

Comentários ao Anteprojecto de Nova Lei de Arbitragem

Preparado pela APA

1. Artigo 14º. nº 3

A questão que neste proposto preceito se coloca situa-se entre admitir a possibilidade de requerer a intervenção imediata do tribunal estadual se não for possível solucionar a questão da destituição do árbitro recusado, segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do número 2., ou, pelo contrário, não permitir a intervenção imediata do tribunal estadual mas apenas se e quando for requerida a anulação da sentença arbitral.

Os factos que podem originar a recusa são a falta de independência ou de imparcialidade do árbitro ou a falta de perfil técnico para o desempenho da função.

Em nossa opinião, consideramos preferível reservar para a impugnação da sentença arbitral (final ou parcial, isto é, a primeira que sobrevier no processo arbitral e que seja susceptível de impugnação) a discussão no tribunal estadual desta matéria. Na verdade, não é conveniente abrir portas a manobras dilatórias e, simultaneamente, fragilizar o tribunal arbitral mediante a impugnação de elementos seus no decurso do processo arbitral.

Se, como se diz no número 3., o processo arbitral pode prosseguir apesar da impugnação, podendo mesmo proferir a sentença final ou outro tipo de sentença enquanto o processo de impugnação estiver pendente, porque não permitir a impugnação do árbitro no tribunal estadual apenas com a impugnação da sentença? Pode suceder que a

parte se desinteresse da impugnação, tendo-se evitado, entretanto, indesejáveis manobras dilatórias ou destinadas a por em crise a autoridade e legitimidade do árbitro ou árbitros visados.

Foi esta, aliás, a via escolhida pelo artigo 18, número 3., da lei espanhola de arbitragem.

2. Artigo 15º nº 2

O artigo do ante-projecto utiliza a expressão

... ou, por qualquer outra razão, não desempenhar as suas funções com a diligência exigível

O texto correspondente da Lei-Modelo da UNCITRAL encontra-se no artigo 14º que utiliza a expressão ...

... or for other reasons fails to act without undue delay

O artigo 1038 da ZPO segue o texto da Lei-Modelo.

Por sua vez, o artigo 19, número 1., da lei espanhola, que igualmente se baseia amplamente na Lei-Modelo, traduz, e bem, o preceito desta forma ...

... o por cualquier otro motivo no las (isto é, as suas funções de árbitro) ejerza dentro de un plazo razonable

Portanto, a possibilidade de sobre o árbitro em situação de incumprimento serem exercidos tão drásticos efeitos como a remoção pelo tribunal estadual não pode, a nosso ver, ser alargado de tal modo a que o não exercício de funções com a diligência exigível poderia conduzir.

Na verdade, como se sabe, os árbitros, ou alguns deles, podem facilmente tornar-se um alvo central de partes não cooperantes com o processo arbitral, descontentes com o seu decurso ou, simplesmente, não preparadas para entender a natureza e o regime de um processo arbitral.

Alteraria, por isso, a redacção, aproximando-a da Lei-Modelo.

3. Artigo 17º

3.1. Em primeiro lugar, não se releva no artigo a fixação de honorários tendo em atenção a arbitragem institucionalizada e os regulamentos respectivos sobre a matéria. O preceito está apenas concebido para a arbitragem *ad hoc*.

3.2. No número 2., deve ser acrescentado o critério da fixação dos honorários *em valores razoáveis*, tendo em conta os factores nele evidenciados (complexidade das questões decididas, etc.).

3.3. Por fim, neste artigo devia prever-se o carácter solidário da obrigação das partes relativa ao pagamento dos honorários de todos os árbitros e despesas do processo arbitral.

Na verdade, não deve recair sobre os árbitros o risco de não recebimento dos honorários e despesas da parte vencida ou, em geral, da parte condenada no seu pagamento.

O processo arbitral foi conduzido e finalizado no interesse das partes seja qual for o resultado final. Também foram ambas as partes que decidiram submeter o litígio a arbitragem. Por tudo isto, justifica-se a solidariedade da obrigação.

4. Artigo 18º

4.1. Este proposto artigo consagra o princípio da competência-competência. Este princípio caracteriza-se pela afirmação da competência do tribunal arbitral para apreciar e decidir sobre a sua própria competência.

Muito embora ligado ao princípio da autonomia da convenção de arbitragem não se confunde com este. Como se sabe, este refere-se à independência da convenção de arbitragem relativamente ao contrato substantivo ou principal. Apenas quando a existência, a validade, a eficácia ou a aplicabilidade da convenção de arbitragem determinar a incompetência do tribunal arbitral - e é este, aliás, o efeito processual típico - os dois princípios se entrelaçam.

Ora, o que se diz na segunda parte do nº 1. do artigo 18º diz respeito à autonomia da convenção de arbitragem e não ao princípio da competência-competência de que trata o preceito. Sobre o efeito principal do princípio da autonomia da convenção de arbitragem - o seu efeito negativo - trata o artigo 5º..

Este comentário poderia não ter particular relevância se não fora o facto de a independência da convenção de arbitragem estar apenas referida à cláusula compromissória. Mas, também o compromisso arbitral é independente do contrato principal.

Assim, parece-nos ser de eliminar a segunda parte do nº 1. do artigo 18º..

O reconhecimento legal da autonomia da convenção de arbitragem deve ser feita no artigo 5º e não a propósito do princípio da competência-competência.

- 4.2. A redacção do nº 4. do artigo 18º parece-nos deficiente. A formulação verbal *poderá exceder* está feita no tempo futuro. Ora, pode suceder que os árbitros já tenham efectivamente excedido a sua competência e é o facto consumado que interessa em direito. Por isso, propomos que se utilize o tempo no tempo passado:

A arguição de que, no decurso do processo arbitral, o tribunal excedeu a sua competência ...

- 4.3. No Capítulo III (Da Competência do Tribunal Arbitral) deve, a nosso ver, alargar-se a competência dos árbitros ao conhecimento e aplicação de disposições convencionais existentes em contratos ligados e celebrados entre as mesmas partes, desde que os árbitros concluam que, embora não invocados os contratos ligados pelas partes, a vontade negocial delas pode ser interpretada ou integrada mediante recurso fundamentado e razoável àqueles contratos.

Trata-se, em suma, de questões relativas à denominada arbitragem multi-contratos.

5. Artigo 24 nº 3.

Sugere-se a redacção:

O tribunal arbitral pode exigir à parte que requeira a emissão ...

6. Artigo 30º, nº 3

Propomos que se retire a obrigatoriedade de remissão para a lei processual que regula o processo perante o tribunal estadual.

Em primeiro lugar, porque ficamos sem saber se o tribunal estadual é o tribunal cível ou o tribunal administrativo e, logo, quais as leis processuais respectivas.

Em segundo lugar, porque a arbitragem já alcançou um espaço de autonomia que dispensa a sua funcionalização processual estadual, a menos que as partes ou o tribunal arbitral assim o decidam. Nunca a lei.

De qualquer modo, qual das formas de processo se aplicaria? No caso do processo civil, seriam as normas do processo ordinário ou as do processo sumário?

Se os árbitros nada disserem em matéria de subsidiariedade, terão eles de resolver as questões processuais que surgirem. Pois, não são, aliás, eles os titulares do poder de fixar as regras processuais no silêncio das partes? Esse não é um problema da lei.

7. Artigo 31º

Prefiro, pessoalmente, utilizar a expressão “sede da arbitragem” e não *lugar da arbitragem*.

Como se sabe, a arbitragem pode decorrer em diversos lugares. Assim sendo, existe um lugar dos lugares, ou seja, um lugar que se sobrepõe aos outros?

O próprio número 2. deste artigo 31º permite a confusão, ao considerar a possibilidade de o tribunal arbitral se reunir ... *em qualquer lugar que julgue apropriado* ...

Ora, lugar traduz, no próprio texto do ante-projecto, como se vê, um conceito fáctico.

O que se torna necessário, portanto, é criar um conceito de direito e esse não pode, a meu ver, deixar de ser “sede da arbitragem” que, em qualquer caso, é mais preciso do que o vago conceito que o vocábulo “lugar” encerra.

É esse o entendimento da lei e da doutrina francesas (*siège de l'arbitrage*) e da doutrina anglo-saxónicas (*seat of arbitration*).

8. Artigo 36º

O proposto preceito não admite a intervenção espontânea de terceiros num processo arbitral, independentemente do consentimento das partes originais desde que o tribunal arbitral nisso consinta.

O artigo 1045 do código de processo civil holandês permite-o.

Por nós, não vemos razão para que uma lei de arbitragem moderna, *dernier cri* sobre o estado de arte da arbitragem, não deva seguir o mesmo caminho.

É certo que a arbitragem é privada e consensual, mas os árbitros devem ser suficientemente preparados para não admitir terceiros que nada tenham a ver com a arbitragem em questão.

Essa abertura permitiria resolver os casos, que retiram eficiência à arbitragem relativamente ao processo cível, especificamente da descaracterização da personalidade jurídica e do grupo de sociedades.

Para resolver a questão, sugiro uma de duas alternativas:

- ou se permite aos árbitros aceitar um terceiro no processo arbitral, desde que, pelo menos, uma das partes o tenha requerido ou a pedido do terceiro com a aceitação de, pelo menos, uma das partes e, ainda, desde que seja claro o interesse em resolver o litígio que opõe as partes com a intervenção do terceiro. Em qualquer caso, se o estado do processo o consentir e sem prejuízo da sua resolução célere;
- ou admitir, ao menos, concretamente os casos de descaracterização da personalidade jurídica, grupo de sociedades e solidariedade legal ou convencional de obrigados.

9. Artigo 39º

Quatro observações a propósito deste artigo:

- (i) Pode-se aceitar que numa arbitragem doméstica que tenha a sua sede em Portugal o critério principal de julgamento seja o direito constituído.

É esse o regime regra em todos os países, tendo como curiosa exceção o Equador que considera a equidade como critério principal e o direito estrito como subsidiário.

Porém, sempre que se trate de arbitragem internacional que tenha sede em Portugal a questão é diversa, mas sobre este ponto remetemos para os comentários a propósito do artigo 52º, nº 2.

- (ii) O conceito de composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo não é mais do que o critério da equidade com a especial menção, que dá aliás apenas uma determinada colaratura à equidade, que consiste em chamar a atenção para *o equilíbrio dos interesses em jogo*.

Propomos, pois, uma nova redacção do número 2. do artigo por forma a afirmar que, na utilização do critério da equidade, os árbitros devem ter particularmente em atenção, o equilíbrio dos interesses em jogo se as partes assim lhes tiverem solicitado.

Na verdade, a denominada *composição das partes* não é um caso de conciliação, mas de verdadeira decisão pelos árbitros. A eliminação do conceito *composição amigável* e a sua assimilação à equidade permitiria, nomeadamente, completar o alcance do nº 3. do artigo 39º que não se refere, na sua parte final, à composição de interesses, mas apenas à equidade. Certamente, que também uma decisão arbitral na base do equilíbrio dos interesses em jogo não admite recurso.

- (iii) No julgamento segundo a equidade, a jurisprudência e a doutrina francesas têm exigido que os árbitros incluam expressamente na sentença a fundamentação dos termos em que utilizaram a

equidade para que o tribunal de anulação da sentença possa, efectivamente, verificar se os árbitros cumpriram adequadamente, ou não, o seu encargo.

Na verdade, pode suceder que os árbitros adoptem a solução legal que seria aplicável porque entendem que essa é também a melhor solução de equidade. No entanto, se nada disserem sobre isto ficam à mercê de se poder concluir pela nulidade da sentença arbitral por se entender que os árbitros simplesmente decidiram *ex jure stricto*, quando o seu encargo era julgar *ex aequo et bono*.

A justificação pelos árbitros do modo como foi aplicado o critério de equidade visa, assim, salvaguardá-los perante a possibilidade de se poder vir a considerar inválida a sentença.

Em quarto lugar, suprimiria a vírgula que se encontra entre *após essa data e desde que ...*, uma vez que me parece que a condição só se aplica a documento subscrito após a data da aceitação do primeiro árbitro.

10. Artigo 40º, nº 2.

10.1 Não percebemos o interesse da notificação às partes da intenção de se proferir sentença final sem o árbitro que se tenha recusado a participar na votação.

Não será isso visível na sentença? E para que efeito se exige essa notificação? Será porque se admite que, tratando-se de um árbitro de parte, a parte que o nomeou possa ter ou querer ter alguma influência sobre ele no sentido de o levar a participar numa votação

que, pelos termos da redacção, parece já ter tido lugar sem a votação do árbitro faltoso? Se este for o caso, é injustificável.

10.2 Pensamos que seria útil conferir carácter de irrevogabilidade à autorização dada ao árbitro-presidente para resolver, só por si, as questões relativas à ordenação, tramitação ou impulso processual.

Se assim não for, pode criar-se, em momentos mais críticos, e entre os árbitros tensões desnecessárias nesta matéria.

11. Artigo 41º, nº 1

Penso que não é a ordem pública que deve conduzir os árbitros a recusar a transacção, mas sim uma norma imperativa da lei aplicável.

Trata-se aqui de submeter os árbitros à mesma pauta legal que eles deveriam aplicar se as partes não tivessem transigido.

12. Artigo 42º

Duas observações ao nº 2:

A primeira, as sentenças parciais devem ser proferidas ao longo do processo e não de outro modo, tal como, por absurdo, no final do processo. Isto deve ficar explícito.

A segunda, as sentenças parciais não servem apenas para resolver o fundo da causa, mas também questões que interlocutoriamente sejam colocadas aos árbitros, tais como a condenação da parte faltosa no reembolso intercalar de preparos e despesas que lhe competia e não

fez, obrigando ao desembolso pela parte não faltosa dos montantes devidos pela parte faltosa, bem como outras questões de natureza exceptiva ou instrumental.

13. Artigo 43º

13.1 Preferia reduzir para 6 meses o prazo ou prazos de prorrogação a que se refere o nº 2..

13.2. A parte final do nº 3 só é de aceitar se a convenção de arbitragem estiver ainda em vigor. Na verdade, pode ter caducado pelo decurso do prazo da sua vigência que as partes nela tenham estabelecido ou se ter extinto por outra causa.

14. Artigo 46º

14.1 cremos que a tramitação da acção de anulação processada sob a forma e o regime do recurso de apelação, que se aplaude, deve carecer de melhor regulação que permita, nomeadamente, substituir a intervenção do tribunal de 1ª instância prevista nos artigos 698º e 699º do CPC.

A apresentação das alegações deve, certamente, constar desde logo da petição de anulação dado o longo prazo de 60 dias previsto no nº 6.. Não seria errado dizê-lo.

14.2. O nº 3 não prevê a violação da ordem pública como fundamento de anulação, apesar do proposto preceito ser decalcado na Lei-Modelo que, todavia, o prevê (artigo 36 (1) (b) (ii) e que reproduz, aliás, o artigo V da Convenção de Nova Iorque em matéria de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira).

Neste particular, adoptou-se o regime da LAV em vigor, mas o certo é que pode haver verdadeira violação da ordem pública.

Na verdade, a actual LAV não prevê a violação da ordem pública no elenco dos fundamentos de anulação porque, certamente, confiou no recurso de apelação, o qual, porém, é tornado subsidiário no anteprojecto.

Em nosso entender, pode uma sentença arbitral não violar em concreto qualquer norma de direito positivo identificável, mas todavia infringir manifestamente os princípios da ordem pública que, no caso de se tratar de uma sentença proferida em arbitragem sediada em Portugal mas de carácter internacional (cfr. artigo 54º do anteprojecto) ou de uma sentença arbitral estrangeira (cfr. artigo 57º, nº1., alínea b) (ii) do anteprojecto) seriam recusados.

Constituiria, sem dúvida, pois, uma cláusula de salvaguarda importante incluir a violação da ordem pública entre os fundamentos da anulação.

Isso mesmo sucede, aliás, no direito francês (artigo 1484 (6º) do CPC), alemão (artigo 1059 (2b) do ZPO), italiano (artigo 829 (a) do CPC), holandês (artigo 1065 (1e) do CPC), espanhol (artigo 41 (1f) da Lei de Arbitragem), etc..

Tal como sustenta o Prof. Lima Pinheiro, com o qual concordamos, a ordem pública em questão é apenas aquela, cujo conteúdo corresponde à ordem pública internacional do estado português.

14.3. Os números 9. e 10. devem acautelar a possibilidade de a convenção de arbitragem ter, entretanto, caducado pelo decurso do prazo ou por outros motivos, tal como já referimos anteriormente.

15. Artigo 49º

Não somos apoiantes da definição de arbitragem internacional pelo seu objecto tal como consta deste artigo, embora reconheça que corresponde à definição do CPC francês, algo caricata, aliás, pelo menos enquanto retrovertida na língua portuguesa como o fez a LAV (artigo 32º).

Num escrito da nossa autoria, não publicado, definimos arbitragem internacional como:

um meio jurisdicional privado e voluntário de dirimção de um litígio, de carácter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um estado, que é susceptível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos.

Evidentemente, que se trata de definição doutrinária, simultaneamente de arbitragem e de arbitragem internacional. Mas, a sobressaliência nela dos elementos de conexão envolvendo mais de um estado deveria constituir o núcleo da definição de arbitragem internacional que, em rigor, pode também não respeitar apenas ao

comércio internacional, como está dito no ante-projecto, mas igualmente a outros interesses jurídicos de âmbito internacional susceptíveis de resolução por via arbitral.

16. Artigo 51º

O texto do proposto artigo consagra o princípio *in favorem validitatis* vigente, sobretudo, na arbitragem internacional. Tem por origem o artigo 178(2) da lei suíça de direito internacional privado.

Entre os normativos alternativos à face das quais a convenção de arbitragem se demonstre ser substancialmente válida para que seja aceite, como tal, pelos tribunais suíços, o proposto artigo sob comentário omitiu o direito aplicável ao contrato principal que aquele dispositivo da lei suíça, e bem, consagra.

Do que se trata, na verdade, é de conceder as mais amplas condições de validade à convenção de arbitragem na arbitragem internacional dada a necessidade desta na resolução de litígios de âmbito internacional.

Ora, constituindo a convenção de arbitragem apenas um meio, um instrumento, embora essencial para que o litígio relativo ao contrato principal (tratando-se obviamente de uma arbitragem relativa a um contrato) seja resolvido, não se vê razão para impedir a resolução do litígio pela aplicação do direito aplicável ao contrato principal, quando a lei reguladora deste aceita a validade da convenção de arbitragem, mesmo que todas as outras a considerem inválida.

É certo que, na maioria dos casos, a lei aplicável ao fundo da causa pode ser a mesma lei que regula o contrato principal. Mas, isso pode não suceder, pois as partes podem ter escolhido, por exemplo, num

compromisso arbitral, uma lei diferente da *lex contractus* para dirimir o objecto do litígio.

Devia, por isso, ter-se incluído a lei aplicável ao contrato principal no texto do artigo.

17. Artigo 52º, nº2

O proposto preceito não enfrentou uma questão importante que se discute na arbitragem internacional: não tendo as partes escolhido o direito aplicável, podem os árbitros aplicar normas *praeter-jurídicas*, tais como a *Lex Mercatoria* ou os Princípios UNIDROIT de 2004 em matéria de contratos internacionais, os usos comerciais ou outras normas de *soft-law*?

O árbitro internacional que não esteja vinculado pelas partes a aplicar uma determinada lei e, sobretudo nos casos em que também a lei de arbitragem da sede desta não o vincule a aplicar normas jurídicas de direito positivo, ele é livre de escolher o normativo aplicável à resolução do litígio. Este é hoje, aliás, um princípio geral da arbitragem internacional.

O proposto artigo 52º, nº 2., ficou-se por *normas de direito*.

Ora, a *Lex Mercatoria* ou os Princípios UNIDROIT constituem normas de direito ou são apenas normas com conteúdo jurídico sem revestirem, contudo, a natureza de normas de direito?

Deixou-se para a doutrina e a jurisprudência aquilo que a lei podia resolver.

18. Artigo 54º

O proposto artigo é mais exigente do que o artigo 1096º CPC (aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras por força do artigo 1097º CPC), pois este só considera de rejeitar o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira quando ele conduza a um resultado *manifestamente* incompatível com os princípios da ordem pública internacional do estado português.

O proposto preceito não faz esta restrição.

Ora, uma sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional que tenha tido a sua sede no território português não deve ter condições mais restritivas do que as que teria se tivesse a sua sede fora de Portugal, segundo o princípio geral do maior favorecimento concedido à arbitragem internacional consignado, nomeadamente, no artigo VII da Convenção de Nova Iorque e, igualmente, no campo do direito comparado, no artigo 1504 do CPC francês, entre outros.

19. Artigo 55º

Remetemos para o que dissemos *supra* a propósito da composição amigável e da necessidade da sua recondução à equidade, na modalidade específica de actuação desta mediante o equilíbrio dos interesses em jogo.

20. Artigo 57º

Devia ter-se adoptado, na enumeração das causas de recusa de reconhecimento, o texto oficial da Convenção de Nova Iorque publicado no D.R., I Série A, de 8.7.1994, salvo quando se pretenda tornar o regime legal ainda mais favorável à concessão do reconhecimento.

21. Artigo 59º, nº 10

Se a responsabilidade civil for exigível a mais de um árbitro com domicílios diferentes, qual é a solução? Tem o autor de intentar mais do que uma acção em tribunais diferentes conforme o número de árbitros demandados.

Deveria, pois, ser competente o tribunal da sede da arbitragem ou, se não fosse possível determiná-la (na arbitragem *on line*, por exemplo) isso pode não ser fácil, o tribunal do domicílio do autor que tenha domicílio em Portugal ou o tribunal de Lisboa no caso contrário.

22. Outros comentários

Pensamos que a nova LAV deveria prever um regime especial para a convenção de arbitragem em contratos de adesão, como faz por exemplo o ZPO (artigo 1031(5)), a lei espanhola de arbitragem (artigo 9 (2)) e a lei brasileira (artigo 4º (2)), entre outras.

Igualmente, algumas disposições sobre a arbitragem *on line*.

Lisboa, 5 de Maio de 2009

Manuel P. Barrocas