

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

Vol. XXI – 2024

VOLUME ESPECIAL:
DOSSIER JOVENS ARBITRALISTAS

Elton Fernando João Dimbana

Advogado

Pós-graduado em Direito da Arbitragem

*Membro da Comissão da massificação dos meios alternativos de resolução de conflitos
na Ordem dos Advogados de Moçambique*

Da Execução Coerciva das Medidas Provisórias no Processo Arbitral: O Caso de Moçambique

RESUMO: 1. Enquadramento Prévio. 2. Competência Cautelar dos Tribunais Arbitrais. 2.1. Em fase Pré-Arbitral. 2.2. Em fase Arbitral. 3. O papel do Tribunal Judicial no exercício da competência cautelar do Tribunal Arbitral. 4. Conclusão.

1. Enquadramento Prévio

Desde a sua introdução na versão originária da Lei-Modelo da UNCITRAL, designadamente no artigo 17 da versão de 1985, o tratamento das medidas provisórias conheceu várias vicissitudes, quer a nível da Lei-Modelo da UNCITRAL, quer a nível das leis de arbitragem doméstica de diversos países¹.

As vicissitudes que o texto sofreu desde a sua primeira redação, tiveram em vista, fundamentalmente, dotá-lo de maior detalhe de modo a que não suscitasse dúvidas, na fase da solicitação de execução coerciva dos tribunais judiciais, sobre os poderes de que os árbitros estão investidos nessas matérias².

¹ Só para citar alguns exemplos, a Lei da Arbitragem da Inglaterra, de 1996; da Alemanha, de 1997; de Moçambique, de 1999; da Espanha, de 2003; de Angola, de 2003; de Cabo Verde, de 2005.

² Oxford Commentaries on International Law. CARON, David e CAPLAN, Lee (Eds.). “Artigo 17 – Comentário”. *The UNCINTRAL Arbitration Rules*. Second Edition. Oxford. Oxford University Press. 2013

Entre outras coisas, introduziram a diferença entre medidas provisórias e ordens preliminares, sendo autorizado, quanto as segundas, o seu decretamento sem audiência prévia do requerido³.

Ora, esses desenvolvimentos, embora sugeridos recentemente nos trabalhos, que estão em curso, de revisão à Lei n.º 11/ 99, de 8 de Julho – Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique (“LACM”), não foram acompanhados pela LACM em vigor, ostentado, ainda, a redação sugerida pela versão originária da Lei-Modelo.

Assim sendo, em sede de arbitragem doméstica em Moçambique, com maior ou menor acerto, por medidas provisórias deve-se entender o mesmo que se entende por providências cautelares⁴, nos precisos termos em que é entendida em sede de processo civil moçambicano. É com base nesse entendimento que o presente texto é elaborado e deverá ser lido.

Termos em que, em diante, ocupar-nos-emos da análise de questões relacionadas com a competência cautelar dos tribunais arbitrais constituídos segundo as regras de Direito moçambicano, sem, no entanto, aflorar de forma rigorosa sobre os procedimentos no exercício dessa competência e do papel do tribunal judicial nos casos em que essa competência é exercida ou deva ser exercida pelo tribunal arbitral.

2. Competência Cautelar dos Tribunais Arbitrais

Em decorrência do reconhecimento da arbitragem como verdadeira jurisdição⁵, i.e. como verdadeiro órgão de composição de litígio, em materialização do princípio constitucional do pluralismo jurídico⁶, estabeleceu-se o princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral, cujo conteúdo PEDRO PINA descreve de forma cabal e simples nos termos em que

³ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2.ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. p. 246.

⁴ TIMBANE, Tomás. *Lições de Processo Civil I*. 2.ª Edição. Escolar Editora. Maputo. 2020. p. 227: [...] *composição provisória do conflito de interesses entre as partes, quer para assegurar a utilidade da decisão, quer para garantir a efectividade da tutela jurisdicional* (art. 2.º, n.º 2 *in fine* [do Código de Processo Civil Moçambicano]).

⁵ *Cfr.* art. 222, n.º 2 da Constituição da República de Moçambique (“CRM”).

⁶ *Cfr.* art. 4 da CRM.

se transcrevem: «atribuídos pela vontade das partes e pela lei poderes jurisdicionais a um tribunal arbitral para a resolução de um determinado litígio, fica arredada a intervenção dos tribunais estaduais sobre aquele objecto.»⁷

Assim, é de se concordar com LUISA FRANCO, quando afirma que «[...] o processo arbitral não necessita da interferência do Poder Judiciário para se desenvolver adequadamente, pois a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são vinculantes e a decisão arbitral se equipara à sentença judicial.»⁸

É de onde, por um lado, deriva a competência cautelar dos tribunais arbitrais. Por outro lado, decorre do princípio da tutela jurisdicional efectiva⁹, que obriga a que o processo dê *ao litigante, tanto quanto possível, tudo o que tem direito de obter segundo as regras substantivas*¹⁰. O referido princípio impõe que se confira aos árbitros ferramentas aptas ao conhecimento da questão submetida ao tribunal arbitral, inclusive, de questões que assegurem o efeito útil da decisão a proferir.

2.1 Tutela Cautelar Pré-Arbitral

Por tutela cautelar pré-arbitral deve-se entender o leque de medidas passíveis de serem impostas às partes antes e até à constituição do tribunal arbitral. Conceito que emergiu do reconhecimento da falta de jurisdição dos árbitros sobre o litígio até à constituição do tribunal arbitral¹¹.

Face a esse estado de coisas, a decisão mais intuitiva, carecendo as partes de tutela cautelar de urgência antes da constituição do tribunal

⁷ PINA, Pedro. *Arbitragem e Jurisdição*. In Revista Julgar. N.º 6. Coimbra. 2008. p. 159.

⁸ FRANCO, Luisa Doria de Oliveira. *A Relação Colaborativa entre Arbitragem e o Poder Judiciário*. In Gralha Azul. Edição 2. Estado do Paraná. 2020. p. 40.

⁹ Cfr. arts. 62 e 70 ambos da CRM.

¹⁰ TIMBANE, Tomás. *op cit.* p. 47.

¹¹ GRION, Renato Stephan. *Árbitro de Emergência – Perspectiva Brasileira À Luz da Experiência Internacional*. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira, MARTINS, Pedro Batista (cord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo. 2017. p. 404.

arbitral, seria o recurso ao tribunal judicial para o efeito, algo que nos termos da LACM é autorizado pelo art. 12, n.º 4¹².

Em sede de arbitragem internacional, em resposta à mesma necessidade e tendo subjacente o ideal de que as partes devem estar em condições de resolver todas as suas controvérsias em arbitragem (*one-stop shop* arbitral)¹³, foi criada a figura do árbitro de emergência, introduzida pela Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional ('ICC'), no dia 1 de Janeiro de 1990, na emenda ao Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral ('RPC').

Assim, seria o árbitro de emergência o ente competente para exercer tutela cautelar sobre os pedidos que lhe fossem submetidos antes da constituição do tribunal arbitral, devendo conhecer deles, ainda que, na pendência de apreciação, se venha, efectivamente, a constituir (o tribunal arbitral, entenda-se)¹⁴.

Por via de regra¹⁵, as partes contenciosas atribuem competência cautelar ao árbitro de emergência por via da adopção das regras de certas instituições arbitrais, o que significa dizer: primeiro, que as partes, desde o início ou contemporaneamente à eclosão da situação de litígio, devem considerar, também, esse elemento na escolha das regras processuais que vão governar a arbitragem; segundo, que a figura do árbitro de emergência não é compatível com a opção pela arbitragem *ad hoc*.

Nos dias que correm, vários centros de arbitragem institucionalizada têm consagrado a figura do árbitro de emergência em seus regulamentos, nomeadamente, o ICC, o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, o Centro Internacional para a Resolução de Disputas da *American Arbitration Association*, o Centro Internacional de Arbitra-

¹² Que tem a seguinte redação: *Sem prejuízo do disposto no presente artigo, a solicitação de medidas provisórias feita por uma das partes a um tribunal judicial antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo referido tribunal não é incompatível com uma convenção de arbitragem.*

¹³ GRION, Renato Stephan. *op. cit.* p. 407.

¹⁴ ANDRADE, Hyneida Lima. *Decreto de Providências Cautelares pelo Tribunal Arbitral*. 2019. p. 51 (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

¹⁵ Não se exclui a possibilidade de a competência do Árbitro de Emergência resultar de uma convenção arbitral. Os trabalhos tendo em vista a revisão da LACM vão no sentido de a competência do Árbitro de Emergência derivar também da lei.

gem de Singapura, Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, *London Court of International Arbitration* e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial do Brasil.

O principal centro de arbitragem institucionalizada em Moçambique, o Centro de Arbitragem, Conciliação e Mediação ('CACM'), não acompanhou essa tendência, pelo que, nos termos do seu regulamento, a tutela cautelar pré-arbitral não é garantida. Em todo o caso, o facto de a arbitragem ser administrada pelo CACM, não obriga a que seja com base nas regras do seu regulamento, estando, as partes, livres de recorrer ao CACM e, ao mesmo tempo, escolher como regra processual aplicável às regras do ICC¹⁶.

De todo o modo, é importante que se reconheça que quer a figura, quer o procedimento respectivo, continuam desconhecidos no seio da grande maioria dos praticantes da arbitragem em Moçambique, pelo que pretender que um centro institucionalizado de arbitragem moçambicano, como o CACM, decreta uma medida provisória de urgência pode acarretar uma série de constrangimentos práticos e demora pouco usual que, no limite, podem ter a potencialidade de prejudicar o seu efeito útil.

Outro elemento que consideramos que seja de importante ressaltar é o seguinte: os desenvolvimentos das arbitragens internacionais vão no sentido de que as medidas decretadas pelo árbitro de emergência o podem ser sem a necessária audição prévia do requerido; entretanto não consideramos que, pelo menos tendo em conta o ordenamento jurídico em vigor¹⁷, essa possa ser uma possibilidade, caso a arbitragem tenha de respeitar as regras de ordem pública moçambicana¹⁸.

¹⁶ CARREIRO, Catarina. "Artigo 27 – Anotação". in COSTA, João (cord.). *Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique Comentada*. Maputo. Escolar Editora. 2023. p. 95: [...] para além de poderem definir especificamente o conjunto de regras processuais aplicáveis ao processo, as partes podem optar por remeter expressamente para um regulamento de arbitragem aprovado por um centro arbitragem (nacional ou internacional).

¹⁷ É de notar que estão em curso trabalhos tendo em vista a revisão da LACM onde se introduz a possibilidade de uma ordem preliminar ser decretada sem audiência prévia da contraparte, numa redação idêntica ao do 22.º da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa ('LAV').

¹⁸ É princípio basilar da arbitragem em Moçambique o do contraditório, previsto no art. 2, n.º 2, al. h) da LACM a tal ponto que o seu desrespeito pode ser fundamento de anulação de decisões proferidas em foro arbitral [*Cfr.* art. 44.º, n.º 2, al. b), ii. da LACM].

2.2 Tutela Cautelar Arbitral

Em concretização dos princípios constitucionais acima referidos, a LACM veio estabelecer que a competência cautelar dos tribunais arbitrais resulta da combinação de disposição da lei e do acordo das partes, tal qual resulta do seu art. 33, n.º 1 que passamos a transcrever: «*Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal pode, a pedido de uma das partes, ordenar a qualquer delas que tome as medidas provisórias que o tribunal arbitral considere necessárias em relação ao objecto do litígio.*»

Por efeito dessa disposição da LACM, não há dúvidas de que, em princípio, o foro arbitral tenha competência cautelar, podendo essa competência ser afastada pelo acordo das partes em sentido contrário. É, portanto, claro que as partes se encontram investidas do poder de excluir ou limitar a competência cautelar dos tribunais arbitrais, opção que não é de repugnar na medida em que, tal qual estabelecido no artigo 12, n.º 4 da LACM, a eventual exclusão e/ou limitação não significa, necessariamente, a exclusão ou limitação da tutela cautelar ao litígio, que sempre seria assegurada pelo tribunal judicial competente.

Outro ponto a notar é que a competência do tribunal arbitral em matéria cautelar limita-se às necessárias ao objecto do litígio, i.e., não acompanha a evolução da doutrina arbitral que considera demasiadamente restritiva essa limitação, o que, por fim, motivou a supressão dessa construção na Lei-Modelo da UNCITRAL, na sua versão de 2010¹⁹.

É consensual a implicação positiva da supratranscrita disposição da lei, entretanto o mesmo não se regista em relação a uma eventual implicação negativa, designadamente: a questão de saber se com a atribuição da tutela cautelar aos tribunais arbitrais fica, em consequência disso, excluída a competência cautelar dos tribunais judiciais?

Teoricamente, a atribuição de competência cautelar ao tribunal arbitral deveria implicar, *ipso facto*, a exclusão da competência cautelar do tribunal judicial. Inúmeros autores, porém, têm-se levantado contra essa aparente questão fácil de resolver, invocando uma série de inconvenien-

¹⁹ Oxford Commentaries on International Law. CARON, David e CAPLAN, Lee (Eds.). “Artigo 17 – Comentário”. *op. cit.*

tes práticos, entre eles MANUEL BARROCAS²⁰, que aponta como inconvenientes o facto de a medida cautelar não ser vinculativa a terceiros e a falta de poderes executórios do árbitro que a decreta, concluindo, assim, que seria de se assumir uma situação de competência concorrente, cabendo às partes, casuisticamente, lançar mão da que se mostrar mais eficaz à defesa dos seus interesses legítimos.

Entre nós, até onde se nos é dado saber, não é uma questão sobre a qual se tenha reflectido. No nosso entendimento, julgamos ajustada a conclusão de que a tutela cautelar arbitral não deve implicar, automaticamente, a exclusão da tutela cautelar judicial. De todo modo, não consideramos que seja de acolher uma tal tese de concorrência pura entre as duas jurisdições, antes uma concorrência que tomamos a liberdade de designar de “mitigada”, i.e., com preferência pela tutela cautelar arbitral, o que se conseguiria, por exemplo, com a imposição do ónus de demonstração da ineficácia da tutela cautelar arbitral para o caso específico, como pré-requisito para o recurso à tutela cautelar judicial.

O exercício da competência cautelar arbitral [também judicial] não só está dependente de um pedido de umas das partes, o que significa que tal competência cautelar não poderá ser exercida de ofício (*ex officio*) pelo tribunal arbitral²¹, como também implica, necessariamente, a audição prévia da contraparte, i.e., não podem ser decretadas *ex parte*²², uma conclusão que decorre do facto de em sede de foro arbitral se dar primazia ao princípio do contraditório, previsto no art. 2, n.º 2, al. h) da LACM²³.

²⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *Lei de Arbitragem Comentada*. Coimbra. Almedina. 2013. p. 93.

²¹ Nesse sentido BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *op. cit.* p. 92; CORDEIRO, António Menezes. “Artigo 20 – Comentário”. *Tratado da Arbitragem*. Coimbra. Almedina. 2015. p. 231; MENDES, Armindo Ribeiro. “Artigo 20 – Anotação”. in VICENTE, Dário Moura (org.). *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. 4.ª Edição. Coimbra. Almedina. 2019. p. 34.

²² BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *Lei de Arbitragem Comentada. op. cit.* p. 92.

²³ JAMAL, Zara. “Artigo 2 – Anotação”. in COSTA, João (cord.). *op. cit.* p. 20: *Este princípio visa garantir que, nos procedimentos arbitrais, de conciliação ou de mediação, seja conferida às partes a oportunidade de serem ouvidas e defenderem a sua posição*

Note-se, igualmente, que o texto da norma supratranscrita confere competência cautelar ao tribunal arbitral, o que significa que os interessados só poderão beneficiar de tutela cautelar após o tribunal arbitral ser constituído, i.e., pelos efeitos dessa cláusula não se autoriza o exercício da competência cautelar em fase pré-arbitral.

Sobre o assunto, pouco mais desenvolve o referido artigo, para além de conferir ao tribunal arbitral, no seu número 2, a prerrogativa de exigir, da parte requerente, a apresentação de *garantia adequada* em conexão com o decretamento da medida requerida.

Com efeito, não disciplina sobre quais as medidas provisórias podem [ou não] ser decretadas pelo tribunal arbitral, estando-se, assim, numa situação de inexistência de tipicidade das medidas provisórias arbitrais²⁴. É, portanto, autorizada a conclusão no sentido de que seja admissível o decretamento de medidas provisórias de todo o tipo, sejam as que tenham correspondência com as previstas em sede de processo civil moçambicano²⁵, sejam as que são mais frequentes em sede de arbitragem internacional²⁶.

Na jurisdição portuguesa, discute-se em relação à admissibilidade do decretamento, pelo foro arbitral, de providências executivas²⁷, i.e. *providências cautelar que requeiram ou proporcionem a sua execução imediata por meios coercivos*²⁸, sendo paradigmáticos os casos do arresto, do arrolamento e da restituição provisória de posse, entre nós não há-de ser uma questão que, em termos teóricos se coloque, na medida em que

(seja oralmente, seja por escrito) sobre as questões em sindicância antes da tomada de decisão.

²⁴ O mesmo acontece no ordenamento jurídico português, segundo BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *op. cit.* p. 92.

²⁵ Como é o caso da restituição provisória de posse (*cf.*: entre os arts. 393.º e 394.º do CPC), suspensão de deliberações sociais (*cf.*: entre os arts. 396.º e 398.º do CPC), o arresto (*cf.*: entre os arts. 402.º e 411.º do CPC), o embargo de obra nova (*cf.*: entre os arts. 412.º e 420.º do CPC) e o arrolamento (*cf.*: entre os arts. 421.º e 427.º do CPC).

²⁶ Como é o caso destinadas a salvaguarda de provas, constituição de provisões para garantias dos custos da arbitragem, entre outras segundo MENDES, Armindo Ribeiro. “Artigo 20 – Anotação”. in VICENTE, Dário Moura (org.). *op. cit.* p. 34.

²⁷ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2.ª Edição. Coimbra. Almedina. 2014. p. 218.

²⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *op. cit.* p. 96.

a própria lei não faz nenhuma enunciação, ainda que exemplificativa, sobre os casos em que o foro arbitral pode exercer tutela cautelar, não estando autorizado o intérprete a limitar aquilo que o legislador não cuidou, deliberadamente de o fazer.

De qualquer forma, perfilhamos o entendimento de MANUEL BARROCAS²⁹ e MARIANA GOUVEIA³⁰ nessa matéria, no sentido de que se deve diferenciar dois momentos no decretamento de uma providência cautelar executiva: o primeiro, que é o declarativo, e o segundo, da sua efectiva execução coerciva. É de concordar que o primeiro momento, o declarativo, cabe nas competências e poderes do tribunal arbitral e que, só quando o requerido não cumpra voluntariamente, será necessária a intervenção do tribunal judicial para a materialização da execução coerciva.

3. O papel do Tribunal Judicial no Exercício da Competência Cautelar do Tribunal Arbitral

A interferência dos tribunais judiciais na arbitragem será sempre incidental, querendo significar que a actuação, quer do tribunal [arbitral, entenda-se], quer dos demais intervenientes processuais, em termos ideais, de nenhuma forma, vai resultar na convocação, válida, dos tribunais judiciais a imiscuir-se nos ‘assuntos da arbitragem’³¹.

²⁹ Idem.

³⁰ GOUVEIA, Mariana França. *op. cit.* p. 219.

³¹ DESSIE, Alemnew Gebeyehu. *The Extent of Court Intervention in Arbitration Proceedings: Ethiopian Arbitration Law in Focus*. in Sch Int J Law Crime Justice. Dubai. 2019. p. 60: *The state’s role must be framed in a way to allow only interventions as far as there are abuses of arbitration.*; GARY, Born. *The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings*. In University of Pennsylvania Journal of International Law. *The Anniversary Contributions – International Litigation & Arbitration*. State of Pennsylvania. Penn Law. 2014. p. 1032: *Judicial orders purporting to establish arbitral procedures would directly contradict the parties’ objectives in agreeing to arbitrate including particularly their desire for less formal and more flexible procedures, their desire for a high degree of party control over such procedures, and their desire for “neutral” and expert arbitral procedures adopted by a tribunal of the parties’ choice, rather than a national court.*

Estatisticamente, tem sido tendência, salutar, das partes que recorram à arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios a do cumprimento voluntário das decisões que contra si recaiam, incluindo as que imponham medidas provisórias³². Em todo o caso, reconhecendo-se ao árbitro apenas poderes de *juridictio*, estando, *ipso facto*, excluídos os poderes de *imperium merum*³³, o tribunal arbitral vê-se, irremediavelmente, na contingência de solicitar apoio dos tribunais judiciais para o suprimento dessa carência.

Estando, por força da necessidade, autorizada a interferência do Tribunal na arbitragem, tornou-se necessária a limitação dessa interferência para prevenir situações de abuso desse poder, com a prescrição, na própria Lei Arbitral, dos casos em que se admite a interferência dos tribunais judiciais na arbitragem³⁴, numa regra de tipicidade fechada³⁵ tal qual sugerida pela redação prevista no art. 5 da Lei Modelo da UNCITRAL.

Em Moçambique, a redação veio a ser adoptada pelo art. 9 da LACM que se passa a transcrever: «*1. Quando as partes tenham convencionado o recurso à arbitragem, conciliação e mediação, a intervenção do Tribunal Judicial só pode ocorrer nas condições fixadas neste artigo.*». Resultando do número 2 do referido artigo os casos em que haja necessidade de (i) adopção de medidas provisórias, (ii) designação supletiva de árbitro(s), (iii) sindicância em matéria de recusa de árbitro, (iv) impugnação interlocutória da competência e (v) impugnação de decisão.

³² BARROCAS, Manuel Pereira. “Artigo 20 – Comentário”. *op. cit.* p. 94: indica que a tendência é na ordem dos 80%.

³³ DIAMVUTU, Lino. *O Favor Arbitrandum: Ensaio de Uma Teorização*. Coimbra. Almedina. 2020. p. 531

³⁴ CAMELO, António Sampaio. *A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral*. In Revista da Ordem dos Advogados. I. Lisboa. 2013. p. 319: *É de notar, em primeiro lugar, que as leis nacionais que adotaram, em bloco, a Lei Modelo ou nesta se basearam, transpondo-a (na totalidade ou na sua maior parte) para o respetivo direito interno, têm o mesmo valor que quaisquer outras leis ordinárias dos respetivos Estados, pelo que podem aquelas leis (incluindo as suas disposições correspondentes ao artigo 5 da Lei Modelo) ser alteradas por essas outras leis ordinárias. Quando isso aconteça, o princípio enunciado no artigo 5 da Lei Modelo (e reproduzido no art. 19.º da LAV) perde vigor, ficando este preceito a ser pouco mais do que uma expressão do princípio da autonomia da vontade em matéria arbitral e da consequente exclusão, em princípio, da intervenção judicial nos litígios que as partes submetem a arbitragem.*

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. “Artigo 19 – Comentário”. *op. cit.* p. 214.

Redação que é em parte censurável, na medida em que não contemplou, não apenas uma, mas duas das facetas de reconhecida importância da intervenção do tribunal judicial na arbitragem, designadamente o apoio na obtenção da prova e no cumprimento coercivo das decisões nela emanadas, previstas nos 32.º e 50.º da LACM, respectivamente.

Não contemplou, nem goza de previsão, a possibilidade de o tribunal judicial – em apoio à arbitragem – poder executar as medidas cautelares nela decretadas e voluntariamente não cumpridas pelo(s) requerido(s), deixando, assim, por resolver a questão de se nessa eventualidade poderão ou não intervir.

De acordo com o princípio *favor arbitrandum*, na sua directriz para uma interpretação e integração normativa no sentido do desenvolvimento da arbitragem³⁶ seria de se concluir que sim, que também nesses casos o tribunal judicial está autorizado a intervir, na medida em que essa é a única solução que assegura a tutela da confiança, atendendo e considerando que o legislador já terá entendido que ao tribunal arbitral se confere tutela cautelar. Não seria, portanto, propiciador de um ambiente de confiança, pensar-se que, por um lado, o legislador possa conferir competência cautelar aos tribunais arbitrais e, por outro lado, possa considerar que as decisões que resultem do exercício dessa competência não possam ser coercivamente exequíveis por parte dos tribunais judiciais.

Embora esse entendimento seja teoricamente defensável, o desenvolvimento da doutrina arbitral³⁷ foi no sentido de se estabelecer uma norma expressa a conferir essa competência aos tribunais arbitrais, muito a temer que a teorização, de *per si*, não fosse suficiente ou não preenchesse os requisitos impostos pelos ordenamentos internos para a intervenção dos tribunais judiciais.

Para o caso de Moçambique, é importante ter presente que os tribunais judiciais julgam de acordo com a lei³⁸, e é da lei que devem resultar a competência e o respectivo procedimento para os casos em que tenha de intervir³⁹.

³⁶ DIAMVUTU, Lino. *op cit.* p. 531.

³⁷ Oxford Commentaries on International Law. CARON, David e CAPLAN, Lee (Eds.). “Artigo 17 – Comentário”. *op. cit.*

³⁸ Art. 59, n.º 1 da CRM.

³⁹ Art. 222, n.º 3 da CRM.

Nesses termos, sendo omissa a LACM quanto à atribuição de competência ao tribunal judicial nessa matéria, continua como sendo recomendável o recurso à tutela cautelar dos tribunais judiciais quando estejam em causa as chamadas medidas provisórias executivas, estando reservada à tutela cautelar arbitral, em termos materiais, o decretamento das medidas provisórias não executivas.

Nesse sentido, estão a ser os trabalhos tendo em vista a revisão da LACM, porquanto já se sugere na proposta de texto da lei questões como o reconhecimento e a execução coerciva das medidas provisórias decretadas pelo tribunal arbitral e os respectivos fundamentos de recusa do reconhecimento ou execução, algo próximo ao que está previsto na LAV portuguesa.

Para alguns estudiosos⁴⁰, a conclusão acima não encerra definitivamente o debate, na medida em que consideram que existem nuances de arbitragem internacional a ser afloradas que, como defendem, podem levar a que as medidas provisórias possam ser coercivamente exequíveis ao esteio das disposições da Convenção de Nova Iorque ('CNI'), de 1958, sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁴¹. Essa possibilidade decorre, fundamentalmente, da equiparação das medidas provisórias decretadas a nível internacional ao conceito de sentença tal qual definido pela CNI⁴² no seu art. 1, n.º 2, uma vez que não delimita, muito bem, a natureza das decisões a que se refere⁴³.

⁴⁰ BARBOSA, Beatriz Oliveira. *Da (im)possibilidade da Execução das Medidas Cautelares Determinadas pelo Árbitro de Emergência no Âmbito das Arbitragens Internacionais*. 2019. p. 69 (Relatório de Estágio realizado na Corte Civil e Comercial de Arbitragem de Madrid, com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa).

⁴¹ De que Moçambique é membro desde 11 de Junho de 1998.

⁴² JENE, Miguel Gómez. *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*. Apud BARBOSA, Beatriz Oliveira *op. cit.* p. 73: *se o objetivo primordial da CNY é garantir o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras finais e a finalidade precípua das providências cautelares é garantir a futura satisfação do direito material pretendido ou o efeito útil da ação, a submissão destas medidas a citada convenção internacional consiste em uma consequência lógica.*

⁴³ *Ibidem.* p. 69 (Relatório de Estágio realizado na Corte Civil e Comercial de Arbitragem de Madrid, com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

Os opositores dessa corrente de pensamento argumentam no sentido de que as medidas provisórias: (i) revestem o carácter de ordens processuais e não são, propriamente, o que se deve considerar como uma sentença estrangeira⁴⁴, entendida como aquela que decide o litígio principal que é submetido a apreciação do tribunal arbitral; (ii) têm carácter provisório e revogável, o que se incompatibiliza com o requisito de definitividade e obrigatoriedade para ambas as partes imposta pela CNI⁴⁵.

A presença dessas duas correntes revela que até no âmbito do direito da arbitragem internacional não se tem, ainda, uma regulação adequada sobre a questão, o que tem estado a propiciar a situação, longe do ideal, de cada uma das jurisdições domésticas adoptarem o tratamento que julgarem conveniente, o que, numa ou noutra medida, prejudica a confiança e a previsibilidade das partes quando tenham de recorrer a esses expedientes.

Entre nós, consideramos muito pouco provável que a jurisdição estadual moçambicana considere como exequível uma medida provisória decretada em sede de arbitragem internacional tendo como base a CNI. O pensamento jurisprudencial moçambicano continua algo que fundamentalista e conservador, que não estranhará nada a rejeição do tratamento de uma medida provisória como uma sentença estrangeira, para além de que, caso não se vá por aí, é pouco provável que lhe confirmem um tratamento expedido, tal qual se impõe, diferente do dispensado ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, propriamente ditas.

Portanto, ainda que se reconheçam os inconvenientes e a pouca praticidade da solução, sobretudo quando esteja em causa a necessidade do decretamento de medidas provisórias a serem efectivadas em mais de uma jurisdição, em nome dos factores tempo e segurança jurídica somos do entendimento de que, no caso de Moçambique, o recurso à tutela cautelar dos tribunais judiciais continua a ser a melhor e mais expedita solução.

⁴⁴ KARRER, Pierre A. *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please.* apud BARBOSA, Beatriz Oliveira. *op. cit.* p. 69.

⁴⁵ CATRAMBY, Alexandre Espínola. *A competência cautelar dos tribunais arbitrais – aspectos internos e transnacionais.* apud BARBOSA, Beatriz Oliveira. *op. cit.* p. 71.

4. Conclusão

Como corolário da consagração do princípio do pluralismo jurídico no ordenamento jurídico moçambicano, reconheceu-se, à arbitragem, o estatuto de verdadeira jurisdição e, com isso, nasceu a necessidade de assegurar que, também nessa jurisdição, os seus beneficiários gozassem da tutela efectiva de direitos e interesses legítimos.

Razão pela qual se conferiu à jurisdição arbitral, pelos efeitos do art. 33, n.º 1 da LACM, a prerrogativa de decretar medidas provisórias, de cumprimento obrigatório, que visassem assegurar o efeito útil do pedido principal submetido à sua apreciação.

A prática arbitral moçambicana entende por medidas provisórias o mesmo que se entende por providências cautelares em sede do processo civil moçambicano, o que significa que o termo não abrange o que os desenvolvimentos da prática arbitral internacional entendem por ordens preliminares.

A tutela cautelar pré-arbitral não é vedada em Moçambique. Em todo caso, é importante referir que nenhum centro de arbitragem institucionalizada moçambicano demonstra estar em condições de assegurar a sua materialização. Não é comum o recurso à arbitragem para esse tipo de tutela, nem parece ser a preocupação dos centros de arbitragem institucionalizados reverter esse cenário, na medida em que não se assiste a nenhuma movimentação com vista à alteração dos seus regulamentos tendo em vista a introdução da figura do árbitro de emergência ou de uma figura equiparada, nem a definição das regras do procedimento de urgência ou equiparado.

Cenário idêntico não se verifica em fase arbitral, na medida em que já resulta da lei a competência cautelar do tribunal arbitral constituído, contanto que não tenha sido afastada pelas partes em sede convenção de arbitragem. É uma competência que deverá ser exercida a requerimento das partes litigantes e com necessária audição prévia da parte contra quem é requerida.

De acordo com o quadro jurídico em vigor, é admissível o decreto de medidas provisórias de todo o tipo, não se estando, portanto, em um regime de tipicidade fechada das medidas provisórias ao dispor das partes litigantes, estando, inclusive, livres de socorrer-se dos tipos de providências cautelares previstas em sede de processo civil.

Em consequência da falta de poderes coercivos dos árbitros, o recurso aos tribunais judiciais é incontornável no caso, pouco comum, da falta de cumprimento voluntário da medida provisória decretada. Entretanto, e contra toda a razoável expectativa, em sede da LACM e das normas relevantes do Código de Processo Civil moçambicano, não existe norma que confira aos tribunais judiciais competência para intervir em apoio à arbitragem.

A doutrina relevante é no sentido de que tal disposição expressa da lei seja dispensável, tudo quanto tinha de resultar da lei é que ao tribunal arbitral se confere competência cautelar, devendo decorrer disso, em nome do princípio da tutela da confiança, que as suas decisões, quando não voluntariamente cumpridas, devam beneficiar de execução coerciva promovida pelos entes públicos competentes, no caso, os tribunais.

Não sendo de desmerecer a conclusão acima, com a qual concordamos, é necessário ter presente que no ordenamento moçambicano a competência não é algo que se presume, e no caso em específico, é mesmo necessário que ela resulte de lei. Não sendo esse o caso, dificilmente se convencerá ao poder judicial do estado que deva intervir, sobretudo em presença de uma norma da LACM que elenca, em enumeração fechada, os casos em que o tribunal judicial deva intervir, excluindo o poder de executar medidas provisórias decretadas pela instância arbitral.

Também temos reservas em relação à admissibilidade de um pedido de reconhecimento e execução de uma medida provisória decretada no estrangeiro ao esteio da CNI, isso porque não entendemos que seja uma posição com a qual facilmente se concorde a da equiparação da decisão que ordene o decretamento de uma ordem provisória a uma sentença. Estamos mais tendentes a pensar que, no ordenamento moçambicano, a interpretação seria no sentido da não equiparação pelas razões que se avançou acima, nomeadamente, a sua falta de identidade com uma decisão que decide o pleito e a modificabilidade e revogabilidade que lhe são inerentes.

Assim, ainda que se reconheçam os inconvenientes e a pouca praticidade da solução, sobretudo quando esteja em causa a necessidade do decretamento de medidas provisórias a serem efectivadas em mais de uma jurisdição, em nome dos factores tempo e segurança jurídica somos de reconhecer que, no caso de Moçambique, o recurso à tutela cautelar dos tribunais judiciais continua a ser a melhor e mais expedita solução.

É verdade que, em reconhecimento desse estado de coisas, está em curso a revisão da LACM, que se pretende muito progressista, com inovações de relevo como a introdução das ordens preliminares e a instituição da figura do árbitro de emergência no texto da lei, só para dar alguns exemplos. O que revela a preocupação do Estado na reversão desse estado de coisas e o seu interesse na propiciação de um ambiente mais amigável da arbitragem.