

A ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS ENVOLVENDO DIREITOS DE PERSONALIDADE

Pelo Dr. Daniel Bessa de Melo⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. O problema da arbitrabilidade enquanto contingência histórica. **2. Noção de arbitrabilidade.** **2.1.** Arbitrabilidade e pretensão jurídica. **2.2.** Arbitrabilidade e política legislativa. **2.3.** Critérios de arbitrabilidade e favor arbitrandum. **3. Os critérios de arbitrabilidade na lei portuguesa.** **3.1.** Os antecedentes: o critério da disponibilidade da LAV de 1986. **3.1.1.** Noção de direitos disponíveis. **3.1.2.** Disponibilidade em sentido forte e em sentido fraco. O sentido do critério da disponibilidade. **3.1.3.** As debilidades do critério da disponibilidade. **4. Direito atual: a LAV de 2011.** **4.1.** Visão geral. **4.2.** Delimitação negativa. **4.3.** Delimitação positiva. **4.4.** Critério da patrimonialidade. **4.4.1.** A relevância do interesse como objeto do juízo de patrimonialidade. **4.4.2.** A triplice tutela dos direitos de personalidade (e dos direitos subjetivos em geral). **4.4.3.** A arbitrabilidade de litígios que envolvam negócios jurídicos sobre direitos de personalidade. **4.5.** O critério da transigibilidade dos interesses não patrimoniais. **4.5.1.** A disponibilidade dos direitos de personalidade.

Resumo:

A arbitrabilidade é um pilar fundamental na construção do edifício jurídico da arbitragem, ao ser através dela que se enunciam as pretensões suscetíveis de serem apreciadas por árbitros. Em exegese aos critérios de arbitrabilidade previstos na Lei da Arbitragem

⁽¹⁾ Advogado Associado do Departamento de Civil da Cerejeira Namora, Marinho Falcão. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Pós-graduando em Direito da Arbitragem pelo Centro de Investigação de Direito Privado. Associado da Associação Lusófona de Arbitragem e de Mediação (ALAM). Autor de vários artigos jurídicos e de duas monografias. Contacto profissional: <dbm@cnmf.pt>.

Voluntária de 2011, o estudo pretende analisar a suscetibilidade de litígios envolvendo direitos de personalidade constituírem objeto arbitral. Concretamente, será dado enfoque às pretensões pelas quais se pretenda a efetivação da tutela ressarcitória dos direitos de personalidade e às que contendam com os ditos “negócios de personalidade”, concluindo-se pela arbitralidade de ambas.

Palavras-chave:

Arbitrabilidade; arbitragem voluntária; patrimonialidade; direitos de personalidade; limitação voluntária.

1. Introdução. O problema da arbitrabilidade enquanto contingência histórica

A história da arbitragem parece compagnar-se com a história da civilização⁽²⁾. A resolução de litígios por privados é uma instituição com antecedentes nas sociedades mais remotas e que, em vários casos, precedeu a atribuição a um Juiz empossado pelo poder público da tarefa de resolver controvérsias⁽³⁾.

Não surpreende que, num momento em que o monopólio da autoridade ainda não havido sido reclamado pelo poder político central⁽⁴⁾, o

(2) Cf. a bibliografia citada em DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, polic., Lisboa, 2019, p. 25, ss., e MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 20, ss. Não nos iremos imiscuir nos prolegómenos por detrás da redação da Lei da Arbitragem Voluntária de 2011, doravante designada por LAV. Uma visão geral pode ser confrontada em RIBEIRO MENDES, ARMINDO, “A Nova Lei de Arbitragem Voluntária — Evolução ou Continuidade?”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano V, 2012, p. 7, ss.

(3) PEREIRA DE MIRANDA, AGOSTINHO, e FERREIRA MATIAS, CÉLIA, “*Regresso ao Futuro*: Apontamentos sobre a História da Arbitragem”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, 2008, p. 25. Além das manifestações deste tipo de atividade na primogénita civilização assíria, “[entre] os povos que recorriam a esta forma de resolução de litígios contam-se ainda os árabes pré-islâmicos, os hebreus, os habitantes da Irlanda ou os da Índia antiga” (*idem*, pp. 26-27).

(4) Mesmo as leis gizadas e impostas pelos autocratas helenos e romanos não eram a emanção de um poder político isolado e contingente, antes eram objeto de uma veneração religiosa. A estrutura social destes povos radicava numa deidade soberana (“*tout-puissant, souvent unique et maître de l’Univers*”) em face da qual os reis e governantes eram seus representantes na terra (ELIADE, MIRCEA, *Traité d’Histoire des Religions*, 2.^a ed., Payothèque, Paris, 1975, em especial p. 62, ss.). As leis advinham dos deuses e, ainda que pudessem historicamente resultar da vontade de um homem ou do sufrágio de um povo, estes estariam a interceder por um comando divino que os antecede e supera. Os caprichos ritualísticos do Direito Romano primitivo, manifestados tanto no extremo formalismo do processo como na solenidade que deveria acompanhar a celebração de contratos, explicavam-se diante

exercício da função jurisdicional não se apresentava como uma incumbência própria de um Tribunal publicamente legitimado, podendo ser atribuída a um *iudex privatus*⁽⁵⁾. No decurso da experiência jurídica romana, o ponto de partida da cultura jurídica europeia, a justiça arbitral beneficiou de um ambiente fértil para desabrochar — ilustra-o a afirmação de CLAY que “após o Digesto de Justiniano todo o direito da arbitragem não tem sido mais do que repetição”⁽⁶⁾. No *Corpus Iuris Civilis*, a génese contratual da arbitragem e os limites funcionais daí decorrentes surgem perfeitamente expostos através de máximas que poderiam ser extraídas da manualística mais recente⁽⁷⁾.

O espaço de liberdade adquirido pela justiça arbitral em vários momentos sofreu os reveses do poder estadual. Este, reclamando para si o monopólio da função jurisdicional, olhava desconfiadamente para a arbitragem privada. Apoquentada por esses devaneios autoritários, a arbitragem assistiu a períodos de estagnação ou mesmo de retrocesso institucional.

o carácter religioso da lei. Cf. DE COULANGES, FUSTEL, *A Cidade Antiga*, trad. portuguesa, 11.^a ed., Clássica Editora, Lisboa, 1988, p. 229, ss. Aos olhos dos antigos Mesopotâmios, refere-nos BOTTÉRO, JEAN, *No Princípio Eram os Deuses*, trad. portuguesa, Edições 70, Lisboa, 2006, p. 91, “se pensava que os deuses, vistos como criadores e governantes do mundo, tinham criado — tal como os reis terrenos — e proclamado todas as obrigações e interdições que orientavam os seus súbditos em todos os domínios da vida e do comportamento”.

(⁵) Sabe-se, inclusive, como a primeira forma de justiça institucionalizada, seja ela civil ou penal, consistia em permitir que o corpo do ofensor se colocasse à mercê do ofendido. A primeira garantia do credor era o corpo do devedor e não o seu património. Em caso de incumprimento, o credor poderia apoderar-se do devedor, reduzindo-o à escravidão ou matando-o (era a *manus iniectio* do Direito Romano arcaico: cf. ALMEIDA COSTA, MARIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 101). Os §§ 228-230 do Código de Hamurabi, reunião de sentenças régias que mediante um processo de abstracção alcançaram o estatuto de comandos gerais, estipulavam que, caso o pedreiro não assegurasse a solidez do edifício e, por força do desmoronamento, morresse o proprietário, o pedreiro seria executado; se morresse o filho do proprietário, seria executado o filho do pedreiro (BOTTÉRO, JEAN, *No Princípio Eram os Deuses*, cit., p. 90). Se este modo de expiar as ofensas pode hoje merecer a nossa maior e profunda repugnância, ela mostrava-se como uma evolução à anterior barbárie e desproporção que caracterizava a vingança privada; isto porque nela já estava presente uma ideia de equivalência, ainda que “em lugar de um benefício que compensasse directamente o dano causado (em lugar de dinheiro, bens, etc.)” fosse concedido ao credor uma “certa satisfação de exercer impunemente o seu poderio com respeito a um ser reduzido à impotência” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, *A Genealogia da Moral. Uma Polémica*, trad. portuguesa, 10.^a ed., Guimarães Editores, Lisboa, 2008, p. 55).

(⁶) *Apud* PEREIRA DE MIRANDA, AGOSTINHO, e FERREIRA MATIAS, CÉLIA, “*Regresso ao Futuro: Aparentamentos sobre a História da Arbitragem*”, cit., p. 25.

(⁷) Em D. 4,8,32,15 surge-nos a seguinte passagem de PAULUS: “Quem se ocupa da função de árbitro deve basear-se inteiramente no mesmo compromisso, porque a nenhum árbitro é lícito que possa fazer mais do que ali está previsto. Assim, o árbitro não poderá resolver o que quiser nem sobre qualquer assunto, senão relativamente ao que é objecto do compromisso e até onde este alcançar” (*apud* DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 27).

Um dos teatros de guerra onde deflagrou esse combate situa-se, precisamente, no problema da arbitrabilidade dos litígios. Uma visão favorável à arbitragem propugnará um alargamento do círculo de litígios passíveis de solução arbitral; um sentimento contrário tenderá a coartar o âmbito da arbitrabilidade, nem que para isso recorra a subterfúgios tais como acusações — ainda carentes de prova — de que os árbitros seriam incapazes de cabalmente interpretar e aplicar normas de “interesse público”.

Na Idade Média, onde a autoridade política se encontrava dispersa por várias células sociais, a via arbitral era o modo normal de resolução de conflitos. Todas as matérias, inclusive as do foro pessoal, familiar, público-administrativo, eclesiástico e penal, podiam ser objeto de apreciação por árbitros⁽⁸⁾. A centralização do poder político submeteu a arbitragem a maiores restrições e a uma instância de controlo traduzida na possibilidade de recurso das decisões arbitrais para os Tribunais estaduais. Identificada a administração da Justiça como uma *res publica* que apenas poderia ser corretamente conduzida pelo Estado, “a arbitragem é integrada no sistema judicial régio e submetida à sua hegemonia”⁽⁹⁾. A Revolução Francesa inverteu esta marcha, mas a ditadura bonapartista retomou o seu curso.

Atualmente, experienciamos uma conjuntura favorável à arbitragem, sobretudo no plano económico internacional. A generalidade das economias desenvolvidas contém disposições específicas acerca deste meio alternativo de resolução de litígios, acolhendo-o enquanto elemento normal do seu sistema jurídico. A tal se deve certamente as pressões dos agentes económicos nacionais e estrangeiros, cujas necessidades financeiras e empresariais não se compadecem com a morosidade e ineficácia que, por vezes, caracteriza a jurisdição estadual. Adicionalmente, não se tem ignorado como o fortalecimento da democracia e das liberdades individuais, matrizes do nosso estado civilizacional, cria um ambiente propício à arbitragem⁽¹⁰⁾.

(8) PEREIRA DE MIRANDA, AGOSTINHO, e FERREIRA MATIAS, CÉLIA, “*Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem*”, *cit.*, p. 30. Em Portugal, a referência aos *alvidros* enquanto “juiz investido pelas partes no poder de decidir litígios” começa a surgir no Livro de Leis e Posturas, no Código Visigótico e nas Sete Partidas. Subsequentemente, as Ordenações Afonsinas sistematizaram esta forma embrionária da arbitragem. Sobre esta evolução, *idem*, pp. 31-33.

(9) *Idem*, p. 30.

(10) Cf. DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, pp. 30-31.

2. Noção de arbitrabilidade

A arbitrabilidade designa a vocação de uma determinada pretensão de ser apreciada e decretada por um Tribunal arbitral⁽¹¹⁾.

O seu posicionamento enquanto aspeto lapidar da arbitragem não merece grandes dúvidas. Primeiro, por ser um requisito fundamental (da validade) da convenção de arbitragem⁽¹²⁾. Como apenas um litígio arbitrável pode ser submetido à decisão de árbitros, a convenção de arbitragem cujo objeto seja inarbitrável padecerá do vício da impossibilidade originária (art. 401.º, n.º 1, do Código Civil, doravante designado por CC)⁽¹³⁾. Segundo, a arbitrabilidade é um limite à jurisdição do Tribunal arbitral dado que os seus poderes de cognição são reservados aos assuntos enumerados na convenção de arbitragem e, dentro desse espectro, aos que forem

(11) Reportamo-nos à arbitrabilidade *stricto sensu*. A ela contrapõe-se um sentido lato utilizado para designar toda a problemática atinente à jurisdição do Tribunal arbitral, incluindo aspetos relativos à validade e ao âmbito da convenção de arbitragem [QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), in WOLFF, REINMAR, *New York Convention. Article-by-Article Commentary*, 2.ª ed., Beck/Hart/Nomos, New York, 2019, p. 394]. Dentro daquela, focamo-nos na arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, que analisa a aptidão do Tribunal arbitral para dirimir um determinado litígio em virtude da natureza dos interesses envolvidos e do conteúdo da pretensão. Em coordenadas internacionais, vem sendo igualmente identificada por *subject matter arbitrability* [vide, por exemplo, MILLS, ALEX, “Arbitral Jurisdiction”, in SCHULTZ, THOMAS, e ORTINO, FEDERICO (coord.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 86]. Dela se distingue a arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, em que os limites da jurisdição arbitral são definidos em razão da qualidade das partes envolvidas. A arbitrabilidade subjetiva contende, essencialmente, com a resolução de litígios envolvendo o Estado e outras entidades públicas (PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, reimp., Almedina, Coimbra, 2023, p. 163, e SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, 2006, § 1). Por todos, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 36, ss. Na arbitragem internacional é geralmente aceite que um Estado não pode invocar uma disposição do seu Direito interno a fim de se eximir de uma convenção arbitral (FORTIER, L. YVES, “Arbitrability of Disputes”, in AA.VV., *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 270, e GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 322). Também não iremos abordar a problemática de saber qual a lei aplicável à determinação da arbitrabilidade de um litígio (*law applicable to the arbitrability question*). Para indicações, cf. DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, p. 258, ss.

(12) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 163, e PEREIRA BARRO-CAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 29.

(13) O facto de a inarbitrabilidade conduzir à invalidade da convenção de arbitragem, tornando-a *null and void*, não atribui veracidade à tese inversa, de que a invalidade da convenção de arbitragem esgota-se apenas no problema da inarbitrabilidade. A convenção arbitral pode padecer de outras patologias, como vícios da vontade. Para ideias gerais, veja-se QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, pp. 396-397.

arbitráveis. Por último, a arbitrabilidade condiciona a validade e reconhecimento da sentença arbitral⁽¹⁴⁾.

Neste encaixe, ter-se-á de acompanhar a visão daqueles tratadistas que encaram “a arbitrabilidade como um *conceito chave* no que respeita ao direito arbitral” e que, por conseguinte, veem na questão de saber quais os litígios arbitráveis “uma pergunta onnipresente que antecede todas as outras: se a natureza arbitral de um determinado litígio não se verificar, nem existirá lugar à jurisdição do Tribunal arbitral”⁽¹⁵⁾.

2.1. Arbitrabilidade e pretensão jurídica

Enunciamos a pretensão — que definiremos como a solicitação de tutela jurídica, traduza-se esta num efeito condenatório, constitutivo ou meramente declarativo (art. 10.º, n.º 3, do Código de Processo Civil) — como o fragmento da realidade por referência ao qual se testará a bitola da arbitrabilidade. Afastamo-nos do entendimento da grande maioria da doutrina que vê no “litígio” ou “questão controvertida” o objeto da arbitrabilidade⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Cf. PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 164. A incidência da sentença arbitral sobre matérias não arbitráveis é fundamento para anulação da mesma [art. 46.º, n.º 3, al. b), i), da LAV], a qual é passível de conhecimento oficioso (MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, pp. 442-443). A inarbitrabilidade é igualmente fundamento para recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral [cf. o art. 56.º, n.º 1, al. b), i), da LAV, o art. 36.º, n.º 1, al. b), i), das UNCITRAL, e o art. V, n.º 2, al. a), da CNI]. *Vide*, por todos, QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, p. 393, ss., e GAILLARD, EMMANUEL, e BERMAN, GEORGE A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, p. 239, ss.

⁽¹⁵⁾ PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 165.

⁽¹⁶⁾ SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema”, in VIEIRA DA SILVA, ANTÓNIO (coord.), *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 13 (= “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio”, *cit.*, § 1), MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, p. 94, VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, *cit.*, p. 317, NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, n.º 4, 2021, p. 472, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 622, DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, p. 249, e PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 42. Em latitudes internacionais, empregando expressões como “*classes of dispute*” ou “*particular subject matter of a dispute*”, cf. BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 110, FORTIER, L. YVES, “Arbitrability of Disputes”, *cit.*, p. 270, e QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, p. 394.

A nossa dissonância não é caprichosa, como passaremos a explicar. O mesmo litígio poderá englobar uma série de pretensões distintas do demandante. O pedido principal de condenação do empreiteiro-demandado na realização de uma obra pode ser acompanhado de um pedido de tutela acessória, como a adstrição do devedor a uma sanção pecuniária compulsória em caso de atraso imputável na conclusão da obra; aquele que se sentir lesado na sua boa imagem por um artigo difamatório em jornal de circulação negocial pode, igualmente sem qualquer risco de sobreposição de vias de tutela, solicitar a retirada desse artigo, um retratamento público do seu autor e uma indemnização por eventuais danos morais ou reputacionais.

Ora, a arbitralidade deverá ser aferida por referência a cada uma das pretensões deduzidas, identificadas pelos factos essenciais que a sustentam (*causa petendi*) e, sobretudo, pelo efeito prático-jurídico pretendido (*petitum*). Consequentemente, a mesma controvérsia que polariza os subscritores da convenção de arbitragem pode conter fragmentos passíveis de apreciação arbitral e outros insuscetíveis de serem dirimidos por árbitros. Se nada impedirá a arbitralidade de um litígio envolvendo os direitos do dono da obra face a uma empreitada defeituosa, é questionável se esse mesmo Tribunal arbitral pode, mesmo que a convenção de arbitragem o preveja, condenar uma das partes numa sanção pecuniária compulsória⁽¹⁷⁾.

O desvalor da inarbitralidade pode pender sobre o *thema controversum* em si considerado, sem ser necessário perscrutar pelo sentido da concreta tutela judicial solicitada pelo demandante. A esta *avaliação temática da arbitralidade de um litígio* dirigem-se os critérios plasmados no art. 1.º, n.ºs 1 e 2, da LAV. A sua infração determina aquilo que designaremos por inarbitralidade *per se*. Percorrida essa primeira etapa e concluindo-se perfuntoriamente pela arbitralidade do litígio, haver-se-á de indagar se a concreta tutela jurídica solicitada pelo demandante pode ser decretada por árbitros. Nesta averiguação intervirão essencialmente aspetos relativos à génese contratual da arbitragem voluntária, que a tornam institucionalmente inapta a produzir decisões que, para terem o seu efeito útil, carecem de uma solução centralizada e oponível *erga omnes*⁽¹⁸⁾ ou de ser sustentado ou reafirmado num *ius imperii*⁽¹⁹⁾.

(17) Não nos iremos pronunciar a este respeito. *Vide*, em resposta positiva mas dando nota dos argumentos em sentido contrário, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Sanções por Comportamento Desleal de Parte/Advogado”, in MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO (coord.), *Arbitragem Comercial. Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Tomo I, reimp., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 90-93.

(18) Como observa SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitralidade dos Litígios”, *cit.*, p. 37, a insusceptibilidade de resolução de alguns litígios por árbitros pode resultar, não da natu-

Embora não sejam legalmente explicitadas, também estas modalidades de inarbitrabilidade constituem fundamentos para a anulação da sentença arbitral nos termos do art. 46.º, n.º 3, als. b), i), da LAV.

2.2. Arbitrabilidade e política legislativa

Existe um consenso inquestionável que nem todos os litígios podem ser decididos por meio de um mecanismo privado como é a arbitragem voluntária⁽²⁰⁾. A exclusividade atribuída à jurisdição estadual na apreciação de um certo leque de litígios, independentemente do modo de preenchimento e da dimensão dessa área reservada, torna necessário o conceito de arbitrabilidade. Apenas se admitindo não haver “uma admissibilidade plena de arbitragem de todos os conflitos”⁽²¹⁾ se torna inteligível a presença de critérios de arbitrabilidade.

Procurar por uma solução universalmente válida para o problema da arbitrabilidade seria como ver no vendedor de banha da cobra o curandeiro de todas as doenças. Nenhuma definição globalmente acordada existe de quais os litígios arbitráveis⁽²²⁾. Muito embora se entenda que a Convenção

reza do direito controvertido, mas “antes das características intrínsecas da arbitragem”, concretamente da sua génese contratual. Aqueles litígios que, pela sua natureza, “exijam soluções centralizadas, capazes de serem impostas a todos os que por elas sejam afectados”, encontram-se fora da orbita da arbitrabilidade. Tal limitação verifica-se em domínios como a propriedade intelectual, a insolvência e o Direito das sociedades.

(19) O facto de os Tribunais arbitrais não disporem de poderes coercitivos implica a inarbitrabilidade das pretensões que suponham o exercício de tais poderes, como as ações executivas (DIAM-VUTU, LINO, *O FAVOR Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 294, e VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. II, 1986, p. 329) e determinadas ações cautelares (para uma discussão, cf. COSTA E SILVA, PAULA, “A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares”, *Estudos de Arbitragem*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 417-439). Com base nos poderes meramente declarativos dos Tribunais arbitrais, a doutrina italiana sustenta que, embora as ações possessórias sejam arbitráveis, as medidas de restituição ou de manutenção da posse não podem ser decretadas [PICARDI, NICOLA (coord.), *Codice di Procedura Civile*, Tomo II, 5.ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 3841-3842].

(20) VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, cit., p. 317, MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 832-833, DANOVÌ, FILIPPO, *L'Arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 97, e RUBINO-SAM-MARTANO, MAURO, *International Arbitration*, 2.ª ed., Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 171.

(21) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, et al., *Manual de Arbitragem*, cit., p. 165.

(22) QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), cit., p. 398, e COLE, TONY, e ORTOLANI, PIETRO, *Understanding International Arbitration*, Routledge, London/New York, 2020, p. 55.

de Nova Iorque, no seu desiderato de harmonização legislativa, reduz a discricionariedade dos Estados signatários na forma como excluem certas categorias de litígios da possibilidade de apreciação arbitral⁽²³⁾, a verdade é que nela não se descortinam critérios gerais de arbitrabilidade.

Compreende-se que assim o seja uma vez que, como referem REDFERN e HUNTER, a arbitrabilidade é uma “*matter of public policy*”⁽²⁴⁾. No apuramento do “grau de confiança” que tem “no sistema arbitral como modo de resolução de conflitos”⁽²⁵⁾, cada legislador autóctone lidará com preocupações próprias do ambiente político-social em que se insere, que numa jurisdição se podem revelar inócuas e noutras insupríveis. O único denominador comum é o facto de, na sua essência, o problema da arbitrabilidade convocar o delicado balanceamento entre o interesse público (real ou figurado...) de assegurar que certas matérias, ditas sensíveis, são reservadas à cognição dos Tribunais públicos e a liberdade reconhecida aos sujeitos privados de disporem sobre os seus assuntos isentos de ingerência alheia⁽²⁶⁾.

As justificações para a imposição de limites à arbitrabilidade têm sido várias⁽²⁷⁾ e não se têm mantido inalteradas ao longo do tempo.

Inicialmente, tais limites impor-se-iam diante a sensibilidade de certos tópicos, delineados por normas de ordem pública que — segundo se entendia — apenas os Tribunais estaduais poderiam devidamente interpretar e aplicar⁽²⁸⁾. A inarbitrabilidade de litígios que envolvessem disposições de Direito concorrencial ou de propriedade intelectual assentaria neste fundamento. Hoje, admitida pacificamente a competência dos Tribunais arbitrais para interpretar e aplicar normas imperativas⁽²⁹⁾, as restri-

(23) QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, p. 403: “*Contracting States are permitted to stipulate non-arbitrability exceptions only to the extent that this is not in conflict with the NYC’s basic structures and objectives*”.

(24) BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit.*, p. 112.

(25) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, *cit.*, p. 622, que segue de perto GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 331.

(26) BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit.*, p. 111, e SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, p. 15.

(27) Cf. MILLS, ALEX, “Arbitral Jurisdiction”, *cit.*, pp. 86-87.

(28) Exemplo disto acontecia com o art. 2060.º do *Code Civil*.

(29) MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, p. 95, FONSECA, ELENA, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 67, e PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, *cit.*, p. 46. Anteriormente, a questão não era líquida. Perante a anterior lei arbitral, no sentido de a convenção de arbitragem ser nula se for cometido ao Tribunal arbitral resolver uma questão jurídica envolvendo a violação de “normas de interesse e ordem pública”, como as normas relativas à indemnização de clientela, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.02.2005, proc. n.º 197/05-1.

ções que subsistem à jurisdição dos árbitros prendem-se com a raiz contratual e privada da arbitragem voluntária⁽³⁰⁾, que impede que os efeitos do caso julgado se estendam a terceiros que não hajam subscrito a convenção de arbitragem. Com base nesse fundamento se explica, pelo menos em parte, a inarbitrabilidade dos processos de insolvência e dos litígios nos quais seja contestada a existência e conteúdo de direitos *erga omnes*, como os direitos de propriedade intelectual (e, em geral, os direitos reais). Por fim, subsistem ainda zonas de inarbitrabilidade em litígios que pressupõem um desequilíbrio estrutural e económico de uma das partes, mercê de uma percepção de que, sendo menor o afã dos árbitros em aplicar normas internas de tutela do sujeito débil da relação contratual, a arbitragem defraudaria a intenção protecionista do legislador em certos setores da vida económica⁽³¹⁾. Assim se explicaria a inarbitrabilidade de litígios envolvendo relações de consumo, de trabalho subordinado e de seguro⁽³²⁾.

A exclusão de certas categorias de litígios da jurisdição arbitral pode ainda dever-se a razões menos louváveis e desprovidas de qualquer fundamento técnico-jurídico, decorrendo de uma mera subserviência da política legislativa a interesses corporativos, setoriais ou protecionistas de agentes económicos internos⁽³³⁾ ou espelhando simples tendências autoritárias.

2.3. Critérios de arbitrabilidade e *favor arbitrandum*

O âmbito das matérias arbitráveis define-se ou através de critérios de natureza conceitual, legalmente previstos, ou mediante a formulação legal ou jurisprudencial de exceções a um princípio geral de livre arbitrabilidade do litígio⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 165, QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, p. 399, COLE, TONY, e ORTOLANI, PIETRO, *Understanding International Arbitration*, *cit.*, p. 10, e BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit.*, p. 80.

⁽³¹⁾ MILLS, ALEX, “Arbitral Jurisdiction”, *cit.*, pp. 86-87.

⁽³²⁾ No entanto, tem-se observado que outros sistemas jurídicos encorajam a arbitrabilidade nestes setores justamente por ela potenciar uma acrescida acessibilidade à tutela judicial das partes mais fracas e uma resolução mais célere dos litígios (*idem*, p. 87).

⁽³³⁾ Tem-se notado como muitos Estados árabes não permitem arbitragens sobre litígios que envolvam relações contratuais entre uma empresa internacional e um agente económico local. A exclusividade do foro estadual tem, naturalmente, em vista a proteção deste último (FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2023, p. 142, e BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit.*, p. 111).

⁽³⁴⁾ Para uma visão geral, pode-se consultar RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *International Arbitration*, *cit.*, p. 171, ss.

A maioria dos ordenamentos jurídicos, sobretudo os de matriz romano-germânica, acolhe o primeiro método⁽³⁵⁾, embora variem nos critérios de arbitrabilidade que adotam, optando entre a disponibilidade do direito, a conexão do litígio com a ordem pública e a patrimonialidade da pretensão⁽³⁶⁾. Que não estamos diante critérios estanques revela-o, desde logo, a lei portuguesa — em que o critério da patrimonialidade e da disponibilidade são combinados permitindo um âmbito generoso de arbitrabilidade.

Diversamente, não se logra identificar no Direito estadunidense critérios gerais de arbitrabilidade de fonte legal⁽³⁷⁾. A jurisprudência apenas encontra um limite na presença de interesses públicos relevantes⁽³⁸⁾. Nos mesmos termos, o § 1, al. b), do *Arbitration Act* inglês estipula que “[the] parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest”. Sem haver linhas gerais de orientação, o problema da arbitrabilidade é resolvido num *case by case basis*⁽³⁹⁾. Fora as evidentes exclusões da matéria criminal e familiar, as restrições à arbitrabilidade contendem com litígios que ponham em causa direitos de terceiros (*the public at large*; exemplo disso seria a anulação de patentes) e os que, de alguma forma, são contrários à ordem pública ou decorram de um contrato ilegal⁽⁴⁰⁾.

Independentemente dos métodos carreados para definição da área de arbitrabilidade, verifica-se tanto nos sistemas continentais como de *common law* um alargamento das categorias de controvérsias passíveis de serem resolvidas por árbitros⁽⁴¹⁾. A generalidade dos conflitos comerciais apresenta-se como arbitráveis⁽⁴²⁾ e “quer se trate da aplicação pelo árbitro de normas jurídicas injuntivas de interesse e ordem pública pertencentes à regulação do sector privado (v.g. as relativas à validade dos contratos),

(35) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, pp. 15-16.

(36) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, pp. 137-138.

(37) A única exceção prende-se com os litígios laborais, cuja inarbitrabilidade decorre de disposição expressa da lei.

(38) *Idem*, p. 138. Para noções gerais sobre a arbitrabilidade nos Estados Unidos, cf. DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, pp. 256-257.

(39) RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *International Arbitration*, *cit.*, p. 174.

(40) DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, p. 255.

(41) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, p. 16, RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *International Arbitration*, *cit.*, p. 182, GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit.*, pp. 337-338, MILLS, ALEX, “Arbitral Jurisdiction”, *cit.*, p. 87, COLE, TONY, e ORTOLANI, PIETRO, *Understanding International Arbitration*, *cit.*, pp. 55-58, e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 166.

(42) *Idem*, p. 166, GAILLARD, EMMANUEL, e BERMAN, GEORGE A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, *cit.*, p. 247, e QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), *cit.*, p. 394.

quer se trate de normas imperativas que integram o Direito público e protejam os interesses públicos considerados fundamentais (v.g. normas sobre a concorrência, mercados de capitais, controlo cambial, proibição de suborno e corrupção, *etc.*), observa-se um progresso no campo da arbitrabilidade⁽⁴³⁾. Esta ampliação da arbitrabilidade objetiva é uma clara projeção do princípio do *favor arbitrandum*⁽⁴⁴⁾, o qual se sugere instituir uma presunção de arbitrabilidade de um litígio⁽⁴⁵⁾.

A adoção de critérios amplos de arbitrabilidade, no entanto, não deixou de ser feita sem concessões noutros aspetos do regime jurídico. Não se encontra desmentido que a fim de assegurar a legitimidade institucional da arbitragem, para a qual é imprescindível garantir a sua conformidade aos princípios gerais do ordenamento jurídico, sempre terá de haver uma instância de controlo. Sucede que, enquanto o controlo público da arbitragem realizava-se tradicionalmente no momento *ex ante* da definição do objeto arbitral, ele atualmente passa a ser feito sobre a decisão arbitral, nomeadamente mediante a previsão da possibilidade da sua anulação em caso de ofensa à ordem pública⁽⁴⁶⁾.

3. Os critérios de arbitrabilidade na lei portuguesa

3.1. Os antecedentes: o critério da disponibilidade da LAV de 1986

O art. 1.º, n.º 1, da LAV de 1986, estipulava que “[desde] que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a 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”. A delimitação da área da arbitrabilidade em conformidade com o critério da disponibilidade do direito ou interesse objeto do litígio encontra chancela em vários ordenamentos jurídicos⁽⁴⁷⁾. Concreti-

(43) DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 303.

(44) *Vide* os dados citados em *idem*, pp. 32-33.

(45) *Idem*, pp. 302-303, e SALGADO, CATARINA, “A Arbitragem Voluntária como Meio de Resolução Extrajudicial de Conflitos no Direito Angolano — Alguns Subsídios”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo I, 2023, p. 450.

(46) MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., pp. 844-845, e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 166-167.

(47) Cf., por todos, DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 250, ss.

zações deste critério encontramos-los no art. 1.º, n.º 1, da LAV angolana, no art. 1.º da Lei Brasileira da Arbitragem, no art. 806.º, n.º 1, do *Codice di Procedura Civile*, no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Espanhola e, na forma como são atualmente interpretados, nos arts. 2059.º e 2060.º do *Code Civil*⁽⁴⁸⁾.

3.1.1. Noção de direitos disponíveis

Um direito diz-se disponível se as prerrogativas da sua constituição, transmissão e extinção⁽⁴⁹⁾ forem exercíveis por ato de livre vontade do titular⁽⁵⁰⁾. Os direitos indisponíveis, reversamente, são aqueles subtraídos

⁽⁴⁸⁾ Acerca da arbitrabilidade objetiva no Direito francês, veja-se, por todos, GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 330, ss. Se o art. 2059.º do *Code Civil* podia transparecer uma certa conexão da arbitrabilidade com a disponibilidade das situações jurídicas controvertidas, o art. 2060.º do *Code Civil* expressamente exclui do perímetro da arbitrabilidade “*les questions d'état et de capacite des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestation intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui interessent l'ordre public*”. Diante esta formulação, “as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram pautadas inicialmente pela rejeição da primeira pela segunda” (SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, cit., p. 18). A presença de uma norma de ordem pública afastaria a arbitrabilidade do litígio. Esta conceção, sem grandes surpresas, deslocou a arbitragem para um espaço reduzido, pois “a simples invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública, fosse ou não bem fundada essa invocação, basta para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada” (*idem*, p. 18). Avançou-se para um segundo modelo interpretativo segundo o qual o árbitro apenas não poderia apreciar litígios que envolvessem disposições injuntivas se as mesmas tivessem sido violadas pela operação ou contrato *sub judice*. Mas logo se evidenciou a impraticabilidade de um critério de arbitrabilidade assente no exame do mérito da causa. Chegou-se, assim, a um terceiro modelo: pode o Tribunal arbitral apreciar uma controvérsia que envolva normas de ordem pública mesmo que a operação económica haja ofendido tais disposições (GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., pp. 332-333, e MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., p. 834). Atualmente, “pode afirmar-se que os limites decorrentes [da] concepção francesa de ordem pública internacional do Estado francês (nomeadamente, as questões relativas ao estado civil e à capacidade dos indivíduos e as atinentes ao direito penal) constituem a única restrição à arbitrabilidade dos litígios” (SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, cit., pp. 21-22). Mantendo utilidade na definição da arbitrabilidade, a ordem pública, contudo, “só intervém mediante exclusões pontuais desta, segundo a natureza dos direitos (indisponíveis por razões de ordem pública) atribuídos às partes” (*idem*, p. 22; alertando como a reserva de ordem pública “só constitui um limite excepcional à arbitrabilidade”, LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Imprensa FDUL, Lisboa, 2023, p. 118).

⁽⁴⁹⁾ O traço mais saliente da disponibilidade em matéria de extinção de um direito prende-se com a possibilidade de livre renúncia.

⁽⁵⁰⁾ Veja-se, a este respeito, SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, cit., p. 24, PUNZI, CARMINE, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, 2.ª ed., Giappi-

ao domínio da vontade das partes, quer por existir determinação legal expressa, quer pela natureza da relação jurídica⁽⁵¹⁾.

Essa qualificação deve ser feita numa base casuística, atendendo-se ao regime jurídico do direito em causa e ao concreto efeito processual pretendido pelo demandante⁽⁵²⁾. Uma análise panorâmica de cunhagem meramente institucional fará o intérprete-aplicador laborar em erro: mesmo nos setores normativos conotados pela indisponibilidade das posições jurídicas ativas, como as relações familiares⁽⁵³⁾ e sucessórias, de trabalho subordinado, de arrendamento habitacional, etc., poderão subsistir áreas em que o sujeito controla os destinos das situações jurídicas que lhe assistem. O mero facto de um direito ser regulado por normas imperativas não significa, só por si, que seja indisponível⁽⁵⁴⁾.

chelli, Torino, 2010, pp. 184-185, LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 119, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 34, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, cit., p. 623, NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, cit., pp. 478-479, e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, et al., *Manual de Arbitragem*, cit., p. 170. A caracterização de um direito como disponível realiza-se num plano de abstração, perante uma determinada categoria idealizada e não perante o concreto direito objeto da demanda arbitral (que, em análise do mérito da causa, se pode concluir nem sequer existir). Neste exposto sentido, cf. VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, cit., p. 326.

⁽⁵¹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2024, proc. n.º 5056/15.9T8MTS-A.P1.

⁽⁵²⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 144, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, in VIEIRA DA SILVA, ANTÓNIO (coord.), *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 86, HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo I, 2023, p. 692, e COSTA E SILVA, PAULA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. III, 1992, p. 922.

⁽⁵³⁾ A grande generalidade das situações jurídicas que derivam do *status familiae* são, tal como ele, indisponíveis (vide, por exemplos, os arts. 1699.º, n.º 1, al. b), e 1878.º, n.º 1, do CC). Além de o legislador prever para tais situações uma disciplina impermeável à autonomia privada das partes, elas são intransmissíveis e irrenunciáveis (cfr. DUARTE PINHEIRO, JORGE, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., reimp., AAFDL, Lisboa, 2019, p. 61). A jurisprudência tem reconhecido a indisponibilidade do estado de filho (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2024, proc. n.º 5056/15.9T8MTS-A.P1), da ação de impugnação de paternidade (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 13.06.2019, proc. n.º 5077/18.0T8BRG-A.G1) e da simples separação judicial de bens (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31.05.2011, proc. n.º 2030/09.8TBCLD-B.L1-1). Ainda acerca da irrenunciabilidade do estado civil, LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, e ALEXANDRE, ISABEL, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 568-569. No entanto, a doutrina tem vindo a admitir a disponibilidade dos direitos patrimoniais decorrentes das relações pessoais e familiares, pelo menos quando o objeto da discussão se centrar apenas no *quantum* ou *quomodo* da obrigação (PUNZI, CARMINE, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, cit., p. 185).

⁽⁵⁴⁾ FONSECA, ELENA, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, cit., p. 67, e PUNZI, CARMINE, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, cit., p. 185.

O conceito de (in)disponibilidade não apresenta uma caracterização única. Pelo contrário, estamos ainda perante uma realidade indefinida. Sem dados legais explícitos, a definição das situações jurídicas disponíveis e indisponíveis foi relegada para o ofício da doutrina e da jurisprudência — o que, embora tenha a vantagem de permitir o desenvolvimento da ciência jurídica independentemente da avareza da técnica legislativa, dificulta a cristalização do conceito em termos que o permitam constituir-se em *factispecie* de normas. Longe de apresentar um “sentido uniforme”, o critério da disponibilidade “apresenta grandes dificuldades práticas” na sua operacionalização⁽⁵⁵⁾; “*the notion of inalienability is in fact somewhat elusive*”, conforme relatam uns tratadistas de renome⁽⁵⁶⁾. A alocação das situações jurídicas em compartimentos estanques ignora que não estamos a lidar com uma caracterização maniqueísta. Disponibilidade e indisponibilidade são, a bem ver, dois extremos de um amplo espectro (LEVEL, por exemplo, enuncia três graus de indisponibilidade⁽⁵⁷⁾).

3.1.2. Disponibilidade em sentido forte e em sentido fraco. O sentido do critério da disponibilidade

Entre nós, SAMPAIO CARAMELO propugna uma distinção entre a disponibilidade forte e fraca do direito. Aquela consiste “na possibilidade de se renunciar ao direito, não só quando este já se constituiu na esfera jurídica do seu titular, mas também antes de tal ocorrer, ou seja, a sua renunciabilidade antecipada”, enquanto esta última “se basta com a possibilidade de este [o direito] só vir a ser renunciável após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular”⁽⁵⁸⁾.

Partindo dessa destrição, o Autor alerta que, em obséquio ao fundamento lógico que preside ao critério da disponibilidade, a convenção de

(55) NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, *cit.*, p. 479.

(56) GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 341.

(57) Citado por DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit.*, p. 250. São eles os (i) os direitos absoluta e definitivamente indisponíveis, onde se encontram radicadas as matérias relativas ao estatuto pessoal e à capacidade jurídica; (ii) os direitos parcialmente disponíveis, como os créditos pecuniários resultantes do Direito patrimonial da família (mormente o direito a alimentos); (iii) os direitos que apenas se tornam disponíveis aquando da sua constituição — como as pretensões a que o art. 809.º do CC alude — ou após a cessação das relações jurídicas do qual emergem — como os créditos laborais.

(58) SAMPAIO CARAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, p. 25.

arbitragem apenas surge inquinada se versar sobre um direito conotado pela sua *disponibilidade em sentido forte*⁽⁵⁹⁾. O objeto arbitral terá de ser um direito disponível aquando da celebração da convenção de arbitragem⁽⁶⁰⁾, em nada importando a possibilidade da sua disponibilidade futura.

Por conseguinte, segundo esta formulação do critério da disponibilidade, encontram-se expurgados do perímetro da arbitrabilidade os litígios referentes a direitos absolutamente indisponíveis — isto é, insuscetíveis de atos de disposição mesmo após a sua constituição na esfera do sujeito — e a direitos relativamente disponíveis, desde que, neste último caso, ao momento da celebração da convenção de arbitragem tais direitos, em face do seu regime substantivo, ainda não se tenham tornado disponíveis⁽⁶¹⁾.

3.1.3. As debilidades do critério da disponibilidade

Os críticos do critério da disponibilidade notam assertivamente como lhe subjaz uma premissa falaciosa, ao equiparar a interferência legalmente permitida aos sujeitos na constituição, modificação e extinção de uma relação jurídica com a possibilidade de a submeter a apreciação por árbitros⁽⁶²⁾. Em abono dessa tese, LIMA PINHEIRO refere que o critério da dispo-

⁽⁵⁹⁾ *Idem, ibidem*: “o que tem de ser relevante para este efeito não é a disponibilidade que o direito em causa assumirá porventura no futuro (numa sua configuração *eventual*), mas sim o facto de essa disponibilidade existir no momento em que se trate de celebrar a convenção de arbitragem (considerando-o enquanto situação jurídica *constituída e actual*)”.

⁽⁶⁰⁾ No sentido de o momento-chave para a verificação da disponibilidade ser o da celebração da convenção de arbitragem, LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 123. Diversamente, considerando que o momento adequado é o do início da arbitragem, cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., p. 839.

⁽⁶¹⁾ Neste sentido, veja-se, por exemplo, PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 30. Como exemplos de direitos relativamente disponíveis temos a indemnização de clientela do agente comercial (cf. SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio”, cit., § 8.1) e os créditos laborais do trabalhador, cuja renunciabilidade apenas é possível após a cessação da relação contratual. Tais situações jurídicas não podem ser objeto de uma cláusula compromissória, mas apenas de um compromisso arbitral celebrado em momento após o qual se tornaram efetivamente disponíveis (*idem*, pp. 26-27, FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 147, e, ainda, LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 123-124, que admite a validade das convenções de arbitragem celebradas depois da cessação do contrato de trabalho). A mesma doutrina vale para os direitos contemplados pelo art. 809.º do CC [ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 45, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 94, e PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 30], embora nesse caso a lei substantiva desloque o momento da sua disponibilidade para o do surgimento dos próprios direitos.

⁽⁶²⁾ VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, cit., p. 321.

nibilidade do direito justifica-se “porquanto é nas relações que dependem da vontade das partes, e só nestas, que se deve admitir o exercício de uma actividade jurisdicional por particulares”; mais referindo o insigne tratadista que “[a] sujeição a arbitragem de relações indisponíveis permitiria facilmente às partes tornar a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que actuassem de acordo com a sua vontade”⁽⁶³⁾.

A tentativa de assimilar a convenção de arbitragem a um negócio de autocomposição de litígio, afeiçoando-o especialmente ao contrato de transação, deve ser recusada⁽⁶⁴⁾. Tal só se compreenderia diante um entendimento, hoje ultrapassado, que reduzia a arbitragem a um instituto de natureza contratual⁽⁶⁵⁾ e lhe recusava a mesma dignidade dos Tribunais estaduais; reconhecendo-se que a arbitragem é também ela uma forma de jurisdição e que os Tribunais arbitrais realizam uma atividade que, embora privada na sua origem, é pública no seu resultado⁽⁶⁶⁾, “é descabida qualquer tentativa de equiparação entre o instituto da convenção de arbitragem e o da transação”⁽⁶⁷⁾.

O contrato de transação é um negócio jurídico pelo qual as partes põem termo a um litígio mediante abandono ou concessões recíprocas (art. 1428.º, n.º 1, do CC)⁽⁶⁸⁾. Na convenção de arbitragem, diversamente, as partes limitam-se a confiar a um decisor privado a resolução de um litígio entre si existente⁽⁶⁹⁾. Nessa decisão não está presente nenhuma interferência no modo de solucionamento do litígio⁽⁷⁰⁾ nem muito menos uma renúncia ou alienação do direito controvertido⁽⁷¹⁾.

(63) LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 119.

(64) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, cit., pp. 25-26.

(65) No sentido de o critério da transigibilidade ser “herdeiro da ultrapassada concepção contratual da arbitragem”, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, cit., p. 87.

(66) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, et al., *Manual de Arbitragem*, cit., p. 172.

(67) NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, cit., p. 486.

(68) Acerca do contrato de transação, veja-se MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 1054-1061. No Direito italiano, SCHLESINGER, PIERO, e TORRENTE, ANDREA, *Manuale di Diritto Privato*, 24.ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 831.

(69) Neste preciso sentido, cf. SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, cit., p. 26.

(70) No sentido de ser errónea a visão que equipara o recurso a Tribunal arbitral a um ato de vontade ou de disposição de um interesse, vide ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 45.

(71) MOURA VICENTE, DÁRIO, Anotação ao Art. 1.º, in MOURA VICENTE, DÁRIO (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 30, e MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., p. 836.

A estes reparos técnicos acrescem dificuldades de ordem prática. A adoção do critério da disponibilidade absoluta culmina num afunilamento do âmbito da arbitrabilidade⁽⁷²⁾, arredando da resolução por árbitros um número amplo de controvérsias versando sobre interesses patrimoniais (como a indemnização de clientela nos contratos de agência, a generalidade dos litígios em matéria de arrendamento urbano e parte significativa do contencioso societário⁽⁷³⁾). A optar-se, em vez, pela simples exigência da disponibilidade relativa dos direitos, o problema do estreitamento da arbitragem seria eliminado em prol de outro igualmente indesejável: a dilatação da arbitrabilidade a quaisquer litígios que incidissem sobre situações jurídicas que apresentassem algum grau, ainda que mínimo, de disponibilidade. Nesse espectro se incluíam matérias relativas ao estado civil das pessoas, resultado esse inaceitável perante as opções axiológicas básicas do nosso sistema jurídico⁽⁷⁴⁾.

4. Direito atual: a LAV de 2011

4.1. Visão geral

Num acolhimento mimético das soluções consagradas em legislações próximas, a opção da LAV para o problema da arbitrabilidade passou pela introdução de um critério geral coadjuvado pelo afastamento expresso de

(72) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, *cit.*, p. 12 (= “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio”, *cit.*, § 7).

(73) Sendo peticionada a declaração de nulidade de um ato, contrato ou deliberação social com base na infração de um requisito de salvaguarda de interesses que extravasam a esfera jurídica do demandante, gera-se o problema de saber *que direito* está a ser exercido. Cf. *idem*, pp. 29-30 (= “Arbitragem de Litígios Societários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, 2011, p. 11). Parece-nos que quem exige a declaração judicial da nulidade de um ato está apenas a exercer o seu direito de ação judicial. Ora, sendo proibido o *pactum de non petendo* no Direito português, o direito de ação é irrenunciável (LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Introdução ao Processo Civil*, 4.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2017, p. 103). Daí que, sendo o campo da arbitrabilidade delimitado com base no critério da disponibilidade, as ações tendentes a obter a declaração da nulidade de contratos de sociedade ou de deliberações de órgãos sociais têm sido reputadas como inarbitráveis. A mesma conclusão se haverá de sufragar a respeito das ações que visem a declaração da nulidade de deliberações sociais por violação das normas que regem imperativamente a organização societária e das que protegem interesses de credores e outros terceiros ou de futuros sócios da sociedade, dado que dessas normas não emergem direitos que sejam disponíveis pelos atuais sócios da sociedade (cf. SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, p. 32).

(74) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio”, *cit.*, § 7.

determinadas matérias do objeto arbitral. A arbitrabilidade no Direito português é, desta forma, obtida mediante a conjugação de uma delimitação positiva e de uma delimitação negativa⁽⁷⁵⁾.

4.2. Delimitação negativa

O art. 1.º, n.º 1, da LAV, expressamente retira da possibilidade de decisão por árbitros duas categorias de litígios: os submetidos exclusivamente à jurisdição estadual ou a arbitragem necessária. Os litígios da primeira estirpe representam “domínios nos quais o Estado reclama o poder decisório para os tribunais estaduais, rejeitando a possibilidade de uma jurisdição privada, como é o caso da arbitragem, para decidir e apreciar os mesmos”⁽⁷⁶⁾. A afetação de um litígio à jurisdição exclusiva do Estado pode ser manifestada por formas diversas, seja por norma que o diga expressamente (como o art. 387.º, n.º 1, do Código do Trabalho), seja por uma proibição de submissão dessa controvérsia a arbitragem voluntária⁽⁷⁷⁾.

4.3. Delimitação positiva

O anterior critério da disponibilidade do direito tornou-se num recetáculo de inúmeras críticas por parte da doutrina portuguesa, cujos principais argumentos foram *supra* vertidos. Reagindo a tais críticas, o art. 1.º, n.º 1, da LAV, identificou na patrimonialidade dos interesses controvertidos o critério primário de definição da arbitrabilidade. Assim, salvas as exceções expressamente previstas, o Direito português reconhece a arbitrabilidade de todos os litígios que envolvam direitos patrimoniais, a tal não obstando o seu carácter indisponível⁽⁷⁸⁾ ou a sua injuntividade⁽⁷⁹⁾.

(75) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 167.

(76) *Idem*, pp. 167-168. Cf. ainda VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, *cit.*, p. 318.

(77) As ações criminais estão, naturalmente, fora do âmbito da arbitrabilidade. Contudo, a relevância penal do ato não conduz *per se* à inarbitrabilidade da pretensão, desde que esta diga respeito às consequências civis desse ato (como a obrigação de indemnizar os danos provocados). *Vide*, neste sentido, PICARDI, NICOLA (coord.), *Codice di Procedura Civile*, Tomo II, *cit.*, p. 3844, e PUNZI, CARMINE, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, *cit.*, p. 185.

(78) ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit.*, p. 45, e HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, *cit.*, p. 690. São arbitrá-

O art. 1.º, n.º 2, da LAV, alarga a arbitrabilidade aos litígios envolvendo interesses de natureza não patrimonial, desde que, quanto a eles, as partes possam celebrar transação. Emulando os passos do legislador alemão, o Direito luso combinou o critério principal da patrimonialidade com o da transigibilidade da pretensão em litígio⁽⁸⁰⁾, alcançando aquele que possivelmente será o critério de arbitrabilidade mais amplo no plano internacional⁽⁸¹⁾. Essa combinação resulta no alargamento da jurisdição arbitral a todos os litígios respeitantes a interesses patrimoniais e mesmo não patrimoniais, desde que estes últimos sejam transacionáveis; enunciando a mesma regra pela negativa, apenas escapam ao âmbito da arbitrabilidade os interesses não patrimoniais que não possam ser objeto de transação.

Na definição dos litígios arbitráveis, o carácter injuntivo ou imperativo das normas que regulam a situação jurídica controvertida nada importa. São arbitráveis os litígios que observem os requisitos do art. 1.º, n.ºs 1 e 2, da LAV, mesmo que envolvam a aplicação de normas que não possam ser livremente derogadas ou modificadas pelas partes⁽⁸²⁾. A existência de soluções legais imperativas representa apenas um limite ao poder decisório dos Tribunais arbitrais, sem influir na amplitude da sua jurisdição⁽⁸³⁾.

A lei não institui qualquer limite referente à tipologia da ação arbitral, a qual pode assumir um formato meramente declarativo, condenatório ou constitutivo⁽⁸⁴⁾. Apenas se encontram excluídas as pretensões que requeiram o exercício de poderes executivos ou coercitivos. A arbitrabilidade estende-se não só às “questões de natureza contenciosa em sentido estrito”, como também a “quaisquer questões jurídicas reais, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem”⁽⁸⁵⁾.

veis os litígios que envolvam os (raros) direitos patrimoniais que sejam indisponíveis (DIAS OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, cit., p. 38, e MOURA VICENTE, DÁRIO, Anotação ao Art. 1.º, cit., p. 30), de que são exemplos o direito de sequência previsto no art. 54.º do CDADC e com o direito de anulação de negócios jurídicos.

(79) Dessa forma, são arbitráveis os litígios em matéria de indemnização de clientela e de arrendamento (PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., pp. 34-35).

(80) SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, cit., p. 12.

(81) PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, cit., p. 626.

(82) PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 28.

(83) FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, cit., p. 86.

(84) No mesmo sentido, para o Direito italiano, MANDRIOLI, CRISANTO, e CARRATTA, ANTONIO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 376.

(85) LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 131.

4.4. Critério da patrimonialidade

A submissão da arbitrabilidade ao barómetro da natureza patrimonial da causa controvertida foi primeiro acolhida no Direito suíço, ao dispor o art. 177.º, n.º 1, da Lei de Direito Internacional Privado de 1987, que “[toute] cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage”⁽⁸⁶⁾.

Embora coadjuvado por um critério adicional de transigibilidade de direitos, a patrimonialidade do interesse controvertido é, desde o fim do milénio, a matriz eleita pelo Direito alemão para definir o âmbito das matérias arbitráveis. Dispõe o § 1030, n.º 1, do ZPO, que “qualquer pretensão que envolve um interesse económico pode ser objeto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões que não envolvam um interesse económico será juridicamente eficaz na medida em que as partes possam sobre elas concluir transacção”⁽⁸⁷⁾. A doutrina tem interpretado amplamente a norma, perfilando como litígios patrimoniais não apenas os que impliquem o pagamento de uma quantia em dinheiro, mas igualmente as ações declarativas e de modificação contratual⁽⁸⁸⁾. A adoção do critério da patrimonialidade “afasta totalmente a existência de uma relação entre arbitrabilidade e ordem pública ou normas imperativas”, sem prejuízo da contrariedade à ordem pública subsistir enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral (§ 1059.º, n.º 2, do ZPO)⁽⁸⁹⁾.

O critério da patrimonialidade do interesse controvertido permite maior amplitude na circunscrição das matérias arbitráveis. Esta vantagem pode, no entanto, revelar-se farisaica para o demandante, ao acarretar-lhe o risco de não poder executar a sentença arbitral fora da jurisdição onde fora proferida, para tal bastando que o país do reconhecimento adote uma posição mais conservadora em matéria de arbitrabilidade⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁶⁾ A adoção do critério da patrimonialidade permitiu ao Direito suíço da arbitragem internacional a resolução pelo mecanismo arbitral de litígios que em outros países não seriam arbitráveis, nomeadamente em matéria de anulação de decisões de pessoas coletivas, validade de direitos de propriedade intelectual, consumo, arrendamento, contratos de trabalho, Direito da Concorrência e corrupção (DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 252). Admite-se igualmente a arbitrabilidade de litígios que envolvam a discussão de direitos patrimoniais de herdeiros (GAILLARD, EMMANUEL, e BERMANN, GEORGE A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, cit., p. 250).

⁽⁸⁷⁾ Seguimos a tradução de DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 253. Será de notar que o § 1030, n.º 2, do ZPO, declara nulas as convenções de arbitragem que versem sobre litígios relativos a arrendamentos.

⁽⁸⁸⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁸⁹⁾ MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., p. 835.

⁽⁹⁰⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 138.

A ideia de patrimonialidade traduz a aptidão de um bem jurídico em reproduzir-se num valor pecuniário, ainda que carente de acerto ou liquidação. Detêm natureza patrimonial todos os interesses “que respeitam a bens, direitos ou coisas que tenham em si mesmas, um valor económico, um valor pecuniário ou de troca”; processualmente, a condução de um litígio que envolva a discussão de interesses patrimoniais haverá de se traduzir num ganho ou perda “directos ou imediatos de uma coisa ou direito com valor patrimonial, susceptível de uma avaliação pecuniária objectiva”⁽⁹¹⁾. A fim da determinação da patrimonialidade do direito não é exigível que a lei permita a sua troca por dinheiro⁽⁹²⁾.

No âmbito deste critério situam-se não apenas as pretensões com imediata expressão monetária ou pecuniária — aí se localizando, desde logo, os pedidos de condenação em quantia pecuniária —, como também as que, tendo tanto fonte contratual (nomeadamente transações económicas) como extracontratual, sejam suscetíveis de alterarem a situação económica dos sujeitos, ainda que o pedido deduzido consista no cumprimento de uma prestação de facto, na alteração de uma determinada realidade jurídica ou na declaração da validade ou invalidade de atos negociais⁽⁹³⁾. A arbitrabilidade extravasa, por isso, a realidade comercial⁽⁹⁴⁾. Neste critério estão igualmente contidos os litígios decorrentes de querelas contratuais entre particulares e de factos geradores de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, bem como as controvérsias a respeito de direitos reais e de direitos patrimoniais decorrentes do *status familiae*⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 46. Entendendo por patrimonialidade a característica de a pretensão ser suscetível de avaliação patrimonial ou económica, DIAS OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, cit., p. 37, LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 120, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, cit., p. 625, e HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, cit., p. 692.

⁽⁹²⁾ *Idem*, pp. 692-693. Contra, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 94.

⁽⁹³⁾ Cf. FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 143, e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, et al., *Manual de Arbitragem*, cit., p. 168.

⁽⁹⁴⁾ LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 119.

⁽⁹⁵⁾ Reportamo-nos, em concreto, ao direito a alimentos e ao direito a partilha de bens do casal (admitindo explicitamente a idoneidade deste último como objeto arbitral, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, cit., p. 87). Aquele primeiro tem uma clara dimensão patrimonial, ao exprimir-se na faculdade de receber de outrem uma quantia pecuniária (art. 2005.º, n.º 1, do CC), e sempre se haveria de lhe reconhecer, à luz do regime substantivo dos arts. 2006.º e 2012.º do CC, a sua disponibilidade (LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, e ALEXANDRE, ISABEL, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, cit., p. 568). Não obstante, o facto de o direito a alimentos comprometer “interesses superiores da sociedade” tem funcionado como limite à sua arbitrabilidade (HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, cit., p. 694). Quanto a nós, parece-nos que esse argumento apenas vinga perante o direito a alimentos devido a menores, a respeito

Desde que não penetre num domínio especificamente excluído pelo legislador ou incompatível com a natureza privada da arbitragem, qualquer realidade passível de se exprimir numa posição de vantagem ou desvantagem económica, ainda que inicialmente indefinida ou ilíquida, pode ser objeto de discussão por árbitros.

4.4.1. A relevância do interesse como objeto do juízo de patrimonialidade

Resulta da formulação do art. 1.º, n.º 1, da LAV, que a patrimonialidade é uma característica do *interesse* cuja realização se pretende através de uma forma de tutela jurídica. A doutrina toma a parte pelo todo e, nessa indevida sínodoque, analisa a questão da patrimonialidade por referência ao direito subjetivo que se encontra a ser exercido. Mas o modo como o art. 1.º, n.º 1, da LAV, se encontra redigido não representa nenhuma veleidade que deva ser desconsiderada pelo intérprete-aplicador. Demonstra, na verdade, uma superação da ideia tradicional que reduzia o sistema jurídico-(privado) e as situações jurídicas subjetivas aos direitos subjetivos⁽⁹⁶⁾.

O património da civilística moderna inclui a constatação de que o interesse — definido na lição do insigne mestre DE CUPIS como a “a relação que intercede entre o ente que satisfaz a necessidade e o ente idóneo à sua satisfação (o bem)”⁽⁹⁷⁾ — não se esgota no conceito de direito subjetivo nem identifica a sua estrutura.

O direito subjetivo, enquanto poder tendencialmente discricionário de exigir de outrem um dado comportamento⁽⁹⁸⁾, é meramente um dos

do qual pontificam uma ordem pública de valores atenta a condição pessoal do alimentando, carecendo de justificação onde se trate do direito a alimentos devido ao cônjuge ou ex-cônjuge (DIAMVUTU, LINO, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, cit., p. 287). Na Alemanha, a opinião maioritária reputa como arbitráveis os litígios envolvendo o regime de bens e o direito a alimentos do cônjuge (*maintenance claims*). A mesma opinião favorável à arbitrabilidade das discussões acerca das situações patrimoniais de cunho familiar se verifica nos Países Baixos e na Suíça, sendo que nesta última jurisdição se admite mesmo a arbitrabilidade de controvérsias entre herdeiros [QUINKE, DAVID, Anotação ao Art. V(2)(a), cit., pp. 409-410]. Para maiores desenvolvimentos, cf. KENNETT, WENDY, “It’s Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. XXX, 2016, pp. 1-31.

⁽⁹⁶⁾ Cf. GAILLARD, EMMANUEL, e SAVAGE, JOHN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 341, e FONSECA, ELENA, *Lezioni di Diritto dell’Arbitrato*, cit., p. 63.

⁽⁹⁷⁾ CUPIS, ADRIANO DE, “Danno (Diritto Vigente)”, in AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1988, p. 626, tradução livre.

⁽⁹⁸⁾ Entendemos que é no facto de atribuir ao seu titular o poder de exigir dos sujeitos coloca-

(vários) veículos técnicos manuseados pelo sistema jurídico para realizar a sua denominada “função atributiva”⁽⁹⁹⁾ de “ordenar os interesses humanos à luz dos valores e dos objetivos prevalecentes na sociedade”⁽¹⁰⁰⁾. Permitindo a satisfação e tutela de um interesse legalmente reconhecido, nem o direito subjetivo se resume nele⁽¹⁰¹⁾ nem é o único meio legal para a sua realização. Prova disso são as inúmeras formas de proteção jurídica de um interesse que não passam pela atribuição de um poder tendencialmente livre de exigir de outrem um determinado comportamento.

Existem formas de tutela objetiva (e, por vezes, indireta) de interesses que não são acompanhadas da criação de “um espaço de livre intervenção, que permita ao sujeito prosseguir por si a defesa do seu interesse”⁽¹⁰²⁾. Autorizam-no apenas a reagir contra a infração cometida caso da mesma lhe advier algum dano. A esta realidade se dirigem as normas de proteção a que alude o art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC, as quais permitem alargar a tutela delitual a interesses que não sejam protegidos segundo a estrutura de um direito subjetivo absoluto⁽¹⁰³⁾. A norma que impõe a vacinação obrigatória protege reflexamente o interesse do sujeito na conservação da sua

dos no lado oposto da relação jurídica um comportamento positivo ou negativo de respeito pelo seu interesse (CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 181) e de colocar o exercício desse poder na discricionariedade do titular (CUPIS, ADRIANO DE, *Il Danno. Teoria Generale della Responsabilità Civile*, reimp., Giuffrè, Milano, 1954, p. 9) que se encontra o *quid specificum* do direito subjetivo enquanto categoria jurídica autónoma.

⁽⁹⁹⁾ NIVARRA, LUCA, *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 72, tradução livre.

⁽¹⁰⁰⁾ ROPPO, VINCENZO, *Diritto Privato*, 5.ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 47, tradução livre.

⁽¹⁰¹⁾ A necessidade de não se confundir “o meio com o fim, o morfológico com o teleológico” (CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 111) é a crítica comumente apontada à tese de IHERING (CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5.a. ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 574). Essa confusão encontra-se, por exemplo, em CAPITANT, HENRI, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, 5.ª ed., A. Pedone, Paris, [s. d.], p. 107, tradução livre, para quem o direito subjetivo “é um interesse de natureza material ou intelectual, protegido pelo Direito objetivo que, para esse efeito, confere à pessoa nele investida o poder de praticar os actos necessários para obter a satisfação desse interesse”.

⁽¹⁰²⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 110.

⁽¹⁰³⁾ A bibliografia referente ao tema é extensa: MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, Cascais, 2017, p. 171, MENEZES LEITÃO, ADELAIDE, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, polic. Lisboa, 2007, p. 545, AZEVEDO DE ALMEIDA, MARGARIDA, *A Responsabilidade Civil do Banqueiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 61, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 2018, p. 249, e VASCONCELOS PINTO, RUI, “A Tutela Delitual dos Danos Patrimoniais Reflexos. Parte II: os Danos Puramente Patrimoniais e os Limites da Tutela Delitual”, *O Direito*, Ano 150, Vol. II, 2018, pp 378-379. Na doutrina estrangeira, com enfoque na Alemanha, cf. MARKESINIS, BASIL, *The German Law of Torts*, 4.ª ed., Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2002, p. 885, e VAN GERVEN, WALTER, LEVER, JEREMY e LAROUCHE, PIERRE, *Tort Law*, Hart Publishing, New York, 2000, p. 22.

saúde mas não lhe confere o poder de exigir que terceiros se vacinem⁽¹⁰⁴⁾. Consabidamente, não existe um direito subjetivo ao património *quale*⁽¹⁰⁵⁾, mas nem por isso deixam os interesses patrimoniais de um sujeito de ser protegidos por outras vias, como a previsão de normas penais para a burla e para a extorsão⁽¹⁰⁶⁾.

Paralelamente a estas normas objetivas, o ordenamento pode criar situações de vantagem que não se configuram como direitos subjetivos *proprio sensu*, quer por não atribuírem um poder de codeterminar o comportamento alheio, quer porque esse poder não é colocado na livre descrição do agente.

Sem nos embrenharmos noutras considerações, fica suficientemente demonstrado que *direito subjetivo* e *interesse* são conceitos jurídicos autónomos. Ora, seria um retrocesso jurídico desmentir as palavras do legislador, entendendo, à margem da literalidade do art. 1.º, n.º 1, da LAV, que a arbitrabilidade é definida pela patrimonialidade do direito que se encontra a ser acionado. Na verdade, sendo tal juízo realizado sobre o interesse, nada impede que direitos aos quais se reconheça a sua cunhagem primariamente não patrimonial possam, no específico caso concreto, servir de veículo para a realização de benefícios económicos. Em tais casos, porque o objeto do litígio contenderá com interesses patrimoniais, permitir-se-á o recurso à arbitragem voluntária como forma de solucionamento do mesmo.

4.4.2. A tríplice tutela dos direitos de personalidade (e dos direitos subjetivos em geral)

Os direitos de personalidade fornecem-nos o tubo de ensaio experimental que permite comprovar as nossas asserções. Ninguém questiona que a sua ligação ontológica à sensibilidade humana, ao serem manifestações da imanente dignidade do Homem⁽¹⁰⁷⁾, os impede de se converterem

⁽¹⁰⁴⁾ ENNECERUS, LUDWIG, *Derecho Civil (Parte General)*, Vol. I, 2.ª ed., trad. castelhana, Bosch, Barcelona, 1950, p. 282.

⁽¹⁰⁵⁾ Para desenvolvimentos, BESSA DE MELO, DANIEL, “Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português”, *Revista de Direito Civil*, Vol. VIII, n.º 2, 2023, pp. 308-315, e as referências aí contidas.

⁽¹⁰⁶⁾ VON TUHR, A., *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. I, trad. castelhana, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 59-60.

⁽¹⁰⁷⁾ CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 6.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 222.

num valor pecuniário. Os direitos de personalidade são, sem qualquer controvérsia, direitos extrapatrimoniais⁽¹⁰⁸⁾.

A tal não obsta que, sobretudo naqueles momentos patológicos em que ocorra a sua violação, estes possam manifestar interesses patrimoniais. Os direitos de personalidade, como a generalidade dos direitos subjetivos, conhecem uma tríplice tutela⁽¹⁰⁹⁾ que se desdobra numa vertente negatória — simples eliminação da violação existente, da sua continuação ou, preventivamente⁽¹¹⁰⁾, da sua ocorrência —, ressarcitória — destinada a afastar as consequências danosas da violação do direito (art. 483.º, n.º 1, do CC) — e restitutória — endereçada a corrigir um desvio patrimonial decorrente de uma ingerência ilícita no direito (art. 473.º, n.º 1, do CC).

As pretensões ressarcitória⁽¹¹¹⁾ e restitutória que poderão encontrar na preterição de direitos de personalidade a sua fonte imediata têm indubitavelmente uma dimensão patrimonial⁽¹¹²⁾. A respeito da pretensão indem-

⁽¹⁰⁸⁾ Neste sentido depõe a grande generalidade da doutrina, tanto lusa como estrangeira: *idem*, p. 225, CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 414-415, MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 209, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Vol. I, 15.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 475, TERRÉ, FRANÇOIS, e FENOUILLET, DOMINIQUE, *Droit Civil. Les Personnes*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2012, p. 59.

⁽¹⁰⁹⁾ Por todos, cf. CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., «“Quando os Lobos Uivam...”». Sobre a Tríplice Tutela dos Direitos Subjectivos, a Respeito de um Trecho de Oliveira Ascensão (e de um Acórdão da Relação de Coimbra sobre Baldios)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, Tomo III, n.º 1, 2023, p. 1504, ss.

⁽¹¹⁰⁾ Sobre a tutela preventiva no Direito italiano, cf. ALBANESE, ANTONIO, “La Persona Fisica e i Diritti della Personalità”, in MAZZAMUTO, SALVATORE (coord.), *Manuale del Diritto Privato*, 4.ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 144-145.

⁽¹¹¹⁾ Para uma análise do problema específico da arbitrabilidade da indemnização devida pela violação de dados pessoais, HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, *cit.*, p. 693, ss.

⁽¹¹²⁾ No limite, pode-se mesmo defender que o direito a exigir a indemnização do dano ou a corrigir um indevido locupletamento é categoricamente diverso do direito de personalidade cuja ofensa desencadeia esse tipo de pretensões. É amplamente conhecida a discussão de saber se, no setor do incumprimento contratual, o dever de indemnizar é uma modificação objetiva do primitivo dever de prestar ou uma obrigação autónoma criada pelo inadimplemento (por todos, MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 16-19). Fora desse âmbito, são vários os dados legais a suportar que o feixe de continuidade entre o direito indemnizatório e o direito preterido resume-se no facto de a ilicitude, cuja imagem passa sobretudo pela violação do “direito de outrem”, ser um dos pressupostos para o surgimento do direito ao recebimento da indemnização. De resto, a conexão funcional não se traduz numa ligação estrutural nem muito menos desencadeia uma modificação objetiva da situação jurídica. O direito a receber a indemnização é “destacado” do direito originário, formando uma categoria própria e autónoma. Aquele é uma atribuição patrimonial que resulta da provocação de um dano à esfera de interesses protegidos do sujeito (art. 483.º, n.º 1, do CC), consistindo o seu conteúdo na prerrogativa de exigir do lesante a restauração *in natura* ou por equivalente da situação em que o lesado estaria caso o ato que obriga ao dever de indemnizar não tivesse ocorrido.

nizatória, se a tese facilmente se acolhe onde se trate da imputação ao lesante dos danos patrimoniais decorrentes da ofensa a direitos de personalidade⁽¹¹³⁾, ela é igualmente válida se o conteúdo do dever indemnizatório consistir na compensação de danos morais (art. 496.º, n.º 1, do CC). Esta compensação é precisamente configurada como um lenitivo monetário destinado a proporcionar ao lesado a satisfação económica possível perante uma lesão insuscetível de avaliação pecuniária⁽¹¹⁴⁾. O facto de o seu modo de cálculo passar por um juízo de equidade não lhe retira o carácter patrimonial (art. 496.º, n.º 4, do CC), inclusive confirmado pela circunstância dessa compensação ser, em certos casos, rendimento tributável⁽¹¹⁵⁾.

A arbitrabilidade das indemnizações devidas pela violação de direitos de personalidade é admitida pela doutrina⁽¹¹⁶⁾ e pela jurisprudência⁽¹¹⁷⁾, embora acedam a essa conclusão por via do critério da disponibilidade/transigibilidade.

A interferência em bens da personalidade pode igualmente desencadear a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, a tal não obstando a extrapatrimonialidade dos direitos em causa⁽¹¹⁸⁾. O titular de tais direitos de personalidade que pretenda a correção do locupletamento

E as distinções de regime não são poucas: o direito de personalidade é imprescritível, enquanto o direito indemnizatório fundado na violação do direito de personalidade prescreve no prazo do art. 498.º, n.º 1, do CC (neste explícito sentido, CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp. 467-468); o direito de personalidade é inalienável e intransmissível, ao passo que o crédito indemnizatório, mesmo sendo litigioso, pode ser cedido; a tutela do direito de personalidade conhece um processo especial (art. 878.º, ss. do Código de Processo Civil), enquanto a ação indemnizatória segue a forma de processo comum; o direito indemnizatório tem eficácia *inter partes*, de forma que o ressarcimento apenas pode ser exigido de um sujeito concreto, enquanto o direito ofendido será sempre dotado de oponibilidade *erga omnes*. Defendendo que, no domínio extracontratual, o direito indemnizatório constitui um direito novo face ao direito ofendido, cf. CUPIS, ADRIANO DE, *Il Danno*, cit., pp. 339-340.

⁽¹¹³⁾ Pense-se, por exemplo, na perda de rendimentos adveniente de ofensas à integridade física.

⁽¹¹⁴⁾ GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 380.

⁽¹¹⁵⁾ BESSA DE MELO, DANIEL, “O Enquadramento das Indemnizações por Responsabilidade Civil no CIRS. Em Especial, os Juros de Mora”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 6, 2024, pp. 479-481.

⁽¹¹⁶⁾ Se bem entendida, aparenta ser esta a posição de PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 46.

⁽¹¹⁷⁾ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.05.2007, proc. n.º 06B3359, admitiu-se a arbitrabilidade de um litígio envolvendo a indemnização por ofensa a direitos de personalidade. Justificou-se a posição afirmando-se que, embora os direitos de personalidade sejam direitos indisponíveis, o mesmo já não acontece com o “direito de acção tendente à indemnização por responsabilidade civil com fundamento na violação de qualquer desses direitos”.

⁽¹¹⁸⁾ Por todos, cf. MENEZES LEITÃO, LUÍS, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, pp. 745-747.

obtido pelo infrator — pensemos, por exemplo, nos lucros que um *tabloide* auferiu ao divulgar fotografias íntimas de uma celebridade⁽¹¹⁹⁾ — exerce uma pretensão que contende com interesses de ordem patrimonial e, por isso, que é suscetível de resolução pela via arbitral.

4.4.3. A arbitrabilidade de litígios que envolvam negócios jurídicos sobre direitos de personalidade

Dentro dos limites da ordem pública, o art. 81.º, n.º 1, do CC, permite a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade. Tal compressão por ato de autonomia privada amiudadamente faz-se num contexto negocial, no qual é atribuído a alguém um direito de exploração económica de bens da personalidade mediante contrapartida (monetária ou em espécie) ao seu titular. São exemplos desses “negócios de personalidade”⁽¹²⁰⁾ os contratos de cedência de imagem para fins publicitários e de participação em programas televisivos. Na medida em que certos direitos de personalidade — como a imagem, a reserva da intimidade da vida privada, a palavra ou o nome — podem, a despeito da sua inerente natureza extrapatrimonial, assumir relevância patrimonial tornando-se objeto de um acordo negocial oneroso⁽¹²¹⁾, a doutrina tem alertado para uma crescente “patrimonialização dos aspetos da personalidade”⁽¹²²⁾.

Independentemente dos eventuais desafios ético-jurídicos que possam suscitar, estes “negócios de personalidade” são geradores de conse-

⁽¹¹⁹⁾ Não vamos aqui discutir o lugar dogmático dessa solução, nomeadamente se deve ser enquadrada na teoria do conteúdo da destinação ou se ela acede a um fundamento autónomo de que a ninguém deverá ser permitido guardar para si os lucros de um facto ilícito. Cf., por exemplo, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 67-68. Com interesse, pode-se ainda consultar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.03.2012, proc. n.º 1139/09.2YXLSB.L1-2: “Findo um contrato que continha o consentimento da autora para a utilização comercial das gravações da sua voz — bem de personalidade patrimonial — que tinha feito para a ré, esta não pode continuar a fazer o aproveitamento económico dessas gravações, sob pena de enriquecimento injustificado no valor igual do da retribuição habitual”.

⁽¹²⁰⁾ Como os denomina, por exemplo, PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, e PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 60.

⁽¹²¹⁾ Para considerações à luz dos negócios que envolvam a cedência de dados pessoais, veja-se CUNHA PINTO, MARIA BENEDITA, “Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 82, Vol. III/IV, 2022, em especial p. 628, ss.

⁽¹²²⁾ BOCCHINI, FERNANDO, e QUADRI, ENRICO, *Diritto Privato*, 9.ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 316, tradução livre. No mesmo sentido, alertando para como o quadro dogmático tradicional dos direitos de personalidade terá de ser adaptado à luz da evolução jurídico-social, NIVARRA, LUCA, *Diritto Privato*, cit., pp. 153-154.

quências patrimoniais⁽¹²³⁾. Por via de tais contratos, certos aspetos dos bens jurídicos da personalidade são destacados da sua origem ontológica, convertidos em ativos económicos e inseridos num sistema de trocas e contraprestações. Ao envolverem-se em tais negócios, os bens de personalidade assumem uma dimensão económica. A peculiaridade do objeto contratual, com consequências ao nível da validade e da livre resolubilidade destes acordos negociais, não lhes retira o seu carácter essencialmente comercial e oneroso. Por mais reservas que possamos ter, é indeclinável que “a comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na actual sociedade económica”⁽¹²⁴⁾.

Permitindo a lei que ocorra um *downgrading* do valor axiológico dos direitos de personalidade mediante a celebração de negócios jurídicos onerosos que disciplinem o seu modo de exercício, as pretensões decorrentes dessas relações contratuais são arbitráveis⁽¹²⁵⁾ à luz do critério da patrimonialidade do interesse controvertido. Efetivamente, em tais casos o objeto do litígio não contende com a existência e conteúdo dos direitos de personalidade, mas com o seu modo de aproveitamento económico ao abrigo de uma relação contratual validada pelo ordenamento jurídico; em suma, em discussão estarão interesses de índole económica, a tal não obstando o facto de os mesmos se inserirem no panorama geral do exercício de direitos de personalidade.

Dessa forma, a admitir-se a licitude de um contrato de cedência da exploração comercial da imagem de um desportista profissional⁽¹²⁶⁾, as partes poderão validamente estipular uma convenção de arbitragem. Claro que, diante o princípio da livre revogabilidade do consentimento, o Tribunal arbitral nunca poderá condenar o titular do direito de personalidade a obedecer à compressão que acordou⁽¹²⁷⁾, mas apenas a condená-lo a ressarcir a contraparte do prejuízo causado às suas legítimas expectativas (art. 81.º, n.º 2, do CC). Essa contingência, no entanto, nada respeita ao problema da arbitrabilidade.

(123) CUNHA PINTO, MARIA BENEDITA, “Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos”, *cit.*, p. 630.

(124) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, *cit.*, p. 747.

(125) Cf. SAMPAIO CAMELO, ANTÓNIO, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios”, *cit.*, p. 35.

(126) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.10.2005, proc. n.º 05A2577.

(127) No sentido de a incoercibilidade dos direitos de personalidade resultar tanto na inexistência de instrumentos de atuação coativa, sempre que a pretensão estiver dependente do consenso prestado pelo sujeito, como na invalidade de qualquer cláusula que torne excessivamente gravoso, nomeadamente pela estipulação de fortes penalidades, o exercício da livre revogabilidade do consentimento prestado, BOCCHINI, FERNANDO, e QUADRI, ENRICO, *Diritto Privato*, *cit.*, pp. 315-316.

4.5. O critério da transigibilidade dos interesses não patrimoniais

Como verificamos, o art. 1.º, n.º 2, da LAV, estende a arbitrabilidade aos litígios que envolvam interesses de natureza não patrimonial, demonstrada a possibilidade de quanto a eles se poder celebrar transação.

O critério da transigibilidade, em tese, poderia culminar numa delimitação da arbitrabilidade distinta da que se obteria através do critério da disponibilidade. Em face do nosso sistema jurídico, qualquer diferença é inócua. Imperativos de interpretação sistemática instigam a generalidade da doutrina portuguesa a concretizar o conceito de transigibilidade por remissão para o regime substantivo do contrato de transação. Sucede que, interpretando-se *a contrario* o art. 1249.º do CC, apenas são suscetíveis de transação os direitos de que as partes possam livremente dispor⁽¹²⁸⁾. Tal como sucede na maioria dos ordenamentos jurídicos, a distinção conceitual entre transigibilidade e disponibilidade não significa, na prática, um resultado distinto⁽¹²⁹⁾.

Trajado numa nova indumentária, o art. 1.º, n.º 2, da LAV, vem resgatar o critério da disponibilidade⁽¹³⁰⁾, ainda que para alcançar esse destino percorra inutilmente pelo trilho da transigibilidade. De facto, num ordenamento jurídico — como o nosso — em que as partes não podem transigir

⁽¹²⁸⁾ O art. 1249.º do CC impede ainda a celebração de transações respeitantes a negócios jurídicos ilícitos. Como tal, há quem entenda que as partes não podem submeter a arbitragem litígios resultantes de negócios ilícitos (DIAS OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, cit., p. 38). Conferindo uma interpretação mais restrita ao preceito, que merece o nosso beneplácito, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), cit., p. 1059, entende que o legislador apenas pretendeu determinar que “não é possível, por transação, obter um resultado ilícito ou, se se quiser, conseguir um efeito que não seria possível através de um negócio inicial ou pré-litigioso”.

⁽¹²⁹⁾ NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, cit., pp. 483-484. O princípio geral de que a indisponibilidade dos direitos impede que quanto a eles se celebre transação (*vide*, em locais paralelos, o art. 1966.º, n.º 2, do *Codice Civile*) facilmente se explica atenta a “incongruência que representaria permitir às partes obter por via processual (pela via indireta da desistência do pedido, da confissão ou da transação judicial) um resultado que lhes seria proibido alcançar segundo a lei material” (FERREIRA DE ALMEIDA, FRANCISCO, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 619).

⁽¹³⁰⁾ A doutrina não tem dúvidas a este respeito: DIAS OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, cit., p. 37, MOURA VICENTE, DÁRIO, Anotação ao Art. 1.º, cit., p. 30, MORAIS CARVALHO, JORGE, “O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais”, cit., p. 838, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, cit., p. 626, NUNES DE MATOS, FEDERICO, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”, cit., p. 492, PEDRO, RICARDO, *Responsabilidade Civil do Estado pelo Mau Funcionamento da Administração da Justiça: Fundamento, Conceito e Âmbito*, polic., Lisboa, 2015, p. 514, nota 2095, HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, cit., p. 691, PEREIRA BARROCAS, MANUEL, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 28, e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, et al., *Manual de Arbitragem*, cit., p. 169.

sobre direitos indisponíveis, “é inútil intercalar a transigibilidade para alcançar a disponibilidade”⁽¹³¹⁾. Isso mesmo explicou a reforma que o art. 806.º do *Codice di Procedura Civile* sofreu em 2006: se antes se colocava ênfase na transigibilidade, afirmando-se que não podiam ser decididas por árbitros as controvérsias “*che non possono formare oggetto di transazione*”, a atual formulação da norma dispõe estarem excluídas da arbitrabilidade as controvérsias que “*non abbiano per oggetto diritto indisponibili*”. Conforme explica DANОВИ, ainda que ambas as fórmulas desembocassem na mesma consequência prática, o preceito atual acusa maior precisão técnica ao colocar a disponibilidade do direito como a real causa que deve consentir a possibilidade de um determinado litígio ser resolvido por árbitros, evitando a “dupla passagem” da anterior formulação⁽¹³²⁾.

O critério da transigibilidade/disponibilidade permite ampliar a arbitrabilidade a áreas que se furtam ao perímetro da patrimonialidade. Na configuração daquele critério, o legislador não impõe nenhuma graduação de ordem qualitativa. A disponibilidade, para efeitos de determinação da jurisdição arbitral, não tem de assumir a modalidade extrema de renunciabilidade antecipada e total, bastando que a lei substantiva atribua ao sujeito ativo alguma liberdade na modificação do conteúdo e na circunscrição do modo de exercício do direito. Se o âmbito da autonomia privada apenas for parcial, será essa dimensão disponível do direito suscetível de constituir objeto de uma arbitragem⁽¹³³⁾.

Em aplicação do critério da transigibilidade, a doutrina reconhece a arbitrabilidade dos litígios que respeitem ao aproveitamento económico dos direitos de personalidade ou à indemnização pela sua violação⁽¹³⁴⁾. Ao advertimos que, em situações desse tipo, estão em causa interesses de índole patrimonial e, assim, arbitráveis *ex vi* o art. 1.º, n.º 1, da LAV, o recurso ao critério da transigibilidade serve apenas propósitos retóricos.

(131) VENTURA, RAÚL, “Convenção de Arbitragem”, *cit.*, p. 321.

(132) DANОВИ, FILIPPO, *L'Arbitrato*, *cit.*, p. 99.

(133) No sentido de que a compressão parcial dos poderes de alienação ou de renúncia de um direito não o tornam indisponível para efeitos de determinação da jurisdição arbitral, FONSECA, ELENA, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, *cit.*, p. 64.

(134) DIAS OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit.*, p. 38, e FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 144. No mesmo sentido, admitindo que litígios envolvendo a indemnização por violação de direitos de personalidade são arbitráveis ao estarmos diante direitos disponíveis, cf. HENRIQUES ROCHA, FILIPE A., “A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais”, *cit.*, p. 691.

4.5.1. A disponibilidade dos direitos de personalidade

Questão de interesse meramente académico — visto que sempre estariam sob a copa do critério da patrimonialidade — é a de saber se os litígios incidindo sobre os ditos “negócios de personalidade” seriam arbitráveis à luz do critério da transigibilidade.

A generalidade da doutrina continua a caracterizar os direitos de personalidade como indisponíveis⁽¹³⁵⁾. E, de facto, não colocamos em crise que a sua inseparabilidade⁽¹³⁶⁾ da pessoa humana, ao constituírem um núcleo irredutível da projeção da sua imanente dignidade, confere aos direitos de personalidade as características da irrenunciabilidade, da imprescritibilidade e da inalienabilidade. Sucede que, diante o facto de o art. 81.º, n.º 1, do CC, admitir a licitude de atos de limitação voluntária ao seu exercício⁽¹³⁷⁾, teremos obrigatoriamente de concluir que parte do conteúdo dos direitos de personalidade não se encontra “excluído da actividade negocial”⁽¹³⁸⁾.

Insistir na indisponibilidade enquanto elemento inexpugnável dos direitos de personalidade é ignorar a possibilidade, paulatinamente mais generosa, da sua compressão voluntária. Se a lei permite, sob certas condicionantes, a celebração de negócios jurídicos que disciplinem o modo de exercício desses direitos de personalidade, naturalmente que se haverá de lhes reconhecer uma disponibilidade pelo menos parcial.

O objetivo de preservação do valor axiológico acrescido dos bens de personalidade não é alcançado através de uma proibição *a priori* de disposição voluntária, antes se materializa nas condicionantes a que o ato de limitação ao exercício se submete:

- (i) deve ser conforme à ordem pública portuguesa⁽¹³⁹⁾;
- (ii) é revogável a todo o tempo, sem aviso prévio e de forma discricionária (art. 81.º, n.º 2, do CC)⁽¹⁴⁰⁾;

⁽¹³⁵⁾ Vide, por exemplo, CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *cit.*, p. 225, e OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 84.

⁽¹³⁶⁾ ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Vol. I, *cit.*, p. 475.

⁽¹³⁷⁾ Distinguindo entre as limitações ao exercício dos direitos de personalidade e as relativas ao seu gozo, CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *O Direito Geral de Personalidade*, *cit.*, p. 407.

⁽¹³⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, *cit.*, p. 85.

⁽¹³⁹⁾ De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.05.2019, proc. n.º 336/18.4T8OER.L1.S1, este conceito traduz “os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis por serem base da coexistência social e garantes de um bem público”.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. VASCONCELOS, JOANA, Anotação ao Art. 81.º, in BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS (coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 245-246, e PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, e PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 60-61.

- (iii) não acarreta a alienação do próprio direito de personalidade⁽¹⁴¹⁾ nem o conteúdo de exploração económica criado a favor da contraparte pode ser cedido a favor de terceiro⁽¹⁴²⁾.

O ordenamento jurídico assegura aos direitos de personalidade uma disponibilidade parcial, mediada pelas fronteiras da ordem pública e repleta de garantias que permitem uma reversão tendencialmente livre da situação criada⁽¹⁴³⁾. A extensão dessa disponibilidade, essencialmente dependente do património ético da sociedade em dado momento histórico, variará conforme o bem de personalidade em causa. Para certos direitos — socorremo-nos do exemplo mais evidente: o direito à vida⁽¹⁴⁴⁾ — qualquer restrição voluntária ofenderá os valores basilares do ordenamento jurídico. Outros, atentas as convicções dominantes na sociedade, podem ser objeto de uma compressão quase total, como o direito ao resguardo da vida privada⁽¹⁴⁵⁾ ou à imagem⁽¹⁴⁶⁾.

Por conseguinte, o caráter indisponível dos direitos de personalidade encontra-se francamente em crise, cedendo perante uma crescente reificação e comercialização dos aspetos da personalidade humana. Tal é-nos revelado BOCCHINI e QUADRI, para quem tal caráter não deve ser entendido em termos excessivamente rígidos, uma vez que a respeito de certas dimensões da personalidade humana se admite limitações parciais e renúncias ao seu respetivo exercício, embora sob a chancela do respeito pela dignidade intrínseca da pessoa humana⁽¹⁴⁷⁾. Pelo menos quanto aos direitos de personalidade passíveis de compressão voluntária, deve-se reconhecer a disponibilidade de parte do seu con-

(141) Cf. CUNHA PINTO, MARIA BENEDITA, “Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos”, *cit.*, pp. 628-629.

(142) Dessa forma, mesmo que seja constituído um direito à exploração económica de um direito de personalidade alheio, como a imagem ou a voz, não será possível a sua transmissão (neste sentido, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2005, proc. n.º 2788/04-3).

(143) Veja-se, a propósito, VASCONCELOS, JOANA, Anotação ao Art. 81.º, *cit.*, p. 244.

(144) O próprio art. 135.º, n.º 1, do Código Penal, pune o incitamento ou ajuda ao suicídio. Mais controvertido é saber se existe um princípio de indisponibilidade do corpo humano, o que nos levaria para uma série de questões bioéticas, morais e sociais. *Vide*, por todos, TERRÉ, FRANÇOIS, e FÉNOUILLET, DOMINIQUE, *Droit Civil. Les Personnes*, *cit.*, p. 63, ss.

(145) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.09.2003, proc. n.º 03B2361.

(146) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29.06.2021, proc. n.º 302/19.2T8MGL.C1. Admitindo a disponibilidade de um “litígio relativo ao nome profissional ou à imagem”, com subsequente suscetibilidade de o mesmo ser resolvido por transação, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), *cit.*, p. 1057.

(147) BOCCHINI, FERNANDO, e QUADRI, ENRICO, *Diritto Privato*, *cit.*, p. 315.

teúdo⁽¹⁴⁸⁾, dentro dos limites qualitativos da ordem pública, e consequente suscetibilidade de constituir objeto arbitral.

⁽¹⁴⁸⁾ Assim, reconhecendo a disponibilidade dos direitos de personalidade cuja limitação não ofenda a ordem pública, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, *cit.*, pp. 87-88. Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.04.2022, proc. n.º 1225/20.8YRLSB.S1: “O direito ao título nobiliárquico submete-se, em primeira linha, ao regime dos direitos de personalidade, particularmente no tocante à defesa, não podendo ser reconhecida a sua atribuição por arbitragem, pelo que também não pode a decisão arbitral ser reconhecida”. No mesmo sentido, igualmente a respeito da titularidade de títulos nobiliárquicos, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.11.2022, proc. n.º 1945/22.2YRLSB-6.