

ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA¹

1- Razão de existir arbitragem voluntária

- Novas exigências qualitativas e quantitativas da sociedade face à pesada máquina da justiça estadual;

- A vida moderna não se compadece com a demora da justiça estadual e insuficiência geral dos mecanismos oficiais da aplicação do Direito, que se mostra inadequada para a composição de controvérsias ligadas à generalidade das relações jurídicas privadas, em larga medida resolúveis através de meios de resolução alternativa de conflitos;

- Prevenindo os efeitos negativos do recurso aos tribunais, as partes procuram uma justiça mais rápida, mais informal, confidencial ou adequada que encontram nos meios de resolução alternativa de conflitos;

- Através desses meios, as partes encetam também, muitas vezes, uma fuga ao legalismo e ao positivismo legislado², complexo e em larga medida incompreensível aos olhos do leigo destinatário da justiça que mais não ambiciona do que uma solução pronta, razoável e honesta, ainda que informal, para o seu litígio;

- É, no fundo, a crise da justiça que se visa contornar;

- Entre os meios alternativos de resolução de conflitos:

Julgados de paz;

Conciliação

Mediação

Arbitragem voluntária.

¹ Simples e sintético apontamento de apoio à conferência proferida pelo subscritor no Tribunal da Relação do Porto sobre arbitragem voluntária no dia 23 de Fevereiro de 2012.

² A L.A.V. actual, tal como anterior, prevê a regra de que os árbitros julgam segundo o direito constituído, mas permite que, as partes, por acordo, determinem que julguem segundo a equidade, e esta pode, muito bem, ser um opção dos litigantes (art.º 39º, nº 1).

Por um lado as pequenas causas, normalmente ligadas ao consumo de bens de baixo custo e até quase imediato, tão frequentes na vida dos cidadãos, justificam plenamente a existência daqueles meios, porventura até menos dispendiosos.

Por outro lado, também as grandes causas patrimoniais ligadas a grandes interesse económicos e empresariais em que “o tempo é dinheiro” podem encontrar na arbitragem a justiça de que necessitam, ainda que para tanto hajam de suportar custos muito mais elevados do que nos tribunais judiciais.

Fica, ao menos, a possibilidade de opção.

*

2- Natureza jurídica da arbitragem voluntária e outros aspectos relevantes

Princípio da autonomia da vontade.

Por regra qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. Tudo o que pode ser objecto de transacção sobre o objecto do litígio pode ser objecto de arbitragem. No fundo, os direitos disponíveis, mas também os direitos relativamente indisponíveis, com ou sem natureza contratual. Apenas não são arbitráveis os litígios em absoluto indisponíveis, aqueles que se reportem a direitos cujo exercício não depende da vontade das partes. Fora disto é o domínio exclusivo dos tribunais estaduais.

Há um propósito de limitar ao mínimo, ao estritamente necessário, a tutela estadual.

Pela convenção de arbitragem --- um contrato entre particulares --- as partes acordam em atribuir a particulares (os árbitros) a *potestas indicandi*, de que estes carecem para dirimirem o conflito, particulares que não estão investidos autoridade pública de um magistrado judicial.

Os poderes dos árbitros são apenas aqueles que lhes forem atribuídos pelas partes em face do específico objecto da convenção de arbitragem, não podendo praticar quaisquer actos a margem do acordado pelas partes ou dos seus poderes de disposição.

A arbitragem decorre em três fases:

a) Convenção de arbitragem (tem origem contratual. natureza mista: contratual e processual)

Sob duas formas possíveis:

- Compromisso arbitral (litígio actual);
- Cláusula compromissória (esta englobada num contrato mais alargado).

Há-de respeitar os requisitos gerais dos negócios jurídicos como, v. g., a capacidade e a legitimidade dos contraentes, o respeito pela ordem pública e pelos bons costumes ou os eventuais vícios da vontade negocial. A convenção de arbitragem respeitará os requisitos impostos pelas normas gerais do direito civil e das obrigações, para além do condicionalismo legal que especialmente lhe é imposto pela L.A.V. (art.ºs 1º a 7º).

O objecto imediato da convenção de arbitragem assume uma natureza adjectiva: pelo convénio, as partes obrigam-se a submeter o seu litígio à decisão de árbitros. A relação material apenas de forma mediata e indirecta é afectada pela celebração da convenção de arbitragem. Ela não é moldada directamente pelas partes que somente negociam um mecanismo de resolução do conflito pela actuação dirimente e vinculante de um terceiro. A relação jurídica que nasce da convenção de arbitragem é uma relação jurídica processual que se desenvolve paralelamente àquela material sobre que recai o litígio. A convenção de arbitragem é, assim, instrumental ou adjectiva em face da relação jurídica substantiva sobre a qual vai actuar.

A primeira fase do instituto, relativa à convenção de arbitragem, é, pois, uma fase mista em que coexistem regulamentações de direito privado e de direito processual, com predomínio, porém, das primeiras, porque relativas à própria formação do contrato ou das vontades que lhe subjazem. Mas é decisiva porque é com a convenção que se fixam os poderes dos árbitros. Um pouco à semelhança de um tribunal estadual que tem a sua competência definida em lei anterior.

A inexistência de qualquer legislação processual aplicável é a solução mais conforme à arbitragem, sem prejuízo das partes poderem convencionar a sua aplicação (art.º 30º, nºs 2, 3 e 4).

b) Aceitação da arbitragem (tem origem contratual. natureza mista: contratual e processual)

O contrato que se celebra entre as partes e os árbitros e que se dirige à aceitação do encargo de decidirem o litígio. Os árbitros assumem perante as partes

obrigações de origem tipicamente contratual. É aqui que surge o Regulamento de arbitragem. As partes elaboram esse regulamento ou aceitam aquele que está em vigor num qualquer Centro Permanente de Arbitragem por terem submetido a arbitragem a uma qualquer destas entidades. Acordam o prazo para a decisão.

Através deste contrato os árbitros aceitam o encargo de decidirem o litígio, os árbitros celebram com as partes um verdadeiro contrato de prestação de serviços, mas com autonomia, imparcialidade e independência acima dos litigantes. Postura *supra partes* (art.º 9º, nº 3).

Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser (art.º 9º, nº 4).

c) O processo e a decisão arbitral (natureza inteiramente jurisdicional)

É a última fase da vida da arbitragem caracterizada pelo desenvolvimento de um processo com um conteúdo mínimo de garantias de defesa e que culminará com a prolação da decisão arbitral: é a própria função arbitral dirimente.

No início desta fase já está perfeitamente definida a sua jurisdição e competência. Os árbitros presidem ao processo e decidem de acordo com os poderes que a lei e as partes lhes houverem previamente concedido. Por tal motivo, a actuação arbitral nesta fase é exclusivamente jurisdicional.

Os árbitros têm uma função judicativa. A decisão arbitral, tomada em termos necessariamente independentes e imparciais vincula os litigantes, forma caso julgado se não susceptível de recurso e consubstancia um título executivo.

Como assim, a arbitragem não é um simples negócio entre as partes, não é um acto de conciliação, mas um mecanismo de resolução de litígios de dimensão pública, proveniente de um particular, ou particulares, dotados de poderes para decidir, com imparcialidade, autonomia e independência, mesmo contra a vontade material das partes relativamente à relação jurídica controvertida, tendo como objectivo a realização da justiça.

Estão, assim, arredadas as teses contratualistas da arbitragem, correlacionadas com o princípio *pacta sunt servanda*, predominando as teorias mistas que, recorrendo também à teoria processualista ou jurisdicionalista, defendem que a

arbitragem, tendo génese contratual que limita a intervenção dos árbitros em face dos concretos poderes de disponibilidade dos direitos das partes, desenvolve-se pela acção de juízes privados que exercem uma função pública com resultado dirimente de conflitos em termos potencialmente definitivos e susceptíveis de execução. Com efeito, o nosso actual sistema reconhece à decisão arbitral força de caso julgado material e também “a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.^a instância (cf. art.ºs 39º, nº 4 e 42º, nº 7), sem necessidade de homologação do tribunal judicial.

Nos poderes recebidos pelos árbitros para dirimir o litígio vão incluídos os actos preparatórios conducentes a essa decisão final. Legitimada a arbitragem pela vontade das partes e reforçada legalmente com alguns atributos antes considerados exclusivamente estaduais, a jurisdição arbitral caracteriza-se pelo exercício de funções pelos árbitros idênticas às dos juízes estaduais e em sua substituição.

Dispondo de *iurisdictio* mas sem *ius imperii*, falta à arbitragem poder de tornar efectiva as suas decisões e de coagir no sentido de obtenção da justiça declarada. Mas nem por isso deixam de exercer um poder jurisdicional procedente da lei e da vontade das partes que os convocam (delas não são mandatários), obrigando-se a acatar as medidas deles emanadas: não só a decisão arbitral final, mas também todas as medidas preparatórias e acessórias que os árbitros julguem convenientes dentro dos limites dos poderes que as partes lhes tenham atribuído na convenção de arbitragem. E resulta da lei, tal poder, por esta admitir o recurso à arbitragem, estabelecendo o regime a que se encontra sujeita, permitindo que as pessoas envolvidas num litígio que não respeite a direitos patrimoniais disponíveis confiem a juízes privados o encargo de o julgar.

Como se costuma dizer, de modo lapidar e feliz, “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”.

Fora dos limites da autonomia da vontade encontramos-nos num domínio exclusivo da jurisdição estadual, sendo que esta poderá ter de intervir durante o próprio processo correndo perante um juízo arbitral quando for necessária a prática de actos vedados às partes e, conseqüentemente, aos árbitros ou em relação aos quais elas não lograram chegar a acordo. E esta intervenção do Estado terá de harmonizar-se com as

motivações das partes ao recorrerem ao juízo arbitral e com as funções deste. Se as partes pretenderam eximir-se à tutela estadual, o regime da intervenção judicial na arbitragem voluntária terá de respeitar o seu desígnio, sob pena de se esvaziar a liberdade e a autonomia concedida e reconhecida num primeiro momento.

Como assim, a celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais judiciais sobre o caso (art.º 494º, al. j), do Código de Processo Civil e art.º 5º, nº 1, da LAV). Cada uma das partes adquire reciprocamente um direito potestativo e uma sujeição: não só tem direito a que o litígio seja resolvido por arbitragem, como assim fica obrigada se a parte contrária o quiser.

A lei pode determinar uma maior ou menor intervenção dos tribunais estaduais ao longo do processo arbitral. Por aí se afere a legitimidade da sua intervenção. O art.º 19º estabelece mesmo que “nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê”.

Desde logo o legislador, respeitando a informalidade, a agilização e a supressão de fases processuais que normalmente caracterizam a arbitragem, consagrou princípios tendentes a assegurar um mínimo de garantismo ao longo da via arbitral, com vista à sua processualização. São princípios fundamentais, mínimos de exigência, sem os quais pode ficar comprometida a justiça, mesmo pela forma como as próprias partes visaram que se realizasse. São os princípios da igualdade (igualdade de armas), da necessidade de citação ou do contraditório (direito de defesa e processo equitativo) --- art.º 30º, nº 1, da LAV + art.º 20º da Constituição. A eles as partes devem respeito quando acordam sobre as regras do processo a observar na arbitragem (nº 2 do art.º 30º). Faltando estas, o Tribunal Arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas. Mas obrigado a uma reflexão crítica sobre toda a tramitação e todo o acto, tendo de os analisar em função do que é mais adequado a atingir com rapidez e justiça a solução para aquele caso, orientando-se pelos grandes princípios enformadores do processo arbitral: igualdade absoluta das partes, citação do demandado para se defender, princípio do contraditório e audição das partes por escrito antes da decisão final (art.º 30º, nºs 3 e 4).

A revelia não produz efeito confessório. O processo segue para prova dos factos (art.º 35º, nº 2).

O tribunal estadual pode ter que intervir na arbitragem; intervenção que deve ser tida como excepcional. São matérias que as partes não podem submeter ao conhecimento de árbitros ou só com pela intervenção estadual é possível dirimi-las: Por exemplo:

- art.ºs 7º, 20º e 29º: providências cautelares (o tribunal arbitral também pode tomar providências cautelares);

- art.ºs 10º, 11º: escolha dos árbitros, na falta de acordo das partes;

- art.º 14º: processo de recusa de árbitro, falhando o mecanismo previsto para a decisão pelo Tribunal Arbitral;

Art.º 15º: processo de destituição de árbitro por incapacidade ou inacção, faltando o acordo das partes nesse sentido;

Art.º 17º: na eventual redução de honorários e despesas dos árbitros, quando solicitada pelas partes;

Art.º 38º: solicitação de apoio aos tribunais estaduais na obtenção de provas, perante a recusa de colaboração de uma das partes ou de terceiros; casos em que é necessário usar de poderes coercitivos, de autoridade – art.º 38º.

Ver ainda: art.ºs 59º, nº 1, al.s a) a d) e 60º. Tais questões seguem --- hoje --- com um processado urgente, da competência das Relações (em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem).

Além destas situações os tribunais estaduais são chamados a intervir ainda:

a) Com vista à execução da providência cautelar decretada por um tribunal arbitral (art.º 27º, nº 1) e da sentença arbitral transitada em julgado, já que só aqueles, como vimos, têm *ius imperii*, poder para determinar as providências executivas, sejam elas relativas a providência cautelar ou respeitantes à sentença ou acórdão arbitral transitado em julgado (art.º 42º, 7 e art.º 47º. Competência é da 1ª instância: art.ºs 59º, nº 4 e nº 9); e

b) Da impugnação da sentença arbitral – aspectos mais relevantes

Subsistem na nova lei as três formas de impugnação judicial:

1- o recurso;

- 2- o pedido de anulação da sentença arbitral; e
- 3- oposição à execução.

1- O recurso da sentença arbitral

No novo regime (art.º 39º, nº 4), tal como no anterior (art.º 29º, nº 1), o julgamento segundo a equidade (esta por opção das partes) afasta a possibilidade de recurso.

Reforçando a autonomia dos tribunais arbitrais, o novo legislador inverteu a regra até agora existente para o recurso da sentença arbitral: só é admissível para o tribunal estadual³ competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade, em regra, na convenção de arbitragem (art.º 39º). Nos termos da lei anterior (art.º 29º, nº 1, da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto), observados outros requisitos, só não caberia recurso para a Relação se as partes a ele tivessem renunciado.

Ficou assim estabelecida a regra da irrecorribilidade das decisões, de que no nº 1 do art.º 46º constitui afloramento: “Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do nº 4 do artigo 39.º, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo”.

Por regra a sentença arbitral é impugnável no tribunal estadual sob a forma de pedido de anulação. O recurso é excepcional. Mas continua na disponibilidade das partes o maior ou menor grau de vinculação à arbitragem.

Todavia, sempre que seja de admitir, nada impede que possa haver nas Relações (art.º 59º, nº 1, al. 2) --- nos litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais⁴ --- uma reapreciação da sentença ou acórdão arbitral com a mesma amplitude que a apelação pode ter quando interposta da sentença final proferida em 1ª instância nos tribunais judiciais, tal como já se entendia no âmbito da aplicação da lei antiga (art.º 29º, nº 1), seguindo a tramitação normal prevista no Código de Processo Civil, salvo o que for específico e contrário à arbitragem.

Em todo o caso, é minha convicção que, na falta de disposição em contrário e salva a situação de impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral que

³ Não se vê motivo que impeça as partes, na convenção de arbitragem, de prever a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral.

⁴ Por contraposição aos litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos.

decide em sentido positivo sobre a sua própria competência nos termos do art.º 18º, nºs 8 e 9, só mesmo da sentença ou do acórdão final pode ser interposto recurso, quer conheça do fundo da causa, quer, não conhecendo de mérito, ponha termo simplesmente ao processo arbitral (art.º 39, nº 4).

Pode entender-se que, um pouco à semelhança do que se passa actualmente com o regime unitário de recursos previsto no Código de Processo Civil desde a reforma introduzida pelo Decreto-lei nº 303/2007, de 24 de Agosto, será de admitir que, com a sentença ou acórdão final, o recorrente recorra também de decisões interlocutórias proferidas pelo Tribunal Arbitral; ou seja, todas as questões em que uma das partes ficasse vencida em decisão interlocutória (com excepção da questão da competência a que se refere o art.º 18º, nºs 8 e 9) poderiam ser suscitadas no recurso da sentença final.

Não nos parece que assim possa ser.

Se as partes quiseram evitar as desvantagens da resolução do litígio nos tribunais judiciais, optando pela celeridade e fiabilidade de um tribunal constituído *à sua medida*, não-de assumir, por regra, até onde for exigível pelos princípios fundamentais do direito, as consequências da sua escolha. E se, ainda assim, podem optar pela possibilidade de impugnação judicial por via de recurso de decisão para os tribunais judiciais, quis o legislador que esse direito se restringisse ao cerne ou essencialidade da matéria: a decisão final arbitral, sob pena de trazer para os tribunais estaduais o que era suposto conter-se no Tribunal Arbitral, sobrecarregando-os com questões de que era suposto serem libertados, descaracterizando a arbitragem a uma posição indesejável, quando, geneticamente, tais tribunais são uma verdadeira alternativa aos tribunais judiciais e até, como vimos, ao próprio direito substantivo legislado que neles se aplica.

Se o legislador quisesse estender desta forma o recurso a decisões interlocutórias, inteligente e hábil que é, fácil seria expressar-se no sentido de que *das decisões interlocutórias proferidas no processo pelo tribunal arbitral, é admissível recurso juntamente com a impugnação que vier a ser feita da decisão final*. Estamos convencidos que não o quis (art.º 9º, nº 3, do Código Civil).

Já no domínio da lei antiga defendiam alguns autores⁵ que, quer em matéria de anulação, de recurso ou mesmo de oposição à execução, só é admissível a

⁵ Maria França Gouveia e Lima Pinheiro.

impugnação das decisões finais, abarcando estas não só a sentença final como as decisões que impliquem a extinção da instância com fundamento de forma e ainda as decisões de mérito parciais. Defendia-se que deveria mesmo considerar-se “decisão final” a decisão que se pronuncia definitivamente sobre o objecto do litígio ou que extingue a instância sem conhecer de mérito. Não se trataria necessariamente da decisão que põe termo ao processo, visto que pode tratar-se de uma sentença parcial, i.e., uma decisão que decide definitivamente sobre uma parte do objecto do litígio. Para evitar equívocos deveria ter-se como conveniente falar de “decisão definitiva” que, em princípio, não abrange sequer as decisões finais proferidas num incidente.

O novo legislador usou de uma expressão diferente. Explicou sob o n.º 4 do art.º 39º o que, sob o n.º 1 do art.º 29º da LAV anterior se deixou por explicar. Em lugar de se referir, de modo singelo, a recurso da “decisão arbitral” fez constar que é da *sentença* que cabe recurso, quer ela se pronuncie sobre o fundo da causa, quer sem conhecer dele, ponha fim ao processo. E com esta fórmula parece confirmar em expressão de lei e em larga medida, aquele entendimento anterior de que é de decisão definitiva, seja ela de fundo ou de forma, que se recorre.

O legislador tocou o problema das decisões definitivas parciais, sejam elas de fundo ou de forma, ao prever que, quer o recurso incida sobre a sentença [quer conheça do fundo da causa, quer, não conhecendo de mérito, ponha termo ao processo arbitral (art.º 39º, n.º 4)] e ainda ao estabelecer que os árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entendam necessárias.

Tudo indica que deve continuar a entender-se que é admissível recurso de decisões parciais definitivas, ainda que formais, como acontece, por exemplo, quando o Tribunal Arbitral absolve uma das partes da instância, por ilegitimidade, prosseguindo o processo arbitral quanto a outras partes. Mas parece que já não será admissível recurso se, p.ex., suscitada a ilegitimidade de uma das partes, por decisão interlocutória, o Tribunal Arbitral a considerar legítima para intervir no processo, sem qualquer alteração da instância. Neste caso, nem parcialmente é colocado termo ao processo; a decisão não é final no sentido, aqui relevante, de que o Tribunal Arbitral vê, para diante, reduzido o âmbito da apreciação do objecto do processo e relativamente às suas partes

(demandantes e demandados). Neste caso a decisão não é final e, portanto, não é recorrível.

Duvidosa se mantém também a questão do momento em que deve ser interposto o recurso da decisão parcial e definitiva ou final; se em prazo a contar da própria ou apenas com o recurso que for interposto da sentença final. Tenderíamos para esta segunda hipótese, dada a ausência absoluta de previsão legal de subida de recurso intercalar, com excepção do recurso previsto no art.º 18º, nºs 8 e 9 (sobre a competência) e necessidade de respeitar o normal desenvolvimento da instância arbitral. O art.º 42º, nº 2, estabelece que, salvo convenção das partes em contrário, os árbitros podem decidir o **fundo da causa** através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entendam necessárias.

Com efeito, tratando-se de decisão de fundo (não formal) parcial, parece preferível considerar que o recurso seja interposto a contar dessa decisão, podendo haver tantos recursos quantas as decisões finais de mérito parciais, o que poderá introduzir alguma complexidade e dificuldades de tramitação processual, implicando, nomeadamente, a extracção de certidões do processo arbitral para a instrução da apelação.

Já as decisões finais parciais e formais, a admitir-se a sua recorribilidade, devem ser impugnadas apenas com o recurso interposto da sentença final.

Assim, razões processuais apontam para retenção do recurso; razões substantivas, de conveniência e celeridade, indicam a possibilidade da sua subida imediata nas situações de conhecimento parcial de mérito.

Se for admissível, há recurso par ao Supremo Tribunal de Justiça ao abrigo do art.º 59º, nº 8.

QUESTÕES:

- Se as parte previrem na convenção arbitral a possibilidade de recorrer, será de admitir a possibilidade de interpor recursos extraordinários? Parece que, pelo menos de revisão... será de admitir... ???!

- Poderá haver recurso em matéria de facto. Nada na lei parece obstar a tal... O recurso tem a mesma amplitude da apelação.

- Ao contrário do que estipula para a impugnação por anulação da decisão arbitral, a lei não prevê o prazo de interposição do recurso. Será o prazo de 30 dias previsto no Código de Processo Civil para o recurso de apelação? Parece que sim. Não é o prazo de 60 dias previsto para o pedido de anulação, porque o pedido de anulação pode ser apresentado depois do trânsito em julgado da sentença arbitral (mesmo quando a possibilidade de recorrer tenha sido prevista pelas partes e tenha sido interposto esse recurso – cf. art.º 47º, nº 3).

Qual a natureza do prazo de interposição do recurso? Deverá então considerar-se que é processual? Dado tratar-se de uma fase judicial, entendo que sim.

- Não é de excluir a possibilidade das partes preverem o recurso para outra instância arbitral, o que implicará a renúncia ao recurso para os tribunais estaduais.

Neste caso, dado o seu carácter irrenunciável, continuará a ser possível o pedido de anulação da decisão arbitral para o tribunal estadual para o exercício da função de controlo.

- A LAV permite que as partes dispensem os árbitros do dever de fundamentação da sentença (art.º 42º, nº 3). Neste caso parece-me que as partes não poderão recorrer. Há como que uma renúncia ao recurso.

- O mesmo me parece que acontece quando a sentença é proferida com base em acordo das partes (transacção) – art.º 41º.

Mas haverá sempre a impugnabilidade por anulação.

*

2- O pedido de anulação da sentença arbitral

Em matéria de competência internacional e interna, parece que foram resolvidas pelo menos algumas das dúvidas existentes na LAV anterior (competência material e territorial).

No âmbito da lei antiga, entendia-se que a competência para a acção de anulação era do tribunal de 1ª instância com competência material para a acção julgada pelo Tribunal Arbitral.

A competência passou dos tribunais da 1ª instância (competência genérica – residual) para as Relações e para o Tribunal Central Administrativo, conforme a esfera de jurisdição competente para o litígio e o lugar da arbitragem (art.º 59º da LAV).

A anulação só pode ter lugar com os fundamentos e cumprimento dos requisitos previstos no art.º 46º da LAV (é taxativo).

Os fundamentos que integram essa acção impõem o respeito pelas regras mínimas do que o Estado português pode validar enquanto exercício privado de jurisdição. As sentenças judiciais são proferidas por órgãos de soberania, enquanto as decisões arbitrais emanam de privados, temporariamente incumbidos do exercício de poderes jurisdicionais de fonte privada. E por estas razões, o direito à anulação é irrenunciável.

A ordem pública desempenha, portanto, uma dupla função – por um lado, impõe restrições à arbitrabilidade dos litígios; por outro, é fundamento de anulação.

Sendo ampla a arbitrabilidade, no âmbito do direito privado, haveria necessariamente de permitir-se um correspectivo controlo estadual da aplicação do direito imperativo, controlo que é feito através da verificação da aplicação das normas de ordem pública interna. Por exemplo, evitando um negócio usurário.

A ordem pública interna contém os princípios e regras considerados como essenciais para determinado Estado, no caso, para o Estado Português. A sua amplitude é consideravelmente maior que a ordem pública internacional. As definições são vagas e imprecisas, como não poderia deixar de ser. Referem-se os princípios injuntivos implícitos na nossa ordem jurídica, os interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar, uma ordem normativa em si extra-jurídica, mas recebida pelo direito. São um conjunto de princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico “que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas” ou “normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, pelo que são, como tal, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos. Seriam, assim, de ordem pública, entre outras, aquelas normas que estabeleçam as regras fundamentais da organização económica, as que visam garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade física dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e incapazes, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc”. Serão princípios vigentes, ainda que não escritos, aqueles

que a sociedade vislumbre como essenciais, como estruturantes da sua vida social, económica, familiar, entre outros domínios.

Contudo, a nova LAV não previu a anulação para a violação das normas de ordem pública interna, como cláusula aberta.

O que prevê é um conjunto de requisitos mínimos sem os quais não se pode atribuir validade ao processo arbitral – o que está em causa é o respeito pelo *due process*, pelo processo justo numa tramitação privada. No fundo, o reconhecimento de um processo inteiro como jurisdicional, no mínimo para que possa ser ratificado enquanto tal. Diferentes, embora em parte se possam assemelhar, são os requisitos de validade da sentença (art.º 668º do Código de Processo Civil), já que só a sentença (um único acto) está em causa na totalidade de um processo jurisdicional. Os vícios do processo arbitral que podem gerar a sua anulação vão ainda muito além do que o referido art.º 668º estipula, abrangendo questões como (agora mais do que na antiga LAV) – art.º 46º, nº 3):

- capacidade das partes na convenção de arbitragem, validade dessa convenção;

- observância de princípios fundamentais como os de dever de citação para a acção arbitral, da igualdade de armas, de defesa, do contraditório e da possibilidade das partes se pronunciarem antes da sentença final (art.º 30º) desde que a violação tenha influência decisiva na resolução do litígio. Reconduzem-se à violação dos princípios do processo justo. A concretização deste requisito não é fácil, sendo necessário elaborar um juízo de prognose casuístico. É preciso analisar, perante o caso concreto, se a falha é ou não importante para o cumprimento dos princípios do processo justo, em bloco, e não olhar isoladamente para a omissão ou violação.

- conhecimento pela sentença arbitral de um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contendo decisões que ultrapassem o âmbito desta (violação do princípio do dispositivo, quer na iniciativa, quer na delimitação objectiva e subjectiva do litígio); (um processo dominado pela vontade das partes – como a arbitragem – a vinculação ao princípio dispositivo é ainda mais relevante).

- A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes ou com a norma imperativa da LAV, em

condições referidas, e tendo a desconformidade relevância decisiva na resolução do litígio;

- Condenação pelo Tribunal Arbitral *ultra vel petitem* (excesso) ou omissão de pronúncia;

- Alguns vícios da sentença arbitral, entre eles a falta de fundamentação (art.º 42º, nºs 1 e 3) (e art.º 205º, nº 1, da Constituição) quando não dispensada pelas partes⁶. Mesmo quando a decisão é proferida segundo a equidade existe dever (aliás, acrescido) de fundamentação porque esta faz parte das garantias mínimas de um processo justo, das quais depende a possibilidade deste ser considerado vinculativo para as partes. Respeito pelos direitos dos cidadãos, designadamente o direito a uma justiça própria de um Estado de Direito. Arbitragem não se confunde com arbítrio. A contradição dos fundamentos não é causa de anulação, mas, perante ela, pode ser exigido ao tribunal arbitral o seu esclarecimento (art.º 45º, nº 2).

- a notificação da sentença depois de decorrido o prazo para a sua prolação, tal como ele é fixado pelas regras do artigo 43º. O decurso do prazo extingue o processo arbitral e a conseqüente competência dos árbitros, mas nenhum efeito produz quanto à convenção de arbitragem, que se mantém, assim, plenamente eficaz.

Do conhecimento oficioso:

- O tribunal estadual verificar (oficiosamente) que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português, ou ainda o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português (inarbitrabilidade do litígio objecto da sentença).

QUESTÕES:

-No pedido de anulação, oferecida com o pedido, haverá prova a produzir depois do pedido, citação, oposição e resposta, e a lei não exclui a possibilidade de junção de rol de testemunhas.

- Há que provar o fundamento da anulação da sentença arbitral. O pedido entra logo no tribunal estadual competente (Relação – art.ºs 46º e 59º), com cópia certificada daquela sentença.

⁶ Não já a obscuridade ou a ambigüidade que dão lugar a reclamação e esclarecimentos (art.º 45º, nº 2).

- A LAV não regula nenhum aspecto do processo de anulação, remetendo para a tramitação do recurso de apelação. Por isso é de esperar que se coloquem dificuldades face à tramitação muito simplificada daquele recurso de apelação, assente obviamente no pressuposto de que na Relação não se produz prova.

- No entanto, dado o carácter dos fundamentos de anulação, parece-me que raramente haverá prova a produzir que não seja documental.

*

Anulação da sentença arbitral implica um juízo puramente cassatório (já não é assim nos casos de recurso, em que o tribunal estadual se substitui ao Tribunal Arbitral revogando a decisão arbitral, proferindo outra no lugar dela sempre que possível). O tribunal judicial não pode substituir a decisão arbitral anulada por outra.

Podem então as partes, em princípio, optar por novo processo arbitral ou por acção judicial. Em muitos caso pode nem sequer estar em causa a convenção arbitral que continuará a justificar a resolução do conflito por arbitragem. A nova LAV estabelece regras nesta matéria podendo a solução passar pela concessão da oportunidade correcção do vício (causa da anulabilidade) no tribunal arbitral (art.º 46º, nºs 8, 9 e 10), assim em observância do princípio da economia processual.

A anulação da sentença pode ainda ser apenas parcial (art.º 46º, nº 7).

Se a decisão anulada for uma decisão de forma, de absolvição da instância, então a convenção de arbitragem não está esgotada pelo que se pode, de novo, iniciar um processo arbitral.

Mas, a ordem pública internacional, acolhida na nova LAV (art.º 46º, nº 3, al. b), ii), está no coração da ordem pública interna, pelo que uma regra que não pertence à ordem pública interna não pode ser considerada como uma norma de ordem pública internacional.

Para o pedido de anulação há o prazo legal de 60 dias a contar da data em que a parte que pretenda essa anulação recebeu a notificação da sentença (nº 6 do art.º 46º).

QUESTÕES:

- O art.º 27º da lei antiga previa que se da sentença arbitral houvesse recurso, a anulabilidade só poderia ser apreciada no âmbito desse recurso. Penso que esta norma

se justificava por a anulação (sem recurso) correr os seus termos na 1ª instância enquanto o recurso era interposto para a Relação.

A nova LAV parece nada dizer....

Como seguem para o mesmo tribunal, parece não haver problema. Cada impugnação tem o seu prazo.

- Qual a natureza do prazo de impugnação por anulação? Será um prazo substantivo (a contar ao abrigo do art.º 279º do Código Civil) ou será um prazo processual (art.º 144º do C.P:C.)?

Há toda a conveniência em que se conte como o prazo de recurso como prazo processual evitando dualidade de critérios para actos tão semelhantes e próximos.

Há quem defenda que o prazo da impugnação é substantivo (não é processual). Aplicar-se-ia, neste caso, o art.º 279º do Código Civil, pelo que não se suspende nas férias. Entende-se que a arbitragem é um exercício privado de jurisdição; e o exercício de um direito substantivo: o direito de acção e/ou defesa que por alguma razão foi postergado na arbitragem que se pretende invalidar.

Parece-me que, dado o pedido de anulação correr termos pelos tribunais estaduais, designadamente pelos tribunais judiciais, o prazo tem natureza processual.

- Penso que o pedido de anulação e o recurso poderão ser apresentados conjuntamente desde que se respeitem os requisitos exigidos às duas formas de impugnação, designadamente o prazo de impugnação, até porque a ordem da sua apreciação deve começar pelos fundamentos do pedido de anulação em razão do seu efeito cassatório, que o recurso não tem.

- Por haver prazos diferentes para o recurso (30 dias) e para o pedido de anulação (60 dias) a contar da mesma notificação, pode acontecer que, estando o tribunal estadual a decidir um ou mais recursos num processo arbitral (com dever de substituição ao tribunal recorrido na decisão), surja um pedido de anulação relativo ao mesmo processo, prejudicial da apreciação dos recursos, dados os efeitos puramente cassatórios da anulação. Pode trazer grande transtorno no normal desenvolvimento do processo com prejuízo de actos complexos e trabalhosos praticados no recurso, designadamente a sua própria decisão.

- A sentença arbitral de que não caiba recurso tem carácter obrigatório igual ao da sentença judicial transitada em julgado (art.º 42º, nº 7).

O “trânsito em julgado” da sentença arbitral ocorre independentemente do decurso do prazo de 60 dias previsto para a dedução do pedido de anulação, mas o impugnante pode requerer que a impugnação tenha efeito suspensivo da execução, prestando caução.

*

Os tribunais estaduais competentes

As Relações relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais. Por regra, a Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem. **As Relações são chamadas a decidir nas matérias de (art.º 59º, nº 1):**

a- Nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros (art.ºs 10º, nºs 4 e 5 e 11º, nº 1). Nomeação cabe ao Presidente da Relação.

b- Sobre a recusa de um árbitro que a não tenha aceitado (art.º 14º, nº 2)

c- A destituição de um árbitro (art.º 15º, nº 1)

d- Redução dos honorários ou despesas fixados pelos árbitros (art.º 17º, nº 3)

Estas al.s a, b, c, d, são decididas com urgência, depois de deduzidas em pedido fundamentado, precedendo os seus actos qualquer outro serviço do tribunal estadual não urgente. O tribunal estadual ouve sempre as outras partes (princípio do contraditório) e, sendo caso disso, o tribunal arbitral colhe ou solicita informações.

e- Recurso da sentença arbitral quando convencionada tal possibilidade (art.º 39º, nº 4)

f- A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo Tribunal Arbitral sobre a sua própria competência (art.º 18º, nº 9)

g- Impugnação da sentença final proferida pelo Tribunal Arbitral (art.º 46º).

É o pedido de anulação.

h- Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira (arbitragem realizada no estrangeiro).

*

O **Tribunal Central Administrativo** relativamente aos litígios que, segundo o direito português, estão compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos segundo as mesmas regras de competência territorial (local da arbitragem). Ou, havendo que nomear árbitros, o domicílio da pessoa contra quem se

pretenda fazer valer a sentença (art.º 59º, nº 2). Nomeação dos árbitros no caso da al. a) do nº 1 do art.º 59º cabe ao Presidente do TCA.

Norma RESIDUAL: Para todas as questões que se coloquem aos tribunais estaduais fora das matérias referidas são competentes os tribunais judiciais da 1ª instância ou tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, com a mesma correspondência de matérias (art.º 59º, nº 4).

Intervêm os tribunais da 1ª instância, por exemplo, em sede de providências cautelares que podem decretar apesar do processo correr termos num Tribunal Arbitral (art.º 29º) ou ainda na obtenção e produção de provas quando haja recusa de colaboração de uma parte ou de terceiros, nas condições referidas no art.º 38º.

*

Há recurso das decisões da Relação e do TCA para os tribunais hierarquicamente superiores --- STJ e STA --- sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa, a não ser nas situações em que a LAV estabelece que a decisão o tribunal estadual competente é insusceptível de recurso (art.º 59º, nº 8).

*

*

NOTA sobre a EQUIDADE:

Só no julgamento segundo a equidade os árbitros actuam como “compartes amigáveis” – art.º 39º, nºs 1 e 4.

A decisão segundo a equidade, em regra, deve estar prevista na convenção de arbitragem. Há situações em que depende da aceitação pelo Tribunal Arbitral. Deve ser expressa, por razões de segurança jurídica.

O legislador acolheu a “acepção forte” de equidade. Decisão baseada na justiça do caso concreto, sem vinculação ao Direito estrito, não orientada à obtenção de uma solução susceptível de generalização, de regra aplicável a casos semelhantes. Mas a decisão equitativa terá de respeitar sempre os princípios gerais de Direito, atender aos valores fundamentais da ordem jurídica e as disposições do contrato.

O que não pode é basear-se exclusivamente em considerações de Direito estrito.

As partes podem convencionar o recurso a vias intermédias para a solução do litígio, designadamente decisões segundo a equidade na “acepção fraca”, assim, qualificadas pela vinculação a critérios de decisão de qualquer natureza, como, por ex., estipular que os árbitros devam decidir segundo a equidade, mas respeitando certas regras jurídico-positivas, os usos do comércio internacional ou modelos de regulamentação.

Haverá sempre a possibilidade de impugnação da decisão através do pedido de anulação desde que verificado algum dos seus fundamentos.

Julgando segundo a equidade, fundamental é que os árbitros ponderem as consequências sociais da decisão, por forma a que esta seja aceite pelas partes como uma decisão justa.

*

Filipe Carço