

NOTA PRÉVIA

Este trabalho corresponde, no essencial, à dissertação de doutoramento em Direito, discutida na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa no dia 17 de fevereiro de 2022, perante um júri constituído pelos Senhores Professores Doutores Isabel Vasconcelos, que presidiu, Rita Lynce de Faria e António Pedro Pinto Monteiro, que arguiram, Dário Moura Vicente, Rui Medeiros, Rui Pinto Duarte, Agostinho Guedes e Rita Lobo Xavier. Além de agradecer a todos os membros do júri, realço a relevância para esta publicação da discussão, críticas e sugestões feitas pelos Arguentes e também pelo Senhor Professor Doutor Dário Moura Vicente, que motivaram alguns aditamentos e emendas ao texto original da dissertação.

A publicação deste trabalho encerra uma longa viagem que, embora eminentemente solitária, não teria chegado a bom porto sem a presença e o contributo de diversas pessoas e entidades a quem é devida uma palavra de agradecimento.

A primeira palavra é dirigida à Senhora Professora Doutora Rita Lobo Xavier, que me concedeu o privilégio da orientação da dissertação. Embora muito significativa, esta é apenas mais uma entrada num saldo devedor de agradecimentos: desde que numa revisão de prova da licenciatura, na disciplina de Direito Processual Civil, me apelidou “*processualista*”, antecipando o futuro, à possibilidade de lecionar, sob a sua regência, essa e outras disciplinas, foram vários os momentos em que pude aprender com o seu exemplo de dedicação aos alunos, rigor científico, profissionalismo e frontalidade. Além desses exemplos, devo agradecer à Professora Doutora Rita Lobo Xavier, de forma mais objetiva, todo o tempo e esforço dedicados à orientação deste trabalho, que muito beneficiou das suas várias intervenções

ao longo do percurso em que me confrontou criticamente, de forma pedagógica, mas assertiva, com diversas insuficiências e dificuldades que fui tentando ultrapassar.

É devida também uma palavra de agradecimento à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, na pessoa do Senhor Professor Doutor Manuel Fontaine Campos e ao Centro de Estudos e Investigação em Direito, na pessoa da Senhora Professora Doutora Sofia Pais, pelas facilidades e condições que me foram concedidas para a realização da dissertação, enquanto docente e investigador.

Agradeço também à sociedade de advogados Uría Menéndez – Proença de Carvalho, na pessoa dos sócios do Departamento de Contencioso, o apoio e compreensão demonstrados durante a fase de investigação deste trabalho. A recolha de bibliografia sobre arbitragem que as diversas estadias no escritório de Madrid proporcionaram revelou-se fundamental. Neste particular, um agradecimento especial é devido à Florbela Esteves Bessada, pela hospitalidade e, acima de tudo, pela amizade.

O caminho que se trilha para um trabalho desta natureza é pleno de momentos de descoberta. Uma das mais valiosas neste percurso foi certamente a do encontro com o Doutor Nuno Sousa e Silva, colega do Curso de Doutoramento. Além da amizade e companheirismo, agradeço ao Doutor Nuno Sousa e Silva o incentivo constante e os conselhos, bem como o benefício que para este trabalho foi poder dialogar com uma mente jurídica de recorte excecional.

Agradeço também ao Doutor António Pedro Pinto Monteiro, a pronta disponibilidade com que acedeu e disponibilizou bibliografia relevante durante a fase da investigação, longe de saber que viria a arguir a tese, bem como, já depois das provas públicas de doutoramento, o incentivo e apoio à sua publicação.

Não podendo individualizar todos aqueles que, por integrarem um círculo dos que me são próximos (mesmo que fisicamente longe), contribuíram de forma indireta para esta obra ou foram afetados pelas ausências que a sua realização implicou, devo deixar um agradecimento expresso à Joana e ao Rafael, à Liliana e ao Gabriel e à Vanessa e ao David, pela disponibilidade e auxílio de natureza diversa que me prestaram ao longo deste percurso. Agradeço também a todos os colegas e amigos que fizeram questão de estar presentes no dia das provas públicas de doutoramento, contribuindo assim para um dia único e de feliz memória.

Restam aqueles em relação aos quais, por vezes, deixo a palavra de agradecimento silente, por ser pressuposta.

À Luísa, tenho que agradecer todo apoio, carinho, paciência e compreensão. Em particular, agradeço ter aceitado partilhar com este trabalho não só a maior parte do meu tempo disponível nos últimos anos, como também o espaço físico em que vivemos e, por força das contingências da presente época, trabalhámos. Esse espaço, que parecia pequeno para dois, cresceu pela magia da chegada do nosso filho Tomás, a quem agradeço o temperamento ameno e a companhia tranquila durante dias e noites de trabalho. Ambos ficam credores da dedicatória de uma obra futura.

Por fim, agradeço aos meus Pais, a quem este trabalho é dedicado. Sobram as palavras para quem me mostrou que o gesto altruísta é tudo, na esperança de que saibam que sigo o seu exemplo e procuro oferecer-lhes motivos de orgulho, em tudo o que faço e sou. Espero que este trabalho possa também cumprir esse propósito.

Fânzeres, 1 de abril de 2022.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto os poderes de fixação das regras processuais atribuídos às partes e ao tribunal arbitral no âmbito da Arbitragem Voluntária.

A evolução do Direito da Arbitragem demonstra que a solução mais adequada e eficiente no plano da definição das regras do processo arbitral não passa por impor regras detalhadas, nomeadamente as que vigoram nas legislações processuais nacionais. De facto, assume-se como característica fundamental da arbitragem a atribuição de autonomia às partes para estabelecer as regras processuais a seguir no seu concreto processo arbitral ou, caso as partes não exerçam tal opção, atribuir ao tribunal arbitral essa faculdade, sempre dentro dos limites do *due process of law*. Este regime, simples na sua enunciação, convoca, porém, diversas questões. Esta tese pretende analisar esse regime e responder a algumas dessas questões.

O estudo parte de um enquadramento geral da função jurisdicional exercida através do processo arbitral, a designada função arbitral. Caracterizado o exercício desta função pelo tribunal arbitral, sob a égide da autonomia privada e do direito ao processo equitativo, avança-se para a análise dos poderes de fixação das regras do processo arbitral pelas partes (*autonomia processual*) e pelo tribunal arbitral (*discricionariade processual*) e dos pressupostos, formais e substantivos, que lhes estão subjacentes.

A conformação processual permitida é apenas aquela que respeite determinados limites, que constituem o critério de aferição da admissibilidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico das regras processuais fixadas pelas partes e pelo tribunal. Além da análise desses limites, abordam-se as consequências da sua violação e os meios de reação disponíveis, quer no âmbito do processo arbitral, quer junto dos tribunais estaduais.

Entre as possibilidades de conformação processual, a fixação das regras probatórias é exemplo paradigmático de como o regime pode garantir eficiência e eficácia processuais. Por esse motivo, para ilustrar o funcionamento do regime, aprofunda-se a matéria dos poderes de fixação das regras probatórias e analisa-se em que medida poderão ser utilizados meios de produção de prova conhecidos noutros ordenamentos jurídicos e de utilização frequente no âmbito da arbitragem internacional. Através da caracterização desses meios de prova e da apresentação das respetivas vantagens e desvantagens, tenta-se perceber que relevância e utilidade poderá ter a fixação de regras probatórias que os introduzam nas arbitragens internas em Portugal.

Palavras-chave: arbitragem, processo arbitral, regras de processo, autonomia privada, processo equitativo, autonomia processual, discricionariedade processual; produção de prova.

ABSTRACT

This thesis focuses on the powers of parties and arbitrators to set forth the procedural rules within Voluntary Arbitration.

The evolution of Arbitration Law reveals that the most suitable and efficient solution on procedural rules within arbitral proceedings is not the definition of clearly detailed rules, namely those established by national procedural laws. Party autonomy to agree upon the procedural rules governing their arbitral proceedings is a key feature of arbitration, as well as, if the parties do not exercise such powers, to provide arbitrators discretion to set the procedural rules, in any case always within the due process of law. This system, despite its simple traits, raises several questions. This thesis envisages to analyse the system and provide answers to some of those questions.

The study sets off from the framework of the jurisdictional function exercised through the arbitral proceedings, the so-called arbitral function. Once this function is duly characterized, within the scope of party autonomy and due process, this work moves forward to address the powers granted to the parties to set the procedural rules (*procedural autonomy*) and the powers granted to arbitrators (*procedural discretion*), as well as their formal and substantial underlying requirements.

This procedural conformation is only allowed if it is exercised within certain limits, that set the criteria for the legal admissibility and compliance of the procedural rules established by the parties or the arbitrators. In addition to analysing such limits, this thesis considers the consequences of their infringement and the available means to react, whether within the arbitral proceedings or through state courts.

Amongst the possibilities of procedural conformation, the definition of rules of evidence is a clear-cut example as to how this system may induce procedural efficiency. Thus, to exemplify this system proper functioning, the powers to determine rules of evidence are further analysed, as well as the possibility to employ methods of presenting evidence known to other national legal systems or international arbitration. Through the characterisation of these methods and their advantages and disadvantages, this thesis tries to understand the relevancy and possible utility of setting rules of evidence that introduce them in arbitrations held in Portugal.

Keywords: arbitration, arbitral proceedings, procedural rules, party autonomy, due process of law, procedural autonomy, procedural discretion, taking of evidence.

INDICAÇÕES QUANTO AO MODO DE CITAR E OUTROS ESCLARECIMENTOS

I. As referências bibliográficas e jurisprudenciais citadas constam quer das notas de rodapé, quer de uma lista final. Além destas, disponibiliza-se igualmente uma lista com indicação de estudos e instrumentos normativos de *soft law* arbitral consultados.

II. Na primeira citação de uma obra indica-se na nota de rodapé o nome do Autor, o título, local de edição, a editora e o ano da obra. Em citações posteriores apenas se indica o nome do Autor e o título, que será abreviado, se demasiado extenso, seguido da expressão “*cit*”. A menção do título será substituída por “*ob. cit.*”, caso não se faça a menção a outras obras do mesmo Autor. Todos os demais elementos, exceto a página, são omitidos.

No texto e nas notas de rodapé, a sequência da indicação das obras é feita, em princípio, por ordem cronológica, salvo quando motivos expositivos impuserem uma sequência diferente.

Em obras com mais do que três Autores cita-se, nas notas de rodapé, o primeiro seguido de *et al.* Tratando-se de artigo inserido em obra coletiva ou publicação periódica, referir-se-á, ainda, o nome do coordenador da obra.

Nas citações de textos estrangeiros optou-se, em regra, por manter a versão original, sem prejuízo de, sempre que necessário, fornecermos uma tradução da nossa exclusiva responsabilidade.

No caso de documentos online, para além da indicação expressa do título completo do artigo, citar-se-á o *site* de onde o documento foi retirado.

Na lista de bibliografia final, as obras serão identificadas através da mesma referência bibliográfica constante da nota de rodapé, mas os Auto-

res serão citados pelo seu apelido, ordenado alfabeticamente. Se for referida mais do que uma obra do mesmo Autor, o modo de apresentação obedece ao critério cronológico. Nas obras com mais do que um Autor, apenas se faz constar uma entrada, na ordem do apelido do primeiro Autor. No caso de texto inserido em obra coletiva ou publicação periódica indicar-se-ão a primeira e última página do texto. Nas obras coletivas mencionam-se apenas as contribuições citadas, a não ser que se remeta para a obra como um todo.

III. As decisões judiciais citadas serão referidas pela identificação do Tribunal, data do acórdão, relator e número de processo. Os mesmos elementos são disponibilizados na lista de jurisprudência final, dividida por tribunais e em que as decisões são apresentadas por ordem cronológica. A jurisprudência judicial portuguesa pode ser consultada em www.dgsi.pt ou, no caso de acórdãos do Tribunal Constitucional, em www.tribunalconstitucional.pt.

IV. Todos os elementos bibliográficos, jurisprudenciais e normativos encontram-se atualizados até março de 2021. Depois dessa data, só pontualmente foram considerados alguns elementos entretanto publicados.

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objeto de estudo

I – A arbitragem apresenta como uma das suas características mais reconhecidas e valorizadas a designada flexibilidade processual, que se traduz fundamentalmente num regime segundo o qual “*desde que as partes sejam tratadas de forma justa, uma arbitragem pode ser moldada para atender às exigências específicas do litígio, em lugar de ser conduzida de acordo com as regras rígidas do processo civil*”¹.

Esta flexibilidade mais não é do que a concretização processual das ideias axiomáticas de liberdade e autonomia privada que marcam o instituto da arbitragem, estando em linha com a afirmação recorrente de que quando as partes procuram resolver os seus litígios pela via arbitral “*querem, antes de mais nada, livrar-se do peso da máquina estatal*”². De facto, é precisamente quando as partes usam esta possibilidade de moldar as regras do seu próprio processo que a arbitragem pode proporcionar uma justiça mais satisfatória e menos onerosa que a da jurisdição estadual³.

É por isso que, sem prejuízo de a doutrina e a prática registarem, com alguma preocupação, uma tendência para a rigidez e predeterminação

¹ NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª edição, Oxford, OUP, 2015, p. 30.

² CARLOS ALBERTO CARMONA, Flexibilização do Procedimento Arbitral, in *RBA*, Volume VI, Issue 24, Porto Alegre, CBAr & IOB, 2009, p. 10.

³ PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard Goldman on International Arbitration*, organização de EMMANUEL GAILLARD e JOHN SAVAGE, Haia, Kluwer Law International, 1999, p. 1.

das regras processuais seguidas na concreta prática arbitral⁴, não surpreende que os diversos participantes no processo arbitral – árbitros, advogados, mas sobretudo, as partes – valorizem particularmente a flexibilidade processual.⁵

A evolução do Direito da Arbitragem, sobretudo no plano da arbitragem internacional, mas com influência evidente nas legislações nacionais e arbitragens internas, demonstrou que a solução mais adequada e eficiente no plano da conformação processual não passava por impor regras detalhadas ao processo arbitral, nomeadamente, as que vigoravam nas legislações processuais nacionais. Com efeito, neste âmbito, impôs-se progressivamente, mas de forma inequívoca, um regime que se traduz em conceder autonomia às partes para estabelecer as regras processuais que deveriam ser seguidas no seu concreto processo arbitral ou, caso as partes não exercessem tal opção, atribuir ao tribunal arbitral essa faculdade, sempre dentro dos limites do *due process of law*⁶.

O direito português tem acompanhado esta orientação: a LAV estabelece que “*As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei.*”, e ainda que “*Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera*

⁴ Sobre o ponto, vide GIORGIO BERNINI, *The Future of Arbitration: Flexibility or Rigidity*, in *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, coord. LOUKAS A. MISTELLIS e JULIAN D.M. LEW, sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 47-62.

⁵ Como, entre nós, salienta, por exemplo, JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, Organização do processo arbitral, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2013 p. 18, com base nas conclusões do estudo *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practises in the Arbitral Process*, um trabalho de pesquisa levado a cabo pela Queen Mary University of London – School of International Arbitration, disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>.

⁶ Para uma análise da evolução do Direito da Arbitragem neste particular aspeto, a partir da segunda metade do século XX, vide, por exemplo, FLÁVIA FÓZ MANGE, *Processo Arbitral Transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da Arbitragem*, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, disponível em www.teses.usp.br, pp. 33-79.

*subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente.*⁷.

Esta atribuição de poderes normativo-processuais aos próprios sujeitos processuais, que caracteriza a arbitragem, incorpora a possibilidade de as próprias partes ou o tribunal arbitral conformarem o processo arbitral, adaptando-o ao litígio concreto e dotando-o de uma flexibilidade normalmente ausente dos processos jurisdicionais estaduais. Este regime, simples na sua enunciação, convoca, porém, diversas questões, maioritariamente de natureza processual, que, a despeito da relevância prática do regime, não têm merecido o devido desenvolvimento dogmático pela doutrina.

Desde logo, mesmo numa primeira aproximação, é manifesto que os poderes de conformação processual concedidos a partes e tribunal arbitral assentam em fundamentos diversos: no caso das partes, tratar-se-á de um exercício de autonomia privada, ao abrigo da qual, aliás, exerceram a opção de submeter o litígio à arbitragem. Já o fundamento do poder normativo do tribunal arbitral derivará, em primeira linha, da função jurisdicional que lhe cabe exercer, o que desde logo indicia que não poderá assentar exclusivamente num substrato negocial. Esta diversidade de fundamentos que subjaz à atribuição às partes e ao tribunal arbitral de poderes de fixação das regras do processo é aspeto pouco ou nada tratado na doutrina, mas afigura-se como ponto de partida essencial para compreender diversos aspetos deste regime e da sua aplicação prática num concreto processo arbitral, muito para lá do que se retira da simples exegese dos escassos elementos normativos sobre a matéria.

Outro aspeto relevante da matéria dos poderes de fixação das regras do processo arbitral está relacionado com os limites do seu exercício. Com efeito, o exercício destas faculdades pelas partes e pelo tribunal arbitral está balizado por diversos limites imperativos, destacando a LAV imediatamente alguns princípios fundamentais decorrentes do direito ao processo equitativo: citação do demandado, igualdade das partes, audiência adequada e contraditório⁸. Porém, ao contrário do que sucede com os poderes de fixação de regras do processo arbitral e respetivos fundamentos, estes limites decorrentes do *due process of law* parecem ser estabelecidos de forma comum para partes e tribunal arbitral. Também aqui a regulamentação

⁷ Respetivamente, números 2 e 3 do artigo 30º da LAV.

⁸ Vide artigo 30º, nº 1 da LAV.

legal é escassa, notando-se, por exemplo, a ausência de previsão expressa sobre a consequência jurídica associada à violação destes limites, para além desta poder constituir, dentro de certo condicionalismo, fundamento para a anulação da sentença arbitral⁹.

É no exercício destes poderes ao abrigo do enquadramento normativo resumidamente apresentado, que se sustenta que o processo arbitral tem a potencialidade de ser mais flexível do que o seu congénere estadual, sendo certo que tal possibilidade só se concretizará na medida em que as partes ou o tribunal arbitral usem os seus poderes de fixação das regras processuais de forma a promover eficiência e eficácia no processo arbitral¹⁰. Tal escopo, porém, só é verdadeiramente alcançável, entre outras condicionantes, se os titulares destes poderes os usarem de forma apropriada e explorarem todas as potencialidades inerentes, o que implica um pleno conhecimento, além da sua existência, do respetivo conteúdo e formas de exercício, bem como dos limites que se lhes impõem¹¹.

É neste contexto que se define o objeto deste estudo: os poderes de fixação das regras processuais atribuídos às partes e ao tribunal arbitral no âmbito da Arbitragem Voluntária.

O tema assim delimitado remete-nos de imediato para a análise de um conjunto de matérias de índole eminentemente adjetiva, fazendo deste um estudo que se situa assumidamente no campo do direito processual. Desde logo, há que partir de um enquadramento geral do processo arbitral, que servirá de base à análise dos pressupostos, formais e substantivos, subjacentes ao exercício dos poderes de fixação das regras de processo arbitral, devendo necessariamente considerar-se de forma individualizada os poderes concedidos respetivamente a partes e tribunal arbitral.

Acresce que a conformação processual permitida pela lei é, como já se adiantou, apenas aquela que se situe no âmbito de determinados limites, que constituem o critério de aferição da admissibilidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico das regras processuais que resultem do exer-

⁹ Vide artigo 46º, nº 3, a), ii) da LAV.

¹⁰ Vide, por exemplo, GABRIEL HERSCOVICI JUNQUEIRA, Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade, in *RBA*, Volume VI, Issue 24, Porto Alegre, CBAr & IOB, 2011, p. 30.

¹¹ JEFFREY MAURICE WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 6.

cício daqueles poderes. Em consequência, a análise da matéria em causa não pode deixar de considerar esses limites, bem como as consequências associadas à sua violação, além dos meios de reação legalmente disponíveis, quer no âmbito do processo arbitral, quer junto dos tribunais estaduais.

É este, fundamentalmente, o conjunto de problemas que se pretende analisar no presente trabalho com vista a dar resposta à seguinte pergunta: em que é que se traduzem os poderes de fixação das regras do processo arbitral que a LAV concede às partes e ao tribunal arbitral e quais são os limites ao seu exercício?

II – Os poderes de fixação de regras processuais concedidos a partes e tribunal arbitral abrangem diversas matérias e questões relativas ao processo arbitral. Entre essas, destaca-se a matéria probatória, tipicamente referenciada como exemplo paradigmático de como as possibilidades de conformação processual podem ser exercidas no sentido de garantir maior eficiência e eficácia processuais. De facto, as partes poderão, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras probatórias do processo, sendo certo que se não exercerem essa faculdade, caberá ao tribunal a decisão sobre a matéria.

A problemática da fixação das regras probatórias afigura-se particularmente interessante, como objeto de análise no contexto dos poderes de conformação processual, na medida em que a matéria da prova apresenta especificidades na arbitragem, entre outras razões, pela circunstância de a arbitragem ser um espaço de convivência e convergência de diferentes culturas jurídicas. Nesta perspetiva, a arbitragem, sobretudo a internacional, tem sido um espaço de síntese permitindo às partes e aos árbitros escolher as regras que melhor servem o concreto processo arbitral. Verifica-se um fenómeno de mescla de tradições anglo-saxónicas (*common law*) e continentais (*civil law*), com influência nas regras do processo arbitral em geral, mas com particulares implicações nas relativas à prova¹².

¹² Vide, desde já, HANS SMIT, Roles of the Arbitral Tribunal in Civil Law and Common Law Systems with Respect to Presentation of Evidence, in *Planning Efficient Arbitration Proceedings: the Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series nº 7, Viena 1994, coordenação de ALBERT JAN VAN DER BERG, Haia, Kluwer Law International, 1996, p. 161 destacando que “*in particular, when one of the parties is from a common law system and appoints an arbitrator trained in that system, the chairman is not unlikely to come from a civil law system. It is in these tribunals, with their mixed composition, that the most interesting developments have taken place.*”

Por esse motivo, afigura-se pertinente complementar a análise da matéria dos poderes de fixação das regras do processo arbitral, evidenciando as possibilidades inerentes ao regime, com um aprofundamento dos poderes de fixação das regras probatórias, analisando em que medida e com que utilidade, dentro dos limites legais, poderão ser utilizados meios de produção de prova mais próximos do sistema da *common law* e de utilização frequente no âmbito da arbitragem internacional. Essa análise, caracterizando as respectivas vantagens e desvantagens, servirá para tentar perceber que relevância e utilidade podem esses meios de prova ter nas arbitragens que tenham sede em Portugal, nomeadamente, em termos de incremento da eficácia na atividade instrutória e ganhos de economia e celeridade processual¹³.

III – As considerações anteriores já permitem antever o recorte negativo do objeto de estudo, do qual se excluem, em geral, as matérias que não contendam diretamente com o tema dos poderes de fixação das regras do processo arbitral. Cumpre deixar expressos três outros aspetos a título de delimitação negativa do objeto de estudo.

Em primeiro lugar, sem prejuízo do recurso amplo a subsídios do Direito Comparado, como se explica no segmento dedicado ao método, o objeto de estudo circunscreve-se ao Direito português e é problematizado tendo como referência teórica arbitragens às quais é aplicável a LAV e que têm lugar em território português.

Em segundo lugar, este trabalho apenas trata da arbitragem voluntária, ficando excluída a arbitragem necessária.

Em terceiro e último lugar, não obstante se admitir que partes significativas da análise e das conclusões possam ser extensíveis a outras modalidades de arbitragem a que a LAV seja aplicável, o ponto de referência da análise é a arbitragem comercial, não se tendo problematizado as questões

They have evolved a system that is neither civil law nor common law, but a hybrid that has drawn upon both systems to cull from them rules that are most suited for international arbitration. Special problems arise in regard to rules that preclude admission of, or reliance on, certain types of evidence.”

¹³ Tendo sempre presente, porém, que os objetivos de eficiência e economia, dentro dos limites do processo justo, não serão certamente atingidos se o desenho das regras do processo for uma simples junção sem critério de contributos de diferentes sistemas jurídicos, sem qualquer coerência e com o único intuito de agradar aos diferentes participantes na arbitragem – vide DANIEL CHACUR DE MIRANDA, A Produção da Prova Testemunhal na Arbitragem à Luz da Flexibilidade e da Previsibilidade na Prática Internacional, in *RBA*, Volume X, Issue 38, Porto Alegre, CBAr & IOB, 2013, p.42, nota 40 e as referências bibliográficas aí constantes.

do ponto de vista, por exemplo, da arbitragem de investimento, administrativa, tributária, de consumo, societária ou laboral.

2. Relevância

O estudo dos poderes de fixação das regras do processo arbitral tem interesse académico e prático.

I – No plano académico, numa perspectiva de aprofundamento da teorização do Direito da Arbitragem, interessa analisar cientificamente quais são os poderes e os limites que a normatividade vigente coloca à conformação do processo arbitral pelos próprios sujeitos processuais, sobretudo se esse trabalho se traduzir numa investigação dogmática dirigida a densificar esse conteúdo normativo com recurso a subsídios da doutrina e da jurisprudência, nacionais e estrangeiras, para apresentar uma construção teórica que ajuda a explicar o funcionamento e os aspetos controvertidos da matéria, abrindo um “conjunto de quadros de compreensão que ofereçam alguma previsibilidade à actuação das partes”¹⁴.

Nesse âmbito, deve assinalar-se que, entre nós, a matéria não foi ainda alvo de nenhuma obra de fundo, não obstante ser tema que é sempre devidamente assinalado nas obras de carácter geral sobre arbitragem¹⁵, bem

¹⁴ PAULO CASTRO RANGEL, Arbitragem e Constituição: Um novo lugar e um novo fundamento, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 638.

¹⁵ Sem pretensão de exaustividade, vide, desde já, ainda na vigência da LAV 86, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 142-148, e já após a LAV, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 383-428, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 233-240, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 277-360, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 122-142, JOÃO MARQUES MARTINS, Prova, in *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, coordenação de CATARINA MONTEIRO PIRES e RUI PEREIRA DIAS, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 234-236. O tema é também obrigatoriamente destacado nas anotações ao artigo 30º da LAV, entre as quais podemos desde já destacar, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 116-123, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (Coord.) *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 361-389, ARMINDO RIBEIRO MENDES na anotação ao artigo 30º da LAV (corrigindo posição anterior)/isto é lapso in DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.) *et al.*, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4ª

como objeto, pelo menos parcial, de alguns artigos doutriniais¹⁶. Estas referências doutrinárias, permitindo colher notas essenciais para a compreensão do problema, não se dedicam à sua análise sistematizada e profunda, nem proporcionam uma perspectiva global e integrada que dê conta de toda a sua complexidade.

Acresce que, em face de um princípio de intervenção mínima dos tribunais estaduais na arbitragem, a jurisprudência dos tribunais estaduais não permite ter uma visão global sobre todos os aspetos de um processo arbitral, desde logo porque, em regra, os tribunais estaduais apenas têm oportunidade de se debruçar sobre a sentença arbitral e, ainda assim, de forma bastante limitada. Por isso, dificilmente os tribunais estaduais se pronunciam ou controlam as regras processuais seguidas no processo arbitral. Esta circunstância, a que se junta a tradicional ausência de publicitação das decisões arbitrais, tem como consequência, como explica SÉBASTIEN BESSON, que a prática arbitral se situe na “*face escondida da lua*”, uma vez que a análise da jurisprudência dos tribunais estaduais apenas permite aceder a um retrato incompleto e truncado do processo arbitral¹⁷. Aliás,

Edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 110-115 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 262-308.

¹⁶ Também sem ser exaustivo, vide, escritos ainda quando vigorava a LAV 86, por exemplo, SUSANA LARISMA, *A Prova por Testemunhas na Arbitragem Internacional, A Prática Internacional, as Regras IBA 1999 e a Oferta Portuguesa*, *Themis – Revista da Faculdade de Direito UNL*, Ano 9º, nº 16, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 95-144, FILIPE ALFAIATE, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 131-171, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Prova no Processo Arbitral*, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 147-174; já na vigência da LAV, além de vários outros que se referenciam ao longo do trabalho, vide, por exemplo, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *Da Condução do Processo Arbitral*. Comentário aos arts. 30º a 38º da Lei da Arbitragem Voluntária, in *ROA*, Ano 73, Vol. II/III, Abr./Set. 2013, pp. 670-742, FILIPA CANSADO CARVALHO, *A Organização do processo arbitral* e SOFIA RIBEIRO MENDES, *Organização do processo arbitral e da audiência (Visto pela Perspectiva dos Árbitros)*, ambos in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2013, respetivamente, pp. 33-39 e pp. 41-62, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Descoberta de prova na Arbitragem: em especial, a prova testemunhal, pericial e documental*, in *RDES*, Ano LVI, nº 4, Outubro-Dezembro 2015, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 29-67 e MARIANA SOARES DAVID, *Os poderes do tribunal arbitral em matéria de prova, no âmbito da actual lei de arbitragem voluntária*, in *RIAC*, Ano IX, 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 57-85.

¹⁷ SÉBASTIEN BESSON, *Evolution of Case Law in International Arbitration*, in *The Evolution and Future of International Arbitration*, coordenação de STAVROS BREKOULAKIS, JULIAN

esta será, entre outras, uma das razões pelas quais a matéria do processo arbitral é maioritariamente tratada por aqueles juristas que têm oportunidade de efetivamente participar num processo arbitral, sobretudo como árbitros ou advogados.

Não há razão para que estas matérias não estejam acessíveis e sejam discutidas, de uma perspetiva dogmática, pelos não iniciados na prática da arbitragem, cabendo à doutrina e à investigação científica a tarefa de as trazer para uma órbita mais acessível e, assim, as pôr em contacto com novas luzes.

II – No plano da prática, o interesse é também evidente, quando sabemos que a Arbitragem Voluntária, enquanto mecanismo alternativo de resolução de litígios, é hoje um fenómeno jurídico de dimensão mundial e, por isso mesmo, é inequívoco que, como refere GARY B. BORN, “*arbitration warrants attention, if for nothing else, because of its historic, contemporary and future practical importance, particularly in business affairs*”¹⁸.

O desenvolvimento impressionante da arbitragem é associado, por um lado, ao crescimento exponencial do comércio internacional na segunda metade do século XX, mas também, e de forma inequívoca, às suas características próprias, que afirmaram a arbitragem como uma alternativa credível ao sistema estadual¹⁹. Consta-se com frequência que as partes (e advogados) que tomam uma decisão informada sobre o recurso à arbitragem, são aqueles que estão mais cientes das oportunidades decorrentes da possibilidade de conformação do processo arbitral²⁰.

Por outro lado, é sabido que a atribuição de poderes de fixação das regras do processo arbitral a partes e tribunal arbitral pode proporcionar, na prática, uma discussão sobre questões processuais no decurso da arbitragem, nomeadamente, no que diz respeito à matéria da prova²¹. Tais conflí-

DAVID MATHEW LEW e LOUKAS A. MISTELIS, *International Arbitration Law Library*, Volume 37 Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, p. 51

¹⁸ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª edição, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 1.

¹⁹ ROGER K. WARD, *The Flexibility of Evidentiary Rules in International Trade Dispute Arbitration Problems Posed to American-Trained Lawyers*, in *JIA*, Volume 13, Issue 3, Haia, Kluwer Law International, 1996, p. 5 e PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *ob. cit.*, p. 1.

²⁰ JEFFREY MAURICE WAINCYMER, *ob. cit.*, p. 6.

²¹ JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, *Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem*, in *RBA*, Volume VII, Issue 25, Porto Alegre, Comité Brasileiro de Arbitragem CBA& IOB, 2010, p. 7.

tos serão frequentes nas arbitragens internacionais que envolvem árbitros, advogados e partes oriundas de culturas e sistemas jurídicos diversos e, conseqüentemente, com formações processuais e visões distintas sobre a condução do processo, mas colocam-se igualmente nas arbitragens internas, por exemplo, quando nas mesmas participem intervenientes acostumados unicamente à *praxis* forense nacional e outros que tenham tido contacto com a prática processual arbitral internacional ou, em qualquer caso, quando se utilizam meios de prova que tipicamente não são usados no contencioso nacional. Também esta circunstância evidencia a relevância do aprofundamento dogmático da matéria, como possível elemento de suporte e esclarecimento destas discussões.

O facto de a jurisprudência dos tribunais estaduais não ter oportunidade de se debruçar com frequência sobre a matéria das regras processuais do processo arbitral, pelas razões já referidas, não significa que o tema esteja dela totalmente ausente. Na verdade, existe algum acervo jurisprudencial a abordar a matéria, ainda que incidentalmente, o que é também demonstrativo da sua relevância prática.

3. Metodologia

Não cabe no âmbito deste trabalho uma incursão profunda na metodologia jurídica. Devemos, no entanto, deixar expressas as orientações metodológicas fundamentais que estiveram subjacentes à realização do estudo.

Nesta perspectiva, começaríamos por destacar que, não obstante a inegável ligação à prática e ao funcionamento concreto dos mecanismos processuais que se pretendem analisar, o enquadramento conceptual da dissertação é, inequivocamente, o da dogmática jurídica, no sentido em que se procederá, de um ponto de vista analítico e crítico, a uma investigação aprofundada acerca das soluções positivadas, possibilidades que o regime legal comporta e resultados da sua aplicação aos casos concretos, não nos limitando apenas a uma descrição acrítica das regras vigentes e seu funcionamento²².

Com efeito, como explica ROBERT ALEXEY, a dogmática jurídica, enquanto Ciência do Direito, traduz-se “*no seu sentido mais estrito e próprio*

²² Como destaca MATHIAS M. SIEMS, Legal Originality, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1, Oxford, OUP, 2008, p. 164, uma abordagem eminentemente prática dos problemas legais poderá ter uma relevância para a prática legal de forma imediata, mas a abordagem teórica e dogmática terá certamente “*a greater impact on legal practise in the medium and long term*”.

numa mescla de, pelo menos, três atividades: (1) a descrição do Direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceptual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos”²³. Deve, no entanto, ter-se sempre presente que, para o jurista, a dogmática é particularmente útil não por fixar quadros rígidos, mas por possibilitar um distanciamento crítico face ao material jurídico que lhe é “dado”, permitindo “tomar em conta aquilo que no direito posto ficou por dizer, corrigir as deficiências deste direito e torná-lo flexível para aplicação a situações que vão mudando”²⁴. Tudo isto, porém, sabendo que o Direito é uma construção social e, por isso, produto de um conjuntural contexto histórico-cultural²⁵, sem prejuízo da sua vocação axiológica fundamental, que o jurista também não pode negligenciar. Como sublinha ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “há que compreender o direito naquilo que ele é na nossa vida prática: uma intenção axiológica de validade normativa e de cumprimento histórico-problemático que o pensamento jurídico é chamado a assumir como tal, naquela sua intenção e em ordem a este seu cumprimento”²⁶.

Neste enquadramento, o estudo foi dirigido para a construção dogmática no sentido de permitir, além de caracterizar o sistema vigente de determinação das regras processuais no processo arbitral, identificar as potencialidades (porventura, ainda não totalmente exploradas na doutrina e na prática arbitral doméstica) que ele oferece, avaliando se as mesmas permitem responder àquilo que são as crescentes exigências impostas a este mecanismo de resolução alternativa de litígios²⁷.

²³ ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tradução de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, 1ª edição ampliada, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 345-346.

²⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2002, p. 369, na esteira de KARL LARENZ e NIKLAS LUHMANN.

²⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Ciência Do Direito e Metodologia Jurídica nos finais do século XX*, in ROA, Ano 88, Vol. III – Dez. – 1988, p. 733.

²⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito – número especial, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979, p. 83.

²⁷ Não se ignora que, para que este tipo de abordagem não seja maculado pela subjetividade, mas antes permita atingir resultados úteis e alcançar o estatuto científico que se pretende, há que buscar aquilo que MARK VAN HOECKE, *Legal doctrine: which method(s) for what kind of discipline*, in *Methodology of Legal Research: which method for what kind of discipline*, coordenação de MARK VAN HOECKE, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2011, p. 10, define como um “intersubjective consensus” decorrente da “prevailing opinion among legal scholars or among lawyers

Para alcançar esse objetivo, foi adotado e seguido o método jurídico, o método clássico do Direito, tratando-se de fazer aquilo que JOÃO BAPTISTA MACHADO descreve como o “*trabalho do jurista*”: “*a procura das normas válidas do sistema e a sua interpretação, a construção de conceitos jurídicos fundamentais e de instituições, bem como a sistematização mais geral desses conceitos e instituições, e por fim a aplicação das normas aos casos concretos da vida*”²⁸. Este método, de cariz hermenêutico²⁹, implica a realização de tarefas de interpretação das normas com uma perspetiva prático-normativa³⁰, mas sempre numa vertente argumentativa³¹, articulando subsídios de diferentes origens – legais, doutrinários, jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras – e confrontando criticamente posições diversas sobre os pontos em análise. Foi esta, fundamentalmente, a orientação metodológica seguida neste estudo.

Tendo em conta o recorte do problema e os moldes em que nos propomos tratá-lo, é evidente que, apesar de esta ser inequivocamente uma tese de Direito Português e sem pretensões comparatísticas, é indispensável que se recorra ao método do Direito Comparado. Com efeito, até tendo em conta o efeito da adoção da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (Lei-Modelo) em diversos ordenamentos jurídicos, incluindo o português, será fundamental saber, no que diz respeito ao problema em análise, qual o entendimento que noutros países e

in general (especially judges and academics who made their views public through judicial decisions or other types of publications).”, pois é possível verificar empiricamente “*whether an opinion is (largely) prevailing among those professionals or in society.*”

²⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 359.

²⁹ Como explica PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Iniciação à metodologia jurídica. Memória, Método e direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 63 a metodologia jurídica é “*por um lado, uma Hermenêutica e, por outro, uma Retórica. O jurista lê textos e cria textos. Em ambos os casos, interpreta.*”. É necessário ter presente, porém, que o texto da lei “*nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga correctamente.*” e para que o intérprete coloque as questões corretamente “*precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra*” – vide KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª Edição, tradução de JOSÉ LAMEGO, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 441.

³⁰ Como evidencia ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 84 “*uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto*”.

³¹ MARK VAN HOECKE, *Legal doctrine...*, cit, p. 4.

na prática da arbitragem internacional tem sido adotado quanto às questões objeto de estudo.³²

Esta atividade comparativa consistirá essencialmente numa análise funcional das regras e institutos jurídicos pertinentes em face do objeto de estudo nos diversos sistemas jurídicos selecionados³³, não constituindo, porém, um exercício acabado de microcomparação³⁴. De facto, o objetivo do recurso ao Direito Comparado foi tão só o de descrever o enquadramento legal e doutrinal dos poderes de fixação das regras do processo arbitral nos ordenamentos jurídicos selecionados, como forma de problematizar, compreender e encontrar soluções para o tema no âmbito do Direito Português³⁵. Por esse motivo, não se efetuará qualquer comparação entre os diversos ordenamentos jurídicos selecionados.

Os sistemas jurídicos elegidos para o exercício comparativo foram os ordenamentos francês, inglês, suíço, alemão, espanhol e brasileiro. A seleção dos sistemas francês, inglês e suíço justifica-se pela sua influência na prática arbitral e desenvolvimento do Direito da Arbitragem³⁶, a do sistema alemão e espanhol, por se tratar de legislações que, tal como a LAV, adotaram vários preceitos da Lei-Modelo³⁷ e, finalmente, no caso brasileiro, pela importância que assume no âmbito dos direitos lusófonos³⁸.

³² Sublinhando o interesse do Direito Comparado no estudo do Direito da arbitragem, vide, por exemplo, RENÉ DAVID, *Arbitrage et droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 11 n.º 1, Janvier-mars, 1959, p. 10.

³³ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, Volume I – Introdução, Sistemas Jurídicos em geral*, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020, p. 32

³⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 13-14. Vide também DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, cit., pp. 19-20.

³⁵ RENÉ DAVID, *ob. cit.*, p. 10.

³⁶ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 133-134.

³⁷ Vide, respetivamente, PETER SCHLOSSER, *German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law*, in *RIAC*, Ano III, 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 117-136 e FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *La Ley Española de Arbitraje*, in *RIAC*, Ano III, 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 27-43.

³⁸ Vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Arbitragem Transnacional...*, cit., p. 58, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., pp. 42-54 e ainda, ARNOLDO WALD, *A evolução da arbitragem internacional no Brasil*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 192-194 e *A evolução da arbitragem no Brasil e a arbitragem de classe*, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, coordenação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tomo I, Coimbra, Almedina,

Na concretização das possibilidades inerentes aos poderes de fixação das regras processuais, far-se-ão ainda incursões pontuais pelo direito inglês e norte-americano, enquanto principais representantes da cultura jurídica da *common law*.

Por outro lado, foi também fundamental a análise prática da arbitragem internacional³⁹, revelada, além de doutrina e jurisprudência, pelos diversos instrumentos normativos que têm surgido sob a sua alçada, como os regulamentos de arbitragem dos principais centros de arbitragem internacionais e diversos instrumentos de *soft law*.

Por fim, não se tendo procedido à realização de qualquer estudo empírico, não se prescinde de referenciar, quando pertinentes, os resultados obtidos em estudos empíricos realizados por entidades devidamente credenciadas⁴⁰.

4. Plano da exposição

Além desta **introdução**, a dissertação é composta por **três partes** e termina com a apresentação de **conclusões**.

A **primeira parte** destina-se a traçar um enquadramento da arbitragem em geral e do processo arbitral em particular, na perspetiva do exercício da função jurisdicional que ao tribunal arbitral cabe exercer, constituindo a base necessária para a análise do objeto de estudo da dissertação. Esta primeira parte está, assim, dividida em **dois capítulos**: o *primeiro*, aborda alguns dos principais aspetos decorrentes da ligação entre a arbitragem e

2019, pp. 133-137. Além da relevância lusófona, o direito brasileiro é um ponto de comparação acessível na América Latina, onde a arbitragem, fruto do desenvolvimento económico e da globalização, tem conhecido um incremento substancial – sobre o ponto vide, PAUL ERIC MASON, Sete Chaves para a Arbitragem na América Latina, in *RBA*, Volume I, Issue 3, Porto Alegre, CBAr & IOB, 2004, que destaca, na p. 60, “Desde meados da década de 1990, a América Latina vem sendo atingida pelo rápido avanço tecnológico, pelas privatizações, investimentos estrangeiros e também pela globalização, gerando na região grande demanda de arbitragens para solucionar disputas comerciais internacionais”.

³⁹ Entendida como a consolidação, no âmbito da arbitragem internacional, de um conjunto de atos processuais razoavelmente uniformes, uma vez que logram o duplo objetivo da eficiência e de atenção às diferentes filiações jurídicas envolvidas – neste sentido, DANIEL CHACUR DE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 33.

⁴⁰ Sobre o surgimento e crescente relevância dos métodos empíricos no estudo do Direito, vide, por todos, THEODORE EISENBERG, *The origins, nature, and promise of empirical legal studies and a response to concerns*, Cornell Legal Studies Research Paper, 17 dezembro de 2010, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1727538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1727538>.

jurisdição, nomeadamente, o fundamento, condicionamento e conteúdo do poder jurisdicional do tribunal arbitral, que lhe é atribuído para que possa cumprir a função arbitral; o *segundo*, estuda o exercício da referida função através do processo arbitral, destacando a propósito o papel fundamental assumido pela autonomia privada e pelas exigências do processo equitativo, nomeadamente na determinação da tramitação e regras a que o processo é sujeito.

A **segunda** parte é dedicada à análise do tema central da dissertação: os poderes de fixação das regras do processo arbitral. O tratamento da matéria está dividido em **cinco capítulos**. O *primeiro* e o *segundo* analisam, respetivamente, a autonomia processual das partes e a discricionariedade processual do tribunal arbitral, que consubstanciam os poderes de conformação processual legalmente atribuídos. Na sequência desta análise, o *terceiro* capítulo lida com a relação de equilíbrio e tensão que se estabelece no exercício daqueles poderes. Por sua vez, o *quarto* capítulo, estuda os limites comuns à autonomia processual das partes e à discricionariedade do tribunal arbitral na fixação das regras do processo arbitral. Por fim, o *quinto* capítulo explora a matéria do controlo do exercício daqueles poderes, quer no decurso do processo arbitral, quer após a prolação da sentença arbitral.

Na **terceira** parte procura-se concretizar as possibilidades inerentes ao regime estudado na parte antecedente, afunilando na matéria mais específica dos poderes de fixação das regras probatórias no processo arbitral, ao longo de **quatro capítulos**. Nesta parte, o *primeiro* capítulo dedica-se a fornecer um quadro geral sobre a prova e as regras probatórias no processo arbitral. Na sequência, o *segundo* capítulo trata da autonomia e discricionariedade processuais na fixação das regras probatórias e o *terceiro* aborda a matéria da admissibilidade e a valoração dos meios de prova como poderes integrantes da função arbitral. Finalmente, no *quarto* capítulo apresentam-se concretizações do exercício dos poderes de fixação das regras probatórias à luz da prática da arbitragem internacional relativa à produção da prova testemunhal e pericial.

Finalmente, as **conclusões** servirão para sintetizar os principais resultados alcançados com esta investigação.

ÍNDICE

RESUMO	13
ABSTRACT	15
INDICAÇÕES QUANTO AO MODO DE CITAR E OUTROS ESCLARECIMENTOS	17
ABREVIATURAS	19
INTRODUÇÃO	21
1. Delimitação do objeto de estudo	21
2. Relevância	27
3. Metodologia	30
4. Plano da exposição	34

PARTE I

A FUNÇÃO ARBITRAL: EXERCÍCIO DE PODERES JURISDICIONAIS COM LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL E ENQUADRAMENTO NA LEI E NA AUTONOMIA PRIVADA

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO	39
1. Arbitragem Voluntária enquanto exercício da função jurisdicional	39
2. Legitimação e condicionamento do exercício do poder jurisdicional pelo tribunal arbitral	47
2.1. Enquadramento constitucional e legal da Arbitragem Voluntária	51
2.2. Convenção de arbitragem	56
2.3. Contrato de árbitro e constituição do tribunal arbitral	61
3. Conteúdo do poder jurisdicional do tribunal arbitral	67
4. Colaboração e controlo pelos tribunais estaduais: contributo para a legitimação do exercício da função jurisdicional pelo tribunal arbitral	72
5. A função arbitral enquanto exercício de poder jurisdicional no enquadramento legal e contratual da Arbitragem Voluntária	75

CAPÍTULO II – ARBITRAGEM E PROCESSO	77
1. Exercício da função arbitral através do processo: entre autonomia privada e devido processo legal	77
1.1. A autonomia privada como pressuposto e princípio do processo arbitral	81
1.2. O processo arbitral como processo equitativo	89
2. Macroestrutura do processo arbitral e regras de processo	94
3. Processo arbitral e Direito Processual Civil	97
4. Processo arbitral na Lei-Modelo da UNCITRAL e noutros ordenamentos jurídicos	102
4.1. Lei-Modelo	105
4.2. Direito Francês	106
4.3. Direito Inglês	107
4.4. Direito Suíço	109
4.5. Direito Alemão	110
4.6. Direito Espanhol	111
4.7. Direito Brasileiro	112
5. Outros instrumentos normativos relevantes no âmbito do processo arbitral	114
5.1. Os regulamentos de arbitragem	114
5.2. Instrumentos de soft law processual	121

PARTE II

OS PODERES DE FIXAÇÃO DAS REGRAS DO PROCESSO ARBITRAL: AUTONOMIA PRIVADA E FUNÇÃO ARBITRAL SOB A ÉGIDE DO PROCESSO EQUITATIVO

CAPÍTULO I – AUTONOMIA PROCESSUAL DAS PARTES	131
1. Os poderes jurisdiccionais das partes na fixação das regras do processo arbitral	131
2. O acordo das partes relativo às regras de processo	134
3. Conformação processual direta e indireta	140
4. Vigência da autonomia processual	153
5. Limites materiais à autonomia processual	157
CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE PROCESSUAL DO TRIBUNAL ARBITRAL	159
1. Os poderes de conformação processual como decorrência da função arbitral	159
2. A falta de exercício da autonomia processual das partes e de disposições aplicáveis na LAV como pressupostos do exercício da discricionariedade processual do tribunal arbitral	160
3. Os poderes de conformação processual do tribunal arbitral: fixação de regras de processo e condução do processo arbitral	165

4. Formas de exercício da discricionariedade processual	172
4.1. Ordens processuais	172
4.2. Formalização em documento resultante da primeira reunião processual	186
5. Limites materiais à discricionariedade processual	189

CAPÍTULO III – EQUILÍBRIO E TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PROCESSUAL DAS PARTES E DISCRICIONARIEDADE

DO TRIBUNAL ARBITRAL	191
1. A conjugação de regras processuais de diferente origem e a possibilidade do tribunal arbitral afastar regras processuais fixadas pelas partes	191
2. Tensão entre o exercício de discricionariedade processual do tribunal arbitral e posições das partes	195

CAPÍTULO IV – LIMITES MATERIAIS À FIXAÇÃO DAS REGRAS DO PROCESSO ARBITRAL

DO PROCESSO ARBITRAL	199
1. Limites decorrentes dos princípios fundamentais do processo arbitral	200
1.1. Obrigatoriedade de citação do demandado	204
1.1.1. A obrigatoriedade de o demandado ser citado como exigência do direito de defesa	204
1.1.2. Liberdade de forma	208
1.1.3. Exceções ao princípio e revelia do demandado	209
1.1.4. A obrigatoriedade de citação do demandado como limite ao poder de fixação das regras do processo arbitral	212
1.2. Princípio da igualdade das partes	212
1.2.1. A igualdade como princípio estruturante do processo arbitral	212
1.2.2. O sentido material do princípio da igualdade e as suas consequências no processo arbitral	214
1.2.3. Implicações na criação de regras de processo pelas partes e pelo tribunal arbitral	216
1.3. Oportunidade razoável de as partes fazerem valer os seus direitos	219
1.3.1. A garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo arbitral	219
1.3.2. Requisitos processuais mínimos como limite ao poder de fixação das regras processuais	221
1.4. Princípio do contraditório	224
1.4.1. O contraditório como concretização da igualdade legitimadora do processo arbitral	224
1.4.2. Direitos processuais decorrentes do princípio do contraditório	225
1.4.3. O contraditório como limite ao poder de fixação das regras processuais	231

1.5. Os princípios do processo equitativo como integradores da dimensão processual da ordem pública do Estado Português	231
2. Limites impostos por outras normas imperativas da LAV com reflexo nas regras do processo	238
3. Limites impostos por regulamentos de arbitragem e legislações processuais aplicáveis por remissão	239
4. A nulidade como consequência da violação dos limites à fixação das regras do processo arbitral	240
CAPÍTULO V – CONTROLO DO EXERCÍCIO DOS PODERES DE FIXAÇÃO DAS REGRAS DE PROCESSO	249
1. Controlo das regras de processo no decurso do processo arbitral (antes de ser proferida a sentença arbitral)	249
1.1. Controlo exercido pelo tribunal arbitral face a regras de processo fixadas pelas partes	249
1.2. Controlo desencadeado pelas partes face a regras de processo fixadas pelo tribunal arbitral	250
1.2.1. A insusceptibilidade de impugnação judicial imediata e autónoma das ordens processuais	250
1.2.2. A oposição e arguição do vício no processo arbitral	254
1.2.3. A interposição de recurso de constitucionalidade de decisões interlocutórias	260
2. Controlo jurisdicional das regras de processo após ser proferida a sentença arbitral	269
2.1. Anulação da sentença arbitral	271
2.1.1. A violação de princípios fundamentais do processo arbitral	276
2.1.2. Desconformidade do processo arbitral com regras processuais decorrentes de convenção das partes ou da LAV	281
2.1.3. A violação da ordem pública internacional do Estado português	285
2.1.4. Concursos de normas	293
2.2. Recurso ordinário	296
2.3. Recurso para o TC	304
2.4. Oposição à execução	305

PARTE III
AS REGRAS PROBATÓRIAS NO PROCESSO ARBITRAL:
AUTONOMIA PRIVADA E FUNÇÃO ARBITRAL
AO SERVIÇO DA PRODUÇÃO DE PROVA

CAPÍTULO I – REGRAS PROBATÓRIAS NO PROCESSO ARBITRAL	317
1. O conceito de prova no processo arbitral	317
2. A autonomia privada em matéria probatória e a aplicação dos quadros de referência do Direito Probatório em Geral	320
3. As regras probatórias enquanto regras processuais: a distinção entre a fixação e a aplicação das regras probatórias	323
4. A admissibilidade no processo arbitral de meios de prova não previstos na lei processual estadual	326
CAPÍTULO II – AUTONOMIA E DISCRICIONARIEDADE PROCESSUAIS NA FIXAÇÃO DAS REGRAS PROBATÓRIAS	329
1. Autonomia processual das partes na fixação das regras probatórias: convenções sobre a prova	329
2. Discricionariedade processual do tribunal arbitral na fixação das regras probatórias	333
3. Equilíbrio e tensão entre autonomia processual das partes e discricionariedade do tribunal arbitral no âmbito probatório	338
4. Limites aos poderes das partes e do tribunal arbitral à fixação das regras probatórias	339
CAPÍTULO III – DETERMINAÇÃO DA ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA COMO PODERES INTEGRANTES DA FUNÇÃO ARBITRAL	345
1. Discricionariedade processual do tribunal arbitral no âmbito da determinação da admissibilidade, pertinência e valor da prova produzida ou a produzir	345
2. Aferição da admissibilidade e pertinência dos meios de prova no processo arbitral	346
3. Valoração da prova: o valor probatório tarifado no processo arbitral	350
CAPÍTULO IV – CONCRETIZAÇÕES DO EXERCÍCIO DOS PODERES DE FIXAÇÃO DAS REGRAS PROBATÓRIAS À LUZ DA PRÁTICA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	357
1. A relevância da prática da Arbitragem Internacional em matéria probatória	357
2. A convivência de diferentes sistemas e culturas jurídicas e a harmonização no âmbito da prova na Arbitragem Internacional	359

3. Os instrumentos de soft law mais relevantes	363
4. Concretizações do exercício dos poderes de fixação das regras probatórias	369
4.1. No âmbito da prova testemunhal: o depoimento escrito	370
4.1.1. Delimitação do objeto de análise	370
4.1.2. Abordagens dos sistemas da Common Law e romano-germânico	373
4.1.3. Prova testemunhal e depoimento escrito nos instrumentos normativos da arbitragem	381
a) Lei-Modelo e leis de arbitragem, em particular a LAV	381
b) Regulamentos de arbitragem	387
c) Instrumentos de soft law	388
4.1.4. Fixação de regras quanto à produção de prova testemunhal: depoimento escrito e inquirição em audiência	389
a) Âmbito e conteúdo	390
b) Assistência dos advogados na preparação dos depoimentos escritos	392
c) Métodos de redação	399
d) Apresentação do depoimento escrito	400
4.1.5. Inquirição em audiência de julgamento	401
4.2. Vantagens e desvantagens do modelo de depoimento escrito, seguido de contra-interrogatório (cross-examination) em audiência de julgamento	408
4.3. Concretização no âmbito da prova pericial: a perícia de parte	409
4.3.1. Delimitação do objeto de análise	409
4.3.2. Abordagens dos sistemas da Common Law e romano-germânico	412
4.3.3. Prova pericial nos instrumentos normativos da arbitragem	417
a) Lei-Modelo e leis de arbitragem, em particular a LAV	417
b) Regulamentos de arbitragem	423
c) Instrumentos de soft law	424
4.3.4. Fixação de regras relativas à produção de perícias de parte	424
a) Relatório pericial	425
b) Participação na audiência de julgamento	428
4.3.5. Vantagens e desvantagens do modelo de perícia de parte	429
a) Reuniões entre peritos de parte e preparação de relatórios conjuntos	430
b) Expert witness conferencing	433
CONCLUSÕES	439
BIBLIOGRAFIA	447
JURISPRUDÊNCIA	483
ESTUDOS E INSTRUMENTOS DE <i>SOFT LAW</i>	489