

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: PROBLEMAS ATUAIS

Dário Moura Vicente

Advogado

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Introdução

Problemas suscitados pela convenção de arbitragem:

- Objeto possível («arbitrabilidade» do litígio)
- Forma
- Definição de quem podem ser as partes
- Efeitos
- Autonomia da cláusula compromissória
- Lei aplicável

Fontes:

- A nova Lei portuguesa da arbitragem voluntária (NLAV): Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.
- A Lei-Modelo da CNUDCI/UNCITRAL

Objeto possível da convenção de arbitragem («arbitrabilidade» do litígio)

- **Modelos fundamentais de delimitação da arbitrabilidade dos litígios:**
 - **Patrimonialidade** da causa ou da pretensão (Suíça, Alemanha)
 - **Disponibilidade** do direito litigioso (França, Espanha, Portugal na lei de 1986, Angola, Moçambique Macau)
 - **Critério misto** – só são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos patrimoniais disponíveis (Brasil).

Objeto possível da convenção de arbitragem («arbitrabilidade» do litígio)

Art. 1.º NLAV:

- «1 – Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de **natureza patrimonial** pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.
- 2 – É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes **possam celebrar transação** sobre o direito controvertido.»

Objeto possível da convenção de arbitragem («arbitrabilidade» do litígio)

Razões do novo regime:

- **Alargar o âmbito** das questões suscetíveis de serem submetidas à decisão de árbitros.
- Necessidade de **evitar dificuldades de qualificação.**
- Nenhuma razão ponderosa se opõe a que os litígios relativos a **direitos indisponíveis**, mas de caráter patrimonial, sejam dirimidos por árbitros.
- **Não há relação necessária** entre a disponibilidade do direito subjetivo e a arbitrabilidade do litígio a ele respeitante: ao celebrarem a convenção de arbitragem, as partes não dispõem do direito.

Forma da convenção de arbitragem

- **Forma escrita:** art. 2.º, n.º 1. Justificação: a convenção retira, em princípio, jurisdição aos tribunais estaduais. Necessidade de assegurar que as partes ponderam devidamente as consequências da sua opção e de evitar incertezas quanto á jurisdição competente.
- Mas considera-se cumprido o requisito da forma escrita quando haja **troca de peças processuais** em que a convenção seja invocada por uma das partes e não seja negada pela outra (art. 2.º, n.º 5).
- Equivalência da **forma eletrónica** à forma escrita (art. 2.º, n.º 3).
- Admissibilidade da celebração da convenção de arbitragem **por remissão** para documento contratual que contenha uma cláusula compromissória (art. 2.º, n.º

Partes da convenção de arbitragem

- Possibilidade de o **Estado e as demais pessoas coletivas públicas** celebrarem convenções de arbitragem que:
 - Tenham por objeto litígios de **Direito Privado**; ou
 - Tenham por objeto litígios de **Direito Público**, desde que para tanto estejam autorizados por lei especial (art. 1.º, n.º 5).
- Na arbitragem internacional, inadmissibilidade da invocação do Direito interno do Estado para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade (art. 50.º).

Efeitos da convenção de arbitragem

- **Efeito positivo:** atribuição de competência ao tribunal arbitral para julgar o litígio visados na convenção
 - O princípio da equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral: o litígio pode ser imediatamente instaurado no tribunal arbitral com base na cláusula sem que seja necessário celebrar um compromisso (art. 1.º, n.º 3).
- **Efeito negativo:** incompetência dos tribunais estaduais
 - Os tribunais estaduais apenas procedem a um controlo *prima facie* da validade e eficácia da convenção de arbitragem, cuja apreciação é deferida ao Tribunal Arbitral (art. 5.º, n.º 1).
 - O processo arbitral pode prosseguir enquanto a questão estiver pendente no tribunal judicial (art. 5.º, n.º 2).
 - Inadmissibilidade das *antiarbitration injunctions* (art. 5.º, n.º 4)

A autonomia da convenção de arbitragem

- A cláusula compromissória é **independente** das demais cláusulas do contrato em que se insira (art. 18.º, n.º 2).
- A **nulidade do contrato** não implica só por si a nulidade da cláusula compromissória (art. 18.º, n.º 3).
- **Kompetenz-Kompetenz** (art. 18.º, n.º 1).
- Possibilidade de **impugnação imediata** da decisão do Tribunal Arbitral sobre a sua própria competência (art. 18.º, n.º 9).
- Mas na pendência da impugnação **a arbitragem prossegue** (art. 18.º, n.º 10).

Lei aplicável à convenção de arbitragem

- Art. 51.º, n.º 1 - **Conexão alternativa** da convenção de arbitragem:
 - À lei escolhida pelas partes.
 - À *lex causae*.
 - À *lex fori*.
 - *Favor negotii ou favor arbitrandum*.
- Art. 51.º, n.º 2 – Extensão desta regra à apreciação da validade da convenção feita em sede de impugnação da sentença arbitral.

Conclusões

O reforço da eficácia da convenção de arbitragem operado pela NLAV:

- **Alargamento** do âmbito dos litígios arbitráveis.
- **Prioridade** do Tribunal Arbitral na decisão sobre a sua competência.
- **Atenuação** do rigor da forma escrita.
- **Exclusão da suscetibilidade de invocação** pelo Estado ou por organizações por ele dominadas do seu Direito interno a fim de se subtraírem à arbitragem.
- **Conexão alternativa** da convenção de arbitragem.