

AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E A ARBITRAGEM: EM QUE ESTAMOS? *

José Miguel Júdice **

1. RAZÃO DE ORDEM

I – A temática das providências ou medidas cautelares¹, no universo das arbitragens, tem-se tornado cada vez mais importante a nível internacional, assistindo-se nos últimos anos a “modificações substanciais” no que ao tema se refere². As razões são diversas, mas óbvias, algumas delas aliás semelhantes às que estiveram na origem do crescimento exponencial das providências cautelares nos processos sujeitos à justiça estatal, pelo menos em Portugal³. Mas existem também razões próprias do sistema arbitral de resolução de litígios que não podem ser esquecidas⁴. Apesar disso, é ainda relativamente escassa (sobretudo quanto a arbitragens internacionais) a doutrina portuguesa sobre o tema, reflectindo, em boa medida, a pouca atenção que o direito da arbitragem foi merecendo ao longo dos anos aos *scholars*, ainda que felizmente mais recentemente se esteja a inverter a tendência⁵.

* Publicado em “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Livraria Almedina, 2011, vol III; págs 657-679

** Sócio Fundador de PLMJ e Coordenador da sua Área de Arbitragem, Professor Associado Convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Trabalho efectuado como colaboração de Nuno Miguel Lourenço e António Pedro Pinto Monteiro, Advogados em PLMJ com Pós-Graduação em Arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade Nova.

¹ *Interim measures, interim relief, interim injunctions, preliminary measures, preliminary orders, conservatory measures*, para exemplificar apenas alguma terminologia usada em inglês.

² Cfr. NATHALIE VOSER, “*Interim Relief in International Arbitration: the Tendency towards a more Business-oriented Approach*”, in “*Dispute Resolution International*”, vol 1, Dezembro 2007, pág. 172.

³ Aumento do tempo médio de duração dos processos, acentuação da litigância na sociedade, diminuição do consenso social sobre o cumprimento das normas, desrespeito impune de injunções de cumprimento de deveres, facilidade de dissipação de patrimónios.

⁴ O tempo médio para as decisões é cada vez mais longo, há grande incremento do número de processos, surgem no mundo das arbitragens muitos práticos inexperientes que têm uma cultura judicial acentuada, é maior a sensibilidade dos magistrados judiciais ao sistema arbitral, mas deve ser realçada sobretudo a admissibilidade – que se tornou dominante, e que adiante será melhor analisada – de que os tribunais arbitrais possam decretar medidas cautelares, mesmo em jurisdições como a portuguesa onde a lei arbitral não o admite explicitamente.

⁵ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, 2005, p. 87, PAULA COSTA E SILVA, “A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 63

A intenção deste artigo é inserir-se nessa linha reflexiva⁶, tentando completar e ir um pouco mais longe do que a doutrina publicada sobre o assunto e já mencionada. Para isso, dar-se-á especial relevo à doutrina e jurisprudência internacionais que podem ser chamadas à colação pelos que tenham de requerer ou decidir sobre providências cautelares em arbitragens nacionais portuguesas e internacionais, com sede em Portugal, ou de o fazer por dependência de arbitragens com sede fora de Portugal. Nesse âmbito, a situação do Brasil terá especial relevo⁷ e servirá de principal estímulo para provocar um avanço na forma como a questão das providências cautelares possa vir a ser tratada em Portugal, no futuro.

II – Assim, começar-se-á com uma breve resenha do estado actual da questão da possibilidade de providências cautelares serem decretadas por tribunais comuns, antes e durante as arbitragens, com especial enfoque na admissibilidade de tribunais portugueses decretarem providências em relação a arbitragens que não tenham sede em Portugal e na admissibilidade de que tribunais estrangeiros as decretem em relação a arbitragens com sede em Portugal, podendo elas vir posteriormente a ser reconhecidas no nosso sistema jurisdicional.

(2003), pp. 211 a 235, MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, Almedina, 2010, pp. 241 a 245, 259, 260 e 661 a 667 e “Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 67 (Janeiro de 2007), pp. 278 a 282 e 285 a 294, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009, Almedina, pp. 57 a 113 e “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 20 a 22, 34, 51, 52, 59 e 60, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de Arbitragem – algumas notas”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 547 a 549 e “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 103 e 104, MARIA ÂNGELA BENTO SOARES/ RUI MANUEL MOURA RAMOS, “Contratos Internacionais – compra e venda, cláusulas penais, arbitragem”, Almedina, Coimbra, 1986, p. 382, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Introdução ao Processo Civil – conceito e princípios gerais”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, pp. 70 e 71, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume II, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2009, p. 549 e “Código de Processo Civil Anotado”, Volume 2.º, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 20, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 89 e 90, MARIA JOÃO MIMOSO, “Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas Provisórias e Cautelares”, *Quid Juris*, Lisboa, 2009, ANA PAULA MATOS MARTINS, “A tutela cautelar na Lei-Modelo da CNUDCI e a revisão da Lei de Arbitragem Voluntária”, in *THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, 2009, pp. 61 a 94, GONÇALO MALHEIRO, “Os poderes concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para o decretamento de providências cautelares”, *Vida Económica*, 2008, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Estudos sobre o Novo Processo Civil”, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 245 e JORGE BASTOS LEITÃO, “Interim Measures in Transnational Commercial Arbitration – some proposals to amend the Portuguese law of arbitration”, Universidade Católica Portuguesa, 2009, inédito.

⁶ Temos a consciência de que somos práticos do Direito. Mas assumimos tal realidade como uma justificação adicional para este contributo, que estará habitado, seguramente, pela reflexão doutrinária (como não poderia deixar de ser), mas é intencionalmente orientado para a vida prática, tendo em vista ser útil aos que, como advogados ou árbitros, venham a ser confrontados com este instituto.

⁷ Pela proximidade dos respectivos sistemas jurídicos, pelo crescente contacto entre teóricos e práticos dos dois países e, sobretudo, pela força e qualidade da jurisprudência, da doutrina e da prática arbitral brasileira.

De seguida, far-se-á o ponto de situação quanto à possibilidade de providências cautelares serem decretadas por tribunais arbitrais, à luz da doutrina e jurisprudência portuguesas.

Será também abordado o tema da colaboração entre tribunais arbitrais e estatais, na dupla vertente de execução por estes últimos de decisões cautelares arbitrais e de confirmação pelos tribunais arbitrais de medidas cautelares de tribunais judiciais. Neste tema, como aliás nos anteriores, olhar para a realidade brasileira permitir-nos-á avançar muito no progresso científico e, por isso, será dada especial atenção a uma visão sul-americana das questões.

Em posterior artigo, após ficarem assentes as conclusões sistemáticas e estruturais do tema, será abordada a questão dos fundamentos e condições para que sejam decretadas providências cautelares por tribunais arbitrais, o que implicará uma análise interactiva entre as regras do Código de Processo Civil Português (CPC), as regras e a jurisprudência das instituições arbitrais e a jurisprudência e doutrina arbitral internacional⁸, bem assim como o projecto da nova Lei de Arbitragem Voluntária⁹.

A tese que se defenderá, nessa segunda parte do trabalho, é a de que, nas providências cautelares relativas a arbitragens realizadas em Portugal, os tribunais (arbitrais e judiciais, estes quando chamados a apreciar ou decidir) podem afastar-se – quer quantos aos fundamentos, quer quanto ao catálogo de providências disponíveis – do CPC e da jurisprudência nacional, se, e na medida, em que a *lex arbitri* e a lei aplicável ao fundo o permitam, como acontece, na nossa opinião, com a lei portuguesa.

2. ADMISSIBILIDADE DE PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DECRETADAS POR TRIBUNAIS COMUNS NO ÂMBITO DE PROCESSOS ARBITRAIS

I – A actual Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (LAV)¹⁰ nada dispõe sobre as providências cautelares no universo da arbitragem. Esta facticidade tem sido fonte de algumas dúvidas e controvérsias, no âmbito da temática que nos propusemos analisar.

⁸ Que, para a generalidade dos autores relevantes, devem ser consideradas como fontes de direito arbitral internacional, conforme salienta MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, *op. cit.*, pp. 568 a 570.

⁹ A Associação Portuguesa de Arbitragem, a solicitação do Ministro da Justiça, elaborou, em 2009, um projecto que o novo Governo (resultante das eleições de Outubro de 2009) pretende implementar, pelo que é admissível que este projecto venha a transformar-se em Lei, esperando-se que sem grandes modificações.

¹⁰ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

A este respeito, coloca-se por vezes a questão de saber se a convenção de arbitragem é, ou não, compatível com o pedido e o decretamento de medidas cautelares por um tribunal judicial, antes ou depois de iniciado o processo arbitral. Ou seja, será que um tribunal judicial pode decretar uma providência cautelar, não obstante a convenção de arbitragem celebrada e, portanto, não obstante a vontade das partes em submeter a arbitragem a resolução dos seus litígios? Não estará, desde logo, a parte que requer certa medida cautelar a um tribunal judicial a violar a convenção de arbitragem e, como tal, a incorrer numa situação de invocável excepção dilatória nos termos da lei processual civil portuguesa (artigo 494.º, alínea j), do CPC)?

II – Em teoria, esta questão pode receber três respostas diversas: legitimidade exclusiva dos tribunais arbitrais ou dos tribunais judiciais para decretar providências cautelares ou legitimidade partilhada¹¹.

Segundo a doutrina e jurisprudência portuguesas, é hoje pacífica a competência dos tribunais judiciais para proferirem medidas cautelares, antes ou durante o decurso do processo arbitral. Entende-se, a este respeito, que o simples recurso a um tribunal judicial para obter certa providência cautelar não significa uma renúncia à convenção de arbitragem. Neste sentido, argumenta-se, nomeadamente, que a constituição de um tribunal arbitral é lenta e morosa (sobretudo numa arbitragem *ad hoc*), o que não se compadece com a natureza urgente de um procedimento cautelar, realçando-se, também, a relutância dos tribunais arbitrais em decretar providências *ex parte*, sendo certo que, muitas vezes, essa é a única forma de não defraudar a finalidade pretendida com a providência. Daí que se entenda que a convenção de arbitragem não possa impedir o requerimento a um tribunal estadual de uma providência cautelar, não havendo preterição do tribunal arbitral, sob pena de denegação de Justiça (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa). Por outro lado, invocam-se ainda, para justificar esta posição, os artigos 31.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 (aplicável por analogia) e o n.º 5 do artigo 383.º do CPC¹².

¹¹ Cfr. JORGE BASTOS LEITÃO, *op. cit.*, pp. 16 e ss..

¹² A este respeito, e no que se refere à doutrina portuguesa, veja-se, nomeadamente, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 87, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 234, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de Arbitragem – algumas notas”, *op. cit.*, p. 549 e “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares”, *op. cit.*, pp. 103 e 104, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações”, *op. cit.*, pp. 51 e 52 e “As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)”, *op. cit.*, p. 81, MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, *op. cit.*, p. 245 e “Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 67 (2007), pp. 281 e 282, MARIA JOÃO MIMOSO, *op. cit.*, pp. 303, 327 a 329, 336 e 337, GONÇALO MALHEIRO, *op. cit.*, pp. 11 e 49 a 62, ANA PAULA MATOS MARTINS, *op. cit.*, pp. 82 e 83, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op.*

De resto, é esta também, como se sabe, a solução preconizada pela própria Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial e Internacional (CNUDCI ou UNCITRAL), que inspira, em alguma medida, a nossa LAV, a qual expressamente prevê que “*não é incompatível com uma convenção de arbitragem a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo tribunal*” (artigo 9.º da Lei-Modelo)¹³.

A título de curiosidade, refira-se ainda que esta solução chegou, inicialmente, a estar consagrada na lei portuguesa – falamos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho¹⁴. Porém, o referido Decreto-Lei (que antecedeu a LAV) não teve uma vida feliz, tendo sido declarada a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, pouco mais de um ano depois de ter entrado

cit., p. 245 e JOSÉ MIGUEL JÚDICE/CARLA GÓIS COELHO, “Lisbon Court of Appeal Rules on Interim Measures and Arbitral Jurisdiction”, ILO, Março 2009.

Por sua vez, e no que toca à jurisprudência portuguesa, merecem destaque os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/12/2003 (processo n.º 6985/2003-7), in <http://www.dgsi.pt/>, de 26/09/2000 (processo n.º 0006361), in <http://www.dgsi.pt/> e de 03/02/1998, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 474, 542, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09/04/2002, in *Colectânea de Jurisprudência*, 2002, Tomo II, pp. 14 e 15, bem como os Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 16.12.2003, in *Colectânea de Jurisprudência*, 2003, Ano XXVIII, tomo V, pp. 263 a 266 e de 12/07/1984, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1984, Ano IX, tomo IV, pp. 286 e 187.

Referência especial merece ainda o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 29/01/2009 (processo 2985/08-2 in <http://www.dgsi.pt/>) que, além de reafirmar a ideia de que “*os procedimentos cautelares podem ser instrumentais de processos de foro arbitral*”, trata da importante questão de saber como se cumpre o prazo de 30 dias (artigo 389.º, n.º 1, a) do CPC – caducidade da providência cautelar) para ser instaurado a acção principal, numa situação em que uma providência cautelar foi decretada por um tribunal judicial e a respectiva acção principal era uma acção arbitral, sendo que o tribunal arbitral ainda não estava constituído. A este respeito, veja-se o comentário que já oportunamente foi feito a este acórdão na *International Law Office* – *cf.* JOSÉ MIGUEL JÚDICE/ANTÓNIO P. PINTO MONTEIRO, “Interim measures in support of arbitration”, *International Law Office*, Abril de 2010, in <http://www.internationallawoffice.com/>.

No sentido do entendimento *supra* referido, e no que se refere à doutrina arbitral internacional, veja-se particularmente ALI YESILIRMAK, “Provisional Measures in International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, 2005, pp. 66 e ss., MOHAMMAD-ALI BAHMAEI, “L’Intervention du Juge Étatique des Mesures Provisoires et Conservatoires en présence d’une Convention d’Arbitrage – droits français, anglais et suisse”, L.G.J.J (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 2002, pp. 31 e ss. e 141 a 149, NATHALIE VOSER, *op. cit.*, pág. 171-85, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, “On International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law*, 1999, pág. 710 e segs.

Por sua vez, e no que se refere à jurisprudência internacional com reflexo nas arbitragens, merece aqui um claro destaque o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 17 de Novembro de 1998 (caso Van Uden), nos termos do qual se entendeu que os órgãos judiciais dos Estados-Membros podem decretar medidas cautelares em apoio a processos arbitrais – isto com base no artigo 24.º da Convenção de Bruxelas de 1968, hoje correspondente ao artigo 31.º do Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (apesar de ser dominante, e por boas razões, a tese de que a arbitragem está excluída do campo de aplicação dos referidos diplomas legais). Segundo este Acórdão, o mencionado artigo 24.º da Convenção de Bruxelas pode fundamentar a competência de um tribunal judicial para decretar medidas cautelares, independentemente de já se ter iniciado ou não o processo principal sobre o mérito do litígio e ainda que este processo principal deva decorrer perante árbitros – *cf.* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0391:PT:HTML>. Com relevância para esta mesma questão, veja-se ainda os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 27 de Abril de 2004 (caso Turner) e de 10 de Fevereiro de 2009 (caso West Tankers) – *cf.*, respectivamente, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0159:PT:HTML> e <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:082:0004:01:PT:HTML>.

¹³ Sobre esta matéria veja-se, particularmente, ANA PAULA MATOS MARTINS, *op. cit.*, pp. 66 e 67.

¹⁴ Segundo o citado preceito legal, “*não implica renúncia à convenção de arbitragem o requerimento de qualquer procedimento cautelar dirigido ao tribunal judicial*”.

em vigor. De todo o modo, e por razões que se desconhecem, o referido preceito legal não chegou a transitar para a LAV; e daí a dúvida que, a este respeito, se pode em abstracto colocar¹⁵, mas que hoje em dia nos parece ultrapassada, como *supra* se referiu.

Em todo o caso, como adiante melhor se explicitará, o respeito da vontade das partes e a admissão da arbitragem como meio alternativo e não apenas subsidiário de resolução de litígios, devem conduzir a uma revisão das medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral.

3. A QUESTÃO DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES RELACIONADAS COM PROCESSOS ARBITRAIS QUE TENHAM CONEXÃO COM VÁRIOS SISTEMAS JURISDICIONAIS NACIONAIS

I – O sistema arbitral português foi inicialmente pensado numa lógica que tinha muito pouco de internacional. Basta, para tanto, recordar que os trabalhos preparatórios da LAV se realizaram antes da adesão de Portugal à então CEE e numa fase ainda relativamente incipiente das arbitragens internacionais. No entanto, a internacionalização da economia e a globalização dos investimentos têm tido como efeito um grande aumento do número de entidades empresariais que exercem actividade em vários países, neles detendo activos ou direitos com valor patrimonial. Portugal não tem sido alheio a este processo, que está em aceleração inequívoca.

Para além disso, o processo de normalização jurídica internacional está muito longe de ter atingido um grau elevado de consolidação, pelo que subsistem diferenciações relevantes entre jurisdições – mesmo europeias – quanto a regras processuais e à disponibilidade de institutos cautelares de protecção de expectativas ou de direitos subjectivos. Quer-se com isto dizer que a própria doutrina internacional não está consolidada.

Por estas razões é expectável que nos próximos anos se acentue a tendência para que em litígios submetidos a tribunais arbitrais, cuja sede seja fora de Portugal, se coloquem situações em que uma das partes pretenda desencadear um procedimento cautelar a ser decidido por um tribunal arbitral nacional ou estrangeiro, decretando acções ou omissões cuja concretização ou efeitos ocorram no espaço jurisdicional português. Acresce que tenderá, também, a ocorrer cada vez mais a interposição de providências cautelares em tribunais judiciais estrangeiros, por dependência de arbitragens externas à nossa jurisdição (mas também com efeitos em Portugal),

¹⁵ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *op. cit.*, pp. 20 a 22.

ou o pedido directo a tribunais portugueses de decretamento de providências cautelares, por dependência de arbitragens com sede no estrangeiro.

E, como situação espelho do que se referiu atrás, ocorrerão situações em que se decidirão procedimentos de tipo cautelar, em tribunais situados fora de Portugal, por dependência de litígios submetidos a arbitragens com sede em Portugal e para os quais se irá, por vezes, requerer o apoio da justiça estatal portuguesa.

Sobre esta matéria não existe em Portugal, tanto quanto é do nosso conhecimento, nenhuma jurisprudência¹⁶; por isso, o que a seguir se refere deve ser entendido como uma espécie de *provocatio ad agendum*, não tendo esta reflexão a pretensão de fechar as questões, mas, pelo contrário, abri-la na comunidade científica portuguesa.

II – O princípio da colaboração entre tribunais estatais e arbitrais¹⁷, a que voltaremos, não deve circunscrever-se às áreas tradicionalmente admitidas¹⁸, antes devendo ontologicamente ser estruturado de forma a que os efeitos positivos (que aliás a Constituição e a Lei reconhecem) deste método alternativo de resolução de litígios sejam potenciados. Por isto, deve considerar-se que só existindo sólidas razões de base legal que explicitamente o impeçam será ponderável a recusa de colaboração. Entendemos mesmo que a lógica do sistema americano (os tribunais são muito liberais a decretar medidas cautelares que favorecem o respeito dos compromissos arbitrais e a sua exequibilidade, recusando-as quando tendem a frustrar as arbitragens) deverá

¹⁶ Sendo que, também aqui, a doutrina portuguesa é escassa. A este respeito, veja-se, concretamente, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)” *op. cit.*, pp. 86 a 89 e, no que se refere à exequibilidade de medidas cautelares, MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, *op. cit.*, pp. 662 a 667, MARIA JOÃO MIMOSO, *op. cit.*, pp. 365 e ss. e JORGE BASTOS LEITÃO, *op. cit.*, pp. 22 e ss.. Também PAULA COSTA E Silva aborda ao de leve a matéria, extraíndo do princípio da equiparação das sentenças arbitrais às judiciais consequências que serão relevantes nesta sede – *cf.* “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 142 a 144. O tema, mesmo em países mais avançados, não era pacífico. Veja-se, por todos, ADAM JOHNSON, “Interim Measures of Protection in Arbitration Proceedings”, HERBERT SMITH, artigo elaborado para a IBA Conference, Barcelona, 1999, com referência ao caso *Siskina* e a posterior evolução jurisprudencial, com realce para o caso *Channel Tunnel* (antes do Arbitration Act de 1996) e para o caso *Van Uden*, págs. 21 e segs. No que à situação de Espanha se refere, veja-se ALEJANDRO LOPEZ ORTIZ e SILVIA MARTINEZ, “Spanish Courts race to assist international arbitration tribunals with interim measures”, PLC Newsletter, Setembro 2009, com referência a decisões judiciais.

¹⁷ Concretamente sobre este princípio, veja-se ALI YESILIRMAK, *op. cit.*, pp. 66 a 75 e CARLOS FIGUEIREDO FORBES e PAULA CARDOSO, “Cooperation Between Judicial Authorities and the Arbitral Tribunal according to Brazilian Arbitration Law”, *IBA Arbitration Newsletter*, Outubro, 2007, pp. 15 a 17.

¹⁸ Acções de anulação, recursos quando admitidos, nomeação de árbitros, etc. *Vide* CARLOS SUPPLY FORBES/PAULA BUTTI CARDOSO, “Cooperation between judicial authorities and the arbitral tribunal according to the Brazilian Arbitration Law”, *IBA Arbitration Committee Newsletter*, Outubro de 2007, pp. 15 a 17.

ser importada pelos tribunais portugueses. Como escreve um prestigiado árbitro internacional¹⁹, “*judicially rendered interim measures should be issued when necessary to preserve the capacity of the arbitral tribunal to render an effective award, courts should support, not substitute for, the arbitrators’ authority*”.

E, também, nada justifica que o princípio da colaboração se limite a arbitragens com sede em Portugal, antes devendo abranger as arbitragens com sede em outros países. A lei em nada distingue as situações e optar por uma interpretação oposta seria nefasto para a imagem externa de Portugal na comunidade arbitral, com elevados inconvenientes para as empresas e os práticos portugueses.

III – Mas deverá esta abertura ser restrita a situações que ocorram apenas em países que tenham aderido à Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958? Ou, para além destes (em que comprovadamente nos parece mais pacífica a aceitação), será admissível estender o regime favorável a situações que ocorram em países não aderentes?

Entendemos que sim, pelo menos por idêntica razão à que permite concluir que o *exequatur* em relação a sentenças arbitrais não pode ser negado *ipso facto*, devido à circunstância de tais sentenças emanarem de país não aderente à Convenção.

É certo que Portugal formulou a reserva da reciprocidade na sua adesão à Convenção²⁰. As razões da mencionada reserva inserem-se, evidentemente, na lógica da protecção de interesses nacionais na ordem externa²¹ e, por isso, não podem legalmente deixar de ser ponderadas. Mas não nos parece que esta reserva justifique que se trate de forma desigual (*i.e.*, pior) uma providência cautelar decretada por um tribunal judicial estrangeiro (e confirmada pelo tribunal arbitral) no âmbito, ou por dependência, de um procedimento arbitral, do que se trataria se estivéssemos perante uma providência decretada no âmbito de um processo judicial num país com o qual Portugal não tenha nenhuma convenção vinculativa sobre reconhecimento de decisões judiciais.

Esta lógica argumentativa relativa a sentenças arbitrais e à colaboração para actos materiais deve aplicar-se, por igual, a providências cautelares decretadas por tribunais arbitrais com sede

¹⁹ Cfr. DONALD F. DONOVAN, “*Powers of arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders*”, AAA/ICC/ICSID 15^o Joint Colloquium on International Arbitration, Paris, 1998, pp. 20 a 21.

²⁰ Cfr. Aviso n.º 142/95 de 21 de Junho.

²¹ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 23/05/1991 (processo n.º PGRP00000406), in <http://www.dgsi.pt/>.

em países que não tenham aderido à Convenção de NY (ou que tenham aderido em termos que permitam aplicar a reserva da reciprocidade já mencionada), pois nada justifica tratar com menores condições de reconhecimento decisões arbitrais quando comparadas com decisões judiciais.

Nestes casos, o que importa é assumir que o procedimento de colaboração deverá seguir as regras previstas na lei portuguesa²², se no caso for necessário obter *exequatur*. Isto é, os tribunais portugueses deverão escrutinar com especial cautela o que se lhes pede, mas não deverão deixar de aceitar colaborar se acabarem por se considerar satisfeitos com o cumprimento das condições legalmente determinadas.

IV – Outra questão será a de saber se é viável que uma das partes numa arbitragem que tenha a sua sede fora de Portugal venha, junto de tribunais portugueses, requerer uma providência cautelar. Pode acontecer que, com isso, não pretenda forçosamente executar em Portugal a futura decisão, mas apenas obter, aqui, uma decisão executória. Se assim for, e se existirem elementos de conexão que justifiquem a competência dos tribunais portugueses (designadamente em situações de providências cautelares de arresto sobre bens situados em Portugal, ou de suspensão de deliberações sociais em empresas com sede em Portugal²³), não nos parece dever retirar-se, da especificidade que possa ter o regime do *exequatur* no caso concreto, conclusões relevantes. O que deve acontecer é que o tribunal analise com especial prudência a pretensão, para evitar situações de *forum shopping* ou *forum conveniens*, que a doutrina e a jurisprudência arbitral internacional têm vindo a estigmatizar, e com boas razões²⁴.

A questão também não oferece especiais dificuldades no caso de decisões cautelares a determinar por tribunais portugueses, na dependência de arbitragens situadas em Portugal e que se pretende que tenham efeitos no nosso país. Entendemos que, também neste caso, o tribunal não deve recusar *ipso facto* a sua competência, pois a decisão local não vai colocar problemas de *exequatur*. E até, por maioria de razão, visto que é sempre mais seguro para um tribunal decidir sobre uma questão substantiva que lhe é colocada directamente, do que aferir decisões

²² Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, *op. cit.*, pp. 142 a 144 e 151 e ss. e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 298.

²³ Cfr. JORGE BASTOS LEITÃO, *op. cit.*, pp. 24 e ss., Veja-se, ainda, P. JENARD, “Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters”, in *Official Journal of the European Communities N. C 59/1*, MARTA PERTEGÁS SENDER, in *European commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, 523-533, edição de Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Sellier European law publishers, 2007 e o Acórdão Uden and Mietz, ECJ cases C-391-95 e C-99/96, *apud* JORGE BASTOS LEITÃO, *op. cit.*, pp. 25 e 26.

²⁴ Cfr. NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARTASIDES/ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER, “Redfern and Hunter on International Arbitration”, 5.ª edição, Oxford University Press, 2009, pp. 178, 192, 630, 676 e 677.

tomadas por outras entidades com competência jurisdicional, a que tem acesso, evidentemente, apenas de forma mediata.

A única especificidade das providências cautelares requeridas a tribunais portugueses, por dependência ou em relação a arbitragens em que a sede não seja em Portugal, será a maior complexidade factual da informação a comunicar ao tribunal no requerimento inicial e os cuidados a tomar para lhe demonstrar que a cominação prevista no artigo 383.º, n.º 5, do CPC, está satisfeita pela existência de um processo em curso ou que, posteriormente à decisão cautelar, teve início tempestivo o processo principal. E, como veremos adiante quando abordarmos a situação na América Latina, faria todo o sentido que os tribunais que decretarem providências cautelares, expressamente solicitem ao tribunal arbitral – sobretudo quando as providências sejam decretadas antes da sua constituição – que as revisitem, confirmem, alterem ou anulem.

V – A doutrina e a jurisprudência internacionais, de que temos conhecimento, confirmam como regra (aceite de forma muito geral) a tese que propugnamos²⁵. Ademais, nada encontramos no sistema normativo português que permita suscitar a dúvida quanto à aceitação, por este, de providências cautelares que, por dependência de uma arbitragem com sede em Portugal, sejam decretadas pelas justiças de outros países. Intercedem, neste tipo de situações, idênticos factores a que se aludiu para a hipótese que se diria oposta e tratada imediatamente acima. Nesse sentido vão, igualmente, a doutrina e jurisprudência internacionais²⁶.

O que terá de específico este caso será a questão de sabermos se é exigível o procedimento de *exequatur* em Portugal como condição de admissibilidade de efeitos da providência decretada na nossa ordem interna, em especial no âmbito do processo arbitral, mas também eventualmente fora dele²⁷. Se entendermos que não será necessário o *exequatur*²⁸, como propugnamos, então

²⁵ Cfr. “La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares”, ROQUE CAIVANO, “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión”, Instituto Peruano de Arbitraje, Ediciones Magna, Peru, Tomo 2, 2009, pág 42 a 43; MARIA MARCOS GONZALEZ, “Notas sobre la adopción de medidas cautelares por árbitros en España”, *op. cit.*, idem, Tomo 1, 2008. No entanto, e como excepção, em certos países há dificuldade em conseguir dos tribunais decisões cautelares por dependência de processos arbitrais estrangeiros; é o que acontece, por exemplo, em Singapura (“Court-Ordered Interim Relief in Support of ‘Foreign’ Arbitrations in Hong Kong, Singapore and England”, Chris Parker, *Asian Dispute Resolution*, Julho 2007, pp. 82 a 85, “High Court’s Power to Grant Interim Injunction in Aid of Foreign Arbitration”, DLA Piper Singapore, *International Law Office*, May 2007) e na Índia (“Appeal Court Upholds Decision on Jurisdiction to Grant Interim Relief”, Tejas Karia, *International Law Office*, Agosto 2009).

²⁶ Cfr. JOSÉ LUÍS MESEGUER DE VELASCO, “Definición de Laudo Arbitral. Ámbito de aplicación, tipos de laudo, medidas cautelares, carácter del laudo”, *Arbitraje, op. cit.*, idem, Tomo 2, pp. 385 a 392.

²⁷ Sobre a questão da aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque ao *exequatur* de decisões cautelares, ver ROQUE CAIVANO, “La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares”, “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión”, Instituto Peruano de Arbitraje, Ediciones Magma, Peru, 2009, pp.40 e ss..

suscita-se uma outra questão que tem a ver com a eventual problemática da decisão poder ser controversa quanto a fundamentos e/ou quanto à concreta medida decretada quando revista à luz da lei ou da jurisprudência portuguesa.

VI – Esta solução não é, contudo, internacionalmente incontroversa. Ainda recentemente, no caso *Comverse Inc. vs American Telecommunications Ltda*, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro – alterando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – entendeu que não podia decretar, sem *exequatur* prévio, uma medida cautelar tendente a arrestar activos que permitissem assegurar o cumprimento de um laudo arbitral estrangeiro já transitado em julgado, decisão esta que a doutrina está a considerar regressiva e oposta à tendência dominante no Brasil²⁹.

Realmente não se entende que o *fumus bonus juris* não se considere satisfeito com uma sentença transitada em julgado de um tribunal arbitral, visto que a densidade normativa de um laudo arbitral transitado é seguramente maior do que o de um laudo parcial e provisório como é, por definição, uma decisão cautelar decretada por um tribunal arbitral. Esta decisão – se não for alterada no futuro pelo STJ – pode, na prática, inviabilizar no Brasil a execução de decisões cautelares arbitrais decretadas na pendência de uma arbitragem internacional, dado que o processo de *exequatur* demora, em regra, cerca de um ano.

4. A ADMISSIBILIDADE DE PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DECRETADAS POR TRIBUNAIS ARBITRAIS

I – Até aqui assumiu-se, dir-se-á que axiomáticamente, que os tribunais arbitrais podem decretar providências cautelares, como resulta desde logo do artigo 17.º, n.º 1 da Lei Modelo UNCITRAL. Mas a questão, pelo menos em todos os seus aspectos, está longe de ser consensual em Portugal; e é sabido que, sendo a *lex arbitrii* que determina a solução, esta questão tem de ser analisada em relação a arbitragens nacionais ou internacionais com sede em Portugal. Aliás,

²⁸ Neste sentido, veja-se PAULA COSTA E Silva que, implicitamente, defende a desnecessidade de *exequatur* – *cfr.* “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, *op. cit.*, pp. 143 e 144.

²⁹ *Cfr.* VALERIA GALINDEZ, “*Comverse Inc vs American Telecommunications Ltda: Superior Court of Justice denies interim relief to secure enforcement of foreign arbitral award pending its recognition*”, in *IBA Arbitration Newsletter*, Março de 2010, pp. 152 e ss..

mesmo a nível internacional, a evolução a favor da possibilidade de tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares é relativamente recente, mesmo nas arbitragens institucionais³⁰. Ora, tal como já foi referido, a LAV é completamente omissa quanto à temática das providências cautelares no âmbito da arbitragem. Em consequência disso, discute-se se os tribunais arbitrais podem, ou não, decretar providências cautelares.

II – A este respeito, a doutrina e jurisprudência portuguesas divergem. Concretamente, e no que à doutrina se refere, a posição maioritária (embora com algumas diferenças entre si) sustenta terem os árbitros competência para decretar providências cautelares³¹. Neste sentido, e muito resumidamente, argumenta-se que as partes, ao estabelecerem na convenção de arbitragem a competência dos árbitros para dirimir o litígio em causa, estarão desde logo a atribuir, também, implicitamente aos árbitros o poder para decretarem as respectivas medidas cautelares. Razão pela qual, a doutrina maioritária entende que os tribunais arbitrais poderão decretar providências cautelares, desde que: (i) tal tenha sido expressamente estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem; (ii) as referidas medidas cautelares tenham como destinatário uma das partes do processo arbitral; e (iii) a sua respectiva execução não envolva competências de natureza executiva ou o exercício de poderes de autoridade (*ius imperii*) – pois aí já seria necessário o recurso ao tribunal judicial.

Em oposição à posição dominante *supra* referida, Lebre de Freitas entende que os árbitros não podem decretar providências cautelares, excepcionando, porém, a hipótese da emissão de providências cautelares que visem antecipar provisoriamente a decisão definitiva e desde que tal esteja expressamente previsto na convenção de arbitragem³².

³⁰ Ver, por todos, JULIAN LEW, “Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases”, in “ICC International Court of Arbitration Bulletin”, vol. 11, n.º 1, 200, pp. 23 a 30.

³¹ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.* p. 87, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.* pp. 211a 235, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)” *op. cit.*, pp. 57 a 113 e “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações”, *op. cit.*, p. 60, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares”, *op. cit.*, pp. 100 e ss., MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, *op. cit.*, pp. 241 a 245, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 89 e 90, MARIA JOÃO MIMOSO, *op. cit.*, pp. 219 a 223 e 301, GONÇALO MALHEIRO, *op. cit.*, pp. 11, 21 e ss., MARIA ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, p. 382 e JORGE LEITÃO BASTOS, *op.cit. passim*.

³² Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, (i) “Introdução ao Processo Civil – conceito e princípios gerais”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, pp. 70 e 71, (ii) “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume II, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2009, p. 549 e (iii) “Código de Processo Civil Anotado”, Volume 2.º, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 20. Sobre esta matéria, veja-se ainda ANA PAULA MATOS MARTINS, *op. cit.*, pp. 82 e ss..

Por sua vez, e no que se refere à jurisprudência portuguesa, saliente-se, desde já, que a mesma não acompanha a posição maioritária da doutrina. Na verdade, com excepção do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17/05/2005 (processo n.º 0522209)³³, toda a restante jurisprudência de que temos conhecimento entende não terem os tribunais arbitrais competência para decretar providências cautelares.³⁴

III – A doutrina e a jurisprudência internacionais, as regras de instituições que gerem arbitragens internacionais (que se devem considerar fonte de direito internacional arbitral³⁵) e a Lei-Modelo da UNCITRAL (artigo 17.º) apontam, claramente, no sentido de que nada impede que os tribunais arbitrais decretem providências cautelares. Concordamos em absoluto com tal tese, por um conjunto vasto de razões.

Em primeiro lugar, como aliás é realçado pela doutrina dominante, nada parece justificar, pelo menos no que tange a medidas cautelares que não exigem o exercício de um poder de império (como se pode admitir ser o caso do arresto, até por ser legalmente determinado *ex parte*), que a vontade das partes, que expressamente o tenham previsto e autorizado, seja frustrada por considerações abstractas que têm mais a ver com preconceitos do que com razões de ser, até porque por vezes os tribunais comuns são os menos adequados para decretar medidas cautelares³⁶.

Em segundo lugar, as objecções que se levantam (em regra relacionadas com a *vexata questio* do *jus imperii*) nada afectam a possibilidade ou a razoabilidade de se admitir que se decretem, pois a questão tem apenas a ver com a eficácia e a implementação da medida, se não for espontaneamente aceite pela parte contra quem foi decretada; mas isso também se coloca se um tribunal decretar uma providência cautelar que deva ser executada noutra ordem jurídica, pelo menos em parte, em que não se encontram autores que recusem a possibilidade³⁷. Neste caso, nada impede que a justiça estatal seja chamada a colaborar com o tribunal arbitral para

³³ Segundo este Acórdão “*não se arreda, à partida, a possibilidade de intervenção do tribunal arbitral no julgamento de um procedimento cautelar, desde que expressamente a convenção de arbitragem o preveja e tal procedimento não envolva ou pressuponha o uso do jus imperii por parte do tribunal que decreta a providência requerida. II – Fora desses casos, a competência para conhecer e julgar os procedimentos cautelares deve caber aos tribunais comuns*” – in <http://www.dgsi.pt/>.

³⁴ Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2008 (processo 3612-2009-8), de 20/04/2006 (processo 3041/2006-2), de 12/12/2002 (processo 0089192), bem como o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/05/2005 (processo 2209/2005), todos consultáveis em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁵ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 61 e ss., em particular, pp.69 a 73 e MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Manual de Arbitragem”, *op. cit.*, pp. 568 e ss..

³⁶ Para exemplos de situações em que isso acontece, veja-se NATHALIE VOSER, *op. cit.*, p. 173.

³⁷ Sobre esta matéria veja-se, particularmente, MARIA JOÃO MIMOSO, *op. cit.*, pp. 431 a 434.

concretizar e executar a medida determinada naquilo em que o tribunal arbitral o não possa fazer.

Em terceiro lugar, pelo menos a nível das arbitragens internacionais³⁸, a experiência demonstra que as Partes tendem a respeitar *sponte sua* as decisões provisórias ou cautelares tomadas por tribunais arbitrais na pendência do processo arbitral, se não for devido a melhores razões, para não desagradar aos árbitros, optando, em regra, por respeitar sem querelas as suas decisões. Ora, para que é preciso o *jus imperii* se os destinatários da decisão a respeitarem? Que sentido fará recusar uma solução pacificadora, que aliás as partes aceitam, em nome de uma teoria para o caso irrelevante?

Em quarto lugar, não existe nenhuma razão ontológica para assumir uma *capitis diminutio* dos tribunais arbitrais em relação aos judiciais nas providências cautelares, a qual se não considera que exista no que tange a sentenças finais. Também aqui, em regra, as partes respeitam as decisões; mas se não se conformarem com a sentença arbitral, há que recorrer aos tribunais estatais para a executar.

Por fim, acrescente-se, ainda, que será mais fácil assegurar a própria confidencialidade do processo³⁹ se os tribunais arbitrais tiverem competência para decretar providências cautelares. Na verdade, a vantagem de confidencialidade que os tribunais arbitrais apresentam face aos tribunais judiciais poderá ficar comprometida, uma vez que, nos termos do artigo 167.º do CPC, o processo civil é, em regra, público (isto não obstante as restrições à publicidade do processo previstas na lei, designadamente o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 168.º do CPC quanto aos procedimentos cautelares que estejam pendentes)⁴⁰.

IV – Entendemos, aliás, que devemos ir mais longe do que a doutrina portuguesa dominante no sentido favorável à arbitragem. Não nos parece que seja sequer necessário o acordo expresso (ou mesmo implícito, como será o que resulta da submissão do litígio ao regime de arbitragem institucionalizada numa entidade que, no seu regulamento, preveja a possibilidade de medidas cautelares serem decretadas pelo tribunal arbitral) das partes nesse sentido. A submissão de um litígio a arbitragem deve considerar-se que integra a atribuição de todos os instrumentos

³⁸ Cfr. ALI YESILIRMAK, *op. cit.*, pp. 238 e 269.

³⁹ Aspecto que, em muitos casos, está no processo genético da opção por este meio alternativo de resolução de litígios.

⁴⁰ Neste sentido, veja-se ALI YESILIRMAK, *op. cit.*, pp. 52 e 53 e GONÇALO MALHEIRO, *op. cit.*, pp. 30 e 31.

adequados à resolução do litígio e à potenciação da eficácia da decisão arbitral⁴¹. Na verdade, e tal como salienta Donald F. Donovan, “*it follows from arbitrators’ authority to issue a final and binding award on the subject matter submitted to them that, from the inception of the proceeding, they must have the authority to enter such orders – conservatory measures, provisional measures, interim measures of protection... – as are necessary to preserve their capacity to render a fair and effective award*”⁴². O referido Autor considera mesmo que este é um princípio geral de direito, no sentido do artigo 38.º do Estatuto do “International Court of Justice”.

Os defensores da tese da necessidade de acordo das Partes para que os tribunais arbitrais possam decretar providências cautelares, não consideram que tal acordo seja necessário para que os tribunais judiciais as decretem, mesmo na pendência de um processo arbitral. A admissão desta distinção nos regimes mascara, evidentemente, uma inconsciente e histórica desconfiança perante a justiça arbitral, tratada como se fosse uma solução de segunda ordem perante a justiça paradigmática, a judicial. E como refere Lucy Reed⁴³, “*the legislative trend in the countries that promote international arbitration is to permit arbitrators wide latitude in granting provisional measures*”.

Por isso entendemos que – a menos que a legislação aplicável ao processo, a *lex arbitrii*, se for caso disso, o impeça explicitamente, como acontece em Itália e acontecia com a Argentina⁴⁴ – para que se possa impedir os tribunais arbitrais de decretar providências cautelares será necessário que, de forma clara, as partes tenham decidido não lhes entregar tal poder no âmbito do compromisso arbitral e, em todo o caso, antes da constituição do tribunal arbitral⁴⁵. E também não concordamos com a solução espanhola do artigo 11.º, n.º 3 da Lei de Arbitragem⁴⁶, que impede as partes de excluírem a possibilidade de medidas cautelares serem requeridas a tribunais, mesmo que essa seja a sua vontade comum.

Por outro lado, consideramos ainda que a solução adequada é a de permitir que os tribunais judiciais possam decretar medidas cautelares, mesmo durante a pendência do processo arbitral,

⁴¹ Embora se possa considerar que é prudente incluir expressamente essa possibilidade, como para os EUA sugere LUCY REED – “*Interim Measures in Support of International Arbitration under USA Law*”, artigo elaborado para a IBA Conference, Barcelona, 1999. Sobre o regime nos EUA veja-se, ainda, ALAN SCOTT RAU, “*Provisional Relief in Arbitration: How things stand in the United States*” – in *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, vol 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Ediciones Magna, 2008, pág 461-530.

⁴² Cfr. DONALD F. DONOVAN, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ Cfr. LUCY REED, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴ Cfr. LUCY REED, *op. cit.*, pp. 10 e 11 e CRISTIAN CONEJERO ROOS, ANTÓNIO HIERRO HERNANDEZ-MORA e outros, coordenadores, “*El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco Legal y Jurisprudencia*”, La Ley e Cuatrecasas Gonçalves Pereira, Madrid, 2009, 80, nota (90).

⁴⁵ Cfr. DONALD F. DONOVAN, *op. cit.*, com referências diversas a decisões em arbitragens ICSID nesta matéria.

⁴⁶ Cfr. JORGE BASTOS LEITÃO, *op. cit.*, p. 19. e JOSÉ LUÍS MESEGUER DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 388 e ss.

mas nesta última situação apenas quando se trate de providências que exijam *ipso facto* o exercício do *jus imperii* e/ou tenham processualmente de ser decretadas *ex parte*, mas mesmo assim sempre explicitando o poder/dever do tribunal arbitral revisitar a decisão⁴⁷.

Nesse sentido não vamos tão longe quanto o English Arbitration Act de 1996; realmente no artigo 44.º, n.º 5 restringe-se o recurso aos tribunais comuns a casos de impossibilidade de o tribunal arbitral actuar “effectively”, para além da admissível situação de não ter poderes (como claramente acontece no arresto). É que a noção de “effectiveness” é de tal modo vasta num regime de *civil law*, que pode facilmente gerar situações de denegação de justiça⁴⁸.

V – A questão que se pode colocar, e que explicará, talvez, em boa medida alguma relutância prática em relação a requerer providências cautelares em processos arbitrais, é a impossibilidade (ou, pelo menos, a forte inconveniência) deles decretarem providências *ex parte*⁴⁹. Mas o facto é que é vasto o arsenal de possibilidades de que sejam úteis e adequadas providências em que o efeito surpresa não seja essencial para a produção do resultado e em que, portanto, a providência cautelar pode, e deve, ser submetida ao princípio do contraditório, ou em que existem mecanismos que permitam assegurar o respeito do efeito surpresa, aplicando em todo o caso o regime do contraditório⁵⁰.

5. A SITUAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E EM ESPECIAL NO BRASIL⁵¹

⁴⁷ Ver em geral, e por todos, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *op. cit.*, p. 723.

⁴⁸ Sobre o sistema britânico, veja-se PETER AEBERLI, “*Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act, 1996: A Procedural Route Map*” – *Arbitration International*, vol 21, nº 3, 2005, pp. 253 a 299 e ADAM JOHNSON, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ Por exemplo, a CCI não aceita medidas cautelares *ex parte*. Veja-se ERIC SCHWARTZ, “*The Practice and Experience of the ICC Court*”, in “*Conservatory and Provisional Measures*”, *op. cit.*, p. 59, embora a questão possa evoluir visto que está em curso o processo de revisão das “ICC Rules”.

⁵⁰ Pense-se, por exemplo, na figura das ordens preliminares – previstas no artigo 17.º-B da Lei-Modelo da UNCITRAL (versão de 2006) e nos artigos 22.º e ss. do anteprojecto preparado pela Associação Portuguesa de Arbitragem para a revisão da actual Lei de Arbitragem Voluntária. Trata-se aqui, concretamente, de medidas a que fundamentalmente se recorre para se preservar a situação existente, enquanto o tribunal arbitral não está em condições de decretar uma providência cautelar. Assim, uma das partes poderá requerer ao tribunal arbitral uma providência cautelar e, simultaneamente, uma ordem preliminar dirigida à outra parte, esta sem prévia audiência desta, de forma a não frustrar a finalidade da providência cautelar requerida. Neste caso, independentemente de o tribunal arbitral decretar, ou não, a ordem preliminar requerida, a providência cautelar será sempre submetida ao princípio do contraditório. A este respeito, e no que a esta figura das ordens preliminares se refere, veja-se, por exemplo, JOSÉ MIGUEL JÚDICE/PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *Arbitration World*, 2.ª edição, 2006, p. 286.

⁵¹ A análise que se fará neste capítulo restringe-se a arbitragens comerciais e não inclui as arbitragens de investimento com base na Convenção de Washington ou em outros tratados internacionais bilaterais ou multilaterais, onde se suscitam problemáticas específicas, sobretudo quando as medidas são decretadas por tribunais arbitrais. Ver, a este propósito, por exemplo, SYLVIA NOURY AND VIREN MASCARENHAS, “Provisional

I – Como já se referiu, existe na América Latina, e em concreto no Brasil, uma forte dinâmica arbitral, quer em termos doutrinários, quer jurisprudenciais. E, com evidentes e raras exceções, o Judiciário tende a mostrar um forte *favor arbitratis*. Por exemplo, no Brasil são raras as decisões que não sejam favoráveis à arbitragem que, quando ocorrem e pelo seu ineditismo, se tornam notícia a nível internacional⁵².

Na América Latina, tradicionalmente, só os tribunais estatais podiam decretar medidas cautelares. No entanto, a tendência mais moderna tem sido claramente no sentido de que os tribunais arbitrais as possam decretar, a menos que as partes tenham acordado retirar-lhes tal poder⁵³. Para além do Brasil (admitindo-se que não sendo a lei totalmente clara, a evolução não está consolidada), as leis arbitrais da Bolívia, Chile, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Venezuela e Uruguai permitem que os tribunais arbitrais decretem medidas cautelares e até que exijam garantias em relação a elas. Cuba, Nicarágua, Peru e República Dominicana ainda vão mais longe no sentido favorável à arbitragem. No Equador e Colômbia, se as partes o tiverem admitido, podem mesmo os tribunais arbitrais pedir auxílio à força pública para executar as decisões cautelares⁵⁴.

II – No caso especial do Brasil admite-se que os tribunais estatais decretem providências cautelares antes da constituição do tribunal arbitral e, em situações de comprovada urgência, durante o próprio processo arbitral⁵⁵. Para alguns autores⁵⁶, a parte não poderá dirigir-se ao Poder Judiciário se não através de pedido feito ao tribunal arbitral. Mas a doutrina dominante vai no sentido de ser possível o pedido directo quando necessário, mesmo durante a pendência do processo arbitral.

Os tribunais arbitrais têm competência para eles próprios decretarem providências, a menos que as partes o tenham expressamente recusado. Mas deve admitir-se que os tribunais estatais

Measures in investment disputes – are damages sufficient?”, IBA Arbitration Newsletter, Março de 2010, pp. 53 e ss. e Autores e decisões arbitrais aí citadas.

⁵² Como aconteceu no *supra* citado caso Comverse.

⁵³ Cfr. CRISTIAN CONEJERO ROOS, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Cfr. CRISTIAN CONEJERO, *op. cit.*, pp. 80 e 81.

⁵⁵ Cfr. CARLOS ALBERTO CARMONA, “Arbitragem e Processo”, 3.^a edição, Editora Atlas, S. Paulo, 2009, p. 328, CARLOS SILVEIRA LOBO/RAFAEL NEY, “Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral”, in “Arbitragem Interna e Internacional”, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 253 a 256 e CARLOS FIGUEIREDO FORBES/PAULA CARDOSO, “Cooperation Between Judicial Authorities and the Arbitral Tribunal according to Brazilian Arbitration Law”, “IBA Arbitration Newsletter”, Outubro, 2007, pp. 15 a 75.

⁵⁶ Por exemplo, PEDRO BATISTA MARTINS, “Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro”, in “Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 36.

possam escrutinar formalmente com detalhe os poderes dos árbitros e a instituição arbitral, e devolver-lhe o pedido, desde que de modo fundamentado, quando os árbitros não consigam, sem auxílio do Poder Judiciário, executar a providência cautelar que tenham decretado⁵⁷. Não existem limitações a medidas cautelares transfronteiriças e funciona com grande naturalidade a cooperação da justiça estatal com a arbitral, quando se trata de executar decisões preliminares ou cautelares de tribunais arbitrais.

É comum no Brasil que os tribunais comuns que tenham decretado medidas cautelares com anterioridade à constituição do tribunal arbitral determinem, de forma expressa, que este revise a decisão para a confirmar ou alterar, mantendo-se a existência desse poder, mesmo que as partes tenham retirado aos árbitros a capacidade de decretarem medidas cautelares⁵⁸.

Esta tendência faz todo o sentido, podendo mesmo considerar-se apodíctica. De facto, não tendo os tribunais arbitrais poderes de *imperium* e, por isso, não conseguindo em regra fazer executar ou respeitar as suas decisões se uma ou todas as partes não optarem por respeitá-las livremente, a cooperação com o Judiciário é um elemento ontológico do sistema. E, para além disso, a admissão constitucional deste sistema alternativo de resolução de litígios pressupõe que a sua validade seja reconhecida metodologicamente como um *prius*, devendo, nesse sentido, os tribunais judiciais resistir à tentação de assumirem implicitamente que os tribunais arbitrais são uma justiça de segunda ordem ou dependente, recusando então admitir que os árbitros possam alterar decisões judiciais, no âmbito da sua competência.

Se as partes optaram por submeter à arbitragem os seus litígios, então o resultado pretendido deve ser assegurado nesses precisos termos, fazendo prevalecer as decisões arbitrais como *ultima ratio*, pelo menos se, e quando, não estiver admitido recurso contra as decisões arbitrais.

Mas o princípio da cooperação vai (tem de ir) ainda mais longe, e, nesse sentido, o sistema judicial e a doutrina brasileira são excelentes exemplos a seguir. Os tribunais arbitrais podem, em certas circunstâncias, considerar que devem, *motu proprio*, pedir ajuda aos tribunais judiciais no processo de formação da decisão e não apenas na sua execução. Trata-se de situações em que no decurso do procedimento cautelar arbitral os árbitros entendam que precisam de apoio

⁵⁷ Mesmo antes da Lei de Arbitragem já era essa a posição da melhor doutrina, devendo atribuir-se ao tribunal arbitral, em caso de resistência da parte condenada, o poder de requerer a ajuda da justiça comum. Esse é hoje o regime que resulta do artigo 22.º, n.º 4, da Lei de Arbitragem Brasileira, ainda que para parte da doutrina o tribunal arbitral não tenha poderes cautelares: ver CARLOS ALBERTO CARMONA, *op. cit.*, p. 323 e ss. E, também, PEDRO BATISTA MARTINS, *op. cit.*, pp. 357 a 382.

⁵⁸ Cfr. CARLOS ALBERTO CARMONA, *op. cit.*, p. 326.

do Judiciário, que deverá evidentemente ser concedido⁵⁹. Esta possibilidade pode assegurar a viabilidade prática de medidas cautelares, antes de serem determinadas, funcionando como alternativa a ordem preliminares *ex parte*, ou concretizarem-se em sequência a elas.

A cooperação com o Judiciário torna-se, aliás, ainda mais essencial se as partes optarem por retirar aos árbitros poderes para decretar medidas cautelares, o que é admissível⁶⁰ – sendo óbvio que essa decisão não afecta o poder do tribunal arbitral de *motu proprio* agir para que medidas cautelares possam ser iniciadas, ainda que se deva reconhecer que na prática será improvável que um tribunal arbitral vá tão longe no exercício dos seus poderes.

Já no que se refere à aceitação pelo Poder Judiciário brasileiro de medidas cautelares decretadas no exterior, o procedimento de *exequatur* prévio é essencial, sendo mesmo discutida tal possibilidade, por se entender que uma medida cautelar não pode ser definitiva, falhando assim uma condição para o reconhecimento, solução aliás criticada pela doutrina⁶¹.

6. CONCLUSÃO

O que existe de especialmente interessante num instituto, para o cultor da Ciência Jurídica, é a plasticidade que resulte da inexistência de soluções consolidadas e normalizadas. Mas para o prático – que tem de viver no mundo do Ser e não tanto no do Dever Ser, em que Clientes e/ou outros práticos lhe pedem uma solução/decisão vinculativa – a previsibilidade e a consolidação das soluções é uma aspiração meta-jurídica por excelência. Mas, seguramente que, se fosse possível, um mundo jurídico preparado para decisões automáticas seria um mundo tão perigoso como um outro em que a inexistência de regras ou soluções mais ou menos consolidadas levasse a imprevisibilidade para além de todos os limites.

O reino da arbitragem, neste sentido, é – passe o pleonismo – um mundo perfeito. A densidade das decisões arbitrais e judiciais e a qualidade da doutrina publicada, um pouco por todo o lado, tornam o direito da arbitragem uma área jurídica com elevado grau de previsibilidade, se os decisores jurisdicionais se conformarem com a doutrina dominante. Mas, por outro lado, a inexistência de um direito internacional da arbitragem, que seja predominante em relação aos

⁵⁹ Cfr. CARLOS SILVEIRA LOBO, *op. cit.*, p. 264, e SÉRGIO BERMUDEZ, “Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral”, “In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, José Maria Rossani, São Paulo, 2002, pp. 280 e 281.

⁶⁰ Cfr. CARLOS ALBERTO CARMONA, *op. cit.*, pp. 269 e 270.

⁶¹ Ver por todos, PEDRO BATISTA, *op. cit.*, pp. 377 a 382.

direitos e sobretudo à experiência dos decisores nacionais, tornam o grau de imprevisibilidade suficientemente interessante para motivar o que em nós existe de estudioso do Direito.

O caso das providências cautelares é, em nossa opinião, um exemplo de escola do que fica dito. Parece-nos evidente que o regime das providências cautelares no ambiente do direito da arbitragem deveria já estar muito consolidado e que existem todos os elementos para que assim seja. E no entanto, pelo menos no caso português, não é isso que acontece.

O objectivo desta reflexão tem, por isso, metodologicamente muito de semelhante à tarefa dos cartógrafos dos Descobrimentos. O que eles fizeram foi sobretudo mapear mundos pouco conhecidos, mas existentes. Depois do laborioso trabalho que foram fazendo, navegar tornou-se mais fácil e talvez menos estimulante. E, como é evidente, a História registou pouco desta odisseia. O nosso desejo é que rapidamente este texto de cartógrafos se torne irrelevante na generalização do conhecimento e na harmonização e previsibilidade das soluções.

Um dia Ronald Reagan disse, com a sabedoria dos homens carismáticos, “there’s no limit to what a man can do or where he can go if doesn’t mind who gets the credit”. A questão das providências cautelares no âmbito de processos arbitrais em Portugal precisa de um salto histórico, um verdadeiro giro copernicano, para se tornar evidente o que ainda é rejeitado, Essa a tarefa em que este texto se insere. Se for conseguido, o resultado pretendido é suficiente como motivação para prosseguirmos nesta mesma senda, seja quem for que finalmente receba o crédito.

Lisboa, 2010