natureza da providência, decretar a inversão do contencioso.

Chamados à colação todos os pressupostos previstos no âmbito do Processo Civil, para apreciar a sua adequabilidade e adaptabilidade às especificidades e particularidades da arbitragem, em síntese, podemos então afirmar que pode haver lugar à dispensa da propositura da ação principal, em sede de arbitragem, sempre que estejam verificados cumulativamente os seguintes pressupostos: que haja uma convicção segura da existência do direito que o requerente se arroga titular, que a providência cautelar tenha a natureza adequada para compor de forma definitiva

o litígio e, por fim, que o requerente, através de requerimento dirigido ao tribunal estadual ou arbitral, o requeira até ao encerramento da audiência final ou imediatamente antes da decisão de decretamento ou que o árbitro o determine oficiosamente.

#### **8.4 As opções do requerido face à dispensa do ónus do requerente intentar uma ação principal**

Havendo lugar à dispensa do ónus do requerente intentar a ação principal, por estarem verificados todos os pressupostos necessários para o efeito, esse ónus não se dissipa ou desaparece pura e simplesmente se transfere para o requerido.

Transferindo-se o ónus para o requerido por seu turno a este sujeito processual é reconhecido uma panóplia de vias de reação. A primeira é simplesmente o requerido nada fazer, isto é, não intentar no tribunal arbitral a ação arbitral; todavia, como a dedução desta ação, constitui um verdadeiro e próprio ónus na sua asserção jurídica então isso implicará, conseqüentemente, que este sujeito processual terá que suportar na sua esfera jurídica a desvantagem que lhe está associada e que se traduz na composição definitiva do diferendo por via da medida cautelar decretada.

Contudo, a omissão da dedução da ação arbitral é uma prerrogativa reconhecida ao requerido pelo que, como bem refere, Armindo Ribeiro Mendes a este respeito, tal “*não implica a caducidade da convenção de arbitragem*”<sup>82</sup>.

Se, ao invés, o requerido não almejar suportar na sua esfera jurídica esta desvantagem então ter-se-á que distinguir consoante tenha existido ou não contraditório prévio do requerido, isto é, se a medida cautelar decretada é uma providência cautelar ou uma ordem preliminar.

Se no procedimento cautelar se prever o contraditório prévio do requerido, a oposição ao pedido de a medida cautelar ter uma vocação de definitividade terá lugar em função do momento em que o pedido foi deduzido.

---

<sup>82</sup> Mendes, Armindo Ribeiro, *op.cit.*; p. 162

Assim, se o pedido foi deduzido conjuntamente com o pedido de decretamento da medida cautelar, isto é, *ab initio*, o requerido deverá a contestar no articulado de oposição. Se, porventura, este pedido for formulado antes do encerramento da audiência final, a oposição deverá ser apresentada no próprio ato ou no caso de ter sido requerido por via de requerimento autônomo no prazo geral de 10 dias após a notificação deste requerimento.

Para além destas duas hipóteses, que são semelhantes às previstas no Processo Civil, na arbitragem e atendendo aos poderes e ao alcance dos mesmos o árbitro pode *ex officio* o determinar, apesar de como avançamos nos parecer ser aconselhável e recomendável que antes de o determinar consultar as partes. Ora, a existir esta consulta prévia deve o requerido nesse momento se opor apontando razões de facto e de direito que justifiquem que a medida cautelar não tenha esse desiderato, porém a não existir o requerido deverá assim que lhe chegar ao seu conhecimento se opor intentando a ação arbitral. Ao invés, se não se previr a audiência prévia do requerido, este tem a possibilidade de se opor a esta dispensa conjuntamente com a impugnação da medida cautelar.

Questão interessante, que não poderia deixar de ser tratada, é a seguinte: sendo um dos pressupostos para a medida cautelar compor de forma definitiva o diferendo a existência de uma convicção segura acerca da existência do direito e podendo o requerimento ser intentado em tribunal arbitral e decidida ou decretada *ex officio* pelo árbitro ou árbitros, como será possível, ou mesmo concebível, posteriormente o requerido deduzir a ação arbitral nesse mesmo tribunal e então poder esse mesmo tribunal chegar no limite a uma decisão diametralmente oposta e revogar a providência cautelar decretada e bem assim a suposta definitividade da mesma?

Se atendermos às soluções experimentadas na prática e consagradas na LAV e bem assim nos regulamentos dos centros de arbitragem, podemos verificar que o cenário de o mesmo árbitro ou árbitros apreciarem uma decisão por eles outrora proferida, não é algo inovador ou mesmo incomum. Ilustrativo disto mesmo, em sede de tutela cautelar arbitral, temos na LAV o art. 24.º no qual se atribuir a possibilidade de, a pedido de qualquer das partes ou por iniciativa do próprio tribunal arbitral, este modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou ordem preliminar que haja sido decretada ou emitida, e bem assim no art. 5.º do CAC e art. 29.º da CCI, apesar de neste último a modificação ou a anulação da medida cautelar só ser concebível se for levada a cabo pelo tribunal arbitral e não pelo árbitro de emergência.

Não parece, portanto, impraticável que, em sede de arbitragem, o mesmo árbitro ou árbitros que constituem um tribunal arbitral revejam e apreciem uma decisão por estes antes proferida.

Preponderante, porém, será para a modificação desta decisão que o requerido que intente a ação arbitral ofereça provas irrefutáveis que corroborem e atestem que não existe o direito que o requerente se arroga titular tendo assim em vista, no fundo, abalar a convicção segura da existência do direito outrora formada, mesmo que isso implique e signifique apenas e somente uma revogação parcial da decisão em que se determinou a composição da tutela definitiva através daquela medida cautelar e a manutenção ou conservação do decretamento da medida cautelar.

## Conclusão

A figura da inversão do contencioso introduzida no Processo Civil, em 2013, veio possibilitar que em determinados casos e desde que as *condittiones* estejam verificadas que a providência cautelar possa compor de forma definitiva o litígio.

Sendo a indagação central e fulcral desta dissertação averiguar a possibilidade de se aplicar esta figura à arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada, para o efeito, analisámos os regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada e a LAV, incluindo para determinar os poderes dos árbitros e os seus limites.

Percorridas para o efeito todas as fontes legais que nos podíamos socorrer para avistar e vislumbrar a resposta a esta questão, podemos então referir, que, pese embora não se preveja de forma clara e expressa na LAV, ou nos regulamentos do CAC ou da CCI, essa possibilidade, não parece ser de vedar às partes, ou seja, podem as partes mesmo tendo celebrado uma convenção de arbitragem, à semelhança do que sucede no Processo Civil, desde que previamente a intentarem uma ação arbitral principal requerer o decretamento de uma medida cautelar e solicitar que esta componha de forma definitiva o litígio.

Todavia, e à semelhança do que sucede no decretamento de providências cautelares, aqui também nos parece possível, assim como uma parte da doutrina<sup>83</sup>, que a parte requeira a dispensa do ónus de propositura da ação principal num tribunal estadual.

Cabe assim à parte, sendo essa a sua intenção, optar entre requerer a dispensa do ónus de intentar a ação principal no tribunal estadual ou arbitral.

Contudo, se no Processo Civil só a parte interessada tem legitimidade para deduzir um requerimento com este desiderato, na arbitragem, atendendo aos poderes e aos limites dos mesmos, parece que o árbitro oficiosamente também o poderá decretar. Sendo, nesse caso, quanto a nós, preferível que antes de o fazer consulte as partes e lhes confira a possibilidade de se pronunciarem a esse respeito.

---

<sup>83</sup> Cf. Mendes, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, p. 162 e 163

## Bibliografia

- Andrade, Manuel A Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, Coimbra Editora;
- Ascensão, José de Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 2013, 13ª Edição Refundida, Almedina;
- Barrocas, Manuel Pereira, *A razão porque não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do processo civil*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75, III/IV;
- Faria, Rita Lynce de, *Apreciação da Proposta de Inversão do Contencioso Cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*;
- Fonseca, Isabel, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, 2009, Coimbra Editora;
- Gonçalves, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, 2019, 4ª Edição, Almedina;
- Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2018, 3ª Edição, Reimpressão, Almedina;
- Kolher, Gabrielle Kaufman/ Ricoszi, Antonio, *International Arbitration Law and practice in Switzerland*, 2015, Nova Iorque, Oxford;
- Fouchard, Philippe/Gaillard, Emanuel/ Goldman, Berthold, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer Law Internacional, Haia;
- Malheiro, Gonçalo, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para o Decretamento de Providências Cautelares*, 2008, Vida Económica;
- Mendes, Armindo Ribeiro Mendes, *As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2009, Almedina, APA;
- Mendes, Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2010;
- Mercereau, Ana Gerdau da Borja/ Cunha, Carolina Pita e Cunha/ Pires, Catarina Monteiro/ Martins, João Marques/ Ferreira, Mariana Martins - Costa e Dias Rui Pereira, *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, 2020, Volume I, Almedina;
- Monteiro, António Pinto/ Silva, Artur Flamínio da e Mirante, Daniela, *Manual de Arbitragem*, 2019, Almedina;
- Neto Abílio, *Código Civil Anotado*, 2016, 19ª Edição Reelaborada, EDIFORUM;

- Freitas, José Lebre de Freitas e Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, 2017, 3ª Edição, Vol. II, Almedina;
- Pedro Caetano, VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, *Intervenção, Arbitragem e Algumas Notas*, 2013, Almedina;
- Raposo, Mário, *Estudos sobre a Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, 2006, Almedina;
- Sousa, Miguel Teixeira de, *As providências cautelares e a inversão do contencioso*, paper publicado no site do IPPC, disponível em: [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/PCN\\_MA\\_25215.pdf](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf);
- Vicente, Dário Moura,/Mendes, Armindo Ribeiro/ Júdice, José Miguel/ Andrade, José Robin de/ Lousa, Nuno Ferreira/ Nápoles, Pedro Metello de/ Vieira, Pedro Siza e Martins, Sofia, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2018, 3ª Edição Revista e Atualizada, Almedina e APA;
- Xavier, Rita Lobo, Folhadela, Inês e Costa, Gonçalo Andrade, *Elementos de Direito Processual Civil - Teoria Geral Princípios Pressupostos*, 2018, 2ª Edição, Universidade Católica Editora Porto;
- Yesilimark, Ali, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005 The Hague, Kluwer Law;