

A CONDENAÇÃO GENÉRICA EM PROCESSO ARBITRAL ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 09 DE NOVEMBRO DE 2017

CARLA GÓIS COELHO

Mestre em Direito (Mestrado Científico em Ciências Jurídicas - FDUL)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUNL)
Advogada, Associada Coordenadora PLMJ

LEONOR CALDEIRA

LL.M. (Queen Mary University of London)
Advogada, Associada PLMJ

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo n.º: 598/17.4YRLSB-6¹

Relator: Nuno Sampaio

Resumo:

A. Factos Relevantes:

A decisão judicial ora em análise versa sobre a relação contratual entre duas partes que, em 18 de janeiro de 2007, celebraram entre si um contrato de empreitada, o qual continha uma convenção de arbitragem para resolução de eventuais litígios.

Durante a execução desse contrato de empreitada as partes divergiram quanto a defeitos nos trabalhos realizados pelo Empreiteiro, bem como quanto a faturas alegadamente em dívida por parte do Dono da Obra.

Em 2 de novembro de 2009 e antes de recorrerem à via arbitral ou judicial, resolveram as partes celebrar um acordo extrajudicial, através do qual as partes assumiram que iriam “*envidar esforços para chegarem a acordo para fecho da empreitada até ao dia 30.11.2009*”, sendo certo que, caso as partes não chegassem a tal entendimento, seria “*constituída arbitragem técnica nos termos de acordo anexo ao auto de recepção provisória, sendo nomeado um árbitro por ambas as Partes e o Presidente por acordo entre os árbitros nomeados, ou na falta de acordo, pelo Tribunal da Comarca de Lisboa*”.

Contudo, tendo-se frustrado as tentativas de conciliação extrajudicial (e aparentemente fazendo desconsiderando o convencionado em 2 de novembro de 2009), foi subsequentemente iniciado um processo arbitral, ao abrigo da convenção de arbitragem constante do contrato de empreitada celebrado a 18 de janeiro de 2007. Foram formulados pedidos e contra-pedidos indemnizatórios.

Assim, em 6 de outubro de 2015 foi proferida pelo tribunal arbitral constituído para o efeito uma sentença arbitral que “*resolveu*” o caso da seguinte forma:

“*Sendo inválida a declaração de resolução do contrato de empreitada declarada pelo Demandado, por carta datada de 6 de Setembro de 2010 dirigida à demandante e por esta recebida, e encontrando-se assim em vigor o mesmo contrato, com a configuração que lhe foi dada pelo acordo celebrado entre as Partes em 2 de Novembro de 2009, com o “Aditamento” datado de 20 de Janeiro de 2010 - conferir as considerações supra, feitas em VIII “MULTA” - ao abrigo da autorização dos árbitros para julgar de acordo com a equidade, condenam-se as partes, em condenação a liquidar em execução de sentença, no cumprimento das obrigações por ambas assumidas nesse acordo, dando-se por reproduzida a acta de reunião referida no n.º 34 dos factos provados, e que se encontrarem com actualidade e em mora*». (sublinhados nossos)

Posteriormente, em resposta a um pedido de esclarecimento de decisão arbitral, declarou o mesmo tribunal arbitral, em 6 de novembro de 2015 que: “*será no âmbito da liquidação em execução de sentença que se determinará se os custos das eventuais reparações de defeitos assinalados nos autos de vistoria, que tenham já sido realizados por conta do Demandado e que sejam considerados da responsabilidade da Demandante, são correctos e razoáveis, de acordo com cada obra correspondente, fixando o seu justo valor*.” (sublinhados nossos)

A Demandada intentou subsequentemente ação de anulação dessa sentença arbitral.

Paralelamente, a Demandante iniciou novo processo arbitral a 28 de janeiro de 2016, tendo agora por base o acordo de 02 de novembro de 2009, que previa a realização de uma “*arbitragem técnica*”.

Nesta segunda instância arbitral por um lado requereu a liquidação da Sentença Arbitral de 6 de outubro de 2015 num valor de aproximadamente 5 milhões de euros e, por outro, formulou

¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 598/17.4YRLSB-6, 9 de novembro de 2017, disponível www.dgsi.pt

cinco pedidos de condenação da Demandada no pagamento de quantias relativas à reparação de vícios e defeitos identificados, bem como à correção de trabalhos de reparação e respetivos juros legais.

Ora, este segundo tribunal arbitral, uma vez constituído para o efeito, deliberou, ao abrigo do artigo 18.º da Lei da Arbitragem Voluntária (doravante, "LAV"), o seguinte: "*Julgar-se competente para conhecer do presente litígio, tal como o mesmo decorre das peças processuais apresentadas pelas partes (...)*"

É precisamente esta decisão interlocutória do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua própria competência para decidir o litígio que foi objeto de impugnação por parte da ali Demandada, nos termos dos artigos 18.º, n.º 9 e 46.º da LAV, por considerar, nomeadamente, que:

- (i) a Sentença Arbitral de 6 de outubro de 2015, na parte em que condena genericamente as partes ao cumprimento das obrigações reciprocamente assumidas, não determina a realização de uma segunda "*arbitragem técnica*", uma vez que não contém qualquer remissão nesse sentido.
- (ii) As várias questões litigiosas em aberto entre as partes (que não foram objeto da Sentença Arbitral já proferida) excedem o objeto da "*arbitragem técnica*" convencionada pelas partes no acordo de 02 de novembro de 2009, pelo que o tribunal arbitral não tem competência para analisar e julgar essas questões.

Por estas razões e com vista a procurar obter uma decisão no sentido da incompetência do tribunal arbitral, a Demandada apresentou, junto do Tribunal da Relação de Lisboa, a respetiva impugnação da prévia decisão do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua competência.

B. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu julgar improcedente a impugnação apresentada quanto à decisão do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua competência para a decisão do litígio, por considerar, relativamente a cada uma das conclusões da Recorrente, o seguinte:

- (i) Nada obsta a que as partes, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, convençam que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto daquele que proferiu a sentença; o artigo 47.º, n.º 2, da LAV, apesar de fazer alusão à

circunstância de a liquidação por via de processo arbitral ser efetuada pelo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica, não é uma norma imperativa e, portanto, essa possibilidade está, ou deve estar, na disponibilidade das partes.

- (ii) O tribunal arbitral tem o seu âmbito de intervenção definido e delimitado pela condenação genérica já anteriormente decretada (no âmbito do primeiro processo arbitral pendente entre as partes). De outro modo, o conteúdo da sentença arbitral seria sancionado por via do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea iii) da LAV. Assim, as questões litigiosas que eventualmente subsistam (por não terem sido decididas no âmbito do primeiro processo arbitral pendente entre as partes), não poderão ser sujeitas à apreciação e decisão do tribunal arbitral.

ANOTAÇÃO

1. ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE LISBOA EM APREÇO

O acórdão que motivou a presente análise sobre o estado das condenações genéricas no nosso ordenamento jurídico padece, salvo melhor opinião, de vários vícios.

Desde logo, é algo confuso o relato da factualidade subjacente, tornando injustificadamente árdua e arriscada a tarefa do leitor que pretende avaliar da bondade da solução jurídica encontrada. No mais, e tal como demonstrado no resumo da decisão, o tribunal proferiu duas principais conclusões: (i) nada obsta a que as partes, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, convençam que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto daquele que proferiu a sentença e (ii) o segundo tribunal arbitral tem o seu âmbito de intervenção definido pela condenação genérica e pelos pedidos formulados, no estrito âmbito da liquidação prevista, i.e., limitado à previsão do artigo 46.º da LAV, designadamente à sublinha iii) da alínea d) do n.º 3º daquele artigo.

De acordo com uma apreciação geral e teórica de ambas conclusões, não temos fundamento para contestá-las.

No caso concreto, e sem prejuízo do parco e desalinhado conhecimento que conseguimos obter quanto aos factos em apreço no processo, é patente que a decisão não julgou com o devido cuidado as questões que lhe foram submetidas.

Em primeiro lugar, face aos elementos de facto que constam da dita decisão, resulta claro que as partes não acordaram que a liquidação devesse ser conduzida por um segundo tribunal arbitral (como o acórdão *sub judice* admite como possível na sua primeira conclusão). Muito menos fundamentam as partes a instauração deste segundo processo arbitral (como equacionamos ser possível) na convenção de arbitragem originalmente celebrada e acionada para iniciar o primeiro processo arbitral.

Ao invés, essa segunda instância arbitral resulta do acionamento de uma segunda convenção de arbitragem, que

parece ter por objeto um litígio de conteúdo essencialmente técnico, estando relacionada com a lista de defeitos da empreitada e não necessariamente com quaisquer direitos indemnizatórios³; trata-se também de uma convenção de arbitragem que foi celebrada em momento prévio ao da instauração do primeiro processo arbitral. Como tal, dificilmente tal segunda convenção de arbitragem poderia justificar a instauração de um segundo processo arbitral com a missão de liquidar a condenação arbitral genérica previamente decretada no âmbito do primeiro processo arbitral.

Por fim, identificamos uma aparente contradição entre o sentido decisório final do acórdão e a sua segunda conclusão. Segundo consta do próprio texto da decisão, o segundo tribunal arbitral considerou-se competente para, paralelamente à tarefa de liquidação da prévia condenação genérica, decidir sobre a existência de vários defeitos e direitos de crédito a ser apurados. Ainda que o acórdão em análise termine por concluir que o tribunal arbitral está vinculado aos termos da condenação genérica previamente decretada e também aos condicionalismos impostos pelo artigo 46.º, n.º 3, alínea iii) da LAV, a verdade é que julga improcedente a impugnação apresentada quanto à competência declarada pelo tribunal arbitral para julgar a causa naqueles termos. Fica, portanto, por desvendar qual o efeito prático e conteúdo útil de tais decisão e conclusão.

No mais, concluímos que o desafino da decisão *sub judice* corrobora a insensibilidade que a problemática das condenações genéricas tem merecido na sua apreciação judicial e doutrinária e, bem assim, a importância de este instituto ser acionado com parcimónia e de forma devidamente delimitada e fundamentada. É também elucidativo da necessidade de se debater o instituto da condenação genérica judicial e arbitral, repensando-o quer em termos de tramitação, quer inclusivamente em termos de pressupostos de admissibilidade.

2. APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM ANÁLISE

O instituto da condenação genérica tem, no Direito Processual Português, evoluído pouco a nível legislativo⁴, mas a

² Artigo 46.º, n.º 3, alínea iii) da LAV: "A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: (...) iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta."

³ De acordo com a fundamentação do acórdão em análise, as partes convencionaram que caso não chegassem a um acordo, seria "constituída arbitragem técnica nos termos de acordo anexo ao auto de recepção provisória, sendo nomeado um árbitro por ambas as Partes e o Presidente por acordo entre os árbitros nomeados, ou na falta de acordo, pelo Tribunal da Comarca de Lisboa".

⁴ No que respeita ao Código de Processo Civil ("CPC"), a atual redação dos artigos 358.º a 360.º corresponde exatamente à dos artigos 378.º a 380.º do anterior CPC, revogado pela Lei 41/2013, de 26 de junho.

Antes da reforma da ação executiva de 2003, a liquidação de uma sentença que vincule uma das partes ao cumprimento de uma obrigação genérica, seria exclusivamente feita em sede de ação executiva. Por oposição, na ação declarativa era apenas possível deduzir um incidente de liquidação na pendência da instância e até ao início da discussão da causa.

Após a entrada em vigor do DL 38/2003, de 8 de março, passou a ser possível deduzir tal incidente de liquidação mesmo depois de proferida a "sentença genérica" e até depois do seu trânsito em julgado, mediante renovação da instância declarativa extinta, tal como prevê o artigo 358.º, n.º 2, do CPC.

Por outro lado, também o atual artigo 716.º corresponde, em grande parte, à redação do anterior 805.º, com exceção do facto de o CPC atualmente em vigor ter introduzido uma referência expressa às decisões arbitrais no seu n.º 5, clarificando que a sua execução, caso passe por um incidente de liquidação, será sujeita ao regime do n.º 4 do artigo 360.º. Veremos este regime em particular adiante.

Já no que respeita ao processo arbitral, o panorama legislativo sofreu alterações mais significativas quanto a este tema. A Lei 31/86 de 29 de agosto, anterior à atual LAV, previa, no seu artigo 30.º (execução da decisão) que: "A execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1.ª instância, nos termos da lei de processo civil".

Após um longo debate na doutrina e jurisprudência, sobre qual deveria ser o tribunal competente para proceder a liquidação de sentenças arbitrais decretando condenações genéricas, a Lei 63/2011 de 14 de Dezembro, que revogou o diploma supra citado e aprovou a atual LAV, veio estabelecer especificamente no artigo 47.º (execução da sentença arbitral), n.º 2, o seguinte: "No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua liquidação faz-se nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código de Processo Civil [716.º CPC atualmente em vigor], podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral nos termos do n.º 5 do artigo 45.º, caso em que o tribunal arbitral, ouvida a outra parte, e produzida prova, profere decisão complementar, julgando equitativamente, dentro dos limites que tiver por provados", criando assim o regime

falta de evolução não significa que o regime em vigor esteja perto da perfeição – muito pelo contrário.

Na presente anotação iremos abordar, sobretudo, a problemática da condenação genérica no âmbito do processo arbitral.

Contudo, não poderemos deixar de analisar a aplicação e o fundamento da aplicação, nos processos judiciais cíveis, do instituto em causa, na medida em que a conceção deste instituto nestes processos é transposta, *mutadis mutandis*, para os processos arbitrais e também na medida em que a origem deste instituto nasce no direito substantivo português, em particular na previsão do artigo 569.º do Código Civil, de sobremaneira relevante com vista a determinar os casos em que é possível formular um pedido genérico⁵.

É certo que os problemas que resultam da decretação de condenações genéricas poderão agudizar-se (e agudizam-se certamente) em cenário arbitral, mas, na sua génese, são os mesmos que se colocam em cenário judicial.

E, de facto, não se tem dado a devida importância a este tema, até porque o instituto da condenação genérica, em si mesmo, não tem sido alvo de relevante controvérsia ao nível doutrinário e jurisprudencial.

A divergência mais significativa registada prende-se com a aplicação deste instituto e com o decretamento de condenações genéricas em processos nos quais foram formulados pedidos líquidos e concretamente quantificados, sendo nessa medida discutida a articulação de tal condenação genérica com o princípio do dispositivo e as regras do ónus de prova. Contudo, a doutrina e jurisprudência recentes têm considerado, de forma relativamente pacífica⁶ e através de um juízo *a fortiori*, que se o autor que formula (por decisão discricionária) um pedido genérico pode beneficiar de uma condenação genérica, também o autor que formula um pedido líquido poderá beneficiar de tal condenação genérica, desde que seja provado o seu direito de crédito (e isto sob pena de, decidindo-se em sentido contrário, se incorrer numa situação de negação de justiça, por se negar a possibilidade de indemnização uma vez provado o direito de crédito em causa).

Assim, de acordo com este entendimento, o ónus de prova do autor, nos termos gerais previstos no artigo 343.º, n.º 1, do Código Civil, envolve tão-somente a prova do direito de crédito e

já não a prova do *quantum* deste direito⁷. Argumenta-se ainda que não distinguindo o artigo 609.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (doravante apenas “CPC”), entre os casos em que é formulado um pedido genérico e os casos em que é formulado um pedido líquido, não cabe ao intérprete provocar tal distinção e, com isso, delimitar sem mais a previsão de tal artigo.⁸

No mais, tem havido insensibilidade para com o facto de as sentenças genéricas obrigarem a um duplo julgamento pelo tribunal (incluindo uma dupla produção e apreciação da prova) e não poucas vezes à renovação de um processo já extinto, o que por sua vez introduz um impacto significativo no tempo de pendência dos processos (tema tão relevante para o sistema jurisdicional português) e, inevitavelmente, na decisão eficiente dos mesmos. Simultaneamente, cria-se um encargo porventura injustificado para a parte vencida na sentença genérica, que terá que defender-se repetidamente quanto a uma mesma contingência e quanto ao duplo julgamento de um mesmo e único litígio, conferindo inversamente ao autor a (sedutora) possibilidade de *re-litigar* e de *re-provar* um mesmo e único litígio (ainda que, naturalmente, de forma circunscrita ao âmbito da condenação genérica). Por outro lado, a parte vencida terá, por exemplo, que considerar como pendente a contingência prevista na condenação genérica durante todo o período de espera até à concretizar da liquidação, sendo que o prazo prescricional, reiniciado nos termos gerais a partir do trânsito da condenação genérica, é o prazo supletivo de 20 anos!

Como antecipado, no âmbito do processo arbitral estas preocupações agravam-se.

Por forma a definir, desde já, a premissa base que está na origem da posição que mais adiante sufragaremos, veja-se o que escreve MENEZES CORDEIRO a respeito desta temática: “*Em arbitragem, é altamente desejável que não haja condenações genéricas ou ilíquidas. Os árbitros prestam, às partes, um serviço da mais elevada qualidade. Deixar o trabalho a meio implica mais custos, mais tempo e mais indecisão. Às partes cabe, naturalmente, munir o tribunal com todos os elementos necessários para uma adequada e completa decisão.*”⁹

Naturalmente que, no caso da jurisdição arbitral, a temática das condenações genéricas terá que respeitar o enquadramento legal *supra* relatado – i.e., para que um tribunal arbitral possa legitimamente proferir uma condenação genérica terá que se verificar a inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, tal como

de alternativa hoje em vigor, e que desenvolveremos mais detalhadamente infra.

⁵ O artigo 556.º, n.º 1, alínea b) do CPC, elencando as hipóteses em que é possível a formulação de um pedido genérico, remete expressamente para o artigo 569.º do Código Civil, o que autoriza, portanto, a formulação de um pedido genérico nos casos em que, por mero discricionabilidade do autor, não é formulado um pedido quantitativamente líquido, mas sim um pedido genérico.

⁶ Neste sentido, e apenas a título de exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.03.2017 (FERREIRA PINTO): “O disposto no artigo 609º, n.º 2, do Código de Processo Civil, tanto se aplica ao caso de se ter formulado, inicialmente, pedido genérico, como ao de se ter formulado pedido específico, não se tendo, porém, chegado a coligir dados suficientes para se fixar, com segurança e precisão, o objeto ou a quantidade da condenação. De harmonia com o estabelecido nos artigos 609º, n.º 2, do Código de Processo Civil, e 565º do Código Civil, se o tribunal verificar a existência de um crédito, mas não tiver elementos para fixar o seu montante exato, quer se tenha pedido uma quantia

certa ou formulado um pedido genérico, pode e deve relegar-se a fixação desse montante para incidente de liquidação, podendo, no entanto, e desde logo fixar a parte que considera provada.”, disponível em www.dgsi.pt

⁷ A questão subjacente a esta discussão é a de saber se o *quantum* do dano deverá ser configurado como uma parte do núcleo do conceito de dano ou, ao invés, como algo externo ao conceito de dano. Por outras palavras, o ónus da prova basta-se-á com a prova de existência de dano, mesmo que sem o seu *quantum*? Ou, para existir convenção do dano, terá que existir, correlativamente, uma definição mínima do seu *quantum*? Ainda que, teoricamente, seja fácil separar os dois conceitos, será difícil, na prática, existir uma real convicção quanto à existência de dano e de direito de crédito, porém destituída de uma noção mínima quanto à medida de tal dano.

⁸ SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, 5.ª Edição, Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, pág. 292.

⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, Reimpressão da edição de 2015, 2016, Almedina, Coimbra, pág. 167.

consta no n.º 2 do artigo 609.º do CPC para o caso da condenação genérica em processo judicial.

Sendo os pressupostos os mesmos (quer os da decretação da condenação genérica, quer aliás, previamente, os da formulação de um pedido genérico), verifica-se de igual modo, quanto às condenações genéricas arbitrais, a mesma problemática e suscitam-se as mesmas questões, com a agravante de, em arbitragem, as partes expectarem uma solução célere e definitiva do litígio e terem conferido ao tribunal arbitral um mandato decisório claro.

Outra agravante poderá ser a circunstância de o tribunal arbitral perder a sua jurisdição e extinguir-se com o cumprimento do seu encargo decisório (e será que o encargo decisório se considera cumprido com a prolação de uma sentença arbitral não líquida? Ou terá que ser constituído um novo tribunal arbitral, com todos os inconvenientes daí resultantes?), o que também determinará a extinção da convenção de arbitragem (e será que a mesma se extingue com a prolação de uma sentença não líquida?), o que por sua vez maximiza a problemática inerente à concretização da liquidação da condenação arbitral genérica.

Assim, e também em face das considerações que deixaremos expostas de seguida, é em nosso entender importante debater a necessidade de uma revisão do atual regime legal aplicável às condenações genéricas e ao processo de liquidação destas.

3. A SENTENÇA ARBITRAL GENÉRICA

3.1 Os dois caminhos com vista à liquidação

Tal como já referido, a LAV prevê hoje um regime que coloca à disposição das partes uma escolha entre os tribunais judiciais e arbitrais para levar a cabo a concretização quantitativa de um dano reconhecido por sentença de condenação genérica.

O ponto de partida da análise da temática das condenações genéricas no processo arbitral terá que ser o artigo 47.º, n.º 2, da LAV (execução da sentença arbitral), que prevê que a sua liquidação se faz nos termos do anterior artigo 805.º, atual artigo 716.º do CPC, podendo igualmente ser feita por tribunal arbitral, se requerida nos termos do artigo 45.º, n.º 5 da LAV.

Ora, torna-se desde já possível identificar a principal diferença prática entre as sentenças judiciais e arbitrais no que respeita ao processo de liquidações de condenações genéricas: ao passo que no primeiro caso a decisão será, invariavelmente, liquidada por via de um incidente de liquidação deduzido nos termos do artigo 360.º, n.º 3 do CPC¹⁰ – incidente que, como vimos, corre termos na própria ação declarativa através da renovação da instância extinta –, a sentença arbitral poderá ser sujeita a uma de duas formas de liquidação:

- (i) pela via judicial, nos termos da primeira parte do artigo 47.º, n.º 2, da LAV, com recurso ao artigo 716.º, n.º 4 do CPC, aplicável *ex vi* do n.º 5 *in fine* do mesmo artigo; ou
- (ii) por recurso aos tribunais arbitrais, nos termos da segunda parte do artigo 47.º, n.º 2 da LAV, com recurso ao artigo 45.º, n.º 5, que por sua vez prevê a possibilidade de qualquer uma das partes poder requerer, ao tribunal arbitral que proferiu a sentença de condenação genérica, dentro dos 30 dias seguintes à notificação da sentença, a prolação de uma “*sentença adicional sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença*”.

3.2 A liquidação de Sentença Arbitral Genérica por Tribunais Judiciais

Como vimos, o artigo 47.º n.º 2 da LAV remete para o regime da liquidação de quantias em dívida em sede de ação executiva, concretamente para o artigo 805.º, n.º 4, do antigo CPC, que corresponde ao atual 716.º, n.º 4. De notar que LAV não está ainda atualizada de forma a conter a referência correta ao atual artigo 716.º, n.º 4, do CPC.

Com a nova redação do artigo 716.º, n.º 4, do CPC, é possível descortinar que o legislador teve preocupações de coerência sistemática, ao incluir a referência expressa às decisões arbitrais na parte final do n.º 5 do artigo 716.º do CPC¹¹, clarificando a questão sobre a aplicabilidade do regime previsto no n.º 4 do mesmo artigo, em caso de liquidação de sentenças arbitrais pelos tribunais judiciais.

O artigo 705.º, n.º 2 do CPC, sobre exequibilidade das decisões arbitrais, estabelece que: “*As decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns.*”

Assim, qualquer uma das partes de uma ação arbitral que resulte numa sentença de condenação genérica pode recorrer aos tribunais judiciais para a liquidação do direito genérico reconhecido. Nesse cenário, será aplicável, tal como já referimos, a regra do 716.º, n.º 4 do CPC, a qual dispõe que “*Quando a execução se funde em título extrajudicial e a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético, o executado é citado para a contestar, em oposição à execução, mediante embargos, com a advertência de que, na falta de contestação, a obrigação se considera fixada nos termos do requerimento executivo, sal o disposto no artigo 568.º; havendo contestação ou sendo a revellia inoperante, aplicam-se os n.ºs 3 e 4 do artigo 360.º.*”

Ou seja, ainda que o regime da LAV remeta para as regras relativas à instância executiva da ação judicial cível, o artigo 716.º, n.º 4 do CPC por sua vez remete para as regras do incidente de

¹⁰ A menos que as partes acordem a liquidação por árbitros, tal como previsto no artigo 361.º do CPC.

¹¹ Artigo 716.º, n.º 5: “*O disposto no número anterior é aplicável às execuções de decisões judiciais ou equiparadas, quando não vigore o ónus do proceder à liquidação no âmbito do processo de declarações, bem como às execuções de decisões arbitrais.*” (sublinhados nossos).

liquidação, tal como tramitado em processo declarativo e após a prolação da sentença judicial (é o que dispõe o n.º 3 do artigo 360.º do CPC).

Já o n.º 4 do artigo 360.º CPC prevê que, “quando a prova produzida pelos litigantes for insuficiente para fixar a quantia devida, incumbe ao juiz completá-la mediante indagação oficiosa, ordenando, designadamente, a produção de prova pericial.”.

Por isto, vemos com perplexidade a escolha do legislador, que optou por dar primazia à via judicial para a liquidação das condenações genéricas na arbitragem.

De facto, analisando a letra da norma constante do artigo 47.º, n.º 2, da LAV, e ainda que a alternatividade seja a regra aí estabelecida, parece existir, pela forma como a letra da lei está redigida, uma assumida predisposição para que sejam os tribunais judiciais os responsáveis pela liquidação: “No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua liquidação faz-se nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código de Processo Civil, podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral (...)”¹².

Por outro lado, a primazia concedida aos tribunais judiciais resulta igualmente (ainda que de forma implícita) do prazo diminuto que as partes dispõem para recorrer aos tribunais arbitrais – apenas 30 dias após a notificação da sentença –, pelo que não existe, na prática, uma verdadeira “alternatividade” na escolha das partes. Ao autor que não conseguiu, em tempo (antes da instauração do processo ou durante a pendência do mesmo), preparar a alegação e/ou a produção de prova suficiente quanto ao *quantum* do seu direito, será praticamente impossível exigir que o faça no referido prazo de 30 dias.

Neste sentido, são vários os autores que defendem que os tribunais judiciais devem ser – e são, inevitavelmente - o fórum privilegiado para esta fase. Veja-se, por exemplo, a posição defendida por MANUEL BARROCAS¹³, que encara com alguma hesitação a atribuição de competência ao tribunal arbitral para a tarefa da liquidação, argumentando que o facto de o tribunal que profere a sentença se encontrar numa situação de conhecimento privilegiado do litígio não chega para fazer frente às desvantagens enfrentadas no cenário em que seriam os tribunais arbitrais a liquidar as suas próprias sentenças.

Tais desvantagens prendem-se, de acordo com o mesmo autor, com o facto de não ser possível criar uma ação executiva no processo arbitral e, sobretudo, com o risco de se considerar que o tribunal arbitral, após proferida a sentença – ainda que esta contenha apenas uma condenação genérica – perdeu o seu poder jurisdicional.

No espectro oposto quanto a esta questão, LUÍS CORTES MARTINS¹⁴ defendeu, antes ainda da entrada em vigor da atual LAV, que para uma verdadeira equiparação entre as sentenças arbitrais e as sentenças judiciais, seria necessário dotar a LAV de mecanismos que permitam, na medida do possível, autonomizar e maximizar a eficiência do fórum arbitral. Assim, defende que a

LAV deveria dar primazia ao tribunal arbitral que conheceu e julgou o litígio para proceder à liquidação da obrigação.

A nossa posição coincide tendencialmente com a deste último autor.

Analisando esta opção de liquidação da sentença arbitral genérica por via judicial, não podemos deixar de atender na circunstância de, por estar em causa um processo arbitral, a tónica dever estar no respeito pela vontade e intenção das partes. Nessa medida, a liquidação de sentenças arbitrais por tribunais judiciais traz várias desvantagens que julgamos serem difíceis de ultrapassar e que deverão, por isso, contribuir para o debate que propomos: a mera existência de uma convenção de arbitragem celebrada entre as partes permite deduzir, *a contrario*, que as partes escolheram excluir a apreciação dos seus litígios dos tribunais judiciais.

Assim, ao dar primazia à transferência para os tribunais judiciais de uma parte fulcral da apreciação e decisão do litígio (a quantificação da condenação), essa vontade legitimamente manifestada e acordada pelas partes fica, pelo menos de alguma forma, comprometida.

Por outro lado, separar entre tribunais diferentes (e de jurisdições distintas) as diferentes tarefas de condenar (tribunal arbitral) e liquidar (tribunal judicial) obriga a uma distinção artificial e, no limite, prejudicial. De facto, ao contrário do que se possa pensar num primeiro momento, a liquidação não constitui uma pequena e última fase do julgamento. Uma condenação que tem, à partida, conotação negativa poderá ser, na prática, uma vitória, se o seu *quantum* for diminuto ou meramente simbólico. E vice-versa. A liquidação é, na maior parte dos casos, a parte mais importante da decisão, uma vez que com ela se dá a resolução cabal e efetiva do litígio.

Dada a relevância que a liquidação assume no julgamento da causa e na composição definitiva do litígio, consideramos ser censurável a atribuição da tarefa decisória de liquidação do *quantum* de uma anterior decisão a um segundo tribunal (e aqui, tenha este segundo tribunal natureza judicial ou arbitral), que não acompanhou o processo de início e não presenciou a fase de produção de prova nem poderá saber o que esteve subjacente ao processo mental do julgador que proferiu a condenação genérica. Esta posição contraria inclusivamente um dos princípios fundamentais de um qualquer processo justo – o princípio da concentração da apreciação e decisão do processo ou do recurso no mesmo juiz.

Cumprido, contudo, salientar que esta desvantagem é específica da liquidação de sentenças arbitrais genéricas em resultado da forma como a LAV prevê a liquidação de sentenças arbitrais genéricas (ao admitir a liquidação da sentença arbitral genérica por via judicial e, aliás, ao dar primazia a esta hipótese), e já não se verifica na problemática da liquidação da sentença judicial genérica.

¹² Destaque da nossa responsabilidade.

¹³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2.º Edição, 2018, Almedina, Coimbra, pág. 187.

¹⁴ LUÍS CORTES MARTINS, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções, Central de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 130 e seguintes.

Acresce que a sobredita separação de fases decisórias assume consequências ainda mais gravosas se considerarmos que os tribunais judiciais funcionam com regras e trâmites muitas das vezes diametralmente distintos dos tribunais arbitrais.

Por todos os motivos expostos entendemos que a liquidação de uma sentença arbitral genérica por via judicial acarreta dificuldades sérias e que, por definição, a liquidação por via arbitral – e, em particular, por via do mesmo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica – será a forma preferencial para a liquidação de uma sentença arbitral genérica. Veremos, de seguida, esta hipótese.

3.3 A liquidação de Sentença Arbitral Genérica por Tribunais Arbitrais

Se as partes entenderem recorrer aos tribunais arbitrais, terão que se fazer valer da segunda parte do artigo 47.º, n.º 2 da LAV: “No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, (...), podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral nos termos do n.º 5 do artigo 45.º, caso em que o tribunal arbitral, ouvida a outra parte, e produzida prova, profere decisão complementar, julgando equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.”

Assim, de acordo com este artigo da LAV, o recurso à via arbitral para a liquidação de uma condenação genérica impõe que a decisão de liquidação corresponda a um *complemento* da sentença arbitral genérica. Impõe também que a liquidação seja

requerida no prazo de 30 dias após a notificação da sentença, nos termos do artigo 45.º, n.º 5, da LAV.

É nessa medida que o artigo 44.º, n.º 1 e 3, da LAV ressalva a hipótese de o tribunal arbitral proferir uma sentença arbitral complementar enquanto exceção à regra geral da dissolução do tribunal arbitral com a prolação da sentença arbitral *final*.

Assim, a remissão do artigo 47.º, n.º 2, para o artigo 45.º, n.º 5 da LAV – artigo manifestamente inspirado no artigo 33 da UNCITRAL Model Law¹⁵ – a fim de, nessa sede, permitir que o tribunal arbitral proceda à liquidação da sentença genérica, vem criar um regime inovador, ao permitir que, nestas situações, a instância arbitral não se extinga (ou como que se renove, à semelhança do que acontece nos processos judiciais).

Na verdade, esta norma remissiva visa colmatar uma lacuna lógica: é que, sem esta possibilidade, as partes estariam forçadas a submeter à decisão de um novo tribunal (discutir-se-ia se arbitral ou judicial) uma parte importante (em alguns casos decisiva) do seu litígio – o *quantum* do dano e da indemnização que visa reparar esse dano¹⁶.

Tendo a LAV consagrado a opção de renovação da instância no processo arbitral, contudo não dotou esta opção de renovação do regime jurídico necessário para que tal renovação seja eficaz e represente uma verdadeira alternativa para as partes: tal como antecipado no capítulo anterior, na redação vigente da LAV será todavia difícil ultrapassar a limitação imposta pelo artigo 45.º, n.º 5, da LAV e pelo prazo de 30 dias aí previsto¹⁷.

¹⁵ UNCITRAL Model Law, Article 33. Correction and interpretation of award; additional award

(1) *Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties*

(a) *a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;*

(b) *if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award* *If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.*

(2) *The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.*

(3) *Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers*

the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) *The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.*

(5) *The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.*

¹⁶ Neste sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *Competência do Tribunal de Execução para a liquidação de obrigação no caso de sentença genérica arbitral*, ROA, 2006, Ano 66, Vol. I, Janeiro de 2006 e PAULA COSTA E SILVA *A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras*, ROA, 2007, Ano 67, Vol. II, Setembro de 2007 - defendendo, antes da entrada em vigor da actual redação da LAV, que a lógica e a coerência sistemática impõem um sistema que privilegie a liquidação pelos tribunais arbitrais, através da renovação da instância que julgou em causa, embora concluindo a *final* pela sua impossibilidade face ao regime naquele tempo em vigor – a extinção do poder dos árbitros após a sentença (anterior 25.º da LAV) e pela caducidade da convenção de arbitragem (artigo 4.º do mesmo diploma). Na versão hoje em vigor, a LAV já não comporta nenhuma

destas normas, pelo que, e seguindo de perto o pensamento destes dois Autores, estão reunidas as condições para que se reforce o papel dos tribunais arbitrais nesta questão.

¹⁷ A *ratio* desta norma serve as situações em que a decisão final não contenha, por qualquer razão, a pronúncia do tribunal quanto à totalidade ou parte de um pedido que devesse ter sido objeto da decisão. Dado que nestas situações um pedido de anulação de sentença seria um remédio demasiado extremo, e até contrário aos interesses da eficácia e celeridade subjacentes à arbitragem, o legislador concedeu às partes a faculdade de requerer ao tribunal uma decisão que complemente a primeira naqueles termos. Por outras palavras, este mecanismo está pensado para responder a situações em que o tribunal tem, à sua disposição, todos os elementos necessários para decidir uma questão que esteja em falta na decisão proferida. Assim se compreende os prazos definidos na lei para o recurso a este mecanismo: as partes dispõem de 30 dias após a notificação da sentença para apresentar o requerimento de sentença adicional e por sua vez, o tribunal, se julgar justificado o requerimento, deve proferir tal decisão complementar nos 60 dias subsequentes.

Ora, com a aprovação da actual versão da LAV o legislador, ao prever, sem mais, no artigo 47.º, n.º 2, da LAV a remissão para a possibilidade de os tribunais arbitrais procederem à liquidação de condenações genéricas nos termos do artigo 45.º, n.º 5, criou, na verdade, uma solução deficiente e desadequada ao problema que pretendeu resolver. O legislador limitou-se a adaptar uma solução pré-existente e pensada (pela doutrina e pela jurisprudencial em momento prévio ao da aprovação da LAV atualmente em vigor) para outros casos específicos à liquidação da sentença arbitral genérica

Desde logo, coloca-se o problema mais óbvio: ao formular uma condenação genérica, o tribunal arbitral teve de forçosamente concluir que não dispunha, naquela data, de elementos suficientes no processo para quantificar a obrigação cuja existência ficou, apesar disso, definida na sua convicção.

Ora, se não foi possível às partes, nem ao tribunal, reunir elementos capazes de quantificar a obrigação em causa, é evidente que as probabilidades realísticas de esses elementos existirem e serem recolhidos nos 30 dias após a notificação da sentença são bastante reduzidas, ou mesmo inexistentes.

Acresce que estes prazos, profundamente desadequados à questão ora em análise, contrastam com a aplicabilidade do prazo geral de prescrição dos direitos reconhecidos por uma sentença de condenação genérica.

No mais, também não previu expressamente a LAV, por outro lado, a possibilidade de a liquidação da sentença arbitral genérica ser efetivada através da criação de um novo / segundo tribunal arbitral, nem regulou expressamente em que medida as partes podem convencionar que assim seja.

Sobre esta matéria, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa na decisão ora em comentário que, apesar de da norma do artigo 47.º, n.º 2, da LAV decorrer “*que o tribunal a que se refere é o mesmo que proferiu a sentença*”, aquela não é uma norma imperativa e, portanto, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, as partes podem convencionar diversamente.

Em qualquer caso, nada é clarificado (na LAV ou na decisão objeto de comentário) a respeito da manutenção da eficácia da convenção de arbitragem original, que justificou a constituição do tribunal arbitral que proferiu a sentença genérica, após a prolação daquela decisão. Se se entender que uma sentença arbitral genérica esgota definitivamente o objeto de uma convenção arbitragem – entendimento que consideramos ser duvidoso –, será necessário que as partes celebrem uma segunda convenção arbitral, que permita a criação de um segundo tribunal arbitral para a tarefa da liquidação da sentença.

Ora, embora a LAV não esclareça expressamente a questão, parece-nos que a letra do artigo 44.º, n.º 1, da LAV oferece uma pista importante ao afirmar que o processo arbitral só termina quando for proferida “*a sentença final*” – e isto por oposição a sentenças que, por qualquer razão, não estejam aptas a resolver definitivamente a causa *sub judice*, como é defensável que seja, precisamente, o caso das sentenças de condenação genérica.

Assim sendo, deve entender-se que o objeto de uma qualquer convenção de arbitragem – tal como o poder-dever jurisdicional dos árbitros – apenas se esgota e extingue com a resolução cabal do litígio, o que, perante uma primeira condenação arbitral genérica, implica necessariamente a prolação de uma segunda decisão que proceda à liquidação daquela. As partes terão, portanto, a faculdade de exigir ao tribunal que proferiu a sentença que proceda, em momento posterior, à sua liquidação.

Como tal, poderá admitir-se que ao abrigo da convenção de arbitragem originalmente celebrada entre as partes e acionada para a constituição do tribunal arbitral que decretou a sentença arbitral genérica será ainda possível a constituição de um novo e segundo tribunal arbitral para proceder à liquidação de tal sentença. Em qualquer caso (e como admite o acórdão objeto de análise), poderá sempre admitir-se que as partes convencionem (através de uma nova convenção de arbitragem) que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto daquele que proferiu a sentença (caso em que a convenção de arbitragem originária deverá considerar-se expressa ou tacitamente revogada pela nova convenção de arbitragem).

Outro tema pertinente quanto à renovação da instância do tribunal arbitral que proferiu a sentença prende-se, concretamente, com os honorários devidos pelas partes aos árbitros. A LAV, nos

termos do artigo 17.º, n.º 1, privilegia o acordo entre partes e árbitros. Contudo, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, na ausência de tal acordo, serão os árbitros a fixar o montante devido.

De acordo com a posição que temos vindo a defender, é nosso entender que não se justifica cobrar às partes uma segunda tranche de honorários na fase de liquidação da sentença de condenação genérica: se todo o sistema está pensado no sentido de conferir aos árbitros uma missão concreta – a da resolução cabal do litígio entre as partes, por via de uma decisão definitiva, líquida e exequível – então o montante originalmente fixado para os honorários deverá compreender tudo o que seja necessário para atingir – cabalmente – esse fim.

Não sendo a LAV clara, seria, todavia, importante que o legislador limitasse as situações em que o tribunal que profere sentença de condenação genérica possa reclamar das partes qualquer acréscimo a título de honorários.

4. ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DAS CONDENAÇÕES GENÉRICAS

4.1 O instituto da condenação genérica em geral

Tal como vimos, são inúmeras as razões pelas quais o instituto da condenação genérica deve ser acionado com parcimónia.

Essas mesmas razões justificam, do nosso ponto de vista, um debate sobre a necessidade de delimitar a aplicação do referido instituto aos casos de impossibilidade objetiva de liquidação (i.e. quando, à data da formulação do pedido ou, pelo menos, à data da prolação de sentença, não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, a extensão e/ou o *quantum* do dano), passando por outro lado a excluir-se a aplicação do instituto da condenação genérica nos casos em que tal liquidação não é feita por discricionariedade ou inércia do lesado ou mesmo do Tribunal.

Seria então necessário rever, no sentido de garantir a inadmissibilidade da formulação de um pedido genérico por mera discricionariedade do lesado ou do Tribunal.

Para o efeito seria necessário ponderar rever o artigo 569.º do Código Civil, que é a norma de direito substantivo que tem justificado a solução processual (judicial e arbitral) de formulação de pedidos genéricos e de decretamento de condenações genéricas.

Em linha com o exposto, estamos em crer que a configuração do *quantum* como parte integrante do próprio conceito de dano é a solução mais coerente e aquela que traz, também ao julgador, mais benefícios.

Assim, salvo nos casos de impossibilidade objetiva de liquidação, quando o lesado não lograsse provar o *quantum* do seu dano, concluir-se-ia que teria também falhando na prova do próprio dano. Funcionariam então as regras ónus de prova e o

Este regime, da forma como está atualmente configurado por via da previsão do referido prazo de 30 dias, conduz, como antecipado, a que a liquidação da

sentença arbitral genérica por parte do tribunal arbitral que julgou a causa não passe de uma hipótese meramente académica.

princípio geral constante do artigo 342.º do Código Civil, que impede que a *inopia probationum* gere uma situação *non liquet*.

Nesse caso, far-se-ia funcionar o julgamento por equidade, que é uma possibilidade já prevista no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil) ou, no limite, determinar-se-ia a improcedência da ação.

Adicionalmente, seria também fundamental prever um prazo processual para, sob pena de preclusão, ser requerida, pelo lesado, a liquidação da condenação genérica, ao invés de continuar a sujeitar-se o exercício de tal direito ao prazo geral prescricional de 20 anos

4.2 Em particular: a sentença judicial genérica

No que especificamente se reporta às condenações genéricas judiciais e sem prejuízo do que se deixou exposto no capítulo antecedente, entendemos que seria importante debater e desejavelmente constranger a possibilidade de ser decretada uma condenação genérica na hipótese de ter sido formulado um pedido líquido.

Ao continuar a admitir-se o decretamento de uma condenação genérica na hipótese de falha de prova, pelo autor, do *quantum* do pedido, pedido esse que o autor entendeu formular de forma líquida e quantificada, premeia-se a incúria e/ou inércia do lesado ou do Tribunal e provocando um desnecessário protelamento no tempo de um determinado litígio, com o inconveniente sério resultante da transição do processo entre julgadores que se sucedem no tempo¹⁸.

Creemos que o princípio do dispositivo, as regras do ónus da prova e o regime previsto no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil justificam uma interpretação do artigo 609.º, n.º 2, do CPC no sentido de a condenação genérica não ser possível nos casos em que foi formulado um pedido líquido do processo. Ademais, se o autor decidiu estruturar o seu processo nesse sentido, deverá responsabilizar-se por essa sua opção e pelo sucesso do seu exercício probatório.

4.3 Em particular: a sentença arbitral genérica

¹⁸ De forma residual mas que cremos ser relevante para o debate que propomos, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 15.03.2013 (Processo n.º 925/08.5TBSJM.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt) julgou o seguinte: “A possibilidade de condenação “no que vier a ser liquidado”, prevista no n.º 2 do artigo 661.º do Código de Processo Civil, não tem cabimento quando não foram oportunamente alegados factos que sustentem a condenação, ou quando se não conseguiu fazer prova de tais factos. Destina-se a permitir a quantificação de danos que não seja viável no momento da sentença, seja por estar dependente de cálculos a efectuar, seja por não terem ainda cessado os danos a ressarcir. [...] No entanto, a possibilidade de condenação “no que vier a ser liquidado”, ali prevista, não tem cabimento quando não foram oportunamente alegados factos que sustentem a condenação, ou quando se não conseguiu fazer prova de tais factos, como sucedeu no caso presente. Como se disse por exemplo no acórdão deste Supremo Tribunal de 28 de Abril de 2009 (www.dgsi.pt, proc. n.º 08B0782) “A possibilidade de se remeter para liquidação posterior o montante da condenação, constante do n.º 2 do artigo 661.º do Código de Processo Civil (...), numa sentença que condene no pagamento de uma indemnização, não se destina a ultrapassar a falta de prova de factos oportunamente alegados para demonstrar os prejuízos. Antes se destina a permitir a quantificação de danos que não seja viável no momento da sentença, seja por estar dependente de cálculos a efectuar, seja por não terem ainda cessado os danos a ressarcir (artigo 378.º do Código de Processo Civil). A ré, no caso, não efectuou nenhum pedido genérico, susceptível

4.3.1 A decisão complementar de liquidação da sentença arbitral genérica com recurso à equidade

Quanto à questão de saber, concretamente, em que termos é que a liquidação por via arbitral de uma sentença arbitral genérica deverá ser feita, cabe regressar à norma do artigo 47.º, n.º 2 da LAV *in fine*. Aí pode ler-se que o tribunal deverá ouvir a outra parte e conduzir a produção de prova relevante, “*julgando equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*”¹⁹.

Sobre este tema, veja-se a posição defendida por MENEZES CORDEIRO, ao distinguir entre “*liquidação pelos árbitros*” e “*liquidação equitativa*”:

“(c) *Liquidação pelos árbitros. Em alternativa, pode a parte interessada optar por, nos termos do 45.º/5, requer ao próprio tribunal arbitral a liquidação. Nessa eventualidade: (1) é ouvida a outra parte; (2) produz-se prova; (3) toma-se a competente decisão.*

(d) *Liquidação equitativa: prevista no final do 47.º/2, ela poderia parecer oportuna sempre que se tratasse de uma liquidação pelos árbitros. Não é assim: a liquidação obedece ao Direito estrito, só sendo equitativa quando este não conduza a operações aritméticas simples. “Equitativa” deve ser aproximada do 566/3 do CC, relativa ao cálculo de indemnização, quando não existam elementos precisos. Trata-se, naturalmente, de uma “equidade fraca”, a apelar para a proporcionalidade e a razoabilidade e dentro dos limites permitidos pela prova feita.”²⁰*

Seguindo de perto a dicotomia apresentada por MENEZES CORDEIRO, entendemos que há um aspeto em particular que merece maior reflexão: a liquidação com recurso à equidade.

Estabelece o já citado artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil, com a epígrafe “*indemnização em dinheiro*” – precisamente o que está em causa na esmagadora maioria dos casos em que os tribunais arbitrais são chamados a intervir: “*Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.*”

de ser tomado líquido. Pediu montantes determinados, até porque se referia a prejuízos já ocorridos quando contestou; apenas não logrou fazer a respectiva prova, assim inviabilizando a procedência do pedido de indemnização correspondente. Remeter para liquidação a determinação desses montantes significaria, no caso, permitir à ré, seja a alegação de factos concretos que haveriam de ter sido alegados na contestação (cfr. artigo 489.º do Código de Processo Civil), seja a repetição da possibilidade de fazer a prova que não conseguiu alcançar no momento de que dispôs para o efeito”.

Também o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 17.01.1995, pugnou que “A carência de elementos não se refere à inexistência de prova dos factos já produzidos e que foram alegados e submetidos a prova, embora se não tivessem provado, mas sim à inexistência de factos provados, porque estes ainda não eram conhecidos ou estavam em evolução aquando da propositura da acção ou que, como tais se apresentavam no momento da decisão de facto” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.01.1995, in *BMJ*, 443.º, p. 404).

¹⁹ Para o efeito, será necessário interpretar esta norma como uma exceção legal à regra prevista no artigo 39.º, n.º 1, da LAV, que prevê que “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”. Esta exceção ao disposto no sobredito artigo 39.º, n.º 1, circunscrever-se-á, apenas e em exclusivo, ao julgamento destinado à liquidação da condenação arbitral genérica.

²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., página 168.

Tratando-se de uma norma de direito substantivo, esta regra aplicar-se-á sempre que o tribunal se depare com uma impossibilidade definitiva em apurar o valor dos danos. Poderá inclusivamente ponderar-se (como equacionado já) a aplicação desta mesma norma no âmbito do primeiro juízo decisório – judicial ou arbitral – de modo, a assim, evitar o decretamento da condenação genérica.

Também tendo em consideração o disposto no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil, não se compreende o porquê de a LAV permitir (no aludido artigo 47.º, n.º 2) que seja possível ao tribunal arbitral proceder à liquidação de uma condenação genérica com mero recurso à equidade, sem que tenha imposto ao mesmo tribunal arbitral a prolação de uma sentença arbitral líquida (ainda que eventualmente por via do recurso à equidade no que se refere à liquidação do *quantum* indemnizatório), assim evitando o decretamento de uma condenação genérica.

O julgamento equitativo da medida do dano será feito exatamente nos mesmos termos, quer seja no momento de prolação do primeiro juízo decisório da causa, quer no da liquidação *a posteriori* de uma condenação genérica. A única diferença entre os dois momentos será, pois, a possibilidade conferida à parte que sofreu o dano de submeter mais prova à apreciação do tribunal. Precisamente por isto, são necessárias as maiores cautelas para garantir que uma liquidação posterior à prolação da sentença, com recurso à equidade, não se materializa, no fundo, em uma fraude à regra do ónus da prova e em uma renovação da instância decisória em injustificado benefício do autor.

Não restam quaisquer dúvidas de que uma primeira e única condenação num valor líquido, valor esse – no limite - encontrado pelo tribunal “*equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*”, representa uma alternativa manifestamente mais benéfica, tanto para as partes, como para o próprio tribunal e, bem assim, para o bom funcionamento da arbitragem e da justiça.

Desta forma, e também com base no disposto no artigo 556.º, n.º 3, do Código Civil, entendemos que poderá ser importante debater a revisão da LAV no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral:

Confrontado com uma situação de inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, o tribunal arbitral poderia então, ao abrigo do artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil e de uma redação revista do artigo 47.º, n.º 2, *in fine* da LAV, proferir uma sentença condenatória líquida com recurso a juízos de equidade. Assim, o recurso pelos árbitros às condenações genéricas passaria a estar reservado apenas aos casos em que tal julgamento equitativo não se mostrasse, por qualquer razão, adequado ao caso concreto (ou seja, aos casos de impossibilidade objetiva de liquidação, i.e. quando não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, a extensão e/ou o *quantum* do dano); por outro lado, nos casos em que tal liquidação não é conseguida por discricionariedade ou inércia do lesado, o tribunal arbitral decidiria o *quantum* do direito em causa com recurso à equidade.

4.3.2 O regime da condenação arbitral genérica na LAV

A análise desenvolvida até aqui permite concluir que o regime das condenações genéricas em vigor em Portugal carece, nos dias de hoje, de algumas alterações importantes – sobretudo no que à arbitragem diz respeito²¹.

Vejamos o entendimento de PEDRO METELLO DE NÁPOLES, relativamente à norma do artigo 45.º, n.º 5, a propósito da sua anotação da norma do artigo 47.º, n.º 2: “*Conforme resulta do artigo 45.º n.º 5, foi preocupação da LAV evitar o recurso indiscriminado a sentenças arbitrais com condenações genéricas a liquidar em momento posterior, uma vez que em muitos casos mais não eram do de que uma forma de o Tribunal se escusar ao trabalho envolvido na liquidação. A LAV não foi ao ponto de exigir que a liquidação seja sempre feita pelo tribunal arbitral (como em regra acontece nas arbitragens internacionais), mas atribui a qualquer das partes o direito de obter liquidação desse tribunal arbitral.*”

Apesar de seguirmos de perto as suas considerações, nomeadamente quando à circunstância de o instituto da condenação genérica ser usado com parcimónia, a verdade é que não estamos em crer que esta norma seja solução eficaz para evitar o recurso indiscriminado às sentenças genéricas – na medida em que não existe, nos termos da lei, um real desincentivo ao recurso às sentenças decisórias, do ponto de vista do julgador

²¹ Na ordem jurídica brasileira, após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o estado da discussão das “*sentenças ilíquidas*” está muito próximo do debate em Portugal.

A Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem), no seu artigo 23.º, prevê que os árbitros podem proferir sentenças parciais, sendo possível que o árbitro profira uma sentença, com a definição da responsabilidade e do *an debeat*, complementando-a, posteriormente, com outra, em que definirá o *quantum debeat*. Discute-se, igualmente, se deverá ser o tribunal judicial ou o arbitral a determinar a liquidação do dano.

A doutrina predominante aponta no sentido de atribuir tal competência ao árbitro, a não ser que a própria convenção de arbitragem tenha afastado essa sua competência. Neste sentido, vide FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Curso de arbitragem*, São Paulo: RT, 2011, n. 11.7, p. 263-266; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 71, p. 186-187; CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, “*Sentença arbitral e juízo de execuções*”. *Estudos de arbitragem*, Clávio de Melo Valença Filho; João Bosco Lee (coords.). Curitiba: Juruá, 2008, p. 208-209.

Por outro lado, tanto no direito inglês como no direito americano, existe a possibilidade de o tribunal recorrer à técnica de “*bifurcation: to try issues separately a procedure commonly known as bifurcation*”. Se o tribunal julgar adequado aplicar a “*bifurcação*” irá, num primeiro momento, determinar a responsabilidade “*liability*” e, posteriormente, determinar os danos.

Em geral, são vários os autores que identificam a problemática do abuso da prerrogativa de prova através da “*bifurcação*”: “*However, this bifurcation statute has created a problema in cases where a plaintiff seeks to introduce evidence of prior accidents, which may be extremely prejudicial to the jury’s decision about liability for compensatory damages but relevant to liability for punitive damages.*” v. WEBSTER V. BOYETT, 496 S.E. 2d 459, 461 (Ga. 1998); GERALDINE ALEXIS; ANDREA DESHAZO, *Punitive Damages: Is Bifurcation Right for your Case*, 16 *Antitrust* 82 (2002).

Na Arbitragem em particular, são também vários autores chamam a atenção para o tema sensível dos limites temporais de que o tribunal arbitral deverá dispor para proferir as suas decisões: v. ROBERT H. GORSKE, *An Arbitrator Looks at Expediting the Large, Complex Case*, 5 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 381 (1990).

–, mas antes eficaz a criar um sistema contraditório, com pouca coerência sistemática e muito menos prática.

Nos termos da LAV, é possível que um tribunal arbitral escolha – sem um especial ónus de fundamentação relevante – proferir uma sentença que, apesar de refletir a convicção da existência de um dano e de um direito de crédito, convicção que resulta numa condenação efetiva, não quantifica o seu montante, decretando assim uma obrigação ilíquida.

Como vimos, na prática, a operação de liquidação da sentença de condenação genérica será feita, na maioria dos casos, pelos tribunais judiciais. Este cenário agrava ainda mais as preocupações que temos vindo a identificar.

De facto, o regime constante da nossa LAV, ao não oferecer às partes uma verdadeira alternativa entre a via judicial e a via arbitral, privilegiando a primeira em detrimento da segunda, e ao não regular com precisão a tramitação de tal liquidação em sede arbitragem, mais não faz do que expor tais partes a um risco real de eternização ineficiente dos seus litígios.

Tal como tivemos oportunidade de expor no capítulo 4.1. *supra*, o instituto da condenação genérica deverá ser revisto no sentido de apenas ser acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa²² – não devendo servir para situações em que a parte a quem cabia o ónus da prova foi incompetente ou inerte na sua tarefa de trazer elementos alegatórios e probatórios suficientes ao processo²³.

É unânime entre profissionais da Arbitragem que ser notificado de uma condenação genérica é, provavelmente, um dos maiores pesadelos a que os tribunais podem sujeitar as partes. E, de facto, ao remeter o procedimento a seguir para a liquidação de condenações genéricas por tribunais arbitrais para o mecanismo previsto no artigo 45.º, n.º 5, o legislador da LAV configurou a decisão de liquidação como uma “*decisão complementar*”, o que faz sentido uma vez que uma condenação genérica é, por definição, uma condenação incompleta²⁴. O tribunal arbitral, ao condenar uma das partes ao cumprimento de uma obrigação ilíquida, não cumpriu cabalmente a função jurisdicional que lhe foi cometida pelas partes.

No mais, naturalmente que, no momento em que as partes celebram validamente uma convenção de arbitragem, com os motivos clássicos pelas quais se costuma recorrer a este meio alternativo de resolução de litígios – como seja, a título principal, o desejo de obter uma resolução definitiva, célere e eficaz –, dificilmente se poderá defender que a possibilidade de vir a esperar 20 anos (o prazo de prescrição ordinária aplicável ao direito genérico reconhecido pela sentença arbitral genérica), não pela execução, mas antes ainda pela liquidação de uma

condenação, seja por elas sequer equacionada, quanto mais aceite.

Por estas razões, afigura-se-nos incontornável concluir que os árbitros estão, por lei, compelidos a cumprir o mandato que as partes lhes conferiram e a resolver definitivamente o litígio que têm em mãos – sendo certo que uma sentença de condenação genérica, por definição, não está apta a concretizar esse fim.

Assim, para além da revisão do instituto da condenação genérica no sentido de este apenas ser acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa (capítulo 4.1. *supra*) e para além da revisão da LAV no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral (capítulo 4.3.1. *supra*), a solução que pugna pela manutenção do tribunal arbitral para a decisão de liquidação deverá ser a via privilegiada para a liquidação de uma condenação arbitral genérica, sendo criadas condições práticas que tornem o acionamento de tal via possível no caso concreto.

A liquidação de uma sentença arbitral genérica por via arbitral – e, em particular, por via do mesmo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica – será a solução mais ajustada, desde que para o efeito se preveja um prazo razoável para o autor requerer tal liquidação e que também se assegure por que modo e em que condições o tribunal arbitral originalmente constituído poderá manter-se em funções e capaz de concluir, derradeira e definitivamente, o seu encargo decisório, por via da liquidação do *quantum* do direito de crédito.

Mais do que a mera afirmação e repetição, na doutrina e jurisprudência, de que as condenações genéricas deverão ser aplicadas como última *ratio*, e mais dos que os esforços interpretativos que envidámos, a LAV deverá ser revista de forma a – reitera-se – legitimar os árbitros a, nos termos da lei, apenas recorrer a uma sentença genérica quando a impossibilidade de quantificação resulte de uma circunstância objetiva e comprovada, e não em resultado do incumprimento dos ónus probatórios que se impõem ao lesado ou de uma decisão discricionária ou postura inerte deste.

Desta feita e em suma, julgamos que o debate em torno do tema das condenações genéricas na arbitragem poderá beneficiar das seguintes sugestões:

- j) O instituto da condenação genérica deverá ser revisto no sentido de ser apenas acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa, passando por outro lado a excluir-se a aplicação do instituto da condenação genérica nos casos em que tal

²² Em especial no que diz respeito à arbitragem, é preciso ter em conta que o tipo de obrigações que surgem, em larga medida, nessa sede – i.e. obrigações pecuniárias, oriundas de contratos comerciais, que envolvem na grande maioria das vezes partes sofisticadas, habituadas, por força da sua atividade, a quantificar (ainda que aproximadamente) as contingências dos seus negócios – cria, na realidade, um panorama em que não existem justificações razoáveis para que os agentes participantes não consigam quantificar o dano que peticionam ou que condenam.

²³ Veja-se a jurisprudência citada na nota de rodapé n.º 18.

²⁴ Neste sentido, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, ob. cit., pág. 143, criticando o recurso às decisões genéricas, parece aplaudir esta opção legislativa: “O legislador aproveitou este regime para resolver a questão da sentença genérica, quando o processo contenha elementos para ser proferida uma decisão líquida. De facto, no artigo 47.º, remete-se a liquidação da sentença genérica para o regime do artigo 45.º, n.º 5, o que faz sentido, já que se trata também de um caso em que o tribunal arbitral não julgou “uma parte do pedido” quando poderia e deveria ter feito”.

liquidação não é feita por discricionariedade ou inércia do lesado; para o efeito poderá ser necessário ponderar rever o artigo 569.º do Código Civil;

- ii) A LAV deverá ser revista no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral; também com base no disposto no artigo 556.º, n.º 3, do Código Civil, confrontado com uma situação de inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, o tribunal arbitral poderia então proferir uma sentença condenatória líquida com recurso a juízos de equidade. No limite, em função da aplicação conjugada das normas do ónus da prova, o tribunal deverá determinar a improcedência da ação.
- iii) No que respeita ao fórum competente para a liquidação, devem ser privilegiados não só os tribunais arbitrais em detrimento dos tribunais judiciais, mas em especial o tribunal que proferiu a sentença arbitral genérica, através da renovação da instância, sendo criadas condições práticas (designadamente, o alargamento do prazo de 30 dias à data previsto na LAV para o requerimento da liquidação da condenação genérica por via arbitral) que tornem o acionamento de tal via possível no caso concreto.
- iv) Renovada a instância arbitral, deve ser desencorajada a hipótese de o tribunal poder reclamar das partes honorários acrescidos em caso de necessidade de segunda decisão de liquidação de uma sentença de condenação genérica;
- v) Como boa prática processual (e naturalmente que sempre em respeito do princípio do processo contraditório), o tribunal arbitral, no âmbito dos seus poderes de condução do processo arbitral, e num último momento antes da prolação da sentença, sempre que for evidente a falta de elementos que permitam liquidar o dano, deverá convidar as partes a pronunciarem-se e/ou a produzir prova sobre o tema.
- vi) Por fim, a LAV deverá ser alterada no sentido de prever um prazo específico – mais curto que prazo de prescrição ordinário de 20 anos mas mais longo que o prazo processual de 30 dias previsto no artigo 45.º da LAV – para a parte requerer a liquidação da sentença arbitral genérica.