

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

-
- M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

-
- Filipe A. Henriques Rocha**
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes
-
- Filipe de Arede Nunes**
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes
- TOMO 2**
-
- Flávio Tartuce**
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão
-
- Francisco A. C. P. Andrade**
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?
-
- Francisco Mendes Correia**
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition
-
- Francisco Paes Marques**
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy
-
- Gonçalo Aleixo Nunes**
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor
-
- Henrique Marques Candeias**
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention
-
- Hugo Ramos Alves**
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine
-
- Isabel Alexandre**
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de proteção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutrinários de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- _____ **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- _____ **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- _____ **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- _____ **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- _____ **Laurenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- _____ **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- _____ **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- _____ **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- _____ **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
 2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
 2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
 2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
 2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
 2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
 2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
 2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
 2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem

Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration

Luís de Lima Pinheiro *

Resumo: o presente estudo centra-se nos pressupostos e no sentido de uma decisão de equidade ou de uma composição amigável na arbitragem voluntária. No decurso desta inquirição é tido em conta o diferente enquadramento destas questões consoante se colocam relativamente à arbitragem interna ou relativamente à arbitragem transnacional. Também são examinadas as consequências de uma decisão de equidade não autorizada pelas partes ou da violação do acordo sobre decisão de equidade. Conclui-se que a permissão de uma decisão exclusivamente segundo a equidade se fundamenta no princípio da autonomia da vontade, mas depende também de uma ordem jurídica estadual (na arbitragem interna) ou da ordem jurídica de um ou mais dos Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem (na arbitragem transnacional).

Palavras-Chave: arbitragem; equidade; composição amigável; direito aplicável na arbitragem.

Abstract: the present study focuses on the pre-requisites and meaning of an ex aequo et bono decision or an amicable composition in voluntary arbitration. In the course of this inquiry, account is taken of the different framework of these questions depending on whether they arise in relation to domestic arbitration or in relation to transnational arbitration. The consequences of an ex aequo et bono decision not authorized by the parties or of a breach of the ex aequo et bono decision agreement are also examined. It is concluded that the permission of a decision exclusively according to ex aequo et bono considerations is based on the principle of freedom of choice, but it also depends on a State legal order (in domestic arbitration) or on the legal order of one or more of the States that have a significant relationship with the arbitration (in transnational arbitration).

Keywords: arbitration; ex aequo et bono; amicable composition; law applicable in arbitration.

Sumário: I. Enquadramento; II. O acordo numa decisão de equidade; III. Sentido da decisão de equidade; IV. Composição amigável; V. Da conveniência de um julgamento de equidade; VI. Decisão de equidade não autorizada ou violação do acordo sobre decisão de equidade; VII. Considerações finais.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I. Enquadramento

Os árbitros exercem uma atividade jurisdicional, de aplicação do Direito a casos concretos, e, por conseguinte, têm, em princípio, o dever de julgar com base no Direito vigente. No entanto, o estatuto da arbitragem pode autorizar os árbitros a julgar com base noutros critérios de decisão. Nas arbitragens nacionais, i.e., internas a um determinado Estado, esta possibilidade verifica-se principalmente quando as partes convencionam que os árbitros decidam segundo a equidade.

Assim, nos termos do art. 39.º/1 Lei de Arbitragem Voluntária (doravante LAV), os “árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”.

Nas arbitragens internas, o Direito vigente resulta das fontes internacionais, europeias, estaduais e autónomas da ordem jurídica portuguesa. As partes podem fazer referência a outras fontes, por exemplo, a uma lei estrangeira, mas apenas como referência material, que incorpora essas regras como cláusulas do contrato. Esta referência material é limitada pelas normas imperativas vigentes na ordem jurídica portuguesa.

Nos mesmos termos e com os mesmos limites, as partes podem incorporar como cláusulas contratuais regras vigentes na ordem jurídica portuguesa que não são aplicáveis à sua relação (por exemplo, incorporar regras de Direito público como cláusulas de um contrato de Direito privado).

Em ambos os casos, não se trata de uma escolha das regras de direito aplicáveis no sentido do art. 52.º/1 LAV, de uma referência conflitual que, em princípio, afasta a aplicação de outras normas imperativas ao mérito da causa¹.

Já na arbitragem transnacional, e designadamente na arbitragem internacional definida no art. 49.º LAV como aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional, as regras de Direito aplicáveis ao mérito da causa não são necessariamente as vigentes na ordem jurídica portuguesa. Essas regras têm de ser determinadas com recurso a normas de Direito Internacional Privado – as normas de conflitos –, como a contida no art. 52.º LAV.

Por outro lado, nesta arbitragem internacional, a autorização para uma decisão com base em critérios extra-positivos pode resultar também de um acordo das partes na aplicação de regras que não são Direito vigente, como os Princípios UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais.

¹ Em sentido diferente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, 2015, Art. 39.º n.º 19.

Assim, segundo o previsto na LAV, a autorização para uma decisão baseada no todo ou em parte em critérios extra-positivos pode resultar não só de um acordo num julgamento de equidade, mas também, como veremos, numa composição amigável (art. 39.º/3 LAV) ou, na arbitragem internacional, de um acordo sobre a aplicação de regras de direito extra-positivas (art. 52.º/1 LAV). Adiante veremos até que ponto as partes podem combinar critérios de decisão extra-positivos com critérios de decisão positivos.

Para além disso, *deve distinguir-se conforme a equidade é um critério exclusivo ou complementar de decisão*, i.e., conforme a equidade se substitui ao Direito estrito ou apenas complementa a aplicação de regras.

A lei portuguesa, à semelhança de muitas leis estrangeiras, permite o recurso à equidade para a concretização das consequências jurídicas de determinadas regras, designadamente para determinar aspetos quantitativos de certas prestações.

Por exemplo, o art. 494.º CC determina que quando a responsabilidade se fundar na mera culpa a indemnização poderá ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos. Repare-se que aqui há uma decisão em matéria de responsabilidade civil por factos ilícitos, que aplica as normas que constam dos arts. 483.º e segs. CC. O tribunal verifica os pressupostos da responsabilidade e estabelece a obrigação de indemnizar. Em princípio, a indemnização deve reparar todos os danos causados. Todavia, quando não tenha havido intenção de causar o prejuízo, mas simples negligência, o art. 494.º vem permitir ao tribunal fixar uma indemnização em montante inferior aos danos, com base num juízo de equidade.

Os arts. 39.º/1 e 52.º/1 LAV referem-se à equidade como *critério exclusivo de decisão*. Quando, na falta de um acordo das partes sobre um julgamento de equidade, os árbitros devam aplicar o Direito vigente, nada obsta ao recurso à equidade nos termos das regras jurídicas que a ela recorrem como critério complementar de decisão².

Neste estudo, não vou tratar da determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional³. Vou antes centrar-me nos pressupostos e no sentido de uma decisão de equidade ou de uma composição amigável na arbitragem voluntária em geral.

Também não vou ocupar-me das questões específicas das arbitragens de Direito público, embora faça uma referência às limitações ao julgamento de equidade na arbitragem administrativa e na arbitragem tributária.

² Cf. STJ 22/9/2016, proc. 660/15.8YRLSB.L1.S1.

³ Sobre este tema, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Lisboa, 2015, § 77, com mais referências.

Este estudo parece-me apropriado a um número especial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa destinado a homenagear e a recordar o eminente Professor José de Oliveira Ascensão que nas suas lições *O Direito. Introdução e Teoria Geral* procedeu a um estudo sistemático da solução de casos jurídicos por vias não normativas⁴.

II. O acordo numa decisão de equidade

A estipulação de que os árbitros devem julgar segundo a equidade ou como compositores amigáveis não é frequente na arbitragem transnacional⁵, mas pode ser mais frequente em arbitragens internas, como dá conta a jurisprudência dos tribunais de alguns Estados relativamente à arbitragem⁶.

Esta possibilidade é geralmente admitida pelos instrumentos internacionais, pelos regimes internos da arbitragem voluntária e pelos regulamentos dos principais centros de arbitragem.

A Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional (1961) admite que os árbitros decidam segundo a equidade (na versão em língua alemã) ou como “compositores amigáveis” (na versão em língua francesa) se tal for a vontade das partes e se a lei reguladora da arbitragem o permitir (art. 7.º/2). A Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da CNUDCI estabelece que o tribunal arbitral decidirá segundo a equidade ou na qualidade de “compositor amigável” quando as partes a isso expressamente o autorizarem (art. 28.º/3). O Acordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (1998) determina que, por disposição das partes, a arbitragem poderá ser de Direito ou de equidade; na ausência de disposição será de Direito (art. 9.º).

Perante alguns sistemas nacionais, só os tribunais arbitrais podem decidir exclusivamente segundo a equidade. Assim, nos Direitos alemão e inglês os tribunais estaduais só podem decidir segundo a equidade quando a lei para ela remete e como critério complementar de decisão.

Outros sistemas admitem que os tribunais estaduais julguem exclusivamente segundo a equidade mas sob pressupostos mais restritivos do que os aplicáveis aos tribunais

⁴ 13.ª ed., Coimbra, 2005, §§ 127 e ss.

⁵ Ver GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2021, § 19.08.

⁶ No sentido de estas arbitragens terem reduzida importância prática no plano nacional, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/FLAMÍNIO SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, 2019, p. 380.

arbitrais. É o que se verifica com os Direitos italiano e francês que só admitem esta possibilidade em caso de acordo relativo a um determinado litígio ou, no caso do Direito italiano, nos julgamentos de pequeno valor feitos pelo juiz da paz⁷.

*Já o Direito português admite amplamente a decisão de equidade, com base em pressupostos semelhantes, quer pelos tribunais estaduais (art. 4.º/b e c CC) quer pelos tribunais arbitrais (arts. 39.º/1 e 52.º/1 LAV)*⁸. Os tribunais estaduais, à semelhança do que se verifica com os tribunais arbitrais, podem ser autorizados pelas partes a decidirem exclusivamente segundo a equidade quer um litígio determinado quer os litígios eventuais emergentes de uma dada relação, desde que o acordo obedeça aos requisitos estabelecidos para a cláusula compromissória⁹.

Como já assinalei, *o julgamento segundo a equidade como critério exclusivo da decisão arbitral depende de um acordo das partes* (art. 39.º/1 LAV).

Isto deve ser entendido, à luz das especiais exigências de certeza jurídica que se colocam neste ponto, no sentido de que a autorização para um julgamento segundo a equidade deve ser expressa¹⁰. No mesmo sentido dispõe a Lei-Modelo da CNUDCI (art. 28.º/3), bem como a maioria das legislações estrangeiras consultadas¹¹.

⁷ Cf. art. 114.º CPC it. e art. 12.º V CPC fr.; art. 113.º/2 CPC it.

⁸ Segundo MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei*, “BMJ” 102, 1961, (141-152), p. 148, a al. b) do art. 4.º inspirou-se no art. 114.º CPC it., destinando-se a atribuir aos tribunais estaduais um poder análogo ao já reconhecido aos árbitros e a al. c) constitui o “natural prolongamento do estatuído na alínea b)”.

⁹ Ver art. 4.º/b e /c CC port., conjugado com o art. 1.º/1 a 3 LAV.

¹⁰ Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, § 15; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, 2014, Art. 39.º n.º 2; ELSA DIAS OLIVEIRA, Choice of Law issues, in *International Arbitration in Portugal*, André Pereira da Fonseca et al. (org.), Alphen aan den Rijn, 2020, n.º 12.02.B.3. Cp. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Recorribilidade das Decisões Arbitrais*, “O Direito” 120, 1988, p. 573.

¹¹ Cf. art. 822.º CPC it. e, sobre ele, PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2.ª ed., Milão, 2008, p. 196; art. 1051.º/3 ZPO; art. 46.º/1/b *Arbitration Act 1996* e, sobre ele, ST JOHN SUTTON e JUDITH GILL, *Russell on Arbitration*, 22.ª ed., Londres, 2003, arts. 2.º e 11.º/2 da Lei de arbitragem brasileira e, sobre ele, BEAT WALTER RECHSTEINER, *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*, 2.ª ed., São Paulo, 2001, p. 100, e PAULO PINHEIRO CARNEIRO, Aspectos processuais da nova lei de arbitragem, in *Arbitragem. Lei brasileira e praxe internacional*, Paulo Casella (org.), 2.ª ed., São Paulo, 1999, (291-315), p. 293. O art. 1478.º CPC fr. também parece exigir uma autorização expressa mas PH. FOUCHARD, E. GAILLARD e B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 848, afirmam que basta que se possa estabelecer com certeza a vontade das partes. Perante o art. 187.º/2 da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado e o art. 381.º/1/b CPC suíço o ponto é controverso: PIERRE LALIVE, JEAN-FRANÇOIS POUDRET e CLAUDE REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana,

À face do art. 22.º da LAV de 1986, deveria entender-se que esta autorização não podia resultar da remissão para o regulamento de um centro institucionalizado de arbitragem que estabeleça, por exemplo, que os árbitros julgarão, na falta de convenção das partes em contrário, segundo a equidade. A lei exigia que a autorização *conste* da convenção de arbitragem ou de documento posterior *subscrito* pelas partes o que excluía que a mesma pudesse resultar de uma simples remissão¹². O ponto suscita dúvida perante o disposto no art. 6.º LAV de 2011. Teria sido avisado que a lei estabelecesse um regime inequívoco a este respeito.

O acordo sobre o julgamento de equidade pressupõe a disponibilidade dos direitos em causa e, por conseguinte, só é admissível em relações disponíveis¹³. No entanto, deve ter-se em conta que as relações patrimoniais são, em geral, disponíveis.

Tendo também em conta as especiais exigências de certeza jurídica que estão em jogo nesta questão, o acordo sobre um julgamento de equidade deve observar a forma escrita¹⁴, entendida no sentido do art. 2.º LAV¹⁵, ou ser manifestado pelas partes perante o tribunal arbitral.

O acordo das partes sobre o julgamento de equidade pode ser anterior ou posterior à aceitação do primeiro árbitro. Se for anterior, vincula por si o tribunal arbitral. Se for posterior, a sua eficácia depende de aceitação pelo tribunal arbitral (art. 39.º/2 LAV).

A aceitação do acordo pelo tribunal arbitral depende de uma deliberação dos árbitros, que pode ser tomada por maioria. Contrariamente ao defendido por alguns autores¹⁶, não me parece necessária a aceitação por todos os árbitros, mas deve entender-se que o árbitro discordante tem o direito de renunciar ao encargo, por haver uma alteração dos pressupostos da sua aceitação do encargo¹⁷.

Em meu entender, *os n.ºs 1 a 3 do art. 39.º LAV referem-se apenas aos critérios de decisão do mérito de causa*. Um acordo das partes sobre a decisão de equidade

1989, p. 402, e BERNHARD BERGER e FRANZ KELLERHALLS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2.ª ed., Berna, 2006, n.º 1326, admitem a possibilidade de um acordo tácito, ANTON HEINI, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2.ª ed., Daniel Girsberger et al. (org.), Zurique, Basileia e Genebra, 2004, Art. 187 n.º 28.

¹² No mesmo sentido, perante a lei brasileira, PINHEIRO CARNEIRO, *Aspectos processuais...*, cit., p. 293.

¹³ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.º 76.

¹⁴ Em sentido até certo ponto convergente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.º 97.

¹⁵ No mesmo sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem...*, cit., Art. 39.º n.º 2.

¹⁶ Ver ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem...*, cit., pp. 465-466, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.º 96.

¹⁷ Neste sentido, ROBIN DE ANDRADE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Dário Moura Vicente (org.), 5.ª ed., 2021, Art. 39.º n.º 2.

de questões processuais não me parece fazer sentido, porque as partes e, na sua omissão, os árbitros já têm um poder de conformação direta das regras processuais. Na omissão das partes e na falta de regra aplicável na LAV, os árbitros podem conduzir a arbitragem do modo que considerarem apropriado, independentemente de qualquer autorização das partes nesse sentido (art. 30.º/3 LAV)¹⁸.

Na arbitragem sobre questões do *contencioso administrativo*, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos limita a possibilidade de um julgamento de equidade, excluindo-o nas questões de legalidade (art. 185.º/2).

Os autores divergem sobre o alcance desta limitação. Designadamente, segundo uma parte da doutrina, estão excluídas as questões de validade relativas a atos e contratos administrativos¹⁹. Para outra parte da doutrina, esta limitação reporta-se unicamente aos novos casos em que o Código veio admitir a arbitragem – as questões relativas à validade dos atos administrativos –, invocando neste sentido o conteúdo da lei de autorização legislativa (art. 2.º/kkkk da Lei n.º 100/2015, de 19/8)²⁰.

O Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa não admite o julgamento de equidade (art. 26.º/1).

Também no domínio da *arbitragem tributária*, o art. 2.º/2 da Lei n.º 10/2011, determina que os “tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”.

¹⁸ No mesmo sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem...*, cit., art. 39.º n.º 5, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.ºs 9 e ss. e 72. Em sentido contrário, ROBIN DE ANDRADE, Art. 39.º, cit., n. 1, e invocando neste sentido o art. 39.º/4 LAV. Todavia, a menção feita neste preceito a uma decisão segundo a equidade ou mediante composição amigável parece referir-se apenas à sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa.

¹⁹ Solução já defendida por J. M. SÉRVULO CORREIA, A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo, in *Est. Artur Maurício*, Coimbra, 2014, (683-720), pp. 710 e ss., com referência a posições divergentes; ver também JOSÉ DUARTE COIMBRA, O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo, in *Arbitragem e Direito Público*, Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro (org.), pp. 133-193, Lisboa, 2015; LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, Limites à escolha da equidade e da composição amigável como critério da decisão arbitral em Direito público, in *Arbitragem Comercial*, António Menezes Cordeiro (org.), Coimbra, 2019, pp. 661-664.

²⁰ Neste sentido ROBIN DE ANDRADE, Art. 39.º, cit., n. 1. É o seguinte o teor do referido preceito da lei de autorização legislativa: “Rever o regime da constituição e funcionamento de tribunais arbitrais, introduzindo a previsão de que podem ser submetidas ao julgamento desses tribunais questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução, e, salvo determinação legal em contrário, questões respeitantes à validade de atos administrativos, em que os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”.

A possibilidade de as partes convencionarem uma decisão arbitral de equidade depende exclusivamente do estatuto da arbitragem. O estatuto da arbitragem é definido, na arbitragem interna, pela lei portuguesa (art. 61.º LAV). Na arbitragem transnacional, o problema é mais complexo. Em meu entender, o estatuto da arbitragem transnacional resulta de uma confluência de diretrizes transnacionais, estaduais e supraestaduais que deixa uma margem de apreciação aos árbitros²¹.

Na arbitragem transnacional, a possibilidade de um acordo num julgamento de equidade é admitida pelo Direito Transnacional da Arbitragem, pelo que só poderão surgir dúvidas caso o Direito de um dos Estados que têm ligação significativa com a arbitragem disponha em sentido contrário²². De resto não há que consultar qualquer outra ordem jurídica a título de Direito aplicável ao mérito da causa, visto que nem há lugar para a sua determinação²³. No Direito de Conflitos da

²¹ Ver LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., §§ 55 e ss.

²² Os defensores da tese da sede da arbitragem propugnam naturalmente que a questão seja decidida pelo Direito do Estado da sede. Ver KARL SCHWAB e GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7.ª ed., Munique, 2005, § 55 n.º 9a, defendendo que fora do âmbito da Convenção Europeia sobre a Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), a admissibilidade de uma decisão de equidade é de apreciar segundo o Direito aplicável ao processo. Também FELIX DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zurique 1989, pp. 143 e ss., e JEAN-FRANÇOIS POUDRET e SEBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurique, 2002, p. 657, entendem que a questão depende da lei que rege a arbitragem que é, sem sua opinião, a lei da sede da arbitragem. Em minha opinião não há razão para atender apenas e necessariamente ao Direito da sede da arbitragem, aplicando-se aqui os critérios que valem para a determinação das diretrizes estaduais relevantes sobre a determinação do Direito aplicável, ver LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., § 93. Ver ainda RIBEIRO MENDES, Equidade e composição amigável na nova lei de arbitragem voluntária, in *Est. Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra, 2012, (165-188), pp. 184-185.

²³ Cf. ADOLF SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4.ª ed., vol. II, Basileia, 1958, p. 884; ERIC LOQUIN, *L'arbitrage en droit comparé et international*, Paris, 1980, pp. 307 e ss.; LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage*..., cit., pp. 400 e ss.; DASSER, *Internationale Schiedsgerichte*..., cit., p. 143, p. 147 e pp. 150 e s.; CHRISTIAN VON BAR e PETER MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2.ª ed., Munique, 2003, pp. 83 e ss., defendendo que na decisão segundo a equidade não se coloca a questão do Direito aplicável, porque o tribunal arbitral está livre de vinculação ao Direito objetivo. Na opinião destes autores, depende do Direito estadual se o tribunal arbitral pode ou não decidir segundo a equidade, e trata-se de uma questão de Direito Internacional Privado. Na jurisprudência arbitral ver, designadamente caso *Benvenuti* (CIRDI, 1980) [ILR 67: 345]. Relativamente a um contrato de concessão, ver ainda *The Anglo Portuguese Telephone Company v. Governo português* (ad hoc, 1969) ["O Direito" 101 (1969) n.º 2 130]. Cp., em sentido diferente, WILHELM WENGLER, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, "R. crit." 71, 1982, (467-501), pp. 478 e ss., com base numa aceção "fraca" de equidade, ressaltando a possibilidade de celebrar acordos "explicitamente fora da ordem jurídica estadual" e na suposição de que, em qualquer caso, as decisões arbitrais fundadas em princípios gerais não seriam exequíveis; no sentido da questão ser submetida ao Direito da "questão principal", PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*,

arbitragem vigente na ordem jurídica portuguesa, isto resulta claramente do art. 52.º/1 LAV quando determina que as “partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade”.

III. Sentido da decisão de equidade

Constitui questão controversa a de saber o que se deve entender por decisão segundo a equidade. Tem-se aqui em vista *a decisão exclusivamente segundo a equidade e não aqueles casos em que considerações de equidade vêm complementar critérios normativos de decisão*²⁴.

Colocada nestes termos, a questão não se coloca relativamente aos tribunais estaduais naqueles sistemas em que estes tribunais nunca podem decidir exclusivamente segundo a equidade (como se verifica no sistema alemão).

Não se encontra claramente estabelecido entre nós qual o sentido do julgamento de equidade como critério exclusivo de solução. Segundo o meu entendimento, que acompanha a opinião dominante, a equidade deve ser entendida, neste contexto, em aceção “forte”. Segundo esta aceção “forte”, não se trata apenas de corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das regras jurídicas abstratas, mas de *uma decisão que, por ser baseada na dita justiça do caso concreto, não se encontra vinculada ao Direito estrito*²⁵.

2.ª ed., Tubinga, 1989, p. 550; qualificando o acordo sobre a decisão *ex aequo et bono* e a *amiable composition* como negócio jurídico-material e submetendo-o à “*lex causae*”, cf. OTTO SANDROCK, “*Ex aequo et bono* - und ‘*amiable composition*’ - Vereinbarungen: ihre Qualifikation, Anknüpfung und Wirkungen”, “*Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*”, 2, 1988, (120-140), pp. 138 e ss.; entre nós, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional. Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990, pp. 202 e 205, e RIBEIRO MENDES, *Equidade...*, cit., p. 182.

²⁴ Sobre estes casos ver OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., pp. 248 e ss.

²⁵ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., pp. 245 e ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1997, Art. 4.º n. 1; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, pp. 416 e 449; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, A Equidade (ou a ‘Justiça com Coração’). A Propósito da Decisão Arbitral Segundo a Equidade, in *Forjar o Direito*, Coimbra, 2012, (671-705), pp. 682 e ss.; e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Coimbra, 2014, p. 285. Ver ainda ANTUNES VARELA, *Valor da equidade como fonte de direito*, “CTF” 92/93, 1966, pp. 7-20, pp. 8 e ss. Perante o Direito Internacional Público (art. 38.º/2 Estatuto do TIJ), também é esta a opinião dominante entre os internacionalpublicistas, cf. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 275; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª ed., Cascais, p. 42; e, na doutrina estrangeira, PATRICK DAILLIER/MATHIAS FORTEAU/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 8.ª ed., Paris, 2009, § 230; JAMES CRAWFORD, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8.ª ed., Oxford, 2012, pp. 44 e ss.; e M. W. JANIS, “Equity in International Law”, in *EPIL*, vol. II, 1995, 1b. No que se refere especificamente às arbitragens CIRDI, cf. ARON BROCHES, *The Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other*

A equidade constitui um critério exclusivo de solução quando as partes o convencionem. *O fundamento do julgamento segundo a equidade é a autonomia da vontade*. É uma manifestação do princípio da autonomia privada. Por vontade das partes, as suas relações, embora juridicamente tuteladas, não estão submetidas a Direito estrito.

O julgamento de equidade apresenta-se pois como a solução individualizadora por excelência, solução que além de não constituir precedente vinculativo – como não o constituem, em geral, as decisões judiciais nos sistemas da família romano-germânica –, também não é orientada à obtenção de uma solução suscetível de generalização, à formulação de uma regra aplicável em casos semelhantes que sejam futuramente julgados.

No entanto, não é uma decisão arbitrária ou à margem das conceções jurídicas gerais. Será mais exato ver aqui *um modelo extrassistemático de decisão*²⁶: o tribunal pode apreciar com considerável margem de liberdade todos os argumentos jurídicos e extra-jurídicos que tenham um mínimo de relevância social objetiva, e fundamentar racionalmente a decisão com base nestes argumentos, na legitimidade do processo de obtenção da solução e na ponderação das suas consequências sociais²⁷. A decisão deve ponderar os interesses das partes e procurar equilibrá-los²⁸.

States, “RCADI” 156, 1972, (331-410), p. 393 e s., e MOSHE HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht et al., 1992, pp. 150 e ss.

Em sentido diferente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2 vols., Coimbra, 1984, pp. 1205 e s., defende que a decisão de equidade tem de respeitar o “sentido do Direito positivo”, pondo em causa em causa a extrassistematicidade material de toda a decisão de equidade que verse sobre áreas já tratadas pelo Direito; Id., “A decisão segundo a equidade”, *O Direito* 122, 1990, (261-280), pp. 271 e s., afirmando que a decisão de equidade é tomada à luz do Direito e de acordo com as diretrizes jurídicas dimanadas pelas normas positivas estritas, mas considerando que na doutrina e jurisprudência portuguesas se verifica uma certa oscilação entre entendimentos mais fortes e mais estritos, acabando por se encontrar um certo ponto de equilíbrio [op. cit. 280]; João ANTUNES VARELA, *An. ac. do tribunal arbitral de 31/3/1993*, “RLJ” 126 (1993/1994) n.º 3831, pp. 181 e s., em notas de rodapé; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol I, 11.ª ed., Coimbra, 1999, 150 e seg.; Diogo FREITAS DO AMARAL – *Manual de Introdução ao Direito*, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, Coimbra, 2004, 128 e segs. Ver ainda RIBEIRO MENDES, *Equidade...*, cit., 182.

²⁶ Enquanto no modelo intrassistemático os argumentos relevantes estão previamente delimitados, dispostos segundo uma ordem e com um peso relativo predeterminado pelas fontes do Direito, e o raciocínio observa o método da ciência do Direito. Ver, sobre o ponto, Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Berlim, 1983, pp. 86 e ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., pp. 440 e ss., e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 1205 e ss. e *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómata aos Modelos de Decisão Jurídica*, “R. jur.” 9-10, 1987, pp. 7-15.

²⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 1203 e s. Perante o Direito Internacional Público, cf. JANIS, *Equity...*, cit., 1b.

²⁸ Ver também MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.º 80.

Além das referências ao Direito positivo que sejam necessárias para estabelecer o caráter jurídico da pretensão e a disponibilidade dos direitos em causa, a decisão terá sempre de respeitar os princípios gerais de Direito e de atender aos valores fundamentais da ordem jurídica²⁹.

*Da estipulação de uma decisão de equidade não decorre apenas a faculdade de aplicar uma solução individualizadora, mas também o dever de o fazer*³⁰. Viola a convenção das partes a decisão que, devendo ser proferida segundo a equidade, se baseie exclusivamente em considerações de Direito estrito. Todavia, a decisão baseada exclusivamente em considerações de Direito estrito só deverá ser impugnável caso se demonstre que não tomou em conta circunstâncias do caso concreto relevantes para a decisão do caso. Com efeito, num dado caso concreto, a decisão baseada exclusivamente no Direito estrito pode ser equitativa³¹.

Já perante o Direito italiano o entendimento prevalecente parece corresponder ao que se pode designar por equidade em aceção “fraca”: o juiz não terá o poder de gerar situações ativas ou passivas à margem da lei, razão por que as situações teriam de ser legalmente conformadas, não distinguindo a decisão de equidade mais que a possibilidade de desatender àquelas disposições particulares que não concorrem para definir traços essenciais do “instituto” jurídico em causa³².

Nas arbitragens transnacionais, o Direito Transnacional da Arbitragem permite naturalmente que as partes estipulem uma decisão de equidade, como atestam numerosas decisões arbitrais e os regulamentos dos principais centros de arbitragem³³. A única dúvida poderia estar na faculdade de os árbitros decidirem segundo a equidade na omissão das partes.

²⁹ Ver também ELIO FAZZALARI, *L'arbitrato*, Turim, 1997, p. 83.

³⁰ Neste sentido, relativamente à arbitragem, LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage...*, cit., p. 403, e a orientação da jurisprudência francesa que culminou no ac. *Cass.* 18/10/2001 [“R. arb.” (2002) 359 an. crítica de JARROSON]. A jurisprudência posterior tendeu a flexibilizar esta posição, que apenas exige que a tomada em consideração da equidade resulte da motivação da sentença, ver CHRISTOPHE SERAGLINI e JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2.^a ed., Paris, 2019, n.ºs 454 e 883.

³¹ REINHOLD GEIMER, in *Zöller ZPO*, 31.^a ed., Colónia, 2016, Art. 1051 n.º 8, entendem que é mesmo isto que sucede em regra.

³² Cf. EDUARDO GRASSO, *Equità (giudizio)*, in *Dig. priv. civ.*, vol. VII, 1991, n.º 1, e VINCENZO VARANO, *Equità*, in *Enc. Giuridica*, vol. XII, 1989, n.º 2.3.1 e 2.3.4, com referências doutrinárias em sentido diverso; GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Equità (Giudizio di) (I. agg.)* in *Digesto*, 2007, n.ºs 12 e ss. e 21 e ss.

³³ Ver art. 21.º/3 Regulamento CCI, art. 22.º/4 Regulamento LCIA, art. 34.º/3 Regulamento AAA (ICDR), art. 61.º/a Regulamento OMPI e art. 35.º Regulamento CAC.

Os instrumentos internacionais e a grande maioria dos sistemas nacionais consultados não permitem que os árbitros decidam segundo a equidade sem autorização das partes. Nada indica que o Direito Transnacional da Arbitragem vá em sentido contrário.

Em todo o caso, é importante sublinhar que na jurisprudência da arbitragem transnacional nem sempre se traça uma delimitação tão clara entre julgamento de Direito estrito e julgamento de equidade³⁴. Daí que o desenvolvimento da *lex mercatoria* pela arbitragem transnacional seja em grande parte atribuído a decisões em que os árbitros estavam autorizados a decidir segundo a equidade ou como “compositores amigáveis”³⁵.

Parece fora de razoável dúvida que, em geral, *os árbitros podem entender a autorização que lhes é dada pelas partes de acordo com a “aceção forte” de equidade*. É este o entendimento largamente dominante³⁶.

A LAV de 2011, à semelhança da LAV de 1986, reporta-se claramente a uma “aceção forte” de equidade, uma vez que contrapõe o julgamento segundo a equidade ao julgamento segundo o Direito constituído (cf. arts. 39.º/1 e 52.º/1)³⁷.

³⁴ Ver, por exemplo, PIETER SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, “RCADI” 145, 1975, (205-296), pp. 241 e s. Ver ainda Horacio GRIGERA NAÓN, *Choice-of law Problems in International Commercial Arbitration*, “RCADI” 289, 2001, (9-396), p. 201.

³⁵ Cf. PHILIPPE KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, pp. 39 e ss.; Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 404 e ss.; RENÉ DAVID, *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987, p. 122; e KLAUS PETER BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer e Boston, 1993, p. 571.

³⁶ Ver referências neste sentido e em sentido diferente em LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., n. 472. Em sentido convergente com a posição adotada, ver também BÖCKSTIEGEL/KRÖLL/NACIMIENTO/SCHMALTZ, *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2015, Art. 1051 n.ºs 51 e ss.; ZÖLLER/GEIMER, *ZPO*, cit., Art. 1051 n.º 6; THOMAS/PUTZO/SEILER, *ZPO Kommentar*, 42.ª ed., Munique, Art. 1051 n.º 4; BERGER/KELLERHALLS, *International and Domestic Arbitration...*, cit., n.ºs 1317 e ss. Ver ainda ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/FLAMÍNIO SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 381, e ELISA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Coimbra, 2020, p. 160, no sentido de a aceção de equidade relevante depender do acordo das partes, entendimento para que já aponta, de certo modo, MIGUEL GALVÃO TELES, *Arbitragem Comercial Internacional Ex Aequo Et Bono e Determinação de Lei de Mérito*, in *Estudos Jurídicos*, vol. I, Coimbra, 2013, (531-559), pp. 535-536, p. 545 e p. 548; e CATARINA MONTEIRO PIRES/PEREIRA DIAS/PEREIRA DIAS, *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, Coimbra, 2020, p. 191.

³⁷ Ver também STJ 11/5/1995 [in www.dgsi.pt/jstj.nsf]; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, p. 1074; LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, in *Estudos Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, (625-641), p. 636; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO,

Também parece ser esta a aceção relevante no julgamento de equidade admitido pelas Leis de arbitragem italiana³⁸, embora o ponto seja controverso³⁹, “inglesa”⁴⁰ e brasileira⁴¹, pelo art. 1051.º do Código de Processo Civil alemão⁴², pelo art. 381.º/1/b do Código de Processo Civil suíço e pela Lei suíça de Direito Internacional Privado (art. 187.º/2)⁴³. No Direito francês, a possibilidade de decisões judiciais segundo a equidade é relativamente recente; pelo menos na arbitragem internacional,

Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law, “Journal of International Arbitration” 25, 2008, (569-581), pp. 571 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *A Equidade...*, cit., p. 688; ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem...*, cit., art. 39.º n.ºs 4 e ss.; e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 285. Ver ainda MIGUEL GALVÃO TELES, *Arbitragem Comercial Internacional...*, cit., pp. 535-536, pp. 545 e 548. Cp. MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional...*, cit., pp. 201 e ss., Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra, 2003, (249-267), p. 258, e *Resolução extrajudicial de conflitos no sector bancário*, “Revista da Banca” 55, 2003, (57-84), p. 61; MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.ºs 75-76 e 80, mas entendendo que as partes podem estipular uma decisão de equidade em aceção “forte”, designadamente quanto estipulam a composição amigável [Art. 39.º n.ºs 103 e ss.]; e ROBIN DE ANDRADE, Art. 39.º, cit., n. 3, mas admitindo que a composição amigável se identifique com um entendimento “forte” da equidade. Ver ainda a posição intermédia de Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, Sentença arbitral: preparação e conteúdo, in *Arbitragem Comercial*, António Menezes Cordeiro (org.), 197, Coimbra, 2019, pp. 208-209.

³⁸ Cf. Cass. 8/11/1984 [*Mass. Foro It.* (1984) 1108], A. BRIGUGLIO/E. FAZZALARI/R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milão, 1994, pp. 56 e s., e FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pp. 82 e ss.

³⁹ Cp. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Equità* (Giudizio di) (I. agg.), in *Digesto*, 2007, n.ºs 12 e ss. e 21 e ss.; GUIDO ALPA e VINCENZO VIGORITI, *Arbitrato* (nuove profili dell'), in *Digesto*, 2011, n.º 34.

⁴⁰ Cf. MICHAEL MUSTILL e STEWART BOYD, *Commercial Arbitration*, 2.ª ed., Londres e Edinburgo, 2001, p. 329, e SUTTON/GILL, *Russell on Arbitration*, cit., p. 147.

⁴¹ Cf. BEAT WALTER RECHSTEINER, *Arbitragem Privada Internacional...*, cit., pp. 99 e s., JACOB DOLINGER e CARMEN TIBURCIO, *Direito Internacional Privado. Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro e São Paulo, 2003, pp. 76 e 265. e BASSO/POLIDO/CARDOSO/COELHO/RODOVALHO, *Arbitragem Comercial. Princípios, Instituições e Procedimentos*, São Paulo, 2013, n.º 6.3.2. Cp. CARLOS NEHRING NETTO, Brazil, in *International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson (org.), 2002, V.5a.

⁴² Cf. BÖCKSTIEGEL/KRÖLL/NACIMIENTO/SCHMALTZ, *Arbitration in Germany...*, cit., Art. 1051 n.ºs 51 e ss.; ZÖLLER/GEIMER, *ZPO*, cit., Art. 1051 n.º 6; e THOMAS/PUTZO/SEILER, *ZPO*, cit., Art. 1051 n.º 4.

⁴³ Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage...*, cit., pp. 400 e ss., *Zürcher Komm./HEINI*, cit., Art. 187 n.º 24 e ss., PIERRE LALIVE, *Le droit applicable au fond par l'arbitre international*, in *Droit international et droit communautaire. Actes du colloque. Paris 5 et 6 avril 1990* (Fundação Calouste Gulbenkian, Centro Cultural Português), Paris, 1991, (33-53), pp. 37 e s., POUDRET/BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage...*, cit., pp. 654 e 662 e ss. e BERGER/KELLERHALLS, *International and Domestic Arbitration...*, cit., n.ºs 1317 e ss.

o poder de decidir segundo a equidade ou como “amigável compositor” é entendido numa aceção “forte”⁴⁴.

Não obstante, *a liberdade dos árbitros que julgam segundo a equidade não é ilimitada*. Em todo o caso, os árbitros têm de respeitar as disposições do contrato, os princípios e valores fundamentais comuns aos sistemas que apresentam uma ligação especialmente significativa com a arbitragem e, mais em geral, a ordem pública transnacional⁴⁵.

A posição de alguns sistemas, que admitem que os árbitros que julgam segundo a equidade ou como compositores amigáveis moderem ou modifiquem as consequências das cláusulas contratuais, não parece ser a melhor, nem é compatível com os sistemas que, como o português em matéria de arbitragem internacional, determinam que em todos os casos o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes (art. 52.º/3 LAV)⁴⁶.

No entanto, isto não significa que os árbitros fiquem privados das faculdades que geralmente lhes assistem ao abrigo dos Direitos estaduais, como a de reduzirem uma compensação manifestamente excessiva estipulada numa cláusula penal ou de considerarem uma das partes exonerada da sua obrigação devido a um facto fora do seu controlo⁴⁷.

⁴⁴ Cf. LOQUIN, *L'amiable composition...*, cit., pp. 262 e ss., YVES DERAIS, La sentence arbitrale, in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Derains et al. (org.), Paris, 1984, (69-80), pp. 78 e ss., EMMANUEL GAILLARD, Droit international privé français – Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale – Droit applicable au fond du litige, in *J.-cl. dr. int.*, 1996, n.º 83; cp. JEAN ROBERT, *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, com a colaboração de BERTRAND MOREAU, 6.ª ed., Paris, 1983, pp. 166 e ss., e SERAGLINI/ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, cit., n.º 884. Ver ainda PIERRE MAYER, La règle morale dans l'arbitrage international, in *Études Pierre Bellet*, Paris, 1991, (379-402), p. 380, e, sobre as leis que não podem deixar de ser aplicadas mesmo por uma decisão de equidade, LOQUIN, *L'amiable composition...*, cit., pp. 246 e ss.

⁴⁵ Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage...*, cit., p. 401, ANDREAS BUCHER, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 1989, p. 119, DASSER, *Internationale Schiedsgerichte...*, cit., p. 148, *Zürcher Komm.*/HEINI, cit., Art. 187 n.º 24, e FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...*, cit., p. 853.

⁴⁶ Cf. HOWARD HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, A Haia, 1989, p. 772, com referência aos trabalhos preparatórios da Lei-Modelo, e BÖCKSTIEGEL/KRÖLL/NACIMIENTO/SCHMALTZ, *Arbitration in Germany...*, cit., Art 1051 n.º 56. Em sentido contrário, perante a LAV de 1986, SAMPAIO CAMELO, *Arbitration in Equity...*, cit., pp. 578 e ss.

⁴⁷ Ver também BORN, *International Commercial Arbitration...*, cit., n.º 19.08, citando neste sentido Pierre Mayer.

IV. Composição amigável

A expressão “*compositores amigáveis*” [*amiables compositeurs*] é empregue na versão em língua francesa da Convenção de Genebra de 1961 (art. 7.º/2). Na versão em língua alemã esta expressão é substituída por uma referência à decisão de “equidade” [*Billigkeit*]. A expressão também é utilizada pela lei francesa no art. 1478.º CPC em termos semelhantes àqueles que noutros ordenamentos se referem à arbitragem segundo a equidade: a decisão como “compositor amigável” é contraposta à decisão “em conformidade com as regras de Direito”. Por seu turno, no art. 1512.º CPC, em matéria de arbitragem internacional, determina-se que o tribunal arbitral decide em “composição amigável” se a convenção das partes lhe tiver conferido esse “mandato” [*mission*].

A origem da expressão prende-se, segundo Poudret/Besson⁴⁸, com a atuação de um terceiro como conciliador das partes, mas, no decurso do séc. XIX, o “compositor amigável” tornou-se num verdadeiro árbitro. Na atualidade, a “composição amigável” constitui fundamentalmente uma decisão segundo a equidade⁴⁹.

Por vezes, *tem-se entendido que na composição amigável releva uma aceção “fraca” de equidade*, em que o árbitro deve partir do Direito constituído, mas pode moderar os efeitos da aplicação deste Direito em função das circunstâncias do caso concreto⁵⁰. Além disso – e aqui parece detetar-se uma especificidade do Direito francês –, os “compositores amigáveis” têm um poder de modificar ou moderar as consequências das cláusulas contratuais segundo considerações de equidade⁵¹.

Alguns autores, porém, põem em causa este entendimento, defendendo que os árbitros “compositores amigáveis” são livres de partir do Direito constituído ou de procurar diretamente a solução que lhes parece mais justa⁵². Os árbitros só estão vinculados a partir do Direito constituído quando as partes estipulem, simultaneamente,

⁴⁸ *Droit comparé de l'arbitrage...*, cit., p. 653.

⁴⁹ Ver também SANDROCK, *Ex aequo et bono und amiable composition*, cit., DASSER, *Internationale Schiedsgerichte...*, cit., pp. 147 e ss., e *Exposição de Motivos da Lei espanhola de arbitragem* (2003) VII.

⁵⁰ Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage...*, cit., p. 401, POUDRET/BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage...*, cit., pp. 652 e ss., DOLINGER/TIBURCIO, *Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 265, e BERGER/KELLERHAUS, *International and Domestic arbitration...*, cit., n.º 1325.

⁵¹ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...*, cit., pp. 851 e ss., POUDRET/BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage...*, cit., p. 653, e SERAGLINI/ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage...*, cit., n.ºs pp. 454 e 883.

⁵² Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...*, cit., p. 849.

a aplicação de um Direito estadual e a “composição amigável”⁵³. Pelo menos uma decisão relativamente recente da *Cassation* também parece equiparar a “composição amigável” à decisão de equidade⁵⁴.

A composição amigável encontra-se prevista na LAV (à semelhança do que se verificava no art. 35.º da LAV de 1986 com respeito à arbitragem internacional), aparentemente *como uma alternativa adicional relativamente à decisão segundo o Direito constituído e à decisão segundo a equidade*. O art. 39.º/3 LAV determina que no “de as partes lhe terem confiado essa função, o tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo”.

Este apelo à “composição das partes” tem sugerido um relacionamento da composição amigável com a conciliação⁵⁵. Todavia, a tendência ao nível das legislações estaduais e dos regulamentos dos centros de arbitragem aponta no sentido de uma distinção clara entre a arbitragem e o mero procedimento de conciliação, orientado à obtenção de um acordo das partes e não a uma decisão jurisdicional.

Com vista a atribuir um sentido útil ao preceito da LAV que admitia a composição amigável, também se sugeriu que na presença de cláusula de composição amigável o tribunal arbitral teria obrigatoriamente de realizar uma tentativa de conciliação (“composição das partes”)⁵⁶. Já o apelo ao “equilíbrio dos interesses em jogo” não se distinguiria do recurso à equidade. Por isso na impossibilidade de conciliar as partes o tribunal deveria decidir segundo a equidade⁵⁷.

Por minha parte, entendo que não é este o caminho a seguir, uma vez que a composição amigável é uma verdadeira arbitragem e que todo o tribunal arbitral deve, na falta de acordo das partes em contrário, realizar uma tentativa de conciliação. A especificidade da composição amigável só pode residir no critério da decisão, razão por que a previsão da composição amigável só terá sentido útil se for possível distingui-la de uma decisão de equidade⁵⁸.

⁵³ *Op. cit.*, p. 850.

⁵⁴ 18/10/2001 [*R. arb.* (2002) 359 an. crítica de Jarrosson].

⁵⁵ Ver também MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Introdução*, Lisboa, 2001, pp. 38 e ss. e n. 63, e MOURA VICENTE, *Resolução extrajudicial...*, cit., p. 76 e ss.

⁵⁶ A sugestão encontra-se em MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, *A composição amigável na arbitragem voluntária* (Relatório de mestrado policopiado), Lisboa, 1987, p. 52.

⁵⁷ Neste sentido, RUEFF NEGRÃO, *A composição amigável...*, cit., pp. 51 e ss. Ver ainda CARNEIRO DA FRADA, *A Equidade...*, cit., pp. 696-697.

⁵⁸ Cp. MÁRIO RAPOSO, *Temas de arbitragem comercial. 1. Equidade, composição amigável, lex mercatoria; 2. Imparcialidade dos árbitros*, “ROA” 66, 2006, 5, p. 5 e ss.

Também se sugeriu que a composição amigável não visa a justiça do caso concreto mas o resultado que seja mais facilmente aceite pelas partes e que permita manter as relações comerciais entre elas⁵⁹. Todavia, a solução mais facilmente aceite pelas partes não é justamente aquela que é mais justa no caso concreto? E a solução mais justa no caso concreto não exige um equilíbrio dos interesses em jogo? Acresce que toda a decisão segundo a equidade deve ponderar as suas consequências para o relacionamento entre as partes.

Se a previsão da composição amigável na LAV de 1986 se pode ter devido a um equívoco no processo legislativo⁶⁰, a sua manutenção na LAV de 2011, com ampliação do seu âmbito de aplicação, mostra que a intenção clara do legislador é a de admitir, para além da equidade, outras alternativas à decisão segundo o Direito estrito⁶¹. Importa, por isso, dar um sentido útil ao preceito do art. 39.º/3 LAV.

Em minha opinião, *a composição amigável e o julgamento de equidade só podem distinguir-se pelo grau da individualização da solução*, por outras palavras, em função de uma aceção “fraca” ou “forte” de equidade.

Perante o Direito Transnacional da Arbitragem, bem como perante os sistemas que, como o português, admitem a decisão segundo a equidade em aceção “forte”, não há nenhuma razão para excluir a estipulação pelas partes de *vias intermédias* para a obtenção de solução⁶². Pense-se, designadamente, em decisões de equidade em aceção “fraca” ou qualificadas pela vinculação a determinados critérios de decisão.

Assim, deve admitir-se que as partes estipulem que os árbitros devam decidir segundo a equidade, mas respeitando certas regras jurídico-positivas, usos do comércio internacional ou modelos de regulação, tais como os Princípios UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais⁶³.

⁵⁹ Ver LOQUIN, *Lamiable composition...*, cit., pp. 361-362, seguido por MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional...*, cit., p. 32, e Da composição amigável na resolução extrajudicial de litígios, in *Estudos de Arbitragem em Homenagem ao Bastonário Manuel Gonçalves*, 179, Coimbra, 2021, pp. 180-181; ROBIN DE ANDRADE, Art. 39.º, cit., n. 3; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária...*, cit., p. 159.

⁶⁰ Neste sentido, MÁRIO RAPOSO, *Art. 35.º da LAV ('Composição Amigável'): O Grande Equívoco*, “ROA” 71, 2011, 371, pp. 371 e ss.

⁶¹ Neste sentido, já perante a LAV de 1986, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., § 15, e SAMPAIO CAMELO, *Arbitration in Equity...*, cit., pp. 575 e ss.

⁶² Ver também DASSER, *Internationale Schidegerichte...*, cit., pp. 148 e ss., Exposição de Motivos da Lei espanhola de arbitragem, 2003, VII, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., § 15, RIBEIRO MENDES, *Equidade...*, cit., p. 187, e PEREIRA DA FONSECA et al./ELSA DIAS OLIVEIRA, *Choice of Law...*, cit., n.º 12.02.B.3.

⁶³ Ver também CLAUS-WILHELM CANARIS, Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquellen, in *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Jürgen Basedow (org.), Tubinga, 2000, (5-31), p. 20.

Também se a estipulação de uma decisão de equidade é acompanhada da designação pelas partes de um Direito estadual aplicável ao mérito da causa, é, em princípio, de entender que apenas releva uma aceção “fraca” de equidade⁶⁴.

Os árbitros deverão sempre controlar a compatibilidade dos critérios de decisão extra-positivos com os princípios gerais de Direito e os valores fundamentais da ordem jurídica (na arbitragem interna) ou os “princípios fundamentais” de fonte internacional, transnacional ou comuns às ordens jurídicas estaduais em presença (na arbitragem transnacional). Este controlo permite afastar os critérios extra-positivos que se revelem manifestamente iníquos perante o conjunto das circunstâncias do caso concreto.

Nesta ordem de ideias, e uma vez que a decisão de equidade deve, em princípio, ser entendida numa aceção “forte”, a estipulação de uma composição amigável só pode ter um sentido útil se for entendida, na falta de elementos de interpretação da convenção das partes que apontem noutra direção, no sentido de um julgamento segundo a equidade em aceção “fraca”⁶⁵.

Uma parte da doutrina defende, pelo contrário, que a estipulação de um julgamento de equidade deve ser entendido em aceção “fraca” enquanto a estipulação de composição amigável deve ser entendida numa aceção “forte” de equidade⁶⁶. Uma vez que, de acordo com o anteriormente exposto, a decisão de equidade deve ser entendida em aceção “forte”, enquanto a composição amigável foi frequentemente entendida como equidade em aceção “fraca”, não vejo razão para tal inversão dos termos da questão, nem que tal corresponda ao sentido normalmente atribuído pelas partes a tais expressões.

Em caso de dúvida sobre o sentido das declarações das partes, admito que sejam entendidas no sentido de uma aceção “fraca” de equidade⁶⁷, mas entendo

⁶⁴ No sentido de ser esta a prática dos tribunais arbitrais, BORN, *International Commercial Arbitration...*, cit., n.º 19.08.

⁶⁵ No mesmo sentido, LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage...*, cit., p. 401, POUDRET/BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage...*, cit., pp. 652 e ss., DOLINGER/TIBURCIO, *Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 265, e BERGER/KELLERHAUS, *International and Domestic Arbitration...*, cit., n.º 1325.

⁶⁶ Ver MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional...*, cit., pp. 31-32; MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., Art. 39.º n.ºs 103 e ss.; e ROBIN DE ANDRADE, Art. 39.º, cit., n. 3. SAMPAIO CAMELO, *Arbitration in Equity...*, cit., 575 e ss., defende que a composição amigável deve ser entendida numa aceção mais “forte” que a decisão de equidade, mas também defende uma aceção “forte” de equidade. Ver ainda RIBEIRO MENDES, *Equidade...*, cit., p. 188.

⁶⁷ Parecer ser neste sentido que apontam MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., Art. 39.º n.ºs pp. 70-71, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/FLAMÍNIO SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 383.

que, na falta de outros elementos de interpretação que apontem no sentido contrário, a estipulação de uma decisão de equidade deve ser entendida numa aceção “forte”⁶⁸.

Neste julgamento, os árbitros, como em todas as decisões de equidade, devem ponderar as consequências sociais da decisão, por forma que esta seja aceite pelas partes como uma decisão justa.

À semelhança do que se verifica com o julgamento de equidade, a admissibilidade de uma composição amigável depende exclusivamente do estatuto da arbitragem. Já diferentemente do que se passa com o julgamento de equidade, na arbitragem transnacional os árbitros que atuem como compositores amigáveis devem começar por determinar o Direito aplicável ao mérito da causa, introduzindo depois os ajustamentos aos critérios de decisão por ele fornecidos que sejam justificados pela equidade entendida numa aceção “fraca”.

A lei nada dispõe sobre *o momento do acordo numa composição amigável*. Qualquer que seja o entendimento sobre o sentido de uma composição amigável, estão igualmente em causa os critérios de decisão que devem ser aplicados pelos árbitros, razão porque o disposto relativamente ao acordo das partes sobre o julgamento de equidade deve ser aplicado também neste caso, diretamente ou por analogia⁶⁹.

V. Da conveniência de um julgamento de equidade

A estipulação de um julgamento de equidade permite ter em conta o conjunto das circunstâncias do caso concreto, mas não assegura a certeza e a previsibilidade sobre a solução jurídica do caso. É, naturalmente, uma estipulação que não deve ser feita de ânimo leve, sobretudo quando abranja todos os litígios que possam emergir de uma determinada relação jurídica. É mais fácil de conceber em relação a um litígio concreto, em que as partes consideram ocorrer circunstâncias particulares que podem justificar uma solução diferente da que resultaria do Direito vigente.

Na arbitragem transnacional em sentido estrito, ou arbitragem internacional no sentido do art. 49.º LAV, esta estipulação pode ser justificada pela especificidade introduzida na relação pela sua internacionalidade ou pela dificuldade no acordo

⁶⁸ Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., Art. 39.º n.º 71.

⁶⁹ Ver ESTEVES DE OLIVEIRA (org.), *Lei da Arbitragem...*, cit., Art. 39.º n.º 12 (aplicação com adaptações); e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/FLAMÍNIO SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 383 (aplicação analógica); MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Art. 39.º n.º 105, em interpretação extensiva ou analogia.

das partes sobre as regras de direito aplicáveis ao mérito da causa. Em princípio, *é mais recomendável que as partes procurem este acordo*.

Em ambos os casos, se as partes considerarem que há circunstâncias particulares que exigem especial valoração, parece recomendável que combinem o critério da equidade com a aplicação de critérios de decisão normativos.

VI. Decisão de equidade não autorizada ou violação do acordo sobre decisão de equidade

Na arbitragem transnacional, caso as partes tenham estipulado as regras de Direito aplicáveis ao mérito da causa, designadamente um Direito estadual, e manifestamente os árbitros as não apliquem, deve entender-se que há *uma violação da convenção de arbitragem que fundamenta a ação de anulação se essa desconformidade tiver influência decisiva na resolução do litígio*, nos termos do art. 46.º/3/a/iv LAV.

Para além disso, deve entender-se que *uma decisão de equidade não autorizada pelas partes fundamenta em geral a ação de anulação se essa desconformidade tiver influência decisiva na resolução do litígio* nos termos do mesmo preceito (art. 46.º/3/a/iv LAV)⁷⁰. Com efeito, neste caso, o processo arbitral não respeitou a regra imperativa do art. 39.º/1 LAV, segundo a qual os árbitros julgam segundo o Direito constituído, a menos que as partes acordem num julgamento de equidade. O mesmo se diga da composição amigável não autorizada pelas partes nos termos do art. 39.º/3 LAV.

No caso de uma decisão segundo o Direito estrito quando as partes estipularam um julgamento de equidade ou uma composição amigável, deve entender-se que há *uma violação da convenção de arbitragem que fundamenta a ação de anulação se essa desconformidade tiver influência decisiva na resolução do litígio* nos termos do art. 46.º/3/a/iv LAV. Dão-se aqui reproduzidas as considerações anteriormente tecidas a este respeito (III).

Estes fundamentos de anulação operam também como *fundamentos de oposição à execução da decisão arbitral* dentro dos limites traçados pelos n.ºs 1 e 2 do art. 48.º LAV.

⁷⁰ No mesmo sentido, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária...*, cit., p. 160.

VII. Considerações finais

Segundo a minha concepção, *os árbitros realizam uma atividade jurisdicional privada*. A arbitragem voluntária baseia-se numa convenção de arbitragem, e, por conseguinte, no princípio da autonomia da vontade. O fundamento da arbitragem voluntária é uma concretização do princípio da autonomia da vontade: *o subprincípio da resolução autónoma de controvérsias*⁷¹.

É também o princípio da autonomia da vontade que fundamenta a permissão de uma decisão exclusivamente segundo a equidade.

O subprincípio da resolução autónoma de controvérsias tem um estatuto diferente ao nível da arbitragem interna e da arbitragem transnacional.

Na arbitragem interna, o princípio vigora como elemento da ordem jurídica estadual, e concretiza-se fundamentalmente na regulação legal que permite a arbitragem voluntária. É o regime local da arbitragem voluntária que atribui ao tribunal arbitral competência jurisdicional.

Na arbitragem transnacional, o princípio vigora como elemento do Direito Transnacional da Arbitragem. Esta vigência decorre da sua integração na consciência jurídica do meio arbitral como princípio constituinte da arbitragem (costume jurisprudencial arbitral), e dos regulamentos dos centros institucionalizados da arbitragem⁷².

Todavia, não creio que o fundamento jurídico da arbitragem transnacional resida apenas no Direito Transnacional da Arbitragem. A eficácia jurisdicional da convenção de arbitragem e das decisões dos árbitros resulta também da posição dos Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem. A competência jurisdicional dos árbitros assenta principalmente no reconhecimento estadual: depende das ordens jurídicas estaduais a relevância da convenção de arbitragem

⁷¹ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., § 43. Ver, em sentido convergente, WALTER HABSCHIED, *Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht*, “Konkurs, Treuhand- Schiedsgerichtswesen” 20, 1959, (113-120), p. 114, ARTHUR VON MEHREN, A General View of Contract, in *IECL*, vol. VII, cap. 1, 1980, n.º 56, e PETER BEHRENS, Arbitration as an Instrument of Conflict Resolution in International Trade: Its Basis and Limits, in *Conflict Resolution in International Trade*, Daniel Friedmann e Ernst-Joachim Mestmäcker (org.), Baden-Baden, 1993, (13-38), pp. 14 e ss.

⁷² Ver também ARTHUR VON MEHREN e EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Arbitration between States and Foreign Enterprises. Final Report*, “Ann. Int. dr. int.” 63/I, 1989, pp. 191-201, n.º 13, defendendo que o poder jurisdicional não emana necessariamente do Estado e que constrangimentos e pressões que resultam de grupos sociais e económicos – designadamente a comunidade dos operadores do comércio internacional – pode dar corpo a um processo jurisdicional mesmo sem o apoio do poder político.

perante os tribunais estaduais (designadamente como exceção processual), a efetivação de decisões processuais por meios coercivos, o efeito de caso julgado da decisão arbitral perante os tribunais estaduais e a execução forçada da decisão arbitral.

Assim, *a competência jurisdicional do tribunal arbitral tem um fundamento complexo: o princípio transnacional da resolução autónoma de controvérsias*, que está subjacente a toda a arbitragem transnacional, e *o reconhecimento de um ou mais dos Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem*⁷³.

Por conseguinte, a permissão de uma decisão exclusivamente segundo a equidade depende também de uma ordem jurídica estadual (na arbitragem interna) ou da ordem jurídica de um ou mais dos Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem (na arbitragem transnacional).

⁷³ Regista-se aqui uma convergência parcial com FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...*, cit., p. 414, quando sustentam que a regra competência-competência se fundamenta no Direito do conjunto dos Estados dispostos a reconhecer uma sentença proferida pelos árbitros sobre a sua própria competência.