

Algumas notas sobre a determinação e fixação dos custos da arbitragem, incluindo os honorários dos Juízes-Árbitros.

**Some issues around the costs of arbitration proceedings, including the calculation of the fees and expenses of the arbitrators.**

J. P. Remédio Marques

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Fecha de Presentación: febrero 2014. Fecha de Publicación: marzo de 2014.

#### **Resumen.**

Este estudio analiza los costes de los procedimientos de arbitraje que tienen lugar en Portugal, en el arbitraje voluntaria, y también en el arbitraje necesaria. El estudio también analiza algunas directrices para los árbitros sobre cómo hacer las órdenes relativas a los costes del arbitraje y la discreción en cuanto a cómo hacer frente a los costes y la determinación de la manera como la compensación de los árbitros será, al final, asignada entre las partes.

#### **Abstract.**

This article deals with the costs of arbitration proceedings that take place in Portugal, either voluntary arbitration or necessary arbitration. The study also discusses some guidelines for arbitrators on making orders relating to the costs of arbitration and the discretion as to how to deal with costs, determining the manner in which the compensation to the arbitrators shall be finally allocated between the parties.

## Sumário.

- I. INTRODUÇÃO. A LEI N.º 63/2011, DE 14 DE DEZEMBRO.
- II. A VIA ARBITRAL E A ANÁLISE ECONÓMICA DOS CUSTOS DA JUSTIÇA ARBITRAL.
- III. ESPÉCIES DE ENCARGOS.
- IV. DIREITO COMPARADO.
- V. MODO DE FIXAÇÃO DOS ENCARGOS DA ARBITRAGEM. AS CUSTAS PROCESSUAIS NOS TRIBUNAIS JUDICIAIS. CASOS-LIMITE.
  - A. CASOS-LIMITE E A INAPLICABILIDADE DO CPC. AS ARBITRAGENS NECESSÁRIAS NO QUADRO DA LEI N.º 62/2011, DE 12 DE DEZEMBRO.
  - B. O RECURSO DA DECISÃO ARBITRAL, O VALOR DA CAUSA ARBITRAL E O VALOR DESTE RECURSO; A IMPUGNAÇÃO DO MONTANTE DOS ENCARGOS PERANTE O TRIBUNAL ESTADUAL.
  - C. ALGUMAS DÚVIDAS QUANTO À APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA SUCUMBÊNCIA E DA RESPECTIVA PROPORÇÃO.
  - D. TERMO DO PROCESSO ARBITRAL ANTES DA DECISÃO QUE CONHEÇA DO MÉRITO DA CAUSA.
  - E. “CUSTAS DE PARTE” NOS TRIBUNAIS ARBITRAIS?
  - F. REMUNERAÇÃO DIFERENCIADA DOS JUÍZES-ÁRBITROS?
- VI. CONCLUSÃO
- VII. ABREVIATURAS

## Palabras clave

Arbitrage, costs, árbitros, arbitrage voluntaria, arbitrage necessaria, Portugal.

## Keywords

Arbitration, fees, expenses, arbitrators, voluntary arbitration, necessary arbitration, Portugal.

## I.- INTRODUÇÃO. A LEI N.º 63/2011, DE 14 DE DEZEMBRO.

Ainda quando os litigantes remetem a quantificação dos encargos de um litígio para tabelas preexistentes no seio de tribunais arbitrais institucionalizados ou para o minucioso conteúdo de convenções de arbitragem, uma das mais importantes e difíceis tarefas de um tribunal arbitral consiste exactamente na fixação e repartição dos custos envolvidos na resolução do litígio.

Tais encargos envolvem, como é sabido, os custos administrativos da constituição e funcionamento de um Secretariado de apoio ao Tribunal (ou o pagamento de despesas administrativas de acordo com critérios heterónomos definidos incluídos em tabelas no quadro de tribunais arbitrais institucionalizados), as despesas com os peritos, os assessores técnicos do Tribunal e os honorários dos próprios árbitros. Adicionalmente, tais encargos e o modo de os quantificar e repartir podem incluir, consoante os quadrantes legislativos estaduais, as despesas em que as testemunhas tenham incorrido, bem como as “custas de parte”, aqui onde podem, em certas hipóteses, ser objecto de reembolso as despesas com trabalhadores ou outros contratados da parte, por ocasião da preparação, recolha e tratamento da informação e dos demais dados apresentados pelos mandatários.

O legislador da nova lei da arbitragem voluntária deu mais atenção a esta matéria relativamente à que lhe era devotada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto<sup>1</sup>. Com efeito, o artigo 17.º deste novo regime aprovado pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, dispõe sobre:

(1) O *tempus* de fixação dos honorários dos árbitros e demais encargos da arbitragem, para o caso de as partes não terem regulado tal matéria na convenção de arbitragem, nem sobre ela

---

<sup>1</sup> Nesta apenas constava a regra segundo a qual os honorários dos árbitros (e de outros intervenientes processuais) deveriam ser fixados na convenção de arbitragem ou em documento posterior subscrito pelas partes (artigo 5.º), sem prejuízo de todas as questões envolvidas com os honorários e as demais despesas e encargos serem resolvidas pelo regulamento do centro de arbitragem institucionalizada que as partes escolhessem (artigo 15.º), quer nos casos de arbitragem *ad hoc* (aqui onde as partes se limitariam remeter para o disposto em tais regulamentos), quer nos casos de *arbitragem institucionalizada*, eventualidade em que o tribunal teria a sua sede no centro de arbitragem e seria este centro a entidade que organizaria o processo, de acordo com regras processuais próprias, incluindo tabelas de honorários e de encargos (artigo 15.º, n.º 2). *Ultima ratio*, se as partes não tivessem acordado sobre as regras do processo (*et, pour cause*, dos honorários dos árbitros e demais encargos), a anterior lei de arbitragem já atribuía essa fixação aos próprios juizes-árbitros (n.º 3 do artigo 15.º).

tenha existido um acordo escrito entre as partes e os juízes-árbitros, no sentido em que este acordo trilateral *deve ser celebrado antes da aceitação do último árbitro* ou do único árbitro;

(2) Os *critérios de determinação dos honorários na falta de acordo das partes* (ou entre estas e os juízes-árbitros), no sentido em que os árbitros podem fixar unilateralmente o montante dos seus honorários, bem como determinar o pagamento de preparos por conta daqueles, de harmonia com “a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste”, por meio de uma ou várias decisões separadas das que se debrucem sobre outras questões processuais ou sobre o fundo ou mérito da causa (n.º 2 do artigo 17.º);

(c) A faculdade de as partes poder requerer junto do Tribunal de 2.ª instância (Tribunal da Relação) a *redução do montante dos honorários* ou das despesas e respectivos preparos, fixando este, sob expressa e prévia audição dos juízes-árbitros, os montantes que considere adequados (n.º 3 do artigo 17.º);

(d) *As consequências da falta de pagamento dos honorários e/ou dos preparos*, bem como das despesas (ou dos preparos para despesas), no sentido em que as partes não faltosas podem se substituir às faltosas no pagamento (num prazo que lhe for fixado pelo Tribunal Arbitral), devendo este, antes mesmo de notificar as partes não faltosas, permitir que as partes inadimplentes possam efectuar esses pagamentos após o decurso de um prazo adicional razoável, sob cominação de suspensão ou extinção do processo sem conhecimento do seu mérito (n.ºs 4 e 5 do artigo 17.º).

## II.- A VIA ARBITRAL E A ANÁLISE ECONÓMICA DOS CUSTOS DA JUSTIÇA ARBITRAL.

Se a arbitragem (voluntária, *ad hoc* ou institucionalizada) e a justiça privada que lhe é subjacente envolvem, regra geral, um custo maior relativamente aos encargos incorridos por via do recurso a um sistema de composição de litígios nos tribunais estaduais, parece pertinente perguntar por que motivo as pessoas (humanas e colectivas) recorrem àquela forma de composição de litígios quando gozam sensivelmente do mesmo poder económico e não existem ponderosas assimetrias de informação entre os potenciais (ou reais) litigantes.

É certo que as pessoas preferem realizar actos e negócios jurídicos e lograr o seu pontual cumprimento, em vez de litigar acerca deles. Mas os conflitos de interesses são inevitáveis. As partes discordam, não raras vezes, do conteúdo dos direitos e obrigações que resultam de tais actos ou negócios, independentemente da forma mais ou menos densa e cuidadosa. Mesmo investidas da melhor boa fé (subjectiva), as partes, por vezes, não asseguram o cumprimento dos contratos tal como escrupulosamente prometeram às contrapartes.

Tais conflitos fazem emergir, não raro, questões (factuais e jurídicas) complexas. Todavia, estes conflitos pressupõe, muitas vezes, a análise de questões a que as partes e respectivos advogados já estão habituadas a fazer ou cujo surgimento já pode ter sido antecipado. Consequentemente, quando tais litígios surgem nas relações económicas entretidas por estes sujeitos é natural que os seus protagonistas queiram dirimi-los de uma maneira mais informal<sup>2</sup>, dialógica, rápida e à margem da exposição pública inerente a um julgamento e à publicidade dos actos processuais e do conteúdo do processo verificadas num tribunal do Estado.

Os agentes económicos preferem, provavelmente, que os seus litígios sejam dirimidos por pessoas com conhecimentos e experiência significativa na matéria. Ora, tais pessoas podem ser designadas pelos litigantes como juízes-árbitros, diferentemente do que sucede nos tribunais estaduais, aí onde — não obstante a existência de juízos ou tribunais (judiciais) de competência especializada — se impõe a observância do princípio do *juiz natural* à luz de regras preexistentes que determinam a competência (internacional e interna, esta última) em razão da matéria, da hierarquia, do território e do valor.

A simplicidade desta via de resolução de conflitos de natureza patrimonial<sup>3</sup> é, de igual modo, um factor que estimula os litigantes a recorrer à via arbitral. E nenhuma empresa deseja que, respectivamente, as quantias pecuniárias que entende ser credora ou os bens que julga ser titular sejam pagas ou entregues intempestivamente. Na verdade, as partes ou os juízes-árbitros — neste último caso quando ocorre a falta de consenso daquelas quanto à fixação de regras processuais — desfrutam da maior liberdade de criação de regras de tramitação processual adequadas ao caso concreto. Pois, uma das vantagens da arbitragem (voluntária — *ad hoc* e institucionalizada — ou necessária) é, precisamente, a possibilidade de criar regras processuais

---

<sup>2</sup> Observe-se, porém, que em muitas situações o clima amistoso entre as partes está seriamente comprometido: *v.g.*, o empreiteiro já abandonou a obra (ou desmontou o estaleiro); o locador já instaurou procedimentos extrajudiciais destinados a notificar o locatário a abandonar o imóvel; os contraentes já se encontram, em suma, de relações cortadas.

<sup>3</sup> O regulamento de arbitragem adoptado (ou as regras processuais fixadas *ad hoc*) garante os direitos fundamentais processuais das partes, fugindo aos rígidos formalismos e facilitando a resolução do conflito.



do litígio e a informalidade constituem os principais motivos que levam os litigantes a eleger a via arbitral<sup>6</sup>.

No que se refere à comparação dos custos (para os litigantes) do recurso à via arbitral relativamente aos tribunais do Estado — e tomando como ponto de referência a Tabela de encargos, fraccionada por escalões, utilizada no Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa, para cujo regulamento remetem múltiplas convenções de arbitragem celebradas em Portugal —, a questão é controversa.

Aparentemente, e do ponto de vista de uma apreciação meramente quantitativa, para a maioria dos litígios o Regulamento das Custas Processuais e as respectivas Tabelas deste Centro de Arbitragem mostram que a resolução do litígio num tribunal do Estado é menos onerosa, excepto quando o valor do litígio provido de especial complexidade ultrapassa, aproximadamente, os € 2.400.000,00<sup>7</sup> — isto nos casos em que seja aplicável o regulamento de arbitragem

---

&biw=1203&bih=650; Anita HOTCHKISS/ Diane M. FLEMING, *Protecting And Enforcing Protective Orders: Easier Said Than Done*, 2004, in [http://216.197.116.106/data/Articles/Docs/Protecting\\_and\\_Enforcing\\_Protective\\_Orders\\_\\_Easie-202.pdf](http://216.197.116.106/data/Articles/Docs/Protecting_and_Enforcing_Protective_Orders__Easie-202.pdf); KLETT, A./SONNTAG, M./WILSKE, S., *Intellectual Property Law in Germany, Protection, Enforcement and Dispute Resolution*, München, C.H. Beck, 2008, pp. 123-124; WILSKE, S./GACK, "Expert Evidence in International Commercial Arbitration", in *Comparative Law Yearbook of International Business*, vol. 20 (2007), p. 75 e ss., p. 93; veja-se, também, REMÉDIO MARQUES, J. P., *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, *Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenhos e Modelos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1079-1080 e nota 2484. Todavia, dado que os processos arbitrais desta natureza devem ser publicados no *Boletim do Instituto Nacional da Propriedade Industrial* e as decisões arbitrais são susceptíveis de recurso de apelação para os Tribunais da Relação competente — aí onde, por que se trata de um Tribunal estadual, é difícil garantir a manutenção da observância das directrizes dos juízes-árbitros quanto às concretas medidas de protecção, caso a caso, dos segredos de fabrico ou de negócio (que não apenas as medidas de protecção dos elementos probatórios eventualmente recolhidos, tal como consta expressamente da nova redacção do artigo 338.º-C, n.º 3, do Código da Propriedade Industria) —, prudentemente, o Tribunal Arbitral deve propor às partes o fraccionamento do processo.

<sup>6</sup> BERMAN, George A., "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", in *The Yale Journal of International Law*, vol. 37, 2012, p. 1 e ss., p. 2.

<sup>7</sup> Por exemplo, as custas processuais de uma *acção com especial complexidade* no valor € 5.000.00,00 (a qual, à luz do novo CPC de 2013, será sempre dirimida por *tribunal de juiz singular*), que apresente uma *especial complexidade* cifram-se, aproximadamente, em cerca de € 89.199,00, às quais podem acrescer os encargos com peritos, consultores técnicos e testemunhas (cfr. a Tabela I, coluna C, e Tabela IV do Anexo ao Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, na redacção da Lei n.º 7/2012, de 13 de Fevereiro, tomando em consideração o valor unitário da *unidade de conta de custas* fixado em € 102, a partir de 2012, e calculado com base na taxa de actualização do *indexante de apoios sociais*, a qual se mantém inalterável em 2013, desde a sua última actualização pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, pois o que importa, para este efeito, não é o valor daquele indexante, mas a actualização da sua taxa). Por sua vez, as custas processuais da mesma acção no valor de € 5.000.000,00 dirimida (por um *tribunal colectivo* constituído por três juízes-árbitros), por exemplo, no *Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa* (para cujo Regulamento remetem como referi no texto, muitas das convenções de arbitragem celebradas em Portugal, no âmbito de arbitragens *ad hoc*) atingem os € 67.450,00 (€ 58.500,00 de honorários totais dos árbitros + € 8950,00 de custos administrativos), nos termos das Tabelas I e II,

institucionalizada que, para este efeito, utilizei como termo de comparação, exactamente o do Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa.

---

respectivamente, do Regulamento do Centro de Arbitragem desta Associação, de 2008, in: <http://www.acl.org.pt>. Quanto mais elevado for o valor da ação (e a complexidade das questões factuais controvertidas com relevo jurídico), maior será, como é bom de ver, a distância quantitativa entre os custos da composição do litígio nos tribunais do Estado relativamente àqueles que são exigidos nos tribunais arbitrais. Mesmo numa *ação com especial complexidade* no valor de € 2.500.000,00 serão tributadas custas processuais mais elevadas nos tribunais do Estado (aproximadamente, € 43.299,00) do que aquelas em que as partes incorreriam no referido Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa (€ 41.200,00). Se o valor de uma ação desta natureza for fixado em 2.400.000,00, as custas processuais nos tribunais judiciais serão de € 39015,00. Se o valor da ação for de € 2.000.000,00, as custas processuais nos tribunais judiciais serão, aproximadamente, de 34.271,00. Todavia, se a ação tiver o valor de € 1.000.000,00, as custas processuais (honorários dos juizes-árbitros + encargos administrativos) serão de € 30.950,00, no referido Centro de Arbitragem institucionalizada, enquanto num tribunal judicial importarão em € 15.759,00. De notar que em muitos outros *centros de arbitragem institucionalizada* os custos com os honorários dos árbitros e os encargos administrativos são menores.

Tomando, por sua vez, como termo de comparação a Tabela de encargos do Centro de Arbitragem institucionalizada, denominado ARBITRARE, igualmente instituído no seio de uma pessoa colectiva privada, sob a forma de associação de direito privado — muito menos utilizado como ponto de referência em convenções de arbitragem e cujo âmbito de competência material abrange os litígios em matéria de propriedade industrial, nomes de domínio PT, firmas e denominações —, verificamos que os encargos são substancialmente inferiores. Com efeito, mesmo nos casos de acções que se revestem de especial complexidade, com valor superior a € 400.000,00 — aqui onde, ao abrigo do n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento dos Encargos Processuais, com s alterações aprovadas em 13/12/2010, 4/7/2012 e e 3/10/2012, o Presidente deste Centro pode, a pedido do Tribunal Arbitral e ouvidas as partes, elevar o valor dos encargos mediante a aplicação aos valores resultantes das tabelas de um coeficiente máximo de 5 —, os encargos totais não excedem, por cada parte, a quantia de € 4.570,00, ao que podem acrescer os com a intervenção de peritos, tradutores, intérpretes, encargos de deslocação e demais encargos com a produção de prova, todos estes a suportar pelas partes. Todavia, ficam isentos do pagamento destes encargos processuais os sujeitos que demonstrem, comprovadamente, estarem abrangidos pelo regime do apoio judiciário na modalidade de dispensa de taxa de justiça e demais encargos do processo (artigo 2.º, n.º 3, do citado Regulamento dos Encargos Processuais).

Já os encargos processuais no denominado *Tribunal Arbitral do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros* – CIMPAS (<http://www.cimpas.pt/regulamento.php>) — o qual desfruta de competência material para os litígios emergentes de quaisquer contratos de seguro, com exclusão dos seguros de grandes riscos, nos termos definidos no artigo 2.º, n.ºs 3 e 4, 94-B/98, de 17 de Abril — estão fixados em 3% do valor reclamado, com um mínimo de € 60 e um máximo de € 600,00 (artigo 13.º, n.º 1, do seu Regulamento de Arbitragem e das Custas).

Por último, os encargos processuais no Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (<http://www.centroarbitragemsectorauto.pt/site/conteudo.php?AHMBNAY2=AFEBEAYWBVVQSVIUUVk8ERVNMBVJSGwtela9Xr1tela9Xr1&AHMBNAY4=ADQBbAtela9Xr1tela9Xr1&AG8BPAYT1t7BWdQcFIO=AHMBIQtela9Xr1tela9Xr1>) têm um tecto máximo de € 600,00 por parte, quando estas forem apenas pessoas colectivas, ou 500,00, se o litígio for entre pessoas humanas ou entre pessoas humanas e pessoas colectivas, embora os encargos com as peritagens sejam suportados pelos litigantes. Todavia, estes montantes não incluem os honorários dos juizes-árbitros e as suas despesas), os quais deverão ser objecto de acordo entre as partes; na falta de acordo, cabe aos árbitros, tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste, fixar o montante dos seus honorários e despesas (artigo 28.º, n.º 2, do respectivo Regulamento).

Talvez possamos surpreender uma redução dos *custos* (globais) de *transação* das empresas (ou particulares) que prosseguem a via arbitral na resolução dos seus litígios, em particular quando os interesses económicos envolvidos são substancialmente elevados<sup>8</sup> e o poder económico das partes é sensivelmente equivalente ou não é substancialmente desigual.

---

<sup>8</sup> Em especial, julga-se que as despesas incorridas pelos litigantes em *honorários de mandatários* tendem a ser menores relativamente a este tipo de litígios que convocam interesses económicos substancialmente elevados. Isto porque, não só as regras processuais comumente adoptadas implicam uma maior celeridade na sequência dos actos, como, sobretudo, a soma do custo/hora é inferior, na medida em que a via arbitral de composição de litígios mobiliza menos requerimentos e incidentes, bem como, para casos similares, tende a ser menor o número de horas das sessões da audiência de produção de prova. Por exemplo, não raras vezes, o Tribunal Arbitral fixa um limite temporal igualmente atribuído a cada parte para produzir os respectivos meios de prova e as correspondentes alegações. Vale isto por dizer que os *poderes de gestão processual* exercitados pelos juizes-árbitros são mais intensos dos que se surpreendem no domínio dos tribunais estaduais. Todavia, no novo CPC de 2013 pretende-se alterar este equilíbrio, na medida em que *densifica* mais fortemente os poderes do juiz estadual (nos tribunais judiciais), ao determinar, no seu artigo 6.º, n.º 1, que: “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. Nas arbitragens que têm lugar nos sistemas anglo-saxónicos esta poupança é maior, pois os mandatários judiciais empregam menos tempo nos procedimentos probatórios e na *discovery* que nestes sistemas é regra.

Ademais, se a determinação dos honorários dos juizes-árbitros for efectuada numa base de *custo/hora*, é bom de ver que a gestão do tempo dos intervenientes processuais é mais eficiente. O mesmo parece acontecer mesmo nas hipóteses em que os *honorários são determinados em função do valor da acção*, já que, nesse caso, é interesse dos juizes-árbitros apreciar e resolver o litígio da forma mais rápida e eficiente.

Por outro lado, não é despreciable a poupança obtida pelos litigantes com a *normal impossibilidade de interposição de recurso da decisão arbitral*, seja porque as partes atribuíram aos juizes-árbitros o poder de julgar segundo a *equidade*, seja porque não previram expressamente essa possibilidade na convenção de arbitragem. Como é sabido, no novo regime da arbitragem voluntária português (artigo 39.º, n.º 4, da Lei n.º 63/2011), a sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de *recurso (de apelação)* para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem, o mesmo ocorrendo no caso de os juizes-árbitros julgarem o litígio segundo critérios de *equidade*. Acresce que são relativamente raras as situações de *anulação de decisões arbitrais*. Basta atentar nas causas de anulação previstas no artigo 46.º, n.º 3, do actual regime jurídico da arbitragem voluntária.

Enfim, numa perspectiva de *análise psicológica das decisões*, não é bizarro pensar numa espécie de “efeito Salomão” nos litígios compostos pela via arbitral. De facto, diferentemente dos juizes dos tribunais estaduais, os juizes-árbitros exibem um forte (ou, pelo menos, moderado) incentivo para tomar decisões que não desagradem totalmente a qualquer uma das partes. Isto parece ser baseado na circunstância de as partes tenderem a escolher juizes-árbitros (ou estes últimos, a escolher o juiz-Presidente) que gozem de uma reputação de pessoas equilibradas e sensatas, normalmente não predispostas a emitir decisões “de tudo ou nada” (SHELL, Richard G., “*Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration*”, in *U.C.L.A. Law Review*, vol. 35, 1988, p. 623 e ss.); pessoas, por conseguinte, mais predispostas e susceptíveis da emissão de decisões “compromissórias”, na medida em que os juizes-árbitros se revêm muitas vezes como conciliadores e tentam manter, para o futuro, a confiança das duas partes e dos terceiros com quem as partes e podem relacionar.

### III.- ESPÉCIES DE ENCARGOS.

Os encargos em que as partes podem incorrer no quadro da composição de um litígio num tribunal arbitral podem ser os seguintes:

(a) Honorários dos juízes-árbitros, os quais são fraccionados, por via de regra, em provisões pagas ao longo do processo;

(b) Encargos administrativos (com o Secretariado, tanto nas arbitragens ad hoc, quanto nas arbitragens institucionalizadas<sup>9</sup>);

(c) Despesas de deslocação e estadia dos juízes-árbitros;

(d) Honorários de peritos, tradutores e intérpretes;

(e) Honorários de assessores técnicos dos juízes-árbitros;

(f) Despesas com a deslocação de testemunhas e outras despesas com os meios de prova (v.g., custos de preservação de provas, passagem de certidões, digitalização de documentos, custos com a aquisição de suportes magnéticos necessários à gravação, pagamentos devidos ou pagos a quaisquer entidades pela produção ou entrega de documentos, prestação de serviços ou actos análogos, requisitados pelo Tribunal Arbitral);

(g) Honorários dos mandatários e assessores técnicos dos mandatários, nos casos que esteja previsto, na convenção de arbitragem (ou na lei<sup>10</sup>) o pagamento de “custas de parte” e o Tribunal Arbitral.

(h) Outras despesas das partes (v.g., despesas com empregados das partes ou terceiros contratados para prepararem certos elementos probatórios ou materiais susceptíveis de auxiliar os mandatários no respectivo patrocínio, tais como gráficos, dados em folhas Excel etc.), nos casos em que estas possam ser elegíveis como “custas de parte”, nos termos atrás referidos.

---

<sup>9</sup> Aí onde se inclui a remuneração do Secretário do Tribunal, bem como as despesas de locação de instalações, fotocópias, digitalização de peças processuais e documentos, gravação de depoimentos prestados em audiência, etc.

<sup>10</sup> Em alguns ordenamentos jurídicos, como veremos *infra*, tais despesas são atendíveis.

i) Despesas com a locação de instalações destinadas à realização da audiência de instalação do Tribunal, audiência preliminar (ou audiência prévia) ou às sessões da audiência de produção de prova.

#### IV.- DIREITO COMPARADO.

Tanto as regras inscritas na Lei-Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem e respectivas regras (na redacção dada pela revisão de 2010)<sup>11</sup>, quanto as normas do CPC francês, do regime do US Federal Arbitration Act, a lei suíça de direito internacional privado, quanto, enfim, as leis de arbitragem belga e holandesa, nenhuma delas — à excepção da UNCITRAL Arbitration rules — provê, com detalhe, sobre as singulares e específicas orientações ou directrizes atinentes à prolação de decisões finais ou interlocutórias sobre a fixação dos encargos da arbitragem, em particular no que concerne ao reembolso das despesas efectuadas pelas partes (v.g., com mandatários e outros intervenientes).

O próprio regime francês de arbitragem voluntária inscrito no respectivo Code de Procédure Civile, precipuamente alterado, neste domínio, em 2011<sup>12</sup>, dispõe apenas, no seu Art. 1509, que, em matéria de arbitragem internacional, "... Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure", regime que é similar para as arbitragens internas (Art. 1464). Neste sentido, estas ordens jurídicas concedem ao Tribunal Arbitral uma ampla margem de discricionariedade na sua fixação.

Pelo contrário, o Arbitration Act britânico, de 1996<sup>13</sup>, contém várias regras sobre os encargos dos processos arbitrais e as regras da sua determinação e fixação (art. 59 e ss.), incluindo as

---

<sup>11</sup> Cfr. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>; cfr., tb., BENTO SOARES, M.<sup>a</sup> Coelho/MOURA RAMOS, R., "Arbitragem comercial internacional: análise da lei-modelo da CNUDCI de 1985 e das disposições pertinentes do direito português", in: *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 315 e ss. O texto em língua portuguesa desta Lei-Modelo, bem como a nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL podem ser consultados em [http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/dgpi-disponibiliza/downloadFile/attachedFile\\_f0/UNCITRAL\\_Texto\\_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42](http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/dgpi-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42).

<sup>12</sup> Décret n° 2011-48, de 13/01/2011, portant réforme de l'arbitrage, in: *Journal Officiel de la République Française*, n. 11, de 14/01/2011, p. 777, texto n. 9.

<sup>13</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

condições de que depende o reembolso das despesas incorridas pelas partes<sup>14</sup> (para além dos honorários dos árbitros<sup>15</sup>) — mas, neste último caso, somente “only such reasonable fees and expenses as are appropriate in the circumstances” (art.64(1)) —, no caso de as partes não terem celebrado acordo sobre a matéria. De igual sorte, a Arbitration Ordinance, N° 17, de Hong Kong, de 2010<sup>16</sup>, estabelece a este respeito um conjunto mais detalhado de regras nos seus artigos 57.º, 74.º, 75.º, 76.º e 77.º, chegando, designadamente, a prever a possibilidade de serem fixados custos suportados na constituição do próprio tribunal [art. 74(7)(a)], uma modalidade de custas de partes [art. 57(1)<sup>17</sup>], bem como prevê expressamente a possibilidade de o Tribunal Arbitral se recusar a emitir a decisão final enquanto não estiverem integralmente pagos honorários dos árbitros e os demais encargos do processo [art. 77(1)], sem prejuízo de as partes impugnarem esta decisão (de recusa) perante os tribunais desta Região Administrativa Especial da República Popular da China.

Já a lei sueca relativa à arbitragem (Lag om Skiljemän) contém, no seu artigo 42.º, uma disposição segundo a qual, salvo disposição das partes em sentido contrário, os árbitros podem, a pedido de uma parte, condenar a contraparte a pagar uma compensação respeitante aos custos incorridos pela peticionante (quais custas de parte) — quantias, estas, que podem ser objecto de juros, se parte o requerer —, bem como podem fixar a repartição dos honorários a cargo das partes<sup>18</sup>.

O § 1057 da ZPO alemã também contempla, no seu n.º 1, a possibilidade de o Tribunal Arbitral fixar custas de parte, de acordo com as circunstâncias do caso e o sentido da decisão final tomada, salvo se as partes dispuserem noutro sentido. E o n.º 2 deste parágrafo autoriza o Tribunal a repartir os encargos da arbitragem entre os litigantes, caso estes tenham sido previamente fixados pelas partes. Se tais encargos não tiverem sido previamente fixados e

---

<sup>14</sup> Mas tais despesas devem “shall be limited to a specified amount” (art. 65(1), *idem*) e podem ser objecto de uma ou várias decisões autónomas (ainda que modificativas) proferidas ao longo do processo (art. 65(2), *ibidem*), incluindo as provisões para tais despesas efectuadas com a devida antecedência relativamente ao factos que lhe deem origem.

<sup>15</sup> Os quais devem ser determinados de harmonia com um “reasonable amount in respect of all costs reasonably incurred” (art. 63(5)(a), *ibidem*). Este critério ilumina, *ultima ratio*, a decisão do tribunal estadual, no quadro do controlo de tais encargos.

<sup>16</sup> <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/ord/ord017-10-e.pdf>.

<sup>17</sup> Embora até um específico limite quantitativo fixado com uma antecedência razoável e susceptível de modificação [art. 57(2)].

<sup>18</sup> FRANKE, U. A., “The arbitral proceedings in international arbitration in Sweden”. in *Swedish and international arbitration, Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (Stockholm), 1984, p. 6 e ss.

somente puderem ser quantificados no termo do processo, este n.º 2 igualmente autoriza o Tribunal a fixá-los no termo do processo, por meio de uma decisão autónoma.

O International Arbitration Act australiano, de 1974, estatui, no seu artigo 27(1), a faculdade de o Tribunal fixar unilateralmente o montante dos encargos, excepto se as partes acordarem por escrito coisa diversa. Naquele caso, as partes podem impugnar no tribunal estadual o montante destes encargos, no prazo de 14 dias a contar da notificação da condenação no pagamento.

A Regras da UNCITRAL sobre arbitragem<sup>19</sup> prevêem, todavia, algumas regras sobre os custos dos processos arbitrais, nos seus artigos 40.º a 42.º. O artigo 40.º atribui poderes ao próprio Tribunal Arbitral para a fixação dos honorários dos juízes-árbitros, enumerando uma lista exhaustiva de custos da arbitragem (costs of arbitration), tais como os encargos do secretariado, dos consultores técnicos dos árbitros e, de harmonia com um critério de razoabilidade, os honorários e demais despesas dos mandatários, bem como, com idêntica bitola, as despesas em que as testemunhas tenham incorrido; outrossim, quaisquer outras despesas efectuadas em função e por causa do processo arbitral, contanto que os árbitros entendam que o montante destas despesas é adequado segundo critérios de razoabilidade ("... to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable"<sup>20</sup>). Estes últimos (honorários de mandatário, despesas de testemunhas) devem ser expressamente reclamados.

O artigo 41.º destas Regras da UNCITRAL determina que os honorários dos juízes-árbitros devem ser fixados, tendo em conta o valor da causa, a complexidade das questões decididas, o tempo despendido até à conclusão do processo<sup>21</sup>, bem como outras circunstâncias atendíveis, em particular a adopção de regras previstas em centros de arbitragem institucionalizada. Esta norma é particularmente importante, na medida em que prevê que (na ausência de previsão da convenção de arbitragem ou acordo posterior das partes) os árbitros, logo após a constituição do Tribunal Arbitral, devem informar as partes acerca da forma e metodologia pela qual os honorários e encargos devem ser determinados; no prazo de 15 dias, as partes podem pedir a revisão da proposta à "autoridade competente" (appointing authority), tendo esta 45 dias para apreciar se os critérios previstos no artigo 41.º se acham observados. Esta reapreciação não

---

<sup>19</sup> UNCITRAL Arbitration Rules (as Revised in 2010), United Nations Commission on International Trade Law, United Nations, New York, 2011, pp. 24-27 (acessível no endereço electrónico referido, *supra*, nota 11, prómio).

<sup>20</sup> Art. 40(2)(e), cit.

<sup>21</sup> Regime, este, que foi introduzido no n.º 2 do artigo 17.º da nova Lei da Arbitragem portuguesa.

deve interferir com a tramitação do processo arbitral, nem os ulteriores procedimentos de exequatur<sup>22</sup>.

Já o artigo 42.º adota a regra segundo a qual os encargos devem ser repartidos em função do vencimento. Porém, concede aos juízes-árbitros a faculdade de, à luz das concretas circunstâncias do caso, onerar a parte vencedora (ou a vencedora em maior proporção) com o pagamento de encargos para além de uma mera relação de proporcionalidade do vencimento (art. 42(1), in fine).

Por último, o artigo 43(1) autoriza que o Tribunal Arbitral determine o pagamento de provisões, em partes iguais, por conta dos honorários dos árbitros, bem como as despesas com as deslocações destes árbitros, os encargos com os peritos e outras despesas relacionadas com a produção de prova (v.g., consultores técnicos do Tribunal). Prevê-se, no mais, que o Tribunal Arbitral possa ordenar o depósito de provisões adicionais ao longo do processo (artigo 43(2), idem).

## **V.- MODO DE FIXAÇÃO DOS ENCARGOS DA ARBITRAGEM. AS CUSTAS PROCESSUAIS NOS TRIBUNAIS JUDICIAIS. CASOS-LIMITE.**

Deve presumir-se (presunção hominis, atente-se) que a arbitragem voluntária é onerosa. Mas pode ser gratuita ou tendencialmente gratuita (p. ex., pagamentos dos encargos administrativos, com exclusão de todos os outros encargos ou despesas) ou menos onerosa do que os serviços similares postos à disposição por outros centros de arbitragem institucionalizada (p. ex., pagamentos dos honorários dos juízes-árbitros de harmonia com uma tabela que preveja valores substancialmente mais baixos, com isenção do pagamento de quaisquer outros encargos). Pense-se nos centros de arbitragem constituídos por associações representativas de certos interesses colectivos, os quais poderão ter interesse em oferecer gratuitamente (ou quase) este serviço aos respectivos associados para dirimir litígios que venham a ocorrer entre eles.

Observe-se, desde já, que o Tribunal Arbitral — caso esta matéria esteja omissa na convenção de arbitragem ou em acordo posterior das partes por ocasião da instalação do próprio Tribunal — pode fixar, de uma forma exaustiva, (e é aconselhável que o faça) as regras do processo a

---

<sup>22</sup> Isto nos casos de arbitragem no estrangeiro ou arbitragem doméstica, nos ordenamentos jurídicos que preveem o depósito e/ou a declaração de executoriedade perante os tribunais estaduais.

arbitral a aplicar quanto à sequência dos actos, incluindo as regras respeitantes a custas. A nova lei de arbitragem voluntária portuguesa continua a permitir o exercício de uma ampla margem de autonomia ao poder de autodeterminação da vontade aos contraentes de convenções de arbitragem. Podem estes convencionar a divisão dos encargos independentemente do resultado do litígio, isto é, sem observarem o princípio da sucumbência; estão livres de acordar que corram por conta de cada um deles as despesas com as diligências que requererem, sem direito do vencedor a qualquer reembolso etc.

Se as partes remeterem esta matéria para o disposto nos regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada a questão está, à partida, resolvida: aplicam-se as bitolas objectivas previstas nesses regulamentos (percentagem sobre o valor da causa; base horária o um outro critério misto etc.). Omitindo as partes a fixação de tais critérios, o artigo 17.º, n.º 2, da nova Lei de Arbitragem voluntária, de 2011<sup>23</sup>, continua (agora expressamente) a manter o regime segundo o qual cabe aos árbitros fixar o montante dos seus honorários, respeitando um conjunto de conceitos indeterminados inscritos na mesma norma. Não se atribui, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, aos tribunais estaduais (p. ex., Brasil<sup>24</sup>) a competência de fixação desses honorários.

Se os juízes-árbitros (ou, antes deles, as partes) remeterem as regras processuais para o previsto em regulamento arbitral predisposto no seio de arbitragem institucionalizada, isso significa que não são aplicáveis as normas contantes do Código de Processo Civil português relativas ao critério da repartição dessas custas, nem a tempestividade do seu pagamento<sup>25</sup>, ainda quando o regulamento processual adoptado pelas partes se refira à aplicação subsidiária dos princípios gerais do processo civil. Com efeito, a função da taxa de justiça devida nos litígios

---

<sup>23</sup> O mesmo pode ocorrer no quadro de arbitragens necessárias sempre as partes não chegam a acordo sobre o montante dos honorários dos árbitros e os demais encargos (previsíveis) do processo arbitral. Nesta hipótese, uma vez que à arbitragem necessária se aplica, com as necessárias adaptações, o disposto no regime da arbitragem voluntária, o Tribunal Arbitral, ao abrigo do preceituado no n.º 2 do artigo 17.º da nova lei da arbitragem, fica livre de fixar unilateralmente os honorários e demais encargos (por meio de uma ou várias decisões interlocutórias autónomas das que se pronunciem sobre outras questões processuais).

<sup>24</sup> CARMONA, Carlos A., *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3.ª edição, São Paulo, Editoria, Atlas, 2009, p. 216.

<sup>25</sup> Se as partes remetem a repartição dos encargos e a sua tempestividade para o Regulamento do Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa, a parte não pode invocar o disposto no Regulamento das Custas Processuais nos tribunais judiciais como fundamento da recusa de pagamento das custas nos oito dias subsequentes à liquidação da decisão final das custas a notificar juntamente com a decisão final — já, neste sentido, ac. da Relação de Lisboa, de 30/06/2011 (ONDINA do CARMO ALVES), proc. n.º 379/11.9YRLSB-2, in: <http://www.dgsi.pt>; tb. o ac. STJ, de 23/03/1995 (FERREIRA Da SILVA), proc. n.º 086890, loc. cit.

dirimidos nos tribunais estaduais não se esgota na remuneração dos serviços prestados, visto que ela pode ser utilizada como instrumento da moderação do recurso ao tribunal<sup>26</sup>.

De resto, ao estabelecer o custo do serviço público de justiça, o legislador ordinário tem de equacionar diversos factores. O primeiro de todos atende à necessária existência de um serviço público essencial vocacionado para a concretização do direito de acesso aos tribunais que tem (artigo 20.º Constituição)<sup>27</sup>. O legislador não pode adoptar soluções de tal modo onerosas que impeçam o cidadão médio de aceder à justiça, criando um sistema de custas oneroso capaz de dificultar ou impedir, de forma não razoável e desproporcionada, o acesso aos tribunais estaduais<sup>28</sup>. Ora, estas finalidades nada têm que ver com as finalidades que subjazem à remuneração dos juízes-árbitros, a qual se alicerça num contrato de prestação de serviços (com prestações um pouco mais complexas, sempre que ocorra a intervenção de um centro de arbitragem no processo arbitral, incluindo as hipóteses em que o terceiro árbitro é escolhido pelo centro de arbitragem<sup>29</sup>).

Porém, nada obsta a que os litigantes acordem na aplicação das regras previstas no Código de Processo Civil relativamente ao modo de repartição das custas processuais, à luz do critério do vencimento e na proporção que este revestir. Outrossim, nada impede que as partes prevejam aplicação das regras des Código para as situações de pluralidade de partes, dedução de reconvenção, transação, confissão, desistência, vencimento parcial, tempestividade do pagamento, extinção da instância por inutilidade supervenientes etc., inclusivamente a previsão do pagamento de custas de parte (art. 527.º e ss. do CPC de 2013).

Na ausência de previsão das partes — bem como nos casos de arbitragem necessária, em que as partes raramente chegam a acordo quanto ao montante dos encargos e a sua repartição —, os juízes-árbitros não estão adstritos a fixar regras próximas às que vigoram, a este respeito, no CPC<sup>30</sup>. Isto não os deve impedir de, faltando o acordo das partes (na convenção de arbitragem

---

<sup>26</sup> Isto é, quanto mais baixo for o custo maior será a procura, com elevados riscos de ineficiência por manifesta incapacidade de resposta.

<sup>27</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 471/2007 (CURA MARIANO), 2.ª secção, de 25/09/2007.

<sup>28</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 183.

<sup>29</sup> Pois, neste caso, os litigantes obrigam-se, para além de pagar a actividade dos árbitros, a cooperar com o centro de arbitragem na organização efectuada por este, pagando os respectivos encargos de Secretariado e demais despesas. Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª edição, 2010, cit., p. 363.

<sup>30</sup> São diferentes, do ponto de vista teleológico-funcional, as diversas parcelas em que se subdividem as custas processuais nos tribunais do Estado (taxa de justiça, encargos e custas de parte: artigo 529.º, n.º 1, do CPC de 2013; *idem*, artigo 447.º, novo n.º 1, do CPC de 1961) relativamente ao conjunto dos encargos a custear nas ações arbitrais.

ou na audiência de instalação do Tribunal), utilizar certos critérios legais gerais de fixação dessa repartição, maxime a imputabilidade do seu pagamento a quem tenha dado causa à ação arbitral; que o mesmo é dizer, deverá o Tribunal Arbitral utilizar o critério da proporcionalidade do decaimento, sem prejuízo de, como melhor veremos adiante, mobilizar qualquer circunstância atendível relativa ao comportamento processual das partes (v.g., comportamento imputável a um dos litigantes, o qual, sem justa causa, tenha tornado o processo anormalmente mais alongado ou oneroso)<sup>31</sup>. Outrossim, se ao Tribunal Arbitral forem atribuídos poderes de julgamento segundo critérios de equidade (*ex aequo et bono*), o julgamento de equidade também deve atingir a imputação dos custos da arbitragem, à luz do prudente critério dos árbitros<sup>32</sup>.

Por outro lado, também não repugna admitir que, na ausência de previsão das partes (ou de previsão no concreto regulamento de arbitragem adoptado), sejam aplicadas, com as necessárias adaptações, certas regras previstas no CPC para situações particulares, tais como:

- Certos actos e incidentes supérfluos do vencedor (artigo 534.º, n.º 1, do novo CPC de 2013);
- Actos ou diligências que tiverem de ser repetidos por culpa do secretariado do Tribunal Arbitral (artigo 534.º, n.º 1, *ibidem*);
  
- Alteração de circunstâncias não imputáveis aos litigantes susceptíveis de tornar infundada a demanda do autor ou a oposição do réu, eventualidade em que os encargos devem ser repartidos em partes iguais (artigo 536.º, n.º 1, *ibidem*);
  
- Confissão do pedido pelo réu (ou pelo autor, no caso de reconvenção), hipótese em que os encargos da arbitragem devem ser suportados pela parte que confessar ou proporcional na parte que se confessou (artigo 537.º, *ibidem*); o mesmo podendo ser aplicado nas hipóteses de desistência do pedido.

#### **A.- CASOS-LIMITE E A INAPLICABILIDADE DO CPC. AS ARBITRAGENS NECESSÁRIAS NO QUADRO DA LEI N.º 62/2011, DE 12 DE DEZEMBRO.**

Surpreendem-se, porém, eventualidades em que é difícil — na falta de previsão dos litigantes (e das normas do regulamento de arbitragem institucionalizada adoptado) — descortinar

---

<sup>31</sup> PEREIRA BARROCAS, M., *Manual da Arbitragem*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 360.

<sup>32</sup> Já assim, PEREIRA BARROCAS, M., *Manual*, 2.ª edição, cit., 2010, p. 399.

claramente um critério de repartição do montante dos encargos, ainda quando se tente aplicar, por analogia, o disposto no CPC.

Estou, por exemplo, a pensar nas arbitragens necessárias instauradas ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, no quadro dos litígios de propriedade industrial entre empresas de medicamentos de referência e de medicamentos genéricos. Estou a supor, em especial, a hipótese em que esta última empresa se limita a pedir uma autorização de introdução no mercado (AIM), junto da autoridade sanitária portuguesa (INFARMED) do correspondente medicamento genérico durante a vigência do direito de patente (ou certificado complementar de proteção) respeitante à substância activa (ou combinação de substâncias activas) ou ao processo de fabrico do medicamento de referência e não se demonstra nos autos a existência de quaisquer indícios susceptíveis de inculcar a convicção de que a Demandada irá lançar o medicamento genérico no mercado português durante a vigência dos mencionados direitos de propriedade industrial titulados pela Demandante (ou que tenham sido objecto de contrato de licença em benefício da Demandante no território português).

Se, por um lado, não se pode dizer, com segurança, que a Demandante deu causa à acção arbitral — pois a referida Lei n.º 62/2011 confere à titular da patente um prazo de 30 dias, a contar da publicação do pedido de AIM (ou registo de AIM já concedida a nível da Agência Europeia do Medicamento, para interpor a acção arbitral necessária —, por isso mesmo que a necessidade de tutela jurisdicional<sup>33</sup> decorre, aparentemente, da lei (e não de qualquer conduta ou acto ilícito imputável à Demandada<sup>34</sup>); por outro lado, a falta de contestação desta

---

<sup>33</sup> E o correspondente *interesse processual* (ou *interesse em agir*), cuja existência decorre a impossibilidade de absolvição da Demandada da instância.

<sup>34</sup> Por isso mesmo que a mesma Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, conferiu uma nova redacção ao Decreto-Lei n.º 176/2006 (Estatuto do Medicamento), alterando o disposto nos artigos 25.º, n.º 2, e 179.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, aos quais conferiu expressa e respectivamente a redacção, no sentido em que o pedido de autorização de introdução no mercado não pode ser indeferido com fundamento na eventual existência de direitos de propriedade industrial (art. 25.º, n.º 2, cit.) e a autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento não pode ser alterada, suspensa ou revogada com fundamento na eventual existência de direitos de propriedade industrial relativos ao medicamento de referência (artigo 179.º, n.º 2). Por sua vez, o artigo 8.º da Lei n.º 62/2011 dispôs que a decisão de autorização do preço de venda ao público (PVP) do medicamento, bem como o procedimento que àquela conduz, não têm por objecto a apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial, não sendo, por si só, contrária aos direitos de patente ou certificado complementar de proteção que incidem sobre o medicamento de referência. O Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão do Plenário da Secção de Contencioso também já decidiu, em 13/01/2013 (ADÉRITO SANTOS), proc. 771/12, que: "... ao titular da patente apenas assiste o direito de impedir o início da comercialização do medicamento, enquanto a sua patente não caducar. Mas já não pode impedir terceiros de iniciar o procedimento tendente à obtenção de AIM nem impedir que a mesma seja concedida ou que seja fixado PVP do medicamento em causa. Pois, como as próprias recorrentes admitem, tais actos não configuram, designadamente a introdução no comércio de um produto protegido

Demandada provoca a consequência inscrita na lei, qual seja a proibição de esta não poder iniciar a exploração industrial ou comercial do medicamento genérico na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados pela Demandante<sup>35</sup>.

Vale dizer: se é verdade que o autor destas acções arbitrais necessárias pretende exercer um direito potestativo, que não tem origem em qualquer facto ilícito praticado pelo réu (artigo 535.º, n.º 2, alínea a), do novo CPC de 2013<sup>36</sup>), não é menos certo que esse exercício é fortemente estimulado pela lei, visto que o não exercício deste direito no prazo de 30 dias contados da referida publicação do pedido de AIM no Boletim do INFARMED pode implicar — na interpretação mais bondosa deste deficiente regime jurídico (na perspectiva processualmente mais benéfica para as Demandantes) — a inexercitabilidade de tais direitos industriais durante os procedimentos administrativos destinados a introduzir o medicamento genérico no mercado e a obter o Preço de Venda ao Público (e a eventual comparticipação estadual nesse preço)<sup>37</sup>.

Daí que me pareça razoável, neste específico tipo de situações, construir uma norma do caso concreto no sentido de determinar a repartição dos encargos da arbitragem em partes iguais pelas partes.

---

por patente (...) a AIM, sendo pressuposto jurídico essencial para a entrada do medicamento no mercado, não consubstancia um acto de comercialização desse mesmo medicamento, não se traduzindo, por isso, em qualquer violação do exclusivo conferido pela patente. Nem dele resulta – acrescente-se, agora – a obrigação, para o respectivo titular, de iniciar tal comercialização” — in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>35</sup> Ao que acresce a obrigação de o Tribunal Arbitral comunicar ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial este facto traduzido na falta de contestação da Demandada (artigo 6.º, n.º 3, da citada Lei n.º 62/2011).

<sup>36</sup> Correspondente ao artigo 449.º, n.º 2, alínea a), do CPC de 1961.

<sup>37</sup> Isto porque nos parece materialmente inconstitucional, por violação da *garantia de tutela jurisdiccional efectiva* dos titulares destes direitos industriais, a interpretação de harmonia com a qual a inercitabilidade dos direitos de patente (ou certificados complementares de protecção) no referido prazo de 30 dias preclude a possibilidade da invocação superveniente de tais exclusivos industriais por todo o período da sua vigência. Pense-se nas hipóteses em que o titular destes direitos industriais não interpôs a acção arbitral nesse prazo — já que entendeu que a empresa de genéricos não praticou qualquer outro acto mercadológico destinado a preparar a introdução do genérico em Portugal (ou tem elementos ponderosos para julgar nesse sentido, designadamente porque a patente ou o certificado complementar de protecção irão caducar num curto lapso temporal) —, sendo, posteriormente, surpreendido com a efectiva promoção do lançamento ou fabrico do genérico durante a vigência dos direitos industriais respeitantes ao medicamento de referência (v.g., reuniões com administradores hospitalares ou directores clínicos, anúncios do iminente em jornais da especialidade, aceitação de encomendas etc.). Logo quando se vislumbrasse (em momento posterior ao decurso do mencionado prazo de 30 dias) um *verdadeiro e actual litígio* o titular dos direitos industriais atinentes ao medicamento de referência ver-se-ia numa situação de *inoponibilidade (situacional)* de exercício do seu *direito potestativo* relativamente à concreta empresa de medicamentos genéricos contra quem não instaurou a acção arbitral no citado prazo de 30 dias. É esta solução absurda que ora se repudia por manifesta inconstitucionalidade material.

Pode, por último suceder a situação de a Demandada não contestante se achar numa situação de coligação passiva inicial (admitida pelo próprio Tribunal<sup>38</sup>) com outras Demandadas que ofereceram contestação, parece que àquela deve caber o pagamento da parte dos encargos resultante da divisão em partes iguais da metade do valor global fixado pelo Tribunal Arbitral — supondo que à Demandante caberia o pagamento da outra metade do valor global dos encargos fixados.

## **B.- O RECURSO DA DECISÃO ARBITRAL, O VALOR DA CAUSA ARBITRAL E O VALOR DESTE RECURSO; A IMPUGNAÇÃO DO MONTANTE DOS ENCARGOS PERANTE O TRIBUNAL ESTADUAL.**

Isto não impede, porém, que, havendo recurso da decisão arbitral, o Tribunal da Relação não possa sindicar a nulidade da decisão arbitral quanto à fixação dos encargos, designadamente verificando-se contradição entre a decisão e a respectiva fundamentação<sup>39</sup>. Pois, nos casos em que se verifica uma contradição entre os fundamentos e a decisão não me parece caber acção

---

<sup>38</sup> Por vezes, revela-se mais prudente a formação de acordo entre os litigantes dirigido extinção da instância relativamente a algumas Demandadas e a convoção da primitiva acção arbitral necessária em tantas acções arbitrais quantas as partes passivas que não desejem litigar numa situação de coligação passiva. Isto pode ser justificado por motivos que se prendem, normalmente, com a *proteção dos segredos de fabrico* dos medicamentos genéricos (ou outros segredos de negócios) numa situação em que várias *empresas concorrentes* se encontram no mesmo *pólo passivo*. Ocorrerá, neste caso, o *fraccionamento* do primitivo processo arbitral em vários processos arbitrais (pelo menos mais um). Pois, este fraccionamento alicerça-se ou já resulta da *acumulação de objectos processuais* que, individualmente considerados, formariam *uma única acção*. Situação, esta, inversa à da *apensação* de acções (artigo 267.º do CPC de 2013; *idem*, artigo 275.º do CPC de 1961). Nestas hipóteses de (proposta de) fraccionamento, deve ser tentado a formação do consenso de todos os litigantes relativo à manutenção das regras processuais anteriormente fixadas, bem como da composição dos diversos tribunais que nasçam desta operação de formação de várias lides arbitrais. Poderá, naturalmente, ocorrer algum reajuste no montante dos honorários originariamente fixados, visto que o primitivo processo arbitral irá *fraccionar-se* em vários processos, aí onde irão ser discutidas essencialmente as mesmas questões de Direito relativamente à mesma substância activa (ou associação de substâncias activas) contida nos medicamentos genéricos objecto de pedido (ou de registo) de AIM. Não se formando consenso quanto ao referido *fraccionamento* de processos, o Tribunal Arbitral pode entender que há *inconveniente grave* em que as causas sejam instruídas, discutidas e julgadas conjuntamente (artigo 37.º, n.º 4, do CPC de 2013; artigo 31.º, n.º 4, do CPC de 1961), hipótese em que deve notificar a Demandante para declarar, num prazo razoável (p. ex., 10 dias, se for esse o prazo para a prática de todos os actos cuja tempestividade não esteja prevista nas regras processuais adoptadas), contra qual Demandada pretende continuar a litigar, sob a cominação de, nada dizendo, ocorrer a absolvição da instância arbitral de todas as Demandadas ou, tendo feito a referida declaração, somente daquelas contra quem a Demandante não pretende continuar a litigar na primitiva.

<sup>39</sup> Esta questão é abordada, *obiter dictum*, no Ac. da Relação do Porto, de 20/12/2011 (FILIPE CAROÇO), proc. n.º 203/11.2YRPRT, in: <http://www.dgsi.pt>.

de anulação da decisão arbitral, de tal sorte que, a despeito de subsistir uma contradição lógica e insanável na decisão arbitral, deve esta contradição ser sindicada por meio do recurso da decisão arbitral<sup>40</sup>.

Por outro lado, o valor da sucumbência era importante para fixar as custas processuais na instância de recurso da decisão arbitral, caso as regras processuais da arbitragem o previssessem, pois, nos recursos, o valor era, até 2009, o da sucumbência quando esta fosse determinável, devendo o recorrente indicar o seu valor no requerimento de interposição do recurso. Se o valor da sucumbência não fosse determinável ou na falta da sua indicação, o valor do recurso era igual ao valor da acção<sup>41</sup>.

Vale dizer: se o recorrente não fizesse essa indicação ou caso o valor do vencimento não fosse determinável, então o valor tributário do recurso seria idêntico ao valor inicial da acção arbitral<sup>42</sup>. Ora, é precisamente este valor que pode gerar conflitos, maxime nas arbitragens necessárias, em particular para efeitos de quantificação e pagamento da taxa de justiça nos recursos interpostos das decisões arbitrais.

Estou novamente a pensar nas arbitragens necessárias verificadas ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro. De facto, nas arbitragens voluntárias, o Tribunal Arbitral é, pelo contrário, confrontado com o valor do pedido do autor (e da eventual reconvenção do réu). Naturalmente, pode analisar estes valores e fixar (para cima ou para baixo) o valor da causa no saneador (ou em momento anterior, mediante uma decisão interlocutória<sup>43</sup>). Sucede, por vezes, que a fixação do valor da acção arbitral em montante superior ao indicado pelo autor (e pelo réu reconvinente) seja seguida de um requerimento de redução do pedido (do autor e/ou do réu reconvinente), no sentido de diminuir os encargos da arbitragem, designadamente nos casos em que estes são fixados em obediência a Tabelas aprovadas em regulamentos de arbitragem institucionalizada. E, outrossim, para diminuir o valor da taxa de justiça, caso seja admissível recurso de apelação da decisão arbitral.

---

<sup>40</sup> Tb. PAULA COSTA E SILVA, "Anulação e Recurso da Decisão Arbitral", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, p. 939.

<sup>41</sup> Artigo 11.º do Código das Custas de 1996 (Decreto-Lei n.º 224-A/1996, de 26 de Novembro).

<sup>42</sup> Ac. do STJ, de 16/03/2010 (GARCIA CALEJO), proc. n.º 12/10.6YFLSB, in: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>43</sup> Lembre-se que, na falta de acordo das partes, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, *definindo as regras processuais que entender adequadas*. Neste caso, deve, *se for o caso*, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente (artigo 30.º, n.º 3, da actual lei de arbitragem voluntária).

Hoje, o valor da taxa de justiça nos recursos das decisões arbitrais consta da Tabela I-B do citado regulamento das custas processuais (nos tribunais judiciais, ou seja, nos tribunais do Estado); a taxa é fixada em função do valor da ação arbitral (e da eventual complexidade da causa), nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, sendo paga pelo recorrente com as alegações e pelo recorrido que contra-alegue, com a apresentação das contra-alegações<sup>44</sup>.

De todo o modo, o Tribunal Arbitral deve respeitar os princípios jurídicos relevantes por ocasião não só da fixação (unilateral) das regras processuais por que o processo arbitral se irá pautar, como também no momento da fixação da repartição de tais encargos na decisão final ou nas decisões interlocutórias que possa vir a emitir ao longo do processo.

Nas arbitragens necessárias instituídas ao abrigo da Lei n.º 62/2011 algumas Demandantes indicam como valor da causa a quantia de € 30.000,01, alegando que o litígio versa sobre interesses imateriais (artigo 303.º, n.º 1, do novo CPC de 2013; idem, artigo 312.º do CPC de 1961). As Demandadas, por via de regra, não contestam este valor. Poderá ser aceita a posição segundo a qual tais acções de infração de patente ou certificado complementar de proteção versão sobre interesses imateriais? Parece-me, na verdade, que tais litígios não podem ser qualificados como litígios relativos a interesses imateriais. Vejamos.

Em matéria de propriedade intelectual, os únicos interesses imateriais litigáveis em juízo respeitam ao conteúdo não patrimonial destes direitos de exclusivo. Incluem-se nesta classificação, designadamente, os litígios sobre os direitos morais de autor (outrossim, a vertente não patrimonial dos direitos conexos a este direitos autorais) — paternidade da obra, identificação da obra, genuinidade e integridade desta, bem como a reacção contra actos que possam desvirtuar ou afectar a honra e reputação do autor (artigo 56.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos), retirada de exemplares (artigo 62.º, idem) no âmbito de contrato de edição, retirada da obra no quadro da representação cénica da obra (artigo 114.º, ibidem) etc.<sup>45</sup> —, para além da protecção de direitos pessoais sem equivalente pecuniária e desprovidos de utilidade económica imediata (v.g., pedido de condenação na não utilização de ou execução pública de videogramas ou fonogramas<sup>46</sup>), bem como os respeitantes à autoria da

<sup>44</sup> Cfr. a importante alteração na redacção deste diploma dada pela Lei n.º 7/2012, de 13 de Fevereiro.

<sup>45</sup> Por todos, MENEZES LEITÃO, L., *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 256-257.

<sup>46</sup> O entendimento exposto já foi objecto de um acórdão (convergente) da Relação de Lisboa, de 31/01/2013 (OLINDO GERALDES), proc. n.º 33/12.4YHLSB-A.L1-6, in: <http://www.dgsi.pt>; bem como de outros oito acórdãos, mais incisivos, da mesma Relação de Lisboa, de 9/05/2013 (EZAGÜY MARTINS), proc. n.º 44/12.0YHLSB-A.L1-2, loc. cit., de 7/02/2013 (LÍDIO SACARRÃO MARTINS), proc. n.º 100/12.4YHLSB-A.L1-8, de 21/02/2013 (TOMÉ

invenção patenteável (ou patenteada)<sup>47</sup> e à menção do nome do inventor no pedido de patente (artigo 61.º, n.º 1, alínea c), do actual Código da Propriedade Industrial). Aliás, em matéria de direito de patente e modelo de utilidade, o conteúdo não patrimonial destes direitos industriais é escasso ou rarefeito, reduzindo-se à paternidade da invenção e à menção do nome do inventor no pedido de patente/modelo de utilidade (ou no fascículo da patente/modelo de utilidade já concedida).

No direito de patente ou certificado complementar de proteção há um exclusivo industrial que se reporta a um conjunto actividades de exploração económica da invenção tipificadas na lei em termos de *numerus clausus* (relativas à substância activa/cominação de substâncias activas, métodos de fabrico de tais substâncias ou aplicações terapêuticas de substâncias activas), quais sejam, *inter alia*, a importação, o fabrico a comercialização, o armazenamento, o transporte ou, em geral, a posse do objecto da invenção para a prática de uma daquelas actividades principais (artigo 101.º, n.º 2, do actual Código da Propriedade Industrial). A configuração destas acções arbitrais e o(s) pedidos(s) esgota-se na expressão patrimonial das faculdades jurídicas exclusivas reconhecidas no CPI e no Regulamento (CE) n.º 469/2009, aos titulares de patentes ou certificados complementares de proteção relativos a medicamentos de referência.

Ora, atento o exposto, é bom de ver que, nestas arbitragens necessárias, o pedido de condenação das Demandadas na proibição de fabricação, importação e comercialização do medicamento genérico no mercado português — por que pressupõe, igualmente, a alegação por parte das Demandantes da titularidade desses direitos de propriedade industrial<sup>48</sup> e da violação

---

RAMIÃO), de 7/03/2013 (ANA LUISA GERALDES), proc. n.º 116/12.0YHLSB-A.L1, da 8.ª Secção, de 12/03/2013 (ROQUE NOGUEIRA), proc. n.º 82/12.2YHLSB-A.L1-7, de 14/03/2013 (ONDINA CARMO ALVES), proc. n.º 141/12.1YHLSB-B.L1-2, de 9/04/2013 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), proc. n.º 99/12.7YHLSB-A.L1, da 7.ª Secção, e de 30/04/2013 (ORLANDO NASCIMENTO), proc. n.º 186/12.1YHLSB-A.L1-7, loc. cit. Há, igualmente, notícia de um acórdão do STJ, de 1/07/2008 (SEBASTIÃO PÓVOAS), proc. n.º 08A1920, loc. cit., que tende a perfilhar o mesmo entendimento. Já, por sua vez, os acórdãos da Relação de Lisboa, de 10/01/2013 (LUIS CORREIA DE MENDONÇA), proc. n.º 9/12.1TVLSB-A.L1-8, de 21/02/2013 (ANABELA CALAFATE, com um voto de vencido de TOMÉ RAMIÃO), proc. n.º 0/12.0YHLSB-A.L1-6, de 7/03/2013 (MARIA AMÉLIA AMEIXOEIRA), proc. n.º 105/12.5YHLSB-A.L1-8, e de 14/03/2013 (MARIA DE JESUS CORREIA), proc. n.º 361/12.9YHLSB-B.L1-6, também em matéria de execução pública de videogramas e fonogramas, adoptam o entendimento segundo o qual, no caso, os direitos conexos invocados (do produtos de fonograma e videograma) traduziam uma acção respeitante a interesses imateriais.

<sup>47</sup> Artigo 58.º do Código da Propriedade Industrial português.

<sup>48</sup> Como se sabe, em qualquer dos três tipos de *acções declarativas* há sempre a necessidade de verificação e declaração judicial de uma situação jurídica anteriormente existente, em função do que tenha sido alegado pelo autor (ou pelo réu reconvinente). Isto embora nas acções de simples declaração o poder jurisdicional esgota-se nesse conhecimento e atestação; nas outras acções, todavia, a referida declaração de que o autor é titular de uma determinada situação jurídica é, ela própria, pressuposto de certa providência (condenatória, constitutiva ou preventiva), assumindo, assim, essa declaração um sentido meramente *instrumental*.

actual ou iminente deste exclusivos industriais, acrescido do pedido de condenação em sanção pecuniária compulsória, não raras vezes computada em várias milhares de euros por cada dia em atraso — traduz uma utilidade económica imediata. Há, nestas acções arbitrais, uma evidente pretensão de tutela do aproveitamento material da invenção protegida por estes direitos industriais.

A quantificação desta utilidade económica parece fácil de efectuar. Na verdade, o valor destas causas tende a coincidir com a quantia em dinheiro equivalente ao benefício económico (diferente de quantia em dinheiro) que se pretende obter (artigo 297.º, n.º 1, do novo CPC de 2013)<sup>49</sup>. Noutra perspectiva, estas acções pretendem fazer valer um direito real sobre um bem imaterial (de natureza análoga, para este efeito jurídico, aos direitos reais sobre coisas corpóreas<sup>50</sup>), circunstância que sugere a aplicação do n.º 4 do artigo 302.º conjugado com o 297.º, n.º 1, in fine, ambos do novo CPC de 2013<sup>51</sup>. Que o mesmo é dizer que se faz necessário calcular o volume médio de vendas anuais do medicamento de referência (protegido por parte ou certificado complementar de protecção) e multiplicar pelo número de anos ou fracções (desde a instauração da acção arbitral) até à caducidade do concreto direito industrial<sup>52</sup>. O produto assim obtido deve ser dividido por dois, já que, caso a Demandada seja absolvida do(s) pedido(s), a efectiva comercialização do medicamento genérico implicará a diminuição em, pelo menos, 50% do preço de venda ao público do medicamento genérico aprovado (ou registado) pelo INFARMED. Isso significa que o titular da AIM do medicamento de referência (titular da patente ou um sem licenciado) terá que reduzir na mesma medida, ou mais, o seu preço de venda ao público, a fim de manter a competitividade deste último medicamento.

Refira-se, por outro lado, que é muita rara a impugnação do valor dos encargos, maxime, o referente aos honorários dos árbitros nas arbitragens voluntárias, o mesmo não acontecendo no domínio de algumas arbitragens necessárias. De facto, dado que, nestes casos, as partes não

---

<sup>49</sup> O benefício económico também se traduz, neste caso, na manutenção do medicamento de referência no mercado *sem a concorrência* do correspondente medicamento genérico.

<sup>50</sup> Artigo 1303.º, n.º 2, do Código Civil português, segundo o qual “São, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste Código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido”. A quantificação da utilidade económica de um pedido destinado ao exercício do *licere* reconhecido aos direitos de propriedade industrial — que são, como se sabe, direitos temporalmente limitados, cujo *dies a quo*, no caso das patentes, corre a partir do acto de apresentação do pedido — não é substancialmente diferente da quantificação da utilidade económica de um pedido destinado à fazer valer um direito real sobre coisa corpórea, *maxime* um direito real de duração limitada.

<sup>51</sup> *Idem*, artigos 311.º, n.º 4, e 306.º, n.º 1, respectivamente, ambos do CPC de 1961.

<sup>52</sup> É óbvio que este direito industrial pode ser invalidado (ou o titular a ele renunciar) antes do termo do seu período de vigência, mas esta circunstância é meramente *fortuita* ou *eventual* segundo a normalidade do acontecer, não devendo ser atendida na quantificação do valor destas acções.

subscvem qualquer convenção de arbitragem, nem conseguem consensualizar um montante (mínimo e máximo) de honorários a submeter ao acordo dos juízes-árbitros, é mais frequente a fixação unilateral dos honorários e dos demais encargos pelo próprio Tribunal Arbitral. Ora, esta circunstância torna mais comum a impugnação destes valores junto do tribunal de 2.<sup>a</sup> instância (Tribunal da Relação) que desfruta de jurisdição no local da arbitragem.

A reapreciação do Tribunal da Relação deverá tomar em consideração e densificar os critérios de quantificação previstos no n.º 2 do artigo 17.º da actual lei de arbitragem (“complexidade das questões decididas, valor da causa e o tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste”).

Dado, porém, que esta impugnação não tem que ser efectuada após a prolação da decisão arbitral que ponha termo ao processo — conhecendo, ou não, o fundo da causa, diferentemente do que sucede com o recurso (se as partes o tiverem previsto na convenção de arbitragem ou ele resulte da própria lei que regula a composição arbitral necessária do litígio) ou com a anulação da decisão arbitral —, pode suceder que a impugnação do montante dos honorários, entretanto fixados logo a seguir à instalação do Tribunal, ocorra numa fase prodrómica da ação arbitral, por exemplo, antes da audiência preliminar (ou audiência prévia), ou seja, logo após a fase dos articulados, aí onde o tribunal já disponha de elementos ponderosos para fixar os limites quantitativos desses encargos.

Nestas hipóteses, o Tribunal da Relação competente, a mais da audição dos próprios juízes-árbitros — sob a cominação da prática de nulidade processual susceptível de influir no exame ou na decisão desta questão incidental (artigo 195.º, n.º 1, do CPC de 2013; idem, artigo 201.º, n.º 1, do CPC de 1961) —, deverá actuar com particular cautela nas situações em que a acção não termina no saneador. Com efeito, a Relação corre o risco de decidir alicerçada na apreciação de factos e actos processuais in faciendo, por conseguinte, com uma visão incompleta ou deficiente da actividade processual (e da respectiva complexidade) que irá desenrolar-se até à decisão final e da complexidade superveniente que a causa possa vir a revelar<sup>53</sup>. Daí que, à semelhança

---

<sup>53</sup> Imagine-se a seguinte hipótese. O Tribunal Arbitral fixa, logo após a sua instalação (e tendo decorrido o prazo dado às partes para celebrarem um acordo a esse respeito), o montante máximo de € 21.000,00, prevendo que este pode ser reduzido a metade (€ 10.500,00) ou a um terço (€ 7.000,00) na hipótese de falta de contestação ou transação ocorrida antes da audiência de produção, respectivamente. Simultaneamente, o Tribunal Arbitral determina que as partes devem depositar, cada uma delas, a título de preparos, metade de 65% do valor fixado, ou seja, no total, € 13.650,00 (€ 6.825,00 por cada parte). Hipotize-se que a Demandante deposita a totalidade dos preparos determinados pelo Tribunal Arbitral. Se a Demandada não contestar não pagar os preparos e, *uno actu*, impugnar o montante máximo dos honorários fixados, o Tribunal da Relação deve, provavelmente, *sobrestar* a sua decisão até ser esclarecida a actividade superveniente total desenvolvida pelo Tribunal Arbitral até ao termo do

do que alguns tribunais arbitrais têm vindo a fazer, o Tribunal da Relação pode sobrestar na apreciação da questão dos honorários fixados (uma espécie de “costs reserved”, expediente frequentemente utilizado na arbitragem voluntária) até ao momento em que termine a actividade processual do Tribunal Arbitral.

### **C.- ALGUMAS DÚVIDAS QUANTO À APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA SUCUMBÊNCIA E DA RESPECTIVA PROPORÇÃO.**

Todavia, a repartição dos custos processuais (incluindo, as eventuais custas de parte que tenham sido acordadas na convenção de arbitragem ou no momento da subscrição consensual das regras processuais pelos litigantes) em função da proporção do vencimento (de harmonia com a máxima *costs should follow the event*) não se revela, por vezes, uma operação isenta de dúvida.

Subsistem, desde logo, um conjunto de circunstâncias que podem ser tomadas em conta para dilucidar a relação de proporcionalidade entre o vencimento (se não for total) e o montante dos encargos imputados a cada parte. Isto mesmo na hipótese em que o vencimento seja total em relação a um dos litigantes.

Tais circunstâncias são: **(a)** a conduta processual das partes; **(b)** o grau de vencimento relativo das partes; **(c)** o facto de a parte vencedora ter decaído em pedido(s) ou excepção(ões) para cuja apreciação foi despendido um considerável lapso temporal; **(d)** a existência de proposta não sucedida de transação dirigida ao autor pela contraparte (ou efectuada pelo autor ao réu reconvinente) tendo a decisão sido menos favorável ao destinatário da proposta de transação. Vejamos melhor estas situações.

---

processo e a comprovação ou a infirmação da (maior ou menor) complexidade das questões fáctivas e jurídicas evidenciada pelos articulados. Isto porque, a falta de contestação não gera qualquer efeito cominatório. Donde, ao mesmo tempo que a impugnação se encontra pendente está na Relação, o Tribunal Arbitral terá que efectuar a base instrutória (ou os temas da prova), uma vez que a falta de contestação não gera qualquer efeito preclusivo; poderá ter que decidir alguma reclamação deduzida contra esta pela Demandante, alterando-a, ou não; far-se-á mister realizar a audiência de produção de prova (com um número de sessões que se revele necessário, em função das testemunhas arroladas pela Demandante e dos eventuais esclarecimentos verbais dos peritos (ou do perito único); analisar as alegações da Demandante e, por fim, proferir a decisão final, que conheça do mérito. Como é fácil constatar, o Tribunal da Relação somente estará em condições de apreciar fundamentamente o montante dos honorários unilateralmente fixado pelo Tribunal Arbitral quando toda esta actividade processual chegar ao seu termo.

Se o réu propôs a realização de uma transação ao autor (ou vice-versa, este último, no caso de ter deduzido pedido reconvenicional), o ganho total de causa do peticionante (que não aceitou a proposta de autocomposição da contraparte) pode implicar, por vezes, uma repartição dos encargos, designadamente quando o vencedor fez o Tribunal Arbitral despender mais tempo e actividade processual do que aquela que se revelaria como aceitável ou razoável, aumentando dessa maneira os encargos da arbitragem (*maxime*, se os honorários dos juízes-árbitros forem calculados em função do custo/hora).

Tendo sido deduzida *reconvenção* (naturalmente há-de esta reconvenção estar estreitamente conexa com o pedido do autor ou autorizada pela convenção de arbitragem, independentemente dessa conexão), o vencimento das duas partes poderá implicar a repartição dos encargos de uma forma proporcional, em função do ganho líquido de uma das partes relativamente à outra. A conduta das partes pode, em *casos excepcionais*, influenciar a repartição do montante dos encargos acordados ou fixados pelo Tribunal. Isso pode acontecer quando, por exemplo, a audiência de produção de prova se tenha prolongado irrazoavelmente por várias sessões devido à conduta totalmente imputável a uma das partes, ou esta tenha deduzido oposição, requerimento, reclamação ou incidente manifestamente improcedente e não tenha agido com a prudência ou diligência devida.

A mesma solução pode ser encarada pelos juízes-árbitros quando a parte saiu parcialmente vencedora, contanto que tais requerimentos, oposições, reclamações ou incidentes tenham importado no aumento substancial da actividade processual e, logo, dos encargos arbitrais. E a questão pode ser mais complexa se estiver prevista a condenação nos encargos que a parte vencedora (nesse incidente, reclamação, oposição etc.) suportou (quais “custas de parte”), uma vez que pode ser difícil quantificar o vencimento parcial dos litigantes. Um critério auxiliar na realização deste *juízo de proporcionalidade* pode consistir na quantificação do tempo e/ou da actividade processual empregue pelo Tribunal Arbitral relativamente às questões em relação às quais a parte logrou sair vencedora. De todo o modo, será conveniente que o Tribunal, na decisão final, realize (*post factum finitum*) uma análise retrospectiva determinando, de uma forma proporcional, os encargos associados à análise das questões em relação às quais cada uma das partes obteve vencimento.

Nas arbitragens internacionais é, não raro, relevante a existência de propostas de transação que — sendo do conhecimento da contraparte no momento em que são efectuadas — apenas são

reveladas ao Tribunal Arbitral após a emissão de decisão sobre a matéria controvertida (*sealed offers*)<sup>54</sup>.

O Tribunal vai, então, indagar até que ponto teria sido mais vantajoso ao destinatário da proposta de transação aceitá-la, no momento em que lhe foi dirigida, ou ter obtido o vencimento da causa. Se, por exemplo, o Tribunal concluir que o destinatário da proposta (*maxime*, o autor da acção) sairia mais beneficiado se a tivesse procedido à sua aceitação ou, pelo menos, não sairia menos beneficiado relativamente ao que obteve com a decisão final, então os encargos da arbitragem incorridos após a recepção da referida proposta de transação serão por sua conta. Se o destinatário da proposta ganhou mais com a decisão final do que ganharia com a sua aceitação, a relevância da proposta de transação será irrelevante na quantificação da repartição dos encargos da arbitragem.

Por vezes, é o próprio autor que dirige uma proposta de acordo ao réu *não revelada ao Tribunal Arbitral*, cujo conteúdo corresponda a um ganho de causa inferior ao que ele tenha peticionado. A motivação do autor reside nas consequências, em termos de repartição dos encargos da arbitragem, da rejeição da proposta pelo réu, uma vez que, (1) se o autor obtiver total ganho de causa na decisão arbitral, ele poderá em certas jurisdições obter uma compensação adicional relativamente aos custos em que incorreu após essa proposta de acordo ter sido rejeitada pelo réu; (2) se o tribunal apenas considerar procedente uma parte do pedido correspondente, aproximadamente, à quantidade contida na proposta de transação, então ele pode tentar argumentar e sensibilizar os juízes-árbitros para o facto de, no cômputo da repartição dos encargos da arbitragem (e dos custos com mandatários, se a convenção de arbitragem ou a lei o preverem), ele não ser considerado parcialmente vencido.

#### **D.- TERMO DO PROCESSO ARBITRAL ANTES DA DECISÃO QUE CONHEÇA DO MÉRITO DA CAUSA.**

---

<sup>54</sup> Note-se que os problemas inerentes à celebração de transação após o proferimento da decisão não se colocam nas situações que agora analisamos. Desde logo, porque o *negócio jurídico processual* não se concretizou. Depois, porque, ainda quando tivesse sido celebrado após a prolação da decisão arbitral, às partes é lícito transigir enquanto a decisão não transitar em julgado, podendo o tribunal, após o esgotamento do seu poder jurisdicional, resolver as questões e incidentes que ocorram posteriormente, contanto que o tribunal não altere ou modifique a sua própria decisão — cfr., entre outros, acórdão da Relação do Porto, de 1/07/1992 (ALVES CORREIA), proc. n.º 9211066, in: <http://www.dgsi.pt>; acórdão da Relação de Lisboa, de 6/12/2011 (MARIA JOÃO AREIAS), proc. n.º 287005/10.5YIPRT.L1-7, loc. cit.; já assim ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 126-127.

A determinação do montante dos honorários deve adequar-se ao trabalho efectivamente desenvolvido pelo juízes-árbitros ao longo da sequência dos actos processuais — à luz do princípio da proporcionalidade da fixação dos honorários em relação à concreta actividade interna (intelectual) e externa (quantidade e dificuldade dos actos processuais praticados) dos juízes-árbitros — e à (des)necessidade de instauração de nova acção em tribunal do Estado para dirimir o litígio. Esta circunstância não obsta ao pagamento dos honorários na íntegra, se tal se achar previsto num regulamento de arbitragem para que as partes remeterão.

Por via de regra, os regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada preveem uma redução, mais ou menos substancial, dos honorários para as eventualidades em que o processo arbitral não termina com decisão que conheça do mérito da causa. Não raras vezes, tais montantes são diferentes consoante o termo do processo tenha implicado a realização de audiência de produção de prova: serão naturalmente mais elevados se tiver havido esta audiência.

Porém, se esta questão estiver omissa, sem prejuízo da aplicação do referido princípio da proporcionalidade, o interesse em motivar os juízes-árbitros no proporcionar ou no estimular a autocomposição dos litigantes poderá justificar um critério diferenciador.

Neste sentido, se o processo arbitral terminar por meio de negócio jurídico processual de transação, sujeito a homologação do Tribunal Arbitral, parece razoável aceitar que os honorários sejam de montante um pouco mais elevado<sup>55</sup> do que nas eventualidades em que a acção reconhece a existência de pressupostos processuais que impedem o conhecimento do mérito da causa. O mesmo já não se dirá nos casos de a acção arbitral terminar por meio de confissão ou desistência do pedido, aqui onde os honorários devem ser substancialmente reduzidos.

### **E.- “CUSTAS DE PARTE” NOS TRIBUNAIS ARBITRAIS?.**

Esta questão assume maior relevo em matéria de pagamento de honorários de mandatário (e as despesas efectivamente suportadas por este) da parte vencedora, na proporção do decaimento

---

<sup>55</sup> Embora sejam montantes inferiores aos valores fixados para o caso de a acção chegar ao seu fim com uma decisão que conheça do mérito.

da parte vencida<sup>56</sup> decretada pelo próprio Tribunal Arbitral. Não se pense, porém, que, nos tribunais judiciais (tribunais do Estado) o actual Regulamento das Custas Processuais nos Tribunais Judiciais autoriza o reembolso da totalidade das despesas efectivamente suportadas pela parte vencedora com os honorários de mandatário. Permite-se somente o reembolso de 50 % do somatório das taxas de justiça pagas pela parte vencida e pela parte vencedora, justamente para compensação da parte vencedora face às despesas com honorários de mandatário judicial, desde que seja apresentada a nota discriminativa das quantias pagas a este mandatário (artigo 26.º, n.º 3, alínea c), ex vi do artigo 25.º, n.º 2, alínea d), ambos do referido Regulamento das Custas), embora a quantia assim apurada não possa exceder o montante das quantias efectivamente pagas a título de honorários a mandatário judicial (ou a agente de execução (artigo 26.º, n.º 5, idem).

No quadro do actual Regulamento das custas processuais nos tribunais judiciais<sup>57</sup>, os honorários com mandatário passaram, a partir de 1/09/2008, a integrar expressamente o conceito de “custas de parte”, previstas no art.º 447.º-D, n.º 2, alínea d), do CPC de 1961 (hoje artigo 533.º, n.º 2, alínea c), do novo CPC de 2013), devendo constar de nota justificativa a apresentar até 5 dias após o trânsito em julgado da decisão, conforme se prevê no artigo 25.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), do citado regulamento. No domínio do Código das Custas Judiciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 324/2003, de 27 de Dezembro (que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004) o regime era diferente. Existia, desde há muito, a figura da procuradoria, a qual se destinava a indemnizar a parte vencedora pelas despesas com o patrocínio judiciário<sup>58</sup>. As custas compreendiam a procuradoria a qual se destinava a indemnizar a parte vencedora pelas despesas com o patrocínio judiciário.

Entre nós, a anterior lei de arbitragem voluntária (de 1986<sup>59</sup>) era totalmente omissa a este respeito. A nova lei de arbitragem voluntária é parcialmente omissa a este respeito. Somente se surpreende, na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 42.º da nova Lei da Arbitragem Voluntária, uma breve referência a estas despesas. Na verdade, esta norma permite que os juízes-árbitros, na decisão final, possam, “se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter

---

<sup>56</sup> Todavia, o actual conceito de custas de parte também inclui o pagamento à parte vencedora (pela parte vencida) das taxas de justiça que a primeira suportou, os encargos efectivamente suportados por esta parte vencedora, bem como as remunerações eventualmente a agente de execução (e as despesas que este suportou).

<sup>57</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008.

<sup>58</sup> Isto porque o Assento do STJ, de 28/03/1930 determinou que: “Na indemnização de perdas e danos em que as partes vencidas sejam condenadas, não podem ser incluídos os honorários dos advogados das partes vencedoras, salvo estipulação expressa em contrário”.

<sup>59</sup> Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

suportado por causa da sua intervenção na arbitragem". E não é, na verdade, nada comum nas arbitragens voluntárias (ou necessárias) instaladas em Portugal prever o pagamento de "custas de parte". Os regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada localizados em Portugal são, ao que sabemos, totalmente omissos quanto à exigibilidade da condenação em custas de parte.

A questão é tratada de modo mais denso em alguns outros ordenamentos jurídicos. Para além do regime sueco, há pouco mencionado, o Arbitration Act britânico de 1996 (art. 60 e ss.) contempla a possibilidade de ser convencionada obrigação de uma das partes pagar o total das despesas em que a outra razoavelmente incorreu<sup>60</sup>, independentemente do vencimento, contanto que este acordo seja subscrito depois do surgimento do litígio. E, outrossim, a possibilidade de, na eventualidade de o tribunal arbitral não determinar o pagamento dessas "custas de parte" (recoverable costs of the arbitration), a parte poder pedir essa fixação ao tribunal estadual (art. 63(4), *idem*).

Em regra, não devem ser atendíveis as despesas efectuadas antes da constituição do Tribunal Arbitral se não tiverem uma relação directa e imediata com o processo arbitral (v.g., despesas com empregados das partes na preparação de material probatório, tais como gráficos, estatísticas, dados em folhas Excel etc.) ou, tendo, da sua realização não resultou qualquer economia de meios e de custos da arbitragem.

Todavia, as partes poderão prever a elegibilidade de tais despesas e a sua repartição entre elas, circunstância que afasta qualquer base de aceitação e quantificação de tais despesas. E nada obsta que, estando previsto este reembolso sujeito a limites quantitativos, o Tribunal possa aplicá-los a despesas efectuadas pelas partes em certas fases do processo e não noutras —

---

<sup>60</sup> Essas despesas têm que ser *razoáveis* enquanto fixadas à luz de um *critério de proporcionalidade, necessidade e adequação meio fim* — *id est*, a concreta despesa em que se incorreu *versus* o benefício económico obtido com a decisão final do tribunal ou com as decisões interlocutórias, incluindo as decisões proferidas em procedimentos cautelares deduzidos no tribunal arbitral. Neste domínio das "custas de parte" nos processos arbitrais, o critério da *proporcionalidade* é facilmente intuível se figurarmos, por exemplo, uma situação em que o autor pede a condenação do réu no pagamento de € 50.000,00, mas incorre em gastos efectivamente suportados (não apenas com mandatários) no valor de € 100.000,00. Este excesso também pode ser surpreendido na *desnecessidade das próprias despesas* (p. ex., contratação de um número elevado de assessores técnicos dos mandatários) e não tanto o montante que elas revestirão. Não deve valer assim, inteiramente, o critério vazado no CPC português, segundo o qual as custas de partes incluem "os encargos *efectivamente* suportados pelas partes" (artigo 533.º, n.º 2, alínea *b*), do novo CPC de 2013), bem como a *totalidade* dos honorários dos mandatários da parte e todas as despesas que estes suportaram. Donde, o Tribunal desfruta de ampla discricionariedade para impor limites quantitativos a este reembolso de despesas (*costs cap*), salvo se as partes tiverem afastado expressamente esta possibilidade na convenção de arbitragem ou, ulteriormente, por ocasião da fixação das regras do processo.

emitindo uma ou várias decisões interlocutórias autónomas ao longo do processo, que não apenas por ocasião da decisão final —, embora esta operação envolva complexidade adicional.

Na quantificação e fixação destes encargos suportados pelas próprias partes na condução do processo à luz de critérios de proporcionalidade, o Tribunal Arbitral poderá atender:

- (a) ao comportamento das partes;
- (b) à utilidade económica dos pedido(s);
- (c) à importância das questões decididas para os litigantes;
- (d) à particular complexidade das matérias controvertidas;
- (e) ao tempo despendido com o processo;
- (f) à especialização e a diligência que o litígio reclamou.

Já quanto à sequência de actos subjacentes à apreciação e decisão relativas a tais despesas suportadas pelas partes<sup>61</sup>, poderemos facilmente aceitar o seguinte trâmite:

- (1) A parte deverá submeter ao tribunal o acervo especificado de encargos e o fundamento por que entende que deve ser reembolsada de tais encargos (a “nota discriminativa e justificativa” a que se refere o artigo 533.º, n.º 3, do CPC de 2013; idem, artigo 447.º-D, n.º 3, do CPC de 1961);
- (2) A contraparte deduz, querendo, oposição;
- (3) Ao requerente deve ser dada a oportunidade de pronunciar sobre esta oposição;
- (4) O Tribunal Arbitral aprecia a pretensão de pagamento à luz das objecções suscitadas pela contraparte<sup>62</sup>, após o que

---

<sup>61</sup> Quando previstas (ainda que genericamente) na convenção de arbitragem, em acordo posterior das partes, ou no concreto regime legal de arbitragem existente no Estado do lugar da arbitragem.

<sup>62</sup> Pode revelar-se necessário ouvir as partes para uma audiência, em especial se for peticionado o reembolso de quantias substancialmente elevadas ou, em alternativa, pedir esclarecimentos escritos adicionais às partes acerca de certas despesas concretamente apresentadas e do respectivo montante.

(5) O Tribunal decide, fixando, se for caso disso, os encargos que podem ser objecto de reembolso e o respectivo montante, condenando a contraparte a pagá-los ao requerente.

## F.- REMUNERAÇÃO DIFERENCIADA DOS JUÍZES-ÁRBITROS?.

Dado que, na arbitragem voluntária os árbitros (ou o árbitro único) e as partes devem acordar, no momento da aceitação do encargo (por escrito, por exemplo, na acta de missão ou na acta da instalação do tribunal), o montante dos honorários devidos pelo seu trabalho, coloca-se a questão de saber se os honorários dos árbitros podem cifrar-se em quantias diferentes<sup>63</sup>.

A resposta é afirmativa. Nas arbitragens voluntárias ad hoc esta prática não é, porém, normal. Não raras vezes, a quantificação diferenciada destes honorários é uma realidade no quadro de arbitragens institucionalizadas. Por exemplo, as regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI) preveem uma remuneração global, estabelecendo porém que o Presidente receberá 40% do total, cabendo aos demais árbitros a quota de 30% para cada um deles. O mesmo se acha previsto, designadamente, nas regras em vigor, desde 2008, no Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa (artigo 48.º, n.º 3, do Regulamento<sup>64</sup>), salvo acordo em contrário entre os árbitros.

## VI.- CONCLUSÃO.

A fixação e a repartição dos encargos dos processos arbitrais — na ausência de acordo das partes ou de remissão para as regras, a este respeito, previstas em regulamentos de arbitragem institucionalizada — reveste-se de especial complexidade e melindre.

A temática não tem sido abordada em Portugal com um grau suficiente de minúcia. Isto não obstante a nova lei de arbitragem voluntária ter disciplinado expressamente esta questão no artigo 17.º, *maxime*, o seu n.º 2, quanto ao *tempus* de fixação dos honorários dos árbitros e demais encargos, no que tange aos *critérios gerais de determinação* na falta de acordo das partes (ou entre estas e os juízes-árbitros), no que toca à *faculdade de impugnação*, pelas

---

<sup>63</sup> CARMONA, Carlos A., *Arbitragem e Processo*, 2009, cit., p. 218.

<sup>64</sup> Cfr. este o texto deste Regulamento no seguinte endereço electrónico: <http://www.acl.org.pt/pt-pt/centrodearbitragem/legisla%3a7%c3%a3oeregulamentos.aspx>.

partes, da fixação unilateral efectuada pelos árbitros e, enfim, no tocante às *consequências da falta de pagamento* das provisões, por conta de honorários dos árbitros e outras despesas.

Neste estudo, tomei como modelo e termo de comparação a Tabela de honorários e encargos prevista no *Regulamento do Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa*; regime jurídico, este, para o qual inúmeras convenções de arbitragem remetem os (actuais ou futuros) litigantes — sem prejuízo de mencionar outros regulamentos de arbitragem cujas tabelas são facilmente consultáveis.

Os centros de arbitragem institucionalizada cuja iniciativa de constituição pertenceu do governo português exibem normalmente encargos de arbitragem substancialmente inferiores. É o caso do *Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)*, localizado em Lisboa. Alguns centros de arbitragem institucionalizada de iniciativa privada em áreas litigiosas muito especializadas também ostentam encargos arbitrais relativamente baixos: é, por exemplo, o caso do ARBITRARE, também situado em Lisboa, em matéria de litígios relativos a direitos de propriedade industrial, nomes de domínio *pt* e firmas e denominações.

Em termos gerais, a eleição pelas partes da via arbitral de heterocomposição do seu conflito de interesses pode diminuir os “custos de transação” envolvidos na controvérsia. As vantagens associadas a esta forma de dirimir litígios (em termos de simplicidade e celeridade da sequência dos actos, tendencial confidencialidade do processo e especialização dos juizes-árbitros) são plenamente aproveitadas nos litígios entre pessoas colectivas envolvendo interesses económicos substancialmente elevados, aí onde os litigantes não exibem substancial desigualdade económica.

São raros os ordenamentos jurídicos estrangeiros cujas leis de arbitragem voluntária disciplinam com detalhe a questão da determinação e fixação dos encargos da arbitragem. Normalmente, atribuem ao Tribunal Arbitral uma *ampla margem de discricionariedade decisória* balizada, embora, pela observância der alguns conceitos indeterminados (*v.g.*, complexidade da causa, comportamento das partes ao longo do processo, o vencimento da parte etc.), sopesados à luz do crivo da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* (necessidade e adequação meio fim) das despesas efectuadas.

Alguns ordenamentos estrangeiros (*maxime*, da órbita do sistema da *common law*, mas também alguns da tradição romano-germânica, como é o caso do Código de Processo Civil alemão) regulam, com algum detalhe e minúcia, a quantificação e o mecanismo de reembolso das

despesas em que as partes incorreram com a arbitragem. Isto é, preveem uma espécie de “custas de parte” cujo reembolso pode ser decretado pelo Tribunal e exigido pela parte à contraparte (v.g., honorários de mandatários, despesas por estes efectuadas, despesas efectuadas por empregados ou outras pessoas na identificação, selecção e preparação de documentos ou outros conteúdos informativos etc.).

A nova lei de arbitragem voluntária portuguesa é parcialmente omissa neste aspecto, fazendo somente uma curta referência a esta questão na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 42.º. E não parece adequado, na falta de previsão das partes ou do regulamento do centro de arbitragem institucionalizada ao acaso aplicável, mobilizar o disposto no CPC português em matéria de *custas de parte* (art. 533.º do CPC de 2013; artigo 447.º-D do CPC de 1961).

A existência da possibilidade de as partes poderem reembolsar (total ou parcialmente) as despesas em que incorreram, para além dos honorários dos juízes-árbitros e dos encargos administrativos parece atractiva e interessante nos casos em que os interesses patrimoniais litigados são substancialmente elevados. Neste sentido, propõem-se alguns critérios orientadores da determinação e fixação destas outras despesas. No mais, sempre que a *analogia das situações* o justifique, não repugna aplicar o preceituado no CPC português em matéria de repartição dos encargos (v.g., nos casos de desistência ou confissão do pedido, transacção, inutilidade superveniente da lide, pluralidade de partes).

A impugnação junto do tribunal de 2.ª instância (Tribunal da Relação) territorialmente competente do montante dos honorários fixados pelos juízes-árbitros nas *arbitragens necessárias* instauradas ao abrigo da Lei n.º 62/2011 tem gerado algumas situações equívocas. Foram detectados casos em que, logo após o final dos articulados nos quais se verificou a falta de contestação da Demandada, esta impugna o montante dos honorários fixados em decisão autónoma dos árbitros logo após o decurso do prazo concedido às partes para sobre eles acordarem e submeterem a sua proposta aos árbitros. Nestas eventualidades, muito antes da conclusão da sequência dos actos processuais com a emissão da decisão final, a Relação repondera tais montantes com base na previsível actividade processual futura previsível do Tribunal, que o levou a fixar inicialmente uma determinada quantia (máxima e mínima, de acordo com determinados critérios), operando na decisão emitida sobre tais montantes um *juízo de prognose* acerca dessas quantias.

Ora, juízos deste tipo em matéria de reponderação do tribunal estadual devem ser evitados, pois a actividade processual do Tribunal Arbitral somente deve ser analisada, para efeitos de

impugnação judicial das bitolas de honorários anteriormente fixadas, *post factum finitum*. Isto mesmo ainda quando o Tribunal Arbitral emite várias decisões interlocutórias separadas das que se pronunciam sobre questões processuais ou sobre o mérito da causa. Só no termo da acção arbitral parece possível avaliar, quantitativa e qualitativamente, a actividade processual do Tribunal face ao objecto do processo postulado pela Demandante, mesmo nas situações de falta de contestação da Demandada. De modo que, nestas eventualidades, reputa-se conveniente a Relação *sobrestar* na apreciação da impugnação dos honorários até ao momento da prolação da decisão final por parte do Tribunal Arbitral.

Surpreendem-se, todavia, algumas situações-limite de repartição dos encargos (*lato sensu*) do processo, igualmente em matéria de *arbitragem necessária*, para as quais a solução não é nada fácil. É, por exemplo, o que ocorre quando, no domínio das arbitragens necessárias instauradas ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, a Demandada (empresa que procura obter ou já logrou a autorização de introdução no mercado ou o registo dessa autorização administrativa concedida a nível centralizado na Agência Europeia do Medicamento) não contesta e declara que não pretende introduzir (*id est*, importar para Portugal, fabricar ou comercializar) o *medicamento genérico* no mercado português durante a vigência dos direitos de patente ou certificado complementar de protecção relativos ao *medicamento de referência*. Se o Tribunal Arbitral formar a convicção segundo a qual a Demandada não introduziu esse medicamento no comércio, nem existem quaisquer indícios de que essa introdução é iminente, ocorre uma verdadeira *lacuna* de regulamentação, a qual tão pouco pode ser colmatada pelo regime do CPC. Isto porque, a Demandante *não deu causa à acção*<sup>65</sup> — pois, não se propôs exercer o direito potestativo inerente à titularidade destes direitos de propriedade industrial que tivesse origem em qualquer facto ilícito praticado pela Demandada —, nem a Demandada praticou exactamente qualquer facto ilícito. É a *própria lei* que determina a *necessidade de tutela jurisdicional* por parte da Demandante, ao lhe assinalar um curto prazo de *30 dias* (a contar da publicação do pedido ou registo de AIM no Boletim do INFARMED) para instaurar a acção arbitral necessária. Motivo ponderoso para construir a “norma do caso concreto”, no sentido de repartir os encargos (mais reduzidos, uma vez que a complexidade da acção diminui) em *igual proporção* entre os litigantes.

Se a Demandada não contestante estiver numa situação de coligação passiva inicial (admitida pelo próprio Tribunal Arbitral) com outras Demandadas que ofereceram contestação, parece que àquela deve caber o pagamento da parte dos encargos resultante da divisão *em partes iguais da*

---

<sup>65</sup> Eventualidade de cuja verificação resultaria a obrigação de esta Demandante pagar a totalidade dos honorários dos juízes-árbitros e os demais encargos.

*metade* do valor global fixado pelo Tribunal Arbitral — supondo que à Demandante caberia o pagamento da outra metade do valor global dos encargos fixados.

## VII.- ABREVIATURAS.

AIM ——— Autorização de introdução no mercado

CPC ——— Código de Processo Civil

CPI ——— Código da Propriedade Industrial

INFARMED ——— Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.

STJ ——— Supremo Tribunal de Justiça