



S. R.

1514

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

*Boa tarde
Boa noite
Lisboa, 27/12/2011*

Despacho:

Envia-se, por e-mail, os ditos ofícios do CSM e ofício de parecer proferido e o ofício de aditamento (ff. 1472 e 1511) / para que, tendo achado conveniente de fornecerem o seu parecer em 10 (dez) dias. Não sendo dado ou seguido, deverá o parecer e o aditamento do CSM ser devolvidos e providos.

Lisboa, 27/01/2011

*ff. 1511
(no ofício de aditamento) / substituição de
efetivada 1.*

PARECER

Ref.ª: Proc. 99-43/D – Gabinete de Apoio
Assunto: Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 48/XI/2.ª (GOV) e o Projecto de Lei n.º 264/XI/1.ª (CDS-PP).

1. Objecto

Pelo Exmo Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, foi remetido em 18.01.2011, a a Proposta de Lei n.º 48/XI/2.ª (GOV) e o Projecto de Lei n.º 264/XI/1.ª (CDS-PP), que visa alterar a Lei de Arbitragem Voluntária.

Por despacho do Exmo. Senhor Chefe de Gabinete de Apoio do CSM, de 24.01.2011, foi determinada a emissão de parecer.

2. Âmbito

O texto submetido para elaboração de parecer consiste, por um lado, na proposta de uma nova Lei da 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. Por sua vez, o projecto de Lei apresentado pelo CDS-PP visa proceder à alteração de algumas normas da actual Lei de Arbitragem Voluntária.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

3. Apreciação

Em fase anterior, o Governo solicitou ao Conselho Superior da Magistratura a elaboração de parecer em relação ao projecto da proposta de lei que pretendia apresentar na Assembleia da República. Praticamente todas as sugestões propostas foram objecto de acolhimento, pelo que o presente parecer circunscrever-se-á a enunciar as matérias que se consideram relevantes e em que se suscita alguma reserva, procedendo-se à apreciação conjunta do Projecto de Lei n.º 264/XI/1.ª (CDS-PP).

3.1. Elementos positivos

3.1.1. A redacção proposta para o artigo 1.º contém uma alteração fundamental relativamente à actual LAV (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), mediante a 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. Prevalência de decisão sobre competência proferida por tribunal do Estado

A previsão constante no n.º 3 do art.º 6.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.

3.1.3. Impugnação de decisões interlocutórias

A norma do proposto art.º 17.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 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.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

3.1.4. Recurso à equidade

Nos termos projectados para o 36.º da proposta de lei, 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 36.º.

3.1.5. Prorrogação do prazo para prolação de sentença

No projectado artigo 40.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.

3.1.6. 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.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

3.1.7. Casos de anulação da sentença arbitral

O projectado artigo 44.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 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.

Regista-se, com agrado, que a proposta de lei apresentada pelo Governo salvaguarda precisamente estas situações, ao prever-se no projectado n.º 4 do artigo 44.º que a sentença arbitral pode ser anulada pelo tribunal competente se este verificar que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da presente lei; ou o conteúdo da sentença contrarie os princípios da ordem pública. A mesma previsão consta do Projecto de Lei n.º 246/XI – nova alínea *a*) do n.º 1 do art.º 27.º.

3.2. Providências cautelares

A única matéria que se suscita reserva — mais prática do que da sua mais valia em termos de consagração legislativa, consiste no regime previsto para as 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



S. R.

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 18.^o da proposta, 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 23.^o, n.^o 1 da proposta ora apresentada, 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 decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal do Estado português competente».

Neste aspecto, os termos constantes do Projecto de Lei n.^o 246/XI parecem mais adequados, designadamente quando no projectado aditamento do artigo 21.^o-A se prevê que «a convenção de arbitragem não preclude nem prejudica a apresentação de providências cautelares junto dos tribunais judiciais, antes ou depois de constituído o tribunal arbitral».

3.3. Restante conteúdo da Proposta de Lei

Na justa 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.

*

Aos 27 de Dezembro de 2010.

Joel Timóteo Ramos Pereira

Juiz de Direito de Círculo

Adjunto do Gabinete de Apoio do Conselho Superior da Magistratura