



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

Despacho:

PARECER

Ref.ª: Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária
Ofício n.º 1482, de 27 de Abril de 2009, do Gabinete do Ministro da Justiça

Assunto: Parecer sobre o Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária elaborado pela Associação Portuguesa de Arbitragem (autorização legislativa e decreto-lei autorizado).

*Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura
Excelência,*

1. Objecto

Por Sua Excelência, o Ministro da Justiça, foi determinada a remessa ao Conselho Superior da Magistratura o texto do Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária acima mencionado, solicitando que sobre a mesma seja emitido parecer.

Por Sua Excelência, o Juiz Conselheiro Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura, foi determinado que sobre esta matéria seja emitido parecer pelo Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos membros do Conselho Superior da Magistratura.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

2. Âmbito

O texto submetido para elaboração de parecer consiste num projecto de nova Lei da Arbitragem Voluntária, elaborado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, estando relacionadas no artigo 2.º da Projectada Lei de Autorização as matérias que justificarão, na perspectiva da entidade proponente, a revogação da actual Lei de Arbitragem Voluntária e a consagração de um novo enquadramento do regime jurídico da arbitragem voluntária em Portugal, incluindo sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens no estrangeiro.

3. Apreciação

3.1. Convenção de arbitragem e direitos indisponíveis

3.1.1. A redacção proposta para o artigo 1.º contém duas alterações fundamentais relativamente à actual LAV (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto). A primeira consiste na substituição de “tribunais judiciais” por “Tribunais do Estado”. Esta alteração justifica-se porque nada obsta que a arbitragem também incida sobre matérias do foro administrativo.

3.1.2. Já relativamente à substituição do texto “qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes” por “qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial” — constitui uma restrição no âmbito da submissão dos litígios à arbitragem.

É certo que no seu n.º 2 prevê-se a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem “relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial”, desde que as partes possam celebrar transacção sobre a pretensão em litígio”, o que corresponderia a não poderem ser sujeitos litígios que respeitassem a direitos indisponíveis na medida em que em relação a estes, segundo as regras gerais do processo civil, «não é permitida confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis» (art.º 299.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Porém, uma das grandes inovações pretendidas introduzir com o projecto ora apresentado consiste em *afastar o entendimento* segundo o qual as normas de direito processuais civis são subsidiariamente aplicáveis ao processo arbitral. Pelo contrário, no projectado artigo 30.º, n.º 3 prevê-se que tal aplicação subsidiária só ocorrerá quando o tribunal arbitral assim o determinar, de forma explícita [«definindo as regras processuais que entender adequadas⁹³, devendo explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

o tribunal estadual competente, quando for esse o caso»], tal como consta também expressamente consignado na al. o) do n.º 1 do artigo 2.º da projectada Lei de Autorização.

Ou seja, afastada *ab initio* a aplicação subsidiária das regras do processo civil, tal significará uma inversão de um princípio fundamental do direito privado segundo o qual *os direitos indisponíveis* não podem ficar sujeitos aos simples interesses das partes (razão por que no processo civil não se admite transacção quanto aos mesmos).

Por conseguinte, seria pertinente que se salvaguardasse na redacção prevista para o n.º 2 do projectado artigo 1.º a exclusão no âmbito da arbitragem *voluntária* da composição de direitos *indisponíveis*, sob pena de manifesta contradição interna do ordenamento jurídico, sugerindo-se o aditamento à parte final do aludido n.º 2, “*e que não respeitem a direitos indisponíveis*”.

3.2. Prevalência de decisão sobre competência proferida por tribunal do Estado

A previsão constante no n.º 3 do art.º 5.º é de grande relevo, na medida em que em conformidade com o que é defendido pela doutrina, as decisões dos tribunais do Estado relativamente à *competência / incompetência* do tribunal arbitral *prevalecem* sobre uma decisão que seja proferida por este último sobre essa mesma matéria, ainda que esta tenha sido proferida em primeiro lugar.

3.3. Impugnação de decisões interlocutórias

A norma do art.º 18.º, n.º 7 diverge da actualmente plasmada no art.º 21.º, n.º 4 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, prevendo-se naquela que a decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral considere que tem competência, pode, no prazo de trinta dias após ter sido notificada desta decisão, ser impugnada por qualquer das partes perante o tribunal estadual competente.

A solução que actualmente vigora tem o grave inconveniente de vincular as partes a aguardar que o processo no tribunal arbitral chegue ao seu termo para apenas nessa altura impugnar uma decisão interlocutória que seja proferida por este relativamente à competência. Já a solução constante do texto do projecto permite às partes a antecipação de uma decisão que por prevalecer sobre a decisão do tribunal arbitrar, permite estabilidade, certeza e segurança, mas sem impedir que o processo arbitral siga os seus termos subsequentes enquanto a impugnação é decidida pelo tribunal do Estado (cfr. redacção proposta para o n.º 4 do art.º 18.º).

3.4. Providências cautelares

Não se ignora que a Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law – www.uncitral.org) aprovou orientações no sentido de ser possível a aplicação de providências



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

cautelares e ordens preliminares (cfr. art.ºs 22.º e 23.º) em sede arbitral (cfr. Lei-Modelo da Uncitral, artigos 17.º-A e 17.º-B).

No entanto, duvida-se da eficácia prática que possa decorrer da previsão constante do art.º 20.º do projecto, em virtude de, além só poderem ser decretadas depois da audição da parte contrária, o tribunal arbitral não dispõe de meios nem formas de tramitação para a execução coerciva da providência cautelar, que pela sua natureza pressupõe o *ius imperii*, o poder de coagir, de que carecem os tribunais arbitrais, apenas detentores da *iurisdictio*.

Aliás, tal é expressamente reconhecido e decorre do art.º 27.º do projecto ora apresentado, onde se consigna que «uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha determinado de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente».

Sobre este último preceito, embora tal resulte das regras gerais de direito internacional privado, seria pertinente que no n.º 1 do art.º 27.º, onde consta «tribunal estadual competente» passe a constar «tribunal estadual português competente», na medida em que o legislador português só pode plasmar novas injuntivas aos tribunais estaduais portugueses, não o podendo fazer relativamente aos tribunais estaduais estrangeiros, ainda que a decisão arbitral seja proveniente de um tribunal arbitral estrangeiro.

3.5. Epígrafe do proposto artigo 38.º

3.5.1. Foi atribuída à epígrafe do artigo 38.º a designação de «assistência dos tribunais estaduais na obtenção de provas». O corpo do preceito usa outro conceito: «Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração, uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, *pode solicitar* ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral».

3.5.2. O conceito de assistência significa «acto de assistir, auxílio, amparo».

Não parece que seja o adequado quando o que está em causa é a solicitação efectivada para a prática de actos processuais de obtenção ou produção de prova, que não se resume a diligências de mero expediente “assistencial”.

3.5.3. Nesta conformidade, *sugere-se* que a manter-se a redacção prevista para este preceito, seja a epígrafe substituída por uma designação que corresponda ao corpo do artigo, designadamente: «*Solicitação ao tribunais estaduais para obtenção de provas*».



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

Correspondentemente sugere-se a alteração da redacção da al. *u*) do artigo 2.º do projecto de Lei de Autorização, de forma a substituir idêntico conceito de «assistência», designadamente passando a ter o seguinte teor: « *u*) Previsão e regulamentação da solicitação aos tribunais estaduais relativamente à obtenção de provas a que os tribunais arbitrais não tenham acesso».

3.6. Recurso à equidade

3.6.1. Nos termos projectados para o 39.º da lei autorizada, prevê-se que «os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes na convenção de arbitragem, em documento por elas subscrito até à aceitação do primeiro árbitro ou mesmo após essa data, desde que os árbitros aceitem essa incumbência, os autorizem a julgar segundo a equidade».

3.6.2. O julgamento segundo a equidade só é possível quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 4.º do Código Civil. A redacção proposta para o artigo 39.º. O actual artigo 22.º da LAV admite o recurso à equidade ao prever que «os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a julgar segundo a equidade». Significa assim que a alteração reside apenas no *momento* em que as partes possam acordar nesse sentido, o que tem toda a pertinência na medida em que se numa fase inicial pode não existir essa predisposição, com o desenrolar do processo e apreensão pelas partes das questões que cada uma invoca, já poderão preferir que o litígio seja decidido por essa via.

3.7. Composição amigável

O projectado n.º 2 do artigo 39.º corresponde ao actual artigo 35.º da LAV, onde nesta se faz referência ao conceito de *composição amigável* (cfr. respectiva epígrafe) — ainda que este último esteja inserido apenas no âmbito da arbitragem internacional, que agora também se pretende abranja todas as arbitragens (o que se afigura adequado).

Trata-se, no entanto, de um conceito suficientemente alicerçado na doutrina e jurisprudência que se sugere se mantenha, sob risco de “aglutinação” do conceito por realidades bem distintas, designadamente pelo da equidade (que consta da epígrafe do artigo proposto).

Sugere-se assim que, uma vez que o n.º 2 do artigo 39.º proposto corresponde ao actual artigo 35.º da LAV, a respectiva epígrafe passe a ser do seguinte teor: «*Direito aplicável; recurso à equidade e composição amigável*», já que tal designação também consta do projectado artigo 55.º.

Finalmente, por uma questão de sistematização, seria mais conforme a *autonomização* do proposto n.º 4 do artigo 39.º para um novo artigo, com a epígrafe «*Recursos*».



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

3.8. Decisão pelo presidente do tribunal arbitral ou voto de qualidade ?

3.8.1. No projectado artigo 40.º consta uma inovação relativamente à actual LAV, a saber, num processo arbitral com mais de um árbitro, se não puder formar-se maioria, a sentença será proferida *só* pelo presidente do tribunal.

3.8.2. A impossibilidade de ser formada maioria ocorre, na maioria dos casos, quando quando exista divergência entre os árbitros sobre o *valor* indemnizatório que uma parte deva ser condenada a pagar à outra (cada árbitro indica um valor distinto). O impasse só pode ser ultrapassado se for conferido ao presidente um voto de qualidade ou, então, eu a sentença seja elaborada apenas pelo mesmo.

Entre estas duas modalidades, afigura-se mais adequada a primeira, isto é, que o presidente tenha voto de qualidade e a sentença seja proferida e assinada por todos os árbitros, ainda que com voto de vencido dos árbitros que discordem da decisão do presidente, ficando plasmada na sentença os fundamentos sustentados por cada árbitro. De outro modo, os “árbitros vencidos” ficam excluídos na exteriorização da decisão.

3.8.3. Por conseguinte, sugere-se que a alteração da redacção do n.º 1 do artigo 40.º, designadamente para o seguinte teor: «Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral será tomada pela maioria dos seus membros. Se não puder formar-se maioria, *o presidente do tribunal tem voto de qualidade e os demais árbitros exaram o respectivo voto de vencido*».

3.9. Prorrogação do prazo para prolação de sentença

3.9.1. No projectado artigo 43.º, n.º 2, prevê-se a possibilidade de prorrogação do prazo para a prolação de decisão, podendo essa prorrogação ser decidida pelo próprio tribunal, salvo se ambas as partes, de comum acordo, se opuserem à prorrogação.

3.9.2. Justifica-se perfeitamente a adopção deste critério, diversamente do que sucede na actual LAV, pela vantagem inerente (obsta a que as partes tenham que recorrer a nova arbitragem e o prejuízo que resultaria da extinção da competência do tribunal arbitral seria certamente superior ao da prorrogação do prazo para que seja proferida uma decisão) em observância do princípio enunciado por alguma doutrina (designado de «rede de segurança») de conformação



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

adequada dos prazos objectivamente impassíveis de cumprimento e que muitas vezes são fixados pelas partes em convenções de arbitragens.

3.9.3. Justifica-se também a eliminação da consequência actualmente vigente e constante do artigo 4.º, n.º 1, al. c) da LAV, a saber, da cominação de caducidade do compromisso arbitral e da ineficácia da cláusula compromissória quando a decisão não seja proferida no prazo estabelecido, já que esta cominação é, em si mesma, muito prejudicial para o interesse das partes que, quando convencionam o recurso à arbitragem não têm por desiderato a esperança no incumprimento dos prazos para depois recorrerem à via judicial dos tribunais do Estado.

3.10. Restante conteúdo do Projecto de Lei

Na justiça medida em que a redacção proposta para os demais preceitos não implica qualquer influência sobre o regular funcionamento das instâncias judiciais e do exercício da função jurisdicional nos termos constitucionalmente previstos, antes resume-se a matéria com natureza de política legislativa, é nosso parecer que o Conselho Superior da Magistratura deve abster-se de sobre a mesma efectivar qualquer outra observação.

★

Submete-se o presente parecer ao melhor e douto entendimento de Vossa Excelência.

★

Lisboa, 08 de Maio de 2009.

Joel Timóteo Ramos Pereira

Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

ANEXO — Proposta de Lei n.º 257(GOV)

Parlamentares