



INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO

**MESTRADO EM DIREITO NA ESPECIALIZAÇÃO DE JUSTIÇA
ALTERNATIVA**

Julho de 2011

**A Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva: A Imposição da
Arbitragem a Terceiros**

**Dissertação apresentada ao Instituto Superior Bissaya Barreto para a obtenção do
grau de Mestre em Direito**

- Especialização de Justiça Alternativa -

Por

João Carlos de Figueiredo Ascenso Salvador

Sob a orientação de Doutora Mariana Sampayo



“A paciência é amarga mas os seus frutos são doces”

Immanuel Kant



Aos meus pais que sempre me apoiaram e
que tornaram isto tudo possível.

À minha avó pela influência que teve na minha infância,

À minha irmã por fazer parte da minha vida,

À minha namorada por tudo o que representa para mim.

A todos estes que eu amo e estimo quero expressar
o meu sentido e profundo agradecimento.



AGRADECIMENTOS

Manifesto aqui os meus agradecimentos a todas as pessoas que me apoiaram na construção de todo este processo dinâmico da dissertação da tese de Mestrado, contribuindo para a realização do mesmo.

É de louvar todas as pessoas responsáveis e envolvidas neste projecto, uma iniciativa que em muito contribui para a minha evolução académica e pessoal.

Quero expressar o meu sentido de agradecimento à Dr.^a Mariana Sampayo pela disponibilidade que sempre demonstrou para qualquer questão e pela sua cortesia ao ter aceitado a responsabilidade de ser minha orientadora e me ter ajudado nesta fase académica.

Agradeço aos meus amigos por me apoiarem, pela sua amizade e grande sentido de camaradagem.

Deixo também o meu modesto agradecimento a todos os docentes pela experiência e ensinamentos transmitidos ao longo deste meu percurso, não só aqueles concernentes à matéria leccionada mas também aqueles tão valiosos que ficam para a vida.

Por fim, deixo um agradecimento especial aos meus pais, irmã, avó, madrinha e namorada pelo amor que sinto por eles e eles por mim, motivando-me incondicionalmente e estando sempre ao meu lado quando preciso.



LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADR – *Alternative Dispute Resolution*
- AIAE – Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva
- APA – Associação Portuguesa de Arbitragem
- ASJP – Associação Sindical dos Juízes Portugueses
- CC – Código Civil
- CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
- CNY – Convenção de *New York*
- CPC – Código de Processo Civil
- CPEE – Comissão para a Eficácia das Execuções
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CSM – Conselho Superior da Magistratura
- CSTAF – Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- ECS – Estatuto da Câmara dos Solicitadores
- EFTA – Associação Europeia de Livre Comércio
- ENE – *Early neutral evaluation*
- ESFDMA – Entidade Superior de Fiscalização e Disciplina dos Meios Alternativos
- EUA – Estados Unidos da América
- GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios
- IBA – *International Bar Association*
- ICC – *International Chamber of Commerce*
- LAV – Lei de Arbitragem Voluntária
- LDIP – Lei de Direito Internacional Privado



- MedArb – Mediação-Arbitragem
- RAL – Resolução Alternativa de Litígios
- RCACCI – Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria
- RCP – Regulamento das Custas Processuais
- UE – União Europeia
- ZPO – Código de Processo Civil Austríaco



Resumo: O presente trabalho debruça-se acerca da Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva: a Imposição a Terceiros. A temática insere-se nos meios alternativos de resolução de litígios. Este meios configuram uma justiça distinta da “justiça tradicional” e encontram-se em evolução e expansão em diversos sistemas jurídicos. Temos como objectivo explorar as questões mais relevantes neste âmbito de forma a contribuir para a sua clarificação. Preocupamo-nos em explorar as várias perspectivas existentes sobre um dado tema em conjugação com o nosso contributo pessoal. As temáticas serão abordadas de forma sintética e concisa de modo a esclarecer todas as questões que importam para a viabilização (ou não) da Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva. Em conclusão, pretendemos dar o nosso contributo rumo a uma justiça de excelência em Portugal.

Palavras-chave: Arbitragem, Acção Executiva, Terceiros

Abstract: The following paper focuses in the Institutionalised Arbitration in Executive Action: the Imposition to Third Parties. The theme fits in the resolution of disputes through alternative justice. This kind of justice works differently from traditional justice and is still developing and expanding on various legal systems. Our goal is to explore the most relevant issues and contribute to their enlightenment. Our concern is to explore the multiple perspectives existing on a given theme in conjunction with our own personal contribution. The themes will be addressed in a synthetic and concise way in order to clarify all the issues that matter to the viability (or not) of the Institutionalized Arbitration Executive Action. In conclusion, we intend to make our contribution in order to achieve a justice of excellence in Portugal.

Key-words: Arbitration, Executive Action, Third Parties



ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	4
ÍNDICE	7
INTRODUÇÃO GERAL	9
CAPÍTULO I – METODOLOGIA	13
<i>INTRODUÇÃO</i>	13
1. <i>EXPERIÊNCIA COMPARADA – REFERÊNCIAS COMUNITÁRIAS</i>	14
1.1 <i>A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM</i>	14
2. <i>QUESTIONÁRIOS JUNTO DE INTERVENIENTES PRIVILEGIADOS</i>	15
3. <i>ANÁLISE ESTATÍSTICA DA ACÇÃO EXECUTIVA</i>	15
CAPÍTULO II – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA: BREVES REFLEXÕES SOBRE A SUA PROBLEMÁTICA	16
<i>INTRODUÇÃO</i>	16
1. <i>EVOLUÇÃO HISTÓRICA – O MOVIMENTO ADR</i>	19
1.1. <i>DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA</i>	24
2. <i>ORIGEM E EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM</i>	28
2.1. <i>CENTROS DE ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA</i> .	32
3. <i>REFERÊNCIAS COMUNITÁRIAS EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM</i>	35
4. <i>REGIME LEGAL PORTUGUÊS – NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO (O PROJECTO-LEI DA APA)</i>	39
5. <i>CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA</i>	46
6. <i>ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS: SUBMISSÃO A ARBITRAGEM - A NATUREZA PATRIMONIAL E INDISPONIBILIDADE</i>	48
6.1. <i>O PANORAMA FIGURATIVO DA (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS</i>	49
6.2. <i>LEI (ACTUAL LAV)</i>	50
6.3. <i>PROJECTO-LEI DA LAV</i>	53
6.4. <i>CRITÉRIO DA INDISPONIBILIDADE VS CRITÉRIO DA PATRIMONIABILIDADE (E CRITÉRIO DA TRANSIGIBILIDADE)</i>	54
7. <i>AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES – EXERCÍCIO DO IUS IMPERII</i>	58
8. <i>ENTIDADE SUPERIOR DE FISCALIZAÇÃO E DISCIPLINA DOS MEIOS ALTERNATIVOS</i> ..	64
9. <i>A MEDIAÇÃO NO CENTRO DE ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA – SESSÃO DE PRÉ-MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA</i>	67
10. <i>OS CUSTOS DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA</i>	78



CAPÍTULO III – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA: A IMPOSIÇÃO DA ARBITRAGEM A TERCEIROS.....	85
<i>INTRODUÇÃO</i>	85
<i>1. O PROCESSO ARBITRAL</i>	87
1.1. O PAPEL DO ÁRBITRO.....	91
1.2. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	95
1.3. MEIOS DE IMPUNÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL.....	99
1.4. CONCORRÊNCIA OU EXCLUSIVIDADE ENTRE O TRIBUNAL ARBITRAL E O TRIBUNAL JUDICIAL	101
<i>2. O PROCESSO EXECUTIVO – UMA ANÁLISE REFLEXIVA</i>	103
2.1. A CONSCIÊNCIA CONCEPTUAL NAS EXECUÇÕES	103
2.2. A ORIGEM (E EVOLUÇÃO) DO PROCESSO EXECUTIVO	104
2.2.1. O ENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS	105
2.2.2. FORMAS DE RESOLUÇÃO FACE AO INCUMPRIMENTO DA DÍVIDA.....	107
2.2.3. O SISTEMA EXECUTIVO PORTUGUÊS	108
2.2.4. A ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA (ENDIVIDAMENTO).....	113
2.3. ANÁLISE ESTATÍSTICA DO PROCESSO EXECUTIVO.....	117
2.4. O PAPEL DO AGENTE DE EXECUÇÃO.....	119
<i>3. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS</i>	124
3.1. A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE TERCEIROS	124
3.2. MODALIDADES DE INTERVENÇÃO	125
<i>4. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO ARBITRAL</i>	127
4.1. O CÔNJUGE DO EXECUTADO	131
4.2. OS CREDORES PÚBLICOS	134
CAPÍTULO IV – REFLEXÕES FINAIS.....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	148
<i>MONOGRAFIAS</i>	148
<i>ARTIGOS</i>	150
<i>NETGRAFIA</i>	153
<i>LEGISLAÇÃO</i>	157



INTRODUÇÃO GERAL

Num mundo de Justiça em pleno séc. XXI onde se exercem influências e pressões que parecem surgir de todos os lados, onde os vícios e a burocratização do sistema estão instalados, parece-nos que eternamente, eis que surge o reverso da medalha, algo que nos inspira, que augura uma esperança rumo a uma Justiça efectiva, uma Justiça de verdade. Não aquela realizada dez anos após a instauração do processo no Tribunal, a essa não se pode apelidar de Justiça, quanto mais seria uma Justiça injusta. Não será esse tipo de Justiça em que focaremos as nossas atenções mas sim a Justiça que revela uma atenção e preocupação com as partes envolvidas no processo, que se reveste de uma maior flexibilidade, desburocratização e capaz de proferir uma decisão em tempo útil para o cidadão. Por vezes, parece nos que se olvida muitas vezes a sua existência. É devido a este que o processo existe, é devido a este que juízes, advogados, solicitadores e outros fazem o seu percurso de vida, contudo o respeito e devida importância nem sempre lhe são atribuídas. “Desvaloriza-se” a vida da pessoa, com o rendimento honesto de um trabalhador que amalha as suas poupanças para as poder despende num advogado de elevados padrões qualitativos que acaba por “enrolar” o processo anos a fio em prol de seu único e exclusivo proveito próprio.

A Justiça alternativa apresenta características únicas e que vão de encontro aos desejos e preocupações dos cidadãos. Esta é virtuosa na forma de efectivar e aplicar os parâmetros e padrões legais, esta é uma Justiça de Primeira.

Será uma solicitação utópica se pedirmos para encararem a nossa justiça de uma forma séria? Será que nunca iremos assumir um compromisso que se revela inadiável pelo bem-estar dos nossos cidadãos e pela qualidade na nossa Justiça?

O estudo desta temática envolve a concretização de diversos objectivos essenciais: descortinar a aplicabilidade da Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva (AIAE), ou seja, se é ou não admissível e porquê; discutir as questões fundamentais que esta suscita e contribuir para a sua clarividência, em especial a questão da intervenção de terceiros; e o contributo que poderá dar face o panorama actual e quais as vantagens que trará ao nosso sistema jurídico (à nossa justiça).

Dada a novidade do tema não existe no presente nenhum livro no mercado nem nenhuma tese que trate da AIAE, corre a mesma os riscos de desbravar o caminho do



incerto contudo pretende também ser pioneira numa área que se afigura da maior relevância para o sistema judicial (de cobrança de dívidas). Dada a AIAE ser recente no nosso panorama jurídico ainda não existem centros institucionalizados na acção executiva.

Foi aprovado o decreto-lei que permite a criação destes centros contudo ainda falta a sua regulamentação que surgirá por portaria. Está também em discussão um projecto-lei desenvolvido pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), tendo em vista uma nova lei de arbitragem voluntária (LAV) para Portugal.

Colocam-se inúmeras questões sobre este assunto sendo uma temática controversa¹. Em particular, a “relação” que assume com o sistema judicial tradicional pois visa resolver um litígio que actualmente somente este dirime, sendo portanto, uma forma de desjudicialização da justiça.

Esta opção legislativa é analisada do ponto de vista crítico por alguns autores como Amâncio Ferreira, Mariana França Gouveia, Armindo Ribeiro Mendes, entre outros².

Paula Costa e Silva questiona a admissibilidade da AIAE e se esta solução está em conformidade com algumas questões constitucionais que a autora levanta³.

Armindo Ribeiro Mendes afirma que não vê que esta solução tenha futuro, “sendo certo que a concentração numa instituição arbitral privada do poder de praticar os actos materiais de execução e de proferir decisões jurisdicionais cria uma intolerável promiscuidade (cfr. artigo 14.º, nos 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro) que propicia abusos de poder que o controlo por um juiz conselheiro (artigo 17.º do mesmo diploma) parece não ser à partida suficiente para os evitar”⁴.

Amâncio Ferreira considera a solução da AIAE um “autêntico flop, por três razões: em primeiro lugar, por vários dos actos praticados ao longo da execução pressuporem o *ius imperii*, ou seja, o poder de coagir, de que carecem os tribunais arbitrais, apenas detentores de *iurisdictio*; em segundo lugar, por a execução, no nosso quadro legal, não se apresentar como singular, por não realizada em benefício de um

¹ Vide a título exemplificativo: <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=1409>, acedido em 24/04/2010.

² Como por exemplo: Elisabeth Fernandez, António Cluny, António Gomes da Cunha e António Martins.

³ SILVA, Paula Costa, A Nova Face da Justiça – Os meios extrajudiciais de Resolução de Controvérsias, Coimbra Editora, 2009, pp. 93-104.

⁴ MENDES, Armindo Ribeiro, Sumários Desenvolvidos de Direito Processual Civil – Processo Executivo, ano lectivo 2009/2010 (2.º semestre), s/e, s/l, p. 57.



único credor, mas como colectiva especial, por aproveitar também aos credores que sejam titulares de direitos reais de garantia sobre bens penhorados e que não se encontram vinculados à convenção de arbitragem que tem de ser sempre reduzida a escrito, como verdadeiro negócio jurídico que é; em terceiro lugar, por de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, quando a efectivação da garantia de acesso à justiça requer a prestação de apoio judiciário, não previsto no âmbito dos tribunais arbitrais, ser de considerar reassumida a competência do tribunal judicial, pela parte em situação superveniente de insuficiência económica, situação esta que não deixará, por regra, de ser invocada por quem não paga a sua dívida, quer tenha quer não meios para a liquidar”⁵.

Na opinião de Mariana França Gouveia quanto à intervenção de terceiros há que antes de mais distinguir duas figuras: o cônjuge e os credores públicos. Esta autora questiona se será possível continuar com a arbitragem caso estes se recusem a participar no processo de execução arbitral, explicitando que “em relação aos credores, é preciso ter em conta que os direitos reais de garantia caducam com a venda executiva, nos termos do artigo 824.º n.º 2 do Código Civil (CC). Assim, o credor tem necessariamente de exercer o direito na acção executiva, porque se o não fizer, perde o seu direito. Esta consequência é tão forte que é aplicável até em situações em que não haja citação desses credores, conforme estabelece o artigo 864.º, n.º 11 do Código de Processo Civil (CPC) (não aplicável à arbitragem executiva). Se se mantivesse a venda dos bens sobre os quais o credor tem direito real, estar-se-ia a expropriar um direito sem qualquer possibilidade de intervenção ou, melhor, estar-se-ia a obrigar o credor a intervir na arbitragem executiva. Já não seria uma arbitragem voluntária, mas necessária. Ora, isso seria uma restrição inadmissível do direito de acesso à justiça, previsto no artigo 20.º da nossa Constituição. Assim, a acção executiva não pode continuar com a penhora sobre aqueles bens, implicando o seu levantamento”⁶. No caso do cônjuge “o problema apenas se coloca se forem penhorados bens comuns, sendo necessário proceder à separação do património conjugal. Assim, como em relação aos credores, não aceitando o cônjuge a competência do tribunal arbitral, não se poderá aplicar a consequência gravosa da manutenção da penhora sobre os bens comuns, prevista no artigo 825.º n.ºs 4 e 5, na medida em que tal implicaria obrigar ao exercício dos direitos por via arbitral, o que viola o direito de acesso à justiça consagrado na Constituição. Se, porém, se

⁵ MENDES, Armino Ribeiro, *ibidem*, *op. cit.*, p. 56.

⁶ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.



penhorarem apenas bens próprios do cônjuge executado, este problema não se coloca, podendo prosseguir sem qualquer problema a acção executiva. Assim, no que diz respeito à intervenção do cônjuge, a sua não participação impede a prossecução da penhora sobre bens comuns, podendo continuar-se a arbitragem executiva penhorando-se bens próprios do cônjuge executado”⁷. Neste sentido importa descortinar o que deve acontecer ao processo arbitral quando se suscita a intervenção de terceiros e qual a solução que se poderá tomar com referência à sua recusa na participação.

Numa perspectiva social esta temática assume contornos fundamentais, mais ainda no momento de crise profunda que se vive no nosso país. As dívidas incobráveis são cada vez mais comuns (as suas consequências nefastas⁸) e importa pensar no contributo que a arbitragem poderia dar neste âmbito.

A AIAE poderá surgir como uma alternativa válida para o descongestionamento dos tribunais, a diminuição da pendência dos processos executivos e a criação de uma alternativa que não existe actualmente no domínio do sistema de execuções.

Em suma, pretende-se contribuir para que se possa reflectir sobre as questões que se colocam nestas matérias e apontar um dos rumos que se poderão seguir para colocar em prática os centros de AIAE. Sobretudo, temos em vista a aplicação prática dos temas sobre os quais nos iremos debruçar. Pretendemos incentivar o desenvolvimento de esforços para a criação de um novo meio de resolução de controvérsias numa área de vital importância para a economia, sociedade e justiça como é a acção executiva.

⁷ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.

⁸ *Vide:* <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/reforma-da-acao/simplificacao-perguntas/downloadFile/file/RAE.PR.032009.pdf?nocache=1242140922.04>, acedido em 24/04/2010.



CAPÍTULO I – METODOLOGIA

INTRODUÇÃO

Na escolha da metodologia desde logo nos deparamos com um problema: qual a metodologia mais adequada a adoptar? Isto porque, o tema escolhido é de enorme complexidade não só por não haver uma opinião sólida e generalizada na doutrina mas também devido à sua actualidade e inúmeras questões que levanta.

A complexidade ao abordar os problemas que se colocam nesta temática resulta assim de diversos factores, nomeadamente por não ser possível fazer a desejável conciliação teórica e prática. Actualmente, apesar de ser possível a criação de Centros de AIAE eles ainda não existem⁹.

Assim a indefinição que se gera à volta desta temática assume contornos fundamentais que importam analisar.

Deste modo, será fundamental definir vários métodos a usar para a exploração do problema que nos propomos a resolver.

Julgamos que além da análise exaustiva da literatura nacional relativamente ao assunto é necessário também recorrer à doutrina comunitária. Qual a razão? Ora, a nível “interno” muito pouco se tem escrito sobre esta temática, pelo que os recursos são escassos. Ao recorrermos a países que já implementaram a arbitragem institucionalizada há mais anos do que no nosso sistema jurídico, estamos a analisar países, em regra, mais “avançados”. Neste sentido, poderemos apreender experiências valiosas e inestimáveis de países que se encontram na vanguarda das leis e regulação de aspectos relacionados com a Arbitragem. No entanto, tanto quanto sabemos ainda não foram implementadas soluções de “transferir” a acção executiva para os meios alternativos de resolução de litígios, pelo que se trata de uma solução de carácter inovador.

Além de uma análise da experiência de outros países nestas matérias, é de salientar que também se efectuarão questionários de modo a averiguar questões pertinentes no âmbito do nosso estudo junto de especialistas na matéria.

⁹ À data de 29/03/2009.



Por último, importa referir que será realizada uma análise estatística da evolução dos processos executivos na última década. Pretende-se, deste modo, perceber o impacto que a AIAE poderá ter neste âmbito.

Destarte, temos por objectivo conciliar uma abordagem quantitativa com a abordagem qualitativa no sentido de otimizar os resultados que poderão ser obtidos.

1. EXPERIÊNCIA COMPARADA – REFERÊNCIAS COMUNITÁRIAS

Em regra, os tribunais arbitrais não têm competência executiva. No que respeita a esta solução da AIAE pelo que foi possível apurar parece não ter comparação com outra solução semelhante nas experiências estrangeiras. Estamos assim em condições de reclamar para nós (Portugal) o pioneirismo neste âmbito.

Contudo são colocados diversos problemas face a esta inovação legislativa, entre os quais: a inexistência de um modelo de referência e a problemática da criação legislativa para colocar em funcionamento estes Centros de Arbitragem, pois quer a nível jurídico, quer a nível prático, são levantados alguns problemas.

Com efeito, para compreendermos melhor esta solução é necessário estudar algumas “raízes legislativas” da Arbitragem (a nível internacional). Neste sentido importa-nos debruçar sobre a Convenção de *New York* (CNY) de 10 de Junho de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei-Modelo da CNUDCI sobre a arbitragem comercial internacional, de 21 de Julho de 1985, as regras de arbitragem da *International Chamber of Commerce* (ICC) e da *International Bar Association* (IBA), entre outras.

1.1 A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM

O facto de os meios alternativos de resolução de litígios terem a sua origem nos Estados Unidos da América (EUA), pode-nos conduzir à ideia de que seria ideal a sua análise em termos comparativos e referenciais com o sistema jurídico português. Contudo para uma comparação mais adequada julgamos que será mais pertinente a comparação com um sistema jurídico semelhante ao português tal como o sistema



jurídico espanhol. Este tem assumido uma evolução notável em matéria legislativa arbitral sendo que aprovou uma nova lei de arbitragem em 2003¹⁰.

2. QUESTIONÁRIOS JUNTO DE INTERVENIENTES PRIVILEGIADOS

O questionário realizado visa recolher informação crucial relativamente a questões controversas e decisivas para a AIAE e, conseqüentemente, para o nosso sistema de justiça.

3. ANÁLISE ESTATÍSTICA DA ACÇÃO EXECUTIVA

Neste âmbito será de vital importância reflectir sobre uma análise estatística da acção executiva de modo a compreender melhor a necessidade ou desnecessidade da AIAE.

Em consequência será efectuada uma análise do movimento processual global dos processos entrados entre 1991 e 2008, do movimento processual global dos processos findos entre 1991 e 2008, do movimento processual global dos processos pendentes entre 1991 e 2008, do saldo processual entre 1991 e 2008, da taxa de resolução processual entre 1991 e 2008 e dos intervenientes em acções executivas cíveis findas nos tribunais judiciais de 1ª instância entre os anos de 1996 e 2004, nomeadamente relativamente ao tipo de pessoa e actividade económica.

¹⁰ Lei 60/2003 de 23 de Dezembro



CAPÍTULO II – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA: BREVES REFLEXÕES SOBRE A SUA PROBLEMÁTICA

INTRODUÇÃO

Propõe-se um estudo no âmbito da Justiça Alternativa, nomeadamente dos meios de resolução alternativa de litígios. Neste contexto visa-se uma reflexão acerca da AIAE.

Há autores cujos estudos ou apontamentos merecem uma atenção especial pela sua contribuição e importância para o desenvolvimento do presente projecto, nomeadamente: Paula Costa e Silva, Manuel Barrocas, Mariana França Gouveia, José Lebre Freitas, António Sampaio Caramelo, Armindo Ribeiro Mendes, entre outros.

No ponto de vista de Armindo Ribeiro Mendes a AIAE. “trata-se de uma solução que não tem paralelo em termos de Direito Comparado, na medida em que se aceita que os poderes de coerção que são exercidos na acção executiva devem ser reservados a um juiz togado, directamente ou através do controlo dos agentes de execução”¹¹. Daqui resulta que o estudo a nível comunitário será abordado na perspectiva da arbitragem enquanto forma de resolução de litígios, e não, na perspectiva da AIAE por não existirem quaisquer experiências estrangeiras neste âmbito.

A AIAE surge assim com uma inovação arriscada por parte do legislador português contudo há que louvar o seu pioneirismo e visão perspicaz da justiça.

Existem algumas questões essenciais que merecem ser abordadas no âmbito da admissibilidade da AIAE.

Neste sentido, apresenta-se a seguinte problemática, quanto à criação dos Centros de AIAE:

- Será uma solução adequada a criação de Centros de AIAE?
- Qual a sua admissibilidade?
- Quais os principais entraves que se colocam à sua criação (existe algum impedimento a nível constitucional)?

¹¹ MENDES, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, nota 3, p. 53.



- Seria benéfico a imposição de alguma obrigatoriedade prévia para fomentar a criação de uma nova cultura jurídica?
- Se essa obrigatoriedade for imposta estará salvaguardado o direito de acesso à justiça?;
- Qual o custo que os Centros de AIAE acarretarão para o Estado?
- Será menos dispendioso que investir no reforço dos tribunais judiciais?;

Ao nível legislativo:

- Será que Portugal necessita de uma nova legislação no domínio da arbitragem?
- O que se pretende com esta nova legislação?
- Quais as referências comunitárias que patenteiam o rumo da arbitragem?;

Relativamente aos litígios e sua natureza:

- O que cabe dentro do conceito de arbitrabilidade?
- Podem ser julgados litígios de natureza patrimonial?
- Os direitos indisponíveis cabem no âmbito da AIAE?;

No que respeita à mediação:

- No âmbito dos Centros de AIAE deverão estes dar um papel preponderante à mediação?
- Porque não a existência de uma sessão de pré-mediação obrigatória?;

No âmbito do processo arbitral:

- Quais deverão ser as principais diferenças entre um processo executivo que corre termos num tribunal judicial e um processo executivo instaurado num tribunal arbitral? (Ex.: ao nível dos princípios e vantagens do processo arbitral)
- Existe concorrência ou exclusividade entre tribunais arbitrais e tribunais estaduais?
- Existirá uma tendência natural de aproximação da arbitragem ao judicial?

Ao nível da figura do Árbitro:

- Quem deverá ser o Árbitro e quais os requisitos necessários?
- Quais os poderes e funções do Árbitro?
- Como deverá ser efectuada a sua nomeação? Deverão ser indicados pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM)? Serão somente Juízes Jubilados?
- Existe alguma lista pública dos árbitros disponíveis?
- Os árbitros necessitam estar inscritos na APA?
- Deverão ser pessoas com determinados anos de exercício na acção executiva e com alguma formação específica em arbitragem?
- Poderá o árbitro exercer o *ius imperii*?



- Será admissível o decretamento de providências cautelares por parte do Árbitro?;

Relativamente à disciplina e fiscalização do processo arbitral:

- Quem deverá exercer a disciplina e fiscalização (ao nível deontológico) do Árbitro, Mediador ou Agente de Execução?

- Haverá necessidade de criação de alguma Câmara ou Ordem ou será uma entidade já existente a regular estas questões?;

No âmbito da arbitragem executiva – agente de execução:

- Na medida em que no processo executivo instaurado num tribunal judicial a intervenção do juiz é mínima (intervenção provocada), como se deverá desenrolar a arbitragem executiva?

- Quais os poderes e funções do Agente de Execução?

- Qual o papel que o agente de execução deverá assumir no centro de arbitragem?

- Deverão os Centros ser constituídos por listas de agentes de execução?;

Por último no que respeita à intervenção de terceiros:

- Relativamente à sua intervenção no processo de arbitragem (Ex.: o cônjuge ou um credor reclamante) o que deverá acontecer se aquele se recusar a assinar a convenção e por conseguinte a participar no processo arbitral?

- Quais as consequências que advêm para o processo arbitral? (Suspende-se ou extingue-se o processo? Vai ser tramitado pelo tribunal judicial? Todo o processo desde o seu início ou só aquele “incidente”?)

- Para a intervenção de um terceiro é exigível o consentimento de todos os intervenientes que iniciaram o processo? Esse consentimento poderá ser dado em qualquer altura do processo arbitral?

- Quais os terceiros que podem intervir e como podem intervir (Ex.: Credor Reclamante e Cônjuge)?

- E qual deverá ser a regra em relação à participação de terceiros na AIAE?



1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA – O MOVIMENTO ADR

Neste âmbito importa de antemão descortinar o que está na origem dos meios alternativos de resolução de litígios. Ora, a sociedade portuguesa conheceu um crescimento notável, fez em vinte ou trinta anos, o que outros países fizeram em cinquenta ou sessenta¹². Esta evolução deveu-se a vários factores, entre os quais estão o crescimento económico dos anos sessenta, a adesão à Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA) em 1959, a guerra do ultramar de 1961, a emigração, a liberalização do comércio e o investimento externo, na década de setenta a revolução de 25 de Abril de 1974 e na década de oitenta a integração de Portugal na União Europeia (UE). No entanto podemos afirmar que foi o factor de abertura ao exterior que teve na base desse crescimento de Portugal.

Contudo, este crescimento acelerado trouxe problemas a Portugal, primeiro porque se passou do sector primário para o sector terciário, sendo certo que Portugal teve uma revolução industrial incompleta, mas desta forma não se gera riqueza, não se produz para sustentar uma máquina capitalista exigente, para satisfazer as necessidades de um Estado Social¹³.

No nosso país as mudanças nas últimas quatro décadas foram dramáticas sobretudo pela sua acelerada transformação pois alguns dos traços essenciais do Portugal de 1960 incluindo factores históricos de longa duração desapareceram, não só elementos tradicionais mas também aspectos estruturais da população e da sociedade, assim como características dos comportamentos e mentalidades¹⁴.

O alargamento quantitativo do Estado-providência foi contemporâneo do estabelecimento dos direitos sociais dos cidadãos, na medida em que o mesmo conduziu a mudanças na sociedade e conseqüentemente no campo legislativo, preocupando-se mais com o bem-estar social. Foram reconhecidos novos direitos sociais pela

¹² Portugal era nos sessenta uma sociedade fechada, com unidade e homogénea e uma sociedade em evolução dual, por um lado uma sociedade tendencialmente urbanizada no litoral, e uma sociedade rural no interior.

¹³ Esta passagem do sector primário para o sector terciário, traz muitos problemas a Portugal, designadamente no seu tecido produtivo, vendo-se obrigado a exportar, endividando-se, pois até o sector primário era um sector que se destinava a agricultura de subsistência, e não a uma agricultura modernizada e potenciadora de desenvolvimento.

¹⁴ BARRETO, António, *Mudança Social em Portugal, 1960/2000*, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, Outubro de 2002.



Constituição desde 1976 e protegidos pela lei. Um razoável movimento nesse sentido começara ainda durante os anos 60, especialmente a partir de 1969, mas foi depois de fundado o Estado democrático que o processo se alargou e intensificou. As doutrinas dominantes nas últimas décadas reforçaram as seguintes ideias: o princípio da igualdade de direitos sociais, da universalização e da gratuitidade dos serviços públicos de protecção social. Nos últimos anos estes princípios passaram a ficar sob análise e reexame, dado que as potencialidades financeiras do «Estado social» são cada vez menores e parece não resistirem a uma ou duas décadas de contínuo desenvolvimento das prestações sociais e de acelerado envelhecimento da população, pelo que uma sociedade envelhecida conduz a baixos níveis de produtividade e consequente sobrecarga económica através da atribuição das pensões. Contudo, não será que nos outros países vivem exactamente os mesmos problemas que existem em Portugal? Só em parte. Na verdade, algumas circunstâncias históricas próprias tornam aquele desequilíbrio particularmente delicado. Primeiro, a rapidez do crescimento do Estado-providência, sem solidez e sem capitalização. Segundo, a falta de contribuição financeira ao longo da vida da maior parte dos que hoje são dependentes da segurança social. Terceiro, um envelhecimento demográfico mais rápido do que na maioria dos países europeus. Quarto, a baixa produtividade do trabalho e das empresas que geram menos riqueza do que noutros países. Quinto, a reduzida capacidade económica dos Portugueses não lhes permite encarar facilmente soluções de contribuição pessoal ou privada por via de poupanças e de seguros. Finalmente, a já referida distorção ou a desproporção existente entre as capacidades económicas e as expectativas. Temos cada vez mais os problemas e as expectativas da Europa, mas não temos a sua capacidade industrial, técnica e científica, nem a sua produtividade ou a sua disponibilidade de capital¹⁵.

A rapidez da mudança associada à posição periférica de Portugal e à pobreza geral de recursos está entre as primeiras causas dos desequilíbrios criados. Ao fim de quarenta anos de evolução acelerada e de aproximação constante dos níveis de desenvolvimento europeus o país encontra-se, no início séc. XXI a braços com a sempre baixa produtividade, a falta de capital e de organização empresarial e a escassez de recursos financeiros públicos e privados, em parte devido à falta de um sector secundário desenvolvido, o que leva a que o país unicamente importa e quase não

¹⁵ BARRETO, António, *Análise Social*, vol. xxx (134), 1995 (5.º), pp. 841-855.



exporta, aliado ao facto de existir uma cultura que não zela por interesses comuns da nação¹⁶.

Desta forma, com estes factores, e o surgimento de movimentos sindicalistas, foram surgindo novos direitos, houve lugar a uma consagração constitucional de novos direitos, que foram desde os direitos “básicos” de um Estado Providência até aos direitos da protecção do consumidor e da protecção do ambiente. Este novo leque de direitos conduziu a uma explosão da litigiosidade¹⁷, levando a um aumento da procura à qual o nosso sistema judicial (oferta) não teve a resposta mais adequada e, consequentemente a uma sociedade mais plural e complexa.

Havendo uma explosão de litigiosidade, é fundamental saber quando é que existe um litígio? Só há litígio quando o lesado toma consciência dos seus direitos e reclama de forma inteligível, contra o agressor, ou seja, além de percepcionar a lesão, é fundamental que haja consciência que a mesma pode ser reparada, entre as formas de reparação do dano ou resolução da controvérsia, surgem a auto-regulação¹⁸, o aconselhamento de uma padre, um vizinho respeitado, um profissional jurídico, a mediação, conciliação, arbitragem, julgados de paz, e a forma mais tradicional, os tribunais judiciais (*vide* “figura 2”). Foi assim, na conjuntura dos factores atrás mencionados que houve a necessidade de dar uma resposta à explosão de litigância, aumentaram-se não só os recursos humanos da justiça, como também se criaram os meios alternativos de resolução de litígios.

Jaime Cardona Ferreira assume que a instituição judiciária “tradicional” caiu num excesso de formalismo e burocratização separados da humanização e simplicidade. Este afirma que os Meios Alternativos surgem como resposta a esta pesada máquina judiciária. Contudo reconhece que “não há, em Portugal, uma cultura de Meios Alternativos; a tendência é para os meios ditos *tradicionalis*, comuns, burocratizados”¹⁹,

¹⁶ BARRETO, António, *op. cit.*, nota 13, p. 28. Note-se, que o autor associa como principal factor de mudança social a abertura ao exterior.

¹⁷ Neste âmbito importa referenciar o conflito e a disputa (sua natureza e abordagem): “BROWN, Henry J., *ADR principles and practice*, 2.^a Ed., London: Sweet and Maxwell, 1999, ISBN 0421579609, pp. 1-11”.

¹⁸ Esta é a mais utilizada de todas as formas de resolução de litígios na nossa sociedade.

¹⁹ FERREIRA, Jaime Cardona, *Meios Alternativos de resolução de diferendos: (ou de litígios ou de conflitos)*, Lusíada, Direito, Serie 2, n.º 3 (2005), pp. 320-321.



adiantando que “muito pouco se conseguirá se os Cidadãos não forem conquistados para os processos alternativos de resolução de litígios”²⁰.

A terminologia Resolução Alternativa de Litígios (RAL) surgiu da expressão inglesa *Alternative Dispute Resolution (ADR)* que respeita aos procedimentos que funcionam como alternativa à litigância judicial tendo em vista a resolução de conflitos e que envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda. Pese embora, se afirma que cada vez mais se entende o “A” de *ADR* por *appropriate* (apropriado) e não alternativo²¹.

O movimento da RAL²² caracteriza-se pela defesa da existência de um sistema alternativo de mecanismos de resolução dos litígios, como seja a mediação, a conciliação ou a arbitragem, propondo: novos modelos de resolução de conflitos; e novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de litígios. O surgimento destes meios vem no seguimento de uma tendência de “desjurificação da justiça”, em particular, dos processos de “informalização da justiça” e “desjudicialização”. Este movimento surge como um movimento plural, abrangendo diversas formas de resolução de conflitos. A intervenção de uma terceira parte varia consoante o papel mais ou menos interventor na tentativa de solucionar o problema. Cardona Ferreira considera que estes meios apresentam “de comum uma procura de proximidade entre os sistemas e os justiciáveis, de combate à burocracia, ao desperdício formal, às demoras escusadas, privilegiando a confiança, a paz e, para tanto, a oportunidade, numa palavra, a eficiência, que não só a eficácia”²³.

A característica fundamental de um novo modelo de administração de justiça é a existência de um sistema integrado de resolução de litígios que assenta na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos²⁴.

²⁰ FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, Meios Alternativos, *Scientia Iuridica*, n.º 293, (Maio-Agosto 2002), p. 227.

²¹ DOYLE, Margaret, *Advising on ADR: the essential guide to appropriate dispute resolution*, London: Advice Services Alliance, 2000, ISBN 0953743918, p. 9. Sobre o fenómeno *ADR* e a justiça alternativa: “PARDO, Guillermo Orozco; GONZÁLEZ, José Luís Serrabona, El arbitraje de consumo, *Revista portuguesa de direito do consumo* - n.50, (Jun. 2007), pp. 22-30”.

²² As raízes históricas do movimento da RAL encontram-se nas décadas de 60/70, nos EUA.

²³ FERREIRA, Cardona, J. O., Arbitragem: Caminho da Justiça? *Perspectiva de um Magistrado Judicial. Breves Referências ao recurso, à anulação e execução de sentença arbitral*, *O Direito* – Ano 141, n.º 2 (2009), p. 287.

²⁴ Em Inglaterra os *ADR* têm configurado uma justiça em ascensão, e o “tradicional julgamento” tem tendência a ser visto como recurso de última instância: “ANDREWS, Neil, *The Modern Civil Process – Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Mohr Siebeck, 2008, ISBN 978-3-16-149532-8, p. 7”.



Quais os principais meios alternativos de resolução de litígios em Portugal? Antes de mais, notar que alguns autores dividem estes meios segundo a classificação de meios não adversariais ou não decisórios: mediação e conciliação, e meios adversariais ou decisórios: arbitragem e julgados de paz. Jaime Cardona Ferreira entende que nos Meios Alternativos é conferida primazia à condição não adversarial, “através da qual os interessados, essencialmente e com simplicidade e informalidade possíveis, por si (ou) através de outras pessoas, procuram encontrar as soluções adequadas às suas iniciais diferentes opções, tendendo em primeira linha para o consenso. Não apenas mas, diria, principalmente, almeja-se a *pacificação* individual e social, ainda que sem prejuízo de, na medida do razoável, se procurar dar a cada um o que é seu – o “*suum quique tribuere*”, de Aristóteles, *volve-se não em fim, mas em caminho para a pacificação*. E, tudo isto, desse modo, tanto quanto possível, equitativamente e em prazo razoável”²⁵.

Existem vários princípios adjacentes aos meios alternativos de resolução de litígios: imparcialidade, transparência, eficácia, oralidade, equidade, confidencialidade, simplicidade, celeridade, flexibilidade, voluntariedade e cooperação das partes²⁶.

Com efeito, todos eles apresentam características comuns, pois visam manter uma posição de equilíbrio entre dois pólos existentes, isto é, entre manter uma atitude passiva, sem nada fazer, ou permitir uma situação de escalada do conflito; apresentam-se como vias menos formais que o processo judicial, cuja maioria dos pressupostos assenta numa concepção privatista e individualizada do conflito; e implicam uma maior participação dos litigantes para alcançar a solução.

Actualmente, têm surgido em alguns sistemas jurídicos (nomeadamente no americano e inglês) novas formas de *ADR*: *early neutral evaluation* (ENE), *expert determination*, *grievance/complaints procedures*, *ombudsmen*, *court-annexed arbitration*, *mini-trial*, *summary jury trial*, *rent-a-judge* e *med-arb*²⁷ (*vide* figura 15 em “anexos”). Neste âmbito importa referir que a mediação-arbitragem é um processo “misto” virtuoso. Importa destacar que é uma forma de *ADR* em ascensão pois combina dois tipos de processos, aliando as vantagens de um ao outro (apesar de ocorrerem

²⁵ FERREIRA, Jaime Cardona, *op. cit.*, nota 18, p. 323.

²⁶ No que respeita às características dos *ADR* é defendida a existência de um sistema unitário que contemple todos os meios alternativos disponíveis, recorrendo-se em última instância à arbitragem. *Vide*: MAURO, Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Ed. Zanichelli, Bologna, 2009, ISBN: 8808072150, 1184-1187.

²⁷ DOYLE, Margaret, *op. cit.*, nota 21, pp. 11-15 e MACKIE, Karl J., *A handbook of dispute resolution: ADR in action*, London: Routledge: Sweet & Maxwell, 1991, ISBN 0415041244, pp.34-35



separadamente). A mediação pode servir para acordar certas questões adjacentes ao litígio em causa, e nas questões que as partes não tiverem de acordo podem recorrer à arbitragem para as resolver²⁸. No entanto, cabe-nos referir que um processo não é melhor que outro, a chave está na sua adequação²⁹.

1.1. DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O sistema de justiça português³⁰ tem se deparado com uma problemática de difícil acesso à justiça, através da inacessibilidade dos tribunais, o seu excesso de formalismo, elevados custos que comportam para as partes que àqueles recorrem e a morosidade com que resolvem o litígio.

Recentemente os meios alternativos de resolução de litígios³¹, como a mediação, conciliação e arbitragem têm se assumido como uma aposta forte por parte dos governos na área justiça. Pretende-se fomentar uma nova qualidade de justiça e um sistema integrado de resolução de litígios que ofereça vários serviços (opções) aos cidadãos de modo a este recorrerem ao terceiro ou instituição que considerem mais adequada à resolução do seu litígio.

O Estado pretende desta forma garantir o cumprimento do seu dever constitucional de assegurar o acesso à justiça, investindo nestes meios que apresentam uma filosofia completamente distinta à dos tribunais judiciais³². Os meios alternativos

²⁸ MACKIE, Karl J., *ibidem*, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ DOYLE, Margaret, *op. cit.*, nota 21, p. 15.

³⁰ Aqui chegados, importa questionar o que se deverá entender por Justiça? Como Cardona Ferreira afirma, e bem, “a Justiça consiste na realização da paz individual e social através da atribuição daquilo que a cada um pertence rectamente, conforme a perspectiva ética dos casos concretos” *in* “FERREIRA, Cardona, *op. cit.*, nota 24, p. 273”.

³¹ O movimento RAL teve a sua origem nos EUA, na década de 1960/70. Nas causas do seu aparecimento estiveram principalmente as seguintes três: reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; incapacidade dos meios tradicionais em garantirem o acesso universal à justiça; década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária o que levou à reapropriação pela comunidade da gestão dos conflitos.

³² Já no programa do XVII Governo Constitucional se endendia o seguinte: “uma resposta judicial eficaz só pode ser assegurada se os tribunais estiverem reservados para a actividade de julgar, sendo libertados de outras responsabilidades e de actividades burocráticas. (...) Assume-se uma aposta nos meios alternativos de resolução de litígios enquanto forma especialmente vocacionada para uma justiça mais próxima do cidadão, que possa evitar um acesso generalizado e, por vezes, injustificado aos tribunais do Estado. Nesta linha, será desencadeado um movimento de desjudicialização, retirando da esfera de competência dos tribunais os actos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para



de resolução de litígios consistem numa justiça de proximidade ao cidadão apresentando as seguintes características essenciais: maior informalidade, maior oralidade, maior celeridade, menor custo, menor profissionalização e mais soluções construídas e menos soluções impostas.

Os meios alternativos de resolução de litígios têm um papel importante nas sociedades contemporâneas. Contribuem para a promoção do acesso à justiça, promovem a paz social e complementam o papel dos meios judiciais de resolução de litígios, além do descongestionamento dos tribunais. Primeiro, promovem o acesso à justiça, pois são mais baratos, mais próximos, existe uma maior informalidade e nem sempre é necessário o auxílio de profissionais (nomeadamente, advogado ou solicitador)³³. Em segundo lugar, assumem-se como um instrumento de pacificação de conflitos, mediante duas formas de prevenção: especial, que consiste numa participação na construção da solução e interiorização da solução (logo a probabilidade de reincidência é menor); e geral, que consiste na solução concreta, aplicável aos restantes casos. Neste âmbito importa referir que, a título de exemplo, os centros de arbitragem enviam a solução que encontraram para a resolução daquele caso para diversos centros. Há uma disseminação das soluções e, em regra, quando se encontra uma boa solução não se deixa de a utilizar. Por outro lado, os tribunais judiciais já não funcionam assim. Dois juízes podem proferir uma decisão diferente para o mesmo caso (existe menor previsibilidade e uniformidade nos tribunais judiciais, logo menor segurança para os cidadãos)³⁴. Em terceiro lugar, estes meios complementam o papel dos meios judiciais de resolução de litígios. Em regra, não tiram conflitos dos tribunais porque resolvem conflitos que nunca chegariam aos tribunais³⁵. São meios mais céleres e económicos na resolução do conflito. Estes previnem a gravidade do conflito e promovem o acesso à justiça de pessoas que nunca acederiam à justiça se a única via fosse os tribunais.

outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional. (...) Será fomentada a criação de centros de arbitragem, mediação e conciliação em parceria com entidades públicas e privadas, numa lógica de repartição de custos e responsabilidades (...).”

³³ Note-se que os meios de RAL não “servem” para ocultar conflitos nem esconder desigualdades entre as partes. Nunca se pode deixar de observar os direitos jurídicos das partes.

³⁴ Há que tomar em linha de conta que não devem ocultados os conflitos sociais e as desigualdades entre os litigantes. Neste sentido, deve ser garantida a possibilidade das partes de defenderem os seus direitos.

³⁵ Daí afirmarmos que podem contribuir para o descongestionamento dos tribunais mas esse não é o seu papel principal.



Assim, estamos em condições de afirmar que, em regra, são meios complementares e não substitutivos³⁶.

João Pedroso faz notar que “o modelo judicial de resolução de litígios, com o seu formalismo, custo e distância dos cidadãos, não se adapta a esta sociedade mais consumista, com mais litígios de massa, mas também mais descentralizada, que pede mais participação dos cidadãos e em que se procura mais autonomia na relação com as estruturas estaduais. Perante esta evolução da sociedade e a necessidade de desenvolver um novo modelo de resolução de litígios, o Estado começou a recorrer a outros meios de resolução de litígios que não os tribunais, designadamente a mediação, conciliação e arbitragem”³⁷.

Jaime Cardona Ferreira considera que o caminho certo é em direcção a uma Justiça Restaurativa. Ou seja, procura-se “mais do que uma sanção, a restauração do equilíbrio, do relacionamento adequado entre os interessados, *mais a paz do que o rigoroso formal*. (...) Pretende-se assim, uma *nova imagem* da Justiça, dando aos Cidadãos um meio simples, tanto quanto possível desformalizado, de alcançarem, mais do que o rigorismo legal, a restauração interior do seu bem estar (...)”³⁸.

A desjudicialização da justiça está intimamente ligada a um tipo de reforma de que se quer implementar no sistema de administração da justiça que se caracteriza pela criação de “alternativas” ao modelo formal e profissionalizado que assume a sua predominância. “Dentro deste tipo de reformas encontramos os processos e meios de informalização e desjudicialização que se integram num movimento mais amplo de desregulação social (...), ou seja, diminuição ou supressão de uma forma específica de regulação social, como seja o direito em geral (desjuridificação), a lei (deslegalização) ou regulamentação administrativa (desregulamentação) em particular”³⁹. Os processos de desjuridificação expandem-se numa pluralidade de formas, as quais podemos classificar em três grandes áreas: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização (*vide* figura 1 em “anexos”).

³⁶ Note-se que existe uma tendência actual para os meios compostos ou mistos, ou seja, a inclusão dos meios alternativos de resolução de litígios nos processos judiciais (Ex.: Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, em que todos os processos cíveis estão abertos à mediação).

³⁷ PEDROSO, *et al*, Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada), OPJ/CES, FEUC, Coimbra, 2001, p. 43.

³⁸ FERREIRA, Jaime Cardona, *op. cit.*, nota 18, pp. 329-330.

³⁹ PEDROSO, *et al*, *op. cit.*, nota 39, pp. 27-29.



Podemos entender o conceito de desjudicialização como aquele que “é concebido no quadro do direito estadual e do sistema judicial como resposta à incapacidade de resposta dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à “irrazoável” duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Os processos de desjudicialização têm consistido essencialmente, por um lado, na simplificação processual, recurso dos tribunais dentro do processo judicial a meios informais e a “não-juristas” para a resolução de alguns litígios. Por outro lado, desenvolve-se através da transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais ou para o âmbito de acção das “velhas” ou “novas” profissões jurídicas, ou mesmo das novas profissões de gestão e de resolução de conflitos”⁴⁰.

Neste sentido pretende-se oferecer ao cidadão uma “justiça alternativa” aos tribunais judiciais, mediante a qual ele pode tentar solucionar o seu litígio tendo em conta princípios mais “leves” e “agilizados”. Acerca da justiça já no séc. XV o Infante D. Pedro expressava ao rei D. Duarte “aquelles que tarde vencem ficam vencidos”⁴¹. Entendemos assim o movimento *ADR* como complemento das outras formas de resolução de conflitos disponíveis para os cidadãos. Concede-lhes um maior poder (que advém da sua postura mais participativa no processo), maior controlo sobre o desfecho do mesmo e encoraja a uma atitude mais facilitadora e cooperativa direccionada para a resolução do problema⁴².

⁴⁰ PEDROSO, *et al*, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴¹ FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, *op. cit.*, nota 19, p. 215.

⁴² SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, p. 15.



2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM

Importa depois da análise *supra* verter a nossa atenção na arbitragem. Esta é uma forma de resolução privada de litígios em que as partes voluntariamente submetem um litígio a um tribunal arbitral, composto por um ou mais árbitros, desde que em número ímpar, para decidir por elas as suas divergências através de uma sentença vinculativa e de cumprimento obrigatório⁴³.

A Arbitragem vai beber as suas origens aos primórdios da nossa nacionalidade⁴⁴. Nesta altura já se poderiam identificar “primitivas formas de arbitragem voluntária, nomeadamente nos juízos dos chamados «ricos homens e dos bons e honestos varões»”⁴⁵. Como refere Szklarowsky “a arbitragem não é novidade, como instrumento de solução de conflitos. Na mais remota Antiguidade, a humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou serpenteados de fórmulas rebuscadas, visto que os negócios, sejam civis, sejam comerciais, exigem respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objecto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas”⁴⁶. O autor aborda a arbitragem na antiguidade e idade média até à actualidade e os “vestígios” da arbitragem como forma de resolução são notórios nas diversas épocas e povos.

Cardona Ferreira afirma que os contornos formais da Arbitragem são de “auto-composição na origem voluntarista; e de hetero-composição a final, na medida em que o Tribunal Arbitral, nascido, normalmente, da vontade das partes, dela se emancipa e, sobre ela, acaba por exercer autoridade jurisdicional”⁴⁷. De acordo com um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2000, relativamente às características da arbitragem voluntária, preceituava: “é contratual na sua origem, privada na sua natureza,

⁴³ CORTEZ, Francisco, A Arbitragem Voluntária em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados, O Direito, Ano 124, IV - 1992-07, Almedina, pp. 365-375; BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de Arbitragem, Almedina, 2010, ISBN 9789724039831, pp. 51-64; CATARINA, Frederic Munné, El Arbitraje en la Ley 60/2003 – Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos, Ediciones Experiencia, 2004, ISBN 84-96283-06-2, pp. 14-15; e SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, pp. 5-9.

⁴⁴ Quanto às origens da arbitragem a nível internacional: MACKIE, Karl J., *op. cit.*, nota 29, pp. 28-29; e BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, p. 49.

⁴⁵ CORTEZ, Francisco, *op. cit.*, nota 45, pp. 365-375.

⁴⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda, Arbitragem: uma nova visão da arbitragem, Revista Portuguesa de Direito do Consumo - N.º 39 (Set. 2004), p. 53.

⁴⁷ FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, p. 275.



e porque o Estado quebrou o monopólio da função jurisdicional por reconhecer a sua utilidade pública, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”⁴⁸.

No que respeita à regulação da arbitragem note-se que a Constituição da República Portuguesa (CRP) faz menções relevantes no âmbito da arbitragem. Em primeiro lugar, o artigo 202.º, n.º 4 alude à possibilidade da lei institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos. Adiante, no artigo 209.º consagra-se a existência de tribunais arbitrais (e julgados de paz), revelando a Constituição uma especial atenção a esta forma de realização de justiça. O Programa do XVIII Governo, cuja discussão terminou a 6 de Novembro de 2009 na Assembleia da República, contém palavras e propósitos da maior importância para o futuro da arbitragem em Portugal: “Em matéria de arbitragem, importa aderir aos padrões internacionais de referência, de forma a tornar o sector mais competitivo e criar mais transparência e segurança junto dos agentes económicos, o que implicará uma nova lei da arbitragem”⁴⁹. Nos termos do preâmbulo do decreto-lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro introduz-se a possibilidade de utilização da AIAE, prevendo-se que centros de arbitragem possam assegurar o julgamento de conflitos e adoptar decisões de natureza jurisdicional nesta sede, bem como realizar actos materiais de execução.

Mário Frota dá-nos conta da evolução da arbitragem ao nível da sua regulamentação no CPC. Desde 1939 se consagrava os tribunais arbitrais como meio de resolução de litígios⁵⁰. O autor afirma que a arbitragem institucional surge “como uma via privilegiada de correcção das assimetrias impostas pela crise da justiça que atinge os tribunais que se inserem na estrutura convencional da administração estadual de justiça”⁵¹. Por último, suporta que a arbitragem não se deverá influenciar pelo formalismo e burocracia típicos dos tribunais judiciais.

A arbitragem, geral, pode ser necessária ou voluntária⁵². A arbitragem necessária existe nos casos em que, por lei, a relação de um determinado litígio está exclusivamente atribuído a um tribunal arbitral (Ex.: artigo 510.º do CT e artigo 374.º

⁴⁸ Vide: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/312408c5e5637f97802569f20059b182?OpenDocument>, acessado na data de 21/12/2010.

⁴⁹ <http://arbitragem.pt/noticias/index.php>, acessado em 15/12/2010.

⁵⁰ FROTA, Mário, Arbitragem institucional, Revista portuguesa de direito do consumo, n.57, (Mar. 2009), pp. 49-51. A longínqua origem e consagração legal da arbitragem revelam a importância que esta tem assumido ao longo dos tempos.

⁵¹ FROTA, Mário, *ibidem*, op. cit., p. 55.

⁵² Sobre a arbitragem voluntária vide: FERREIRA, Francisco Amado, Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos, Coimbra editora, 2006, ISBN 978-972-32-1415-6, pp. 109-113.



da Lei n.º 59/2008 de 11 de Setembro)⁵³. A arbitragem voluntária existe quando as partes, através de um acordo de vontades que se designa por convenção de arbitragem⁵⁴, submetem a decisão a árbitros por elas escolhidos, que julgam a causa nos termos da equidade e da lei, desde que o litígio não esteja exclusivamente atribuído a um tribunal judicial ou a arbitragem necessária e não respeite a direitos indisponíveis⁵⁵ (n.º 1 do artigo da Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto). Note-se que “os efeitos da celebração da convenção arbitral são essencialmente processuais: a existência de uma convenção arbitral implica que os tribunais judiciais não têm jurisdição sobre o caso. Caso seja proposta em tribunal judicial uma acção que tenha como objecto um litígio sobre o qual incida uma convenção arbitral, verifica-se uma excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Excepção que implica a absolvição do réu da instância e consequente extinção da mesma”⁵⁶. Ainda na arbitragem voluntária, de atentar que esta pode revestir duas modalidades: a arbitragem *ad hoc* (constituição de um tribunal arbitral para a resolução de um caso concreto) e a arbitragem institucionalizada (centros de arbitragem)⁵⁷.

Relativamente à arbitragem, João Pedroso afirma que a figura do árbitro ao contrário do mediador e do conciliador tem por objectivo a resolução do litígio mediante decisão que vincula as partes. Deste modo, a arbitragem aproxima-se deveras dos modos jurisdicionais de regulação de litígios. Nota-se ainda a particularidade do processo de arbitragem se identificar bastante com uma espécie de “justiça privada”, pois permite a escolha do árbitro pelas partes bem como o julgamento por parte daquele

⁵³ Consideramos que os tribunais arbitrais necessários estão em vias de desaparecer.

⁵⁴ Vide: n.º 2 do artigo 1.º e artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto. Neste sentido importa efectuar a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. A primeira aplica-se sempre que a convenção de arbitragem abarque litígios eventuais (futuros) emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual. Designa-se compromisso arbitral quando a convenção de arbitragem tem por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a um tribunal judicial.

⁵⁵ O critério da indisponibilidade está a tomar outros contornos na doutrina. Neste sentido o projecto-lei da LAV refere no seu n.º 1 do artigo 1.º que “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, a decisão de árbitros”, quando a actual LAV faz expressa referência “a qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis”.

⁵⁶ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.

⁵⁷ Sendo que será a arbitragem institucional que vai merecer a nossa atenção ao longo da presente dissertação.



segundo o direito ou a equidade⁵⁸. A arbitragem apresenta traços essenciais que a caracterizam como a celeridade, profissionalismo, especialização, confidencialidade, entre outros⁵⁹.

Nas nobres palavras de Cardona Ferreira, “a validade da Arbitragem tem potencialidades muito vastas, inclusive em Direito Internacional Público, ultrapassando, claramente, a redutora perspectiva privatística que, às vezes, parece atribuir-se-lhe”⁶⁰.

Independentemente das origens da arbitragem o que é certo é que esta é das formas mais antigas e universais de resolução de controvérsias pelo que será fundamental não menosprezar as suas virtuosidades e conceder-lhe o devido espaço e importância. É um movimento em expansão nas mais diversas áreas em Portugal (e na Europa⁶¹) em proveito dos operadores judiciais, e principalmente, dos utentes da justiça.

⁵⁸ PEDROSO, *et al*, *op. cit.*, nota 39, p. 36. No que concerne à equidade, Szklarowsky considera que a mesma se trata de uma humanização do direito. In “SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *op. cit.*, nota 48, p. 98”.

⁵⁹ CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 15-16. Sobre as características da arbitragem, suas origens e funcionamento do processo arbitral: DOYLE, Margaret, *op. cit.*, nota 21, pp. 10-11.

⁶⁰ FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, p. 281.

⁶¹ A título exemplificativo, observe-se: a rede “FIN-NET” (http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm, acedido na data de 21/12/2010). Ainda a diversidade de centros de arbitragem que vem sendo implementada, nomeadamente em Inglaterra e País de Gales: DOYLE, Margaret, *op. cit.*, nota 21, pp. 185-202.



2.1. CENTROS DE ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA

Conforme se explicita no portal do GRAL “os Centros de Arbitragem são entidades que, para além de prestarem informações, disponibilizam aos cidadãos mediação e conciliação e, caso não se chegue a acordo por uma dessas vias, Arbitragem, sob a forma de Tribunal Arbitral”⁶².

A Lei n.º 18/2008, de 21-04-2008, no artigo 9.º, n.º 1 autoriza o governo “a criar um regime de arbitragem institucionalizada no âmbito da acção executiva, designadamente prevendo a criação de centros de arbitragem voluntária com competência para a resolução de litígios resultantes do processo de execução, para a realização de diligências de execução e para o apoio à resolução de situações de multi ou sobreendividamento”. Deste dispositivo podemos concluir que fica afastada a possibilidade da criação de arbitragem *ad hoc*, no âmbito da acção executiva. No entanto o artigo 30.º da LAV contraria a lei *supra* mencionada. Este estabelece que a execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1.ª instância, segundo as normas da lei de processo civil. Ou seja, se não podem executar as suas próprias decisões, menos sentido faria ainda a execução de outros títulos executivos. Contudo segundo Sónia Moura podemos questionar se a modificação implementada na acção executiva não aspirou a revogação tácita daquela norma da LAV, após interpretação do artigo 9.º, n.º 3 do CC⁶³. Cardona Ferreira aproveita para salutar a alteração legislativa, referindo que no mínimo seria sensato a execução por parte dos tribunais arbitrais das suas próprias decisões⁶⁴.

Desta forma o que será necessário para criar um centro de AIAE? À semelhança da criação de qualquer centro de arbitragem institucionalizada são exigidos três requisitos: representatividade, capacidade e idoneidade⁶⁵.

⁶² <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/9>, acessado em 22/12/2010. Quanto à arbitragem institucionalizada e alguns centros existentes em Portugal: ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, pp. 114-116. Acerca da arbitragem institucionalizada a nível comunitário: BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, pp. 74-83.

⁶³ “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

⁶⁴ FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, p. 285.

⁶⁵ *Vide*: Decreto-Lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro.



A representatividade implica a existência de associações que representem interesses colectivos pois todos os interesses têm de estar assegurados. Então nestes Centros de Arbitragem que entidades/associações deveriam estar presentes? Deveriam fazer parte do mesmo a Câmara dos Solicitadores ou a CPEE (no sentido de defender os interesses inerentes ao exercício da actividade dos agentes de execução), a Ordem dos Advogados (em representação dos mandatários), a APA (em representação dos árbitros), uma Associação em representação dos interesses dos exequentes (Ex.: DECO – Associação Portuguesa para a defesa do consumidor) e “alguém” que represente os interesses dos executados. Esta coloca alguns problemas pois é difícil descortinar qual seria a Associação ideal para os representar talvez a DECO contudo poderá coexistir uma “confusão de interesses” entre exequentes e executados caso seja a mesma associação em sua representação. A mesma dúvida aplica-se para a associação adequada para representar os interesses dos credores, em regra, estes são instituições bancárias, fazenda nacional, entre outros. Colocam-se duas hipóteses: ou se define associações distintas para exequente, executado e credores ou se criam dentro da DECO três “departamentos” distintos, isentos e imparciais de modo a representarem diligentemente os interesses das partes *supra* referidas.

É também necessária ser reconhecida capacidade ao centro de AIAE. Neste âmbito é essencial a existência de meios e suportes adequadas ao desenvolvimento da actividade que se pressupõe realizar, por exemplo, a existência de ligações electrónicas para trabalhar no Citius⁶⁶ e no Gpese⁶⁷. O Citius funcionará como a aplicação informática cuja utilização principal se destina aos mandatários enquanto que o Gpese terá os agentes de execução como seus utilizadores primordiais; os árbitros deverão emitir qualquer despacho ou comunicação directamente aos agentes de execução mediante o Gpese. Ambas as “ferramentas informáticas” se destinam a agilizar e desmaterializar procedimentos e actos de forma a conferir maior eficiência e celeridade ao processo executivo.

⁶⁶ “Do latim mais rápido, mais célere, é o projecto de desmaterialização dos processos nos tribunais judiciais desenvolvido pelo Ministério da Justiça. Engloba aplicações informáticas para os diversos operadores judiciais: magistrados judiciais e do Ministério Público, funcionários judiciais e mandatários judiciais.” in “<http://www.citius.mj.pt/portal/article.aspx?ArticleId=0>”, acedido em 29/04/2010.

⁶⁷ O Gpese é a “solução WEB de gestão de processos, controlo de tramitação e prazos, gestão documental e comunicações electrónicas entre os vários intervenientes dos processos (tribunais, advogados e agentes de execução), gestão contabilística.” in “<http://www.caso.pt/caso/que-fazemos/tecnologias-de-informacao/gpese/gpese-1>”, acedido em 29/04/2010.



Por último importa que seja reconhecida a idoneidade. O Estado deverá verificar este requisito contudo, por norma, presume-se que todas as Associações Públicas estão dotadas de idoneidade.

Deste modo, os Centros de Arbitragem são entidades reconhecidas pelo Ministro da Justiça com competência para resolver determinados tipos de litígios. Estes operam em função da sua competência territorial (área geográfica), em função da matéria (tipo de litígios que podem resolver) e, em certos casos, em função do valor (limite do valor dos litígios). Apresentam ainda um regulamento próprio e adequado à actividade do Centro de Arbitragem⁶⁸.

Esta solução tem como objectivo a utilização dos mecanismos de RAL para ajudar a descongestionar os tribunais judiciais e imprimir celeridade às execuções, sem prejuízo de serem asseguradas todas as garantias de defesa e a necessidade de acordo das partes para a utilização desta via arbitral⁶⁹.

⁶⁸ CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 82-84.

⁶⁹ <http://www.citius.mj.pt/portaldnn/LinkClick.aspx?fileticket=HgII87YB138%3D&tabid=59>, acedido em 15/12/2010.



3. REFERÊNCIAS COMUNITÁRIAS EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM

Neste ponto merece a nossa atenção a legislação internacional que mais tem influenciado a arbitragem e revestido as suas características e padrões de referência enquanto meio de resolução de litígios.

A CNY de 10 de Junho de 1958 constituiu um passo importante na arbitragem. Neste sentido estabelece-se que esta convenção se aplica ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no território de um Estado que não aquele em que são pedidos o reconhecimento e a execução das sentenças resultantes de litígios entre pessoas singulares e colectivas. Aplicando-se também às sentenças arbitrais que não forem consideradas sentenças nacionais no Estado em que são pedidos o seu reconhecimento e execução (n.º 1 do artigo 1.º da CNY).

Na Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) demonstram-se outras preocupações com a arbitragem, nomeadamente, a arbitragem comercial internacional. São observadas questões como a jurisdição e composição do tribunal arbitral, o acordo de arbitragem e as regras e condução do processo arbitral, entre outras.

De relevância notável no âmbito da arbitragem internacional são as regras previstas pela ICC. É estabelecida como função do tribunal arbitral proporcionar a resolução de litígios comerciais de carácter internacional, mediante arbitragem, e em conformidade com as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Na IBA também se definem regras concernentes a arbitragem comercial internacional. Neste sentido estabelece-se no preâmbulo do “*IBA Rules of Evidence*” o seguinte: as regras da IBA na obtenção de provas em arbitragem comercial internacional têm como objectivo regular de forma eficiente e económica as arbitragens comerciais internacionais, nomeadamente aquelas entre diferentes ordens jurídicas. Estas regras são estabelecidas como forma complementar às disposições legais e normas institucionais ou *ad hoc*, segundo as quais as partes desenvolvem o seu processo de arbitragem. Assim, a IBA prevê quem e como poderão tomar como referência este “regulamento”. Esta associação apresenta também linhas de orientação de arbitragem na *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, e relativamente à ética dos árbitros na arbitragem internacional no *Rules of Ethics for International Arbitrators*.



No Pacto da Sociedade das Nações, já se previa que na eventualidade de qualquer litígio decorrente do Pacto, se submeteria este à resolução através da via da arbitragem (artigos 12.º e 13.º). Igualmente na Carta das Nações Unidas (1945) se previam soluções mais “pacíficas”, onde se previa a arbitragem. Nos termos do n.º 1 do artigo 33.º “as partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”.

Influências importantes para a evolução da legislação portuguesa em matéria de arbitragem são também as leis de arbitragem alemã, francesa, italiana e espanhola. Esta última merecerá a nossa atenção na análise que se segue.

A *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* veio aprovar uma nova LAV em Espanha. Esta lei teve como principal inspiração a lei CNUDCI, tendo-se assim em consideração as necessidades da arbitragem comercial internacional.

Com a aprovação de uma nova lei de arbitragem pretendeu-se favorecer a difusão da prática da arbitragem e promover a uniformidade e eficácia desta como meio de resolução de controvérsias. As crescentes relações comerciais e os avanços técnicos trouxeram novas necessidades às leis de arbitragem. Assim, no caso espanhol revestiu-se a nova LAV de maior flexibilidade e adaptabilidade das normas, focando-se as principais alterações nos requisitos da convenção de arbitragem e nas medidas cautelares.

Cumpram-nos destacar diversos artigos fundamentais nesta LAV. No artigo 2.º, n.º 1, estabelece-se que são susceptíveis de arbitragem as controvérsias sobre questões de livre disponibilidade de acordo com a lei. Neste caso optou-se por manter o critério da disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade que vinha da anterior LAV contudo recentemente parte da doutrina tem defendido a conjugação de outros critérios para decidir a arbitrabilidade da controvérsia. Importante também destacar a preocupação da regulação da intervenção judicial na arbitragem. O artigo 7.º descreve que nas matérias reguladas por esta lei os tribunais só podem intervir nos casos expressamente previstos. Com esta disposição limita-se a intervenção judicial ao estritamente necessário sendo que a regra é a da não intervenção⁷⁰. No artigo 9.º regula-

⁷⁰ Neste artigo está presente o corolário do efeito negativo da convenção arbitral que impede o tribunal judicial conhecer das matérias da controvérsia. Limita-se a intervenção judicial a procedimentos de apoio e controlo. É regulado no artigo 8.º os tribunais competentes para exercer aquelas funções.



se a forma e conteúdo da convenção de arbitragem. Neste sentido reforçou-se o critério anti-formalista da convenção reconhecendo-se sua validade em diversos “suportes” em conformidade com a evolução dos meios de comunicação e a tecnologia. Assim, prevê-se no n.º 3: a convenção de arbitragem deve ser efectuada por escrito, num documento assinado pelas partes ou uma troca de cartas, telegramas, telex, fax ou outros meios de telecomunicações que providenciem um registo do acordo. Considera-se cumprido este requisito quando a convenção de arbitragem conste e seja acessível para consulta posterior em suporte electrónico, óptico ou de outro tipo. Relativamente à figura dos árbitros é de salientar a preocupação da amplitude do critério para se ser árbitro, exigindo-se apenas indivíduos que estejam no pleno exercício dos seus direitos civis (artigo 13.º). Neste sentido, considera-se que se confere às partes uma maior liberdade na escolha do árbitro. No artigo 22.º prevê-se a importante questão da competência dos árbitros. Segue-se o critério alemão *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência). Esta regra separa o contrato principal da convenção de arbitragem sendo que a validade desta não depende da validade do contrato principal. Permite-se que os árbitros disponham de competência para julgar sobre a validade da convenção de arbitragem, ou seja, decidir acerca da sua própria competência⁷¹. No âmbito da capacidade dos árbitros é estabelecida outra regra a ter em atenção prevista no artigo 23.º, n.º 1: salvo disposição em contrário das partes, os árbitros poderão, ordenar medidas provisórias (cautelares) que considerem necessárias em relação ao objecto do litígio. Por último, cabe-nos proferir algumas notas sobre a exequibilidade da sentença arbitral. No artigo 44.º estabelece-se a *ejecución forzosa del laudo*, remetendo-se a sua regulação para as normas do processo civil. A lei optou por atribuir força executiva à sentença arbitral ainda que se consagre a possibilidade de ser objecto de impugnação. No que respeita à exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras a LAV remete para a CNY de 10 de Junho de 1958 acerca do seu reconhecimento e execução. No entanto salvaguarda-se no artigo 46.º, n.º 2, 2.ª parte: “sem prejuízo de outros acordos internacionais mais favoráveis à concessão, dando-se a possibilidade da adopção de normas consagradas em outras convenções”.

Cardona Ferreira aponta que a nova lei espanhola corrigiu (bem) a lei de 1988, assumindo a via de anulação da sentença mas, explicitamente, como *não* recurso. No seu entender seria adequada a “eliminação da acção de anulação e a subsistência,

⁷¹ BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, pp. 66-67.



normal em quaisquer Tribunais, de recursos – isto, por coerência com os valores próprios da Arbitragem e por a regra constitucional da equidade processual exigir, a meu ver, a possibilidade de um duplo grau de jurisdição: desejavelmente, no respectivo sistema”⁷². O autor perspectiva a criação de um Tribunal Arbitral de 2.º grau.

A LAV espanhola pretende assim reforçar o incentivo à arbitragem como padrão de referência internacional demonstrando preocupações com a sua elasticidade no sentido de seguir as modernizações e avanços em matéria de arbitragem internacional. Pese embora, no ordenamento jurídico espanhol atribuir-se a competência executiva exclusivamente aos tribunais judiciais, e não aos tribunais arbitrais⁷³.

Antes de avançarmos sublinhe-se uma decisão inovadora de cariz semelhante à portuguesa: a de o processo de execução correr termos nos centros de arbitragem institucionalizados. Foi efectuada uma proposta de um Decreto-Lei no Brasil que tem provocado alguma azáfama no sistema jurídico e doutrina. O Decreto-Lei 70/66 visa conferir ao credor a possibilidade de execução hipotecária mediante duas vias: judicialmente, e extrajudicialmente. “O procedimento de execução extrajudicial acontece da seguinte maneira: o credor estabelece, singularmente, o valor do seu crédito e notifica o devedor de que deve saldá-lo num prazo máximo de até vinte (20) dias, sob pena de o imóvel a que está vinculado o débito resultante do empréstimo hipotecário ser leilado. Não há intervenção judicial alguma. Desta maneira, fica claro que optando pela execução extrajudicial o procedimento é muito mais célere do que o da via judicial convencional. Isso ocorre devido à enorme quantidade de processos para cada magistrado julgar e, também, ao número infindável de recursos que estão a disposição das partes”⁷⁴. Esta é uma tentativa por parte do legislador brasileiro de mudança de cultura do povo no que respeita à configuração da execução da sentença arbitral.

⁷² FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, p. 284. Este afirma que “não faz sentido que, na Arbitragem, haja a possibilidade de acções de anulação...para o sistema judicial; de recursos...para o judicial; de oposição à execução...no judicial...”.

⁷³ CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 15 e 165-166.

⁷⁴ <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/a-constitucionalidade-da-execucao-extrajudicial-regulada-pelo-decreto-lei-n%BA-70%1066.-14277/artigo/>, acedido na data de 21/12/2010. No que concerne a esta problemática *vide* ainda: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3740/derrogacao-do-decreto-lei-no-70-66-a-partir-da-promulgacao-da-constituicao-de-1988>; <http://br.vlex.com/vid/51961637>, acedidos na data de 21/12/2010, e SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *op. cit.*, nota 48, p. 110.



4. REGIME LEGAL PORTUGUÊS – NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO (O PROJECTO-LEI DA APA)

Neste âmbito, importa uma análise ao quadro jurídico de referência da arbitragem. É assim fundamental o seguinte quadro legislativo: Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro, Lei n.º 18/2008 de 21 de Abril, Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto, Decreto-Lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro, Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001 e o Projecto-Lei da LAV e Código Deontológico ambos desenvolvidos pela APA. Consideramos que a “análise legislativa” não seria pertinente sendo analisada num lugar “isolado” pois merecerá a nossa atenção ao longo da presente dissertação. Logo centraremos a nossa atenção nos aspectos deontológicos da arbitragem na acção executiva. Contudo não iremos descurar alguns aspectos que no nosso entender merecem relevância especial. Importa também reflectir sobre a pertinência de uma nova legislação no domínio da arbitragem. Será a lei vigente⁷⁵ adequada face às exigências actuais? Quais as vantagens de uma nova LAV? Adiante descortinaremos.

Há autores que consideram que é essencial proceder a uma revisão da LAV de modo a “corrigir e suprir algumas das deficiências e lacunas que tem revelado e a adaptá-la às mais modernas orientações que têm sido consagradas pelas reformas legislativas empreendidas neste domínio”⁷⁶. A arbitragem é uma forma de resolução de litígios em evolução e expansão a nível internacional. Portanto de modo a impulsionar e evidenciar as qualidades da arbitragem portuguesa existe a necessidade, ou até a obrigação, de acompanhar os avanços recentes nesta matéria. A modernização da legislação em matéria arbitragem é inspirada no desejo de a tornar mais atractiva para as partes que a ela consideram recorrer⁷⁷. Daqui resultarão não só benefícios ao nível do serviço prestado pela Justiça aos seus utentes como também ao nível económico mediante a eficácia e eficiência da arbitragem.

É defendido no parecer da APA sobre a proposta do Ministério da Justiça a importância de modificar o nosso ordenamento jurídico com uma nova lei no domínio

⁷⁵ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (lei vigente na presente data – 21/12/2010).

⁷⁶ CAMELO, António Sampaio, A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *jure condendo*, Revista da Ordem dos Advogados, 2006, p. 1233.

⁷⁷ SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, pp. 17-18 e p. 48.



da arbitragem, baseada na Lei Modelo da CNUDCI, “susceptível de ser reconhecida internacionalmente como uma lei amiga da arbitragem, e de resolver, em termos consentâneos com a moderna doutrina, e beneficiando da experiência e dos ensinamentos da melhor doutrina e do direito comparado, diversas questões que permaneciam sem resposta, ou sem resposta satisfatória, na actual lei de arbitragem, causando situações de incerteza e indefinição, gravemente lesivas da utilização da arbitragem como método alternativo de resolução de litígios e de administração da justiça (...), nomeadamente, o controlo pelos tribunais estaduais da isenção e imparcialidade dos árbitros, o regime da intervenção de terceiros, o regime das providencias cautelares em arbitragem, a reformulação do interface entre tribunais estaduais e arbitrais, a clarificação do regime da revisão e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e internacionais”⁷⁸. Esta ideia é reforçada na exposição de motivos na proposta 48/XI do Governo apresentada à Assembleia da República em 10/1/2011, em que se afirma que “o programa do XIII Governo Constitucional prevê em matéria de arbitragem a adesão aos padrões internacionais de referência, de forma a tornar o sector mais competitivo e criar mais transparência e segurança junto dos agentes económicos, o que justifica a necessidade de aprovação de uma nova lei da arbitragem”⁷⁹. A LAV aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto era suficiente para a parca utilização da arbitragem na altura contudo a sua evolução, quer a nível internacional, quer a nível nacional (através de novos estudos e novas leis internacionais) justificam em pleno a aprovação de uma nova LAV.

Analisada a necessidade e pertinência de uma nova LAV em Portugal cabe reflectir ao nível deontológico. Existe uma problemática que se afigura complexa pelas questões pouco pacíficas que se colocam no âmbito da arbitragem. Entre outras, evidenciamos as seguintes: pode ou deve o árbitro aceitar um processo quando o advogado da parte que o nomeia é sócio de uma sociedade de advogados a que o convidado pertence? Qual a credibilidade do árbitro neste processo? Qual a confiança que as partes poderiam depositar no árbitro? Estariam assegurados alguns princípios éticos e deontológicos como a independência e imparcialidade? Poderá o árbitro nomeado pela parte entrar em contacto com esta? Assim importa descortinar quais os

⁷⁸ <http://arbitragem.pt/noticias/Parecer-APA-sobre-proposta-Min-Justica--2011-01-06.pdf>, acedido em 23/12/2010. Outras alterações significativas são realçadas na exposição de motivos da proposta 48/XI do Governo apresentada à Assembleia da República em 10/1/2011.

⁷⁹ <http://arbitragem.pt/noticias/index.php>, acedido na data de 15-12-2010.



aspectos éticos e deontológicos que norteiam ou que se colocam em causa quando olhamos para a figura do árbitro na AIAE.

A adopção de um Código Deontológico do Árbitro (CDA) visa, não só consagrar as regras éticas que devem enformar a conduta dos árbitros, mas também promover a confiança na arbitragem como meio idóneo e justo de resolução de litígios. O Código não se assume como um conjunto exaustivo de regras de conduta, mas antes como um quadro de referência, elaborado a partir das melhores práticas internacionais⁸⁰.

Em primeiro lugar, reveste-se de fundamental importância o acto de aceitação de nomeação enquanto árbitros. Quais os requisitos ou linhas orientadoras da aceitação? Nos termos do artigo 1.º, n.º 1 do CDA todo o árbitro está obrigado a agir com imparcialidade e independência, respeitando e fazendo respeitar o prestígio e a eficiência da arbitragem como meio justo de resolução de litígios. Deste modo, importa efectuar uma breve distinção entre os dois deveres deontológicos. “À independência, no sentido restrito, dizem respeito laços objectivos, tais como remuneração, a nomeação, o emprego, o envolvimento do árbitro, anteriormente ou durante o processo arbitral (...) ou qualquer laço económico ou outro que permita supor algum constrangimento objectivo. À imparcialidade diz respeito a liberdade de o árbitro decidir sem constrangimentos de ordem moral ou intelectual”⁸¹. Salvo quando disposição da lei ou de regulamento arbitral aplicável outra coisa dispuser, os membros da Associação Portuguesa de Arbitragem devem respeitar os princípios deontológicos previstos no presente código, enquanto princípios inerentes à função de árbitro⁸². Neste sentido, entendemos que se o árbitro não considerar cumpridos os requisitos de independência e imparcialidade (cumulativamente) deverá proceder à recusa da sua nomeação. Note-se que a garantia da independência e imparcialidade deve ser observada pelo árbitro não só no momento da aceitação da sua nomeação mas também ao longo de todo o processo arbitral impendendo sobre aquele o dever de revelação⁸³. Acresce que para o árbitro

⁸⁰ <http://arbitragem.pt/projectos/apa-codigo-deontologico-final.pdf>, acedido em 15-12-2010. Sobre as regras éticas e condutas que devem orientar os profissionais de ADR: BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, pp. 452-463.

⁸¹ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 295. Quanto à problemática de semelhança ou não entre os conceitos de imparcialidade e independência (e conseqüente necessidade de distinção) *vide*: <http://arbitragem.pt/projectos/cda/comentarios-ao-cda-da-apa--antonio-sampaio-caramelo.pdf>, acedido em 22/12/2010; e <http://arbitragem.pt/projectos/cda/cda--recomendacoes-do-club-espanhol-de-arbitragem.pdf>, acedido em 22/12/2010.

⁸² BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, pp.290-303.

⁸³ *Vide*: artigos 4.º e 5.º do CDA.



aceitar a sua nomeação outros dois requisitos terão que ser satisfeitos: possuir os conhecimentos adequados à apreciação da situação de litígio que lhe é apresentada e dispor do tempo (previsivelmente) adequado para o efeito (artigo 2.º do CDA).

É fundamental verificar que sob o árbitro impende o dever de diligência. O que é que isto significa? Entende-se que o árbitro deve conduzir a arbitragem da forma mais rápida, eficaz e económica que seja compatível com o respeito pelas garantias processuais das partes (n.º 1 do artigo 7.º do CDA)⁸⁴.

Um princípio que não poderá ser descuidado neste âmbito é o princípio da confidencialidade. Sem prejuízo do disposto na lei, o árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e da decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o propósito de obter um ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem (artigo 9.º do CDA).

Essencial a observância da estipulação do artigo 12.º do CDA. Esta disposição prevê que a totalidade ou parte das normas do presente Código podem ser adoptadas por quaisquer entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas, bem como pelas partes envolvidas numa arbitragem *ad hoc* ou por qualquer tribunal arbitral. Deste modo, é dada a possibilidade a qualquer entidade que “pratique” arbitragem a possibilidade adoptar o CDA para que este modele a conduta dos árbitros. Contudo a este nível deparamo-nos com uma problemática. Nos centros de arbitragem institucionalizada, por norma, existe um órgão que controla e supervisiona a conduta do árbitro. Assim sendo, caso este incorra numa prática incorrecta terá que necessariamente acatar as consequências da sua “infracção deontológica”. Pelo contrário, e sabendo à partida que as arbitragens *ad hoc* se desenvolvem mediante o controlo exclusivo das partes, é imperativo questionar em que moldes será efectuado o controlo destas arbitragens? Por quem ou que órgão? E quais as consequências que resultam de uma conduta incorrecta por parte do árbitro se violar os aspectos éticos e deontológicos consagrados no respectivo código adoptado?⁸⁵ Se as partes se sentirem lesadas no processo arbitral por sentirem a tendência de favorecimento de uma das partes como é que estas deverão proceder? Parece possível que recorram ao tribunal judicial para este averiguar se o árbitro respeitou os princípios e deveres a que está obrigado. Contudo

⁸⁴ Nos termos do n.º 2 do artigo 7.º do CDA o árbitro deve dedicar à arbitragem todo o tempo e atenção imprescindíveis à plena compreensão e julgamento dos factos objecto da lide.

⁸⁵ Neste sentido, *vide*: <http://arbitragem.pt/projectos/cda/cda--intervencao-dr-robin-de-andrade--2009-04-14.pdf>, acedido em 05-06-2010.



não seria mais benéfico para a arbitragem a existência de um órgão que procedesse à fiscalização e disciplina dos árbitros (à semelhança da Ordem dos Advogados ou Câmara dos Solicitadores)? A mesma problemática se coloca ao nível do mediador. Destarte não seria virtuosa a criação de um órgão independente que regulasse a conduta e princípios enformadores dos meios alternativos de litígios?

Considera-se que, apesar de todas as problemáticas inerentes, a aprovação do CDA é um passo decisivo rumo à autonomização e qualidade da arbitragem em Portugal. Neste sentido, passam a existir normas deontológicas e éticas orientadoras da arbitragem e com elas se poderá exercer controlo e disciplina sobre a figura do árbitro.

Actualmente a questão da qualidade é muito debatida na nossa sociedade. E na área judicial esta tem sido assumida como uma preocupação cada vez maior⁸⁶. Transpondo para o domínio da arbitragem em que consistirá a qualidade? Como poderá ser “medida”? E como será efectuada a sua gestão e controlo? Em primeiro lugar, poderemos definir a qualidade na arbitragem como o conjunto de características essenciais ao longo de todo o processo, dentro dos parâmetros éticos, princípios e deveres do árbitro, considerando e cumprindo as expectativas iniciais das partes no que respeita a uma solução justa e eficiente⁸⁷. No sentido de controlar e garantir a qualidade da arbitragem deveriam ser observados determinados requisitos: estudo do índice de cumprimento das sentenças dentro de certos parâmetros temporais, índice de satisfação das partes ao nível do processo (informação fornecida sobre este), resultados e conduta ética do árbitro. Em prol da qualidade da arbitragem deveriam também ser restringidos os critérios de admissão de um árbitro. Além da necessidade de dominar uma determinada área no direito (sociedades, penal, famílias, internacional) deveria ainda impender sobre o mesmo a necessidade de formação adequada no domínio da arbitragem, por exemplo, um curso de arbitragem ou curso de meios alternativos de resolução de litígios. Será que haverá coragem para criar mecanismos de controlo da qualidade na arbitragem?

Em suma, no que concerne aos aspectos deontológicos do árbitro, consideramos que o CDA deverá ser aplicável quando as partes e os árbitros estiverem de acordo na sua aplicação, quer mediante acordo expresso que conste no contrato do árbitro, quer

⁸⁶ Vide: <http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44->

Manual_de_Media%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf, acedido em 23/12/2010.

⁸⁷ Obviamente dentro das condições previsivelmente possíveis e inicialmente estabelecidas. Neste sentido importa se as partes convencionaram a possibilidade de o árbitro julgar de acordo com a equidade ou segundo a lei.



por constar do estatuto do árbitro definido por uma instituição de arbitragem (no caso de arbitragem institucionalizada)⁸⁸. Manuel Pereira Barrocas considera problemática a nível executório a aplicação automática do CDA por escolha do árbitro. Pois se isso poderá ser exequível no caso de um tribunal singular ou de um tribunal colectivo em que todos sejam membros da APA, torna-se complicado quando existem alguns membros do painel que não sejam membros daquela associação, considerando que o estatuto de todos os árbitros deve ser igual. Ainda, de relevar neste âmbito, são os conceitos de independência e imparcialidade do árbitro. Neste sentido, os árbitros não devem ter quaisquer relações com as partes, nem ter revelado qualquer predisposição sobre o resultado do processo arbitral⁸⁹. No ponto de vista de Robin de Andrade é relevante clarificar os conceitos de independência e imparcialidade. Este entende que o primeiro diz respeito à posição do árbitro perante as partes e os seus advogados enquanto que o segundo concerne à posição do árbitro face ao objecto concreto do litígio e às pretensões das partes. Afirma ainda, que além da sua distinção era essencial enunciar casos em que a nomeação do árbitro nunca deveria ser aceite, por violar a própria confiança das partes na independência e imparcialidade⁹⁰.

Concluimos, afirmando que o CDA teve a sua inspiração nas directrizes da IBA relativas a conflitos de interesses em arbitragem internacional como modelo-padrão de referência⁹¹. Podemos afirmar que a sua aprovação visa essencialmente o cumprimento de dois objectivos: em primeiro lugar, uniformizar a conduta do árbitro, e por consequente, a prática da arbitragem em Portugal; em segundo lugar, pretende-se dignificar e fomentar a credibilidade de um meio alternativo de resolução de litígios que tem dado passos em direcção a uma justiça diversificada, qualificada, apropriada para a resolução da controvérsia em causa e de qualidade, perante cidadãos cada vez mais exigentes nas questões da justiça. Será que os cidadãos não começam a olhar com uma perspectiva diferente para a justiça? Será que actualmente consideram dirimir a sua controvérsia num tribunal judicial ou começam já a considerar a arbitragem como uma alternativa válida para dar uma solução ao seu problema? Parece-nos que foi colocada mais uma pedra (preciosa) na construção gradual de algo que se afigura essencial para a

⁸⁸ <http://arbitragem.pt/projectos/cda/comentarios-ao-cda-da-apa--manuel-barrocas.pdf>, acedido em 22/12/2010.

⁸⁹ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 295.

⁹⁰ <http://arbitragem.pt/projectos/cda/cda--intervencao-dr-robin-de-andrade--2009-04-14.pdf>, acedido em 05-06-2010.

⁹¹ *Vide*: <http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=guidelines%20arbitration>, acedido em 22/12/2010.



nossa democracia: uma justiça que faça efectivamente *jus* ao seu nome. Contudo só o tempo poderá descortinar qual o verdadeiro impacto, resultados e implicações da adopção do CDA na prática da arbitragem...



5. CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA

Os tribunais arbitrais encontram-se consagrados na constituição portuguesa (artigo 209.º, n.º 2 da CRP) como meios de resolução de litígios que exercem a função jurisdicional (artigo 202.º da CRP). São apontadas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional como características essenciais ao exercício daquela função: “a resolução de um conflito de interesses no caso concreto; segundo uma perspectiva jurídica; e com o único fim de prosseguir o interesse público de realização da justiça”⁹².

Sónia Moura enuncia conclusões pertinentes acerca da actividade desenvolvida pelos tribunais arbitrais, tendo em conta parâmetros constitucionais. Cabe assim destacar: a organização e competência dos tribunais arbitrais, bem como o estatuto dos árbitros, que integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 168.º, n.º 1, al. q) da CRP; na aplicação de normas por parte dos tribunais arbitrais a não infracção das normas e princípios consagrados na CRP, pois as sentenças são passíveis de recurso, nos termos do artigo 280.º da CRP; fundamentação das decisões que não constituam mero expediente, nos termos dos artigos 205, n.º 1 da CRP, 156.º, n.º 4 do CPC e 23.º, n.º 3 da LAV; em regra, o poder jurisdicional conferido aos árbitros extingue-se na prolação da decisão final, nos termos do artigo 669.º do CPC e 25.º da LAV; por norma, as audiências nos tribunais arbitrais são públicas, nos termos do artigo 206.º da CRP; e no exercício da sua actividade, os tribunais têm direito ao auxílio das outras autoridades, nos termos do artigo 202.º, n.º 3 da CRP⁹³. A autora afirma, que sob do ponto de vista constitucional, o problema centra-se no exercício das funções características da acção executiva. Com efeito, esta subentende o uso da força mediante a imiscuição na esfera jurídica do devedor (artigo 840.º, n.º 3 do CPC). Sobre a constitucionalidade da AIAE nos debruçaremos mais adiante ao longo do presente (pois a questão da constitucionalidade levanta-se em inúmeras temáticas como sejam “as providências cautelares e o exercício do *ius imperii*”, “o papel do agente de execução” e a “intervenção de terceiros”. Contudo, à partida, parece-nos que a arbitragem executiva não deverá ser inviabilizada sob o ponto

⁹² MOURA, Sónia, A Arbitragem Executiva, Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos – n.º 12, (2º semestre 2009), p. 184.

⁹³ MOURA, Sónia, *ibidem*, *op. cit.*, pp.185-186.



de vista constitucional pois estar-se-ia a causar um prejuízo considerável aos cidadãos, ao impedir a concretização de uma forma de justiça com potencialidades benéficas para a sociedade⁹⁴.

⁹⁴ No que respeita à constitucionalidade da execução correr termos em tribunais arbitrais, observe: SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 2, pp. 101-103.



6. ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS: SUBMISSÃO A ARBITRAGEM - A NATUREZA PATRIMONIAL E INDISPONIBILIDADE

Neste ponto cabe dissertar acerca de uma das questões consideradas vitais na arbitragem: a arbitrabilidade do litígio. Sampaio Caramelo afirma que os critérios gerais para aferir a arbitrabilidade (em direito comparado) são principalmente três: “o da ligação do litígio com a ordem pública; o da natureza patrimonial da pretensão; e o da disponibilidade do direito em causa”⁹⁵.

Em primeiro lugar importa efectuar uma análise reflexiva acerca da natureza patrimonial e indisponibilidade dos litígios. É essencial uma análise prévia do entendimento jurídico de alguns conceitos que se assumem como basilares no tratamento desta temática: o que cabe na disponibilidade e indisponibilidade dos direitos? Qual a implicância da indisponibilidade dos direitos na arbitragem? Está a questão da indisponibilidade dos direitos relacionada com a arbitrabilidade ou não do litígio em causa na arbitragem?

Importa aferir em linha prévia o que se entende por (in)disponibilidade dos direitos. A disponibilidade define-se como a faculdade de o titular de um direito renunciar ou transigir sobre o mesmo. São indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis⁹⁶.

Por sua vez, a arbitrabilidade pode ser analisada na perspectiva do objecto e da natureza do litígio em questão. Estamos neste caso perante a arbitrabilidade objectiva (artigo 1.º, n.º 1, da LAV). Podendo ainda ser analisada na perspectiva da qualidade das partes, mais particularmente, da susceptibilidade de certas pessoas como o Estado ou outros entes públicos autónomos serem parte em litígios sujeitos à arbitragem. Deste modo, coloca-se em causa a arbitrabilidade subjectiva (artigo 1.º, n.º 4, da LAV)⁹⁷.

Manuel Barrocas entende que a leitura do artigo 1.º, n.º 1 da LAV permite diferenciar dois tipos de não arbitrabilidade: “a submissão de um litígio, por lei, à competência exclusiva de um tribunal judicial ou a arbitragem necessária; e o litígio

⁹⁵ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, nota 78, p. 1235.

⁹⁶ Ex.: questões que concernem ao estatuto pessoal, direito da família, direito penal, propriedade intelectual, falências e concordatas, e questões onde há desequilíbrio entre as partes, tais como alimentos, arrendamento, direito do trabalho e do consumidor.

⁹⁷ laboratorial.fd.unl.pt/media/files/Trabalho_joana_galvao_teles.doc, acessado em 21/12/2010. Sobre a arbitrabilidade observe ainda: BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, pp. 97-108.



envolver questões relativas a direitos indisponíveis. (...) Mesmo os direitos que, segundo certa concepção de ordem pública, sempre mutável, devam ser considerados indisponíveis são arbitráveis (...) com a condição de terem natureza patrimonial. (...) Conclui afirmando que ficam de fora do conceito de arbitrabilidade os direitos indisponíveis não patrimoniais ou pessoais”⁹⁸. Fica assim notório um facto relevante na vanguarda das novas leis de arbitragem. Este consubstancia-se na aceitação por parte da doutrina moderna da arbitrabilidade dos direitos não só disponíveis como também os indisponíveis⁹⁹.

A presente abordagem centra-se na análise da arbitrabilidade relativamente aos direitos (in)disponíveis, logo na arbitrabilidade objectiva.

6.1. O PANORAMA FIGURATIVO DA (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

A questão da (in)disponibilidade dos direitos é uma questão controversa na doutrina pelo seu carácter peculiar e daí as diversas posições antagónicas que suscita no âmbito da arbitragem voluntária. Neste âmbito propõe-se a seguinte análise: abordagem da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (adiante designada por LAV) e projecto-lei da LAV no que respeita aos direitos indisponíveis, aferir a eventual existência de critérios distintos do critério da (in)disponibilidade em razão da arbitrabilidade ou não do litígio e ponderar as virtuosidades da possibilidade da arbitragem no domínio executivo. Deparamo-nos com uma problemática adjacente ao teor da nossa análise: prevê a nossa legislação nacional algum normativo que regule esta questão? Admitirá esta a “intervenção” dos direitos indisponíveis na arbitragem? Será este um factor impeditivo da viabilidade da arbitragem na acção executiva? Poderá a arbitragem no direito das execuções ser uma solução credível? Ou esta não passará de uma mera fantasia utópica?

⁹⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 215-219.

⁹⁹ Da arbitrabilidade no sistema espanhol: CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 41-50.



6.2. LEI (ACTUAL LAV)

A (in)disponibilidade dos direitos encontra actualmente na LAV um dispositivo normativo que se pronuncia acerca deste temática delicada. Então o que nos diz a LAV? Defenderá que os direitos indisponíveis têm lugar na arbitragem? Ou estarão estes afastados? É plasmado que “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros” (n.º 1 do artigo 1.º da LAV). Assim, e mediante uma análise objectiva da lei actual da arbitragem voluntária descortinamos que não é possível a inclusão de direitos indisponíveis na convenção de arbitragem. Isto significa, que actualmente não é admissível a submissão de um litígio que respeite a direitos indisponíveis no sentido de este ser dirimido via arbitral, pois aqui só cabem direitos disponíveis¹⁰⁰. Poderemos então questionar qual a ordem de existência do limite da indisponibilidade dos direitos? Poderá este limite ter sido balizado tendo em conta uma certa desconfiança relativamente a este meio alternativo de resolução de controvérsias? Podemos afirmar que o critério da disponibilidade dos direitos consagrado na actual LAV parece ser manifestamente inadequado por não permitir a submissão de determinados litígios em que não encontramos justificação para que da arbitragem fiquem afastados¹⁰¹.

Moura Vicente afirma que o critério da disponibilidade dos direitos afigura-se hoje excessivamente restritivo e desajustado da confiança que os tribunais arbitrais merecem por parte da sociedade¹⁰². No mesmo sentido, o *favor arbitrandum* tem conduzido a jurisprudência e as legislações de diversos países a uma gradual extensão

¹⁰⁰ Neste sentido, acerca da impossibilidade de discussão de direitos indisponíveis na arbitragem: Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 197/05-1, datado de 16-02-2005, disponível em “<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/90312443c84f1bbf80256fff004d4105?OpenDocument>”, acedido em 20/12/2010.

¹⁰¹ ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, Anual – Ano 2009, pp. 11-12 e 48-49.

¹⁰² Concernente a esta questão a Lei-Modelo Sobre a Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, prevê a admissibilidade da sujeição a arbitragem de quaisquer questões suscitadas por uma relação de natureza comercial, contratual ou extracontratual, independentemente de os direitos subjectivos disputados serem disponíveis ou não. In “arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc”, acedido em 21/12/2010.



das matérias que poderão ser objecto de arbitragem, sem sujeição ao critério *supra* citado¹⁰³.

Na opinião de Sampaio Caramelo, o critério da disponibilidade tal como consagrado no artigo 1º da LAV apresenta dificuldades ao intérprete para saber se consagra um critério *forte* ou *fraco* de disponibilidade. A disponibilidade forte designa a possibilidade de renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente, ao passo que a disponibilidade fraca traduz-se na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação deste na esfera do seu titular¹⁰⁴. Este autor sustenta que a LAV devia adoptar o critério da patrimoniabilidade, abandonando o critério tradicional da disponibilidade de direitos. Afirmar ainda que em muitos casos a solução não variará em função da adopção de um ou de outro. Contudo, na sua perspectiva, o critério da patrimoniabilidade é aquele que permite “uma mais fácil identificação de matérias susceptíveis de submissão à arbitragem e, por outro lado, o que possibilita o alargamento máximo, até ao limite do que parece razoável à luz dos valores fundamentais que enformam não só a nossa ordem jurídica, mas também as ordens jurídicas estrangeiras que maiores afinidades têm com a nossa”¹⁰⁵. Em contrapartida, avaliar se estamos perante direitos disponíveis ou indisponíveis revela-se mais difícil tendo por base de razão a análise jurisprudencial que efectuou.

Em sentido contrário, podemos observar a posição de Carlos Ferreira de Almeida. Este autor afirma que a indisponibilidade de direitos, como critério de exclusão da arbitrabilidade (apesar de não ser o único possível) tem sido criticado, no seu ponto de vista infundadamente por lhe parecer razoavelmente amplo e claro. Entre outros, este autor advoga como argumentos: o facto de a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos não se aferir instituto a instituto. Confere-se como exemplo que, “a exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque, em relação a todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral. Assim sendo, a disponibilidade ou indisponibilidade deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido. Para

¹⁰³ arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc, acedido em 21/12/2010.

¹⁰⁴ arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc, acedido em 21/12/2010.

¹⁰⁵ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, nota 78, p. 1233 e ss.



verificar a arbitrabilidade, deve analisar-se pois se, e em que medida as situações em causa são disponíveis. Se uma mesma convenção contemplar direitos disponíveis e direitos indisponíveis, poderá ser convalidada parcialmente por redução, aplicando os critérios gerais”¹⁰⁶. Não exclui a possibilidade inclusão do critério de transacção na arbitragem, ou seja, averiguar se o litígio pode ou não ser negociado e resolvido pelas partes. Contudo coloca bastantes reticências à aplicabilidade do critério da patrimoniabilidade por parecer que dificulta situações de fácil análise pelo critério da disponibilidade.

Posição semelhante é defendida por Joana Galvão Teles. Esta entende que a solução mais viável é a manutenção do critério previsto no n.º 1 do artigo 1.º da LAV – o critério da disponibilidade. A sua argumentação assenta no facto de ter a vantagem de estar “ligado” à natureza contratual da arbitragem, sem que tal implique alguma limitação no âmbito que sempre visaria delimitar¹⁰⁷. Afirma que “a delimitação do âmbito da arbitragem pelo critério da disponibilidade somente exclui as matérias em que, pelas razões supra invocadas (comuns à indisponibilidade legal), a intervenção de um tribunal arbitral não faz sentido ou não é possível, por não alcançar um resultado eficiente. Sendo que o critério da disponibilidade deve ser interpretado e aplicado, correctamente, no sentido de se prever como limite a indisponibilidade absoluta e não a relativa”¹⁰⁸. Conclui, afirmando que mesmo a adopção de um critério distinto como o critério da patrimoniabilidade, se levantariam outras questões que ficariam por resolver (Ex.: qual a razão de ser da não submissão a arbitragem de um litígio sobre direitos de personalidade ou direito ao bom nome e à imagem).

¹⁰⁶ laboratorial.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc, acedido em 20/12/2010.

¹⁰⁷ A autora fundamenta também a sua posição no facto de que, ao inserir uma cláusula compromissória num contrato, as partes não estão a renunciar ao direito substantivo em si, somente estão a atribuir a um tribunal arbitral a resolução de litígios que surjam relativamente ao mesmo.

¹⁰⁸ laboratorial.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc, acedido em 20/12/2010. Defende, no entanto, que pode eventualmente o legislador no intuito de dissipar quaisquer dúvidas na presente matéria, alterar a redacção do artigo 1.º, n.º 1, da LAV nos seguintes termos: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos absolutamente indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”.



6.3. PROJECTO-LEI DA LAV

Recentemente foi elaborado pela APA um projecto-lei da LAV que teve como pano de fundo, entre outros, os seguintes motivos essenciais: adequação da prática da arbitragem à realidade actual a nível nacional e internacional; agilizar e contribuir para a eficácia do processo arbitral; e regulamentar novas questões que se foram levantando ao longo do desenvolvimento da arbitragem.

No que respeita à (in)disponibilidade dos direitos seria de esperar alguma alteração? Estará consagrado neste projecto a viabilidade de submissão dos direitos indisponíveis a arbitragem? Na senda da modernização da arbitragem e novos rumos e importância que esta tem assumido foi tomada uma decisão relevante neste âmbito. Diz o preceito legal estatuído no n.º 1 do artigo 1.º do projecto da LAV o seguinte: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, a decisão de árbitros”. Ainda, acrescenta o n.º 2 que “é também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”.

Deste modo, pretendeu-se à semelhança de outros países, conjugar o critério da patrimoniabilidade com o critério da transigibilidade (este último funcionando como critério adjacente, ou seja, secundário) devido à dificuldade de aplicação dos critérios da disponibilidade e da transigibilidade, por si só quando utilizados enquanto critério principal¹⁰⁹. Constatamos a ausência do conceito da indisponibilidade dos direitos. O que é que isto poderá significar? Será que pela ausência da menção: “qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes” passou a ser admissível a inclusão de direitos não só disponíveis mas também direitos indisponíveis no domínio da arbitragem? Poderão estes fazer parte da convenção de arbitragem? Estaremos perante uma substituição directa de critérios? Haverá alguma forma de

¹⁰⁹ A título de exemplo, a combinação destes critérios (patrimoniabilidade e transigibilidade) foi adoptado pela Lei Alema de 1998 — que veio a ser inserida no respectivo Código do Processo Civil ou ZPO. Teve ainda como fontes: Lei Francesa (NCPC), artigos 1442.º e 1447.º; Lei Modelo da CNUDCI, artigo 7.º; Lei Espanhola, artigo 9.º n.º 1; Lei Alemã (ZPO), §1029 (1) e (2). Neste sentido, *vide*: <http://arbitragem.pt/projectos/lav/lav-annotada210509.pdf>, acedido em 20-12-2010.



equiparação entre a indisponibilidade e a patrimoniabilidade? Qual a razão de ser desta modificação que poderá ocorrer no artigo 1.º da LAV?

Paula Costa e Silva entende que o único limite que existe [no que concerne à (in)disponibilidade] é o da indisponibilidade subjectiva. Assim sendo, desde que este seja respeitado tanto, pelo tribunal arbitral como pelo tribunal judicial, impedindo-se a celebração de negócios processuais com eficácia substantiva compositiva, nenhuma razão poderá pugnar contra a decisão por árbitros. Permitiu-se, inclusive, litígios susceptíveis de transacção. Contudo impondo apenas um limite: o litígio nestas situações deverá ser decidido segundo o direito colocando de lado outros critérios como o critério da equidade. Nas palavras de Edoardo Ricci, continuar a assentar a arbitrabilidade na disponibilidade nada mais é do que a perpetuação de um critério que teve justificação mas que, com o passar do tempo a foi perdendo (ela assenta numa visão autoritária de Estado)¹¹⁰.

6.4. CRITÉRIO DA INDISPONIBILIDADE VS CRITÉRIO DA PATRIMONIABILIDADE (E CRITÉRIO DA TRANSIGIBILIDADE)

Actualmente, surge uma nova tendência global de interpretação do critério da indisponibilidade dos direitos no seio da arbitragem voluntária¹¹¹. Neste sentido, tem-se considerado também a pertinência da avaliação do conceito de patrimoniabilidade para a viabilidade do processo arbitral em detrimento do conceito de indisponibilidade. Em que é que se traduz esta nova interpretação? Antes de mais, refira-se que estes critérios não se deverão confundir. Em regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos pessoais são indisponíveis. Contudo existem excepções, razão pela qual o critério da disponibilidade não se identifica com o critério da natureza patrimonial da pretensão¹¹². Por um lado, nem todos os direitos de natureza patrimonial são disponíveis. Por outro, nem todos os direitos disponíveis têm natureza patrimonial¹¹³.

¹¹⁰ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 2, p. 88.

¹¹¹ *Vide*, acerca da interpretação da (in)disponibilidade de direitos enquanto critério de admissibilidade ou não da arbitragem: “<http://arbitragem.pt/estudos/arbitragens-direito-publico-brasil-portugal--robin-andrade.pdf>”, acedido em 20/12/2010.

¹¹² Posição de Luís Lima Pinheiro, *in* “<http://arbitragem.pt/projectos/lav/Raposo.pdf>”, acedido em 21/12/2010.

¹¹³ <http://www.uria.com/por/publicacoes/artigoasp?id=364>, acedido em 20/12/2010. Por exemplo, a alienação de bens de menores tem natureza patrimonial mas não admite transacção, devido à sua sujeição à autorização judicial, sendo inidónea como objecto arbitral. Os direitos de personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis. Contudo, o artigo 81º do CC permite a celebração de negócios de



Note-se, que podemos assumir como patrimoniais todos os direitos susceptíveis de uma avaliação pecuniária (ex.: os direitos de crédito e os direitos reais). No mesmo sentido, o direito de propriedade sobre um determinado bem imóvel ou móvel é passível de ser imediatamente traduzido numa quantia monetária. Por outro lado, os direitos pessoais já não se enquadram na susceptibilidade de tradução monetária. Quer isto dizer, que estes não se poderão exprimir em cifras, sendo impossível traduzi-los numa quantia pecuniária precisa. Neste âmbito, poderemos questionar quanto vale o direito à vida ou o direito à liberdade? Apesar de os mesmos configurarem uma obrigação de indemnização em benefício do concorrente titular, estes não têm um preço pré-determinado e fixado¹¹⁴.

Onde se enquadra o critério da transigibilidade neste âmbito¹¹⁵? Primeiro, notar que a transacção é um negócio jurídico através do qual os sujeitos de uma obrigação decidem extinguí-la acordando concessões recíprocas para prevenir ou colocar termo à situação litigiosa. Pretende-se que as partes prescindam de algo (podendo deste modo evitar a demanda judicial)¹¹⁶. Este critério funciona como critério de auxílio ao critério da patrimoniabilidade, actuando assim como critério secundário.

Joana Galvão Teles assegura que apesar de se criticar a aplicabilidade do critério da disponibilidade neste âmbito, por norma, não são questões de arbitrabilidade dos litígios (esta é geralmente admitida) as que se colocam mas sim entraves ao âmbito (e mesmo a redacção) da convenção de arbitragem, limite dos poderes dos árbitros e ao nível dos efeitos no que concerne a terceiros, decorrentes da natureza privada e contratual da arbitragem¹¹⁷.

Existe uma vasta diversidade nas diferentes ordens jurídicas do critério a adoptar em função da arbitrabilidade do litígio em causa. O critério da patrimoniabilidade é acolhido pelo direito austríaco (ZPO – 2006), sérvio (lei de 25.05.2006), suíço (artigo

personalidade. O litígio decorrente da revogação ou resolução unilateral desse negócio é idóneo como objecto arbitral, uma vez que a questão de indemnização dos prejuízos pelo titular do direito de personalidade que revogue intempestivamente a sua vinculação é de pura natureza patrimonial, in “arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc”, acedido em 21/12/2010.

¹¹⁴ Neste sentido: COSTA, Manuel Fernandes, *Da Relação Jurídica – Noções Gerais*, Serviços de acção social da U.C. – Serviço de Textos, Coimbra, 2001, p. 11.

¹¹⁵ O parecer do Conselho Superior da Magistratura (Ofício n.º 1482, de 27 de Abril de 2009, do Gabinete do Ministro da Justiça) defende que os direitos indisponíveis estão fora do âmbito da arbitragem pelo facto de não se poder transigir relativamente a direitos indisponíveis (neste sentido importa atentar os artigos 353.º e 1249.º do CC e 299.º, n.º 1 do CPC). Disponível em: “http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer09_10.pdf”, acedido em 20/12/2010.

¹¹⁶ Vide: artigos 293.º a 301.º do CPC e n.º 3 do artigo 1.º do projecto-lei da LAV.

¹¹⁷ laboratorial.fd.unl.pt/media/files/Trabalho_joana_galvao_teles.doc, acedido em 21/12/2010.



177.º, n.º 1 da LDIP suíça). A lei brasileira refere-se a direitos patrimoniais disponíveis (lei n.º 9307, de 23.09.1996), à semelhança da Costa Rica (D.L. 7727, de 1997) e Paraguai (lei 1879, de 2002). Na senda da disponibilidade do direito como critério privilegiado surge a legislação espanhola (lei n.º 60/2003, de 23 de Dezembro), italiana (artigo 806.º do CPC italiano) e holandesa (artigo 1020, n.º 3 do CPC holandês). Por sua vez, o direito francês afasta a arbitragem com o critério das situações litigiosas que respeitem à ordem pública. No que concerne ao critério da transigibilidade, este assume contornos importantes na doutrina e legislação sueca (lei de 4.3.1999) e belga (lei de 1972 – 1998).¹¹⁸

Por vezes, existe uma dificuldade de adopção do critério para definição das matérias que poderão ser submetidas a litígio. Em suma, com o critério da patrimoniabilidade, em primeira linha, e o critério de transigibilidade, em segunda linha (que tende a vir a ser adoptado em Portugal se for aprovado o projecto-lei da LAV), mesmo os litígios que não envolvam interesses patrimoniais mas sobre os quais seja permitido concluir transacção poderão ser submetidos à arbitragem¹¹⁹.

Antes de prosseguirmos cumpre tecer breves comentários sobre a questão da influência da ordem pública na arbitrabilidade do litígio. A doutrina e jurisprudência francesa *ab initio* entendiam que questões ligadas à ordem pública impediam o julgamento do litígio pelo árbitro. Contudo, e após a “modernização” (e evolução) da arbitragem, comutaram também os entendimentos relativos à questão em análise. Actualmente, as doutrinas (maioritárias) francesa e belga admitem “que a violação de uma norma de ordem pública não torna necessariamente o litígio inarbitrável. (...) Passou então a vingar a ideia de que nada há de chocante no facto de um árbitro poder constatar e sancionar uma nulidade de ordem pública”¹²⁰. Assim, se concluí, que a ordem pública não pode ser um critério decisor da arbitrabilidade do litígio mas sim um limite ao poder de decisão dos árbitros.

Podemos afirmar que o critério da indisponibilidade dos direitos enquanto requisito que afasta a intervenção da arbitragem voluntária é uma premissa que actualmente já não dispõe de justificação suficiente para a manutenção deste critério consagrado na LAV. Daí, que seja razoável admitir uma revisão deste critério

¹¹⁸ Considerações de Mário Raposo *In* “<http://arbitragem.pt/projectos/lav/Raposo.pdf>”, acedido em 21/12/2010. *Vide* ainda, Armindo Ribeiro Mendes, *in* “<http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-catolica.pdf>”, acedido em 21/12/2010.

¹¹⁹ arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc, acedido em 21/12/2010.

¹²⁰ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, nota 78, p. 1237-1239.



(efectuada pelo projecto-lei da LAV) substituindo-o por uma conciliação de critérios mais consensuais no domínio da arbitragem actual: o critério da patrimoniabilidade e o critério da transigibilidade. Neste sentido, o âmbito de litígios que pode ser discutido em sede de arbitragem foi significativamente alargado.

A evolução e qualidade que arbitragem tem assumido nos tempos modernos têm conferido uma maior confiança depositada pelos operados judiciais e sobretudo, pelos cidadãos. Esta coaduna-se em perfeição com ideais de justiça e pelas suas especificidades (possibilidade de escolha do árbitro que é especialista na matéria, maior celeridade, menores custas, entre outros) é a melhor solução à resolução de determinados litígios, inclusive, no âmbito do direito das execuções.

A AIAE poderá surgir como instrumento adequado para dirimir litígios (incluindo aqueles acerca de direitos patrimoniais disponíveis) proporcionando aos cidadãos, além de uma alternativa ao sistema judicial, uma solução de qualidade.



7. AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES – EXERCÍCIO DO *IUS IMPERII*

O decretamento de providências cautelares e o exercício do *ius imperii* constituem a problemática actual no que respeita aos poderes de autoridade que são conferidos ao árbitro. Importa assim questionar: será admissível o decretamento de medidas cautelares por parte do tribunal arbitral? Sabendo que as medidas cautelares poderão ser essenciais ao “sucesso” do processo arbitral estarão os tribunais arbitrais vedados de exercer esta competência tendo necessariamente que remeter a questão para tribunal judicial? Dispõem os tribunais arbitrais de competência para exercer o *ius imperii*?

Antes de partirmos para a discussão da problemática em causa, importa lembrar que as providências cautelares aparecem pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico com o CPC de 1939 (artigo 405.º), tendo como fonte de inspiração o artigo 700.º do CPC italiano¹²¹. Actualmente, no âmbito das providências cautelares não especificadas, prevê-se no artigo 381.º, n.º 1 do CPC: sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória¹²² concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado. As providências cautelares assumem-se como meios procedimentais de natureza provisória e urgente.

Quando nos debruçamos sobre o decretamento de providências cautelares e exercício do *ius imperii* pelos tribunais arbitrais importa referenciar Paula Costa e Silva. Esta constata que “se os tribunais arbitrais não têm competência executória, estando-lhes vedado praticar directamente actos de autoridade, eles têm competência declarativa, pelo que podem ser admitidos a pronunciar-se sobre a admissibilidade e a procedência da providência, apesar de esta poder visar, como resultado último, a realização de actos daquele tipo. Assim, se os tribunais arbitrais, porque destituídos de poderes de

¹²¹ Acerca das providências cautelares não especificadas: “ALMEIDA, L. P. Moitinho De, Providencias cautelares não especificadas, Coimbra: Coimbra Editora, Lda. 1981, pp. 10-19”.

¹²² São providências conservatórias, aquelas em que “o interessado (titular do direito) pretende manter ou conservar um direito em perigo ou em crise, visando, tão-somente, assegurar o efeito útil da acção principal; através das providências antecipatórias, pretende-se que o tribunal antecipe a própria realização do direito que presumivelmente virá a ser reconhecido nessa acção” in “ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, p. 147”. Acerca do procedimento cautelar comum e execução cautelar: ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 151-172.



autoridade, não podem adoptar condutas que supõem o exercício deste tipo de poderes, poderiam estes tribunais impor a prática destes actos através do proferimento de uma decisão”¹²³. A autora acrescenta ainda que os tribunais arbitrais “sendo órgãos jurisdicionais não integrados na esfera do Estado, não se encontram munidos dos poderes necessários à execução das respectivas decisões (...). Na verdade, o exercício de poderes de autoridade por sujeitos de direito privado (agente de execução) no âmbito da acção executiva não só se fundam em norma habilitante, como ainda é acompanhado de uma responsabilidade do Estado pelos actos praticados por estes seus auxiliares”¹²⁴. Ora vejamos. Os tribunais arbitrais não dispõem de poderes executivos pois não se integram na esfera do Estado. Quais os requisitos e condições para tal? E a criação de um órgão com *supervisão e controlo estatal* não poderia mudar a perspectiva sobre esta problemática? Adiante veremos.

No que respeita à questão do exercício do *ius imperii* por parte dos árbitros, Manuel Barrocas defende uma posição interessante. Afirma que os mesmos são desprovidos do seu exercício pois os tribunais arbitrais se poderão equiparar aos tribunais judiciais no que respeita aos meios executivos pela coerção. No entanto, o autor afirma que a ausência de capacidade ao exercício do *ius imperii* não impede o decretamento de providências cautelares por parte do árbitro. Apesar de a nossa LAV ser omissa relativamente ao assunto alguns autores apoiam favoravelmente a concessão desses poderes ao árbitro. “Fundamentam a sua posição na tese dos poderes implícitos, ou seja, as partes, ao atribuírem poderes aos árbitros para resolver o litígio, atribuem-lhes implicitamente poderes para o decretamento de medidas cautelares destinadas, quer a assegurar a boa instrução e decisão do processo, quer a assegurar, posteriormente, a exequibilidade da sentença arbitral”¹²⁵. O mesmo autor confirma que se trata de um fundamento destinado essencialmente a revestir de eficácia e coerência a arbitragem. Conclui, afirmando que, desde que as partes não tenham convencionado expressamente o contrário, o árbitro, em Portugal, na vigência actual da LAV¹²⁶, tem competência para decretar medidas cautelares¹²⁷.

¹²³ SILVA, Paula Costa e, A arbitrabilidade de Medidas Cautelares, Revista da Ordem dos Advogados – Ano n.º 63 (Abril 2003), p. 216.

¹²⁴ Silva, Paula Costa e, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 216-222.

¹²⁵ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, pp. 242-244.

¹²⁶ Na data de 28-11-2010.

¹²⁷ Esta posição assemelha-se à tendência global das recentes leis de arbitragem possibilitarem ao árbitro o decretamento de medidas cautelares. BARROCAS, Manuel Pereira, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 243-245.



Neste ponto como Paula Costa e Silva afirma, o que se coloca em causa é a admissibilidade de “um sistema em que seja o próprio tribunal arbitral a executar as suas próprias decisões ou em que se admita a competência executiva de tribunais arbitrais. (...) O desafio que é lançado quando se pergunta se os tribunais arbitrais podem exercer competência executiva entronca no monopólio estadual do exercício legítimo da força que não pode ser identificado com o eventual monopólio estadual da função jurisdicional. Se, na execução, não está em causa a resolução de qualquer litígio (...) mas somente o desenvolvimento das medidas necessárias à satisfação da obrigação exequenda, a questão radica na legitimidade para a prática de actos de autoridade”¹²⁸. A autora afirma que um dos primeiros entraves é logo à partida os argumentos colocados pela doutrina processualista. Estes consideram “que a execução é um monopólio do Estado, tanto porque este tem o monopólio da tutela judiciária das posições jurídicas, como porque a execução implica o exercício de poderes de autoridade e pressupõe uma ingerência em bens fundamentais da parte passiva (pelo menos, no seu património e, muitas vezes, no seu domicílio)”¹²⁹. Se para alguns a discussão termina por aqui, nós julgamos manifestamente insuficiente decidir o não exercício de poderes de autoridade sem analisar outras perspectivas e caminhos. Sabemos que os actos de execução implicam o exercício de poderes de autoridade de execução. Poderão estes poderes “ficar a cargo” de sujeitos de direito privado? O Estado tem alienado diversos poderes que lhe são reservados simplesmente por uma questão: incapacidade económica estatal e, conseqüente necessidade de diminuição dos custos. Será admissível alienar os seus poderes no domínio das execuções a sujeitos de direito privado? Poderão estes proceder à penhora e venda dos bens? Poderão os mesmos exercer o *ius imperii*? Ora vejamos. Quem se afigura actualmente o “principal motor” das execuções? O juiz desempenha um papel fundamental de controlo do processo contudo é ao agente de execução que cabe a maior parte das decisões e desenvolvimento do processo executivo, inclusive a nomeação de bens à penhora (e sua efectivação) e participação na venda dos mesmos. E o agente de execução não é um sujeito de direito privado? A penhora não se consubstancia no acto de desapossamento, logo, o exercício de poderes de autoridade? Pois bem, apresenta-se no nosso sistema, um regime no qual é um sujeito de direito privado que exerce os poderes de autoridade¹³⁰. Paula Costa e Silva avança com uma

¹²⁸ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 2, pp. 93-96.

¹²⁹ SILVA, Paula Costa e, *ibidem*, *op. cit.*, p. 94.

¹³⁰ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 126, p. 220.



lógica interessante, ora qual principal razão para se estar contra a eventualidade da execução, por parte dos tribunais arbitrais, das suas próprias decisões? Considera-se a impossibilidade de os sujeitos de direito privado exercerem poderes de autoridade. Assim sendo, qual a validade desta razão à luz de um sistema em que quem realiza a penhora de bens do executado é o agente de execução (sujeito de direito privado)?

A autora avança com duas hipóteses extremamente relevantes no prosseguimento da nossa análise. Primeiro, atesta que é verdade que o agente de execução efectua as suas diligências sob uma relação hierárquica que tem para com o juiz (que apresenta o poder de controlo geral do processo – artigo 809.º, n.º 1 do CPC) e, que a sua actuação é ainda controlada pelo Estado. Ora, será que as duas hipóteses que apresenta poderão constituir a construção de uma possível solução paralela? Avança-se com o seguinte: “ou se aceita a equivalência entre o tribunal arbitral e o tribunal estadual, caso em que se avançará com a dispensa de um controlo da actividade exercida pelo tribunal arbitral por um tribunal estadual quando aquele exerce ou controla o exercício de poderes de autoridade por terceiro, ou se entende que não é possível conceber o exercício de poderes de autoridade por sujeitos de direito privado, sem que o exercício de tais poderes seja controlado pelo Estado”¹³¹.

No entender de José Lebre de Freitas o tribunal arbitral exerce uma função jurisdicional contudo não dispõe da faculdade de exercício de poderes de autoridade. O autor vai à origem da problemática afirmando: “a norma jurídica caracteriza-se, em face das outras normas de conduta, pela susceptibilidade de imposição coactiva. A sua violação desencadeia o mecanismo da *garantia*, que aos tribunais cabe realizar, mediante o exercício de poderes de autoridade, constituindo a acção executiva, no domínio do direito privado, o lugar privilegiado desse exercício”¹³². Por último afirma que em sistema nenhum observa “a concessão ao tribunal arbitral de poderes executivos, precisamente porque, não sendo órgão do Estado, não lhe cabem poderes de autoridade”¹³³.

Cumpre-nos neste ponto tecer breves considerações acerca de uma típica providência cautelar da acção executiva: a apreensão de veículo automóvel. Nos termos do artigo 851.º, n.º 2 do CPC “a penhora de veículo automóvel é seguida de

¹³¹ SILVA, Paula Costa e, *ibidem*, *op. cit.*, p. 97.

¹³² FREITAS, José Lebre de, Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objecto do litígio a submeter a arbitragem, *O Direito* – A. 138, vol. 1 (2006), pp. 63-64.

¹³³ FREITAS, José Lebre de, *ibidem*, *op. cit.*, p. 64.



imobilização do veículo, designadamente através da imposição de selos ou de immobilizadores e da apreensão do documento de identificação do veículo, nos termos dos n.ºs 3 a 8 do artigo 164.º e do artigo 161.º do Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio, com as necessárias adaptações (...). Contudo esta figura encontra-se também regulada em legislação avulsa, nomeadamente nos artigos 15.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro. Neste âmbito, vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respectivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e do certificado de matrícula (artigo 15.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro). Por último, notar que dentro de quinze dias a contar da data da apreensão, o credor deve promover a venda do veículo apreendido, pelo processo de execução ou de venda de penhor, regulado na lei de processo civil, conforme haja ou não lugar a concurso de credores; dentro do mesmo prazo, o titular do registo de reserva de propriedade deve propor acção de resolução do contrato de alienação (artigo 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro)¹³⁴.

A nível comunitário deparamo-nos com diversa legislação e regulamentos que consagram a figura das providências cautelares. O artigo 4.º do Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria (RCACCI) prevê que a adesão ao seu regulamento “envolve, salvo expressa convenção em contrário das partes, a atribuição ao tribunal arbitral do poder de pronunciar providências cautelares adequadas”. No mesmo sentido avança a Lei-Modelo da CNUDCI que afirma no artigo 17.º, n.º 1: “*Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures*” (regra dos *implied powers*); e o Regulamento do London Court of International Arbitration, que no artigo 25.º refere: “*The Arbitral Tribunal shall have the power, unless otherwise agreed by the parties in writing, on the application of any party (25.1)*”. Uma breve nota para o projecto da LAV que consagra no seu artigo 20.º, n.º 1: salvo havendo acordo em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objecto do litígio.

Neste sentido há reflexões que importa tecer quanto à implementação de um possível modelo para a AIAE. Poderão ser concebidos diversos modelos de formação e actuação. Julgamos pertinente a distinção entre dois modelos essenciais: em primeiro

¹³⁴Relativamente à apreensão de veículo automóvel: ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, pp. 207-213.



lugar, poderá ser construído um modelo em que o árbitro tenha competência e controlo similar ao juiz nos tribunais judiciais, sendo as diligências de natureza executiva efectuadas por agente de execução; ou então um outro modelo, no qual se poderá concentrar o poder no juiz à semelhança do “antes reforma de 2003”. Considero que foram dados passos importantes nas reformas que foram realizadas na acção executiva (2003 e 2008). Coloca-se a questão se não seria um “retrocesso” avançar-se com o segundo modelo? Não será aquele excessivamente burocrático, centralizado e moroso? Como é que será efectuado o controlo destes centros de arbitragem? À partida, será sempre necessária uma regulamentação e legislação adequada. Teremos que tomar atenção a outras particularidades, contudo esta serão tratadas no capítulo adiante (“Entidade Superior de Fiscalização e Disciplina”). Concluimos, afirmando que qualquer que seja o modelo adoptado deverá sê-lo feito tendo em atenção e consciência face à realidade actual das execuções. Não nos esqueçamos que a arbitragem é uma via alternativa de resolução de litígios e não deverá consubstanciar uma “cópia fiel” do modelo executivo que corre nos tribunais judiciais.



8. ENTIDADE SUPERIOR DE FISCALIZAÇÃO E DISCIPLINA DOS MEIOS ALTERNATIVOS

Os meios alternativos de resolução de litígios são uma área da justiça em evidente expansão e desenvolvimento. Existe diversa legislação e regulamentos de arbitragem a tentar proceder à sua efectiva regulação. É nossa opinião que neste âmbito terá que se ambicionar mais devido à “proliferação” actual destes meios por todo o território nacional (*vide* figura 6 a 11 em “anexos”). Consideramos, que apesar de tudo, os centros de arbitragem são os que menos se estendem ao longo do território nacional apresentando um elevado nível de concentração nos distritos de Lisboa e Porto (*vide* figuras 10 e 11 em “anexos”). Contudo, o seu crescimento é inegável pois os cidadãos vão gradualmente adquirindo confiança num serviço alternativo tribunais judiciais. Com efeito, este serviço se pauta cada vez mais por elevadas metas qualitativas. Sabemos, que quando existe uma cultura jurídica e social fortemente enraizada na sociedade também a dificuldade e adversidade à mudança é mais elevada¹³⁵. Actualmente encontramos-nos no início de um longo processo de mudança da mentalidade da sociedade portuguesa que sempre foi “habituada” a recorrer ao tribunal judicial assim que ocorresse um litígio. A pouca divulgação e promoção destes meios também não ajudam à sua efectiva implementação contudo o caminho está a ser construído rumo a uma justiça ao serviço do cidadão. E como é que se poderá induzir confiança na sociedade para que estes além de conhecerem os meios alternativos de resolução de litígios recorram aos serviços que a justiça alternativa disponibiliza? Primeiro, julgamos que passará por uma adequada informação dos serviços disponibilizados, quem poderá recorrer aos mesmos e quais os princípios e vantagens aplicáveis ao processo nos meios adequados. Em segundo lugar, consideramos fundamental a existência de padrões qualitativos elevados nos serviços prestados. A questão que agora fica é como é que se atingem esses padrões qualitativos? Julgamos não ter a “chave” para a resolução desta problemática mas antes uma solução decisiva no progresso dos meios alternativos de

¹³⁵ Adiantamos que a ideia de que se deve usar todo o tempo de formação dos juristas no sentido de devem ganhar a todo custo em vez de uma mentalidade de resolução do conflito (em que ambas as partes podem ganhar) é bastante grave. In “HIBBERD, Peter R., ADR and adjudication in construction disputes, Oxford; Malden, MA: Blackwell Science, 1999, ISBN 9780632038176, p. 18”.



resolução de litígios em Portugal: uma Entidade Superior de Fiscalização e Disciplina dos Meios Alternativos (ESFDMA).

No entender de Cardona Ferreira “uma coisa é a independência jurisdicional que é essencial em qualquer Tribunal e, portanto, também nos Arbitrais; outra é a suficiência técnica e, mais do que isso, ética que alguma Entidade tem de assumir relativamente a quaisquer Tribunais”¹³⁶. Este adianta ainda que perspectiva, “relativamente aos Tribunais Arbitrais, a existência de algo como um *Conselho de Acompanhamento*, com independência funcional e adequada composição, designadamente reflectora das instituições da sociedade civil interessadas na Arbitragem (...)”¹³⁷. No que toca ao controlo e fiscalização que deve ser exercido pelo Estado nos centros de arbitragem, é defendido que aquele poderá ser efectuado “através da emissão de legislação que condicione o acesso dos recursos humanos aos centros de arbitragem. Assim como a actividade do agente de execução é controlada pelo juiz ao abrigo do seu poder geral de controlo do processo, os árbitros seriam controlados, nas suas qualificações para o exercício dos poderes que a lei lhes confere através da sua submissão a um estatuto especificamente desenhado e que tome em atenção as competências que vão exercer”¹³⁸.

No nosso entender não consideramos suficiente legislações avulsas e comissões *ad hoc*. Neste âmbito coloca-se outra problemática: a dos contornos que deverá assumir esta organização? Em que moldes deverá actuar? Por que regras e funcionamento se deverá pautar? Poderá “ser responsável” pelo controlo e fiscalização dos meios alternativos? Por quem deverá ser constituída? Deverá ter algum tipo de ligação com o Estado? Importa assim descortinar como é que deveremos constituir a ESFDMA e resolver os problemas inerentes ao seu funcionamento. Neste sentido apresentamos duas possibilidades: a criação de uma Ordem ou Câmara (à semelhança do que acontece com os advogados e solicitadores)¹³⁹; ou se cria um órgão independente (à semelhança da CPEE)¹⁴⁰ que tenha capacidade para assumir a responsabilidade que lhe seria confiada.

¹³⁶ Ex.: como o CSM assume relativamente aos Tribunais Judiciais e como o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) assume relativamente aos Tribunais Administrativos e Fiscais in “FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, p. 276”.

¹³⁷ FERREIRA, Cardona, J. O., *ibidem*, *op. cit.*, p. 277.

¹³⁸ SILVA, Paula Costa, *op. cit.*, nota 2, p. 99.

¹³⁹ http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=80/ e <http://www.solicitador.net/pagina.asp?pagid=98>, acedidos em 21/12/2010.

¹⁴⁰ http://www.cpee.pt/o_que_e_CPEE/, acedido em 21/12/2010.



Observe-se a CPEE. Esta nos termos do artigo 69.º-B do Estatuto da Câmara dos Solicitadores (ECS) é um “órgão independente da Câmara dos Solicitadores responsável em matéria de acesso e admissão a estágio, de avaliação dos agentes de execução estagiários e de disciplina dos agentes de execução”. A Comissão é composta por membros das mais diversas áreas conferindo-lhe a representativa necessária à sua constituição e prossecução das suas funções¹⁴¹. Divide-se ainda em dois órgãos principais: o plenário (artigo 69.º-F, n.º 1 do ECS) e a comissão de gestão (artigo 69.º-F, n.º 2 do ECS). Desta forma, pretende-se uma organização repartida das funções de modo a maximizar a eficiência e eficácia da actuação da CPEE. Paula Meira Lourenço afirma que o grupo de gestão é o “braço executivo” da Comissão. Este é “encarregue não só de preparar todos os documentos e realizar as diligências necessárias ao exercício de quase todas as competências que o plenário o incumbir, mas também é capaz de exercer competências próprias, sendo de destacar a competência disciplinar (...)”¹⁴². Sustenta-se ainda que se pretende “fortalecer e prestigiar a função do agente de execução português, colocando-o a par dos demais agentes de execução europeus, como seja o *hussier de justice* de origem francesa, o *Gerichtsvollzieher* dos ordenamentos jurídicos italiano e alemão, os *bailiffs* e *sheriffs* austríacos e anglo-saxónicos”¹⁴³.

Em face do seu crescimento e potencialidades, julgamos que os meios alternativos necessitam de dar um passo fundamental (com a criação da ESFDMA) no caminho da sua independência, autonomização e padrões qualitativos.

¹⁴¹ Artigo 69.º-D do ECS. Engloba todos os operadores judiciários e utentes da Justiça.

¹⁴² LOURENÇO, Paula Meira, A Comissão para a eficácia das execuções, *Scientia Iuridica*. - T. 58, n. 317, (Jan./Mar. 2009), p. 157.

¹⁴³ LOURENÇO, Paula Meira, *ibidem*, *op. cit.*, p. 142.



9. A MEDIAÇÃO NO CENTRO DE ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA – SESSÃO DE PRÉ- MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA

Neste âmbito importa efectuar algumas reflexões acerca do verdadeiro sentido da mediação nos meios alternativos de resolução de litígios. O que é afinal a mediação? Esta consiste num procedimento de resolução extrajudicial de litígios, é voluntária e baseia-se na intervenção de um terceiro imparcial com o objectivo de promover o acordo entre as partes. Esta não é um meio adjudicatório, o que significa que não admite a imposição de uma solução a nenhuma das partes, elas intervêm activamente na obtenção de uma solução concertada, contando com o auxílio do mediador para facilitar a construção de uma base de entendimento que permita a resolução do conflito e que contribua para a manutenção da sua relação¹⁴⁴.

Na legislação portuguesa não existe um código do mediador, sendo que esta área carece de um maior controlo e se necessário de um órgão (Câmara ou Ordem) para regulamentar as questões legais, assim como para o exercício da competência disciplinar sobre os mediadores. Neste sentido existe um Código Europeu de Conduta para Mediadores, que apresenta um conjunto de princípios orientadores aos quais os mediadores podem individualmente aderir contudo se não aderirem ou violarem algum daqueles princípios não serão responsabilizados¹⁴⁵.

A mediação apresenta como princípios fundamentais, a imparcialidade, confidencialidade, autonomia da vontade das partes e cooperação entre as mesmas.

O mediador é uma terceira pessoa, neutro e imparcial, que não decide, não sugere soluções e não presta assessoria jurídica nem técnica; tem como principal função a facilitação da comunicação entre os mediados, através de técnicas próprias da mediação¹⁴⁶.

Esta é um processo com duração variável dependendo do tipo e persistência dos conflitos, da complexidade dos temas e do relacionamento e abertura das partes nele

¹⁴⁴ <http://www.arbitragemdeconsumo.org/mediacao.php>, acedido em 15/12/2010. Vide: artigo 3.º, alínea a) da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. HIBBERD, Peter R., *op. cit.*, nota 138, p. 19.

¹⁴⁵ <http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/36ca56dfb6ed08c7619680c88f02293c.pdf>, acedido em 28/12/2009

¹⁴⁶ <http://www.mediadoresdeconflitos.pt/?Area=5&SubArea=4>, acedido em 15/12/2010



envolvidas¹⁴⁷. A mediação é uma alternativa porque é mais humana, porque está mais próxima dos cidadãos e responde ao anseio de uma “justiça mais justa”¹⁴⁸.

Em suma, podemos afirmar que o objectivo da mediação é contribuir para alcançar a paz social, resolvendo-se os conflitos “não só jurídicos como emocionais”, a solução é construída pelas partes, logo há menor probabilidade de reincidência no comportamento “não aceitável”, pois houve a capacidade de interiorizar que o mesmo não era correcto.

Encontramo-nos em tempos de afirmada crise na justiça, assistimos à mediatização de vários casos polémicos que acabam com decisões (absoluções) incompreensíveis para a sociedade talvez por envolverem cargos de “alta montra política”, à morosidade da justiça aliada a um aumento do custo de acesso aos tribunais, enfim à descredibilização do sector judicial que é não mais de que um serviço prestado pelo Estado que terá de ser prezado e reconhecido pela sua qualidade. Este tem avançado com medidas para “desviar” o acesso aos tribunais judiciais enquanto instâncias de resolução de conflitos para outras instâncias, cabendo aqui efectuar algumas reflexões.

Uma das questões que se colocam é a reacção das partes à obrigatoriedade da mediação, coloca-se aqui em causa do ponto de vista das partes o princípio da voluntariedade pois ao “encaminhar” estas para a mediação antes de recorrer aos tribunais, as mesmas poderiam enfrentar esta etapa apenas como mais uma fase relativamente ao direito de acesso aos tribunais e não lhe dar a importância necessária no sentido de se desenvolverem esforços por parte de ambas para chegar a um acordo, ou seja, a resistência demonstrada num processo obrigatório é obviamente distinta daquele em que as partes recorrem voluntariamente e de boa fé, bem como previsivelmente os resultados que daí se podem esperar. Este assunto já mereceu alguns apontamentos do sistema judicial, concluiu-se que o processo e todos os seus actos devem ser pautados por o princípio de necessidade e de utilidade. O Livro Branco sobre os *ADR*, no seu n.º 1.4.11 diz que as partes devem recorrer voluntariamente à resolução das suas divergências nestas instâncias alternativas e não de forma obrigatória pois a chave destes meios está na sua voluntariedade, porquanto, pode o tribunal incentivar e encorajar o uso destes meios alternativos de resolução de litígios mas não “obrigar”.

¹⁴⁷ No entanto, por norma, tem a duração média de 3 meses.

¹⁴⁸ <http://www.mediadoresdeconflitos.pt/?Area=5>, acedido em 15/12/2010



Por outro lado, na opinião de Paula Costa e Silva poder-se-á afirmar que em contrapartida “a mediação obrigatória ou induzida (...) é uma fatalidade transitória. Enquanto os utilizadores do sistema de justiça não se habituarem a recorrer a estruturas que procedem à mediação, deverão implementar-se soluções que lhes imponham, aberta ou veladamente, esse recurso. Com o tempo, todos verão que, afinal, estes sistemas funcionam de modo tão eficaz que difícil será convencer as pessoas a recorrerem aos tribunais”¹⁴⁹. Assim, considera-se que a mediação é um serviço vital na justiça contudo sem o necessário impulso será difícil disseminá-lo junto de todos os cidadãos que ponderam recorrer à justiça. A autora afirma ainda que alguns legisladores julgam que deverão ser criados incentivos no que respeita ao recurso à mediação. Estes poderão passar pela introdução de mediações pré-processuais obrigatórias ou pela penalização da parte nas custas do processo quando a esta não recorre, preventivamente. Só muito *a posteriori* e através de estatísticas comparativas se saberá como se comportariam as partes caso não houvesse imposição, assumida ou disfarçada, desse recurso.

Podemos notar que “na Alemanha, o legislador tem o objectivo denunciado, através da introdução de esquemas de mediação pré-processual, as partes sejam compelidas para uma terceira instância que, permitindo a resolução de larga percentagem de litígios, os afaste dos tribunais. As partes não vão para a mediação porque esta é melhor; as partes vão para a mediação porque esta permite poupar recursos judiciais quanto aos litígios que absorve e resolve. Contudo, será esta solução legítima?”¹⁵⁰

Existe um “debate” interessante sobre a constitucionalidade da mediação obrigatória ou mediação induzida por toda a Europa, e curiosamente existem posições diversas na doutrina Alemã e Inglesa. Na Alemanha, o problema constitucional não foi suscitado, porquanto o órgão responsável por apreciar a conformidade constitucional de

¹⁴⁹ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 2, p. 46. Esta refere ainda que, mediação obrigatória, mesmo que as partes não tenham qualquer vontade de cooperar, e mediação induzida, através da modelação eficaz da responsabilidade das custas do processo, são o anverso da medalha em cujo verso está numa sociedade cujos cidadãos a si mesmos se pacificam, prescindindo em larga escala do exercício da função jurisdicional pelo Estado. Mediação obrigatória e mediação induzida são meras etapas num processo de descoberta, pelo cidadão, que o conflito se resolve com diálogo, a abertura, a cedência. A curto ou médio prazo, todos terão interiorizado as vantagens de uma justiça feita à margem dos actos de heteronomia. Recorrerão, espontaneamente, a centros de resolução de conflitos não judiciais. A função jurisdicional tornar-se-á de exercício marginal. Será o tempo de uma sociedade de tal modo madura e adulta que poderão, então, suprimir-se, mediação obrigatória e mediação induzida”.

¹⁵⁰ SILVA, Paula Costa e, *ibidem*, *op. cit.*, p. 47. Quanto à instituição da mediação como processo prévio na arbitragem institucional do consumo em Espanha: “PARDO, Guillermo Orozco; GONZÁLEZ, José Luís Serrabona, *op. cit.*, nota 21, p. 79”.



normas jurídicas não se pronunciou contrariamente à mediação pré-processual obrigatória, por tal, podemos observar uma espécie de “aceitação tácita” da constitucionalidade desta norma perante este organismo. Contrariamente se pronunciou a *Court of Appeal*. Num sistema em que não existe uma Constituição nacional formal, concluiu o mesmo pela desconformidade da mediação pré-processual obrigatória com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Pondera-se se é efectivamente correcto que, num Estado de Direito, as partes sejam coagidas a aceitar soluções negociadas em troca da demanda pela preservação do direito objectivo. A Directiva 2008/52/CE também se pronuncia acerca desta temática embora não assumindo uma posição clara, afirma no seu ponto 12 que a presente directiva deverá aplicar-se aos casos em que um tribunal remete as partes para a mediação ou em que o direito nacional impõe a mediação. Esta directiva tem como objectivo promover o acesso aos tribunais através da criação de procedimentos extrajudiciais de litígios (ponto 2), contudo a directiva afirma que o seu conteúdo tanto se aplica à mediação obrigatória ou voluntária, e assim sendo não se compromete com uma ou outra, ou seja, não toma posição firme quanto à sua obrigatoriedade ou voluntariedade¹⁵¹. Contudo, em Inglaterra, apesar de a mediação não ser obrigatória é “imposta indirectamente” Como? Esta é sugerida pelo tribunal ou por uma parte como opção viável naquele caso, e se for recusada sem razões plausíveis, existe o suporte de custos adicionais ao processo pela(s) parte(s) que efectuou tal recusa¹⁵².

Podemos observar a particular atenção de muitos países relativamente aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos e ao contributo que estes poderão prestar à justiça, de relevar o esforço na tentativa de fomentar na sociedade uma nova cultura jurídica, educando-a e incentivando-a a recorrer a estes meios. Apesar de ser um processo lento e gradual pois em muitos países existe uma forte tradição em recorrer aos tribunais judiciais e a mesma encontra-se enraizada no modo de resolução de litígios que existam entre os particulares, há que começar a introduzir uma nova mentalidade e motivar (através da obrigatoriedade ou não) aqueles no que respeita ao uso destes “novos” meios.

¹⁵¹ É possível constar que países da Europa, Estados americanos e países sul-americanos, vêm adoptando, com indiscutível sucesso, a mediação prévia obrigatória, em alguns países chamada de conciliação obrigatória.

¹⁵² ANDREWS, Neil, *op. cit.*, nota 25, p. 6”. Sobre a imposição nos ADR: “TACKABERRY, John, Bernstein's handbook of arbitration and dispute resolution practice, 4.^a Ed., London: Sweet and Maxwell, 2003, ISBN 0421757604, p. 468”.



Neste sentido, o fomento e introdução dos meios alternativos de resolução de litígios deverá passar pela imposição de sanções quando as partes não chegam a uma solução negociada ou quando não recorrem àqueles? Se não é possível a autocomposição do litígio terá necessariamente que ser o tribunal judicial a resolve-lo, e mais, os sistemas de mediação obrigatória, desta forma arriscar-se-ão a obter poucos resultados, a imposição talvez não seja o caminho, a escolha deve estar subjacente ao princípio da vontade das partes. Porém, se for imposta a mediação pré-processual obrigatória e se houver uma jurisdição de retaguarda (o tribunal judicial – jurisdição estadual) caso aquele procedimento não logre sucesso, o acesso ao direito estará salvaguardado; agora não garantir o acesso a esta tal jurisdição, isso sim é uma privação inadmissível do acesso ao direito. É evidente que as partes não poderem recorrer em “primeira instância” ao acesso directo aos tribunais é uma limitação, contudo por norma nas Constituições em que se prevê um direito de acesso aos tribunais estes não consagram um direito de acesso “imediato”.

Quais as contrapartidas e as verdadeiras finalidades da imposição dos meios alternativos de resolução de litígios? Será que os meios não justificarão os fins? Será que se não se implicar uma desvantagem desmedida à parte, não estará salvaguardada a sua conformidade? Neste sentido terão que ser analisados os prós e contras da sua imposição, que serão vistos adiante¹⁵³.

Observemos então o que se pretende com estes sistemas de mediação obrigatória, constatamos existirem dois tipos de justificações. Na opinião da autora Paula Costa e Silva, consubstanciam-se nas seguintes: a primeira, alicerçava-se na necessidade de afectar mais racionalmente os escassos recursos da justiça, criando soluções que permitam que parte significativa da litigação seja absorvida, quer por sistemas pré-judiciais de autocomposição, quer por sistemas de heterocomposição de base não estadual; uma segunda apontava para a tentativa de conversão de uma sociedade de beligerantes numa sociedade de homens de paz.

¹⁵³ PARTINGTON, Martin, in “*ADR – Prospects and Challenges, Committee of the Civil Justice Council*”, s/e, s/l, 22 de Outubro de 2003, disponível em “www.academy-experts.org/docs/fmadr221003.pdf”, acedido em 16/12/2010. Existem na opinião deste autor cinco razões que “impedem” ou travam o desenvolvimento e instituição destes meios: em primeiro lugar a objecção constitucional, seguida da falta de compreensão sobre os meios alternativos de resolução de litígios, em terceiro lugar a falta de conhecimento ou de confiança no prestador da RAL, um quarto ponto são as preocupações práticas, os juízes também têm interesses práticos, e por último a necessidade de uma reforma processual.



Existem conflitos que pela sua natureza ou qualidade das partes terão que ser “obrigatoriamente” decididos em tribunais judiciais, contudo existem outros que poderão ser efectivamente absorvidos pelos meios extrajudiciais e que terão todas as condições para aí melhor se adequarem, como por exemplo, a litigação na área familiar, de alto nível emocional, tendo em vista a meta tão desejada da pacificação social.

Para tornar esta realidade possível, a absorção da litigação por parte dos meios alternativos de resolução de litígios, é necessário efectuar um investimento e uma promoção destes meios enquanto estruturas credíveis e adequadas à resolução do litígio. Deverão ser garantidos além das estruturas necessárias, recursos humanos devidamente formados para o exercício da mediação.

Importa agora, olhar a mediação enquanto meio de resolução de conflitos privilegiado, ou seja, não como uma mera etapa mas sim como uma primeira opção de qualidade em que as suas se virtudes se sobreponham às demais opções existentes.

Ambiciona-se dar resposta à seguinte questão: “Em que tipos de conflitos pode a mediação revelar-se como método adequado de resolução, justificando-se que ela seja inclusivamente imposta pelo legislador?”¹⁵⁴ Não será fácil de obter uma resposta que reúna um consenso, contudo podemos afirmar que será mais adequável a estes meios, os litígios que envolvam uma grande carga afectiva, conflitos entre vizinhança (na discussão de direitos reais, de propriedade, entre outros) e aqueles cujo valor do processo é diminuto. Os agentes envolvidos no sistema jurídico deverão tomar em conta as áreas que julgam encaixar na perfeição nos princípios e valores da mediação e realizar um esforço no sentido da concretização da sua pretensão de promoção e incentivo dos meios extrajudiciais, *in casu*, da mediação, para ter uma actuação preponderante e influente nessas áreas não só “pelo bem” destes mas também pela qualidade da justiça.

É fundamental reflectir acerca de em que altura e em que “sítio” deverá ser realizada a mediação, ou seja, qual a melhor forma de introduzir este meios alternativos de resolução de litígios? Existem várias alternativas na implementação da mediação. Esta poderá “ser realizada no decurso de um processo pelo juiz da causa, antes do início da acção e antes do seu contacto com os sistemas formais de realização de Justiça e pode ocorrer na pendência de uma causa, sendo realizada por órgão diverso do juiz da causa; confirmando-se esta última hipótese a mediação pode ser realizada, não pelo juiz

¹⁵⁴ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 2, p. 75.



da causa, mas com proximidade judicial, ou ser uma mediação distanciada das instâncias judiciais formais”¹⁵⁵.

No sistema jurídico português existe a conciliação intraprocessual efectuada pelo juiz da causa, contudo poucos resultados têm sido obtidos. Argumenta-se que possivelmente pela pouca disponibilidade que o juiz tem para se ocupar com aquela fase do processo descarta-se a fase da conciliação. Pois em regra pergunta-se às partes se chegaram à conciliação, estas respondendo que não¹⁵⁶, segue o processo os seus trâmites normais.

Uma solução que se considera plausível é o juiz, por estar provido de poderes para tal, após uma análise breve da situação em causa, encaminhar as partes para instâncias de mediação ou arbitragem. Assim sucede no sistema francês, que se aproxima com a ideologia dos “tribunais multiportas”¹⁵⁷ contudo com uma diferença, não é a parte que se dirige ao edifício que contém todas as infra-estruturas disponíveis de resolução de conflitos para aquela escolher a que pretende. Com efeito, a França não dispõe desses meios plurais de serviços de justiça, assim sendo, o cidadão quando se dirigir ao tribunal é este que lhe aconselha se deve seguir um meio extrajudicial de resolução do seu conflito, com base no conhecimento do caso e dos sujeitos nele envolvidos.

Podemos afirmar que o conceito dos “tribunais multiportas” é uma forma de prestar os serviços de justiça mais próxima do cidadão, que tendem a desenvolver-se por cada vez mais países revelando uma proximidade de todos os serviços e “interligação” entre as estruturas dos mesmos¹⁵⁸. Centra-se a decisão no cidadão pois deverá ser este depois de ter consciência do seu problema e conhecimento dos meios disponíveis para o resolver, que deverá tomar uma decisão. Pese embora, também se admita um reenvio deste por parte do juiz para os meios extrajudiciais.

¹⁵⁵ SILVA, Paula Costa e, *ibidem*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁶ Ora, esta pergunta feita pelo juiz fica muito aquém do procedimento que é uma verdadeira conciliação. Diga-se também, que além da falta de tempo do juiz, a sua formação também não está vocacionada para este tipo de procedimentos.

¹⁵⁷ Este foi um conceito que surgiu em *Harvard (EUA)*, tendo sido aí sido proposto pela primeira vez em 1976, pelo professor de direito *Frank E.A. Sander*. Estas estruturas já foram adoptadas por diversos países, como os EUA, Singapura, Nigéria, entre outros. “BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, pp. 91-93”; “http://nijhoffonline.nl/extract?id=nij9789004155459_nij9789004155459_i-408-28”, acedido em 16/12/2010; “<http://app.subcourts.gov.sg/mdc-cic/index.aspx>”, acedido em 16/12/2010; “<http://www.mediationincnc.com/2009/05/the-multi-door-courthouse-has-finally-arrived-new-settlement-procedures-are-now-available-in-superior-court/>”, acedido em 16/12/2010; e “<http://allafrica.com/stories/200903190148.html>”, acedido em 16/12/2010.

¹⁵⁸ Em Portugal, veja-se o exemplo dos Julgados de Paz.



Cumpre-nos destacar um processo híbrido que se tem vindo a desenvolver em alguns países: o *MedArb* (Mediação-Arbitragem). É uma técnica híbrida que propõe às partes (em primeiro lugar) a negociação e a tentativa de alcançar um acordo com o auxílio de um mediador, ou seja, propicia a comunicação e o diálogo. Posteriormente caso a mediação não tenha sucesso o mediador consubstancia o término do processo encaminhando-o para a arbitragem. Nalguns casos o mediador e árbitro são o mesmo indivíduo contudo na nossa opinião deverão ser distintos. Devido à pressão das diligências pendentes o árbitro poderá “apressar” o processo de mediação e passar prematuramente para a arbitragem¹⁵⁹. Parece-nos uma solução virtuosa devido à complementaridade dos dois meios de resolução de conflitos¹⁶⁰.

Os meios alternativos de resolução de litígios são uma área relativamente nova na sociedade portuguesa, no que respeita à sua interiorização pelos cidadãos e mesmo pelos intervenientes jurídicos.

Por vezes, o desconhecimento do que é a mediação cria um sentimento de repulsa dos agentes do sistema jurídico relativamente a estes meios, pois consideram que resolvendo os litígios estão a “desviar” deles alguma clientela. Na nossa opinião existem casos que podem e devem ser resolvidos mediante aqueles meios, até pelas vantagens que o mesmo traz e fundamentalmente para promover a paz social. Enquanto que o tribunal judicial resolve a questão de direito, os meios alternativos de resolução de litígios propõem uma solução vinda das partes, elas participam na sua construção, sanando emocionalmente a controvérsia¹⁶¹.

São apontadas diversas vantagens nos meios alternativos de resolução de litígios, entre elas: o descongestionamento dos tribunais e redução dos custos da justiça; a promoção do acesso à justiça¹⁶²; a concessão de uma justiça mais efectiva (barata, rápida, justa, eficiente e satisfatória para as partes); a capacidade de envolvimento da comunidade no processo de resolução de litígios; e a sua adequação a certas categorias

¹⁵⁹ HIBBERD, Peter R., *op. cit.*, nota 138, pp. 122-132.

¹⁶⁰ Com a modernização dos tempos (da sociedade e da lei) têm surgido novas formas de *ADR*: *Rent-a-judge*, *The New Jersey medical practice mini-trial*, *The confidential listener mediation*, *The Century City mini-trial*, *Mini-trial by contract*, *MEDALOA* (similar à *MedArb*), in “HIBBERD, Peter R., *ibidem*, *op. cit.*, pp. 132-134”. Sobre a *Med-Arb*: BROWN, Henry J., *op. cit.*, nota 16, pp. 147-149; e “<http://www.jamsadr.com/>” acedido na data de 23/12/2010. Acerca de um sumário comparativo dos principais meios de resolução de conflitos: BROWN, Henry J., *ibidem*, *op. cit.*, pp. 395-402.

¹⁶¹ Na mediação esta “faceta” é mais acentuada.

¹⁶² Sobre o acesso à justiça e ao direito de acção: ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, pp. 13-20.



de litígios que, pelas suas características, não se ajustam ao modelo clássico da via judicial.

Relativamente à mediação considera-se que esta pode ser um valioso substituto/complemento das formas “tradicionais” de justiça. Evidencia-se sobretudo o contraste entre tribunal judicial e a mediação: no primeiro existe apenas um “vencedor” enquanto que na mediação ambos podem “ganhar”. No sistema jurídico português, a Directiva 2008/52/CE foi transposta para o direito interno através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, aditando ao CPC os seguintes artigos: 249.º-A (mediação pré-judicial e suspensão de prazos), 249.º-B (homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial), 249.º-C (confidencialidade) e 279.º-A (mediação e suspensão da instância). É com agrado que se vê o sistema jurídico português atento a estes meios, pois não é certo que sejam o futuro, contudo se forem adequadamente implementados são com certeza parte do futuro.

Com a perspectiva vindoura de instalação nos tribunais judiciais de julgados de paz ou outros meios alternativos de resolução de litígios, julgo que esta consubstancia uma área que merece toda a atenção do “mundo jurídico”. Deverá ser promovida e divulgada no sentido de melhorar o acesso à justiça, criar uma nova cultura jurídica e fomentar a saída da crise da justiça, esta que tanto prejudica os operadores judiciários e a nossa sociedade.

No que respeita à obrigatoriedade da mediação vimos existirem várias posições assumidas por diversos sistemas jurídicos, uns defendendo a obrigatoriedade da mediação, mesmo que seja um processo transitório para criar uma nova cultura jurídica de recorrer aos meios alternativos de resolução de litígios na sociedade, outros, julgam que a mediação deve ser facultativa e que a sua obrigatoriedade é uma privação inadmissível do acesso ao direito. A obrigatoriedade da mediação pode, segundo alguns autores, provocar a desvirtuação da origem da mediação, na medida em que: a sua utilização prévia ou alternativa à propositura de uma acção judicial implicaria a redução da mediação a mais um incidente processual, e poderia produzir um sentimento de rejeição e um baixo índice de acordos.

Somos do entendimento que devido ao desconhecimento geral da mediação deveria ser obrigatório quando se recorre ao tribunal, o juiz encaminhar as partes para uma sessão de esclarecimento sobre o que é a mediação. Essa sessão seria conduzida por um técnico altamente qualificado para o efeito e explicaria de forma acessível e sintética o funcionamento do processo de mediação, os seus custos, o tempo que em



regra demora um processo deste género, entre outros aspectos. Neste sentido resultaria (e atendendo à nossa realidade social¹⁶³), um conhecimento muito mais abrangente da sociedade sobre o que é a mediação, para o que esta serve e como funciona, incentivando os sujeitos a recorrerem a este meio. Destarte, poderia ser fomentada de forma gradual a criação de uma nova cultura jurídica de modo a atingir uma justiça de qualidade e próxima do cidadão. A mediação poderá assumir um papel preponderante nos centros de AIAE.

Neste sentido, posições de descomprometimento não são o caminho, urge tomar uma posição acerca dos meios alternativos de resolução de litígios, acerca da sua aplicabilidade e obrigatoriedade, seja essa posição negativa ou positiva. É então fundamental balizar os prós e contras da balança da imposição da mediação obrigatória e tomar uma decisão consciente. São apontadas como vantagens: o descongestionamento dos tribunais, logo a afectação mais racional dos escassos recursos de justiça; o conhecimento efectivo dos meios alternativos de resolução de litígios pela sociedade, o que pode conduzir à possibilidade de criação de uma nova cultura jurídica; contribuição para alcançar a paz social, através da superação emocional do conflito e a construção de um novo modelo de justiça assente na autocomposição. Apresentam-se como desvantagens: a desvirtuação da mediação, nomeadamente do princípio da voluntariedade das partes; a criação de mais uma “fase processual”; a necessidade de investimento económico nestes meios (recursos humanos, infra-estruturas, entre outros) e a privação de acesso ao direito em “1ª instância”.

De qualquer modo a inacção não pode estar presente na mente do legislador, pois a velocidade de transformação da sociedade atravessa um ritmo alucinante, as novas tecnologias para isso muito contribuem. Corre-se, deste modo, o risco de a regulamentação jurídica nesta área ficar “imóvel”, comprometendo a eficácia e eficiência pretendida para o nosso sistema de justiça, ao assistir passivamente às alterações que ocorrem na nossa comunidade.

Com efeito, e para finalizar, julga-se que uma sessão de informação de mediação obrigatória prévia ao processo arbitral poderia apresentar resultados extremamente benéficos em prol da celeridade, eficácia e eficiência do processo. Com efeito, caso as partes pretendessem tentar a resolução do seu litígio pela via da mediação e fosse obtido

¹⁶³ SOUZA, de Luciane Moessa, *Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos*, s/e, Brazil, s/d.



consentimento entre as mesmas já não seria necessário seguir a via do processo arbitral em consonância com o princípio da economia e de aproveitamento de recursos.



10. OS CUSTOS DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA

Neste ponto importa analisar o custo da Arbitragem Institucionalizada, essencialmente, do ponto de vista do Estado. Deste modo importa perceber se os recursos económicos que o Estado investe nesta forma de resolução de litígios contribuem para um melhor sistema de justiça ou será que era mais viável redireccionar esse investimento para a “justiça tradicional”?

Contudo, também não é discipiendo olhar para os custos que o cidadão tem com a Arbitragem Institucionalizada e com a “justiça tradicional”. Começemos por essa análise.

O custo que os cidadãos despendem ao intentar uma acção num tribunal arbitral pode variar consoante diversos factores. Entre eles, o centro de arbitragem, o tipo de acção de acção arbitral (valor e espécie), a composição do tribunal arbitral (designadamente o número de árbitros), a constituição de mandatário, taxa de justiça e demais despesas processuais. Como afirma *Mauro Rubino-Sammartano* o cálculo do custo da arbitragem (no seu global) é manifestamente complexo, contudo há que ter sempre em conta o que se estipula na convenção de arbitragem¹⁶⁴.

Cardona Ferreira considera os meios alternativos de resolução de litígios como uma justiça de futuro no sentido da sua simplicidade, criticando a excessiva regulamentação actual.

É dito que o custo deverá ser proporcional ao serviço prestado, sendo que nunca poderá ser inviabilizado o acesso ao direito e à tutela jurisdicional¹⁶⁵ por aquele ser elevado. O custo abrange, num plano indirecto e geral, o impacto que o custo concreto de uma acção e a sua demora podem ter no que respeita à vida dos cidadãos e à economia nos seus vários aspectos¹⁶⁶, ou seja, uma acção demorada vai implicar outros custos e outra disponibilidade de recursos que uma acção mais célere não implicaria. Além da morosidade e regulamentarismo dos processos que correm nos tribunais

¹⁶⁴ Quanto ao custo da arbitragem e suas variantes: MAURO, Rubino-Sammartano, *op. cit.*, nota 27, pp. 777-781. Relativamente aos custos da arbitragem (inclusive a remuneração do árbitro): TACKABERRY, John, *op. cit.*, nota 155, pp. 130-155 e 359-373.

¹⁶⁵ Artigo 20.º da CRP.

¹⁶⁶ FERREIRA, Cardona J. O., *Os custos da Justiça*, s/e, Coimbra, 2002, p. 9.



judiciais, propaga-se a convicção que o custo médio destes processos é caro e excessivo para os resultados que se obtêm.

O investimento que o Estado efectua nos centros de arbitragem institucionalizados, cinge-se àqueles que são apoiados, e não a todos os centros de arbitragem institucionalizados cujo funcionamento é autorizado. No que respeita a este investimento podemos efectuar uma análise dos dados que nos são apresentados pelo Ministério da Justiça¹⁶⁷. Concretamente, em 2008 foi investido o montante de 549.425,01€ e em 2009, o montante de 806.444,01€, assim sendo uma variação percentual de 46,78%. Por processo, o investimento oscilou dos 76, 33€ para os 100, 93€, efectivando-se numa variação percentual de 32,23%. Deste investimento resultou um aumento dos processos findos (quer através de resolução por mediação com acordo/conciliação quer por arbitragem) apesar de se verificar um aumento dos processos entrados. Acresce a estes factores positivos *supra* verificados, o decréscimo da taxa de resolução de 82 dias para 81 dias. Deste modo, podemos concluir que o investimento do Estado nos centros de arbitragem contribuiu para evidenciar as características da arbitragem, nomeadamente, a eficácia, eficiência e celeridade, prestando um serviço com indicadores qualitativos favoráveis aos cidadãos.

Ao intentar uma acção num centro de arbitragem institucionalizado deve-se tomar em especial consideração a tabela de custas fixada por esse centro relativamente aos encargos processuais e honorários dos árbitros, e obviamente, os honorários desembolsados pela constituição de mandatário. Note-se, que em regra, o recurso a estes centros comporta várias fases de tentativa de resolução do litígio. Poderá não se recorrer directamente ao tribunal arbitral, mas antes passar pela tentativa de obtenção de acordo entre as partes através da conciliação e mediação, e ainda, uma fase prévia de informações (*vide* figura 14 em “anexos”). Neste sentido devido ao grau de subjectividade dos encargos processuais importa atentar três exemplos: ARBITRARE – Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações, Casa – Centro de Arbitragem do Sector Automóvel e CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa. No ARBITRARE, estabelece o artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento de Encargos Processuais (REP) que os encargos processuais compreendem os honorários do árbitro designado pelo Centro de Arbitragem, os honorários do mediador, bem como os encargos administrativos do processo, tendo em

¹⁶⁷ *Vide* os dados são apresentados na figura 12 (anexos).



consideração a complexidade do processo e o valor da causa, por escalões, nos termos da tabela anexa a este regulamento¹⁶⁸. Relativamente ao CASA, é previsto no artigo 23.º do Regulamento do Centro os encargos suportados pelas partes. Nos termos do n.º 3, a passagem à fase de conciliação e arbitragem implica o pagamento, por cada parte, de um preparo de 3% ou 5% do valor em causa, conforme as partes tenham optado pelo árbitro singular ou colectivo, no mínimo de € 35,00, não podendo exceder os € 500,00. De acordo com o n.º 9, a interposição de recurso da decisão arbitral implica o pagamento, pelo recorrente, de um preparo, no valor de € 100,00. Quanto ao CAAD, com respeito aos encargos processuais suportados pelas partes importa atentar o artigo 31.º, n.º 1 do seu regulamento. De acordo com o mesmo, com o início da arbitragem e após a aceitação do(s) árbitro(s), cada parte paga uma quantia destinada a encargos processuais, nos termos de regulamento e tabela aprovados pelos órgãos competentes do Centro. Ainda, nos termos do artigo 33.º, n.º 1, é fixado que os encargos processuais compreendem os honorários do árbitro, os honorários do mediador, bem como os encargos administrativos do processo, tendo em consideração a complexidade do processo e o valor da causa, por escalões, nos termos da tabela anexa ao regulamento¹⁶⁹.

Na arbitragem institucionalizada, Manuel Barrocas distingue os custos de administração e os custos administrativos dos árbitros. “Os primeiros remuneram a instituição de arbitragem pelo serviço prestado na organização e gestão da arbitragem (recebimento do pedido de arbitragem, notificação à parte ou às partes contrárias, nomeação em falta dos árbitros e preparação do processo para entrega dos árbitros). Os segundos têm a ver com os custos do processo (por exemplo, e sempre que ocorram, os custos de viagem e estadia dos árbitros, custos de deslocação de peritos e custos de peritagem) (...)”¹⁷⁰.

Quando se intenta uma acção no tribunal judicial há que ter em conta diversos factores, designadamente, a taxa de justiça, custas e demais encargos. A taxa de justiça expressa-se em unidade de conta processual (UC) (fixa-se no montante de €105 no ano de 2011) e é actualizada anual e automaticamente de acordo com o indexante de apoios sociais (IAS) (artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento das Custas Processuais [RCP]). Nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do RCP a taxa de justiça corresponde ao montante devido

¹⁶⁸ <http://www.arbitrare.pt/site/site/tabela.php>, acedido na data de 21/12/2010.

¹⁶⁹ Observe a tabela de encargos processuais do CAAD: <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/MA%20-%20Tabela%20Encargos%20Processuais%20NOVA%20-%202010-06-09.pdf>, acedido na data de 16-01-2011.

¹⁷⁰ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 377.



pelo impulso processual do interessado e é fixada em função do valor e complexidade da causa de acordo com aquele regulamento, aplicando-se, na falta de disposição especial, os valores constantes da tabela I-A do RCP. Note-se que caso se verifique a interposição de recurso, estabelece o artigo 6.º, n. 2 do RCP que a taxa de justiça é sempre fixada nos termos da tabela I-B daquele regulamento. Há que ainda contar com as custas do processo que são aquelas previstas no artigo 16. do RCP¹⁷¹ e demais despesas, nomeadamente, os honorários despendidos com o mandatário.

Tome-se como exemplo o recurso ao ARBITRARE e ao tribunal judicial. Intentou-se uma acção no valor de 20.000€. Logo à partida, e supondo que as partes não beneficiam de apoio judiciário, as partes despendem 420€ num tribunal judicial ($4 \times 105 = 420$) e 180€ no centro de arbitragem – ARBITRARE (se o valor da causa se situar entre os 16.000,01€ a 24.000€ o encargo processual é de 180€). No que respeita a este último há que não olvidar os honorários respeitantes ao árbitro. Nos termos do artigo 6.º, n.º 2 do regulamento do centro, o tribunal arbitral é composto somente por um único árbitro. Pois caso a regra fosse da composição do tribunal arbitral por três árbitros seria consideravelmente mais oneroso para as partes. Comparativamente, no tribunal judicial há lugar ao suporte das onerosas custas que lhe são características¹⁷². De relevar que “os encargos processuais de cada sujeito processual variam entre 45 € e

¹⁷¹ Nos termos do artigo 16.º, n.º 1 do RCP, as custas compreendem os seguintes tipos de encargos: os reembolsos ao Instituto de Gestão Financeira e das Infra-Estruturas da Justiça, I. P.: de todas as despesas por este pagas adiantadamente; dos custos com a concessão de apoio judiciário, incluindo o pagamento de honorários; dos custos com a digitalização de peças processuais ou documentos; dos custos com a aquisição de suportes magnéticos necessários à gravação das provas, franquias postais, comunicações telefónicas, telegráficas, por telecópia ou por meios telemáticos, nos termos a fixar por portaria do ministro responsável pela área da justiça; os reembolsos por despesas adiantadas pela Direcção-Geral dos Impostos; as diligências efectuadas pelas forças de segurança, oficiosamente ou a requerimento das partes, nos termos a definir por portaria conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da administração interna e da justiça; os pagamentos devidos ou pagos a quaisquer entidades pela produção ou entrega de documentos, prestação de serviços ou actos análogos, requisitados pelo juiz a requerimento ou oficiosamente, salvo quando se trate de certidões extraídas oficiosamente pelo tribunal; as compensações devidas a testemunhas; os pagamentos devidos a quaisquer entidades pela passagem de certidões exigidas pela lei processual, quando a parte responsável beneficie de apoio judiciário; as despesas resultantes da utilização de depósitos públicos; as retribuições devidas a quem interveio acidentalmente no processo; e as despesas de transporte e ajudas de custo para diligências afectas ao processo em causa.

¹⁷² Observe-se também a nível comparativo com o tribunal judicial o exemplo apresentado aquando da apresentação do CAAD na data de 28 de Janeiro de 2009: Numa acção em que alguém reclame o pagamento de uma indemnização de 5.000€ por incumprimento de um contrato num tribunal administrativo e fiscal, cada parte deve pagar 240€ a título de taxa de justiça inicial e subsequente. No CAAD, para o mesmo pedido, cada parte paga 100€ (menos 58,33%). No caso do processo ser resolvido por mediação é devolvido às partes 50% dos encargos processuais.



450 €. Os valores dos encargos correspondem a valores sempre inferiores a metade da taxa de justiça, o que significa que o recurso ao ARBITRARE representa uma poupança para as partes em mais de metade dos custos que teriam de suportar nos tribunais judiciais. Para além disso, os encargos processuais podem ainda ser reduzidos entre 20% a 50 % quando o litígio for resolvido através da mediação, conciliação, quando as partes desistam ou quando a audiência de julgamento for dispensada”¹⁷³.

Posto isto, será a Arbitragem Institucionalizada uma solução racional do ponto de vista financeiro? Aparentemente poderemos ser induzidos a afirmar que o custo por processo nestes meios é inferior que o custo por processo num tribunal judicial de dimensão equivalente. Contudo é razoável proferir tal afirmação? Será que podemos fazer uma afirmação tão peremptória “a favor” da Arbitragem Institucionalizada?

De igual modo é importante reflectir sobre outros custos que se repercutem nos Tribunais Judiciais, nomeadamente a nível corporativo ou organizativo, será que existem outros órgãos financiados pelo Estado para o exercício efectivo da “justiça tradicional”? Ora, neste âmbito importa referir alguns organismos, são eles a PGR, o COJ e o CSM, sendo que todos eles implicam um acréscimo de custos adstritos ao funcionamento deste tipo de Justiça, bastante difícil de precisar com exactidão.

Cabe-nos salientar ainda que haverá que proceder com extrema cautela quando se procede a comparações despropositadas, pois não nos podemos arriscar a comparar o incomparável. É fundamental analisar causas que corram na “Arbitragem Institucionalizada” e Tribunais Judiciais da mesma natureza e complexidade, ou seja, uma acção tem que ter moldes idênticos para ser comparável entre um sistema de justiça e outro. Há que ter também em atenção que enquanto os Centros de Arbitragem Institucionalizada recebem uma quantidade de processos por ano, os Tribunais Judiciais recebem uma remessa de processos bastante mais alta, logo isso terá os seus efeitos na forma distinta de organização e funcionamento de um e outro sistema de justiça.

É também necessário não esquecer outro facto, o tempo que se demora a resolver o conflito nos Centros de Arbitragem Institucionalizada e nos Tribunais Judiciais interligando com as consequências da decisão no comportamento do demandado/réu. Coloca-se a situação de um caso de natureza idêntica. Nos Centros de Arbitragem Institucionalizada as partes poderão colaborar mais para que se atinja uma solução mais consensual (principalmente se for decidido o julgamento segundo a

¹⁷³ <http://www.arbitrare.pt/site/site/tabela.php>, acessado na data de 21/12/2010.



equidade). No mesmo caso num Tribunal Judicial o juiz não perde muito tempo com a questão do conflito que está subjacente, parte para a questão jurídica e profere uma sentença não querendo “perder” muito tempo com a tentativa de conciliação. Em que situação existe uma maior probabilidade de reincidência do comportamento lesivo por parte do demandado/réu? Qual a melhor solução a nível de custo? Julgamos que no primeiro caso sanado o conflito latente e interiorizada a questão em causa é menor a probabilidade de reincidência em comparação ao Tribunal Judicial em que o juiz se “limitou” a proferir uma sentença e o conflito latente não foi eliminado. O que é que isto implica? Caso haja a tal reincidência no comportamento lesivo, poderá levar à interposição de uma nova acção ou novas acções, o que conduzirá a um acréscimo de custos “desnecessários”.

Assim sendo valerá a pena investir na Arbitragem Institucionalizada? No nosso entender parece que o Governo entendeu que deveria ser feito um investimento nesta forma de justiça. Sendo que é actualmente sua “obrigação” o fazer, quer pelo seu comprometimento constitucional e legal quer pelos ideais de realização de justiça¹⁷⁴.

Em conclusão, observamos a extrema complexidade de cálculo do custo que o Estado suporta com a Arbitragem Institucionalizada e com os Tribunais Judiciais. Os factores que o envolvem e que nos conduziriam a um resultado são de uma diversidade tal e alguns mesmo inacessíveis, que seria imprudente afirmar-se que o Estado gasta menos ou mais com o “sistema de justiça tradicional” ou com o “sistema de justiça alternativa”. Digamos que deveríamos repensar duas vezes antes de se fazer afirmações “contra” a Arbitragem Institucionalizada, pois sem dados concretos a análise além de ser tornar difícil não se poderá expressar qualquer convicção alicerçada na verdade dos factos. Diga-se, que o inverso também é aplicável, ou seja, não ser certo afirmar peremptoriamente que deverá ser feito um investimento e alargamento dos Centros de Arbitragem Institucionalizada, no sentido que estes são menos dispendiosos para o Estado que os Tribunais Judiciais.

Na opinião de Cardona Ferreira, actualmente existe um desfasamento entre os custos e a rentabilidade judiciária. Para isso têm sido defendidas duas soluções: por um lado uma reforma estrutural da “justiça tradicional”, nomeadamente no que respeita ao seu excessivo regulamentarismo processual, o que proporciona diversos obstáculos

¹⁷⁴ Neste sentido *vide*: http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governo/MJ/OE_2009_Justica.pdf, acedido em 21/12/2010; e <http://www.dgpj.mj.pt/sections/planeamento/anexos/programa-do-xviii9854/>, acedido em 30/01/2010.



como a morosidade, e por outro lado, deve-se continuar a apostar na criação e alargamento dos meios alternativos de resolução de litígios¹⁷⁵; pois ambos são caminhos essenciais para um sistema de justiça credível e próximo dos cidadãos.

Relativamente às despesas que o Estado suporta com os Centros de Arbitragem Institucionalizada vimos que estas são extraordinariamente complexas de calcular para que possamos chegar a uma solução consertada e efectuar uma comparação justa e equitativa com a “justiça tradicional”, contudo foi feito um apontamento dos custos que ambos abrangem.

Qual a razão de ser da existência um tribunal? Qual a razão dos meios alternativos de resolução de litígios? Não nos esqueçamos que todos eles existem em torno de uma razão, uma só causa...o cidadão.

Seja qual for o rumo da Justiça, mesmo que o Estado aliene algo do monopólio judiciário, deverá fazê-lo sempre supervisionando, sem abdicar do acompanhamento para que sejam garantidos os princípios fundamentais. Pois a imparcialidade que se presume nas instituições de justiça é essencial à segurança e garantias essenciais dos cidadãos¹⁷⁶.

A Justiça deverá ser sempre um encargo assumido pelo Estado, pois compete a este assegurar a fiabilidade do sistema de justiça, bem como contribuir para a paz social.

¹⁷⁵ Vide: p. 7 do Orçamento da Justiça 2009, disponível em “http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governo/MJ/OE_2009_Justica.pdf”, acedido em 21/12/2010; e Orçamento do Estado 2010, pp. 253-258, disponível em “http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/Ministerios/MF/ProgramaseDossiers/Pages/20100126_MFAP_Doss_EO2010.aspx”, acedido em 31.01.2010.

¹⁷⁶ FERREIRA, Cardona J. O., *op. cit.*, nota 171, p. 5.



CAPÍTULO III – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA: A IMPOSIÇÃO DA ARBITRAGEM A TERCEIROS

INTRODUÇÃO

Qual a admissibilidade da AIAE? Será admissível e porquê? Colocam-se inúmeras questões relacionadas com a viabilidade da AIAE, o que é certo é que apesar do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro vir permitir a criação destes centros até à data nada foi feito nesse sentido talvez por o caminho ainda não ter sido exaustivamente explorado a nível da doutrina e levantar tanta incerteza.

A dificuldade estará em dar o primeiro passo, contudo existem alguns aspectos a percorrer que merecerão a nossa atenção neste sentido. A linearidade não faz parte dos nossos caminhos contudo estes terão que ser enfrentados com coragem pois julgamos ser fundamentais para “colocar a primeira pedra”.

Deste modo, o problema principal que vai merecer a nossa atenção é a questão da “Admissibilidade da AIAE: a imposição da arbitragem a terceiros?”

A este respeito é de salientar o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro, o qual remete para o artigo 864.º as regras de aplicação à citação do executado, do cônjuge e credores, contudo as partes deverão aceitar a competência do Centro de Arbitragem (existe a possibilidade da aceitação tácita mediante a prática de actos no processo arbitral por estes terceiros). Armindo Ribeiro Mendes refere que “problema insolúvel é o de o terceiro se recusar a intervir, quando seja credor privilegiado, atendendo a que a venda executiva é feita livre de ónus e encargos. Só para a entrada forçada no domicílio de pessoas singulares é que se prevê a intervenção do juiz de turno de um dos tribunais de comarca da circunscrição judicial do domicílio do executado”.

Quando um terceiro se recuse a participar no processo arbitral, poderá ser criado um “apenso” deste processo no tribunal judicial para aí ser resolvida a respectiva questão, suspendendo-se o processo arbitral? A recusa da participação do terceiro no processo arbitral implicaria a perda dos direitos relativos à causa em discussão? Esta recusa da participação do terceiro no processo arbitral implica a inviabilidade de todo o



processo, tendo o mesmo que ser remetido para o tribunal judicial? Quando existir intervenção espontânea ou provocada de um terceiro poderá ser com este celebrada nova convenção a definir os termos em que será efectuada a sua participação?

Antes de analisáramos a temática da intervenção de terceiros existem outras questões que merecem a nossa atenção: o processo arbitral, papel do árbitro, convenção de arbitragem, meios de impugnação da decisão arbitral, concorrência ou exclusividade entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial e uma análise sobre o processo executivo e seus aspectos adjacentes.



1. O PROCESSO ARBITRAL

Em primeiro lugar importa reflectir acerca de quais os motivos que levam uma parte a optar por determinada instância ou processo. Quais as razões que levam o “cliente” da justiça a decidir submeter o seu litígio a determinada figura decisória? Segundo Tyler, as razões são essencialmente quatro: a necessidade ou não de representação (está subjacente a possibilidade ou intensidade da participação da parte no processo - uma forte participação das partes leva a que elas sintam a sua importância enaltecida pelo envolvimento do início ao final do processo), respeito interpessoal (a forma como é tratado pelas pessoas que dirigem o processo), neutralidade da terceira parte e justiça do resultado¹⁷⁷. Sendo assim cada mecanismo de resolução do conflito tem as suas especificidades, nomeadamente: o tipo de conflito que pode resolver, relação estabelecida entre as diversas partes envolvidas no processo, oportunidade de acesso àquele meio de resolução, se é um processo obrigatório ou voluntário, os poderes que o condutor/decisor do processo dispõe para o conduzir e julgar, o grau de formalidade, se o processo é de carácter público ou privado, se a informação nele discutida é ou não confidencial e se a decisão final é vinculativa ou não, se pode ou não haver recurso da decisão, entre outros¹⁷⁸.

Cabe-nos observar as especificidades do processo arbitral. Pese embora o processo arbitral seja um processo mais flexível que o processo judicial importa discorrer algumas considerações acerca do nosso entendimento acerca do que deverá ser o processo arbitral e quais os princípios que o deverão revestir.

Sónia Moura aponta que “a utilização de formas de defesa como a oposição à execução, que tornam a tramitação mais complexa e demorada, constitui em algumas situações um mero expediente dilatório visando retardar o cumprimento da obrigação, intervindo neste aspecto o factor cultural dominante que considera adequadas e justificadas estas atitudes processuais”¹⁷⁹. Sendo assim suscita-se a questão se o ideal na AIAE seria a manutenção destas duas formas de oposição¹⁸⁰. Duas soluções parecem

¹⁷⁷ MACKIE, Karl J., *op. cit.*, nota 29, pp. 16 e 19-25.

¹⁷⁸ MACKIE, Karl J., *ibidem, op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁷⁹ MOURA, Sónia, *op. cit.*, nota 94, p. 190.

¹⁸⁰ No que concerne à oposição execução e oposição à penhora: “PIMENTA, Paulo, Acções e incidentes declarativos na dependência da execução, Themis - A. 5 n.º 9 (2004), pp. 73-88”.



obviar neste sentido: encurtam-se os prazos de oposição à execução e de oposição à penhora, ou então, se opta por uma decisão mais radical de eliminar um destes meios de oposição. Sendo certo que neste caso se optaria por um regime exclusivo de intervenções pertinentes. Ou seja, qualquer intervenção sem qualquer fundamento processual, racional e ético seria severamente punido mediante os meios disponíveis (Ex.: condenação em multa).

Comummente, são apontados cinco princípios que norteiam o processo arbitral: o princípio da igualdade das partes (artigos 13.º da CRP e 3.º-A do CPC); direito de defesa do demandado (artigo 3.º, n.º 1 do CPC); e o princípio do contraditório (artigos 3.º, n.º 3 do CPC e 16.º da LAV), o princípio da boa fé das partes e o princípio da ampla participação das partes no processo. Sónia Moura adianta que os três primeiros princípios orientadores do processo arbitral permitem a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais, produzindo dois efeitos proeminentes: nos termos do artigo 26.º, n.º 1, as sentenças arbitrais têm o efeito de caso julgado; e de acordo com o artigo 26.º, n.º 2, gozam de força executiva à semelhança dos tribunais judiciais de 1.ª instância¹⁸¹.

O princípio da igualdade das partes consiste no facto de todos os cidadãos terem a mesma dignidade social e serem iguais perante a lei (artigo 13.º, n.º 1 da CRP)¹⁸². Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, refere que este princípio obriga a jurisdição “em três dimensões fundamentais: a igualdade no acesso dos cidadãos à jurisdição, isto é ao direito a uma efectiva igualdade de oportunidades de recurso aos tribunais, não podendo a protecção ser denegada por insuficiência de meios económicos (artigo 20.º, n.º 1 da CRP); igualdade dos cidadãos perante os tribunais, isto é, igualdade na aplicação do direito através dos tribunais (vinculação jurídico-material do juiz ao princípio da igualdade), mediante a aplicação de igual direito a casos congéneres e a utilização de critérios idênticos na aplicação de sanções e na fixação de montantes indemnizatórios; e igualdade na posição de sujeito processual («igualdade de armas no processo»), com proibição da discriminação das partes no processo”¹⁸³. Já o princípio do contraditório consubstancia-se no “direito a ser ouvido perante qualquer órgão

¹⁸¹ MOURA, Sónia, *op. cit.*, nota 94, p. 196.

¹⁸² Deste modo, e segundo o artigo 13.º, n.º 2 da CRP, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

¹⁸³ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, pp. 253-256.



jurisdicional com competência decisória em matéria de existência ou subsistência de direitos é inerente (originário) à própria condição humana, sendo, como tal, informador de todos os ordenamentos processuais sujeitos às regras do Estado de direito”¹⁸⁴. Ainda, neste sentido, o juiz (no processo arbitral leia-se: o árbitro) deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (artigo 3.º, n.º 3 do CPC). E por último, o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição (direito de defesa do demandado – artigo 3.º, n.º 1 do CPC). Observemos o princípio da cooperação e dever boa fé. Nos termos do artigo 266.º, n.º 1 do CPC, na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Ainda, de acordo com o artigo 266.º-A do CPC, as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior. Por último, Manuel Barrocas avança com o princípio da ampla participação das partes. Este concretiza-se no facto do árbitro não dever “limitar ou restringir as partes a se exprimirem no processo, quer para solicitar do árbitro decisões, quer para apresentar e produzir provas pertinentes, quer para alegar o que entender por conveniente sobre a causa”¹⁸⁵. Estes afiguram-se como deveres essenciais que não devem de todo ser omissos ao processo arbitral.

Contudo, julgo que além dos princípios enunciados não deverão ser descurados os princípios da economia processual e da celeridade processual. A economia processual consiste na economia de meios, economia de processos e economia de actos e formalidades. Ou seja, numa actividade “perfeita” em função do melhor resultado. Para isso contribuem os artigos 137.º do CPC, no qual se limitam os actos e o artigo 138.º, n.º 1 do CPC, o qual “elimina” formalidades desnecessárias. A celeridade processual configura um dos trunfos do processo arbitral, pois combate-se vigorosamente a morosidade processual. Advoga-se aqui umas das grandes vantagens relativamente ao processo judicial. Consideramos que a utilização de comunicações

¹⁸⁴ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 247-252.

¹⁸⁵ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 387.



(maioritariamente) electrónicas e a fixação de prazos razoáveis, mas mais curtos, na tramitação processual pode favorecer a agilidade processual¹⁸⁶.

Importa consumir uma referência aos princípios e regras do processo arbitral consagrados pelo projecto da LAV. No artigo 30.º é previsto que o processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais: o demandado será citado para se defender; as partes serão tratadas com igualdade e devera ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final; e em todas as fases do processo será garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as excepções previstas nesta lei.

Há organismos que disponibilizam às partes diversas formas quanto à resolução do processo arbitral: somente declarações escritas sem audiência, somente declarações escritas mais a audiência, e um processo de curta duração com audiência. Concede-se às partes a possibilidade de escolha do tipo de processo que mais se coaduna com os seus interesses¹⁸⁷.

Por último, de referir que o processo arbitral (por consequente a arbitragem) por vezes tem sido categorizada como algo com pouco relevância nos *ADR* e a par da “justiça tradicional” (como o tribunal judicial). É com alguma ironia que nos debruçamos perante tais afirmações. Com efeito, a arbitragem tem sido encarada como um importante mecanismo (nomeadamente na esfera comercial) pela sua celeridade, simplicidade, especialização e natureza privada¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Sobre as vantagens da arbitragem: “SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, p. 52”.

¹⁸⁷ HIBBERD, Peter R., *op. cit.*, nota 138, pp. 26-28.

Vide: http://www.jctltd.co.uk/assets/JCT_CIMAR%2005.pdf, acedido em 23/12/2010.

¹⁸⁸ MACKIE, Karl J., *op. cit.*, nota 29, p. 17.



1.1. O PAPEL DO ÁRBITRO

Em primeiro lugar há que notar que o processo arbitral e processo judicial são distintos, em especial no que respeita à sua natureza. Enquanto que os árbitros são nomeados pelas partes atendendo à sua área de competência (pode-se adequar à controvérsia em causa) os juízes são designados nos termos da lei.

Árbitro e Juiz são figuras semelhantes? Podemos afirmar peremptoriamente que não são figuras similares. O árbitro age para satisfazer as necessidades dos clientes que o contratam e que desejam conhecer a sua decisão sobre um determinado assunto que eles não conseguem resolver de forma directa. Um juiz cumpre a função social de determinar em que pontos a lei foi ou não cumprida. A sua função é a de ordenamento social e cuidado na aplicação correcta das leis¹⁸⁹.

Nesta altura importa reflectir acerca de quem é que pode ser árbitro¹⁹⁰. Nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto podem ser árbitro “as pessoas singulares e plenamente capazes”. Julgo que era essencial ir um pouco mais longe nos requisitos necessários ao exercício desta profissão, nomeadamente, a exigência de uma licenciatura adequada (não existe qualquer limite relacionado com o perfil académico) e determinado limite mínimo de idade. E perguntamo-nos quais as capacidades ou características deverá possuir este profissional? O mesmo deverá ser um julgador imparcial (garante do *due process*), justo (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, ou seja, viver honestamente, não prejudicar os outros e atribuir a cada um o que é seu) e conhecedor do direito aplicável (não necessita de ser licenciado em direito tem é de conhecer na prática o direito a aplicar). De acordo com o disposto no artigo 1.º do Código Deontológico do Árbitro da APA¹⁹¹ “todo o árbitro está obrigado a agir com imparcialidade e independência, respeitando e fazendo respeitar o prestígio e a eficiência da arbitragem como meio justo de resolução de litígios...”. O árbitro da APA está ainda sujeito ao dever de diligência (artigo 7.º) e dever de confidencialidade (artigo 9.º). Este código deontológico, obviamente que não

¹⁸⁹ <http://imap.pt/artigos/informacao/aarbitragem/4/>, acedido em 15/12/2010. No que respeita aos poderes do árbitro: “TACKABERRY, John, *op. cit.*, nota 155, pp. 175-198”.

¹⁹⁰ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, pp. 265-379. Sobre a figura do árbitro: “SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, pp. 87-100”.

¹⁹¹ Aprovado em Assembleia-geral. Disponível em “<http://arbitragem.pt/projectos/apa-codigo-deontologico-final.pdf>”, acedido em 15/12/2010.



substituindo as leis aplicáveis, poderá servir como uma referência à arbitragem, em especial, ao papel e função desempenhada pelo árbitro. Szklarowsky afirma que o árbitro deve desempenhar as suas funções “com total imparcialidade, competência, diligência, independência e discrição, (...) submetido aos princípios maiores: *Ser juiz é ser bom, quando necessário. Ser justo, sempre. Ser intransigente com a injustiça e a ilegalidade. Ser solidário com o inocente. Ser duro com o infractor. Julgar com serenidade, sempre*”¹⁹². Destacar, que as partes têm a opção de escolha do árbitro. Elas podem escolher um profissional especializado na matéria em questão, daí o carácter de profissionalização e especialização da arbitragem¹⁹³.

Por último, cabe colocar a questão: como é que será efectuada a nomeação do árbitro e quem será esse árbitro? Em regra, são juízes jubilados nomeados pelo CSM. Pedro Romano Martinez considera haver diversas hipóteses quanto à nomeação dos árbitros: “por vezes, a designação do árbitro único já consta da cláusula compromissória; é frequente que as partes remetam a nomeação dos árbitros para uma instituição credível ou que façam a escolha de entre uma lista previamente conhecida; e também ocorre a hipótese de as partes optarem por um tribunal judicial a escolher o árbitro”¹⁹⁴. Tanto quanto sabemos não existe nenhuma lista pública com os árbitros disponíveis para dirigir determinado processo arbitral, no entanto, estes devem figurar na lista do centro arbitral correspondente¹⁹⁵.

Poderíamos ponderar se não seria adequado o exercício da função de árbitro, por parte de um advogado ou solicitador especialista em processo executivo e com reconhecida experiência? Pode-se afirmar que não terá a mesma experiência que um juiz (o que se admite) contudo importa pensar acerca do que pretendemos da arbitragem, um sistema de justiça semelhante aos tribunais judiciais ou um sistema de justiça independente e com uma filosofia distinta? A opção está entre a prática de um profissional reconhecido que apresenta um profundo conhecimento na área da acção executiva ou alguém com experiência de um sistema burocrático e inflexível. Se o problema relativamente aos “não-juízes” está na falta de formação necessária para se ser

¹⁹² SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *op. cit.*, nota 48, p. 94.

¹⁹³ A especialização do árbitro propicia a faculdade de adaptação da arbitragem às necessidades do caso concreto. CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 15 e 54-56; e ANDREWS, Neil, *op. cit.*, nota 25, p. 248.

¹⁹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano, *Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária Ad Hoc*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos – v. 1 – p. 829.

¹⁹⁵ Averiguamos que os árbitros não necessitam de estar inscritos em nenhuma Associação (como a APA) ou organização.



árbitro (que não é exigida por lei) deveria estar aberto a estes interessados um curso de formação em matéria de arbitragem que os capacitasse a exercer tal actividade. A questão ganha ainda mais relevo quando se sabe que actualmente a intervenção do juiz é cada vez mais uma “intervenção provocada”. Assim sendo, porque é que a intervenção do árbitro deveria ser diferente? Esta resume-se a questões suscitadas pelo agente de execução em prol da celeridade e eficácia do processo ou outras questões pontuais definidas por lei. Quando é que um árbitro deverá intervir no processo de execução arbitral? De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 14.º Capítulo VII do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro “nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do juiz, designadamente a decisão da oposição à execução e da oposição à penhora, a verificação e graduação de créditos e respectivas reclamações e impugnações, bem como a decisão das reclamações dos actos da competência dos agentes de execução são da competência dos juízes árbitros”. Deste modo os actos da competência dos “juízes árbitros” estão bem delimitados e circunscrevem-se à enumeração do artigo *supra* sendo que se assemelham ao actos de um juiz¹⁹⁶ exceptuando o “proferir de despacho liminar” que não está previsto nas competências do árbitro. Os poderes executivos que os juízes exercem estão tão delimitados que é considerado que (aparentemente) não deveria constituir qualquer obstáculo o exercício de competências executivas pelo árbitro, visto que o tribunal “constitui neste momento quase uma mera garantia formal para os cidadãos”¹⁹⁷.

Mário Raposo refere que “em Inglaterra o árbitro é em regra um “perito” na matéria em causa. Não é necessariamente um antigo magistrado ou um advogado. Deverá conhecer os princípios e regras fundamentais da arbitragem mas é escolhido em função dos seus conhecimentos técnicos e experiência profissional num determinado sector”¹⁹⁸. Desta forma, será assim tão descabido “rever” a figura do árbitro na

¹⁹⁶ Nos termos do n.º 1 artigo 809.º do CPC e “sem prejuízo de outras intervenções estabelecidas na lei, compete ao juiz de execução: proferir despacho liminar, quando deva ter lugar; julgar a oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos, no prazo máximo de três meses contados da oposição ou reclamação; julgar, sem possibilidade de recurso, as reclamações de actos e impugnações de decisões do agente de execução, no prazo de 10 dias; e decidir outras questões suscitadas pelo agente de execução, pelas partes ou por terceiros intervenientes, no prazo de cinco dias”. Não englobando como acto da competência do árbitro o preferir despacho liminar parece que se elimina um procedimento necessário no processo de execução judicial, tentando conferir maior celeridade à arbitragem executiva e por outro lado, concedendo maior autonomia a quem realiza os actos de natureza executiva.

¹⁹⁷ MOURA, Sónia, *op. cit.*, nota 94, p. 198.

¹⁹⁸ RAPOSO, Mário, O Estatuto dos Árbitros, Revista da Ordem dos Advogados – Lisboa – Ano n.º 67, t.2 (Set. 2007), pp. 536-537. No entanto o autor entre diversas referências comunitárias aborda o caso



arbitragem? Pelos factos expostos julgo não ser de todo desadequado obviar pela distinção de um juiz num tribunal judicial e de um árbitro num processo arbitral. Esta diferença deverá sair do “papel” e passar à prática, consumando-se numa separação clara de duas figuras distintas.

espanhol. No artigo 15.º da LAV espanhola “nas arbitragens internas que não devam decidir-se segundo a equidade, é necessária a condição de advogado em exercício, salvo acordo expresso em contrário”.



1.2. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem consiste no “acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem”¹⁹⁹. Aquela pode assumir duas formas: compromisso arbitral (caso se trate de um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial) ou cláusula compromissória (quando estão em causa litígios emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual)²⁰⁰. Ou seja, o que diferencia o compromisso arbitral da cláusula compromissória é o carácter actual ou futuro do objecto da convenção de arbitragem. Existem vários sistemas que fazem referência à convenção de arbitragem, entre eles, a Lei-Modelo da CNUDCI (artigo 7.º, n.º 1), a CNY (artigo 2.º, n.º 2), a LAV espanhola (artigo 9.º)²⁰¹.

Na convenção de arbitragem importa analisar os efeitos que esta repercute diante dos tribunais estaduais. Em regra, está em causa o que se designa por excepção de preterição de tribunal arbitral. Nos termos do artigo 290.º, n.º 1 do CPC “em qualquer estado da causa podem as partes acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros da sua escolha”. Ainda de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo “lavrado no processo o termo de compromisso arbitral ou junto o respectivo documento, examinar-se-á se o compromisso é válido em atenção ao seu objecto e à qualidade das pessoas; no caso afirmativo, a instância finda e as partes são remetidas para o tribunal arbitral, sendo cada uma delas condenada em metade das custas, salvo acordo expresso em contrário”. Com a consagração deste dispositivo legal ressalta a importância de que se reveste a arbitragem. Por último cabe destacar que o artigo 287.º, alínea b) consagra como causa de extinção da instância o compromisso arbitral. No entender de Mariana França Gouveia, “os efeitos da celebração da convenção arbitral são essencialmente processuais: a existência de uma convenção arbitral implica que os tribunais judiciais não têm jurisdição sobre o caso. Caso seja proposta em tribunal judicial uma acção que tenha como objecto um litígio sobre o qual incida uma

¹⁹⁹ PINHEIRO, Luís de Lima, Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, Revista da Ordem dos Advogados - Ano 64 (Novembro 2004), p.126.

²⁰⁰ Artigo 1.º da LAV.

²⁰¹ Sobre algumas considerações acerca da convenção de arbitragem no sistema espanhol: CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 26-34.



convenção arbitral, verifica-se uma excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Excepção que implica a absolvição do réu da instância e conseqüente extinção da mesma. Daí que se caracterize a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual²⁰², contudo e como afirma a autora esta excepção não é de conhecimento oficioso pelo que terá de ser alegada pelo réu.

Relativamente aos requisitos de validade da convenção de arbitragem cumpre-nos avultar a arbitrabilidade, a forma e o conteúdo. A arbitrabilidade já foi analisada no lugar que lhe coube. Quanto à forma tem-se vindo a conferir uma certa liberdade e flexibilidade relativamente a este critério. Actualmente, devido à modernização da tecnologia, assume-se como “reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses instrumentos contenham directamente a convenção, quer deles conste a cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida” (artigo 2.º, n.º 2 da LAV). Esta tem sido a tendência da maior parte da legislação comunitária em matéria de arbitragem²⁰³. Por um lado, exige-se a redução da convenção de arbitragem a forma escrita (enquanto prova). Contudo alarga-se o conceito de redução a forma escrita, o que favorece e pode impulsionar a arbitragem. Por último, quanto ao conteúdo de acordo com o artigo 2.º, n.º 3 da LAV “o compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem”. Segundo Luís de Lima Pinheiro, “para determinar com precisão o objecto do litígio basta enunciar genericamente o pedido e individualizar a causa de pedir”²⁰⁴.

Por último, é importante analisar a autonomia da cláusula compromissória. Como afirma Luís de Lima Pinheiro “quando a convenção de arbitragem constitui cláusula de um contrato principal coloca-se a questão de saber se a validade e eficácia da cláusula depende da validade e eficácia do contrato em que se integra”²⁰⁵. O autor afirma que esta é uma questão de importância vital pois condiciona a intervenção do

²⁰² GOUVEIA, Mariana França, A Novíssima Acção Executiva – Análise das mais importantes alterações, s/e, s/l, s/d, p. 25.

²⁰³ Neste sentido, quanto à forma da convenção de arbitragem: MAURO, Rubino-Sammartano, *op. cit.*, nota 27, p. 139.

²⁰⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, *op. cit.*, nota 205, p.145.

²⁰⁵ Pinheiro, Luís de Lima, *ibidem, op. cit.*, p. 163. Acerca da autonomia da cláusula compromissória: SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, pp. 58-63.



tribunal arbitral, no sentido que este só será competente se a convenção for tida como válida. “Se a validade da cláusula compromissória dependesse da validade do contrato, bastaria que uma das partes invocasse a invalidade do contrato para justificar a intervenção do tribunal estadual. Neste caso, o tribunal arbitral só seria competente se o tribunal estadual concluísse pela validade do contrato. A fim de evitar este bloqueamento do processo arbitral os principais sistemas jurídicos consagraram a regra da autonomia da convenção de arbitragem²⁰⁶. (...) Esta regra significa que a validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser apreciada separadamente da validade e eficácia do contrato em que está inserida”²⁰⁷. Afirma-se, que “o vício que pode afectar a convenção de arbitragem – a falta absoluta de vontade das partes para se submeter á arbitragem – tem merecido de certa doutrina apoios no sentido de que este vício deve ainda recair dentro da competência do tribunal arbitral para que ele tenha a possibilidade de decidir sobre a existência ou inexistência da vontade das partes nesse caso (...)”²⁰⁸. Mais, no novo projecto da LAV consagra-se no artigo 18.º a separação clara entre contrato e cláusula compromissória, e estabelece-se o seguinte: o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção. Do exposto se conclui que o tribunal arbitral dispõe de competência para avaliar a validade e eficácia da cláusula compromissória estando ou não em discussão a eficácia e validade do contrato²⁰⁹.

No que respeita à arbitragem executiva preceitua-se que a submissão de processos de execução aos centros de arbitragem previstos no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20.11 depende da celebração de convenção de arbitragem (compromisso arbitral ou cláusula compromissória – artigo 1.º, n.º 2 da LAV) em conformidade com os requisitos estabelecidos na legislação que regula a arbitragem voluntária (artigo 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20.11). Isto significa que as partes terão que voluntariamente decidir, conforme a sua vontade e livre

²⁰⁶ MAURO, Rubino-Sammartano, *op. cit.*, nota 27, pp. 128-130.

²⁰⁷ PINHEIRO, Luís de Lima, *op. cit.*, nota 205, pp. 163-164.

²⁰⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 156.

²⁰⁹ *Vide*: artigo 16.º, n.º 1 da Lei-Modelo da CNUDCI. No sistema espanhol é adoptado também o princípio da separabilidade/independência entre a convenção de arbitragem e contrato: CATARINA, Frederic Munné, *op. cit.*, nota 45, pp. 99-100.



disponibilidade, em aderirem ou não a estes centros²¹⁰. No artigo 12.º, n. 2 do referido decreto-lei estipula-se um prazo de 10 dias após a formação do título executivo de livre revogabilidade da cláusula compromissória. Este mecanismo constitui uma garantia para a parte “aparentemente” mais desprotegida.

²¹⁰ Cabe-nos neste âmbito efectuar uma observação ao n.º 2 do artigo 16.º; no qual a decisão da entrada forçada no domicílio do executado deve ser proferida pelo juiz no prazo máximo de um dia útil... não nos parece de todo sensato este prazo, a agilização do processo deverá ter alguns limites mínimos.



1.3. MEIOS DE IMPUNÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL

São consagrados no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20.11 dois meios de impugnação da decisão arbitral: os recursos e as acções de anulação. Preceitua este artigo que “os recursos e as acções de anulação de decisões arbitrais intentadas em relação a decisões de juízes árbitros que verifiquem e graduem créditos ou que decidam oposições à execução ou à penhora não têm efeito suspensivo da execução, excepto nos casos em que haja prestação de caução, de valor igual ao crédito executado e das custas e encargos previsíveis, por parte do recorrente ou do requerente da anulação”.

No que concerne à anulabilidade da sentença arbitral pelo tribunal judicial, esta só poderá ser invocada tendo por base os seguintes fundamentos: não ser o litígio susceptível de resolução por via arbitral; ter sido proferida por tribunal incompetente ou irregularmente constituído; ter havido no processo violação dos princípios referidos no artigo 16.º, com influência decisiva na resolução do litígio; ter havido violação do artigo 23.º, n.ºs 1, alínea f), 2 e 3; e ter o tribunal conhecido questões de que não podia tomar conhecimento, ou ter deixado de se pronunciar sobre questões que devia apreciar (artigo 27.º, n.º 1 da LAV). Saliente-se que o direito de requerer a anulação da decisão dos árbitros é irrenunciável (artigo 28.º, n.º 2 da LAV), ao invés do que se passa com o recurso que pode ser renunciável (artigo 29.º da LAV).

A acção de anulação e o recurso são dois meios de impugnação claramente distintos. Como afirma Sónia Moura através do recurso as partes questionam o mérito da decisão arbitral, à semelhança do que fariam relativamente a uma sentença judicial, ou seja, as partes invocam o erro do tribunal na apreciação dos factos ou na aplicação do direito, ou a violação de preceitos processuais comuns. No caso da acção de anulação as razões “concernem essencialmente às regras regentes da justiça arbitral, onde se incluem por isso a validade da cláusula arbitral, a constituição e funcionamento do tribunal arbitral e modo de prolação da respectiva decisão”²¹¹.

Em síntese, julgamos que para evidenciar as vantagens da prolação de uma decisão em tempo útil (célere) era importante rever os meios de impugnação da decisão arbitral. Ocorrem-nos duas soluções: ou se exclui um dos meios de impugnação da arbitragem executiva, sendo que se poderia ir pela via de exclusão da figura do

²¹¹ MOURA, Sónia, *op. cit.*, nota 94, pp. 204-205.



recurso²¹², ou se introduz no processo arbitral a regra do “não recurso”, salvo estipulação em contrário pelas partes. No nosso entender, para evitar uma “reprodução idêntica” do processo judicial, e reforçar a autonomia da arbitragem executiva seria ideal tomar medidas que favorecem a celeridade e eficiência do processo arbitral.

²¹² Sendo certo que os vários recursos que se concretizam nos tribunais judiciais podem assumir duas consequências: por um lado, prejudicar o tempo útil da prolação da sentença, por outro lado, contribuir para o aumento da instabilidade e desconfiança na justiça (e por parte dos seus utentes) através de decisões distintas tendo por base os mesmos factos e condições. Portanto, consideramos suficiente a acção de anulação como meio de impugnação da decisão arbitral. Acerca do recurso para uma 2.^a instância arbitral: “SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, p. 152”.



1.4. CONCORRÊNCIA OU EXCLUSIVIDADE ENTRE O TRIBUNAL ARBITRAL E O TRIBUNAL JUDICIAL

Neste ponto importa reflectir sobre a “relação” entre o Tribunal Arbitral e o Tribunal Judicial. Quais os pontos de contacto? Existem interferências por parte de um no processo de resolução do litígio do outro? Será que existe algum tipo de intervenção? E quando é que existe essa intervenção: *ab initio* ou *a posteriori*?

No entender de Cardona Ferreira os sistemas de justiça “têm que ser harmónicos, capazes de conviver e de se respeitar, e devem ter: (...) não concorrência, mas harmonização e complementação”²¹³. Por seu lado, José Lebre Freitas considera que “à função estadual cabe tão-só uma função de *controlo*, que tem a ver com a *delimitação* e as *condições de exercício* da jurisdição arbitral (sem prejuízo do direito ao recurso, quando as partes não o tenham excluído). Ela exprime-se sobretudo na acção de “anulação” da decisão arbitral (...)”²¹⁴.

O tribunal judicial poderá intervir no processo arbitral, sobretudo, em duas ocasiões: uma primeira, no apoio e colaboração ao processo arbitral, e segunda, ao controlar a legalidade da actuação do tribunal arbitral, ou seja, uma actividade fiscalizadora. Manuel Barrocas enumera situações exemplificativas do exposto, na primeira situação podemos considerar: “medidas de supletividade processual (artigos 12.º, n.º 1, 14.º, n.º 2, 18.º, n.º 2 e 24.º, n.º 2 da LAV); decretamento de medidas cautelares; execução de medidas cautelares decretadas por tribunais arbitrais (...); no que concerne à segunda situação: nos recursos (artigo 29.º, n.º 1 da LAV); na acção de anulação (artigo 27.º da LAV); e na oposição à execução da sentença arbitral (artigos 30.º LAV e 814.º da CPC)”²¹⁵. Neste domínio não podemos deixar de referir que o artigo 19.º do projecto da LAV consagra que nas matérias reguladas por aquela lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que aquela o prevê. Assim, consideramos que a intervenção do tribunal judicial no processo arbitral deverá ser tendencialmente reduzida, assumindo uma função predominantemente de controlo e fiscalização e restrita aos casos previstos.

²¹³ FERREIRA, Cardona, J. O., *op. cit.*, nota 24, pp. 273-274.

²¹⁴ FREITAS, José Lebre de, *op. cit.*, nota 135, p. 64.

²¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 250.



Deveremos questionar no âmbito da concorrência ou exclusividade entre tribunal arbitral e tribunal judicial o papel das medidas cautelares. Aquando da celebração da convenção de arbitragem deverá o pedido ser obrigatoriamente dirigido a um tribunal arbitral? Poderá ser dirigido, quer a tribunal arbitral, quer a tribunal judicial? Ou terá que ser apresentado junto de tribunal judicial? Paula Costa e Silva aborda esta questão de forma exemplar. A autora constata: “se pensarmos apenas nos efeitos decorrentes da convenção de arbitragem e supondo que dela resulta a arbitrabilidade de pedidos cautelares, concluiremos que a competência para o decretamento de medidas cautelares deve ficar reservada para o tribunal arbitral. Foi a este que as partes cometeram, exclusivamente, a resolução de um determinado litígio”²¹⁶. Tomamos parte desta posição assumindo que esta deverá ser a regra. Contudo, podem as partes decidir na convenção de arbitragem não atribuir tais poderes ao tribunal arbitral. Assim sendo, poderão as mesmas dirigir o seu pedido a tribunal judicial. Logo, *in casu*, poderá ou não existir exclusividade ou concorrência dos tribunais arbitrais para com os tribunais judiciais.

Essencialmente, podemos destacar que a arbitragem partilha com o tribunal judicial dois pontos de contacto: a imparcialidade do decisor e o dever de ouvir ambas as partes²¹⁷. No que respeita à arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios, há quem afirme que este “não compete com o Judiciário nem contra ele atenta, pois o Poder Judiciário independente e forte constitui o esteio do Estado de Direito”²¹⁸. Contudo de atentar o risco que se corre de gradual aproximação da arbitragem ao processo judicial. A arbitragem deverá ser simples e célere, e não pode correr o risco de ver as suas características desvirtuadas por reformas de justiça “infelizes” ou causas exteriores à sua natureza²¹⁹.

Em suma, devemos considerar que independentemente da concorrência ou exclusividade entre tribunal judicial e tribunal arbitral existe espaço para as duas formas de justiça ao serviço dos cidadãos. Deste modo, estes poderão optar em consciência pela solução que consideram mais apropriada de acordo com as suas pretensões.

²¹⁶ SILVA, Paula Costa e, *op. cit.*, nota 126, pp. 233-235.

²¹⁷ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, nota 25, p. 247. Acerca da comparação da arbitragem com os tribunais judiciais (e respectivas diferenças): “TACKABERRY, John, *op. cit.*, nota 155, pp. 15-22”.

²¹⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *op. cit.*, nota 48, p. 114.

²¹⁹ HIBBERD, Peter R., *op. cit.*, nota 138, pp. 23-31.



2. O PROCESSO EXECUTIVO – UMA ANÁLISE REFLEXIVA

2.1. A CONSCIÊNCIA CONCEPTUAL NAS EXECUÇÕES

De modo a compreendermos a problemática subjacente ao processo executivo impera que se efectue uma análise introdutória aos conceitos e ideias base que têm repercussão nas execuções.

Em primeiro lugar importa notar que se vamos instaurar um processo executivo é porque houve lugar ao nascimento de uma obrigação. Nos termos do disposto no artigo 817.º do CC “não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo”. Destarte, o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação (processo de declaração²²⁰) ou optar pela execução (processo de execução²²¹).

Como afirma Fernando Amâncio Ferreira a principal diferença entre o processo declaratório e processo executivo corresponde à diferença entre o “declarar” e “executar”, entre o “dizer” e o “fazer”. O autor distingue ainda os dois processos dando uma definição clara de ambos. Releva que o processo declaratório se destina a obter o reconhecimento de um direito real ou de um direito de crédito e a condenação do réu a realizar certa prestação, por violação do dever jurídico correspondente. Enquanto que o processo executivo se destina a uma vez proferida sentença condenatória, se impõe proceder à sua efectivação, extraindo coactivamente ao devedor a respectiva prestação ou um seu equivalente patrimonial²²². O mesmo autor afirma que “sem a execução, a sentença condenatória não teria eficácia. Como diziam os praxistas, seria como o sino sem o badalo ou o trovão sem a chuva”²²³.

Nos termos do artigo 4.º, n.º 3 do CPC “dizem-se acções executivas aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado”.

²²⁰ Previsto nos artigos 467.º a 796.º do CPC.

²²¹ Previsto nos artigos 801.º a 942.º do CPC.

²²² FERREIRA, Fernando Amâncio, Curso de Processo de Execução, 12.ª Edição, Almedina, 2010, ISBN 9789724040837, pp. 15-16.

²²³ FERREIRA, Fernando Amâncio, *ibidem*, *op. cit.*, p. 16.



Eurico Lopes Cardoso define como executiva aquela acção que “tem por fim exigir o cumprimento duma obrigação estabelecida em título bastante, ou a substituição da prestação respectiva por um valor igual do património do devedor”²²⁴.

O autor Joel Timóteo Ramos Pereira releva o facto de a acção executiva se inserir “no âmbito de garantia de acesso aos tribunais, enquanto meio de protecção jurídica prevista no artigo 2.º do CPC – a protecção jurídica através do tribunal implica (...) a possibilidade de a fazer executar (à pretensão regularmente deduzida) e que a todo o direito corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente”²²⁵.

2.2. A ORIGEM (E EVOLUÇÃO) DO PROCESSO EXECUTIVO

Com o fim de entender a pertinência e importância que o processo executivo assume na sociedade actual é necessário compreender o porquê da existência do endividamento nas famílias, quais as suas consequências na sociedade e economia, vislumbrar as formas de cobrabilidade da dívida, *in casu*, a negociação e a acção executiva e reflectir sobre a AIAE.

Existem portanto algumas problemáticas em que importa descortinar a sua essência e contribuir para a sua clarificação, nomeadamente, como se chegou a este ponto de endividamento das famílias em que não se mede as reais capacidades de cumprimento da dívida? O porquê de tão elevadas expectativas? Que factores motivaram a esse aumento das expectativas e necessidade de satisfação superior às capacidades actuais? Como se resolve o problema de endividamento? Qual a melhor opção: negociação ou acção executiva? Será a arbitragem institucionalizada uma possibilidade real de brevemente se poderá cobrar a dívida? Em que moldes é que se propõe o seu funcionamento? Será uma solução a ter em conta para os credores ou simplesmente mais um meio alternativo de resolução de litígios “dirigido” por juízes jubilados a acrescentar umas despesas à máquina burocrática do nosso sistema de justiça?

²²⁴ FERREIRA, Fernando Amâncio, *ibidem*, *op. cit.*, p. 18.

²²⁵ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Prontuário de Formulários e Trâmites*, Volume IV, *Processo Executivo*, 4.ª Ed., Quid Juris, Lisboa, 2007, ISBN: 978-724-348-8, p. 26. Acerca do processo executivo, sua função, autonomia, espécies e forma: “ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, *op. cit.*, nota 20, pp. 116-143”.



2.2.1. O ENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS

No nosso sistema existem três agentes económicos: o Estado (desempenha um papel regulador), as Empresas (desempenham funções produtivas, efectuando também investimentos) e as Famílias (dispõem de um rendimento e tinham como papel consumir e poupar).

A poupança das famílias era directamente dirigida para o investimento nas empresas, permitindo assim a poupança que se consubstanciava em duas alternativas: garantir segurança para a eventualidade da ocorrência de um acontecimento futuro em que fosse necessária aquela quantia e propiciava ao investimento desenvolvendo desta forma o tecido produtivo das empresas.

Nos anos 80 a sociedade portuguesa deparou-se com uma quebra significativa da poupança, a decisão ainda era entre consumir ou poupar, de qualquer modo o consumo presente havia conhecido um forte aumento.

Na década de 90 houve um crescimento do endividamento das famílias, confrontávamo-nos então com um cenário novo que até então não tinha marcado presença na sociedade portuguesa. Este novo factor conduzia à inexistência de um agente económico que efectuasse poupança, deixando portanto de lado o investimento.

Actualmente, deparamo-nos com um endividamento tendencialmente crescente, pois tem sido essa a linha dos últimos anos. No ano de 2007 as dívidas dos particulares subiram para 129% do rendimento disponível, afirmando-se mesmo que “a turbulência que se tem manifestado nos mercados financeiros internacionais constitui, pela sua abrangência e duração, um dos episódios mais severos da história recente”²²⁶.

Qual a razão principal de se ter chegado a uma situação em que os nossos cidadãos querem gastar mais do que dispõem? A vida é feita de escolhas, todos os dias temos que as tomar e estamos permanentemente a fazê-las com um único objectivo: satisfazer uma determinada necessidade. O dilema que se coloca então é a da escolha permanente se deveremos consumir no presente, ou ao invés, consumir no futuro? Quando decidimos consumir no futuro, existe uma privação do consumo presente

²²⁶http://jpn.icicom.up.pt/2008/05/28/endividamento_das_familias_portuguesas_sobe_para_129_do_rendimento_disponivel.html, acedido em 17/12/2010.



(previne-se) sendo que haverá uma restrição orçamental²²⁷ no acto de consumo futuro que se consubstancia na poupança efectuada até aquele momento futuro que se decide consumir, mais o rendimento que se irá auferir nesse momento (rendimento futuro). Por outro lado, se decidirmos consumir no presente, consumimos por uma necessidade de satisfação imediata e actual, contudo o factor poupança aqui não existe e vemo-nos restringidos pelo nosso rendimento presente. O endividamento ocorrerá quando queremos consumir mais do que o rendimento que se dispõe. Portanto, como se poderá consumir mais do que os recursos financeiros que temos na nossa posse? Existem entidades que canalizam a poupança para os agentes que dela necessitam, são os intermediários financeiros (entidades bancárias). É desta forma que as famílias se propõem a satisfazer as suas necessidades imediatas de consumo, recorrendo ao crédito²²⁸.

Há vários factores que estiveram na origem do endividamento das famílias²²⁹, entre outros, cabe-nos destacar a abertura ao exterior, a abolição das barreiras legais e a descida das taxas de juro.

A partir do momento que aderimos à CEE em 1986, houve uma assimilação das expectativas dos países “vizinhos” (processo de *catching-up*). Contudo surge-nos neste âmbito um problema: não estariam esses países num desenvolvimento a todos os níveis superior ao nosso? Com certeza que sim, esses países dispuseram do tempo necessário para terem um processo de desenvolvimento gradual e cimentado, enquanto que Portugal quis fazer o que eles fizeram ao longo de muitos anos num curto espaço de tempo, não tendo desta forma o tempo indispensável para se adaptar e crescer a um ritmo aconselhável.

A abolição das barreiras legais conduziu a uma possibilidade de fazer compras e vendas a prestações, outrora impossível de se realizar.

²²⁷ NORDHAUS, D. William; SAMUELSON, Paul A., *Microeconomia*, 18.ª Ed., McGraw-Hill, Lisboa, 2005, ISBN: 84-481-4707-3, p. 103.

²²⁸ Relativamente à temática de crédito ao consumo, neste âmbito *vide*: <http://aeiou.visao.pt/do-credito-ao-consumo-e-do-sobreendividamento-activo=f545046>, acedido em 17/12/2010.

²²⁹ Neste sentido *vide*: BAÇÃO, Inês Maria Avelino, *A problemática do endividamento das famílias em Portugal*, s/e, Coimbra, s/d; http://fraque.com/index.php?view=article&catid=1:noticias&id=46:causas-e-efeitos-do-endividamento-das-familias&format=pdf&option=com_content, acedido em 17/12/2010; <http://www.alvarosantos.eu/blog/2007/o-endividamento-das-familias.html>, acedido em 17/12/2010; e FARINHA, Luísa, *O endividamento das famílias portuguesas: uma análise baseada em dados microeconómicos*, s/e, s/l, s/d.



A descida das taxas de juro, aliada à “concorrência bancária”, levou à facilidade de se recorrer ao crédito, tornando-se este mais acessível para a procura²³⁰.

Nesta conjuntura que *per si* já é complexa e difícil de resolver, deparamo-nos com um problema que apresenta efeitos nefastos na economia, para além dos efeitos negativos que apresentam nas famílias²³¹: como não existe poupança não existem recursos financeiros para investir nas empresas, as empresas começam a baixar a sua produtividade²³², acrescem os custos e diminuem as receitas, onde está a solução? Reduzir os custos através do despedimento de recursos humanos, menos recursos traduzem maiores níveis de desemprego, o que obriga deste modo o Estado a um esforço maior (mais subsídios de desemprego).

Concluimos viver num momento de profunda instabilidade financeira, em que urge a necessidade de apontar soluções e alternativas à resolução do problema do endividamento das famílias. Por onde passarão então essas soluções?

2.2.2. FORMAS DE RESOLUÇÃO FACE AO INCUMPRIMENTO DA DÍVIDA

Existem diversas possibilidades de resolução no que respeita ao incumprimento da dívida, no presente vamos centrar-nos na negociação, na acção executiva e em algumas reflexões acerca da AIAE.

A negociação insere-se no âmbito de um movimento muito mais amplo: o movimento RAL. Aquela pode ser definida como o processo comunicacional e relacional que se estabelece entre duas ou mais pessoas em conflito e cujo objectivo é chegar a um acordo que seja benéfico para ambas as partes, por oposição a uma acção unilateral. Pretende-se portanto, permitir que cada uma das partes envolvidas atinja da melhor forma os seus objectivos numa lógica de troca e de compromisso. Esta apresenta como finalidades principais: cooperar, a negociação visa melhorar o resultado global dos intervenientes; e competir, a negociação visa melhorar o resultado de cada interveniente (*vide* figura 3 em “anexos”). Note-se que o processo de negociação é um processo flexível, as suas fases não são estanques, é um processo fluído e contínuo mas

²³⁰ Neste sentido *vide*: <http://www.netconsumo.com/2009/10/endividamento-das-familias-portuguesas.html>, acedido em 17/12/2010.

²³¹ Observatório do Endividamento dos Consumidores, Endividamento e Sobreendividamento das Famílias – Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação, CES/FEUC, Coimbra, 2002, p. 4.

²³² NORDHAUS, D. William; SAMUELSON, Paul A., *op. cit.*, nota 233, p. 9.



não é de todo um fluxo sequencial. “O princípio fundamental para conduzir uma boa negociação é a orientação que o negociador escolhe. Aqui tem duas opções: orientação para os seus objectivos e necessidades e/ou orientação para os dos outros. Na maioria das situações o mais adequado é a orientação para ambos os interlocutores, pois é assim que se garantem boas relações comerciais a médio e longo prazo e a satisfação de ambas as partes”²³³.

Negociar é a base da RAL, de qualquer meio de resolução de conflitos, sendo que todos os meios alternativos de resolução de litígios têm subjacente uma técnica negocial. Podemos afirmar que a negociação para além de ser uma técnica essencial é uma arte.

2.2.3. O SISTEMA EXECUTIVO PORTUGUÊS

Analisada a negociação importa ver o sistema de execuções aplicado no nosso país. É inegável que o sistema de execuções judiciais ou processo executivo é um factor essencial para o bom funcionamento da economia e do sistema judicial²³⁴.

A acção executiva, em regra, é intentada quando se frustraram todas as outras tentativas ou possibilidades de cobrança do crédito, inclusive a negociação, sendo certo que essa via não está afastada na acção executiva pelo que se pode alcançar um acordo de pagamento em prestações (artigo 882.º e seguintes do CPC), efectuando a liquidação da quantia exequenda e demais despesas e encargos de forma a extinguir a execução (artigo 916.º do CPC). Esta consiste “no processo de jurisdição cível, pelo qual o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado (artigo 4.º, n.º 3 do CPC)”, pautando-se a mesma por princípios basilares do processo civil²³⁵.

Quando é que se pode intentar uma acção executiva? Só é possível intentarmos uma acção executiva se estivermos munidos de um título executivo que determine o fim e os limites da acção executiva (artigo 45.º, n.º 1 do CPC)²³⁶.

²³³ http://www.gulbenkian.pt/media/files/fundacao/programas/PG%20Desenvolvimento%20Humano/pdf/Manuais_de_Microcr_dito_-_Negocia_o.pdf, acedido em 18/12/2010.

²³⁴ Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

²³⁵ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *op. cit.*, nota 231, pp. 25-37.

²³⁶ Nos termos do n.º 2 do artigo 45.º do CPC, O fim da execução, para o efeito do processo aplicável, pode consistir no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa ou na prestação de um facto, quer positivo, quer negativo. Note-se que o artigo 46.º do CPC especifica os títulos executivos que podem servir de base à execução. PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *ibidem, op. cit.*, pp. 207-369.



Antes de iniciar os procedimentos e diligências decorrentes da sua actividade (artigo 812.º-C do CPC), o agente de execução²³⁷ nos termos do artigo 806.º do CPC procede à consulta do registo informático de execuções, pois se aí constar uma execução em nome do executado em causa que tenha findado pela inexistência de bens sabe-se desde logo que não interessa efectuar quaisquer diligências pois estas seriam infrutíferas por falta de bens do executado, extinguindo-se desta forma o processo executivo.

A acção executiva nem sempre se reviu naquilo que conhecemos actualmente. Esta foi objecto de profundas evoluções ao longo do tempo, nomeadamente em 2003²³⁸ e 2008²³⁹. O sistema executivo que vigorava até 2003 manifestava uma evidente incapacidade para lidar com as problemáticas que se suscitavam, nomeadamente, a elevada carga processual e um processo executivo com notórias deficiências²⁴⁰. Os moldes de funcionamento da acção executiva não eram os mais adequados. Era o exequente o responsável pelo sucesso da execução, pois sobre este recaía o ónus de impulsionar o processo, mediante os requerimentos que efectuava. Posteriormente, a reforma de 2003 teve manifesta inspiração no sistema executivo francês. A principal novidade foi a criação de uma nova figura no sistema executivo: o agente de execução²⁴¹. Foi tido por objectivo uma desjudicialização da acção executiva, mediante a transferência da direcção do processo do juiz para o agente de execução. Em 2008, optou-se por reforçar o papel do agente de execução, em particular, na sua intervenção na fase inicial do processo. As “novas funções” assumidas pelo mesmo exigem conhecimentos jurídicos apropriados bem como uma preparação técnica adequada²⁴². Paulo Pimenta tece considerações de vital importância acerca do sistema executivo português. Considera que se enfatizou a figura do agente de execução ao longo das sucessivas reformas. Apesar de tudo manifesta também algumas preocupações: entre

²³⁷ No que respeita ao agente de execução: “PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 56-102”.

²³⁸ Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março. Sobre alguns apontamentos acerca das razões que levaram a esta reforma: “CAMPOS, Isabel, O concurso de credores e a fase de pagamento no novo regime da acção executiva, *Scientia Iuridica* - nº53, 298 (Jan.Abr.2004), pp. 130-133”.

²³⁹ Levada a cabo com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro.

²⁴⁰ Por exemplo, ao tribunal não lhe incumbia a iniciativa de penhorar nada. Aliás, caso o exequente não tivesse acesso a determinadas informações prévias, como o domicílio do executado ou sua entidade patronal, estas diligências viam-se frustradas. Era assim mais que provável o insucesso da maior parte das acções executivas intentadas em tribunal.

²⁴¹ No sistema francês designa-se de *hussier de justice*.

²⁴² Actualmente, a formação de agente de execução obedece a elevados parâmetros qualitativos (*vide*: <http://www.cpee.pt>, acedido na data de 26-12-2010).



elas, a livre substituição do agente de execução, a falta de juízos de execução que cubram todo o território nacional e a falta de meios capazes para assegurar a eficácia e celeridade das diligências executivas²⁴³. De relevar ainda aqueles que são considerados os três principais objectivos para a acção executiva: “simplificar e desburocratizar; promover a eficácia das execuções; e evitar acções judiciais necessárias”²⁴⁴. Sendo que se assumem como objectivos principais do sistema de justiça: a celeridade e a eficiência. Paula Lourenço sustenta que “a sujeição do exequente a um processo executivo moroso constitui a violação de uma das suas garantias fundamentais (chamemos-lhe garantias de primeiro grau), correspondente ao direito a uma tutela jurisdicional efectiva, ou seja, a satisfação do crédito exequendo num prazo razoável”²⁴⁵.

No âmbito da evolução e alterações que ocorreram na acção executiva cabe-nos destacar o programa “Simplex”²⁴⁶. Este foi um dos principais impulsionadores das mudanças que ocorreram na acção executiva. Pretendeu-se simplificar e conceder maior celeridade ao processo executivo com um conjunto de medidas importantes, através do Decreto-Lei n.º 226/ 2008 de 20 de Novembro, e as Portarias n.º 313/2009, n.º 331-A/2009 e n.º 331-B/2009, datadas de 30 de Março.

Em primeira linha, esta reforma veio alargar significativamente as responsabilidades do agente de execução²⁴⁷, havendo uma transferência de parte das competências da secretaria judicial para este, deixando o agente de execução de estar sob a dependência funcional do juiz²⁴⁸, sendo também alargada aos advogados a possibilidade de exercer estas funções. Neste momento, as funções do juiz concentram-se no seguinte: “dirimir litígios (entre o exequente e o executado/terceiros); e densificar conceitos indeterminados”²⁴⁹. Foi assim reforçado o papel do agente de execução, sendo-lhe permitido aceder directamente a dados de identificação dos executados e dos

²⁴³ PIMENTA, Paulo, As linhas fundamentais da acção executiva, Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos, nº 12, (2º semestre 2009), pp. 169-182.

²⁴⁴ LOURENÇO, Paula Meira, *op. cit.*, nota 145, p. 131.

²⁴⁵ LOURENÇO, Paula Meira, *ibidem, op. cit.*, p. 133.

²⁴⁶ <http://www.simplex.pt/>, acedido em 19/12/2010.

²⁴⁷ LOURENÇO, Paula Meira, *ibidem, op. cit.*, pp. 173-174.

²⁴⁸ A intervenção do juiz passa a ser suscitada pelo agente de execução, ou seja, quando este tenha dúvidas fundamentadas no processo ou haja situações de conflito (proferir despacho liminar, apreciar uma oposição à execução ou penhora, verificar e graduar créditos, bem como julgar reclamações por parte deste), o agente de execução “recorre ao juiz”. *Vide*: ARAÚJO, Nuno Marcelo de Nóbrega dos Santos de Freitas, Primeiros Passos das Novas Execuções, Boletim ASJP: informação & debate - Série 2, nº 1 (Dez. 2009), p. 135.

²⁴⁹ LOURENÇO, Paula Meira, *op. cit.*, nota 145, p. 169.



seus bens, efectuar directamente penhoras electrónicas ou extinguir a execução quando não se encontram bens. De notar, desde logo a importância do agente de execução numa fase preliminar do processo; é agora ele que após a recepção electrónica do requerimento executivo vai analisar o processo e decidir se existe alguma questão a ser levantada ao juiz, bem como se há lugar a despacho liminar/citação prévia²⁵⁰, entre outras questões, deverá ainda realizar as notificações da sua competência no prazo de 5 dias e os demais actos no prazo de 10 dias, de acordo com o disposto no artigo 808.º, n.º 12 do CPC.

Importa também referir que o prazo que havia de 3 anos para se ser agente de execução foi revogado, não havendo agora qualquer prazo, podendo-se desde logo, assim que se obtenha aprovação no exame de final de estágio da CS ou OA, proceder à inscrição no estágio para agente de execução.

Outra alteração é a livre substituição do agente de execução pelo exequente²⁵¹, nos termos do artigo 808.º, n.º 6 do CPC aquele tem que informar o exequente de todas as diligências efectuadas. Ora, esta substituição não carece de qualquer tipo de defesa por parte do agente de execução, nem mesmo de fundamentação; onde anda o princípio do contraditório tão fundamental no processo civil? Mais, o princípio da imparcialidade do agente de execução fica seriamente comprometido, e os direitos do executado vão ficar certamente diminuídos face à pressão exercida pelo exequente. Esqueceu-se o legislador do direito à defesa e dos princípios fundamentais legalmente consagrados na nossa Constituição?²⁵² Nuno de Freitas Araújo afirma que considera esta opção criticável. No seu entender seria preferível manter a destituição por decisão judicial e, simultaneamente, garantir que esse incidente fosse apreciado com a máxima celeridade. É necessário proceder com cautela quando se efectuam alterações legislativas. É fundamental ter em conta a importância dos utentes da justiça para que advenham benefícios para estes das alterações ocorridas. Atente-se a importância da acção executiva actualmente, esta representa mais de 1/3 dos processos pendentes nos tribunais²⁵³.

²⁵⁰ Mediante uma conjugação dos artigos 811.º, 812.º-C a 812.º-F, 832.º, 833.º-A, 833.º-B e 834.º CPC.

²⁵¹ Vide: artigo 7.º Portaria 331.º-B/2009, de 30 de Março.

²⁵² Esta é uma “falha grave” do legislador, pois parece que este não entende a essência do trabalho do agente de execução, pode este n.º 6 do artigo 808.º, conduzir a injustiças e a uma certa manipulação no processo executivo.

²⁵³ ARAÚJO, Nuno Marcelo de Nóbrega dos Santos de Freitas, *op. cit.*, nota 258, pp. 151-153.



Quanto ao requerimento executivo, este é imediatamente enviado electronicamente ao agente de execução, sem ter de se aguardar por qualquer acto da secretaria ou do juiz do tribunal²⁵⁴.

A mais recente reforma à acção executiva não está imune a diversas críticas²⁵⁵. Cumpre-nos olhar para as afirmações proferidas por Rui Pinto sobre o controlo liminar e citação. Este sustenta que “tornou-se menos claro saber se uma dada causa corre com despacho liminar ou sem despacho liminar e se corre com citação prévia ou sem citação prévia”²⁵⁶.

A tramitação do processo executivo alterou-se significativamente²⁵⁷, bem como o papel do agente de execução ao nível das suas funções. As mudanças foram muitas, o tempo de adaptação é curto e certos problemas tardam em ser resolvidos. Esperemos que para o bem da justiça, e em particular, no processo executivo, não se deixe de conferir desenvolvimento aos processos por causa de “meros” erros informáticos, ou morosa regulamentação legislativa. Pretende-se simplificar e agilizar o processo executivo, daí se terem eliminado formalidades consideradas desnecessárias²⁵⁸.

Em suma, a acção executiva assume o papel de uma boa via de cobrança da dívida em que o agente de execução diligencia no sentido de descortinar todos e quaisquer bens ou prestações que possam estar na posse do executado, efectuando a penhora e posterior venda (se for o caso de bem móvel ou imóvel) para proceder à satisfação do crédito devido ao exequente, demais despesas e encargos. (*vide* figura 4 em “anexos”)

²⁵⁴ <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=3094>, acedido em 19/12/2010.

²⁵⁵ A título exemplificativo: GOMES, Manuel Tomé Soares, Da fase introdutória do processo executivo civil: (segundo as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro), Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos, n.º 12, (2.º semestre 2009), p. 147.

²⁵⁶ PINTO, Rui, Notas sobre controle liminar e citação na execução para pagamento de quantia certa após o Decreto-Lei n.º 226/2008, de Novembro, Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos, n.º 12, (2.º semestre 2009), p. 149.

²⁵⁷ Artigos 138.º-A e 801.º CPC: conduzem-nos à desmaterialização do processo (sendo este exclusivamente trabalhado por via informática).

²⁵⁸ GOMES, Manuel Tomé Soares, *op. cit.*, nota 265, pp. 119-120.



2.2.4. A ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA NA ACÇÃO EXECUTIVA (ENDIVIDAMENTO)

O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, entre diversas alterações que promoveu na acção executiva autoriza a criação de centros de arbitragem voluntária com competência para a resolução de litígios resultantes do processo de execução e para a realização das diligências de execução previstas na lei (Capítulo VII – artigo 11.º n.º 2 e artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 226/2008)²⁵⁹.

É importante notar que de acordo com o artigo 18.º “os centros de arbitragem criados ao abrigo do artigo 11.º asseguram uma ligação efectiva a sistemas de apoio a situações de sobreendividamento reconhecidos nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”²⁶⁰, prevendo-se deste modo contribuir para reduzir algumas situações de sobreendividamento com que alguns agentes no nosso país se deparam.

Nos termos da portaria n.º 312/2009 de 30 de Março “a concretização das medidas de apoio ao sobreendividamento exige que se estabeleça a ligação entre os sistemas de apoio a situações de sobreendividamento, a lista pública de execuções e os centros de arbitragem de acção executiva. Esta ligação destina-se a garantir, por um lado, a suspensão dos registos constantes da lista pública de execuções referentes a executados sobreendividados, durante o prazo para elaboração e o cumprimento do plano de pagamento de dívida elaborado com o auxílio das entidades credenciadas, bem como a inclusão desses mesmos registos quando não tenha sido possível obter um acordo ou quando o mesmo não esteja a ser cumprido. Por outro, a garantir a suspensão dos processos de execução submetidos aos centros de arbitragem e referentes a executados sobreendividados, durante o cumprimento do plano de pagamento de dívida (...), bem como a continuação desse mesmo processo quando não esteja a ser cumprido o plano de pagamento de dívida elaborado com o auxílio das entidades credenciadas”.

²⁵⁹ <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/padt/criacao-de-centros-de/>, acedido em 19/12/2010. *Vide*: artigo 9.º da Lei n.º 18/2008 de 21 de Abril.

²⁶⁰ À semelhança com o que aconteceu com o Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações – ARBITRARE; o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e os Centros de Arbitragem no Sector Automóvel (CIMASA e CASA) que foram criados por iniciativa do Ministério da Justiça e apoiados pelo GRAL.



Prevê-se assim com estas medidas, uma maior transparência relativamente ao endividamento, bem como um sistema de apoio mais forte e efectivo.

Contudo, estes centros de arbitragem institucionalizada terão que ser objecto de algum controlo, pelo que importa saber: como será esse controlo exercido? A actividade dos centros de arbitragem é fiscalizada por uma comissão criada para o efeito, presidida por um juiz conselheiro, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça (artigo 17.º). Importa que esta comissão seja independente e representativa de todos os agentes envolvidos no centro (juízes, agentes de execução, advogados, exequente e executado). Impõe-se a necessidade de uma reflexão sobre a pertinência da arbitragem executiva no sistema de justiça português.

Vivemos num período em que a sociedade se assume como uma sociedade “impulsivamente consumista”, em que as necessidades superam o rendimento disponível actual das famílias, tendo as mesmas que recorrer a alternativas para satisfazerem as suas necessidades actuais e essas alternativas concretizam-se no recurso ao crédito ao consumo. Qual o problema de elas recorrem a este crédito? Nenhum. Só passa para a “fronteira do problema” quando elas deixam de poder cumprir com as suas responsabilidades de pagamento do crédito entrando assim em incumprimento²⁶¹. Actualmente, o endividamento das famílias portuguesas é dos mais elevados da Europa²⁶².

Quando as famílias ficam endividadas há várias alternativas de resolução do problema: aqui demos destaque à negociação, à acção executiva e a AIAE.

A negociação é uma tentativa de resolução do problema que nunca deverá ser descurada, pelo contrário deverá ser dada primazia a esta forma alternativa de resolução do litígio, pondo as partes frente a frente para tentar chegar a uma solução de mútuo consenso, quer estas tenham constituído ou não mandatário para as representar.

Para além da negociação, quando tem sucesso, ser uma forma eficaz de resolver o problema, assume-se também como um meio mais célere e económico relativamente à acção executiva.

A acção executiva é uma via que deveremos também tomar em especial consideração, principalmente se não se logrou sucesso no processo de negociação. Para

²⁶¹ No que respeita ao incumprimento do contrato pelo consumidor *vide*: MORAIS, Fernando de Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 188-209.

²⁶² http://tsf.sapo.pt/PaginaInicial/Economia/Interior.aspx?content_id=1237482, acedido em 18/12/2010.



interpor uma acção executiva é necessário ter um título executivo que sirva de base à execução, podendo o contrato de crédito ao consumo assumir-se como tal²⁶³.

Foram introduzidas importantes alterações à acção executiva mediante o Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro. Este “aprova medidas para melhorar a acção executiva, o que favorece o funcionamento da economia. As novidades introduzidas em matéria de cobrança de dívidas/acção executiva visam três objectivos: tornar as acções executivas/execuções mais simples, com eliminação de formalidades desnecessárias; promover a sua celeridade e eficácia; e evitar acções judiciais desnecessárias, assim contribuindo para a redução dos prazos de pagamento e o cumprimento pontual dos contratos”²⁶⁴.

É precisamente na tentativa de promoção da celeridade e eficácia das execuções que se introduz “a possibilidade de utilização da AIAE, prevendo-se que centros de arbitragem possam assegurar o julgamento de conflitos, bem como realizar actos materiais de execução. Trata-se de utilizar os mecanismos de RAL para ajudar a descongestionar os tribunais judiciais e imprimir celeridade às execuções, sem prejuízo de serem asseguradas todas as garantias de defesa e a necessidade de acordo das partes para a utilização desta via arbitral”²⁶⁵.

Neste âmbito são também tomadas medidas de apoio ao sobreendividamento²⁶⁶. “Os sistemas de apoio ao sobreendividamento constituem um conjunto de mecanismos colocados à disposição de pessoas sobreendividadas por entidades habilitadas a prestar esses serviços e que têm como objectivo aconselhar, informar e acompanhar qualquer pessoa em situação de sobreendividamento na elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos conciliatórios ou de mediação” (preâmbulo da Portaria n.º 312/2009 de 30 de Março). A AIAE deverá também prever este apoio, afirmando-se como uma mais-valia para quem a ela recorre.

²⁶³ Relativamente aos contratos de crédito como títulos executivos: MORAIS, Fernando de Gravato, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 212-226.

²⁶⁴ <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/padt/criacao-de-centros-de/>, acedido em 19/12/2010.

²⁶⁵ <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/padt/criacao-de-centros-de/>, acedido em 19/12/2010.

²⁶⁶ No que concerne ao sobreendividamento *vide*:

http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf, acedido em 18/12/2010; e http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf, acedido em 18/12/2010.



No ponto de vista de Mariana França Gouveia “a lei, ao reduzir a complexidade, cria injustiça, porque aplica a casos diferentes regras iguais. Nesta perspectiva, os meios de RAL têm um papel importante a desempenhar pela possibilidade que em si encerram de aplicar uma solução de equidade, isto é, uma solução tendo em conta, como elemento primordial de solução, as características específicas do caso concreto”²⁶⁷.

A grande vantagem que se aponta à AIAE é que esta faculta o recurso a um centro de arbitragem que permite obter a resolução de um litígio resultante de um processo de execução de forma mais célere, a custos mais reduzidos, sem prejuízo de serem asseguradas todas as garantias de defesa²⁶⁸. Estes centros contrapõem com o sistema judicial tradicional na sua forma de funcionamento pois afirmam-se como uma justiça com maior informalidade, maior oralidade e mais próxima do cidadão.

Numa sociedade formatada em que muitas vezes somos “obrigados a pensar igual”, em que as pessoas se caracterizam cada vez mais pela sua individualidade em detrimento de um espírito de solidariedade perante os outros é essencial “pensar criticamente”. As famílias, os consumidores, deverão ter a sua própria análise consciente da decisão que querem tomar de modo a satisfazer as suas necessidades sem comprometer o seu futuro. Por último, cumpre referir que a dívida terá que ser encarada como um meio e não como um fim...

²⁶⁷ GOUVEIA, Mariana França, *op. cit.*, nota 202, p. 23.

²⁶⁸ <http://www.citius.mj.pt/portaldnn/LinkClick.aspx?fileticket=HgII87YB138%3D&tabid=59>, acedido em 15/12/2010.



2.3. ANÁLISE ESTATÍSTICA DO PROCESSO EXECUTIVO

Neste capítulo interessa observar a evolução estatística do processo executivo ao longo dos últimos anos. Desde 1991, em que os processos entrados se situavam perto dos 100.000 até ao ano de 2005, onde se registou o maior número de processos entrados da história (perto dos 350.000) verificou-se um aumento inequívoco dos mesmos. Nos últimos anos (desde 2006) os processos entrados têm vindo a acentuar um decréscimo, situando-se ligeiramente acima dos 250.000 no ano de 2007 (*vide* gráfico 1). No que concerne aos processos findos podemos constatar um acompanhamento da linha dos processos entrados. Em concreto, em 1991, os processos findos rondavam perto dos 100.000, situando-se esse valor em 2007 na ordem 270.000 (*vide* gráfico 2). Daqui resulta, que os processos pendentes se situavam na ordem dos 23,2% em 1991 (na ordem dos 100.000), e esse valor decresceu para 0,2% em 2007 (aproximadamente 1.000.000) (*vide* gráfico 3). Uma última nota para afirmar que a taxa de resolução processual em 2008 foi inferior a 100% (99,3%) (*vide* gráfico 5)²⁶⁹.

Nestes termos é preciso atentar que “os dados de 2008 revestem natureza provisória. Em 2007 contabilizaram-se 307.953 execuções entradas e 306.047 execuções findas. Porém, destes totais, apenas 273.180 e 271.274 processos entrados e findos, respectivamente, corresponderam a movimentos reais de início e termo dos processos. Os restantes 34.773 não correspondem a novos processos entrados nos tribunais ou processos que tenham terminado. Estes números de processos entrados e findos referem-se a processos que transitaram internamente entre unidades orgânicas/tribunais em consequência da extinção e criação de diversos tribunais, juízos ou secções de processos a 1 de Setembro de 2007 (Decreto-Lei n.º 250/2007, de 29 de Junho), os quais não foram considerados para cálculo das variações anuais de entrados e findos. Não se trata, pois, de processos que entraram de novo nos tribunais portugueses. Trata-se de processos que findaram na unidade orgânica/tribunal de onde saíram e que

²⁶⁹ A taxa de resolução processual corresponde ao rácio do volume total de processos findos sobre o volume total de processos entrados. Sendo igual a 100%, o volume de processos entrados foi igual ao dos findos, logo, a variação da pendência é nula. Sendo superior a 100%, ocorreu uma recuperação da pendência. Quanto mais elevado for este indicador, maior será a recuperação da pendência efectuada nesse ano. Se inferior a 100%, o volume de entrados foi superior ao dos findos, logo, gerou-se pendência para o ano seguinte.



entraram nas unidades orgânicas/tribunais para onde foram transferidos. Os gráficos apresentados não incluem estes processos transitados”²⁷⁰.

Por último, acarreta analisar a caracterização dos intervenientes em acções executivas cíveis findas nos tribunais judiciais de 1ª instância (exequentes e executados). Pretende-se caracterizar os intervenientes em acções executivas cíveis findas nos tribunais judiciais de 1ª instância entre os anos de 1996 e 2004. Deste modo será elaborado um retrato dos exequentes e executados intervenientes no processo, no que diz respeito ao tipo de pessoa e actividade económica. Podemos constatar que os tipos de pessoa dos sujeitos intervenientes nos processos são totalmente distintos quando se consideram os exequentes ou os executados do processo. Deste modo, ao longo dos anos, verificamos que os exequentes são na sua grande maioria *pessoas colectivas* (em média cerca de 90%), enquanto que os executados são maioritariamente *pessoas singulares* (em média cerca de 75%). Em termos evolutivos verifica-se que a proporção de executados singulares aumentou entre 1996 e 2002 de 69,5% para 80,1%, sofrendo um ligeiro decréscimo nos dois anos seguintes (*vide* gráfico 6). No que diz respeito à actividade económica dos exequentes e executados as diferenças são também substanciais. Desta forma, conclui-se que a actividade predominante dos exequentes é a *Administração Pública, defesa e segurança social obrigatória* (peso médio anual de 39,5%), seguindo-se o *Comércio por grosso e a retalho* e as *Actividades Financeiras* (com pesos médios anuais de 26,8% e 21,7% respectivamente). Por outro lado, a actividade dominante dos executados é claramente o *Comércio por grosso e a retalho*, cujo peso no total das actividades oscilou entre 62,9% e 68,1% de 1996 a 2004. O peso das restantes actividades é diminuto, sendo que as *Indústrias Transformadoras* representaram, em média, anualmente, 8,7% do total e as *Actividades Financeiras* cerca de 6,4%, apesar da importância desta actividade ter decrescido significativamente nos últimos anos, para 1,8% em 2004 (*vide* gráfico 7).

Do exposto *supra* resulta que os processos pendentes na acção executiva continuam a situar-se num valor indesejável. Aproveitamos para realçar a oportunidade e pertinência da solução: AIAE. Porventura, uma opção viável e virtuosa para contribuir para uma melhoria na acção executiva e na economia portuguesa.

²⁷⁰Fonte:http://cpee.reactivelab.com/media/uploads/pages/Documento_estatstico_AcoExecutiva.pdf,
acedido em 15/12/2010.



2.4. O PAPEL DO AGENTE DE EXECUÇÃO

No âmbito do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, “a partir de 15 de Setembro 2003 foi confiada aos solicitadores uma nova especialidade, designada «solicitador de execução» – actualmente designado por agente de execução (sendo também esta profissão alargada aos advogados mediante o Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro)”. A figura do agente de execução foi introduzida com a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 36/2003 de 8 de Março. Desde então tem conhecido uma evolução significativa quer em termos de importância para o sistema de justiça quer em termos de credibilidade, reconhecida pelo acréscimo de competências introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro. Nos termos daquele foi dada uma maior importância ao papel do agente de execução, sendo-lhe permitido aceder directamente a dados de identificação dos executados e dos seus bens, efectuar directamente penhoras electrónicas ou extinguir a execução quando não se encontram bens. Nos termos do artigo 808.º do CPC, “efectua todas as diligências do processo executivo junto do executado, de organismos oficiais ou de terceiros, nomeadamente actos de penhora, venda, pagamento ou outros de natureza executiva e, ainda, citações, notificações e publicações”.

Este é um profissional, sujeito a formação própria, bem como a um estatuto deontológico e disciplinar específico, a quem são atribuídos poderes públicos no âmbito da acção executiva, assegurando as funções de agente de execução nos processos executivos²⁷¹. O agente de execução não actua como mandatário das partes e está sujeito a um tarifário próprio pelos seus honorários²⁷². Na sua actividade, este norteia-se (principalmente) pelos princípios da adequação e a proporcionalidade. Nos termos do do artigo 821.º, n.º 3 do Código do Processo Civil, “a penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução (...)”.

Neste momento, cumpre-nos descortinar qual a competência deste no processo de execução arbitral. Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 14.º Capítulo VII do

²⁷¹ Recentemente foi aprovado um novo regulamento (Regulamento n.º 275/2011, de 4 de Maio) no que respeita ao funcionamento do estágio de agentes de execução e também relativamente às estruturas e meios informáticos do escritório do agente de execução (Regulamento n.º 292/2011, de 11 de Maio).

²⁷² Artigo 11º da Portaria n.º 331º-B/2009 de 30 de Março.



Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro “nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do agente de execução podem ser da competência do próprio centro de arbitragem ou de agentes de execução”. Neste sentido podemos tirar duas ilações: o agente de execução poderá à semelhança de um processo executivo judicial efectuar as diligências executivas necessárias, com intervenção reduzida por parte do árbitro, e em segundo lugar, poderá ser da competência do próprio centro de arbitragem a realização destas diligências. Pode-se aqui colocar um problema: quem é que faz parte do centro de arbitragem? Em princípio serão os árbitros e os próprios funcionários do centro de arbitragem. Ora, não acreditando que os árbitros desempenhem um duplo papel ou assumam uma dupla função de julgar e efectuar as diligências/procedimentos típicos do processo executivo até porque não está previsto na sua competência, são confiadas diligências de natureza executiva a funcionários do centro de arbitragem? Resultante da complexidade do processo executivo será admissível confiar a estes, sem formação adequada para o efeito ao contrário dos agentes de execução, esta competência? Ainda que os funcionários do centro de arbitragem sejam empregados forenses, estes não poderão assumir as mesmas competências que um agente de execução assume, não só por uma questão de competência técnica mas também para não descredibilizar o processo de execução arbitral²⁷³. Esta situação é também problemática ao nível do regime disciplinar pois o agente de execução tem condições de actuação específicas e “infracções” daí resultantes se incumprir com os seus deveres, o mesmo não se passará com os funcionários do centro de arbitragem. Julgo que esta opção por parte do legislador, de atribuição de competência executiva para a prática de determinados actos, que não advogados, solicitadores e oficiais de justiça (com limitações) além de inadequada é (se concretizável) manifestamente infeliz.

Partindo do princípio que deverá ser o agente de execução a assumir os processos de execução arbitral, com o devido controlo por parte do árbitro, existe outro normativo legal que merece a nossa atenção: o artigo 16.º Capítulo VII do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro. Este dispõe no seu n.º 1 que “a autorização para entrada forçada no domicílio de pessoas singulares e na sede das pessoas colectivas é requerida ao juiz de turno de um dos tribunais de comarca da circunscrição judicial do domicílio do executado”. Daqui decorre que o tribunal arbitral não será competente para

²⁷³ Neste sentido: MOURA, Sónia, *op. cit.*, nota 94, p. 204.



decretar a entrada forçada no domicílio. De acordo com o disposto no artigo 34.º, n.º 2 da CRP “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei”. Neste sentido parece não haver nenhum impedimento a que esta situação seja decretada por um tribunal arbitral, importa então reflectir.

Se queremos institucionalizar a arbitragem na acção executiva e partimos do pressuposto que um tribunal arbitral é um verdadeiro tribunal porque é que um acto que envolve o exercício do *ius imperii*²⁷⁴ é da competência do tribunal de comarca da circunscrição judicial do domicílio do executado? Afirma-se à luz do disposto no n.º 2 do artigo 209.º da CRP que os tribunais arbitrais são tribunais não estaduais, compostos por juízes não profissionais. Entende-se que somente os tribunais estaduais poderão exercer poderes de autoridade e não sujeitos de direito privado²⁷⁵. Contrariamente, se entendermos os tribunais arbitrais como sujeitos de direito “semi-privados” poderão estar abertas as portas ao exercício do *ius imperii*. Então porque razão se deverá entender que aqueles não são sujeitos de direito “totalmente privados”? Neste sentido importa atentar três factores relevantes. Em primeiro lugar, segundo o critério do interesse porque razão havemos de considerar que as normas da arbitragem não protegem interesses públicos, como a existência, conservação e desenvolvimento da sociedade?²⁷⁶ O objectivo da arbitragem executiva será a recuperação dos montantes em dívida em favor do exequente e demais credores (à semelhança do judicial). Directamente beneficia-se a esfera jurídica dos intervenientes no processo, e indirectamente, não estaremos a contribuir para o potenciar do bem-estar social e desenvolvimento da sociedade, através da subsistência dos sujeitos que haviam sido lesados e do investimento que poderá ser efectuado com os montantes recuperados? Entendemos ser credível dar uma resposta positiva. Em segundo lugar, a extensão do

²⁷⁴ Neste sentido sobre o exercício do *ius imperii* vide: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 0522209, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4eebadaadfc9ab898025700b00510ed4?OpenDocument>, acedido em 15-12-2010 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 3041/2006-2, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5970b20e193e67ac802571b5004199b5?OpenDocument&Highlight=0,arbitral,cautelar>, acedido em 15-12-2010.

²⁷⁵ Neste sentido, de considerar os tribunais arbitrais como sujeitos privados, vide: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 0326177, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e0849cd0423e028480256e6a004be459?OpenDocument>, acedido em 15-12-2010.

²⁷⁶ Vide: <https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=5375>, acedido em 15/12/2010.



âmbito da arbitragem a ramos do direito público, como ao direito administrativo (CAAD) e possivelmente num futuro próximo também ao direito fiscal²⁷⁷. Então porque não se haveria de admitir a sua competência no âmbito do direito processual (que é onde se insere o processo o executivo)? Por último, seria aconselhável a criação de um organismo imparcial e isento para proceder ao controle e fiscalização da actividade do centro de arbitragem. Neste sentido vai a solução prevista no artigo 17.º Capítulo VII do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro. Estabelece-se que a actividade dos centros de arbitragem é fiscalizada por uma comissão criada para o efeito, presidida por um juiz conselheiro, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. Colocam-nos dúvidas o facto de esta comissão ser presidida por um juiz conselheiro. O Ministério da Justiça deverá ter aqui alguma representação de modo a defender os interesses do Estado. Por conseguinte, não deveria ser alguém responsável deste departamento a assumir a presidência da comissão de forma a garantir o maior rigor e isenção?²⁷⁸ Falta saber em que moldes e condições irá actuar esta comissão, esperemos que seja constituída de forma coerente e que exerça efectivamente a actividade que lhe é incumbida.

O legislador entendeu que um tribunal arbitral não poderá exercer actos relacionados com o exercício do *ius imperii* e “transferiu” essa competência para o tribunal da comarca²⁷⁹. Contudo a entrada forçada no domicílio do executado²⁸⁰ é o único acto na acção executiva que envolve o exercício de poder de autoridade? Não existe outro acto na acção executiva que pressuponha o exercício deste poder, como o acto de venda dos bens penhorados? Neste ponto podem resultar duas interpretações: primeiro, assume-se que os tribunais arbitrais dispõem de poder de autoridade e tem capacidade para tramitar um processo executivo (não necessitando de efectuar o pedido de entrada forçada no domicílio do executado ao tribunal judicial – alterando-se a redacção do artigo que prevê este pedido) ou então reconhecemos que a AIAE está desprovida do poder de exercício do *ius imperii*, sendo a entrada forçada no domicílio do executado o único acto em se exerce este poder de autoridade estando assim assegurada a viabilidade da AIAE no que respeita ao exercício do *ius imperii*.

²⁷⁷ Vide: <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=2632>, acedido em 15/12/2010 e <http://www.inverbis.net/actualidade/arbitragem-contencioso-fiscal.html>, acedido em 15/12/2010.

²⁷⁸ FERREIRA, Fernando Amâncio, *op. cit.*, nota 228, p. 148.

²⁷⁹ Se assim se entender não se augura grande sucesso a uma solução legislativa que atribui poderes limitados no exercício das funções do tribunal arbitral, pecando este pela sua falta de independência.

²⁸⁰ Vide: artigo 840.º do CPC.



Uma última questão que se coloca prende-se com o disposto no artigo 16.º, n.º 2 do Capítulo VII do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro, em que a decisão do tribunal judicial relativa ao pedido de entrada forçado no domicílio deverá ser proferida no prazo máximo de um dia útil. Esta situação é no mínimo utópica pois certamente os juízes não passarão os dias a avaliar pedidos desta natureza pois terão mais situações para resolver, exigia-se um pouco de bom senso no limite temporal concedido ao juiz devendo este prazo ser seriamente repensado.

O agente de execução deverá assumir um papel preponderante nos centros de AIAE. Este é a “figura central” da execução pelos poderes e funções que assume. Assim não seria discipiendo considerar a constituição de listas de agentes de execução no funcionamento dos centros. Cada centro deveria integrar uma lista dos agentes de execução disponíveis de forma a estruturar a sua organização. Em consequência, estar-se-ia a aferir celeridade e eficácia à arbitragem executiva ao efectuar uma repartição equitativa dos processos²⁸¹. Deste modo, o agente de execução contribuirá para uma arbitragem executiva de qualidade ao serviço dos cidadãos. Esta deverá ter sempre em conta os princípios que norteiam o processo arbitral devidamente adequados à natureza da acção executiva.

²⁸¹ Não correríamos o risco de observar um agente de execução com 200 processos e outro agente de execução com 20. Facto este que pode prejudicar a celeridade da acção executiva. Uma distribuição mais equitativa seria um passo importante no sentido de reduzir a actual pendência processual existente.



3. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

3.1. A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE TERCEIROS

O processo arbitral tem por base a convenção de arbitragem que define as condições sob as quais se vai desenvolver o processo e quais as partes envolvidas. Ora, antes de partirmos para o conceito de terceiros importa antemão descortinar o que entendemos pelo conceito de instância e de parte. A intervenção de terceiros é considerada um incidente da instância. Adelino Barbosa de Almeida considera que esta surge-nos “como um ser que se move, desde um ponto de início, vai progredindo, juntando acto após acto, até chegar a um que lhe põe termo”²⁸². Destarte o que significa ser parte de um processo? Este autor cita Chiovenda, afirmando que, parte é aquele que propõe a acção em seu próprio nome (ou a solicitação sua) e aquele em relação ao qual é proposta; e os que, por disposição imperativa ou facultativa da lei, nela intervêm para defenderem um interesse legítimo conexo com o interesse em causa. Se esta pode ser considerada a noção de parte, o que deveremos entender por terceiros? Consideramos que tendo a noção de parte poderemos chegar, por exclusão, ao conceito de terceiros. Portanto tem a posição de terceiros quem não é parte.

Como afirma Carnelutti “assim como no mundo físico, quando alguém dispara uma arma contra uma pessoa, o tiro, além do efeito directo – a morte da pessoa alvejada – pode produzir efeitos reflexos sobre uma série, mais ou menos ampla, de outras pessoas, fazendo sucumbir, por exemplo, de dor ou fome, seres que estavam intimamente ligados à vítima, também no mundo do direito a constituição, modificação ou a extinção duma relação jurídica faz sentir a sua influência sobre as relações jurídicas conexas, dependentes ou subordinadas”²⁸³.

²⁸² ALMEIDA, Adelino Barbosa de, Sobre o Incidente da Intervenção de Terceiros na Instância, Dissertação para a licenciatura em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1948, n.º 7 D, pp. 25-27.

²⁸³ ALMEIDA, Adelino Barbosa de, *ibidem*, *op. cit.*, pp. 30-31.



3.2. MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

O incidente de intervenção de terceiros é permitido por lei com a finalidade evitar “desperdício ou desaproveitamento processual”; assim sendo não é necessário intentar uma nova acção podendo os terceiros discutir o seu direito na causa interposta, com maior celeridade e menos despesas. Deste modo, visa-se atingir os objectivos de economia processual e justiça. Adelino Barbosa de Almeida afirma que é mais económico e mais justo que se admitam terceiros a vir à instância debater os seus interesses jurídicos, que posteriormente poderiam não conseguir tutelar.

Em regra, quando falamos de formas ou modalidades de intervenção estão em causa a intervenção voluntária e intervenção forçada, necessária ou provocada.

A intervenção é voluntária quando terceiros intervêm na acção por sua livre vontade, procurando defender os seus interesses. Por outro lado, a intervenção designa-se forçada ou provocada quando o terceiro é obrigado pelo juiz ou partes do processo a intervirem na instância.

Podemos ainda distinguir entre a intervenção principal, designadamente a intervenção espontânea e a intervenção provocada e intervenção acessória, nomeadamente a intervenção provocada e intervenção acessória do Ministério Público.

No âmbito da intervenção principal afirmamos que estamos perante uma intervenção espontânea quando nos termos do artigo 320.º do CPC “estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode nela intervir como parte principal: aquele que, em relação ao objecto da causa, tiver um interesse igual ao do autor ou do réu, nos termos dos artigos 27.º e 28.º; e aquele que, nos termos do artigo 30.º, pudesse coligar-se com o autor, sem prejuízo do disposto no artigo 31.º”. Por outro lado há lugar a uma intervenção provocada quando nos termos do artigo 325.º do CPC “qualquer das partes pode chamar a juízo o interessado com direito a intervir na causa, seja como seu associado, seja como associado da parte contrária; nos casos previstos no artigo 31.º-B, pode ainda o autor chamar a intervir como réu o terceiro contra quem pretenda dirigir o pedido; e o autor do chamamento alega a causa do chamamento e justifica o interesse que, através dele, pretende acautelar”.

No campo da intervenção acessória designa-se intervenção provocada de acordo com o disposto no artigo 330.º do CPC quando o réu que tenha acção de regresso contra



terceiro para ser indenizado do prejuízo que lhe cause a perda da demanda pode chamá-lo a intervir como auxiliar na defesa, sempre que o terceiro careça de legitimidade para intervir como parte principal; e a intervenção do chamado circunscreve-se à discussão das questões que tenham repercussão na acção de regresso invocada como fundamento do chamamento. Por último, há lugar a intervenção acessória do Ministério Público de acordo com o artigo 334.º do CPC sempre que, nos termos da respectiva Lei Orgânica, o Ministério Público deva intervir acessoriamente na causa, ser-lhe-á oficiosamente notificada a pendência da acção, logo que a instância se considere iniciada.



4. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO ARBITRAL

No processo arbitral, em regra, a intervenção de terceiros funciona como “excepção”, ou seja, só existe em situações muito ocasionais de modo a aferir maior celeridade ao processo. Neste sentido importa atentar a problemática com que se depara a intervenção de terceiros. Quem são esses terceiros? Como poderão intervir? E caso se recusem a intervir qual o “destino” do processo de execução arbitral²⁸⁴?

Existe o entendimento generalizado que “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função. A natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais, a natureza jurisdicional configura o conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato. Esta natureza significa que a competência do tribunal arbitral, a sua jurisdição, está limitada pela convenção de arbitragem. Porque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem poderes se houver contrato. Esta afirmação tanto vale para o âmbito objectivo da convenção de arbitragem, como para o seu âmbito subjectivo. Isto é, o tribunal arbitral tanto tem falta de poderes sobre matérias não incluídas na convenção arbitral, como falta de poderes em relação a pessoas não subscritoras da convenção de arbitragem”²⁸⁵. Consequentemente, há que ter em especial consideração a regulação da participação de terceiros no processo arbitral.

Manuel Pereira Barrocas apelida esta arbitragem (onde há a intervenção de terceiros) por arbitragem multipartes²⁸⁶. Esta consiste “quando às partes iniciais do processo arbitral é adicionada, supervenientemente, uma ou mais de uma terceira parte, quer por ter sido requerida por uma das partes iniciais do processo a participar nela como parte autónoma, quer por ser o próprio terceiro a requerer que seja admitido a

²⁸⁴ Paula Costa e Silva entende existirem dois problemas principais: o primeiro concerne ao facto dos poderes do tribunal arbitral para imporem a sujeitos não directamente vinculados pela convenção de arbitragem a sua cooperação com o com aquele, e em segundo lugar salienta a problemática da vinculação a deveres de confidencialidade por parte dos terceiros que intervêm. SILVA, Paula Costa, *op. cit.*, nota 2, pp. 118-120.

²⁸⁵ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010. No mesmo sentido da natureza contratual da convenção de arbitragem *vide*: BORGES, Carla Gonçalves, Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem, Revista da Faculdade de Direito da UNL (Themis), Ano VII – Nº. 13 – 2006, pp. 110-111.

²⁸⁶ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, pp. 182-212. Quanto à arbitragem multipartes: “CATARINA, Frederic Munné, nota 45, pp. 36-38”; “ANDREWS, Neil, *op. cit.*, nota 25, pp. 291-292” e “SANDERS, Pieter, *op. cit.*, nota 20, pp. 82-87”.



participar num processo arbitral já pendente”²⁸⁷. Para que a arbitragem seja multipartes o terceiro deverá expressar a sua vontade em aderir à mesma, não podendo o processo arbitral ser-lhe imposto, segundo a doutrina jusprocessualista tradicional. Este autor afirma que a situação torna-se ainda mais complexa quando o terceiro não subscreveu a convenção de arbitragem e recusa-se a intervir no processo. Salienta ainda a distinção que se deverá efectuar relativamente à intervenção de terceiros no processo arbitral e no processo judicial. Na sua opinião os conceitos e o regime jurídico de litisconsórcio e de coligação definidos no CPC só ao processo civil pertencem, nada tendo a ver com a arbitragem. A intervenção de terceiros no processo arbitral é, fundamentalmente, regulada pela convenção de arbitragem e pelo princípio que lhe é inerente do consentimento das partes, expresso, tácito ou implícito, para a submissão do seu litígio a arbitragem.

Existem diversos cenários possíveis quando se coloca em causa a intervenção de terceiros no processo arbitral. Carla Gonçalves Borges enumera alguns cenários prováveis (*vide* figura 13 em “anexos”). Dentro daqueles, aponta como mais corrente: a tentativa das partes que submeteram a convenção de arbitragem em obrigar um terceiro a intervir no processo arbitral²⁸⁸.

A actual LAV é omissa no que concerne a esta matéria, sendo certo que a intervenção de terceiros é vista de forma excepcional. No projecto-lei da LAV esta temática encontra-se regulada no artigo 36.º. Nos termos do n.º 1 é admitida a intervenção de terceiros se forem preenchidos cumulativamente todos os seguintes requisitos: “todas as partes no processo, o terceiro e o tribunal arbitral, se já estiver constituído, consintam na referida intervenção; o terceiro adira à convenção de arbitragem, se não já for parte desta; e o terceiro aceite a composição do tribunal arbitral, se este já estiver constituído ou, se não for esse o caso, aceite a designação do árbitro feita pela parte a qual o terceiro se deva associar”. Contudo o n.º 2 vem-nos dizer que o disposto no número anterior não impede as partes de acordarem de modo diferente sobre os termos e condições da intervenção de terceiros no processo arbitral, quer regulando directamente tal matéria na convenção de arbitragem quer remetendo para regulamentos de arbitragem ao abrigo dos quais a intervenção de terceiros seja admitida com dispensa de algumas das condições exigidas pelo número anterior. Deste

²⁸⁷ BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, nota 45, p. 182.

²⁸⁸ A arbitragem obrigatória trata-se de uma situação complexa, e que se adoptada, teria que resultar de uma imposição normativa. MAURO, Rubino-Sammartano, *op. cit.*, nota 27, pp. 46-48.



disposto resultam algumas considerações que importa ressaltar: julgamos que nem é admissível ter que haver consentimento de todas as partes constituintes do processo arbitral para legitimar a participação do terceiro [(nos termos do n.º 1, alínea a)] pois seria impensável negar a sua intervenção bem como não será admissível essa recusa de intervenção pelas partes através do seu n.º 2. Este n.º 2 abre réstias de esperança nesta matéria pois as partes poderão remeter para o regulamento de arbitragem competente. Se o centro de arbitragem se apresentar diligente e eficaz regulamentará certamente esta matéria de forma cautelosa no seu próprio regulamento sendo que jamais a deverá omitir.

Quais então os terceiros que poderão intervir no processo de execução arbitral? Sabemos que num processo executivo podem intervir desde assistentes (artigo 335.º do CPC), os sucessores no direito ou obrigação (n.º 1 do artigo 56.º do CPC), cônjuge do executado, credores do executado, entre outros. Neste sentido importa destacar o papel do cônjuge do executado e credores do executado que merecerão uma análise detalhada e individual relativamente ao âmbito da sua intervenção pois assumem uma importância primordial.

O artigo 13.º Capítulo VII do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro ocupa-se desta problemática da participação dos intervenientes *supra* referidos no processo de execução arbitral. Partimos do princípio que tanto o cônjuge do executado como o credor não subscreveram a convenção de arbitragem, então se não a subscreveram poderão estes participar no processo de execução arbitral?

Nos termos do disposto no artigo 13.º, n.º 1 “aplica-se à citação do executado, do cônjuge e dos credores no âmbito de execuções da competência de centros de arbitragem o disposto no artigo 864.º do CPC”. Prevê-se no n.º 4 do decreto-lei referido *supra* a presunção de que o cônjuge ou os credores reclamantes que pratiquem actos perante o centro de arbitragem no âmbito de um processo aceitam a competência do centro de arbitragem. Deste modo, o terceiro mesmo que não faça parte da convenção de arbitragem aceita tacitamente a competência do tribunal arbitral aquando da prática de actos perante este²⁸⁹. Fernando Amâncio Ferreira entende que o preceito legal estatuído no n.º 4 é manifestamente inconstitucional, por se excluir o acesso à jurisdição estadual, sem manifestação expressa de vontade através de texto escrito nesse sentido (não subscrição da convenção de arbitragem por parte do cônjuge do executado e

²⁸⁹ Assume-se como uma presunção ilidível – artigo 350.º, n.º 2 do CC.



credores), em violação do artigo 20.º, n.º 1 da CRP²⁹⁰. Contudo, e contrariamente a esta visão julgo que este problema não se deverá colocar porque é garantido o acesso aos tribunais apenas não o será em “primeiro plano” mas sim em segundo, se as partes entenderem recorrer da decisão. Entende-se também que quando existir a intervenção espontânea ou provocada de um terceiro poderá ser com este celebrada nova convenção a definir os termos em que será efectuada a sua participação, se é que esta já não esteja definida nos regulamentos do centro de arbitragem.

Pese embora a discussão constitucional o que se assume como principal problema da intervenção de terceiros? “Na acção executiva há, por natureza, intervenção de terceiros para que exerçam na acção executiva os seus direitos sobre os bens penhorados”²⁹¹. O problema não está no consentimento ou não dado pelas outras partes do processo arbitral até porque será admissível a intervenção de terceiros mesmo sem esse consentimento pois os terceiros têm legitimidade para exercer os seus direitos e não poderão ser privados dos mesmos. A verdadeira problemática está na situação em que os terceiros, citados nos termos gerais, se recusem a participar no processo arbitral, ou por considerarem que não são asseguradas as mesmas garantias que num processo judicial ou por qualquer outra razão que esteja na sua disponibilidade. Quais os efeitos que esta recusa produz no processo de execução arbitral? Poderá este continuar sem a participação dos terceiros que se recusaram a intervir?

O projecto da LAV prevê a intervenção de terceiros. Começa por se estabelecer no n.º 1 que só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respectiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa. Refere-se que mesmo após a constituição do tribunal admite-se a intervenção provocada ou espontânea de terceiros desde que este aceite a composição do tribunal arbitral (e que o tribunal arbitral o permita depois de ouvidas as partes e terceiro). Por último, destaque-se o n.º 7 do artigo *supra* que estabelece a possibilidade da convenção de arbitragem poder regular a intervenção de terceiros em arbitragens em curso de modo diferente do estabelecido nos números anteriores, quer directamente, com observância do princípio da igualdade de participação de todas as

²⁹⁰ FERREIRA, Fernando Amâncio, *op. cit.*, nota 228, p. 146.

²⁹¹ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.



partes na escolha dos árbitros, quer mediante remissão para um regulamento de arbitragem institucionalizada que admita essa intervenção.

Importa agora analisar separadamente o caso do cônjuge do executado e os credores com garantia real, que desempenham um papel fundamental enquanto terceiros na acção executiva.

4.1. O CÔNJUGE DO EXECUTADO

Existem diversas situações em que o cônjuge do executado poderá intervir na arbitragem executiva à semelhança do processo executivo. Importa então, *ab initio*, aferir as seguintes situações: a razão pela qual o cônjuge do executado é chamado a intervir; em que situações é que aquele intervém; e de que formas poderá efectuar a sua intervenção.

A intervenção do cônjuge pode ter por base a responsabilização por dívidas comuns. O artigo 1691.º, n.º 1 do CC enuncia as dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges: as dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro; as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar; as dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal²⁹² e nos limites dos seus poderes de administração; as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens; e as dívidas consideradas comunicáveis nos termos do artigo 1693.º, n.º 2 do CC. Neste âmbito surgem bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (artigo 1696.º do CC) e bens que respondem pelas dívidas de ambos os cônjuges (artigo 1695.º do CC)²⁹³. Assim, de acordo com o previsto no artigo 1695.º, n.º 1 do CC, pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges respondem os

²⁹² Nos termos do artigo 1691.º, n.º 3 do CC, o proveito comum do casal não se presume, com excepção dos casos em que a lei o declare.

²⁹³ Cabe-nos, neste sentido, observar o artigo 601.º do CC. Este prevê que pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.



bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges²⁹⁴.

No âmbito da acção executiva o cônjuge do executado pode então ser chamado a intervir²⁹⁵. Resta-nos saber quando e de que forma ocorrerá essa intervenção. Aquele poderá ser citado inicialmente no processo, ou *à posteriori*. A sua intervenção inicial ocorre quando o exequente tenha fundamentadamente alegado que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum, é citado para, em alternativa e no mesmo prazo, declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de, se nada disser, a dívida ser considerada comum, para os efeitos da execução e sem prejuízo da oposição que contra ela deduza (artigo 825.º, n.º 2 do CPC). Quando a execução, inicialmente, é somente instaurada contra um dos cônjuges podem também ser penhorados bens comuns do casal, por não se conhecerem bens suficientes próprios do executado, cita-se (nesta altura) o cônjuge do executado para, no prazo de que dispõe para a oposição, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência de acção em que a separação já tenha sido requerida (artigo 825.º, n.º 1 do CPC). Note-se que se a dívida for considerada comum, em primeiro lugar, deverão ser penhorados os bens comuns do casal podendo-se, posteriormente, penhorar os bens próprios do cônjuge não executado²⁹⁶.

Acrescente-se, que nos termos do artigo 864.º, n.º 3, alínea a) do CPC “o agente de execução cita o cônjuge do executado, quando a penhora tenha recaído sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não possa alienar livremente, ou sobre bens comuns do casal, para os efeitos constantes do artigo seguinte, e, sendo caso disso, para declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, nos termos do artigo 825.º do CPC”.

Poderíamos debruçar-nos profundamente sobre a penhora por dívidas dos cônjuges, nomeadamente, as especificidades da penhora por dívidas da exclusividade de um cônjuge ou da penhora por dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges²⁹⁷

²⁹⁴ Note-se que no regime da separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidária (artigo 1695.º, n.º 2 do CC).

²⁹⁵ Sobre o estatuto processual do cônjuge: “Costa, Salvador Da, O Concurso de Credores - Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias, 4.ª Edição Actualizada e Ampliada, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3980-0, pp. 227-229”.

²⁹⁶ Neste sentido importa tomar em conta a comunicabilidade da dívida e a possibilidade do pedido de separação de bens (artigo 825.º, n.ºs 4 a 7 e artigo 864.º-A, n.º 2 do CPC).

²⁹⁷ Acerca da problemática da intervenção do cônjuge na acção executiva não podemos deixar de referenciar: “PITA, Manuel António, Execução por dívidas dos cônjuges: Processo ordinário para



contudo estaríamos a afastar-nos do objecto do nosso estudo neste caso: as causas que determinam a (in)viabilidade da arbitragem executiva dentro dos contornos de intervenção do cônjuge do executado. Mariana França Gouveia afirma que o problema apenas se coloca se forem penhorados bens comuns²⁹⁸, sendo necessário proceder à separação do património conjugal. Assim, como em relação aos credores (os quais analisaremos adiante), não aceitando o cônjuge a competência do tribunal arbitral, não se poderá aplicar a consequência gravosa da manutenção da penhora sobre os bens comuns, prevista no artigo 825.º n.ºs 4 e 5 do CPC²⁹⁹, na medida em que tal implicaria obrigar ao exercício dos direitos por via arbitral, o que viola o direito de acesso à justiça consagrado na Constituição. Se, porém, se penhorarem apenas bens próprios do cônjuge executado³⁰⁰, este problema não se coloca, podendo prosseguir sem qualquer problema a acção executiva. Assim, no que diz respeito à intervenção do cônjuge, a sua não participação impede a prossecução da penhora sobre bens comuns, podendo continuar-se a arbitragem executiva penhorando-se bens próprios do cônjuge executado³⁰¹. Segundo se consegue depreender da sua perspectiva quando são penhorados bens comuns é necessário o "consentimento" do cônjuge do executado através da sua adesão ao processo arbitral, não podendo este continuar. Caso sejam penhorados bens próprios do cônjuge do executado o processo arbitral poderá continuar mesmo sem a adesão deste? No seu entender parece que sim. Então e o processo arbitral continua apenas com os bens penhorados ao executado? E se o executado não tiver bens sujeitos à penhora? Não estará o exequente a ser lesado e diminuído nas suas garantias relativamente ao processo judicial? Talvez seja a única forma de por em prática a AIAE sem imposição de qualquer obrigação de vinculação dos terceiros à jurisdição do tribunal arbitral. Segundo Mariana França Gouveia a intervenção do cônjuge do executado é necessária na medida em que, tratando-se de dívida incomunicável, é necessário proceder à partilha dos bens comuns penhorados. Se o bem for próprio não se colocam estes problemas.

pagamento de quantia certa: alguns aspectos, *Ab Vno Ad Omnes*: 75 anos da Coimbra Editora: 1920-1995 - pp. 811-844"; e "PINTO, Rui, A penhora por dívidas dos cônjuges: contributo para o seu estudo, Lisboa: Lex, 1993, pp. 13-109".

²⁹⁸ No que respeita às dívidas comuns *vide* os artigos 1961.º, 1693.º, n.º 2 e 1694.º, n.º 1 do CC.

²⁹⁹ Nos termos do n.º 4 "tendo o cônjuge recusado a comunicabilidade, mas não tendo requerido a separação de bens nem apresentado certidão de acção pendente, a execução prossegue sobre os bens comuns." De acordo com o n.º 5 "não tendo o exequente invocado a comunicabilidade da dívida, nos termos do n.º 2, pode qualquer dos cônjuges, no prazo da oposição, requerer a separação de bens ou juntar a certidão de acção pendente, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados".

³⁰⁰ Relativamente aos bens próprios *vide* os artigos 1692.º, 1693.º, n.º 1 e 1694.º, n.º 2 do CC.

³⁰¹ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.



Isto significa, claro, que se o cônjuge não for parte ou não quiser aderir à convenção de arbitragem, recusando participar no processo arbitral, não pode haver penhora de bens comuns. Se assim for, deve oferecer-se ao exequente a possibilidade de executar esses bens em tribunal judicial. Esta afigura-se como a (única) forma de conciliar os interesses em causa.

4.2. OS CREDORES PÚBLICOS

Analisemos agora a situação relativamente aos credores. À semelhança, do cônjuge do executado, cabe-nos, *ab initio*, aferir as seguintes situações: em que situações é que aqueles intervêm; e de que formas poderão efectuar a sua intervenção.

O concurso de credores consiste na “intervenção na acção executiva de um ou mais credores do executado, com vista à realização de determinados direitos de crédito, não constituindo incidente ou processo especial (...). É um procedimento de natureza declarativa enxertado na execução (...) e tem como fundamento último a circunscrição ao facto de o património do devedor constituir a garantia geral de todos os credores e de os bens serem transmitidos na acção executiva livres dos direitos de garantia que os onerarem”³⁰².

Nos termos do artigo 865.º, n.º 1 do CPC, “só o credor que goze de garantia real sobre os bens penhorados pode reclamar, pelo produto destes, o pagamento dos respectivos créditos”³⁰³. Ou seja, a lei limita aqui os credores que poderão intervir no processo, exigindo para que tal ocorra a titularidade de um direito real de garantia. Quando é que estes podem reclamar o seu crédito? Sendo citados podem no prazo de 15 dias a contar a partir da citação efectuar a reclamação tendo por base um título exequível (artigo 865.º, n.º 2 do CPC). Caso não tenham sido citados podem reclamar espontaneamente o seu crédito até à transmissão dos bens penhorados (artigo 865.º, n.º 2 do CPC)³⁰⁴. De notar, que nos termos do artigo 864.º, n.º 3, alínea b) do CPC “o

³⁰² Costa, Salvador Da, *op. cit.*, nota 302, pp. 211-212.

³⁰³ Acerca do direito do credor, a segurança que o seu registo confere e suas especificidades: “JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, A segurança jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial, Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. 83 (2007), pp. 406-421”. Ainda algumas considerações sobre o concurso de credores: “CAMPOS, Isabel, *op. cit.*, nota 248, pp.133-140”.

³⁰⁴ No âmbito dos direitos do credor em reclamar o seu crédito, observe-se ainda o artigo 869.º do CPC. Sendo que o n.º 1 prevê que o credor que não esteja munido de título exequível pode requerer, dentro do



agente de execução cita os credores que sejam titulares de direito real de garantia, registado ou conhecido, para reclamarem o pagamento dos seus créditos”. São ainda citados pelo agente de execução com vista ao exercício dos seus direitos a Fazenda Pública, Instituto da Segurança Social, I. P., e o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I. P., de acordo com o previsto no artigo 864.º, n.º 4 do CPC.

A reclamação de créditos por parte dos credores preferentes apresenta dois pressupostos essenciais: “a titularidade de um direito de crédito com garantia real³⁰⁵ ou preferência de pagamento sobre os bens penhorados (pressuposto material) (...) e a disponibilidade de um título executivo (pressuposto formal)”³⁰⁶. Estas são condições essenciais para o êxito da reclamação de créditos.

No que concerne aos credores públicos é de relevar que, nos termos do artigo 824.º, n.º 2 do CC, os direitos reais de garantia caducam com a venda executiva. Depreendemos que caso o credor não exerça este direito na acção executiva, perde-o definitivamente, ou seja, está compelido a agir. Mariana França Gouveia assevera que “esta consequência é tão forte que é aplicável até nas situações em que não haja citação desses credores, conforme estabelece o artigo 864.º n.º 11 do CPC (não aplicável à arbitragem executiva). Se se mantivesse a venda dos bens sobre os quais o credor tem direito real, estar-se-ia a expropriar um direito sem qualquer possibilidade de intervenção ou, melhor, estar-se-ia a obrigar o credor a intervir na arbitragem executiva. Já não seria uma arbitragem voluntária, mas necessária. Assim, a acção executiva não pode continuar com a penhora sobre aqueles bens, implicando o seu levantamento”³⁰⁷. Implica, por conseguinte, a “frustração” do processo arbitral caso o credor com garantia real se recuse a intervir no mesmo. A importância da citação dos credores com direito a participar no concurso de credores é reflectida na lei. A falta de citação dá a faculdade ao credor de arguir a respectiva nulidade processual, e pode implicar a anulação de todos os desenvolvimentos processuais posteriores ao momento da falta de citação (artigos 194.º e seguintes do CPC).

Uma forma de viabilidade que aqui se afigura é a imposição obrigatória da participação do credor no processo arbitral caso contrário não poderia exercer o seu

prazo facultado para a reclamação de créditos, que a graduação dos créditos, relativamente aos bens abrangidos pela sua garantia, aguarde a obtenção do título em falta.

³⁰⁵ São exemplos de direitos reais de garantia o arresto, a penhora, o penhor, a hipoteca, o direito de retenção e os privilégios creditórios especiais.

³⁰⁶ Costa, Salvador Da, *op. cit.*, nota 302, pp. 232-233.

³⁰⁷ http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, acedido em 15/12/2010.



direito. Por fim, a tramitação do incidente do concurso de credores deverá ser previsto de modo a não reforçar a morosidade típica do processo executivo (tradicional). O mesmo poderá ser tramitado por apenso à semelhança daquele contudo tendo em conta prazos reduzidos de apreciação, nomeadamente, por parte do árbitro³⁰⁸.

Face ao exposto importa tecer duas importantes considerações. Em primeiro lugar, não será admissível impor obrigatoriamente a intervenção dos terceiros se quiserem discutir os seus direitos? Estaremos efectivamente a violar o disposto no artigo 20.º da CRP³⁰⁹? Como já foi referido *supra* não seguimos este entendimento. Ao invés, julgamos que seria benéfico e legítimo que na AIAE fosse imposto pelo legislador a obrigatoriedade de participação dos terceiros na discussão daquela acção³¹⁰.

Contudo para esta situação ser possível deverão ser cumpridos dois requisitos: o primeiro consubstancia-se na existência de uma “jurisdição de retaguarda”, ou seja, a possibilidade de aquela decisão do árbitro ser susceptível de recurso ou pedido de anulação para se decidir em tribunal judicial; em segundo lugar, se queremos impor um “serviço” este deverá ser reconhecidamente assumido pelos seus elevados patamares de qualidade. Como é que se atingem padrões de qualidade de mérito neste “serviço” que se pretende implementar? Este reconhecido patamar de qualidade passa por três vertentes. Primeiro, assenta na fase inicial de criação do centro de arbitragem. A sua criação deverá ser proposta por entidades de referência na sociedade que deverão assumir os interesses de quem defendem com isenção, imparcialidade e diligência. Deverão também ser asseguradas infra-estruturas e meios para que se possa exercer a actividade de forma a reflectir a dignidade e seriedade do tribunal arbitral. A segunda questão prende-se com os membros constituintes do tribunal arbitral. Ou seja, quem serão os árbitros e funcionários do centro de arbitragem? Se queremos conferir credibilidade à AIAE estes deverão cumprir requisitos mínimos (Ex.: Licenciatura adequada ou experiência reconhecida) para as competências assumidas pelo centro de arbitragem. Por exemplo, o acto de penhora de bens imóveis deverá ser realizado por

³⁰⁸ Miguel Lucas Pires efectua uma análise exemplar acerca do concurso de credores. Anuncia o facto de determinadas execuções não necessitarem da citação dos credores, devido ao diminuto valor da execução ou à espécie de bens penhorados. *Vide*: PIRES, Miguel Lucas, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2004, ISBN 972-40-2070-3 pp. 161-221.

³⁰⁹ Nos termos do n.º 1 “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

³¹⁰ Também na mediação se discute se seria admissível a sua obrigatoriedade. Neste sentido: SILVA, Paula Costa, *op. cit.*, nota 2, pp. 43-80.



um agente de execução e não por um funcionário do centro de arbitragem que possui o 12.º ano como habilitações académicas. Em último lugar, o processo de execução arbitral deverá ser distinto do processo de execução judicial, assumindo como vantagens a sua flexibilidade, informalidade, celeridade, o facto de ser menos dispendioso e adaptado às realidades do caso concreto (possibilidade de se julgar segundo a equidade), arriscando-se assim a “ganhar adeptos” pelas suas diferenças positivas.

Relativamente à intervenção do cônjuge do executado e credores não poderemos admitir como em demais processos arbitrais que é necessário o consentimento originário (ou sequer *à posteriori*) das partes que subscreveram a convenção de arbitragem. Pois o processo executivo apresenta pressupostos e tramitação distinta de um processo judicial. Portanto seria impensável, as partes que subscreveram a convenção de arbitragem (exequente e executado) negar a intervenção legítima de cônjuge do executado e credores.

Carla Gonçalves Borges enuncia um agregado de soluções e institutos jurídicos que obrigam (ou incentivam) à intervenção de terceiros no processo arbitral, como: a cessão da posição contratual, sub-rogação, terceiro beneficiário, *estoppel*/princípio da boa fé, doutrina da “incorporação por referência” e a “extensão” da convenção de arbitragem: grupos de sociedades e levantamento da personalidade colectiva. Desta análise deduzimos “que a tese consensualista clássica da convenção de arbitragem, ainda hoje dominante na comunidade jurídica portuguesa, pode ser posta em causa”³¹¹. Pois há mecanismos (sub-rogação legal ou cessão de créditos) que “enfraquecem” o princípio da doutrina consensualista, ou seja, o direito de arbitrar como quem se quer e como se quer. Concluimos, que a tendência que se verifica é a da admissão da participação de terceiros no processo arbitral.

Por último, é fundamental reflectir acerca do seguinte: caso não se opte pela imposição da obrigatoriedade de participação dos terceiros, recusando-se estes a participar no processo arbitral e configurando-se essa recusa como inviabilizadora do processo arbitral, que posições se deverão tomar face ao exposto? Afastando à partida o cenário da obrigatoriedade³¹², existem duas alternativas que importam apontar: a

³¹¹ BORGES, Carla Gonçalves, *op. cit.*, nota 292, p. 152. Observe ainda o instituto de *vouching in*: “BORGES, Carla Gonçalves, *ibidem*, *op. cit.*, p. 121”.

³¹² Este cenário no nosso entender não deixa de ser uma opção válida contudo há que apontar alternativas sob pena de se desvirtuar e delimitar excessivamente a nossa reflexão. Neste caso, a recusa da participação do terceiro no processo arbitral implicaria a perda dos direitos relativos à causa em discussão.



primeira alternativa que se perfilha como possível é a de que quando um terceiro se recusa a participar no processo arbitral ser criado um “apenso” deste processo no tribunal judicial ou num tribunal de execução para aí ser resolvida a respectiva questão, suspendendo-se o processo arbitral por um prazo razoável estabelecido por lei até ser proferida decisão. A segunda solução face à recusa da participação do terceiro no processo arbitral consiste na inviabilidade de todo o processo tendo o mesmo que ser remetido para o tribunal judicial competente. Sendo que conclusivamente se considera benéfico optar por soluções que viabilizem a intervenção de terceiros, logo a viabilização de uma nova justiça executiva arbitral.



CAPÍTULO IV – REFLEXÕES FINAIS

Os meios alternativos de resolução de litígios têm verificado nos últimos anos uma evolução e expansão notável, quer a nível nacional, quer a nível internacional. Sendo que dispõem de uma diversidade de formas de resolução de conflitos de relevância ao serviço dos cidadãos.

No âmbito dos meios alternativos de resolução de litígios, a arbitragem é uma forma de resolução de conflitos em evidência e remonta à antiguidade. Esta configura como suas principais características: celeridade, especialização e natureza privada, entre outras.

A resolução de litígios deve ser centrada na reconciliação tendo em conta o futuro da relação ao invés de uma exclusiva análise jurídica sob pena de não se atender ao verdadeiro problema em questão, e em prol da paz social³¹³.

A questão da necessidade uma nova legislação em matéria de arbitragem em Portugal é eminente. Acentua-se a pertinência da elaboração de uma nova LAV. Pois existe uma necessidade de corrigir e suprir algumas lacunas, e a adaptação a orientações mais modernas de arbitragem.

Quanto à criação dos centros de AIAE note-se que a sua criação foi permitida por disposição legal. No que concerne à admissibilidade da AIAE as posições assumidas são bastante discutíveis. Mariana França Gouveia afirma que Portugal é, provavelmente, o único país do mundo a autorizar competência executiva a tribunais arbitrais pois permitir que privados exerçam todas as funções da acção executiva – como o Governo faz agora – é algo muito arriscado. Num primeiro plano, importa mencionar que relativamente à criação dos centros de AIAE não se colocam grandes problemas no que respeita às entidades necessárias à sua criação. Estes são admissíveis desde que cumpram com as normas estabelecidas para a sua regulamentação, e configuram uma alternativa viável no nosso sistema jurídico. Deverão ainda ser representados os interesses em causa de todos os intervenientes na AIAE. “Os tribunais arbitrais são tribunais não estaduais, compostos por juízes não profissionais (artigo 209.º, nº 2 da Constituição), podendo ser necessários ou voluntários. Enquanto os primeiros são impostos pela lei para o julgamento de determinadas questões (artigos.

³¹³ MACKIE, Karl J., *op. cit.*, nota 29, p. 18.



1525.º a 1528.º do CPC), os segundos são instituídos pela vontade das partes, através da supra mencionada convenção de arbitragem”³¹⁴. Um dos argumentos defensores da não admissibilidade da AIAE vai no sentido de não se considerarem os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais. No nosso ponto de vista este argumento é de todo infundado e não é bastante para inviabilizar a AIAE.

Consideramos que a mediação deverá desempenhar um papel preponderante nos centros de AIAE. É uma mais-valia para a tentativa de resolução do conflito que é submetido. Neste sentido, deveria ser implementada uma sessão de pré-mediação obrigatória. Esta passaria pela informação fornecida por um mediador acerca de tudo o que envolve um processo de mediação. Consequentemente, as partes poderiam optar prosseguir para o processo de mediação, ou passariam directamente para o tribunal arbitral.

Ao nível constitucional consideramos que a AIAE não deverá ser inviabilizada. Estaríamos a causar prejuízos inequívocos aos cidadãos ao impedir a concretização de um mecanismo de justiça com tantas potencialidades.

Relativamente à arbitrabilidade dos litígios antevê-se uma benéfica reformulação: a possibilidade de apreciação de litígios de natureza patrimonial com a conjugação do critério da transigibilidade.

No que respeita à concorrência ou exclusividade entre o tribunal judicial e tribunal arbitral, há que salientar que independentemente da relação entre ambos as duas formas de justiça são essenciais no nosso sistema jurídico (tendo em conta o princípio da adequação [ao caso concreto]).

Como observámos o cálculo dos custos da AIAE é extremamente complexo. Deverão ser analisados diversos factores que importam para efectuar uma “contabilidade precisa” dos custos que envolvem a AIAE. No entanto, é indispensável a existência de um regulamento do centro de arbitragem que clarifique todas as particularidades relacionadas com os custos suportados pelas partes.

A criação de uma entidade que se incumba da disciplina e fiscalização dos meios alternativos de resolução de litígios é essencial para a sua independência e qualidade em Portugal. Existe uma necessidade veemente de controlo deontológico e fiscalização de

³¹⁴ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4eebadaadfc9ab898025700b00510ed4?OpenDocument>, acedido em 15-12-2010.



todo o sistema integrante da justiça alternativa. O GRAL também poderá ter um papel importante a desempenhar neste âmbito.

O processo arbitral proporciona vantagens inequívocas aos cidadãos. É um processo mais flexível que o judicial, célere, confidencial e de natureza privada.

No que respeita ao árbitro de notar que a sua figura não se deverá confundir com a figura do juiz, pois são manifestamente distintas. O árbitro age para satisfazer as necessidades dos clientes que o contratam e que desejam conhecer a sua decisão sobre um certo aspecto que eles conseguem resolver directamente.

Uma das matérias mais discutíveis respeita ao exercício do *ius imperii*. José Lebre de Freitas afirma que os tribunais arbitrais que não são dotados de *ius imperii* carecendo de competência executiva³¹⁵. Daqui resulta a não admissibilidade da AIAE. Neste sentido vai também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 3041/2006-2. Este diz que o tribunal arbitral se encontra desprovido de *ius imperii*³¹⁶. No que respeita a esta matéria somos a concluir que verificada a natureza “semi-privada” dos tribunais arbitrais nada obstará ao exercício do *ius imperii*. Mais, actualmente o exercício dos poderes de autoridade é na acção executiva efectuado por um sujeito de direito privado (agente de execução)³¹⁷. Será assim tão “chocante” ver o agente de execução a desempenhar o mesmo papel sob a supervisão de um árbitro? Se a doutrina moderna não tem dificuldades em aceitar o decretamento de providências cautelares por parte do árbitro, já o exercício do *ius imperii* é outro caso. Afirma-se que os actos praticados pelo agente de execução são “acompanhados” pelo Estado, pois integram-se na sua esfera. E a criação de um órgão/entidade com supervisão e controlo estatal não solucionaria o problema? Ou se opta pela criação de um órgão/entidade, ou se atribui estas funções a um órgão/entidade já existente. Assim, observamos como uma possibilidade real o exercício do *ius imperii* por parte do árbitro.

A convenção de arbitragem é um documento essencial, pois nela são definidas as vantagens das partes o que influencia a forma como se irá desenrolar todo o processo arbitral.

³¹⁵ FREITAS, José Lebre De, A Acção Executiva – Depois da Reforma da Reforma, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2009, ISBN 9789723217230, pp. 106 e 109.

³¹⁶ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5970b20e193e67ac802571b5004199b5?OpenDocument&Highlight=0,arbitral,cautelar>, acedido em 15-12-2010.

³¹⁷ O agente de execução afigura-se como uma entidade privada que exerce funções públicas. Vide: SOUSA, Miguel Teixeira De, A Reforma da Acção Executiva, Editora Lex, Lisboa, 2004, ISBN 972-8634-24-2, pp. 13-19.



No âmbito dos meios de impugnação arbitral existem essencialmente dois: os recursos e as acções de anulação. Consideramos que, sob prejuízo, de se influenciar negativamente o processo arbitral na prossecução dos seus fins e objectivos deverá ser consagrado (somente) um destes meios como forma de impugnação arbitral, preferencialmente, a acção de anulação.

O processo executivo assume-se como um factor essencial para o bom funcionamento da economia e estabilidade da sociedade³¹⁸. Actualmente, o processo executivo é uma das formas privilegiadas de cobrabilidade das dívidas. Desde que munido de título executivo pode um determinado sujeito optar por interpor uma acção executiva. O movimento de desjudicialização “atingiu” a acção executiva³¹⁹. Foi uma tendência que foi introduzida gradualmente. Esta teve o seu início na reforma da acção executiva de 2003. Índicios deste facto foram a atribuição de diligências de execução significativas ao solicitador de execução com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março³²⁰ e mediante o Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro reduziu-se drasticamente a intervenção do juiz a questões solicitadas pelo agente de execução e àquelas previstas no n.º 1 artigo 809.º do CPC. Neste âmbito o agente de execução assume o papel principal de condução desta nova acção executiva. O objectivo do alargamento de competências do agente de execução foi o de conferir celeridade ao processo e descentraliza-lo, reduzindo a intervenção do juiz. Considerando estes factos, será que não é admissível a acção executiva decorrer num tribunal arbitral? Será que um árbitro não poderá fazer o que um juiz faz actualmente no processo executivo? A sua função é cada vez mais de controlo do processo, zelo pelo seu bom andamento e decisão de questões incidentais. Então um árbitro devidamente capacitado para o efeito não cumprirá estas funções? Julgo que não há dificuldades, pese embora muita resistência que haja, em afirmar que se tende a responder afirmativamente. O árbitro, desde que devidamente habilitado para o efeito, poderá cumprir com as funções que lhe cabem no âmbito da AIAE. Foram efectuadas melhorias significativas, contudo ainda nos deparamos com uma pendência preocupante nos tribunais judiciais. Entre outras, esta é uma das razões de ser da AIAE (pretende-se melhorar o sistema executivo português). Entendemos que o agente de execução deverá ter um papel principal e preponderante na AIAE, à semelhança das funções que

³¹⁸ Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

³¹⁹ Neste sentido: “SOUSA, Miguel Teixeira De, *op. cit.*, nota 324, pp. 13-19”.

³²⁰ Portanto, são atribuídas funções executivas a um órgão não jurisdicional.



desempenha no processo executivo (este vê reforçada a sua autonomia e independência).

A intervenção de terceiros é uma das maiores problemáticas com que se depara a arbitragem. Quando se verifica a intervenção de terceiros no processo arbitral, a arbitragem apelida-se de arbitragem multipartes. Esta admite a intervenção superveniente de uma ou mais partes. Fernando Amâncio Ferreira parece entender que só é admissível a sua intervenção se estes tiverem assinado a convenção de arbitragem no início do processo³²¹. Consideramos, ao invés, que se o cônjuge do executado ou os credores não se recusarem a participar no processo de execução arbitral está aberta a porta à sua viabilidade absoluta. Manuel Barrocas afirma que a arbitragem institucionalizada deverá prever e regular a intervenção de terceiros nos regulamentos da respectiva instituição arbitral. Em regra, na execução arbitral quando falamos em terceiros referimo-nos aos credores públicos e ao cônjuge do executado. Neste âmbito poderemos nos deparar com uma situação verdadeiramente problemática: a recusa do credor ou cônjuge do executado na adesão à execução arbitral. *Quid Juris?* No nosso entender surgem dois cenários preferenciais: a imposição da obrigatoriedade da intervenção de terceiros, garantindo uma jurisdição de “retaguarda”, e a decisão ser passível de recurso ou acção de anulação; ou a criação de um apenso do incidente de terceiros no tribunal judicial (ou tribunal de execução), suspendendo-se o processo arbitral por um prazo razoável estabelecido por lei.

O cônjuge do executado poderá vir a ser chamado no início do processo, ou *à posteriori*. Assim sendo, este poderá também ser responsabilizado pela dívida contraída (em causa está a responsabilidade ou não de ambos, e as dívidas/bens próprios e comuns). De salientar que se forem penhorados apenas bens próprios do (cônjuge) executado, o problema da inviabilização da arbitragem executiva (pela não participação do cônjuge do executado) não se coloca, podendo esta prosseguir sem qualquer problema penhorando-se os bens próprios do (cônjuge) executado.

Os credores públicos podem reclamar o seu crédito em sede da execução arbitral. E se o credor se recusar a intervir? Caso ele não exerça o seu direito perde-o definitivamente. Aqui a imposição obrigatória de participação assume contornos relevantes. Por último, a tramitação do incidente do concurso de credores deverá ser

³²¹ FERREIRA, Fernando Amâncio, *op. cit.*, nota 228, p. 147.



ponderado de modo a evidenciar as virtudes do processo arbitral, nomeadamente: a celeridade e simplicidade.

Na opinião de Mariana França Gouveia uma das desvantagens da arbitragem é a impossibilidade de ter competência para além daquilo que as partes delimitaram como seu objecto de actuação na convenção de arbitragem e para além dessas próprias partes. As decisões dos tribunais arbitrais não podem afectar terceiros que não fazem parte da convenção arbitral ou que se recusam a participar no processo arbitral. Afirma mesmo que a razão desta restrição é evidente pois ninguém pode ser privado, contra a sua vontade do acesso aos tribunais judiciais. Porque tal restrição ao direito de acesso à justiça violaria o artigo 20.º da CRP. Aqui importa reflectir o seguinte: será que o processo arbitral não dispõe de maior flexibilidade do que o processo judicial, podendo neste sentido analisar questões conexas à convenção de arbitragem? A imposição obrigatória da intervenção de terceiros no processo arbitral é assim algo de tão impensável e utópico? Se não houvesse recurso das decisões dos tribunais arbitrais ou pedidos de anulação talvez. Contudo estando garantida uma jurisdição de retaguarda parece-me que essa possibilidade não deveria ser arredada em benefício da criação de uma nova cultura de justiça: célere e eficiente. Warren Burger, *former Chief Justice of USA*, sustenta que a obrigação da sua profissão é servir como solucionadores do conflito humano. Cumprir a sua obrigação significa que devem facultar mecanismos capazes de produzir um resultado satisfatório no espaço de tempo mais reduzido possível, com a mínima despesa possível e o mínimo de *stress* para os participantes. Isto é o que se prende com a justiça³²².

Deveremos ponderar os limites da arbitragem executiva. Será demasiado gravoso se impusermos a AIAE ao credor ou cônjuge do executado limitando o tribunal arbitral permitindo que este julgue apenas de acordo com a lei? Dado que há sempre possibilidade de anulação ou recurso da decisão arbitral será assim tão gravoso “condicionar” a sua opção?³²³ Na ponderação entre dois direitos fundamentais, acesso ao direito e aos tribunais e acesso a uma justiça célere e eficaz não será uma limitação

³²² HIBBERD, Peter R., *op. cit.*, nota 138, p. 16.

³²³ Poderemos ser levados a concluir o seguinte: E caso as partes iniciais que aderiram à convenção de arbitragem terem decidido julgar segundo a equidade? Para a viabilidade do processo arbitral julgo ser compatível a composição de um “processo híbrido”. Ou seja, tudo o que cair fora do âmbito da intervenção de terceiros será “conduzido” de acordo com a equidade, o que cair dentro de esse âmbito será decidido nos termos da lei. Isto caso os terceiros se recusem a aderir porque só assim será necessária a imposição obrigatória ao processo arbitral, caso estes aceitem por sua vontade aderir ao processo arbitral estão abertas as portas à condução do processo segundo a equidade.



aceitável? O que sucede se um credor com garantia real não aderir, entende-se como que não tenha reclamado o seu crédito, perdendo esse direito? Não. Poderá “reclamar” junto de um tribunal judicial intentando uma acção executiva própria. O que perde é a prioridade no pagamento por já existir uma penhora prévia excepto se for credor hipotecário, caso em que a dívida continua garantida. Se o valor dos créditos reclamados forem iguais ao valor do bem, como fica aquele credor que não aderiu? Entende-se que deverá ficar como aqueles credores cujo crédito não é reclamado numa acção executiva judicial a aguardar que o executado tenha bens antes de prescrever a dívida. E se o valor do bem executado (vendido) em arbitragem for superior aos créditos reclamados, o credor que não aderiu pode reclamar judicialmente o seu direito? Julgamos que sim. Contudo não poderá ser pago directamente pelo valor do bem, admitindo-se somente o pedido de penhora desse crédito.

No que respeita aos inquéritos elaborados conseguimos obter uma amostra de 81 indivíduos, entre os quais, advogados, mediadores, árbitros e agentes de execução. Resulta da amostra obtida, respostas bastantes satisfatórias quanto à viabilização da AIAE no sistema jurídico português. Quer quanto à criação dos centros de AIAE quer quanto à imposição de alguma obrigatoriedade prévia para fomentar a criação de uma nova cultura jurídica as respostas foram positivas (48 a favor/33 contra e 51 a favor/30 contra, respectivamente). Ao nível legislativo 60 concordam que Portugal necessita de uma nova LAV enquanto que 21 não acham necessário. Quanto à natureza dos litígios apesar de se concordar que não há problemas a aceitar a discussão de litígios de natureza patrimonial (57 a favor/24 contra) já os direitos indisponíveis não parecem ser aceites como direitos susceptíveis de ser arbitráveis (3 a favor/78 contra). Na opinião dos inquiridos a mediação deve assumir um papel importante nos centros de AIAE (60 a favor/21 contra). A sessão de pré-mediação obrigatória acolhe também uma tendência ligeiramente favorável (42 a favor/39 contra). Relativamente ao processo arbitral é entendido que haja alguma concorrência entre processo arbitral e processo judicial (36 a favor/45 contra); parece que não existe uma tendência de natural de aproximação da arbitragem ao tribunal judicial (21 a favor/60 contra); e reúne também o consenso geral que se deverá investir na arbitragem, contudo este investimento não deverá ser superior àquele realizado nos tribunais judiciais (21 a favor/60 contra). Quanto à figura do árbitro: é dada uma resposta clara à necessidade de imposição de requisitos de acesso à função de árbitro (75 a favor/6 contra); os árbitros poderão ser sujeitos com determinados anos de exercício na acção executiva e com curso reconhecido de



arbitragem (63 a favor/18 contra); existe um equilíbrio na opinião relativa ao exercício do *ius imperii* por parte do árbitro (39 a favor/42 contra); e uma tendência negativa quanto ao decretamento de providências cautelares (30 a favor/51 contra). No que respeita à disciplina e fiscalização do processo arbitral parece reunir o consenso dos inquiridos a pertinência da criação de um órgão que regule as questões deontológicas do árbitro, mediador e agente de execução (57 a favor/24 contra). Quanto à figura ao processo executivo (arbitral) – agente de execução: nota-se um equilíbrio quanto à eliminação de algumas fases ou formalidade típicas do processo executivo (42 a favor/39 contra); os centros de AIAE deverão ser constituídos por listas de agentes de execução (54 a favor/27 contra); e reúne também o consenso dos inquiridos que a figura do agente de execução na arbitragem deverá ser idêntica àquela que ele assume actualmente no tribunal judicial (51 a favor/30 contra). Por último, quanto à solução mais adequada se o terceiro se recusar a intervir no processo arbitral, as opiniões estão divididas: 33 consideram que deverá ser inviabilizada toda a execução arbitral, 27 consideram a possibilidade de suspensão do processo e sua tramitação como “incidente” no tribunal judicial; e 21 entendem que a melhor opção é a imposição da obrigatoriedade da sua participação. Podemos concluir que junto dos profissionais da área da justiça não resultarão muitas dificuldades na aceitação desta inovação criada pelo legislador português. Contudo alertamos que um processo de mudança provoca sempre a correspondente resistência (não será portanto uma mudança pacífica). Quanto mais pelo facto de se tratar de uma área “sensível” da justiça como a acção executiva. Parece-nos no entanto estarem colocados os primeiros alicerces da construção de uma justiça que se afigura benéfica para operadores judiciários e para os nossos cidadãos.

As portas parecem estar abertas rumo a um caminho que se afigura difícil e com alguma resistência. A acção executiva é um assunto delicado e é de louvar a aliciante opção do legislador em tentar conferir uma solução a um dos maiores problemas com que os tribunais judiciais se deparam hoje: a pendência de processos executivos³²⁴. Contudo esta solução não deverá ter na sua génese o descongestionamento dos tribunais judiciais mas sim uma alternativa credível e eficaz à disposição do cidadão. Szklarowsky sustenta que “uma justiça tardia violenta os direitos humanos, porque fere,

³²⁴ Vide: http://cpee.reactivelab.com/media/uploads/pages/Documento_estatstico_AcoExecutiva.pdf, acedido em 15/12/2010.



brutalmente, a consciência e dignidade humana, resguardada pela Constituição e pela Declaração dos Direitos do Homem (...)³²⁵.

Como sabemos vivemos num período de uma denunciada crise na justiça. E a uma justiça lenta e burocrática não poderemos chamar justiça. A justiça deverá ser repensada com coragem e audácia de modo a satisfazer os interesses dos cidadãos pois são estes que sofrem com a morosidade e incompetência de quem não zela pelo bem-estar social e desenvolvimento económico do nosso país.

³²⁵ SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *op. cit.*, nota 48, p. 98.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIAS

- ALMEIDA, Adelino Barbosa de, Sobre o Incidente da Intervenção de Terceiros na Instância, Dissertação para a licenciatura em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1948, n.º 7 D
- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira De, Direito processual civil, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4052-3 (brochado), Vol. I
- ALMEIDA, L. P. Moitinho De, Providencias cautelares não especificadas, Coimbra: Coimbra Editora, Lda. 1981, pp. 10-19
- ANDREWS, Neil, The Modern Civil Process – Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Mohr Siebeck, 2008, ISBN 978-3-16-149532-8
- BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de Arbitragem, Almedina, 2010, ISBN 9789724039831
- BROWN, Henry J., ADR principles and practice, 2.^a Ed., London: Sweet and Maxwell, 1999, ISBN 0421579609
- CATARINA, Frederic Munné, El Arbitraje en la Ley 60/2003 – Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos, Ediciones Experiencia, 2004, ISBN 84-96283-06-2
- COSTA, Manuel Fernandes, Da Relação Jurídica – Noções Gerais, Serviços de Acção Social da U.C. – Serviço de Textos, Coimbra, 2001, pp. 11 e 73-106
- COSTA, Manuel Fernandes, Noções Fundamentais de Direito, Serviços de Acção Social da U.C. – Serviço de Textos, Coimbra, 2000, pp. 75-104
- COSTA, Salvador Da, O Concurso de Credores - Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias, 4.^a Edição Actualizada e Ampliada, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3980-0



- DOYLE, Margaret, *Advising on ADR: the essential guide to appropriate dispute resolution*, London: Advice Services Alliance, 2000, ISBN 0953743918
- FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a Edição, Almedina, 2010, ISBN 9789724040837
- FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, Coimbra editora, 2006, ISBN 978-972-32-1415-6, pp. 109-113
- FREITAS, José Lebre De, *A Acção Executiva – Depois da Reforma da Reforma*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2009, ISBN 9789723217230
- HIBBERD, Peter R., *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford; Malden, MA: Blackwell Science, 1999, ISBN 9780632038176
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2002, ISBN 972-40-0471-6, pp. 55-62
- MACKIE, Karl J., *A handbook of dispute resolution : ADR in action*, London: Routledge: Sweet & Maxwell, 1991, ISBN 0415041244
- MAURO, Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Ed. Zanichelli, Bologna, 2009, ISBN: 8808072150
- MORAIS, Fernando de Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007
- NORDHAUS, D. William; SAMUELSON, Paul A., *Microeconomia*, 18.^a Ed., McGraw-Hill, Lisboa, 2005, ISBN: 84-481-4707-3
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Prontuário de Formulários e Trâmites, Volume IV, Processo Executivo*, 4.^a Ed., Quid Juris, Lisboa, 2007, ISBN: 978-724-348-8
- PIRES, Miguel Lucas, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2004, ISBN 972-40-2070-3, pp. 161-221
- SILVA, Paula Costa, *A Nova Face da Justiça – Os meios extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, 2009
- SOUSA, Miguel Teixeira De, *A Reforma da Acção Executiva*, Editora Lex, Lisboa, 2004, ISBN 972-8634-24-2, pp. 13-19
- TACKABERRY, John, *Bernstein's handbook of arbitration and dispute resolution practice*, 4.^a Ed., London: Sweet and Maxwell, 2003, ISBN 0421757604



ARTIGOS

- ARAÚJO, Nuno Marcelo de Nóbrega dos Santos de Freitas, Primeiros Passos das Novas Execuções, Boletim ASJP: informação & debate - Série 2, nº 1 (Dez. 2009), pp. 135-153
- Associação Portuguesa de Arbitragem, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, Anual – Ano 2009, pp. 11-12 e 48-49
- BAÇÃO, Inês Maria Avelino, A problemática do endividamento das famílias em Portugal, s/e, Coimbra, s/d
- BARRETO, António, Mudança Social em Portugal, 1960/2000, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, Outubro de 2002
- BARRETO, António, Análise Social, vol. xxx (134), 1995 (5.º), pp. 841-855
- BORGES, Carla Gonçalves, Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem, Revista da Faculdade de Direito da UNL (Themis), Ano VII – Nº. 13 – 2006, pp. 109-153
- CAMPOS, Isabel, O concurso de credores e a fase de pagamento no novo regime da acção executiva, Scientia iuridica - nº53, 298 (Jan.Abr.2004), pp. 129-146
- CAMELO, António Sampaio, A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de jure condendo, Revista da Ordem dos Advogados, 2006, p. 1233 e ss.
- CORTEZ, Francisco, A Arbitragem Voluntária em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados, O Direito, Ano 124, IV - 1992-07, Almedina, pp. 365-375
- FARINHA, Luísa, O endividamento das famílias portuguesas: uma análise baseada em dados microeconómicos, s/e, s/l, s/d
- FERREIRA, Cardona, J. O., Arbitragem: Caminho da Justiça? Perspectiva de um Magistrado Judicial. Breves Referências ao recurso, à anulação e execução de sentença arbitral, O Direito – Ano 141, n.º 2 (2009), pp. 271-287
- FERREIRA, Cardona J. O., Os Custos da Justiça, s/e, Coimbra, 2002



- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, Meios Alternativos, *Scientia Iuridica*, n.º 293, (Maio-Agosto 2002), pp. 213-227
- FERREIRA, Jaime Cardona, Meios Alternativos de resolução de diferendos: (ou de litígios ou de conflitos), *Lusíada, Direito, Serie 2*, n.º 3 (2005), pp. 320-323
- FREITAS, José Lebre de, Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objecto do litígio a submeter a arbitragem, *O Direito – A*. 138, vol. 1 (2006), pp. 63-64
- FROTA, Mário, Arbitragem institucional, *Revista portuguesa de direito do consumo*, n.57, (Mar. 2009), pp. 49-51
- GOMES, Manuel Tomé Soares, Da fase introdutória do processo executivo civil: (segundo as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 226/2008, de 20 de Novembro), *Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos*, nº 12, (2º semestre 2009), pp. 119-120
- GOUVEIA, Mariana França, A Novíssima Acção Executiva – Análise das mais importantes alterações, s/e, s/l, s/d
- JACKSON, “Civil Litigation Costs Review”, Volume One (preliminary report), s/e, s/l, 2009
- JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, A segurança jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial, *Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 83 (2007), pp. 383-422
- LOURENÇO, Paula Meira, A Comissão para a eficácia das execuções, *Scientia iuridica*. - T. 58, n. 317, (Jan./Mar. 2009), p. 128-177.
- MARTINEZ, Pedro Romano, Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária *Ad Hoc*, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos – v. 1 – p. 829*
- MENDES, Armindo Ribeiro, Sumários Desenvolvidos de Direito Processual Civil – Processo Executivo, ano lectivo 2009/2010 (2.º semestre), s/e, s/l
- MOURA, Sónia, A Arbitragem Executiva, *Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos – n.º 12, (2º semestre 2009)*, pp. 183-208



- PARDO, Guillermo Orozco; GONZÁLEZ, José Luís Serrabona, El arbitraje de consumo, Revista portuguesa de direito do consumo - n.50, (Jun. 2007), pp. 22-79
- PIMENTA, Paulo, Acções e incidentes declarativos na dependência da execução, Themis - A. 5 n.º 9 (2004), pp. 73-88
- PINHEIRO, Luís de Lima, Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, Revista da Ordem dos Advogados - Ano 64 (Novembro 2004), pp. 125-166
- PINTO, Rui, Notas sobre controle liminar e citação na execução para pagamento de quantia certa após o Decreto-Lei nº 226/2008, de Novembro, Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos, nº 12, (2º semestre 2009), p. 149
- PINTO, Rui, A penhora por dívidas dos cônjuges: contributo para o seu estudo, Lisboa: Lex, 1993, pp. 13-109
- PITA, Manuel António, Execução por dívidas dos cônjuges: Processo ordinário para pagamento de quantia certa: alguns aspectos, *Ab Vno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora: 1920-1995* - pp. 811-844
- RAPOSO, Mário, O Estatuto dos Árbitros, Revista da Ordem dos Advogados – Lisboa – Ano n.º 67, t.2 (Set. 2007), pp. 536-537
- SANDERS, Pieter, Arbitration - International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter 12, Vol. XVI, Civil Procedure, 1996
- SILVA, Paula Costa e, A arbitrabilidade de Medidas Cautelares, Revista da Ordem dos Advogados – Ano n.º 63 (Abril 2003), pp. 211-235
- SOUZA, de Luciane Moessa, Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos, s/e, Brazil, s/d
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda, Arbitragem: uma nova visão da arbitragem, Revista Portuguesa de Direito do Consumo - N.º 39 (Set. 2004), pp. 51-115
- PARTINGTON, Martin, in “ADR – Prospects and Challenges, Committee of the Civil Justice Council”, s/e, s/l, 22 de Outubro de 2003
- PEDROSO, *et al*, Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada), OPJ/CES, FEUC, Coimbra, 2001



- PIMENTA, Paulo, As linhas fundamentais da acção executiva, Revista do CEJ: Dossier temático, reforma do processo civil: processo executivo e recursos, nº 12, (2º semestre 2009), pp. 169-182
- Programa do XVII Governo Constitucional
- Programa do XVIII Governo Constitucional

NETGRAFIA

- <http://imap.pt/artigos/informacao/aarbitragem/4/>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.citius.mj.pt/portaldnn/LinkClick.aspx?fileticket=HgII87YB138%3D&tabid=59>, consultado a 15/12/2010
- <http://arbitragem.pt/noticias/index.php>, consultado a 15/12/2010
- http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_8053.pdf, consultado a 15/12/2010
- <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4eebadaadc9ab898025700b00510ed4?OpenDocument>, consultado a 15/12/2011
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5970b20e193e67ac802571b5004199b5?OpenDocument&Highlight=0,arbitral,cautelar>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e0849cd0423e028480256e6a004be459?OpenDocument>, consultado a 15/12/2010
- http://cpee.reactivelab.com/media/uploads/pages/Documento_estatstico_AcoExecutiva.pdf, consultado a 15/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/apa-codigo-deontologico-final.pdf>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.inverbis.net/actualidade/arbitragem-contencioso-fiscal.html>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=2632>, consultado a 15/12/2010
- <https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=5375>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.arbitragemdeconsumo.org/mediacao.php>, consultado a 15/12/2010
- <http://www.mediadoresdeconflitos.pt/>, consultado a 15/12/2010



- <http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1351357771>, consultado a 16/12/2010
- http://nijhoffonline.nl/extract?id=nij9789004155459_nij9789004155459_i-408-28, consultado a 16/12/2010
- <http://app.subcourts.gov.sg/mdc-cic/index.aspx>, consultado a 16/12/2010
- <http://www.mediationincnc.com/2009/05/the-multi-door-courthouse-has-finally-arrived-new-settlement-procedures-are-now-available-in-superior-court/>, consultado a 16/12/2010
- <http://allafrica.com/stories/200903190148.html>, consultado a 16/12/2010
- http://books.google.pt/books?id=LIZofeHSDIC&pg=PT23&lpq=PT23&dq=multidoor+courthouse+countries&source=bl&ots=rOaRPrsvGs&sig=jjWOAXRVbK1zRgCfJWZs3GfTzzQ&hl=pt-PT&ei=piJCS5rJAsyZjAen4bCsDQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CBkQ6AEwAw#v=onepage&q=&f=false, consultado a 16/12/2010
- www.academy-experts.org/docs/fmadr221003.pdf, consultado a 16/12/2010
- http://jpn.icicom.up.pt/2008/05/28/endividamento_das_familias_portuguesas_sobre_para_129_do_rendimento_disponivel.html, consultado a 17/12/2010
- <http://www.netconsumo.com/2009/10/endividamento-das-familias-portuguesas.html>, consultado a 17/12/2010
- <http://aeiou.visao.pt/do-credito-ao-consumo-e-do-sobreendividamento-activo=f545046>, consultado a 17/12/2010
- http://fraque.com/index.php?view=article&catid=1:noticias&id=46:causas-e-efeitos-do-endividamento-das-familias&format=pdf&option=com_content, consultado a 17/12/2010
- <http://www.alvarosantos.eu/blog/2007/o-endividamento-das-familias.html>, consultado a 17/12/2010
- http://tsf.sapo.pt/PaginaInicial/Economia/Interior.aspx?content_id=1237482, consultado a 18/12/2010
- http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf, consultado a 18/12/2010
- http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf, consultado a 18/12/2010



- http://www.gulbenkian.pt/media/files/fundacao/programas/PG%20Desenvolvim ento%20Humano/pdf/Manuais_de_Microcr_dito_-_Negocia____o.pdf, consultado a 18/12/2010
- <http://cid-dbadd87576186d5f.skydrive.live.com/self.aspx/CPC/alteracoes.pdf>, consultado a 19/12/2010
- <http://www.simplex.pt/>, consultado a 19/12/2010
- <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=3094>, consultado a 19/12/2010
- <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/padt/criacao-de-centros-de/>, consultado a 19/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/lav/lav-annotada210509.pdf>, consultado a 20/12/2010
- <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/90312443c84f1bbf80256fff004d4105?OpenDocument>, consultado a 20/12/2010
- <http://arbitragem.pt/estudos/arbitragens-direito-publico-brasil-portugal--robin-andrade.pdf>, consultado a 20/12/2010
- http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer09_10.pdf, consultado a 20/12/2010
- <http://www.uria.com/por/publicacoes/artigoasp?id=364>, consultado a 20/12/2010
- laboratorial.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc, consultado a 20/12/2010
- arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc, consultado a 21/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/lav/Raposo.pdf>, consultado a 21/12/2010
- <http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-catolica.pdf>, consultado a 21/12/2010
- laboratorial.fd.unl.pt/media/files/Trabalho_joana_galvao_teles.doc, consultado a 21/12/2010
- http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governo/MJ/OE_2009_Justica.pdf, consultado a 21/12/2010
- http://www.cpee.pt/o_que_e_CPEE/, consultado a 21/12/2010
- http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=80/, consultado a 21/12/2010



- <http://www.solicitador.net/pagina.asp?pagid=98>, consultado a 21/12/2010
- <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/a-constitucionalidade-da-execucao-extrajudicial-regulada-pelo-decreto-lei-n%BA-70%1066.-14277/artigo/>, consultado a 21/12/2010
- <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3740/derrogacao-do-decreto-lei-no-70-66-a-partir-da-promulgacao-da-constituicao-de-1988>, consultado a 21/12/2010
- <http://br.vlex.com/vid/51961637>, consultado a 21/12/2010
- http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm, consultado a 21/12/2010
- <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/312408c5e5637f97802569f20059b182?OpenDocument>, consultado a 21/12/2010
- <http://www.arbitrare.pt/site/site/tabela.php>, consultado a 21/12/2010
- <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/37>, consultado a 22/12/2010
- <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/9>, consultado a 22/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/cda/comentarios-ao-cda-da-apa--manuel-barrocas.pdf>, consultado a 22/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/cda/comentarios-ao-cda-da-apa--antonio-sampaio-caramelo.pdf>, consultado a 22/12/2010
- <http://arbitragem.pt/projectos/cda/cda--recomendacoes-do-club-espanhol-de-arbitragem.pdf>, consultado a 22/12/2010
- <http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=guidelines%20arbitration>, consultado a 23/12/2010
- http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual_de_Media%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf, consultado a 23/12/2010
- <http://arbitragem.pt/noticias/Parecer-APA-sobre-proposta-Min-Justica--2011-01-06.pdf>, consultado a 23/12/2010
- <http://www.jamsadr.com/>, consultado a 23/12/2010
- http://www.jctltd.co.uk/assets/JCT_CIMAR%2005.pdf, consultado a 23/12/2010



LEGISLAÇÃO

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 0326177
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 0522209
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 3041/2006-2
- Constituição da República Portuguesa, Decreto de 10/04 de 1976
- Código Civil, Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro
- Código do Processo Civil, Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro
- Código do Trabalho, Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro
- Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008
- Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro
- Decreto-Lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro
- Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março
- Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro
- Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto
- Lei n.º 59/2008 de 11 de Setembro
- Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho
- Lei n.º 18/2008 de 21 de Abril
- Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março
- Portaria n.º 331-A/2009 de 30 de Março
- Portaria n.º 331-B/2009 de 30 de Março
- Portaria n.º 312/2009 de 30 de Março
- Regulamento das Custas Processuais, Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro
- Regulamento n.º 275/2011, de 4 de Maio
- Regulamento n.º 292/2011, de 11 de Maio

