

Texto Integral da Apresentação do tema “Impugnação da Decisão Arbitral”

no Colóquio Organizado pela APA, no dia 12 de Março de 2010,

na Faculdade de Direito de Lisboa sobre uma Nova Lei de Arbitragem

1. Antes de analisar, brevemente, o tema permitam-se duas observações preliminares:

1ª O projecto de Lei de Arbitragem que agora nos ocupa foi elaborado pela APA, (sublinhe-se, com a destacadíssima contribuição do Sr. Dr. António Sampaio Caramelo), dentro de um reduzidíssimo tempo, na expectativa de que o anterior governo pudesse utilizá-lo para servir de base à nova lei de arbitragem.

Apesar do pouco tempo disponível para a sua preparação, trata-se de um trabalho notável, é justo dizer-se.

2ª A segunda observação consiste em desejar aqui evidenciar bem do que estamos a tratar quando colocamos a Arbitragem defronte do Poder Judicial.

Não se trata apenas de dois meios de resolução de litígios distintos.

Trata-se de muito mais do que isso!

Trata-se de diferença de atitude, de diferença de estado de espírito característica dos dois meios e que se manifesta de forma transversal, pois tanto afecta as partes, como os árbitros e os próprios advogados.

Já alguém sabiamente disse que, quem se quer conciliar, utiliza a Mediação.

Quem quer resolver o litígio, envolvendo-se em discussões jurídicas, que pode requerer vários anos de crispação e custos, vai para os Tribunais Judiciais.

Quem quer apenas resolver o litígio, opta simplesmente pela Arbitragem.

Esta afirmação deve ser obviamente entendida desprovida de qualquer intuito promocional da Arbitragem, mas também, obviamente, com as devidas cautelas que a opção pela Arbitragem implica.

Devem, pois, ser separados os dois meios de resolução de litígios, essencialmente porque obedecem a culturas diferentes.

E isso terá de ser reflectido na nova lei de arbitragem e nas alterações concomitantes que é necessário introduzir no CPC.

A intervenção correctiva do Poder Judicial na Arbitragem é hoje cada vez mais limitada. E, quando ocorre, fundamenta-se basicamente em duas ordens de considerações:

- (1) Na violação, pela sentença arbitral, de normas e princípios essenciais de ordem processual;
- (2) Na violação, pela sentença arbitral, da ordem pública do estado sede da arbitragem.

2. Cumpre observar, antes de mais, que as leis arbitrais, em países civilizados e democráticos, não devem fazer distinção entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional que tenha lugar no país, pois, a não ser em aspectos específicos exclusivos de cada uma daquelas modalidades, os princípios que regulam o processo e as exigências de celeridade na resolução dos litígios são comuns.

Isso sucede, nomeadamente, nas leis arbitrais alemã e suíça, na novíssima lei irlandesa que acaba de ser publicada, e, aliás, também na linha da Lei-Modelo da UNCITRAL.

É também, essencialmente, esse o caso do projecto em análise, para além das particularidades próprias da arbitragem internacional que nele se prevêm e que não visam constituir propriamente diferença de regime.

Designadamente, recordemos, no domínio da ordem pública e da sua violação tem sido discutido se a igualização do conteúdo da ordem pública deve existir, ou seja, se a reserva de ordem pública que deve ser tida em conta na arbitragem doméstica deve ser coincidente com a ordem pública internacional do estado português e não propriamente a ordem pública do conteúdo mais vasto que é a ordem pública interna.

Trata-se aqui, pois, de definir o conteúdo defeso à arbitragem. Em obediência ao princípio de favorecimento da arbitragem (*favor arbitratis*) e, assim, à necessidade de conferir, em regra, à arbitragem um estatuto de igualização com os tribunais estaduais na aplicação da lei, salvo quando a lei especificamente estatuir em contrário, não vemos que a opção possa ser outra que não seja a de restringir à **ordem pública internacional do estado português** o conteúdo defeso aos tribunais arbitrais sediados em Portugal que apliquem a lei portuguesa, quer se trate de arbitragem doméstica quer de arbitragem internacional com sede em território nacional.

Restará ao legislador, para além da vontade das partes expressa na convenção de arbitragem, determinar as matérias que os tribunais arbitrais especificadamente não podem conhecer, designadamente por entender que devem ser os tribunais estaduais a fazê-lo ou por expressamente as considerar não arbitráveis.

Noutro plano, e independentemente da extensão da reserva de ordem pública que se adopte, é também certo que na arbitragem doméstica pode ganhar especial importância a necessidade de conferir sentidos tendencialmente idênticos à interpretação e aplicação da lei, quer seja feita por juízes, quer por árbitros, aspecto este que não é tão saliente quando se aplica uma lei estrangeira e que é frequentemente o caso na arbitragem internacional.

Trata-se aqui, porém, de uma questão que não pode afectar a independência da arbitragem relativamente aos tribunais estaduais.

O ideal seria que aquela aproximação de sentidos interpretativos da lei pudesse existir, mas não é de modo algum um imperativo.

A solução para estas questões passa pela constatação de as partes que aceitam a arbitragem saberem, ou deverem saber, à partida, que a arbitragem tem vantagens e desvantagens relativamente aos tribunais judiciais e também riscos que nos tribunais judiciais podem ser menores ou maiores ou de diferente natureza.

Do mesmo modo, a qualidade dos árbitros e a sua escolha constituem um meio importante de superação de algumas questões que a arbitragem pode colocar.

Porém, e entrando de novo na ordem pública, é sabido que quando o bem público essencial está em causa, porque estão em jogo interesses essenciais da comunidade nacional, quer sejam de carácter moral, social ou económico, nesse caso funciona a reserva de ordem pública.

3. Assim, temos dificuldade em compreender a omissão que o projecto de lei em exame faz da “violação da ordem pública na arbitragem doméstica” como causa de invalidade da sentença arbitral. Sobretudo, actualmente em Portugal em que a jurisprudência dos nossos mais altos tribunais está ainda longe de delimitar de uma forma segura e com constância o âmbito da ordem pública relevante vedado à arbitragem. Um exemplo claro é o da incerteza em caracterizar como arbitrável certas questões – por exemplo, a indemnização de clientela devida ao agente comercial, ou, por analogia, ao concessionário comercial.

Cabe, pois, perguntar:

4. O que se pretende com essa omissão?

(1) Antes de responder, devo notar, que a manter-se essa omissão, ficamos em contraponto com as mais modernas leis arbitrais

existentes, desde a Lei-Modelo, até às leis alemã, francesa, italiana, holandesa, espanhola e muitas outras.

- (2) Pretende-se que sejam os tribunais judiciais, em lugar da lei, a definir, por via jurisprudencial, se a sentença arbitral respeitou ou não a ordem pública e que ordem pública? Contudo, esta via acarreta riscos acrescidos que podem advir, se essa tarefa for inteiramente confiada aos tribunais pela intromissão indesejável do poder judicial na avaliação do mérito da causa decidido pelos árbitros, para ver nele, não só os casos de eventual violação da ordem pública, mas também se o mérito foi ou não bem decidido. Casos destes não são novidade. E isto pode suceder exactamente em resultado da falta de uma definição clara dos poderes dos tribunais judiciais perante a sentença arbitral nesta matéria.

Na verdade, os casos de conhecimento do mérito da causa de uma sentença arbitral pelos tribunais estaduais na jurisprudência dos países que mais se dedicam à arbitragem reside exactamente na apreciação da violação da ordem pública em matérias reguladas pelo direito substantivo. Essa intromissão deve, porém, ser restrita, apenas, ao conhecimento limitado da eventual violação da ordem pública pela sentença arbitral e a nada mais do que isso.

Ao contrário do que se pode imaginar, deixar de mencionar a ordem pública como causa de anulação não é tornar mais liberal a arbitragem. É aumentar as dificuldades.

Seria, pois, interessante que o projecto considerasse expressamente a violação da ordem pública como causa de anulação e, assim, os termos excepcionais em que isso é permitido que caberá à jurisprudência e à doutrina definir. Isso para que a ordem pública seja menos, como alguém já disse, um *unruled horse* (um cavalo desgovernado) e, pelo contrário, um “cavalo” tanto quanto possível dominado e controlado.

É certo que a excepção de não-arbitrabilidade e mesmo a de invalidade da convenção de arbitragem resolvem, em parte, a questão de violação da ordem pública, mas isso é resolver apenas parcialmente e de modo indirecto a questão e, por isso, insuficientemente. Efectivamente, para além dos casos de violação da ordem pública pela aplicação de direito substantivo, o que dizer, por exemplo, dos casos de corrupção ou prevaricação dos árbitros que a não ter uma cláusula geral de reserva da ordem pública em que esses casos caibam para declarar nula a decisão arbitral proferida nessas condições, não obteria na tipificação baseada apenas na existência ou validade da convenção de arbitragem, na arbitrabilidade e na correcção do processo arbitral os remédios necessários para impedir a validade da sentença arbitral.

A arbitragem não pode estar a aguardar decisões dos tribunais criminais, nem de recursos de revisão em processo cível para que possa ser eficaz. Tudo isso é do domínio da excepcionalidade e não dos meios de que a arbitragem deve dispor para eliminar as patologias que a podem afectar.

O artigo 54^o, a propósito da violação da ordem pública internacional do estado português por uma sentença arbitral regulada pela lei portuguesa e no domínio de uma arbitragem internacional em que não tenha sido aplicado o direito português admite a anulabilidade dessa sentença arbitral, mas apenas, note-se bem, se ofender os princípios da ordem pública internacional portuguesa.

Se é assim na arbitragem internacional que tenha lugar em Portugal, porque não consagrar também a anulabilidade de uma sentença arbitral na arbitragem doméstica pelos mesmos motivos?

Voltando à omissão da ordem pública como causa geral da anulação da decisão arbitral, a LAV, em vigor, omitiu a ordem pública como causa de anulação, basicamente porque confiava no recurso

ordinário erigido como principal meio de oposição judicial à sentença arbitral. Mas, essa opção, nem na lei francesa que muito inspirou a LAV encontrou eco. E isto porque o artigo 1486º, nº 6., do CPC francês incluiu expressamente, na arbitragem doméstica, a violação da ordem pública como um dos fundamentos de anulação da sentença arbitral. Em Portugal, também a ordem pública aparece na jurisprudência para fundamentar decisões judiciais anulatórias de algumas sentenças arbitrais, apesar de a LAV a ela não se referir em sede do artigo 27º.

O que acontece, porém, e que impede em absoluto a via seguida pela LAV e é radicalmente novo neste projecto relativamente à LAV é que não está previsto qualquer recurso da sentença arbitral para os tribunais estaduais, mas apenas uma petição de anulação. Por isso, não é possível suprir a falta mediante um recurso ordinário da sentença arbitral que não existe. Deste modo, apenas mediante a inclusão desta causa de anulabilidade a ser conhecida no pedido de anulação da sentença arbitral previsto no art. 46º é possível evitar as dificuldades apontadas.

5. Aparte isto, parece-nos ainda que o projecto da Associação Portuguesa de Arbitragem, sempre com respeito pelos seus muitos méritos, projecto aquele que segue aliás de muito de perto a Lei-Modelo, na matéria de Impugnação da Sentença Arbitral, deverá ainda ponderar os seguintes pontos:

- 1º Não está incluída a inexistência de convenção de arbitragem como causa de anulação da sentença arbitral que, ainda assim, tenha sido prolatada.
Apenas a sua invalidade, o que pressupõe a sua existência.
- 2º A expressão utilizada no artigo 46º “como se de um recurso de apelação se tratasse”, para caracterizar o meio processual de impugnação da sentença arbitral, parece-nos equívoca.

Pareceria tratar-se de um recurso semelhante ao de apelação, de preferência à acção de anulação. Mas a nova lei de arbitragem tem, a este propósito, de ser mais explícita, dado que o recurso em questão não é um verdadeiro recurso, tal como o CPC o caracteriza, mas sim uma pretensão anulatória processada num tribunal estadual de segunda instância, isto é, num tribunal da relação ou tribunal administrativo. Torna-se, pois, necessário definir, a este propósito, outros pontos, nomeadamente:

a) o efeito do pedido anulatório. É suspensivo da sentença arbitral, não é suspensivo? A nosso ver, não deve ser suspensivo, até por não se tratar propriamente de um recurso. Todavia, deve ser dada à parte condenada o direito de exigir a prestação da caução pela parte vencedora na execução da sentença arbitral que, na pendência do pedido de anulação, promoveu.

b) onde deve ser entregue a petição de anulação?

Certamente, que directamente no tribunal onde a declaração de anulação é pedida. Se fosse um recurso, como o projecto parece indicar, certamente que a petição de recurso seria entregue num tribunal de primeira instância, cabendo ao juiz respectivo recebê-lo e, após isso, remetê-lo para o tribunal de segunda instância, fazendo assim intervir um tribunal de primeira instância que nada tinha a ver com a arbitragem em questão.

c) Também a exclusão do poder de modificação pela relação ou tribunal administrativo das decisões sobre matéria de facto tomadas pelos árbitros conviria que fosse mencionada na nova lei.

Deve dizer-se, a propósito, que a modificação por um tribunal estadual da matéria de facto dada como provada pelo tribunal arbitral é de raríssima possibilidade em leis arbitrais estrangeiras, dado tratar-se de um meio processual anulatório e não de substituição. De qualquer modo, a modificação das decisões sobre matéria de facto implicam, em regra, o conhecimento subsequente da matéria de direito pelo tribunal da relação ou tribunal administrativo de segunda instância, o que está vedado, e bem, pelo artigo 46º, nº 9 do projecto.

A própria diferente qualificação jurídica dos factos pelo tribunal de anulação não lhe deve ser permitida.

Na verdade, o tribunal estadual a quem é requerida a anulação não deve ter quaisquer poderes para conhecer do objecto da apelação em substituição do tribunal recorrido, quer se trate de matéria de facto, quer de matéria de direito, em suma deve apenas confirmar ou anular a sentença arbitral, sob pena de poder conhecer do mérito da causa, o que é contrário ao espírito da arbitragem e, por isso, não é permitido pelas leis arbitrais da maioria dos países, salvo, como já antes se disse, muito limitadamente, quando se trate de ajuizar a sentença arbitral em matéria de reserva de ordem pública.

- d) Noutro plano, em nossa opinião, não deve ser admitido recurso do Tribunal da Relação para o STJ (ou do tribunal administrativo para o STA) do acórdão que julgou o pedido de anulação. A delonga que esse recurso implicaria é incompatível com as características da arbitragem.

O recurso “one stop shop” para a relação deve, assim, constituir o meio adequado e único para a impugnação da

sentença arbitral, salvo, e neste ponto devemos conceder, quando o acórdão da relação ou do tribunal administrativo de segunda instância tiver violado normas ou princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa e desde que os juízes da relação, em conferência, aceitem a possibilidade de isso ter sucedido para que o acórdão possa eventualmente ser revisto pelo tribunal hierarquicamente superior.

Esses limitados casos devem dizer apenas respeito à violação da lei pelo tribunal da relação ou pelo tribunal administrativo, ao julgar o pedido anulatório, que seja caracterizado por um facto ou omissão que constitua causa típica da sua anulação nos termos da lei de arbitragem.

Assim, se a decisão arbitral for arguida no tribunal de anulação com fundamento numa das causas típicas de anulação e este tribunal a declarar não deve ser permitido qualquer recurso para o tribunal superior (STJ ou STA). Se, pelo contrário, o tribunal de anulação declarar que não existe motivo de anulação não deve igualmente ser permitido o recurso deste acórdão para o tribunal superior.

Isso só deverá ser permitido quando tiver sido o acórdão do tribunal de anulação, *a se*, a cometer uma violação da lei que o coloque ao abrigo de alguma das situações típicas da anulação da sentença arbitral consentida pela lei de arbitragem, *mutatis mutandis*.

Todavia, não basta essa violação. Será ainda necessário que os juízes do tribunal de anulação, em conferência, reconheçam que o acórdão proferido se pode encontrar numa das situações de invalidade descrita. A recusa no reconhecimento dessa situação legítima a parte interessada a

apresentar reclamação ao presidente do STJ ou STA no sentido de mandar subir o recurso retido.

- e) Importa ainda dizer expressamente, a propósito do nº 10 do art. 46º, que a convenção de arbitragem só volta a produzir efeitos, no caso de anulação da sentença, se não tiver entretanto caducado, ressalvada a existência de acordo em contrário das partes. E não como está dito, pois omite o efeito mais natural de uma convenção de arbitragem que é a sua caducidade. Neste caso, deve deixar de produzir efeitos, salvo, como se disse, qualquer acordo em contrário das partes.
- f) No artigo 54º, parece-nos que o regime de anulabilidade da sentença arbitral em arbitragem internacional com sede em Portugal e a que seja, conseqüentemente, aplicável a lei arbitral portuguesa, com fundamento na ofensa pela sentença dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, deve ser idêntico ao regime estabelecido para o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, isto é, de sentença arbitral não regulada pela lei arbitral portuguesa, e que do mesmo modo não tenha aplicado qualquer norma de direito português.

Ora, o CPC estabelece, nos artigos 1096º e 1097º, que só será recusada a sentença arbitral estrangeira no caso em que a concessão do reconhecimento ofenda manifestamente, sublinho manifestamente, os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, enquanto no projecto, para a sentença em matéria de arbitragem internacional sediada em Portugal, basta simplesmente, para ser anulada, que o seu conteúdo **ofenda aqueles princípios**, seja qual for a importância ou a clareza da violação. Prescindiu-se do

requisito mais restritivo da “**ofensa manifesta**” para passar a ser apenas a **simples ofensa** ou, quiçá, porque não, a **aparência de ofensa** (uma ofensa não manifesta pode ser apenas uma aparência de ofensa).

A opção mais facilitadora da anulação adoptada pelo projecto do que o regime estabelecido para a sentença estrangeira, não nos parece coerente. Efectivamente, tanto vale uma sentença arbitral interna como uma sentença estrangeira, no domínio da arbitragem internacional que não tenha aplicado direito português. De novo, uma expressão mais exigente como a utilizada pelo CPC pode evitar que o tribunal estadual confunda facilmente ordem pública com mérito da sentença arbitral.

- g) No artigo 64º, entre as disposições finais, propõe-se incluir um artigo 812º D do CPC, atribuindo ao agente de execução poderes de apreciação da sentença arbitral em matérias como a arbitrabilidade e a competência do tribunal arbitral que ele, manifestamente, não tem condições para o exercício dessas tarefas, embora com o objectivo único de as submeter ao juiz.

6. Por fim, uma derradeira observação, embora não se trate de um comentário ao projecto: a necessidade de não se esquecer que não basta publicar uma nova lei de arbitragem, mas sim que é preciso alterar o CPC para o adaptar à nova lei arbitral. Na altura em que se publicou a LAV esqueceu-se este aspecto, tendo ficado sem definição clara como se articulavam o recurso, a acção de anulação e a oposição à execução.

Estão previstas no projecto algumas propostas destinadas a alterar o CPC. Os processualistas, melhor do que nós, poderão pronunciar-se sobre a sua suficiência.

Lisboa, Março de 2010

Manuel Pereira Barrocas