

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 suceder¹ 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 n.º 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 aportações dos juristas a que se refere Armindo Ribeiro Mendes (Balanço de 20 anos de vigência da LAV... e necessidade de alterações, em Intervenções no 1.º 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.

Mesmo em França a composição amigável “constitui fundamentalmente uma decisão segundo a equidade”. A ideia de a relacionar com a conciliação não é o caminho a seguir, “uma vez que todo o tribunal arbitral deve procurar conciliar as partes”²¹.

Respeitando, obviamente, o critério que terá suportado as soluções contidas no projecto da APA, afigura-se que ele deverá ser repensado.

O art. 35, criado pela A.R. para a arbitragem internacional, nunca até agora, ao que supomos, terá sido invocado, a não ser, e com justificadas reticências, na doutrina.

E a equidade ?

10. Diz-se no art. 39, 1, do projecto 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”

²¹ Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional... cit., p. 164-165.

No art. 52,1, a fórmula é quase a mesma, e é a habitual: “As partes podem designar as normas de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade”.

11. O que deve ser entendido por equidade – a sua, por assim dizer, intensidade – está abundantemente e em profundidade debatido na nossa doutrina.

E como no projecto da lei constituenda não se toma (naturalmente) posição de fundo sobre os possíveis critérios de decisão, direi apenas:

- (a) deve ficar dito que essa “faculdade” deve ser conferida expressamente;
- (b) a decisão de equidade deve ser fundamentada, embora sumariamente²².
- (c) e deve, como toda a decisão arbitral, respeitar os princípios da ordem pública²³.

²² Faustino Cordón Moreno, El arbitraje de derecho privado, ed. Thomson-Civitas, 2005, p. 237. Contra Frederic Munné Catarina, El arbitraje en la ley 60/2003, ed. Experiencia, Barcelona, 2004, p. 151.

²³ Francesco Galgano, L'equità degli arbitri, na Riv. Trim. Dir. Proc. Civile, 1991, p. 416, Fabrizio Criscuolo, Arbitrato di equità e norme inderogabile, na Riv. dell'Arb., 1992, p. 329 s. e Chiara Tenella Silanni, L'arbitrato di equità, ed. Giuffrè, 2006, p. 51, que entretanto reconhece o risco de a equidade ser um termo extremamente polissémico e por isso não fácil de enquadrar em limites claramente pre-definidos (p.1). Como lembra Sergio La China (L'Arbitrato..., 3ª ed., 2007, Giuffrè, p. 205) as partes quando autorizam o julgamento de equidade não têm, muitas vezes, uma ideia nítida do que pretendem obter. Só que essa “indeterminação” inicial não poderá condicionar a observância de princípios essenciais.

12. Entende Armindo Ribeiro Mendes²⁴ não ser de manter a solução rígida de as partes apenas poderem autorizar os árbitros a julgar segundo a equidade na convenção de arbitragem ou em documento escrito até à aceitação do primeiro árbitro.

E aponta para uma maior flexibilidade: as partes deverão poder acordar nesse critério no decurso do processo, até à solução final.

Em princípio parece não se descortinar obstáculo a que a missão de julgar segundo a equidade seja atribuída aos árbitros no decurso do processo arbitral.

Realmente a equidade não altera a fase probatória. A equidade tem a ver com a aplicação da norma aos factos apurados; é indiferente à produção da prova (“resta del tutto indifferente dal modo in cui sono stati accertati i fatti di causa”)²⁵. E, como lembra Ribeiro Mendes, o § 1051, 3, do germânico ZPO admite que a “autorização” dada aos árbitros o seja “até à decisão final do (processo)”.

13. Um aspecto parece, no entanto, de esclarecer. Quando as leis de arbitragem – este, precisamente, o caso do § 1051, 3, do ZPO alemão – autorizam os árbitros a julgar segundo a equidade estão a conferir-lhe uma faculdade. Se os árbitros utilizarem essa faculdade ficam inibidos de aplicar exclusivamente normas de direito (legislado), a não ser que elas coincidam com um critério de equidade (o que deverá ser dito explicitamente).

²⁴ Balança cit., p. 57.

²⁵ Gian Franco Ricci, La consulenza técnica nel'arbitrato, na Riv. dell'Arb., 2003, maxime p. 18.

Partindo deste pressuposto a solução aventada por Ribeiro Mendes será de figurar.

O art. 39, 1, do projecto é que justifica reparo²⁶. Com efeito, de uma autorização não pode advir uma incumbência. O uso de uma faculdade não carece de ser aceite. Mas uma incumbência tê-lo-á que ser.

A aceitação pelos árbitros da missão de intervir no processo arbitral é um marco fundamental no desenvolvimento deste. Desde logo é com base nele que usualmente se conta o “*spatium temporis*” que definirá o seu início e o seu fim. Com essa aceitação o árbitro passa a ser um juiz privado, “*voluti da ambedue le parti, investiti di poteri e dover anche dar torto alla parte che li nominò*”²⁷.

Ora, sendo assim, que fazer se os árbitros, a meio do processo, não aceitarem a incumbência (sic) só então recebida ?

14. Em Itália, já antes da reforma de 2006 do CPC era assinalada a distinção entre a determinação para que os árbitros julgassem segundo a equidade e a mera autorização para que o pudessem fazer. Giuseppe Ruffini em 2004 chamava a atenção para a “*profonda differenza esistente tra la richiesta di decisione secondo equità e la semplice autorizzazione a pronunciare secondo equità (...)*”²⁸.

Aquela reforma de 2006, ao alterar o art. 822 do CPC, acolheu concludentemente a distinção.

²⁶ Diz-se nele: “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” (o sublinhado é meu).

²⁷ Sergio La China, *ob. cit.*, p. 89.

²⁸ Lodo secondo diritto ed arbitrato di equità, na *Riv. dell'Arb.*, 2004, p. 135 s., maxime p. 136.

Dizia o preceito antes da nova redacção que as partes podiam autorizar os árbitros a pronunciar-se segundo a equidade. Diz agora que as partes podem dispor que os árbitros se pronunciem segundo a equidade²⁹.

15. De qualquer modo é de duvidar que o projecto adopte uma solução aliás tão concludente e simples como a do actual art. 822 CPC italiano. Ficará na ambiguidade contida no art. 39, 1, em que fala por um lado em incumbência e por outro em autorização.

Mas nada impede que pela disponibilidade de que as partes dispõem ao estabelecer a convenção de arbitragem digam, ex-professo, que os árbitros julgarão segundo a equidade. Ou seja, que os incumbam de actuar assim. Não autorizam: “incumbem”. É o que, aliás, permite o referido art. 39, 1 do projecto, “resolvida” que seja a aporia que contem: “incumbência” versus autorização.

Arbitrabilidade

16. Em coerência com uma posição doutrinamente já assumida por um dos dois principais autores do projecto da APA³⁰ adopta-se neste (art. 1, n.ºs 1 e

²⁹ Vistas bem as coisas, e feita a irreversível equivalência entre a equité não francesa e a amiable composition francesa, é o que estabelecem com nitidez os arts. 1474 e 1497 do CPC francês. E, sintomaticamente, o primeiro desse preceito, referente à arbitragem “interna”, é citado no projecto para justificar o recurso...à equidade.

2), no tocante à arbitrabilidade, o critério da patrimonialidade do litígio conjugado com o da transigibilidade para os litígios que não envolvam interesses de natureza não patrimonial.

No seu estudo refere Sampaio Caramelo que é esta a solução assumida no ZPO alemão (versão de 1997) no § 1030 (1)³¹.

É sabido que o sistema alemão se baseou, pelo menos em parte, na Lei federal suíça de 1987 sobre o DIP (no art. 177, 1)³².

17. Mas entre nós parece não ter encontrado receptivo eco a posição de Sampaio Caramelo.

Já conhecido aquele estudo, pronunciou-se em desfavor do critério da patrimonialidade (“que transforma em casos difíceis alguns casos de resolução fácil segundo o critério da disponibilidade”) Carlos Ferreira de Almeida³³.

³⁰ Jornal de Negócios de 20.5.2009. O estudo de António Sampaio Caramelo sobre o tema em questão (A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – Reflexões “de jure condendo” está publicado na ROA, 2006, p. 1233 s.

³¹ O qual dispõe: “Qualquer pretensão de natureza patrimonial pode ser objecto duma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões não-patrimoniais produz efeitos jurídicos quando as partes puderem transigir sobre o objecto do litígio”.

³² A Concordata suíça de 27.3.1969, respeitante à arbitragem interna, assumira uma perspectiva diferente. “L’arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties (...)” – art. 5. Não é unívoca a posição de que o critério do LDIP resulta mais “accueillante” que o da Concordata: Para alguns, como Andreas Buchet, a lei federal resulta mais restritiva que o art. 5 da Concordata, uma vez que existem direitos não patrimoniais de que as partes podem livremente dispor. Outros entendem o contrário (cfr. a problemática assim posta em Lalive - Poudret – Reymond, Le Droit de l’Arbitrage interne et international en Suisse, ed. Payot – Lausanne, 1989, p. 303-312). Daí a “cautela” assumida na lei alemã.

³³ em Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, em Intervenções no 1º Congresso do C.A. da CCIP, p. 80 s, maxime p. 87. Não tão categórico nem motivado Ribeiro Mendes entende que lhe parece matéria “carecida de ponderação e debate doutrinal” (cit. estudo em Intervenções, p. 56). Entretanto, Paula Costa e Silva aponta, incidentalmente, para o critério da “disponibilidade dos direitos” (em O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias..., O Direito, 2008, p. 735 s, maxime p. 750).

Entretanto, Lima Pinheiro havia já posto o problema com detalhe, sobretudo no tocante à arbitrabilidade objectiva, que é a que tem a ver com a natureza do objecto do litígio³⁴.

Disse, em síntese:

“São indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que são irrenunciáveis. Por exemplo, os direitos familiares pessoais, os direitos de personalidade e o direito de alimentos são indisponíveis.

Em regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos de personalidade indisponíveis. Mas há excepções, razão por que o critério da disponibilidade do direito não se identifica com o critério da natureza patrimonial da pretensão³⁵.

18. É de dizer que, além do ZPO alemão, acolhem o sistema da patrimonialidade por ex., os direitos austriaco (ZPO – 2006) e sérvio (lei de 25.5.2006).

Dispõe o art. 582 do ZPO austriaco:

“Qualquer direito de natureza patrimonial(...) pode ser objecto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem que diga respeito a créditos não patrimoniais apenas produz efeitos jurídicos na medida em que as partes possam transigir quanto ao objecto do litígio”³⁶.

³⁴ em Convenção de Arbitragem (Aspectos Internos e Transnacionais), na ROA, 2004, p. 125 s. maxime p. 147.

³⁵ est. cit., p. 149.

³⁶ Cfr. Christian Aschaeur, Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco, na Riv. dell'Arb., 2006, p. 237 s., maxime p. 242 e Andreas Reiner, La réforme du droit autrichien de l'arbitrage..., na RA, 2006, p. 402 s., maxime p. 409.

Quanto à lei da República da Sérvia consta do art. 5:

“Uma arbitragem pode ser convencionada para a resolução de um litígio patrimonial que releve da disponibilidade das partes, à exceção dos litígios relativamente aos quais um tribunal (estadual) tenha competência exclusiva”³⁷.

19. Nos termos do art. 1 da Lei brasileira nº 9307, de 23.9.1996, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Sensivelmente idênticas, neste concreto aspecto, são as leis da Costa Rica (D.L. 7727, de 1997) e do Paraguai (L. 1879, de 2002)³⁸.

20. O sistema francês, constante do art. 2060 do Código Civil, tem como inarbitráveis todas as matérias “qui intéressent à l’ordre public”³⁹.

³⁷ Cfr. Toma Rajcevic, La loi sur l’arbitrage de la République de Serbie, na RA, 2006, p. 1091 (com o texto da lei).

³⁸ Cfr. Mantilla Serrano, est. cit. p. 578, que sublinha o contraste entre essas três leis e a generalidade das leis dos Estados latino-americanos, que optam pelo critério da livre disponibilidade. No que respeita ao México e ao Chile consideram arbitráveis todas as questões de natureza comercial, contratual ou extracontratual, salvo disposição em contrário (Mantilla-Serrano, id.). Dir-se-á, incidentalmente, que este é o adoptado na lei de Macau sobre arbitragem externa (D.L. nº 55/98/M, de 23 de Novembro). No que respeita à lei brasileira cfr., no entanto, Lima Pinheiro (ob. cit. de 2004, p. 148). Cfr., também, no sentido do texto, que é o literal, João Bosco Lee, Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil, na RA., 1997, p. 199 s, maxime p. 202.

³⁹ Cfr., desenvolvadamente, Nathalie Coipel-Cordonnier, Les conventions d’arbitrage et d’élection de for en droit international privé, LGDJ., 1999, p. 220 s.

21. Ouvidos, como é natural, e como tem acontecido como regra no processo de formação de uma nova lei de arbitragem, diversificados pontos de vista, tender-se-á, ao que creio, a optar pelo critério da disponibilidade. De qualquer modo, é de considerar muito útil a aporção do projecto da LAV, que tem a seu favor, além do mais, relevantes precedentes legislativos.

No tocante ao critério da transigibilidade ele ganhou adeptos na doutrina e legislações de relevo, como por ex., a sueca (lei de 4.3.1999) e a belga (lei de 1972 - 1998)⁴⁰.

Os tribunais arbitrais e as medidas cautelares As “ordens preliminares”

22. Não contem a LAV (1986) qualquer previsão quanto à competência dos tribunais arbitrais para decretar medidas cautelares.

Para Bento Soares – Moura Ramos deste silêncio resulta que “o tribunal arbitral só terá competência para decretar tais medidas quando as partes lhe conferirem expressamente tal poder”⁴¹.

⁴⁰ Cfr., em Itália, onde o critério da “transigibilidade” foi substituído pelo da “disponibilidade”, cfr. Gian Franco Ricci, Della “transigibilità” alla “disponibilità del diritto...”, na Riv. dell’Arb., 2006, p. 265-279.

⁴¹ Contratos internacionais... Arbitragem, Almedina, 1986, p. 382. No mesmo sentido, em tese geral, Sébastien Besson (Arbitrage international et mesures provisoires... Schulthess, 1998, p. 92. e Poudret-Besson, Droit Comparé de l’Arbitrage International cit, p. 551, que argumentam que a competência do árbitro para ordenar uma medida cautelar distingue-se do seu poder para julgar o processo arbitral).

Entretanto, mesmo em França, onde nada se diz no CPC sobre a questão, a doutrina dominante é no sentido da desnecessidade de uma previsão expressa⁴². Neste sentido se pronunciaram, designadamente, Paula Costa e Silva⁴³ e Lima Pinheiro⁴⁴.

De qualquer modo, e para obstar a diferentes entendimentos, avisado será prever expressamente a competência cautelar dos tribunais arbitrais.

A isso se limitava, numa formulação feliz, o art. 17 da Lei-Modelo, antes das alterações e aditamentos de 2006.

Assim, entre algumas das leis recentes e representativas poder-se-ão indicar o ZPO alemão (§1041, 1), a lei espanhola de 2003 (art. 23, 1), o ZPO austríaco – 2006 (art. 593) e a lei sérvia de 2006 (art. 15).

Entretanto, na Holanda o CPC (WBR) – 1986, no art. 1051, 1, impõe que sejam as partes a atribuir competência cautelar aos árbitros⁴⁵.

Como é sabido, no sistema italiano mantem-se vivo e actuante o registo de Salvatore Satta, feito em 1971: “che gli arbitri non possano concedere o

⁴² Cfr. Fouchard-Gaillard-Goldman, Traité...cit. p. 729.

⁴³ A arbitrabilidade das medidas cautelares, na ROA, 2003, p. 211 s. São aqui perspectivadas, em detalhe, as mais relevantes áreas de reflexão.

⁴⁴ Convenção de Arbitragem... (2004) cit., p. 130. Cfr., também, Mário Raposo, Tribunais Arbitrais e Medidas Cautelares, em Estudos sobre Arbitragem Comercial...cit, p. 37-49. Será, pois, de acolher a existência de poderes implícitos ou inerentes (id., p. 38). Mais rigorosamente parece, no entanto, de distinguir a natureza de uns e de outros. Os poderes inerentes radicam na própria função arbitral, tal como a lei a configura. Os poderes implícitos advêm da vontade tácita das partes (Craig-Park-Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3ª ed., Oceana, Nova Iorque, 2000, p. 460-461).

⁴⁵ Lebre de Freitas (Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem, em Estudos Magalhães Collaço, II, Almedina, 2002, p. 625) nega peremptoriamente poder cautelar aos árbitros desde que ele não seja expressamente atribuído na convenção de arbitragem.

