

Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem*

Mário Raposo

Sumário

1. A Lei 31/86 2. Uma nova LAV 3. A “composição amigável” 4. E a equidade ? 5. Arbitrabilidade 6. Os tribunais arbitrais e as medidas cautelares. As “ordens preliminares” 7. Impugnação da sentença 8. Uma 2ª instância arbitral ? 9. Os fundamentos da anulação 10. A Convenção de Nova Iorque. Notas finais: 1. As “dissenting opinions” 2. Presidente do Tribunal Arbitral 3. Responsabilidade dos Árbitros 4. Ainda (supervenientemente) a composição amigável 5. Sobre o cap. IX do projecto 6. A lex mercatoria 7. O prazo para a decisão. 8. Disposições transitórias.

A Lei 31/86

1. Não surgiu a actual LAV em circunstâncias fáceis. A lei a que teria de suced¹ tinha os dias contados. Só o saber e a perseverança da Prof. Magalhães Collaço – a quem solicitei a feitura de um anteprojecto – conseguiu superar com o mérito que ainda hoje é reconhecido à LAV a urgência na sua feitura. E a Exposição de Motivos e o articulado da Proposta de Lei nº 34/IV (por ela inteiramente elaborados) foram apresentados em tempo útil à Assembleia da República. Coube-me a intervenção por parte do Governo no

* Comentários ao projecto publicado no site da APA.

¹ O Dec.-Lei 243/84, de 17 de Julho. Sublinha-se, por vezes, a sua menor qualidade. Nada com esse diploma tendo a ver (não pertencia então ao Governo) afigura-se-me de certo modo “injusta” tal “avaliação”. Contendo algumas soluções exactas, marcou uma evidente autonomização do tribunal arbitral perante o tribunal judicial. Cfr., por ex., Francisco Cortez, A arbitragem voluntária em Portugal, sep. de O Direito, ano 124, maxime p. 543-546. Mas o certo é que, na expressiva síntese de Raúl Ventura (Convenção de Arbitragem, ROA, 1986, p. 289-413), teve uma “vida infeliz”.

debate na generalidade e excelente receptividade encontrada permitia antever uma aprovação não substancialmente inovadora na Comissão parlamentar. Entretanto, para além de alterações pontuais já consensualizadas, foi criado um novo capítulo consagrado à arbitragem internacional. Vistas bem as coisas integram esse novo capítulo preceitos já constantes da Proposta de Lei, à excepção de um: o art. 35. A LAV passou assim a conter, a par da tradicional equidade (art. 33, 1), a gaulesa “composição amigável” (esse art. 35). É evidente que a Comissão parlamentar, a cuja reunião não assisti, actuou em compreensível estado de urgência². Realmente a inconstitucionalização (orgânica) do Dec.-Lei 243/84 fora já então declarada pelo Tribunal Constitucional (Acórdão TC 230/86, de 8.7, embora só publicado no DR, 1ª série, de 12 de Setembro). Nessa mesma reunião (23 de Julho de 1986) foram apreciadas várias propostas de lei, entre as quais a referente à criação dos “tribunais marítimos”, também preparada no Ministério da Justiça.

É de crer que a Comissão parlamentar terá sido motivada pela dualidade constante do art. 28, 3 da Lei-Modelo. Só que tal dualidade é, como adiante precisarei, meramente terminológica, já que não estão em causa dois institutos mas apenas um. E como a doutrina portuguesa clarificou desde logo o problema e como, ao que saiba, o dispositivo do art. 35 nunca até agora terá sido chamado a actuar, tudo se quedaria no âmbito da “petite histoire” se não fosse agora esboçada a tentativa de perpetuar a ambivalência: equidade – composição amigável, que nem na legislação francesa existe.

² Na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da qual eu próprio tivera a honra de fazer parte no início dos anos 80 e à qual regressaria, como presidente, menos de dois anos depois, era tradicional as deliberações serem precedidas de fundamentados pareceres. No caso da Proposta de Lei de que haveria de resultar a LAV é de dizer que a Comissão parlamentar introduziria no art. 1, como nº 3, um preceito que não constava da Proposta de Lei, mas sim do...Programa do Governo (minoritário) a que eu pertencia. Diz ele respeito à modificação de contratos (sobretudo de longa duração) não ingressados em fase litigiosa. Não estavam em causa “as hipóteses de as partes deliberadamente (deixarem) incompleto o contrato e atribuírem a (árbitros) o poder de os completar” (Raul Ventura, est. cit., p. 331). Pensava-se na eventual modificação de contratos “já estabelecidos” face a alteração anormal de circunstâncias (Menezes Cordeiro, Da boa fé..., II, Almedina, 1984, p. 1106) com a consequente onerosidade excessiva (hardship – Bonell, Un “codice” internazionale del Diritto dei Contratti, Giuffrè, 2ª ed., 2006, p. 123 s).

2. É frequente as leis de arbitragem serem alteradas ou por completo substituídas. Assim, e como exemplo, o Arbitration Act inglês de 1996 (aplicável também no País de Gales e na Irlanda do Norte) sucedeu a três outros (de 1950, 1975 e 1979). A lei italiana de 1994 beneficiou de uma reforma parcelar (arbitragem societária) em 2003 e foi substancialmente alterada em Fevereiro de 2006. No espaço de 50 anos surgiram em Espanha três novas leis (em 1953, 1988 e 2003). E se em França as leis de 1980 (arbitragem interna) e de 1981 (arbitragem internacional) se mantêm em vigor, o Comité français de l'arbitrage apresentou em 2006 um novo texto, depois de alargado debate³.

Serão, por certo, de considerar como bem-vindos todos os contributos para uma necessária reforma da nossa LAV.

E estou em crer que dessa reforma deverá advir um novo articulado. São sempre de temer as emendas parciais, que tendencialmente poderão prejudicar a coerência do sistema.

É, pois, de aplaudir (enquanto tal) a iniciativa da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA)⁴.

Mas, precisamente por ser um contributo de assinalável oportunidade, justificar-se-á a análise de alguns dos seus aspectos.

³ Com a participação, entre outros especialistas, de Fouchard (entretanto falecido em Fevereiro de 2004), Boissésou, Thomas Clay, Yves Derains, Bertrand Moreau, Gaillard, Jarrosson, Eric Loquin e Jean-Georges Betto. Cfr. Revue de l'Arbitrage (doravante RA.), 2006, pp. 491-517. A única alteração ocorrida nesta área do NCPC nos últimos 5 anos foi o... título. Com efeito, nos termos da lei nº 2007/1787, de 20.12, respeitante à simplificação do Direito, o Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) passou a designar-se Code de Procédure Civile (CPC).

⁴ Como de aplaudir foram, sem dúvida, as aporções dos juristas a que se refere Armindo Ribeiro Mendes (Balço de 20 anos de vigência da LAV... e necessidade de alterações, em Intervenções no 1º Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP, Almedina, 2008, p. 13-70) e, ex professo, de Manuel Pereira Barrocas, Contribuição para a Reforma da LAV, ROA., 2007, p. 277-339.

Por certo outras serão feitas, embora da Exposição de Motivos da Proposta de Lei ressalte a ideia que se espera que ela venha a ser aceite ne varietur, apenas aguardando um tabelar imprimatur.

Uma nova LAV

3. Quase todas⁵ as leis modernas, excepto as de influência francesa (como as leis de Marrocos de 30.11.2007 e da Argélia de 25.2.2008) regulam unitariamente a arbitragem interna e a internacional. É significativo que a Lei da Síria de 2008 tenha abandonado o critério francês, de que era tributária, deixando de compartimentar a arbitragem interna e a internacional⁶.

Um dualismo mitigado é também adoptado em alguns Estados de expressão portuguesa (Angola – lei de 2003; Cabo Verde – lei de 2005; Guiné – D.L. de 2000; Moçambique – lei de 1999; S. Tomé e Príncipe – lei de 2006).

4. A posição adversa a um dualismo formulário, mesmo que mitigado⁷ não significa que, designadamente num ponto de vista científico, não haja regras próprias à arbitragem internacional. O mais expressivo sistema legal que

⁵ Dualistas são as leis suíças de 1969 (Concordata) e de 1987 (LDIP) e a grega (depois da lei de 1999 respeitante à arbitragem internacional). E também algumas leis da América Latina (Bolívia, Colômbia, Chile, Equador, Peru), ao invés do que se passou no México (1993), Guatemala (1995), Paraguai (2002) e Nicarágua (2005). E também no Brasil (1996), na Costa Rica (1997) e na Venezuela (1998). Cfr. Mantilla-Serrano, Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine, na RA., 2005, p. 561 s.

⁶ Jacques El Hakim, La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie du 25 mars 2008, RA., 2008, p. 659 e s. (texto na p. 851 s).

⁷ “(...) em que há um conjunto de regras comuns ou em que as regras aplicáveis à arbitragem interna são extensíveis, sob certas condições, à arbitragem internacional” (Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional..., Almedina, 2005, p. 199).

aboliu por completo qualquer referência à arbitragem internacional terá sido o italiano, com a lei de 2 de Fevereiro de 2006⁸.

Não é de esquecer, por certo, que a Lei-Modelo da CNUDCI, que se destinou declaradamente a estabelecer um padrão legislativo para a arbitragem internacional inspirou, desde então, a arbitragem nacional e internacional. Toda a arbitragem tende a transnacionalizar-se.

Daí adveio uma mais produtiva flexibilização da arbitragem interna, que a leva a adoptar regras mais liberais. Certo é que a lex mercatoria continua a ser uma entidade tendencialmente específica da arbitragem internacional⁹. Mas, designadamente, através do canal da equidade, é evidente que ela se está a propagar à arbitragem interna. Deixou de haver compartimentos estanques nas duas faces. Era esta a perspectiva de Goldman.

5. Diz-se na Exposição de Motivos da lei espanhola de 23.12.2003:

“(…) no que respeita à contraposição entre arbitragem interna e arbitragem internacional, esta lei opta claramente por uma regulação unitária de ambas. Na alternativa entre dualismo (...) e monismo (em que, salvo contadas excepções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...) A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna”.

⁸ Excepção feita ao art. 830, 2, que dispõe sobre a hipótese de uma das partes, no momento da assinatura da convenção de arbitragem, residir ou ter sede efectiva no estrangeiro.

⁹ “Probably the most important development in the field of transnational law is that of the lex mercatoria” (Redfern-Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª ed., Sweet & Maxwell, 2004, p. 109, em nota).

O mesmo se passa na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra, na República Sérvia¹⁰ e na Suécia¹¹.

A “composição amigável”

6. A decisão da Assembleia da República – aliás no inteiro uso da sua soberania legislativa – de “aproveitar” a criação de um capítulo VII na actual LAV para nela incluir o já referido art. 35 (composição amigável) floresce no projecto da APA. Realmente, não se confina já à arbitragem “internacional” (art. 55), mas ganha também presença na arbitragem “interna” (art. 39,2).

É a transposição na íntegra do sistema francês (arts. 1474 e 1497). Só que não se teve presente que no CPC francês nunca se fala em equidade. Como se dispõe naquele art. 1474 “l’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur”. Esta dualidade resulta também da conjugação do art. 1496 com o art. 1497.

Num estudo publicado em 1992 mas elaborado em 1987 para um concurso universitário¹² Paula Costa e Silva logo evidenciou a falta de cabimento no nosso Direito da Arbitragem da importada figura. Teve como “verdadeiramente incompreensível” o “apelo à composição amigável” em sede de arbitragem “internacional”. “Á luz do sistema português, não fará sentido a utilização conjunta das duas expressões (equidade e composição amigável)”.

¹⁰ Lei de 25.5.2006. É de notar que na sua feitura participaram especialistas franceses, como Pierre Mayer e Bertrand Ancel.

¹¹ Lei de Abril de 1999. Cfr. Francesco Benigni - Giorgio Recchia, Nuove norme sull’arbitrato in Svezia, na Riv. dell’Arb., 2000, p. 179.

¹² Anulação e recursos da decisão arbitral, ROA, 1992, p. 893 s., maxime p. 939-940.

Antoine Kassis¹⁸ propende de igual modo para a equiparação da amiable composition à equidade. “L’amiable composition c’est l’équité (...) – l’équité qui corrige la règle de droit”.

8. Na jurisprudência francesa é hoje considerada como posição clássica a de que a composição amigável implica para o árbitro a obrigação de julgar segundo a equidade¹⁹.

De resto, as leis de arbitragem dos Estados fortemente tributários das concepções francesas, com é o caso da lei de arbitragem de Madagascar (15.12.1998), corroboram o que acabo de expor.

Com efeito, dispõe o art. 449, respeitante à arbitragem interna:

“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en amiable compositeur, c’est-à-dire selon les règles de l’équité”²⁰

9. Abreviando razões uma vez mais concludo como Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro.

¹⁸ L’autonomie de l’arbitrage commercial international, ed. L’Harmattan (Paris), 2005, p. 362. Cfr. ainda p. 312, onde logo rejeita que a amiable composition possa significar “une solution transactionnelle du litige décidée par l’amiable compositeur”.

¹⁹ Vincent Chantepoulet, na anotação a três decisões da Cour d’Appel de Paris (RA., 2007, p. 821 s). Neste sentido tinha julgado a Cour de Cassation em 10.7.2003 (RA., 2003, p. 1361). Que o “amiable compositeur” deve “statuer en équité” é uma conclusão generalizadamente aprovada na doutrina. Assim, por ex., por... Eric Loquin, L’obligation faite à l’amiable compositeur de respecter sa mission et son contrôle, anot. jurisp. em RA, 2001, p. 135. Cfr. ainda Jarrosson, RA, 2002, p. 359.

²⁰ Para a arbitragem internacional dispõe o art. 461, 3, da mesma lei que “le tribunal arbitrale statue en amiable compositeur, c’est à dire selon les règles de l’équité, uniquement si les parties l’y ont expressément autorisé”. Cfr. em geral sobre a lei Raphaél Jakoba, Droit et Pratique de l’arbitrage à Madagascar, RA., 2003, p. 381 s.

Antoine Kassis¹⁸ propende de igual modo para a equiparação da amiable composition à equidade. “L’amiable composition c’est l’équité (...) – l’équité qui corrige la règle de droit”.

8. Na jurisprudência francesa é hoje considerada como posição clássica a de que a composição amigável implica para o árbitro a obrigação de julgar segundo a equidade¹⁹.

De resto, as leis de arbitragem dos Estados fortemente tributários das concepções francesas, com é o caso da lei de arbitragem de Madagascar (15.12.1998), corroboram o que acabo de expor.

Com efeito, dispõe o art. 449, respeitante à arbitragem interna:

“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en amiable compositeur, c’est-à-dire selon les règles de l’équité”²⁰

9. Abreviando razões uma vez mais concluo como Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro.

¹⁸ L’autonomie de l’arbitrage commercial international, ed. L’Harmattan (Paris), 2005, p. 362. Cfr. ainda p. 312, onde logo rejeita que a amiable composition possa significar “une solution transactionnelle du litige décidée par l’amiable compositeur”.

¹⁹ Vincent Chantepoulet, na anotação a três decisões da Cour d’Appel de Paris (RA., 2007, p. 821 s). Neste sentido tinha julgado a Cour de Cassation em 10.7.2003 (RA., 2003, p. 1361). Que o “amiable compositeur” deve “statuer en équité” é uma conclusão generalizadamente aprovada na doutrina. Assim, por ex., por... Eric Loquin, L’obligation faite à l’amiable compositeur de respecter sa mission et son contrôle, anot. jurisp. em RA, 2001, p. 135. Cfr. ainda Jarrosson, RA, 2002, p. 359.

²⁰ Para a arbitragem internacional dispõe o art. 461, 3, da mesma lei que “le tribunal arbitrale statue en amiable compositeur, c’est à dire selon les règles de l’équité, uniquement si les parties l’y ont expressément autorisé”. Cfr. em geral sobre a lei Raphaél Jakoba, Droit et Pratique de l’arbitrage à Madagascar, RA., 2003, p. 381 s.

