

O CONCEITO DE SUSCEPTIBILIDADE DE TRANSAÇÃO COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DA ARBITRABILIDADE OBJECTIVA

可仲裁性概念作為客觀仲裁性
判斷標準

*The Concept of Transaction Susceptibility as a
Criterion of Objective Arbitrability*

João Ilhão Moreira

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Este estudo examina o conceito de susceptibilidade de transação como critério de arbitrabilidade objectiva no contexto do sistema jurídico de Macau. A arbitrabilidade objectiva define quais litígios podem ser submetidos à arbitragem, sendo que a Lei de Arbitragem de Macau adopta o critério da transigibilidade para este efeito. Este critério estipula que apenas são arbitráveis os litígios sobre os quais as partes podem celebrar um acordo de transacção. O presente artigo discute as bases históricas e comparativas dos critérios de arbitrabilidade, incluindo o critério de disponibilidade do direito e o critério de patrimonialidade do interesse. Além disso, aborda igualmente a relação entre arbitrabilidade, ilicitude de negócios jurídicos e a ordem pública. Este estudo oferece uma análise crítica da escolha do legislador macaense por este critério, considerando as suas implicações para a arbitrabilidade de disputas na Região Administrativa de Macau (RAEM) e a possibilidade de conflitos que envolvem

direitos indisponíveis ou negociações ilícitas serem submetidos à arbitragem.

Palavras-chave: Arbitrabilidade objetiva; transigibilidade; direitos disponíveis; ordem pública; ilicitude de negócios jurídicos.

摘要：本研究探討了可仲裁性概念作為澳門法律制度中客觀仲裁性標準的應用。客觀仲裁性定義了哪些爭議可以提交仲裁，澳門仲裁法採用可仲裁性標準來達成這一目的。該標準規定，只有當事人可以就其達成和解協議的爭議才能進行仲裁。本文討論了仲裁性標準的歷史和比較基礎，包括權利可處分性標準和利益財產性標準。此外，還探討了仲裁性、法律行為的違法性和公共秩序之間的關係。本研究對澳門立法者選擇這一標準進行了批判性分析，考慮了其對澳門特別行政區爭議仲裁性的影響，以及涉及不可處分權利或違法交易的爭議可能被提交仲裁的情況。

關鍵字：客觀仲裁性；可仲裁性；可處分權利；公共秩序；法律行為的違法性。

Abstract: This study examines the concept of transaction susceptibility as a criterion of objective arbitrability within the legal framework of Macau. Objective arbitrability determines which disputes can be submitted to arbitration, and Macau's Arbitration Law adopts the criterion of transigibility. This criterion stipulates that only disputes over which the parties can conclude a settlement agreement are arbitrable. The paper explores the historical and comparative foundations of arbitrability criteria, including the availability of rights and patrimonial interest criteria. Additionally, it addresses the relationship between arbitrability, the illegality of legal transactions, and public order. The study provides a critical analysis of Macau's legislator's choice of this criterion, considering its implications for the arbitrability of disputes in the Macau Administrative Especial Region (MSAR) and the possibility of disputes involving unavailable rights or illicit transactions being submitted to arbitration.

Keywords: *Objective arbitrability; transigibility; available rights; public order; illegality of legal transactions.*

1. Introdução

A arbitragem como mecanismo alternativo de resolução de disputas não é

uma novidade no sistema jurídico macaense, remontando, pelo menos, à época em que as ordenações Manuelinas e Filipinas passaram a ter influência no crescente império português. Do mesmo modo, a arbitragem, como método de resolução de disputas, encontra grande tradição no Direito chinês e, por esta via, influencia também o Direito macaense. Dito isto, foi apenas no séc. XX, já na década de 90, que começaram a surgir avanços legislativos significativos em matéria de arbitragem na RAEM¹. Foi nessa época que o legislador macaense começou a criar leis específicas, apoiando-se, em parte, na Lei Modelo da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Com efeito, foi naquela altura aprovado o Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho, que veio estabelecer, pela primeira vez, um regime de arbitragem em Macau. Mais tarde, em 1998, o legislador criou um regime específico para a arbitragem comercial externa, através do Decreto-Lei n.º 55/98/M².

Com a aprovação da nova Lei de Arbitragem de Macau, através da Lei n.º 19/2019, a RAEM renovou o seu regime jurídico, adaptando-o às novas tendências de sistemas jurídicos internacionais. Nesta nova tentativa de desenvolver a arbitragem³, Macau continuou a adoptar a “Lei Modelo da UNCITRAL” como referência para o seu próprio quadro legislativo⁴. Embora o anterior quadro legislativo, que datava de meados da década de 1990, não fosse geralmente considerado como a razão subjacente ao relativo subdesenvolvimento da arbitragem em Macau⁵, o mesmo começava já a denotar alguma divergência

-
- 1 O primeiro momento legislativo, porventura, verdadeiramente significativo decorreu com a aprovação da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, através da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto, que estabelecia que poderiam ser criados tribunais arbitrais para resolução de conflitos (n.º 2 do art. 5.º da Lei Bases da Organização Judiciária de Macau, aprovada pela Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto).
 - 2 Note-se, porém, que para além dos instrumentos acima aludidos, existiam, à época, outros instrumentos legais, que embora não sendo destinados a regular matérias específicas, assumiam natureza complementar. A título de exemplo pode-se destacar a Lei n.º 3/90, de 14 de Maio, que estabelecia a arbitragem como o único método de resolução de conflitos de concedentes e concessionários de obras e serviços públicos.
 - 3 A possibilidade de tornar Macau num centro de arbitragem especializada para certas categorias de litígios tem sido muito assinalado. Cfr. FERNANDO DIAS SIMÕES, *Macau: A Seat for Sino-Lusophone Commercial Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, 29(4), 2012, p. 375. Cfr. também JOÃO ILHÃO MOREIRA, *Macau's Approach to the Emergency Arbitrator*, *Comparative Law Journal of the Pacific*, 26 (Special issue), 2022, p. 174.
 - 4 FATIMA DERMAWAN, *Macau Adopts a New Arbitration Framework*, *Asian Disp. Rev.*, 22(1), (2020), p. 36; JOÃO NUNO RIQUITO & BELMIRO LEONG, *Macau: New Arbitration Law*, *International Financial Law Review*, 2020. disponível em <<https://www.proquest.com/docview/2391745810/citation/B58720B008BB4406PQ/1>>
 - 5 FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration Between China and the Portuguese-*

daquilo são as práticas actuais arbitrais. Designadamente, as duas leis anteriores não abordavam muitas das questões presentes na Lei Modelo da UNCITRAL de 2006⁶.

Apesar dos esforços significativos realizadas pelo legislador macaense com vista a melhorar o quadro legislativo da arbitragem⁷, nem todas as questões relevantes parecem ter sido cuidadosamente analisadas. Em particular, a questão de saber qual o critério a utilizar para determinar a arbitrabilidade objectiva não foi objecto de estudo aprofundado antes da aprovação da nova lei⁸. A este respeito, o legislador de Macau optou por determinar como arbitráveis as matérias sobre as quais as partes têm direito de celebrar um acordo de transacção. Todavia, tal escolha foi feita sem se ter ponderado outras possíveis alternativas. De facto, embora seja amplamente utilizado, este critério tem sido criticado por introduzir ambiguidades relativamente à determinação de quais matérias são susceptíveis de serem submetidas à arbitragem⁹.

Ora, tendo por base estas considerações, o presente estudo centrar-se-á na análise de quais litígios podem ou não ser submetidos à arbitragem à luz do sistema legal vigente de Macau. Com vista a este objectivo, o presente texto aborda numa primeira linha os diferentes critérios susceptíveis de serem

Speaking World, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 104.

- 6 Cfr. Governo da Região Administrativa Especial de Macau, Gabinete do Chefe do Executivo, *Nota Justificativa: Lei De Arbitragem*, 2018.
- 7 Incluindo, mais recentemente, um regime fiscal idiossincrático que favorece a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos no caso de litígios decorrentes de contratos de arrendamento de bens imóveis ou de utilização de espaços comerciais. Cfr. FATIMA DERMAWAN & JOÃO ILHÃO MOREIRA, *Jumpstarting Arbitration Through Tax Incentives? Macau's Tax Incentive Scheme for Choosing Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 2021. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/17/jumpstarting-arbitration-through-tax-incentives-macaus-tax-incentive-scheme-for-choosing-arbitration/>.
- 8 Sobre este ponto, a proposta elaborada pelo Gabinete do Chefe do Executivo apenas mencionou brevemente a questão da arbitrabilidade objectiva, caracterizando o critério da transacionabilidade como um “critério simples e directo” para determinar a arbitrabilidade de um litígio. Cfr. Governo da Região Administrativa Especial de Macau, Gabinete do Chefe do Executivo, *Nota Justificativa: Lei de Arbitragem*. No mesmo sentido, embora com mais detalhes relativamente ao significado da susceptibilidade de um litígio ser submetido a um acordo de transacção, veja-se Região Administrativa Especial de Macau, Assembleia Legislativa, 1.ª Comissão Permanente, Parecer n.º 5/VI/2019: Análise na Especialidade da Proposta de Lei n.º 11/2018/VI, intitulada Lei de Arbitragem [1.ª Comissão Permanente, Parecer n.º 5/VI/2019: Deliberação na Especialidade da Proposta de Lei (Proc n.º 11/2018/vi)], 29, disponível em <https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2019-08/724695d50edc4cbd6a.pdf>.
- 9 Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de Jure Condendo*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 66 (2006), pp. 1233-1251.

aplicados para determinar a arbitrabilidade de um litígio. Em seguida, far-se-á um desenvolvimento sobre o critério da transigibilidade, critério este adoptado pelo legislador macaense. Posteriormente, de forma resumida, debruçar-se-á igualmente sobre outros aspectos necessários a determinação da arbitrabilidade objectiva, tais como a licitude do objecto de litígio e a conformação da convenção de arbitragem com a ordem pública. E, por fim, analisar-se-á a questão da exclusividade da competência dos tribunais judiciais sobre certas matérias, com vista a determinar em que circunstâncias a referência à necessidade de exercer um direito por via judicial significa a eliminação da possibilidade de submissão de tais litígios a um tribunal arbitral.

2. A problemática da arbitrabilidade na lei de arbitragem de Macau

De uma perspectiva comparada, tem-se verificado uma tendência para um sucessivo alargamento do tipo de litígios que podem ser resolvidos pela via da arbitragem¹⁰. Esta contínua expansão não tem, porém, levado a que todas as jurisdições compreendam esta questão de forma semelhante, sendo, aliás, esta uma das áreas em que a prática arbitral se encontra menos harmonizada¹¹. De facto, a decisão relativamente às questões que podem ser submetidas à arbitragem corresponde a um veredicto interno, dependente da forma como cada sistema jurídico de determinado Estado ou Região percebe não só a arbitragem, mas também a relação desta com diferentes ramos do sistema jurídico. A compreensão da forma como uma determinada jurisdição aborda a arbitrabilidade exige, portanto, a análise da interacção entre a lei arbitral e os correspondentes conceitos de Direito substantivo utilizados por aquela lei para determinar as matérias susceptíveis de serem submetidas à arbitragem¹².

Estudos comparativos sobre a legislação arbitral mostram, em termos gerais, que os países de tradição civilística tendem a utilizar três critérios principais para determinar a extensão da arbitrabilidade objectiva no seu ordenamento jurídico¹³.

10 Cfr. KARIM YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Kluwer Law International (2009), p. 67.

11 Cfr. LOUKAS A. MISTELIS, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, Kluwer Law International (2009) p. 3.

12 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Crítérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisando o Tema*. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa, p. 16. Disponível em: https://www.mlqts.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2011/Criterios_de_arbitrabilidade_dos_litigios_revisitando_o_tema.pdf

13 Para um panorama geral, Cfr. JEAN-FRANÇOIS POUDRET & SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, p. 289.

Assim, alguns ordenamentos jurídicos admitem a arbitrabilidade de pretensões que envolvam interesses patrimoniais (critério da patrimonialidade), outros admitem a arbitrabilidade de pretensões relativas às questões de que as partes disponham livremente os seus direitos (critério da disponibilidade) e, finalmente, outros admitem a arbitrabilidade de questões que possam ser resolvidas por acordo de transacção (critério da transigibilidade)¹⁴. No entanto, cumpre referir que para além destes três critérios tem-se, igualmente, avançado pela determinação da arbitrabilidade das pretensões tendo por base a conformidade das mesmas com a ordem pública material daquela jurisdição (critério da ligação à ordem pública)¹⁵.

Resumidamente estes critérios se posicionam essencialmente da seguinte forma:

O *critério da disponibilidade do direito* - estabelece que só podem ser submetidos à arbitragem os litígios que envolvam direitos disponíveis ou de livre disposição. Por sua vez, tais direitos são aqueles que a vontade das partes determina a sua constituição ou extinção¹⁶. Noutras palavras, a aquisição ou perda de direitos depende da livre vontade dos adquirentes ou cedentes¹⁷. Este é um critério com grande tradição em legislações arbitrais. Neste sentido jurisdições como Macau, Portugal, Holanda, Indonésia, França, Espanha, Grécia, Noruega, Peru, Angola e Moçambique adoptaram, pelo menos a determinado momento da sua evolução legislativa, este critério como a base para determinar a arbitrabilidade de disputas¹⁸.

Por seu turno, o *critério da transigibilidade* estabelece que só podem ser arbitráveis os litígios relativamente aos quais se possa celebrar um acordo de transacção¹⁹. Países como a Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Áustria,

14 Outras jurisdições que fazem parte do sistema “civil law” utilizam uma combinação de dois critérios. Ver, por exemplo, Zivilprozessordnung [ZPO] [Código de Processo Civil], art. 1030, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Veja-se também a Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro, art. 1.

15 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Crítérios de Arbitrabilidade... ob. cit.*, p. 17.

16 *Ibidem*, p. 34.

17 JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, AAFDL, Lisboa, 1980, pp. 210, 211.

18 RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados (1986), pp. 320, 321; FREDERICO NUNES DE MATOS, *Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico Comparada*, Revista Jurídica Luso Brasileira (2021), pp. 477, 485; MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE, LINO DIAMVUTU, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, p. 34.

19 “Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões” – n.º 1, do art. 1172.º, do CC. Para maiores desenvolvimentos cfr. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1994, pp. 587-588. Veja-se também ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Disponibilidade do Direito...ob. cit.*, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-camelo-a-disponibilidade-do-direito-como-critério-de-arbitrabilidade-do-litigio/>

Bélgica, Finlândia, Itália, Japão, Suíça, Paraguai, Uruguai e Venezuela socorreram-se do critério da transigibilidade para determinar a arbitrabilidade objectiva dos litígios²⁰. Entretanto, cumpre destacar que ao longo dos anos, alguns desses Estados optaram por abandonar este critério, recorrendo-se de outros critérios. A Alemanha é dos exemplos mais sonantes²¹, podendo igualmente incluir-se neste leque a Itália, que viria abandonar este critério com a reforma legislativa ocorrida em 2006²².

Por outro lado, o *critério da patrimonialidade do interesse controvertido* pressupõe que só podem ser submetidos à arbitragem os litígios que tenham um valor patrimonial ou económico, pelo que, não são arbitráveis os litígios de natureza não patrimonial, como os referentes a: direitos de personalidade, o estado civil das pessoas e, em regra, as controvérsias atinentes às relações familiares de natureza pessoal. A Suíça foi o primeiro país a adoptar este critério, designadamente nas suas normas de direito internacional privado em 1987²³. Mais tarde, países como Alemanha (1998), Áustria (2006) e Portugal (2013) viriam conjugar o *critério patrimonialidade ou do interesse controvertido* com o *critério da transigibilidade*²⁴.

Por fim, deve-se dar nota do *critério da ligação à ordem pública* – com origem e domínio na jurisprudência e doutrina francesa na década de 70, tendo por referência o então vigente art. 2060 do *Code Civil* francês. Este critério, radicava originalmente na ideia de que “*nenhuma controvérsia respeitante à interpretação e aplicação de normas de ordem pública podia ser decidida por árbitros. Por conseguinte, na presença de uma norma de ordem pública ficava excluída qualquer possibilidade de submissão do litígio a arbitragem*”²⁵. Ao longo dos anos, esta concepção mais restritiva viria a ser gradualmente amenizada, passando a jurisprudência e a doutrina francesa a admitir que, com excepção da matéria relacionada com o estado de pessoas e de falência, a violação de uma norma de

20 RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem...*, ob. cit., pp. 320, 321.

21 *Ibidem*, pp. 320, 321.; FREDERICO NUNES DE MATOS, *Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico Comparada*, 2021, Revista Jurídica Luso Brasileira (2021), pp. 477, 485; MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE, LINO DIAMVUTU, *Lei da Arbitragem Voluntária*ob. cit, p. 34.

22 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Disponibilidade do Direito...*ob. cit., disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-critério-de-arbitrabilidade-do-litigio/>>

23 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Crítérios de Arbitrabilidade...*ob. cit, p. 34.

24 *Ibidem*, p. 35.

25 *Ibidem*, p. 18.

ordem pública não tornava necessariamente o litígio inarbitrável²⁶. Assim, se o litígio dissesse respeito a um acto fundado no exercício da liberdade contratual, em que as leis imperativas fixam apenas certos limites, a ordem pública só seria atingida se tais regras fossem efectivamente infringidas²⁷.

3. Susceptibilidade de celebrar um acordo de transacção

Feitas estas considerações sobre os possíveis critérios existentes para determinar a arbitrabilidade de um litígio, cabe referir que a nova Lei de Arbitragem de Macau optou pelo *critério da transigibilidade*, tendo por base o seu art. 6.º, que estabelece que “*a arbitragem pode ter por objecto qualquer litígio a respeito do qual as partes possam celebrar acordo de transacção.*” De um ponto de vista superficial, poderá afirmar-se que o *critério da susceptibilidade de transacção* parece apresentar-se como adequado. Disputas relativamente às quais as partes não podem acordar o seu fim por um acto de vontade comum parecem também ser disputas insusceptíveis de ser entregues a um terceiro para que este realize uma decisão vinculativa.

Ao optar por este critério, o ordenamento jurídico, porventura de forma não consciente, reflecte uma visão da arbitragem como tendo um carácter primordialmente contratual²⁸. Com efeito, ao afirmar-se que as partes apenas podem submeter à arbitragem litígios sobre os quais podem celebrar um acordo de transacção, o raciocínio subjacente é o de que a base dos poderes do árbitro resulta do acordo estabelecido entre as partes em litígio. Contudo, importa salientar que esta visão da arbitragem, como uma mera extensão do poder das partes de decidirem como resolver um litígio encontra-se, actualmente, largamente ultrapassada. Reconhece-se hoje que a arbitragem assume também um carácter jurisdicional.

Assim, é amplamente aceite que o árbitro detém poderes e uma legitimidade que vão além dos simples poderes derivados da faculdade das partes poderem resolver um litígio por acordo. A concepção da arbitragem como tendo igualmente um carácter jurisdicional é, de facto, aquela que melhor se ajusta à compreensão do papel do árbitro, considerando que as suas obrigações transcendem os meros interesses das partes em conflito. Do mesmo modo, esta visão da arbitragem é também a que melhor se harmoniza com a crescente ampliação do âmbito da

26 *Ibidem*, p. 19.

27 *Ibidem*, p. 19.

28 ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Disponibilidade do Direito...ob. cit.*, (disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-camelo-a-disponibilidade-do-direito-como-critério-de-arbitrabilidade-do-litigio/>).

arbitrabilidade objectiva a áreas tradicionalmente consideradas insusceptíveis de arbitragem, como o direito da concorrência e questões de direito administrativo, que são hoje aceites em múltiplas jurisdições como passíveis de serem submetidas à arbitragem²⁹.

Tecidas estas considerações, e retornando à legislação de Macau, deve-se indicar que, em termos práticos, o critério utilizado pelo legislador macaense significa que apenas as matérias susceptíveis de transacção judicial extrajudicial, nos termos do Código Civil (CPC) e do Código de Processo Civil (CPC) podem ser objecto de arbitragem.

O art. 1173.º do CC estabelece, por sua vez, quais são os direitos que não podem ser objecto de transacção, estabelecendo que “*as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos.*” Da mesma forma, o n.º 1, do art. 241.º do CPC estabelece que “*não é permitida (...) transacção relativamente a direitos indisponíveis.*” Em suma, isto significa que as partes estão impedidas de submeter acções à arbitragem em duas situações, nomeadamente: quando as partes não têm poderes de livre disposição sobre os direitos subjacentes à acção ou quando o negócio jurídico subjacente tem natureza ilícita.

a) Direitos disponíveis e a arbitrabilidade de disputas

Como se referiu, da leitura combinada do art. 6.º da Lei de Arbitragem e dos arts. 1173.º do CC e do art. 241.º do CPC, resulta que as partes apenas podem submeter à arbitragem disputas relativas a direitos disponíveis. Neste sentido, a lei macaense aproxima-se das leis das diversas jurisdições que adoptam o *critério da disponibilidade do direito* como base para permitir a submissão de um litígio à arbitragem³⁰. É, também, importante sublinhar que o *critério da disponibilidade do*

29 Em Macau a determinação da arbitrabilidade de litígios administrativo faz-se com base nos princípios e regras próprias do direito administrativo vigente, não se socorrendo, nestes casos, ao critério geral (transigibilidade), adoptado pelo legislador macaense. A arbitragem nos contratos administrativos incidirá sobre os actos negociais, excluindo-se os actos administrativos. Cfr. alínea 1), do art. 77.º da Lei de Arbitragem de Macau, aprovada pela Lei n.º 19/2019, conjugado com o art. 175.º do Código de Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M. Sobre esta matéria no contexto português, veja-se art. 180.º e 187.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal, aprovada pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, no qual elenca-se o conjunto de matéria administrativa susceptível de ser dirimida por meio da arbitragem. Para mais desenvolvimentos sobre Cfr. RELVAS RAÚL MOREIRA, CARLA ARMANDO GOMES E RICARDO GOMES (coord.), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas*, ob. cit., pp. 5 e ss.

30 Sobre a sobreposição dos conceitos “*litígios susceptíveis de transacção*” e “*litígios sobre matérias sobre as quais as partes dispõem livremente*”, no contexto português, veja-se RAÚL

direito era o critério utilizado pela antiga Lei de Arbitragem de Macau (Decreto-Lei n.º 29/96-M, de 11 de Junho) e pela antiga Lei de Arbitragem de Portugal (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), onde a primeira encontrou inspiração relativamente a este aspecto³¹, tendo, portanto, a solução adoptada na lei de Macau significativo lastro na tradição jurídica portuguesa.

Apesar da sua tradição, o critério da disponibilidade do direito, para efeitos de determinação da arbitrabilidade de um litígio, tem suscitado múltiplas dificuldades interpretativas³². É certo que, ao abrigo deste critério, fica claro que algumas categorias de litígios não podem ser submetidas à arbitragem. Neste sentido, por exemplo, os litígios relativos à determinação da incapacidade jurídica de uma pessoa singular não são passíveis de arbitragem³³. Do mesmo modo, os processos judiciais relativos à determinação da paternidade são, naturalmente, insusceptíveis de resolução por via arbitral.

Fora destas categorias de questões, no que respeita às restantes matérias, há menos consenso sobre que categorias de litígios são susceptíveis de serem solucionados por via arbitral, observando-se opiniões diversas quanto à forma como este critério deve ser interpretado³⁴. De facto, torna-se complexo determinar se certo direito é ou não disponível, tendo em conta que muitos direitos não são, à partida, renunciáveis ou disponíveis, mas podem sê-lo após o seu surgimento na esfera jurídica do seu titular. A este respeito, revela-se importante distinguir entre direitos sobre os quais as partes não têm “*absoluta livre disposição*” e direitos

VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, ob. cit., p. 321.

31 Veja-se o Decreto-Lei n.º 29/96-M, de 11 de Junho que no seu n.º 1, do art. 2.º estabelece: “*a arbitragem pode ter por objecto qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis, desde que não esteja submetido por lei especial a tribunal judicial ou a arbitragem necessária.*” Por outro lado, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março estabelece no seu n.º 1 do art. 1.º que “*desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente ao tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.*”

32 Cfr. CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & ÁLVARO ANTÓNIO MANGAS ABREU DANTAS, *Justiça Arbitral em Macau: a Arbitragem Voluntária Interna: Anotações ao Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho*, CFJJ, Macau, 2010, p. 66.

33 *Ibidem*, 64.

34 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-1991, no Proc. n.º 002908, BMJ (1991), disponível em <http://www.dgsi.pt>. Cfr. também Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-11-2011, no Proc. n.º 3539/08.6TVISB-1-7, disponível em: <http://www.dgsi.pt>. O legislador português afastou, em 2011, o critério da livre disposição e introduziu, à semelhança da lei de arbitragem alemã, uma abordagem mista que permite a arbitragem de quaisquer litígios que envolvam interesses económicos ou quaisquer litígios em que as partes tenham a possibilidade de celebrar um acordo de transacção.

sobre os quais as partes têm uma “*liberdade de disposição relativa*”³⁵.

O primeiro destes conceitos – *indisponibilidade absoluta* – é utilizado por referência aos direitos que estão sempre fora dos poderes das partes, isto é, que as partes não podem em momento algum dispor³⁶. Por sua vez, o conceito de direitos de *disponibilidade relativa* - é utilizado por referência a direitos que, embora não sendo susceptíveis de renúncia num determinado momento, o podem ser numa fase posterior³⁷. Assim, é, por exemplo, o direito à remuneração decorrente de um contrato de trabalho, em que este direito é irrenunciável antes da sua formação (irrenunciável por contrato), mas o trabalhador pode conceptualmente transaccionar ou renunciar este direito depois de o obter³⁸.

Diante destas questões, emergem duas notas relevantes. Primeira, para efeitos de determinação da validade de uma convenção de arbitragem, o facto de o direito em litígio não ser completamente disponível no momento da celebração da convenção arbitral não implica, necessariamente, que esta seja considerada inválida. Deve entender-se que a arbitrabilidade se avalia em função da disponibilidade dos direitos em causa, tendo como referência o momento da propositura da acção arbitral. Segunda, deve igualmente entender-se que o tribunal arbitral não está naturalmente impedido de analisar a determinação dos efeitos jurídicos que as partes não poderiam transaccionar. Desta forma, por exemplo, o facto de as partes não poderem, por transacção, determinar a validade de um negócio jurídico viciado por nulidade, devido à falta da forma legalmente exigida, não resulta, obviamente, na falta de poderes do tribunal arbitral para declarar essa nulidade ou para julgar essa questão no processo arbitral.

b) Negócios jurídicos ilícitos e a arbitrabilidade de disputas

A segunda situação em que um litígio não é susceptível de ser transaccionado

35 Trata-se de uma distinção que iniciou na doutrina portuguesa. Para o efeito, Castro Mendes distinguiu entre “disponibilidade absoluta” e “disponibilidade relativa”. Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil, ob. cit.*, p. 210. Utilizando uma nomenclatura diferente, Caramelo distinguiu entre “disponibilidade forte do direito” e “disponibilidade fraca do direito”, mas referiu a ideia de que alguns direitos podem ser renunciados antes da sua constituição, enquanto outros só podem ser renunciados depois de obtidos. Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios*. Revisando o Tema. IV, p. 25 e 26.

36 Cfr. CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & ÁLVARO ANTÓNIO MANGAS ABREU DANTAS, *Justiça Arbitral em Macau, ob. cit.*, p. 64.

37 Veja por exemplo, na doutrina francesa, PATRICE LEVEL, *L'arbitrabilité*, *Revue de L'Arbitrage* (1992), p. 218.

38 CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & VIRIATO LIMA, *Código de Processo Civil de Macau Anotado e Comentado*, FDUM, Macau, 2008, p. 136.

e, por conseguinte, não pode ser dirimido por via arbitral, diz respeito aos litígios em que o pedido principal é feito por referência a um negócio jurídico ilícito. Este aspecto levanta, aliás, menos controvérsia do que o conceito de livre disposição. Em termos simples, pode-se afirmar que a ilicitude se traduz num “(...) *acto que contraria o disposto na lei, traduzindo-se no incumprimento de um dever por ela imposto ou consubstanciando uma prática por ela proibida*”³⁹. Portanto, a *ilicitude de negócio jurídico* está intimamente ligada com a desconformidade do mesmo com os comandos legais injuntivos estabelecidos na lei, *relativamente ao seu objecto* (n.º 1 do art. 273.º, do CC) e *o seu fim* (art. 274.º do CC)⁴⁰.

A limitação imposta às partes de poderem transacionar sobre créditos ou direitos relativos a negócios jurídicos ilícitos tem sido utilizada pelos tribunais para impedir que as partes obtenham, através da transacção, um resultado jurídico que não poderiam obter através de um contrato ou de uma decisão judicial⁴¹. Num contexto de arbitragem, tal restringiria, por exemplo, a possibilidade de as partes arbitrarem acções relativas à transacção de produtos ilícitos ou a realização de negócios jurídicos de pagamento de subornos (ainda que não necessariamente de disputas relativas a um contrato obtido por via de corrupção) ou de lavagem de dinheiro.

4. Arbitrabilidade e ordem pública

Para além do critério de transacionabilidade, a ordem pública tem também efeito na validade da convenção arbitral por aplicação combinada do art. 12.º da Lei de Arbitragem e do art. 273.º do CC. Como bem se conhece, a *ordem pública* é um requisito do objecto negocial, representando o “*conjunto de princípios basilares de uma dada ordem jurídica, fundados em valores de moralidade, de justiça ou de segurança social, que regulam interesses gerais e considerados fundamentais da colectividade, e que informam um conjunto de disposições legais*”⁴². A ordem pública apresenta-se, assim, como um *limiar da actuação*

39 ANA PRATA, *ob. cit.*, p. 299.

40 Importa sinalizar que o negócio jurídico ilícito só é nulo quando o fim contrário à lei for comum a ambas as partes (art. 274.º do CC).

41 Uma situação por vezes discutida na jurisprudência portuguesa envolve partes que tentam contornar limitações dos requisitos mínimos para lotes de terrenos. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-08-2016, do Proc n.º 7240/11.5TBCSC.L1-1, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

42 ANA PRATA, *ob. cit.*, p. 430.

de qualquer agente (público ou privado)⁴³ – não podendo então ser afastada ou derogada por convenção destes⁴⁴. Assim, se o árbitro constatar que a existência de uma convenção de arbitragem relativamente a um determinado litígio viola a ordem pública, deve afastar a possibilidade de tal litígio ser solucionado por meio da acção arbitral, visto que se torna inarbitrável em razão da invalidade da convenção (art. 12.º da Lei de Arbitragem, conjugado com o art. 273.º do CC)⁴⁵. Assim, será, por exemplo, o caso de uma convenção de arbitragem que se pronuncie sobre um litígio coberto por caso julgado.

5. Litígios submetidos à jurisdição exclusiva dos tribunais judiciais

Para além dos critérios de arbitrabilidade supra referidos, o legislador pode prever leis especiais que podem estabelecer que certos litígios não podem ser objecto de arbitragem⁴⁶. Esta reserva, à semelhança do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, encontra-se especificamente prevista na lei de arbitragem macaense⁴⁷, reflectindo a ideia de que o legislador pode considerar adequado, em determinadas circunstâncias, pela natureza dos interesses em jogo, reservar aos tribunais judiciais a resolução de conflitos decorrentes de certos litígios.

Deve-se notar que não é, porém, em muitas circunstâncias, fácil determinar se referências à necessidade de submeter um determinado pedido a um tribunal judicial competente devem ser interpretados como excluindo a arbitrabilidade dos correspondentes litígios relativos ao exercício daqueles direitos. De facto,

43 JOÃO GIL DE OLIVEIRA / JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado*, Vol. IV, Centro de Formação Jurídica Judiciária de Macau, Macau, 2018, pp. 202-203.

44 Se a violação da ordem jurídica for observada no fim do negócio jurídico e não no objecto negocial, para que o litígio decorrente da reivindicação dos direitos decorrentes de tal negócio jurídico seja considerado inarbitrável, sem prejuízo de melhor opinião, é necessário que o fim contrário a ordem pública patente nos direitos do negócio jurídico que se pretende reivindicar seja comum a ambas as partes (art. 12.º da Lei de Arbitragem, conjugado com o art. 274.º do CC).

45 Como se conhece uma sentença proferida que viole a ordem pública é anulável (subalínea (2), da alínea 2), do n.º 2, do art. 69.º da Lei de Arbitragem). Ademais, cumpre igualmente referir que a violação da ordem pública é igualmente um fundamento para a recusa do reconhecimento de sentença arbitral estrangeira (subalínea (2), da alínea 2), do n.º 1, do art. 71.º da Lei de Arbitragem). Ainda sobre a ordem pública e a arbitragem, Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Ordem Pública na Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 71 (2014), pp. 36 e ss.

46 Por outro lado, as leis podem determinar a submissão que os litígios sejam submetidos exclusivamente aos tribunais arbitrais. Sobre este tema, veja-se CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & ÁLVARO ANTÓNIO MANGAS ABREU DANTAS, *Justiça Arbitral em Macau...*, *ob. cit.*, p. 25.

47 Art. 4.º da Lei de Arbitragem de Macau.

a mera menção de que o exercício de um direito se deve realizar judicialmente não deve ser automaticamente interpretado como excluindo a possibilidade das partes submeterem o litígio à arbitragem, imperando a necessidade de se olhar para os institutos existentes de forma *sistemática* e *teleológica*. Aplicar-se-á, nesta determinação, o art. 8.º do CC, que, como se conhece, determina que, no processo de hermenêutica, o interprete não deve cingir-se à letra da lei, devendo-se buscar no elemento sistemático, teleológico e histórico a resposta à questão de saber se o legislador pretendeu de facto privar determinado litígio por via arbitral.

6. Conclusão

Na actual conjuntura económica da RAEM, devido aos fortes investimentos decorrentes da diversificação económica e à crescente integração da RAEM no projecto da Grande Baía, irão surgir desafios cada vez maiores. Como meio alternativo ao poder judicial dos tribunais, a arbitragem pode revelar-se um mecanismo mais eficaz na resolução de muitos destes litígios, atendendo às suas características, nomeadamente a celeridade, a simplificação dos procedimentos, a existência de árbitros especializados para a resolução dos conflitos e a facilidade de execução transfronteiriça, o que a torna mais atractiva.

Na RAEM, para que determinado litígio possa ser submetido à arbitragem, é necessário averiguar se o direito em litígio, ou que eventualmente venha a estar em litígio, pode ou não ser transaccionado por acordo. A transacção é admitida quando estão em causa direitos relativamente aos quais as partes podem livremente dispor, assim como direitos que decorrem de negócios considerados lícitos por lei. Fora destes casos, se estiverem em causa direitos indisponíveis (indisponibilidade absoluta) e direitos decorrentes de negócios ilícitos, veda-se o acordo de transacção e, conseqüentemente, o recurso à arbitragem. Ademais, deve-se igualmente verificar se a existência da convenção arbitral contraria os ditames da ordem pública.

Por fim, para além dos aspectos mencionados, é preciso verificar se, através de uma interpretação teleológica e sistemática do direito substantivo vigente, o legislador não retira a competência aos tribunais arbitrais para dirimirem o conflito em causa, seja de forma directa ou indirecta, atribuindo competência exclusiva aos tribunais da RAEM para resolver tal litígio.

Referências:

- ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1994;
- ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de Jure Condendo*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 66 (2006);
- ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisando o Tema*. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa. Disponível em: https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2011/Criterios_de_arbitrabilidade_dos_litigios_revisando_o_tema.pdf;
- CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & ÁLVAARO ANTÓNIO MANGAS ABREU DANTAS, *Justiça Arbitral em Macau: a Arbitragem Voluntária Interna: Anotações ao Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho*, (CFJJ), 2010;
- CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES & VIRIATO LIMA, *Código de Processo Civil de Macau Anotado e Comentado*, FDUM, Macau, 2008;
- FATIMA DERMAWAN, *Macau Adopts a New Arbitration Framework*, 22(1) ASIAN DISP. REV. 36 (2020); JOÃO NUNO RIQUITO & BELMIRO LEONG, *Macau: New Arbitration Law*, International Financial Law Review, 2020;
- FATIMA DERMAWAN & JOÃO ILHÃO MOREIRA, *Jumpstarting Arbitration Through Tax Incentives? Macau's Tax Incentive Scheme for Choosing Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 2021. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/17/jumpstarting-arbitration-through-tax-incentives-macaus-tax-incentive-scheme-for-choosing-arbitration/>;
- FERNANDO DIAS SIMÕES, *Commercial Arbitration Between China and the Portuguese-Speaking World*, Wolters Kluwer Law & Business, 2014;
- FERNANDO DIAS SIMÕES, *Macau: A Seat for Sino-Lusophone Commercial Arbitration*, Journal of International Arbitration, Vol. 29, Issue 4, 29, 2012;
- FREDERICO NUNES DE MATOS, *Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico Comparada*, Revista Jurídica Luso Brasileira (2021);
- JEAN-FRANÇOIS POUDRET & SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007;
- JOÃO ILHÃO MOREIRA, *Macau's Approach to the Emergency Arbitrator*, Comparative Law Journal of the Pacific, 26 (Special issue), 2022;
- JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, AAFDL, Lisboa, 1980;
- JOÃO GIL DE OLIVEIRA / JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado*, Vol. IV, Centro de Formação Jurídica Judiciária

de Macau, Macau, 2018;

KARIM YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Kluwer Law International (2009);

LOUKAS A. MISTELIS, *Arbitrability—International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, Kluwer Law International (2009);

MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE, LINO DIAMVUTU, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014;

MANUEL PEREIRA BARROCAS, *A Ordem Pública na Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 71 (2014);

PATRICE LEVEL, *L'arbitrabilité [Arbitrability]*, Revue de L'Arbitrage (1992);

RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados (1986);

RELVAS RAÚL MOREIRA, CARLAARMANDO GOMES E RICARDO GOMES (coord.), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Âmbito da Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2011.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-11-2011, no Proc n.º 3539/08.6TVLSB.L1-7 (Port);

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-11-2011, no Proc n.º 3539/08.6TVISB-1-7 (Port);

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-08-2016, do Proc n.º 7240/11.5TBCSC.L1-1 (Port.);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-1991, no Proc n.º 002908, BMJ (1991), (Port);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-1991, no Proc n.º 002908, BMJ (1999), (Port.);

Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 26-04-23, do Proc. n.º 134/2020. (Mac);

Acórdão do Tribunal de 2.ª Instância, de 19-03-20, do Proc. n.º 1186/2019 (Autos de recurso de decisões jurisdicionais do TA), (Mac.).