



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

Despacho:

P A R E C E R

Ref.^a: Proc. 09-443/D – Gabinete de Apoio

Assunto: Anteprojecto de Proposta de Nova Lei de Arbitragem Voluntária
(2.^a versão)

1. Objecto

Pelo Exmo. Senhor Chefe de Gabinete do Ministro da Justiça, foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura, com pedido de emissão de parecer, o Anteprojecto de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária.

Por Sua Excelência, o Exmo. Chefe de Gabinete do Conselho Superior da Magistratura, foi determinado que sobre esta matéria seja emitido parecer.

2. Âmbito

O texto submetido para elaboração de parecer consiste num projecto de nova Lei de Arbitragem Voluntária, visando 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.

Sobre esta matéria já foi emitido parecer por este Gabinete, datado de 08 de Maio de 2009, ainda que versando sobre uma proposta elaborada pela Associação Portuguesa de Arbitragem. Na medida em que essa proposta foi em grande parte acolhida pelo presente Anteprojecto em



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

análise, efectivar-se-á uma apreciação na generalidade do documento, assinalando-se o relevante que não tenha sido objecto de acolhimento por parte do Ministério da Justiça.

113. 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 adequadas», devendo «explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente, quando for esse o caso»]-

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



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

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 9 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 arbitral, 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.

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 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



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

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

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».

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”. 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*».

3.6. Recurso à equidade

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 determinem, por acordo, que julguem por equidade».

O julgamento segundo a equidade só é possível quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 4.º do Código Civil. 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, sem prejuízo do ora projectado para o n.º 2 do artigo 39.º.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

3.7. Composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo

O projectado n.º 3 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*».

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

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



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

puder formar-se maioria, o presidente do tribunal tem voto de qualidade e os demais árbitros exararam o respectivo voto de vencido».

3.9. Prorrogação do prazo para prolação de sentença

3.9.1. No projectado artigo 43.º, além do aumento de seis para doze meses o prazo para a prolação da sentença, o n.º 2 prevê-se a possibilidade de livre prorrogação desse prazo, por acordo das partes ou decisão do Tribunal, com a salvaguarda de ambas as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação.

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

3.9.2. 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. Anulação da decisão arbitral

O projectado artigo 46.º prevê os casos em que é possível a anulação da decisão arbitral, estabelecendo o n.º 3 uma enumeração *taxativa*, à semelhança do que sucede actualmente no n.º 1 do art.º 27.º da LAV: «só pode ser anulada (...)».

Apesar da justificada necessidade de limitação dos fundamentos de anulação da decisão arbitral, a doutrina tem vindo a afirmar existirem razões ponderosas para admitir pelo menos mais dois fundamentos adicionais de anulação da decisão arbitral, que todavia não se encontram plasmadas no anteprojecto em apreço.

O primeiro desses fundamentos consiste na violação pelos árbitros das estipulações contidas na convenção de arbitragem, com influência decisiva na resolução do litígio, já que a arbitragem voluntária tem um fundamento contratual. Tal sucede, designadamente, quando



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

os árbitros decidam segundo a equidade sem para tal estarem autorizados pelas partes e, na arbitragem transnacional, quando os árbitros não apliquem o Direito escolhido pelas partes.

O segundo dos fundamentos, embora menos consensual, na arbitragem transnacional tem de se admitir a anulabilidade da decisão com fundamento em violação da ordem pública internacional do Estado português. Na verdade, em sede de reconhecimento das decisões arbitrais não nacionais, quer a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, quer o direito interno português estabelecem que a contrariedade à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento constitui um fundamento de recusa de reconhecimento (*cfr.*, por todos, neste sentido, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 310 ss., 326 ss.). Deste modo, a decisão proferida por tribunais arbitrais nacionais deve estar sujeita ao controlo da sua conformidade com a ordem pública internacional e caso não esteja em conformidade, deve ser passível de anulação.

3.11. 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.

*

Aos 22 de Dezembro de 2010.

Joel Timóteo Ramos Pereira

Juiz de Direito de Círculo

Adjunto do Gabinete de Apoio do Conselho Superior da Magistratura