

## Alguns exemplos

### dos problemas causados pelas infelizes alterações de redacção do projecto da APA

(que fora acolhido na proposta do Ministro da Justiça de 15/12/2010)

pela proposta 48/XI apresentada pelo Governo à Assembleia da República

#### I – Erros e lacunas da proposta 48/XI

1. A redacção do art.º 2º, nº2 sobre arbitrabilidade, permite concluir que é arbitrável qualquer litígio sobre direitos não patrimoniais, ou qualquer litígio sobre direitos disponíveis, o que é manifestamente diverso do que se queria dizer, pois os dois requisitos são obviamente cumulativos e não alternativos, como a infelicidade da redacção leva a inferir....Admitindo a correcção deste lapso, deveria manter-se a redacção da proposta da APA de que os direitos não patrimoniais só devem ser arbitráveis no caso de direitos susceptíveis de transacção no momento da convenção.

A expressão "direitos disponíveis" é susceptível de diversos sentidos e o seu uso vai gerar inevitavelmente confusões de interpretação. De facto o conceito de "direito disponível" é muito mais impreciso e controverso, pois que se discute na doutrina e na jurisprudência se a indisponibilidade se deve aferir no momento em que se celebra a convenção de arbitragem ou em momento futuro, quando cessaram as a razões que levaram a estabelecê-la. Ao invés, quando a arbitrabilidade é determinada, em segunda linha (i.e., recorrendo-se a este como *critério secundário*) pelo critério da "transigibilidade", o que parece curial é que a admissibilidade de transacção sobre uma pretensão contemplada numa convenção de arbitragem seja apurada com referência ao momento da celebração desta. Daí que faça sentido que (tal como se fez na lei alemã e austríaca) o critério *secundário* que se combina com o critério *principal* da "patrimonialidade da pretensão", seja o da "transigibilidade" e não o da "disponibilidade".

2. A propósito da "forma escrita" da convenção de arbitragem, do art. 3º, remete-se inconvenientemente para a legislação sobre os documento electrónicos, em vez de (como se fazia no projecto da APA e na anterior proposta do MJ) se incluïrem nesta Lei os requisitos daqueles documentos, em ordem a tornar o regime da arbitragem mais facilmente compreensível pelo utilizador.
3. Eliminou-se, ainda no art. 3º, a figura da celebração de convenção de arbitragem "por remissão para outro documento", que todas as leis de arbitragem admitem, o que constitui um retrocesso relativamente à actual LAV., relativamente aos requisitos de validade formal da convenção de arbitragem.
4. Eliminou-se (conscientemente?) o art. 6º da proposta do Ministro da Justiça de 15/12, que fazia equivaler a convenção de arbitragem ou a acordo das partes, o disposto por regulamentos de arbitragem para que as convenções de arbitragem houvessem remetido. Foi muito desacertada a eliminação desta disposição, que tinha a função de deixar claro que, sempre que, ao longo do articulado se ressalva "o acordo das parte em contrário", essa ressalva abrangesse não só uma estipulação directa das partes mas também a estipulação indirecta, mediante remissão para um regulamento de arbitragem.
5. Eliminou-se, sem razão válida, o art. 7º da anterior Proposta do MJ e do Projecto da APA, que

tornava claro que o recurso ao tribunal estadual por quem fosse parte em convenção de arbitragem, para se obter deste uma providência cautelar, não constituía violação ou renúncia à convenção de arbitragem, continuando a parte requeira vinculada por esta.

6. Nos artigos 18º e seguintes eliminou-se a figura das "ordens preliminares", suscitando-se agora a dúvida sobre se será admissível uma providência cautelar decretada pelos tribunais arbitrais, sem prévia audição da parte contrária, ou seja, as providências "ex parte", de que as ordens preliminares (decretadas sem precedência de contraditório, ou seja, com contraditório diferido) eram uma medida antecipatória.
7. Eliminou-se, no art. 12º incompreensivelmente, a equiparação (constante do art.º 9º da anterior Proposta do MJ e do Projecto da APA) dos árbitros ao juízes, sob o ponto de vista da sua eventual responsabilidade civil perante as partes.
8. Foi suprimido no articulado da Proposta de Lei (embora a sua consagração seja mencionada na Exposição de Motivos!) o princípio, da maior importância, constante do art. 19 do Projecto do MJ e da proposta da APA, de que "nas matérias reguladas pela presente lei os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê".
9. É lamentável o art. 26.º do projecto 48/XI, ao submeter o processo arbitral, que deveria ser autónomo em relação ao processo civil, aos princípios do inquisitório e da cooperação das partes, com remissão para os artigos 265 e 266 do Código de Processo Civil. Por um lado, o processo arbitral não pode ser inquisitório, e a verdade é que nenhuma legislação de arbitragem consagra tal princípio. Por outro lado, a colaboração das partes constitui uma obrigação destas, que decorre da celebração da convenção de arbitragem, mas não consubstancia um princípio fundamental que deva reger o processo arbitral. Acresce que a elevação destas normas do CPC a princípios fundamentais do processo arbitral irá alargar indevidamente a possibilidade de anulação de processos arbitrais, com fundamento na alegada violação dos mesmos, enfraquecendo assim a definitividade das respectivas sentenças.
10. Deixou de se exigir no domínio da "intervenção de terceiros" do art. 33º, que o terceiro interveniente na arbitragem seja parte na convenção de arbitragem, o que tem de constituir um requisito fundamental, dado que a arbitragem só pode dizer respeito a e a sentença nela proferida só pode obrigar (dado o princípio "*res inter alios acta...*") quem seja parte na convenção fundadora desta forma de jurisdição. Além disso, deixou de se prever a intervenção de terceiros antes da constituição do tribunal, contra o que prevêm vários regulamentos nacionais e internacionais muito utilizados (da CCIP e da CCI). Fica-se, por último, sem se saber se regimes diferentes de intervenção de terceiros quer constantes de cláusulas arbitrais complexas desenhadas pelas partes, quer de regulamentos de arbitragem para que elas remetam, serão admissíveis face à nova LAV.
11. No novo art. 39º eliminou-se (inadvertidamente?) a possibilidade de o árbitro presidente decidir sozinho quando os outros árbitros tomem posições divergentes. Decidir sozinho não é exercer voto de qualidade (que, ademais, aqui nunca pode existir, dado que os árbitros são sempre em número ímpar), é tomar uma decisão diversa da que os co-árbitros propõem.
12. São desrazoavelmente longos os prazos previsto no artigo 42º. n.º 4 (10 e 5 anos , para a conservação do processo e da sentença arbitral e não parece defensável a regra supletiva que obriga ao depósito da sentença arbitral na secretaria do tribunal de comarca. Importa tornar a arbitragem, o mais possível, independente da jurisdição estadual.
13. Quando se compara a redacção do art.º 43 da Proposta 48/XI com a redacção do art.º 41 do Projecto da APA vê-se imediatamente que fica muito menos claro que a transacção das partes pode dar origem a duas decisões (em alternativa) do tribunal arbitral com natureza e efeitos radicalmente distintos: ou as partes celebram transacção e comunicam apenas esse facto aos

árbitros, sem lhes pedir que se pronunciem sobre a mesma, caso em que o tribunal se deve limitar a declarar extinta a instância, sem mais, ficando a transacção a ter o valor de mero contrato; ou em alternativa pedem aos árbitros que profiram uma sentença homologaria de transacção ("award by consent" ou "award on agreed terms" na terminologia anglo-saxónica) e neste caso a sentença homologaria, com a transacção nela incorporada, passa a constituir título executivo e a ter efeitos de caso julgado.:

14. Ao alargar no art. 44.º, n.4 alínea b) a possibilidade de anulação da decisão arbitral definitiva com fundamento na violação dos princípios da ordem pública, alargou-se consideravelmente a anulabilidade das sentenças arbitrais definitivas, relativamente ao regime da lei 31/86 e mesmo para além do que constava do Proposta do Ministro da Justiça, em que se limitava à anulação à violação dos princípios da ordem pública internacional. Fragilizar as decisões arbitrais definitivas, não é decerto o sinal de confiança na arbitragem que se deveria e pretenderia dar!
15. Eliminou-se (porquê?) no art. 56 n.º1 a disposição que conferia competência material ao Tribunal da Relação para reconhecer decisões arbitrais estrangeiras, mas ao mesmo tempo declara-se, na Exposição de Motivos, que se atribuiu essa competência ao Tribunal da Relação e no art. 56 n.5 regula-se a competência territorial entre várias Relações para reconhecer decisões arbitrais estrangeiras...Em que ficamos?

II - Além dos aspectos já evidenciados, importa chamar ainda a atenção, como exemplos do descuido com que o projecto da APA foi alterado, para os seguintes:

1. No art. 1.º, n.º 1, e no art. 2.º, n.º 1, da Proposta de Lei, as referências à pretensão como objecto da convenção de arbitragem, apesar de, no art. 1.º, n.º 2, e no art. 2.º, n.º 2 (disposições que transitaram do projecto da APA), se manter o litígio como objecto dessa convenção.
2. No art.º 2º n.º 3 é incorrecto aludir neste caso a "questões não litigiosas"; obviamente há litígio, pois há conflito de interesses e pretensões contraditórias das partes; o que não há, é questões contenciosas, em sentido estrito, como diz a actual Lei 31/86 e se dizia no Projecto da APA.
3. No art. 3.º, n.º 2, a remissão feita para o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura electrónica, embora seja na lei do comércio electrónico (o D.L. n.º 7/2004, de 7.1) que se encontra consignado o princípio geral da equivalência da forma electrónica à forma escrita, desde que verificadas as condições estabelecidas no respectivo art. 26.º, n.º 1.
4. No art. 47.º, n.º 1, a alterou-se o conceito de arbitragem internacional, o que está em contradição com o anúncio feito no 2.º § da pág. 4 da Exposição de Motivos de que o conceito de arbitragem internacional «continua a ser definido, como o fazia a lei anterior, como a que põe em jogo interesses do comércio internacional».

Lisboa, 26 de Janeiro de 2011