

REVISTA INTERNACIONAL DE

ANUAL - ANO 2010

ARBITRAGEM

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

E CONCILIAÇÃO



ALMEDINA



APA

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

Doutrina

Vida Institucional

Legislação

Jurisprudência

e Documentação

Notícias

Crónicas

Recensões

**REVISTA INTERNACIONAL DE
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**

Ano 2010

Director

Dário Moira Vicente

Sub-director

Armindo Ribeiro Mendes

Director Adjunto

António Vieira da Silva

Sede da Redacção

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua de Santa Bárbara, 46 – 5º

1169-015 Lisboa

apa@arbitragem.pt

Proprietário

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua S. Bárbara, 46 – 5º

1169-015 Lisboa

N.º de registo de pessoa colectiva: 507 507 207

www.arbitragem.pt

Editor

Edições Almedina, SA.

Av. Fernão de Magalhães, n.º 584, 5.º andar

3000-174 Coimbra

www.almedina.net

editora@almedina.net

Data

Dezembro/2010

Depósito Legal

292271/00

Tiragem

500 exemplares

N.º de registo na ERC

125619

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

ANO III – 2010

DOCTRINA

VIDA INSTITUCIONAL

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

ÍNDICE

DOCTRINA

- Em torno do árbitro 7
Carlos Alberto Carmona
- La Ley Española de Arbitraje 27
Fernando Mantilla-Serrano
- Addition of Parties: A Vacuum Left by the Model Law in Need of Internationally Approved Rules 45
Miguel Galvão Teles
- O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária 63
Lino Diarmvuta
- As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional 105
Pedro Metello de Nápoles
- German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law 117
Peter F. Schlosser

VIDA INSTITUCIONAL

- Actividades da Associação Portuguesa de Arbitragem de Setembro de 2009 a Setembro de 2010 139
José Robín de Andrade

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

- Do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/03/2009 145
José Miguel Júdice e António Pedro Pinto Monteiro
- Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária da Associação Portuguesa de Arbitragem (2010) 167

Código Deontológico do Árbitro (2010) 231

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010)... 237

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

Crónica de jurisprudência portuguesa em 2009 257
Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes,

Colóquio APA «Uma nova lei de arbitragem para Portugal» 301
Pedro Siza Vieira

Carlos Alberto Carmona

*Professor do Departamento de Direito Processual da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil
Advogado*

Em torno do árbitro

SUMÁRIO: 1. *Arbitration is different*. 2. Participação popular na administração da Justiça. 3. Processualização da arbitragem. 4. Independência e imparcialidade. 5. Neutralidade. 6. Árbitro e Justiça. 7. Arbitragens e omitorrincos.

"Honest arbitrators do not manifestly disregard the Law. But they may well misconstrue the law, or misapply it, or get the facts wrong. So, of course, may judges, administrative agencies, tax assessors, and other decision-makers. But whereas in virtually every judicial system a losing party has at least a chance to challenge the outcome of a legal proceeding, arbitration is different."¹

1. *Arbitration is different*

Sistema – e peço perdão pela simplificação rasteira – é uma reunião ou combinação orgânica de proposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. Se assim é, não vejo problema algum em reconhecer que a arbitragem constitui um verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de

¹ Andreas Lowenfeld, "Can arbitration coexist with judicial review?" in Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades, Nova Iorque, Juris Publishing, 2005, p. 191.

solução de litígios de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais.

O reconhecimento de que a arbitragem forma um sistema, com métodos próprios e proposições específicas, justifica em grande parte seu sucesso recente no Brasil, muitas vezes atribuído – erroneamente – à grave crise do Poder Judiciário e ao descompasso de nosso processo estatal (envelhecimento do sistema processual fornecido pelo Estado). A *crise do Poder Judiciário* não explica, por si só, o crescimento galopante da arbitragem em nosso país: é verdade que a educação dada aos juízes não os prepara para a *arte de julgar bem* (as faculdades não preparam adequadamente os bacharéis para a judicatura, as escolas da magistratura ainda não decolaram, os juízes que ingressam na magistratura são cada vez mais jovens e inexperientes); é verdade que os juízes *não têm tempo* (cada magistrado lida com alguns milhares de processos, os julgadores não conseguem atender os advogados em seus gabinetes, acumulam funções que não conseguem desempenhar a contento); é verdade que os juízes não dispõem da *estrutura necessária* para decidir e fazer implementar suas decisões (os cartórios continuam a manter arcabouços funcionais arcaicos, faltam máquinas, equipamentos e pessoal adequados). Mas também é verdade que os contendentes não escolhem a arbitragem para poder fugir deste horror, e sim porque querem um *método diferente* de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático. Se é verdade incontestemente que o Poder Judiciário tem sérias dificuldades no Brasil,² também é fato sabido que em países desenvolvidos, nos quais o Judiciário anda muito bem, a arbitragem desenvolve-se à larga.

Quanto à *crise do processo* (o sistema processual, desnecessário dizer, apresenta disfunção evidente), não creio que seja essa a causa do

² Para uma melhor localização dos problemas que atingem o Poder Judiciário, nada melhor que a leitura do "Diagnóstico do Poder Judiciário", trabalho preparado pelo Ministério da Justiça em 2004 a partir de consultoria contratada pela Secretaria da Reforma do Judiciário junto à Fundação Getúlio Vargas (SP), com o objetivo de realizar um mapeamento de recursos humanos e materiais com todas as instituições que compõem o Poder Judiciário brasileiro. Apesar de já estarem superados os dados colhidos à época, o material serve para mostrar quais são os gargalos de nossas cortes.

sucesso da arbitragem: o que as partes querem da arbitragem não é a superação das falhas do processo (deste, claudicante, que aí está ou de qualquer outro que o Estado venha a nos ofertar).³ Querem os contendentes outro método, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema.

A arbitragem, portanto, compõe uma estrutura *diferente* daquela oferecida pelo Estado para a solução de controvérsias.

Diferente não quer dizer *oposto*, não significa *avesso*. Arbitragem e processo (estatal) não se repelem. Completam-se, amoldam-se, amalgamam-se. Mas são diferentes.

Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal.

Isto significa que o processo arbitral encontra um ambiente aberto à flexibilidade, o que não acontece em nossas abafadas cortes estatais. Esta flexibilidade procedimental, como é natural, torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e aumentar sua capacidade de entender o direito que devem aplicar.

Este ambiente de liberdade que permeia a arbitragem põe em realce seu protagonista: o árbitro.

³ No momento em que escrevo este ensaio, está em plena atividade uma comissão de juristas nomeada pelo Senado da República para apresentação de anteprojeto de um novo Código de Processo Civil para o Brasil. Francamente, não creio que o país precise de um novo código; precisa, isto sim, de mais investimentos na estrutura judiciária.

2. Participação popular na administração da justiça

São muitos os caminhos da Justiça, e múltiplas as formas de participação social na sua administração. Conciliadores, juízes leigos (os antigos pretores do Rio Grande do Sul), jurados, árbitros, todos participam, de algum modo, da administração da justiça em nosso país, legitimando-a democraticamente. Estas fórmulas democráticas, abertas e modernas de exercitar a jurisdição provocam uma reflexão necessária: jurisdição ainda é uma função estatal?

É arraigada em nossa doutrina nacional a idéia de que a jurisdição é função do Estado, e de mais ninguém. O poder de julgar – diziam os nossos antigos – “pertence à nação, que o exerce por meio de seus juízes”⁴. Assim, o *judicial* apropriava-se do *jurisdicional*, criando um bloco difícil de separar, e todos nós criamo-nos e crescemos à sombra deste ajuntamento artificial e impreciso. Chegado o terceiro milênio, não há mais como manter a liga.

Se jurisdição é poder, função e atividade (*poder* de impor uma decisão, *função* de promover a realização do direito e *atividade* desenvolvida por meio de um processo)⁵, não é possível que só o juiz estatal a

⁴ Mário Guimarães, *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 53. João Mendes de Almeida Junior (*Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 31) já pregava esta antiga lição no início do século passado: “A Jurisdição, função de declarar o direito aplicável aos factos, é a causa final específica da actividade do Poder Judiciário. Assim como é função própria e exclusiva do poder Legislativo a de fazer leis (*ius dare*, como diziam os Romanos), – a do Poder Executivo executar as leis, *ius exequi*, – é função própria e exclusiva do Poder Judiciário dizer a lei existente aplicável a um facto occorrente nas relações entre indivíduos, *ius dicere*”.

⁵ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco já diziam isso desde a primeira edição de seu emblemático *Teoria Geral do Processo* (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1974, p. 81), embora fixassem a jurisdição como uma das funções do Estado. Ada e Cândido tiveram oportunidade, nos anos seguintes, de voltar ao tema da jurisdição, amenizando as posturas rígidas (fruto da época em que, de modo pioneiro, lançaram a idéia de uma matéria dedicada ao estudo da teoria geral do processo nas Arcadas). Ada Pellegrini Grinover escreveu, anos mais tarde (“A conciliação extrajudicial”, in *Participação de Processo*, coord. de Adu P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, Ed. RT, p. 293), que a atividade conciliativa extrajudicial também estaria compreendida na acepção mais ampla de

exerça. O árbitro, juiz privado indicado pelas partes em litígio, decide a contenda vinculando as partes, dita a regra para o caso concreto e faz tudo isso mediante um procedimento em contraditório (processo, portanto). Não vejo diferença ontológica entre uns (os juízes) e outros (os árbitros).

Todos conhecem os termos da discussão sobre a jurisdicionalidade da arbitragem: para um grupo, salta aos olhos a natureza contratual do poder dos árbitros; para outros, a atividade dos julgadores é a mesma dos juízes, pouco importando a forma de investidura (os juízes são investidos de seus poderes pelo Estado; os árbitros são investidos de seus poderes diretamente pelas partes).

A lei brasileira – isso o que mais importa – claramente optou pela vertente jurisdicional. E não fez isso por acaso: fê-lo, bem ou mal, de caso pensado.

Somente após 1996, com a edição da Lei 9.307, a arbitragem floresceu em nosso país. O motor deste desenvolvimento, é claro para mim, foi a proteção legal dada à arbitragem, proteção essa que equiparou o árbitro ao juiz e o laudo à sentença.

Estas equiparações, bem pensadas, incomodaram muito a muitos. Árbitro não é juiz, é árbitro! Equiparar um e outro é criar confusão desnecessária, trazendo ranço do Estado para atividade privada. Se não existe a profissão de árbitro, por que afirmar que o árbitro “no exercício de suas funções” fica equiparado aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 17 da Lei de Arbitragem)? Como afirmar, em sã consciência, que o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei)? A mesma lógica deveria repelir a idéia de que a decisão dos juízes privados pudesse ser denominada de sentença.

jurisdição; Cândido, ao prefaciar minha tese de doutoramento sobre arbitragem (*A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, Malheiros Ed., São Paulo, 1993, p. 7-8), declara, em sua apresentação de amigo e de tutor, que “(...) se o poder estatal é exercido, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nesta caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica)”.

Estas e muitas outras perplexidades formaram um núcleo de riscos calculados quando a Lei de Arbitragem foi editada. O legislador imaginou que a aproximação do juiz e do árbitro emprestaria (como de fato emprestou!) maior força à arbitragem; o mesmo pode ser dito da equiparação das sentenças estatais e arbitrais.

A afirmação de que o árbitro é juiz de fato e de direito, a bem da verdade, não foi do legislador de 1996. O Código de Processo Civil de 1973 já dizia isso (art.1.078)⁶. Entendia a doutrina de então que a afirmação deveria ser entendida como a atribuição de poderes ao árbitro para apurar os fatos em que as partes se embasaram para pedir o reconhecimento de seus direitos e decidir a lide aplicando o direito. O artigo 18 da Lei de Arbitragem faz lembrar a idéia de que em alguns juízos separam-se as decisões de fato das decisões de direito: no julgamento pelo júri há apenas apreciação dos fatos, enquanto em determinados recursos (recurso especial, recurso extraordinário) a matéria em questão é apenas de direito. Talvez o legislador de 1973 (imitado pelo de 1996) tenha querido reforçar a idéia de que o árbitro – tal qual o juiz – julgará o fato e aplicará a lei ao caso concreto (concretização da norma). Estas fórmulas legislativas, repetidas, acabam reforçando idéias; creio que tenha sido esta a intenção do legislador: reforçar a aproximação entre juízes e árbitros, deixando à mostra a identidade dos respectivos poderes, funções e atividades.

O mesmo pode ser dito do art. 17 da Lei de Arbitragem, que em certa medida evoca o que dispunha o art. 1.083 do Código de Processo Civil de 1973⁷. A idéia do legislador certamente foi a de robustecer a confiança das partes no árbitro escolhido para resolver-lhes o litígio, pois o Estado ameaça e pune aquele que agir de modo temerário no exercício da função jurisdicional. A punição só alcançará aquele que estiver exercendo a função jurisdicional (enquanto a estiver exercendo): cessada a investidura, a equiparação aos funcionários públicos deixar de ter sentido.

⁶ Art. 1.078. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso, salvo se o contrário convençarem as partes.

⁷ Art. 1.083. Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas estabelecidas neste Código acerca dos deveres e responsabilidades dos juízes (art. 133).

Lembro-me, quanto à expressão *sentença arbitral*, das críticas que rondavam o então projeto de lei de arbitragem, que tramitava nos anos 90 no Congresso Nacional. Houve proposta de emenda (no plenário da Câmara), no sentido de que em todos os dispositivos do projeto o termo "sentença arbitral" fosse substituído por "laudo arbitral", pois as decisões arbitrais não poderiam ter os mesmos efeitos das sentenças judiciais. Por que não? Simplesmente porque os árbitros não faziam parte do Poder Judiciário ...

Recebi o encargo, à época, de fornecer subsídios para a rejeição da emenda. Disse então – e digo hoje – que "a conveniência de manter a terminologia do projeto é evidente, eis que a população deve estar certa de que a sentença arbitral terá a mesma eficácia da sentença produzida pelo Poder Judiciário. E se assim não for, será inútil modificar a legislação, pois um dos grandes entraves para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil é – e sempre foi – a necessidade da prévia homologação para 'oficializar' a decisão do árbitro (ou seja, revesti-la da mesma autoridade e eficácia da sentença judicial)"⁸. A emenda – já se sabe – foi rejeitada.

Concluo, portanto, que a concepção do mecanismo arbitral como um método que aumentasse a participação democrática na administração da Justiça deveria vir acompanhada de uma considerável proteção do Estado, sem o que não haveria avanço. O legislador teve sucesso. A jurisdicionalização da arbitragem, paradoxalmente, funcionou como verdadeira armadura, protegendo-a contra ingerências estatais.

3. Processualização da arbitragem

A jurisdicionalização da arbitragem é um bem; a processualização da arbitragem é um mal, que precisa ser combatido. O paladino deste combate será necessariamente o árbitro.

Como já disse, o processo arbitral – por ser processo – necessariamente está informado pelos seus princípios gerais. A própria Lei de

⁸ O texto foi reproduzido no volume *Operação Arbitrer* (Petronio R. G. Muniz, Ed. do Instituto Liberal, 2005, p. 285-288).

Arbitragem encarregou-se de ressaltar os princípios mais relevantes que devem sustentar a arbitragem, mostrando que a imparcialidade e o contraditório são valores que não podem ser violados, seja qual for a escolha das partes acerca do procedimento a ser adotado.

É natural, porém, que os advogados – seja por vezo profissional, seja por conta do interesse de seus clientes – queiram impor ao processo arbitral o mesmo ritmo do processo estatal. Trata-se, não é preciso dizer, de uma verdadeira contradição em termos: se as partes optaram por um sistema diferente (arbitragem) não faz sentido a tentativa de usar mecanismos de outro sistema (o processo estatal). Muitas vezes o árbitro acaba enredado nas teias traçadas pelos advogados de uma ou de outra parte (quando não das duas, cada qual com um interesse diverso, esperando um resultado diferente).

Na arbitragem interna, a grande ameaça é o Código de Processo Civil, cujos dispositivos vem invocados sem cerimônia, ainda que haja regras expressas em contrário no regulamento adotado. É comum que os advogados insistam em preclusões típicas do processo estatal: quem já não viu a insistência histórica de advogados requerendo o desentranhamento deste ou daquele documento por conta de excesso de prazo? Quantas vezes já não se ouviram brados (acompanhados das ameaças de anulação de todo o procedimento) por conta de determinação dos árbitros de oitiva de testemunhas cujo rol foi apresentado tardiamente? Durante a instrução processual estes *ruídos processuais* são mais intensos: é comum ver advogados insistindo na limitação do número de testemunhas e na ordem de inquirição delas, bem como no afastamento de depoentes suspeitos ou impedidos (como se o simples fato de a testemunha comprometer-se a dizer a verdade produzisse no espírito do julgador maior certeza sobre a ocorrência do fato!)

Arbitration is different: os árbitros, dependendo da hipótese, podem querer ouvir todas as testemunhas arroladas, em ordem que pode não coincidir com aquela apresentada no Código de Processo; por outro lado, a prática da arbitragem tem demonstrado que os árbitros raramente afastam uma testemunha impedida ou suspeita, preferindo ouvi-la (como informante, para usar a linguagem do Código!) e avaliar seu depoimento no momento de julgar.

Uma outra variante do tema “Código de Processo Civil *versus* Arbitragem” pode ser notado na flexibilidade do procedimento arbitral, que

permite ao árbitro usar métodos (especialmente na instrução processual) que a lei estatal não predispõe. Assim, os brasileiros já nos estamos acostumando ao *cross questioning*, às *expert witnesses*, aos *opening statemens*. Não vejo mal algum na incorporação (*cum grano salis*) de algumas contribuições dos sistemas anglo-saxões. O importante é que o árbitro não surpreenda as partes, incorporando técnicas não contempladas no regulamento aplicável. Nada melhor do que usar da primeira reunião (entre árbitros, partes e advogados) para anunciar quais serão as armas permitidas e em que medida poderão ser usadas pelo contendentes. Para isso serve a “primeira ordem processual”, técnica usada com muita frequência para informar os litigantes sobre a forma em que se desenrolará o processo.

Se na arbitragem nacional a utilização de algumas técnicas não constantes do ordenamento trazem modernização e agilidade, na arbitragem internacional a “americanização” do processo vem trazendo consequências nefastas. As *soft laws* que paulatinamente vêm à luz sofrem poderosíssima influência norte-americana. Não poderia ser diferente: o que acontece na música, na política e na literatura está acontecendo também com a arbitragem. Assim, árbitros latino-americanos, por exemplo, vêm-se às voltas com *discoveries* e *Redfern Schedules*, participando de um procedimento bem distante dos modelos a que estão acostumados. Por outro lado, a “lei aplicável”, quando eleita contratualmente pelas partes, tem sido entendida como a lei material, nunca a processual: quando os contratos afirmam que será aplicada a lei brasileira *tout court* numa arbitragem administrada por uma entidade arbitral internacional, não ocorre a ninguém que as partes possam estar se referindo também à moldura procedimental indicada na Lei de Arbitragem brasileira. No exemplo indicado, os árbitros sentem-se livres para interpretar o regulamento adotado, e o processo resultante costuma ser algo muito distante do processo brasileiro. Pior que isso, percebe-se que os árbitros estão cada vez mais permeáveis (em matéria de direito processual) aos conceitos da *Lex Fori*, o que produz distorções consideráveis, especialmente quando a “sede da arbitragem” (não tenho simpatia por este conceito, daí as aspas) situa-se em lugar neutro, sem qualquer ligação com as partes, com o contrato ou com a execução das obrigações.

É preciso reconhecer que os diferentes sistemas processuais – de *Civil Law* e de *Common Law* – evocam diferentes comportamentos dos

árbitros. Aqueles provenientes de ambientes anglo-saxões estão acostumados ao "adversarial system", de modo que esperam que as partes se esforcem para produzir as provas do que alegaram, controlando a batalha entre os advogados dos contendentes, mas sem participarem diretamente do confronto. Já os árbitros ligados aos sistemas de *Civil Law* estão afeiçoados à idéia de que precisam participar mais intensamente da experiência probatória ("inquisitorial system") o que possivelmente os tornará mais flexíveis na produção e na avaliação das provas. Tudo isso é mera possibilidade, calcada nas grandes linhas dos ordenamentos jurídicos. A grande verdade é que os árbitros internacionais estão cada vez mais ligados aos conceitos ilusórios de um "processo transnacional" – que não existe e que não passa de um *alter ego* das práticas processuais norte-americanas. O que se pode dizer de concreto é que os advogados que atuam na arbitragem dita internacional estão cada vez mais preocupados em estipular de forma precisa como será organizado o procedimento arbitral, sabendo de antemão que os árbitros tenderão a evitar qualquer desvio de rota para manter a *paridade de armas* convencionada pelos contendentes.⁹

4. Independência e imparcialidade

A jurisdição – seja qual for o órgão dela encarregado (arbitral ou judicial) – só pode ser exercida por julgador independente e imparcial.

A independência é a isenção do órgão julgador de qualquer pressão ou coação que possa intimidá-lo no exercício de sua função; a imparcialidade é a desvinculação do julgador em relação às partes em litígio e aos seus respectivos interesses.

Simples e claro, não? Não.

⁹ Bruno Oppetit (Teoría del Arbitraje, trad. de Eduardo Silva Romero e outros, Legis Ed., Bogotá, 2006, p. 49-50) chama a atenção dos estudiosos para um fenômeno curioso: a arbitragem doméstica parece hoje mais fiel à idéia original da arbitragem do que a arbitragem internacional, vítima de debates processuais múltiplos, que fazem com que se perca de vista a solução de fundo do litígio.

Para que o árbitro seja *independente* parece razoável que não esteja sujeito, em razão de sua atuação, a riscos de sofrerem um mal, um prejuízo, em sua esfera de interesses. Penso, então, na responsabilidade do árbitro por eventuais erros que possa cometer no exercício da função. Se não houver uma quase (*quase!*) completa imunidade, é razoável pensar que poucos aceitarão o encargo, com medo de sofrer as consequências na hipótese de o vencido conseguir, mercê de demanda anulatória, destruir a sentença arbitral. Note-se que pelo sistema adotado pela Lei de Arbitragem, não se permite a anulação do laudo por conta de erro do árbitro na aplicação do direito ou na compreensão do fato, o que me parece completamente razoável. Esta blindagem não atinge, porém, os *errores in procedendo* cometidos pelo árbitro, que estão arrolados no art. 32 da Lei 9.307/96. Os motivos que levam à anulação da sentença arbitral são erros do árbitro. Nem por isso o árbitro responderá por perdas e danos toda a vez que a sentença arbitral for anulada!

A conclusão sustentável acerca deste tema parece ser admitir a responsabilização do árbitro apenas por *dolo* (ou culpa grave, que ao dolo deva equivaler). São, portanto, hipóteses teratológicas as que permitiriam atingir o árbitro: a corrupção (*lato sensu*) do julgador, sempre imperdoável, será o emblema desta bandeira; o excesso de prazo, embora não seja falta tão grave, também pode levar à responsabilização dos julgadores; os demais erros, porém – que dependem sempre da percepção dos tribunais – não podem levar à responsabilização do árbitro, como não levam à responsabilização dos juízes togados.¹⁰

¹⁰ Julian D. M. Lew, em seu estudo *The Immunity of Arbitrators* (Lloyd's of London Press Ltd., Londres, 1990, p. 4) chega à conclusão (depois de apreciar os relatórios nacionais encartados no volume que coordenou) de que apenas nos Estados Unidos a imunidade concedida ao árbitro seria absoluta. Por outro lado, não haveria jurisdição em que os árbitros seriam totalmente responsáveis por qualquer erro que cometessem. Entre estes dois extremos, haveria graus qualificados de responsabilidade do árbitro, técnica adotada pela Alemanha, Inglaterra, Áustria e Noruega, onde o árbitro gozaria de ampla imunidade em relação ao exercício de sua função; França, Espanha e Suécia, por outro lado, não teriam regras limitadoras do direito de ação das partes em relação aos árbitros. Embora o estado já tenha mais de vinte anos, trata-se de indicativo relevante dos diversos critérios que os Estados podem adotar em relação à arbitragem: quanto maior a blindagem do árbitro, maior o grau de independência do julgador.

A linha de pensamento conduz imediatamente a outro ponto, o da *imparcialidade*, que também provocará discussão acerca da responsabilização do árbitro, como já estamos todos assistindo nas recentes batalhas travadas em nossos tribunais, na imprensa, nos órgãos de classe e na *internet*. *Imparcialidade* significa que o julgador deve manter equidistância em relação às partes, tendo então obrigação de revelar às partes qualquer fato que possa – aos olhos delas, partes – comprometer de alguma forma a capacidade de isenção do julgador.

A subjetividade deste enunciado é imensa: como pode o árbitro saber o que, aos olhos da parte, pode comprometer sua imparcialidade? A susceptibilidade e a sensibilidade de cada um é difícil de ser mensurada. Se o árbitro é amigo de algum dos advogados das partes, deve revelar tal fato? Se pertencem ao mesmo clube, à mesma congregação religiosa ou a uma mesma agremiação, tal fato precisa ser declarado? Se os filhos do árbitro e do advogado de alguma das partes estudam na mesma escola, o fato é relevante? Se árbitro e advogado de alguma das partes frequentaram a mesma faculdade, isso precisa ser revelado? Se o árbitro já prestou algum tipo de assessoria a uma subsidiária ou acionista da parte, deve declarar o fato? Se o árbitro já emitiu parecer jurídico a pedido da esposa do advogado de uma das partes devem declarar o fato? Será que o árbitro tem condições de conhecer quem são as empresas de que participam os contendores? Será que a memória do árbitro deve ser tão prodigiosa? Faço estas perguntas baseadas em relatos que tenho ouvido (diretamente dos envolvidos ou acompanhando os noticiários).

Não preciso dizer que as “luzes” do *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* parecem piscar todas ao mesmo tempo, e a cromoterapia propiciada pela poderosa *International Bar Association* – com claro predomínio anglo-saxão e apoio irrestrito dos países desenvolvidos da Europa Ocidental – tende a deixar doentes os latino-americanos, que lêem com espanto e preocupação alguns dos itens daquela conhecida *soft law*.¹¹ Para os brasileiros, creio que algumas das

¹¹ O grupo de trabalho que organizou as “guidelines” era composto por 19 (dezenove) membros, de 14 (quatorze) países distintos. Dentre eles havia apenas um latino-americano (o mexicano Emilio Gonzales de Castilla).

recomendações do guia acabem sendo pesadas demais e não parece que a nossa comunidade arbitral esteja disposta a impor tantos sacrifícios especialmente ao relacionamento entre advogados e árbitros.

Para se proteger de acusação sobre falta de revelação (o árbitro tem que ser imparcial e parecer imparcial), um dos comportamentos possíveis é a revelação de tudo, absolutamente tudo, o que possa ter relação, ainda que remota, com o as partes, com os advogados e com a causa de que o árbitro haverá de se encarregar. Tarefa difícil e perigosa: se o árbitro afirma que revelou tudo, minuciosamente, e – infelicidade! – esquecer algo, ainda que não muito relevante, o fato não poderia ser utilizado pelo vencido para levar a sentença arbitral aos tribunais? Fina a arbitragem alguém (o vencido, é claro!) possivelmente ficará menos satisfeito (ou completamente insatisfeito). Neste momento, a parte infeliz com o resultado do processo arbitral possivelmente contratará um novo advogado, agora da área contenciosa, para *preparar* uma demanda anulatória e o fato eventualmente não declarado (ou, pelo menos, não declarado por escrito) pode dar margem a uma infundável arenga, muitas vezes armada para que a parte vencida possa melhor posicionar-se para a celebração de um acordo.

Outro comportamento possível é a revelação estritamente dos fatos relevantes (aos olhos do árbitro!) que poderiam ligá-lo às partes. Comportamento perigoso: se o árbitro deixa de revelar algo que a parte (vencida) entenda relevante, o fato não poderia ser utilizado para levar a sentença arbitral aos tribunais?

Qualquer um dos dois comportamentos tenderá a criar padrões de revelação bastante complicados: o primeiro, exaustivo, fará com que os árbitros tenham que fazer verdadeiras *due diligences* antes de aceitar o encargo, perquirindo participações acionárias (ainda que remotas), prestações de serviços perdidas no tempo, laços sociais pouco relevantes. O árbitro tenderá a tornar-se um eremita e provavelmente abandonará sua profissão para tornar-se ... árbitro! Espero que isto não aconteça.

Na outra ponta da linha está a revelação apenas dos fatos estritamente relevantes aos olhos do próprio árbitro. A conduta pode levar à instabilidade da arbitragem e podem ser omitidos, por força de sensibilidade pessoal, fatos importantes que, se sabidos pelas partes, teriam afastado um determinado julgador.

In medio virtus: o tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as regras da IBA tenham resolvido o tema. Os brasileiros não participamos da elaboração destas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas. Nossa comunidade arbitral ainda é pequena e isso causa um intenso intercâmbio entre todos os que atuam neste meio: ora integramos um mesmo painel, ora, como advogados, defendemos clientes em pólos opostos, ora somos árbitros e advogados, ora somos advogados e árbitros. Isto não nos causa, aos brasileiros, qualquer constrangimento. Será que causará algum desconforto aos estrangeiros? Nosso jeito afável – mas sério – precisa ser considerado e as regras de convivência entre partes, advogados e árbitros precisam ser adaptadas ao ambiente cultural em que serão aplicadas.

Os regulamentos e os regramentos internacionais que procuram identificar normas para a manutenção da imparcialidade dos árbitros preocupam-se muito com a relação entre árbitros e advogados: a ligação entre eles pode ser relevante para detectar falta de imparcialidade? Se o padrão a ser adotado é o dos impedimentos e suspeições que afetam o juiz togado, não faz sentido tentar estabelecer vínculos entre árbitro e advogado para afastar o primeiro do processo arbitral. O tema da imparcialidade deve ser medido pela proximidade entre parte e árbitro.

É claro que comportamentos patológicos (como a indicação seguida e freqüente de um mesmo árbitro por determinado advogado ou escritório de advocacia) devem ser reprimidos, da mesma forma que ninguém imagina que um advogado possa indicar seu sócio para figurar como árbitro. Mas nenhuma tese resiste à patologia. Tento, portanto, meditar sobre o assunto imaginando situações usuais, fisiológicas.

É preciso também averiguar uma nova variante deste tema sobre imparcialidade e independência: muitas vezes a parte, percebendo derrota iminente (ou já tendo sido derrotada, com a prolação de sentença parcial) acaba provocando seguidos incidentes com o árbitro, indispondo-o propositadamente, o que acaba inexoravelmente provocando sua renúncia. Com efeito, a simples acusação do árbitro de não ter revelado esta ou aquela circunstância periférica de ligação remota com a parte, formulada de modo rústico e pernóstico, causa tamanho mal-estar que acarreta o afastamento do árbitro. Lembro que, em princípio, é o próprio árbitro quem deve responder e julgar os questionamentos ligados à sua

independência e imparcialidade; eventualmente, se assim dispuser o regulamento adotado (em arbitragens administradas), serão formadas comissões (ou a questão será remetida a um órgão administrativo da entidade encarregada de organizar o procedimento), mas em qualquer um dos casos o constrangimento do árbitro será inevitável e dependendo do tom da acusação, o árbitro poderá até sentir-se ofendido, subindo-lhe o sangue aos olhos e ... a parte impugnante terá conseguido exatamente o que queria. O árbitro, como se vê, terá que mostrar habilidade, tranquilidade e preparo para lidar com a delicada situação.

5. Neutralidade

Qualquer julgador, por viver em sociedade, está envolvido pelas circunstâncias que o rodeiam no dia-a-dia. Jornais, televisão, propaganda, *internet*, *out doors*¹², boatos, tudo serve para bombardeá-lo com informações variadas sobre tudo e todos. Quem vive em grandes centros sabe bem o que é isso e é natural receber esta carga midiática inevitável, que nos forma e deforma. Esta plethora de informações produz conseqüências naturais sobre o ânimo do julgador: seja ele árbitro ou juiz togado, sua decisão será influenciada pelo meio em que vive e as opiniões que emitir serão sempre marcadas por tudo que o cerca. Neste sentido, o juiz ou o árbitro não são *neutros*.

Creio que o juiz nunca será neutro: como julgará seus concidadãos no âmbito de seu tribunal, seu convencimento será sempre influenciado fortemente por tudo o que ouve, lê, vivencia e absorve. O juiz está ligado, portanto, às mesmas circunstâncias das partes. As decisões que tomar estarão sempre permeadas por toda esta carga de informações a que está sujeito, embora nem sempre tais influências possam ser detectadas na motivação externada pelo julgador. Explico: os *motivos* de julgar por vezes ficam ocultos, e o processo mental de decisão resta

¹² Na cidade de São Paulo já não temos mais os fumigerados *out doors*, placares enormes contendo propaganda e informação de todo o gênero, poluição visual dissonante, cacofônica e cromatizada que estonteava e entorpecia os milhões de habitantes da metrópole bandeirante.

soterrado pelo raciocínio lógico cuidadosamente tecido com as provas e os fatos constantes dos autos (*motivação ou fundamentação* da decisão).

Se no âmbito nacional os julgadores (juizes ou árbitros) estão umbilicalmente ligados às circunstâncias dos seus jurisdicionados, parece que o mesmo não ocorre quando as fronteiras são atravessadas e o processo estatal cede passo ao processo consensuado (arbitral).

Na arbitragem internacional¹³ a neutralidade é um valor importante, especialmente quando as partes são de nacionalidades diferentes: nenhuma delas ficará satisfeita em ver presidido o painel, por exemplo, por um árbitro da mesma nacionalidade do adversário. Tem início, então, uma tormentosa procura por um *chairman* neutro, ou seja, alguém que não esteja ligado às circunstâncias que rodeiam as partes. Nomeia-se então um belga para presidir uma arbitragem entre uma empresa norte-americana e uma companhia brasileira. A língua, possivelmente, será o inglês. O local? Suíça, outro paraíso de neutralidade (*o leitor já notou que estou usando estereótipos*). A lei aplicável? Imagine-se que seja a brasileira. Ai os problemas tornam-se ainda mais agudos: estaria o árbitro belga habilitado a lidar com a lei brasileira?

Todos sabem perfeitamente que desembocaremos num beco sem saída, pois a busca da neutralidade acaba abafando uma das características mais desejáveis da arbitragem, qual seja, a especialidade do julgador (competência). Conhecer a lei brasileira significa ter acesso a textos, jurisprudência, doutrina, com capacidade de gerenciar todas estas fontes adequadamente. Ainda que o árbitro belga conheça bem o nosso idioma, estará ele à altura das expectativas das partes no quesito conhecimento do direito aplicável? Se o idioma da arbitragem é o inglês, não seria necessário exigir do árbitro o domínio do português (sem o que o julgador não terá acesso às fontes que o informarão sobre a lei aplicável?). O problema não se coloca, naturalmente, apenas para o presidente do painel, mas para todos os seus integrantes. É esperável que a parte norte-americana, neste exemplo que figurei, nomeie um co-nacional para

¹³ Não sei ao certo o que significa a locução "arbitragem internacional", expressão volátil que a Lei de Arbitragem evitou. Uso-a neste ensaio apenas para identificar uma arbitragem em que haja algum elemento de conexão estrangeiro (qualquer um).

integrar o painel que tenha alguma vivência nos sistemas de *Civil Law* (mas não necessariamente um conhecimento profundo e necessário da lei material que deverá aplicar). O resultado final, portanto, pode não ser o esperado e a aplicação da lei escolhida pelas partes, por estrangeiros, pode gerar grande frustração, mesmo com a utilização de *experts* (juristas) que venham depor exatamente sobre algo que os árbitros deveriam conhecer muito bem (a lei aplicável ao caso concreto). Dois valores, portanto, acabam por se defrontar: a neutralidade do julgador e o conhecimento (competência) acerca do direito a ser aplicado ao caso: o primeiro normalmente se sobrepõe ao segundo.

É preciso examinar a situação exposta com serenidade. Ninguém imagina que a arbitragem seja a forma *perfeita* de resolver litígios. A perfeição é divina, a arbitragem não é. Comparando porém a situação que descrevi com o que aconteceria no Poder Judiciário – onde um juiz que não seria neutro aplicaria eventualmente uma lei estrangeira que não conhece – percebe-se com facilidade que a solução arbitral tende a ser superior à estatal em termos de qualidade.

6. Árbitro e Justiça

A expectativa acerca da qualidade do trabalho dos árbitros é alta, já que, sendo especialistas, espera-se sempre uma decisão de ótimo padrão. Expectativa justa, mas nem sempre preenchida.

É preciso, antes de tudo, temperar a idéia de que o árbitro é o especialista na matéria em discussão. Se a disputa diz respeito à construção civil, provavelmente o árbitro será um advogado; se a disputa versa sobre acertos decorrentes de contingências fiscais ou contábeis, o árbitro provavelmente será um advogado; se a contenda decorre de erro médico, o árbitro será advogado; se a questão gira em torno de terras, demarcações ou incorporações o árbitro provavelmente será ... um advogado. Não é possível que o advogado saiba tanto de tudo, mas a massacrante maioria das arbitragens aponta a composição de painéis formados apenas por advogados. Isto significa que já ficou bem entendido pelos operadores que os litígios gravitam ao redor de relações jurídicas, contratos

e documentos, que os advogados são capazes de decifrar, valendo-se de peritos sempre que necessário para melhor compreender o fato técnico.

Não estou afirmando que não-advogados não devam integrar painéis arbitrais; estou apenas constatando que são poucos os painéis de que participam técnicos de outras áreas e são pouquíssimos os casos em que os painéis sejam constituídos exclusivamente por profissionais de outras áreas.

O advogado provou ser, portanto, um interlocutor válido para as partes, capaz, pela sua vivência profissional, de compreender razoavelmente o fato técnico e interpretar com percuciência os contratos que o cercam, os documentos produzidos ao longo da relação jurídica e as práticas de certos mercados. Isto não dispensará, normalmente, a produção da perícia técnica, apenas fará com que a prova seja dirigida a quem consegue entendê-la corretamente.

Compreendida esta qualidade – a especialidade do árbitro – outro problema deve ser também gerenciado: seria de esperar que o árbitro decida a causa de modo diferente do que faria um juiz? Entro agora no tema da previsibilidade da decisão. Muitos imaginam que o processo de decisão do árbitro deva ser diverso daquele empregado pelo juiz togado. Não é assim: a arbitragem não permite julgar por equidade (a não ser que haja autorização neste sentido) e as leis, de maneira geral (e a brasileira de maneira especial) não autorizam o árbitro a interpretar as leis com maior largueza ou com a utilização de critérios diferentes daqueles colocados à disposição do juiz togado. Em síntese: em termos ideais de *previsibilidade*, o resultado da atividade de investigação de um juiz bem preparado e de um árbitro deveria ser rigorosamente igual: ambos devem aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que se dirige; ambos devem aplicar a lei tendo em conta as exigências do bem comum; ambos estão obrigados a aplicar a lei, não podendo afastá-la para dar ao caso concreto uma solução que lhes pareça mais justa.

7. Arbitragens e ornitorrincos

Há alguns anos assisti no Rio de Janeiro interessante exposição de jurista argentino que terminava sua palestra sobre o processo arbitral

mostrando ao auditório incrédulo a fotografia de um ornitorrinco. Ao encerrar este ensaio, quero evocar a figura bizarra do ornitorrinco para lembrar que a arbitragem é assim mesmo: parece uma montagem composta pela superposição de contratos, processos, princípios, equidade, liberdade, limitações, poderes e deveres, mas forma um todo muito particular e único, com vida própria e características bem definidas. Pode parecer um conjunto estranho, mas é apenas *diferente*.

É assim que entendo deva a arbitragem ser estudada: como um *sistema*, apartado daquele oferecido pelo Estado. Isto vai causar uma série de perplexidades e interpretações duvidosas. Quem vê um ornitorrinco pela primeira vez pode imaginar que se depara com uma lontra com bico de pato; quem maneja a arbitragem sem conhecimento pode pensar estar lidando com um processo igual àquele oferecido pelo estado, que corre perante juízos privados. Duas imagens erradas, dois erros grosseiros.

Espero ter convencido o leitor, em conclusão, de que *arbitration is different*.

La ley española de arbitraje

1. Introducción

El 23 de diciembre de 2003, fue sancionada en España la ley de arbitraje (Ley 60/2003), publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 26 de diciembre de 2003¹, la cual entró en vigencia el 26 de marzo de 2004.

Esta ley derogó la ley 36/1988 que había regido el arbitraje en España durante 15 años.

La ley 60 de 2003 encuentra su génesis en la decisión del Ministro de Justicia español de constituir, mediante Orden de 24 de octubre de 2000, una sección especial, dentro de la Comisión General de Codificación, con el cometido específico de, capitalizando la experiencia adquirida en los últimos años de práctica arbitral española y la evolución del arbitraje en el mundo, preparar un anteproyecto de ley de arbitraje².

El fruto del trabajo de esta sección especial lo constituye el Proyecto de Ley 121/000172³ que, surtido el trámite parlamentario de urgencia, fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 2003⁴.

¹ La ley española de arbitraje puede ser consultada en: http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/act.php?c=3&item=2003/23646.

² La sección especial encargada de la redacción del anteproyecto de Ley de Arbitraje estuvo compuesta por D. Evelio Verlera y Tuells, como Presidente, y por los vocales: D. Manuel Olivencia Ruiz, D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Fernando Mantilla-Serrano.

³ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de octubre de 2003, serie A Núm. 173-1.

⁴ V. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2003, Núm. 307, pág. 16223. La historia completa del trámite legislativo del Proyecto de Ley 121/000172 de

La ley española de arbitraje sigue muy de cerca la estructura y contenido de la Ley Modelo de Arbitraje (más conocida como la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, en adelante "la Ley Modelo UNCITRAL") aprobada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI⁵ y que hoy en día ha sido adoptada por más de 50 países y ha servido de inspiración a muchos más⁶. Sin embargo, la ley española no se limita a copiar la Ley Modelo UNCITRAL sino que le hace aportes significativos, que no solo tienen en cuenta las críticas que esta Ley Modelo ha recibido sino también los trabajos más recientes de la misma UNCITRAL en materia de arbitraje, así como los avances de la propia jurisprudencia española y extranjera y del derecho comparado.

Arbitraje puede consultarse en la página web del Congreso de los Diputados (<http://www.congreso.es/>) y en la del Senado, Proyecto 621/000170 (<http://www.senado.es/>).

⁵ V. documento de las Naciones Unidas A/40/17. La Ley Modelo fue adoptada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985 y aprobada mediante Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1985 (V. 40 GAOR Supp. No. 53, A/40/53, pág. 308). Nuevas modificaciones a la Ley Modelo fueron aportados en 2006. El texto de la Ley Modelo, tanto el correspondiente a la versión original de 1985 como el que incluye las modificaciones de 2006, puede ser consultado en español, inglés y francés (y en muchos otros idiomas) en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

⁶ En abril de 2010, los siguientes países habían promulgado leyes de arbitraje que la misma CNUDMI considera reflejan su Ley Modelo: Alemania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Bielorrusia, Bulgaria, Camboya, Canadá, Chile, China (en la Región Administrativa Especial de Hong Kong y en la Región Administrativa Especial de Macao), Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovenia, Estonia, España, Estados Unidos de América (en los estados de California, Connecticut, Illinois, Luisiana, Oregón y Texas), la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, Mauricio, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, el Paraguay, Perú, Polonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar del Reino Unido), la República de Corea, la República Dominicana, Rwanda, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de), Zambia y Zimbabwe.

2. Características principales de la Ley española de Arbitraje

2.1. Ley General

La ley española de arbitraje tiene vocación para regir todos los arbitrajes que se desarrollen en territorio español. A ese título, constituye una ley general que sirve para suplir, completar e interpretar las disposiciones que sobre arbitraje existan en otras leyes.

Esta ley constituye así el régimen general del arbitraje español, exceptuándose de su amparo tan solo el llamado "arbitraje laboral", institución esta que, *strictu sensu*, no corresponde a la noción de arbitraje⁷.

En caso que el legislador español opte por adoptar normas especiales para ciertos sectores o tipos de arbitraje, lo cual es desde todo punto de vista desaconsejable, la ley española de arbitraje tiene un valor de referencia para regir así todo aquello no regulado por esas normas especiales.

2.2. Ley Monista

La ley española de arbitraje no solo es general sino que consagra un régimen único, aplicable por igual tanto al arbitraje interno o doméstico como al internacional.

Teniendo en cuenta que el arbitraje internacional ha conocido un mayor desarrollo, y por ello es más permeable a las nuevas formas de contratación e interpreta mejor los deseos y necesidades del comercio, el legislador español consideró conveniente aplicar al arbitraje interno esas mismas disposiciones originadas en el arbitraje internacional y beneficiarlo de la modernidad y flexibilidad que han dominado siempre la práctica del arbitraje internacional.

⁷ Los elementos esenciales del arbitraje son: origen voluntario, existencia de una controversia que oponga al menos a dos partes, presencia de un tercero independiente y conclusión mediante una decisión definitiva como resultado de la misión jurisdiccional de ese tercero. Sobre el tema del uso y abuso del vocablo "arbitraje", v. JARROSON, Ch. "Les frontières de l'arbitrage", *Rev.arb.* 2001.5.

No obstante lo anterior, es obvio que en el ámbito internacional existen variables que le son propias y exclusivas. Por ello, y para permitir una interpretación más acorde con la realidad internacional cuando se esté en presencia de arbitrajes que tengan esta naturaleza, el legislador español definió ciertos criterios de internacionalidad -Cf., art. 3- y reserva algunas disposiciones para exclusiva aplicación en materia de arbitraje internacional. Tal es el caso de las normas que rigen la renuncia del Estado y de las entidades públicas a los privilegios que les conceda su derecho nacional -Cf., art. 2.2-, la regla de conflicto alternativa y de favorabilidad en materia de validez del convenio arbitral y de arbitrabilidad -Cf., art. 9.6-, la posibilidad de escoger libremente el derecho aplicable al fondo de la controversia -Cf., art. 34.2-, y la extensión de ciertos plazos en materia de corrección, aclaración y complemento del laudo -Cf., art. 39.5-; y reservando otras, como el carácter supletorio del requisito de recurrir a árbitros que sean abogados, solo para aplicación al arbitraje interno -Cf., Art. 15.1-.

2.3. Ley regida por el principio de favorabilidad

A todo lo largo y ancho de la ley española de arbitraje, se destila una innegable propensión por defender, siempre que sea posible, la validez y eficacia no solo del convenio arbitral, sino también de los demás acuerdos de las partes y del procedimiento arbitral, al igual que la validez y eficacia del laudo.

En consecuencia, el legislador español adoptó: un amplio criterio para la arbitrabilidad, asimilándola a disponibilidad -Cf., art. 2.1-; un principio de máxima eficacia del convenio arbitral, al cual despoja de formalismos, reconociéndole su plena validez, en materia internacional, cuando satisfaga las condiciones de una cualquiera de varias normas jurídicas contempladas -Cf., art. 9-; y la inmediata ejecución del laudo, aun durante la pendencia de la acción de anulación -Cf. Art. 45.1-.

En consecuencia, cualquier duda en la aplicación de la ley debe siempre resolverse teniendo en cuenta que el espíritu y el interés de la ley es el de fomentar el arbitraje y el de dar la mayor eficacia y extensión posibles tanto al convenio arbitral y a la arbitrabilidad, así como al

procedimiento y al laudo. Solo debe cederse en ese intento cuando la clara voluntad contraria de las partes aparezca de manifiesto.

2.4. Régimen legal específico y autónomo

La ley española de arbitraje sigue la pauta marcada por su antecesora y consagra así un régimen especial para el arbitraje, contenido en una ley específica y autónoma. Es decir, fuera de las disposiciones del código civil español aplicables a los contratos y, por ende, como contrato que es, al convenio arbitral, las demás cuestiones relacionadas con el arbitraje, excepto cuando se haga un reenvío a otros cuerpos normativos, no requieren del apoyo, ni en su aplicación ni mucho menos en su interpretación, de otros compendios legislativos y menos aún de la Ley española de Enjuiciamiento Civil que no tiene vocación alguna para regir las cuestiones propias del procedimiento arbitral.

Por lo tanto, y sobre todo teniendo en cuenta sus diversos orígenes y naturaleza, no debe acudir a la legislación procesal para interpretar ni mucho menos completar lo dispuesto en la ley española de arbitraje.

3. Ciertas disposiciones sobresalientes

3.1. Internacionalidad del arbitraje

La ley española de arbitraje regula de manera clara y precisa las circunstancias que deben estar presentes para que un arbitraje se considere internacional. Por lo esencial, los criterios son los mismos recomendados por la Ley Modelo UNCITRAL. Se suma a ellos un criterio adicional, de inspiración francesa, que hace internacional el arbitraje cuando la relación jurídica de base -no la controversia misma- "afecte a intereses del comercio internacional" -Cf., art. 3.1.c-). Esta noción, aparentemente tautológica o de difícil delimitación, ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia francesa, pues constituye en Francia el único criterio de internacionalidad.

Al introducir la noción de "intereses del comercio internacional", el legislador español ha querido dejar una posibilidad abierta para que

arbitrajes que pese a no participar de ninguna de las circunstancias mencionadas en los demás literales del artículo 3.1 de la ley española de arbitraje, no puedan ser tenidos como domésticos por implicar cuestiones de comercio internacional. Tal sería el caso de cuestiones que involucrarán financiamiento externo o la utilización de una sociedad domiciliada localmente por meros motivos de conveniencia, cuando en realidad dicha sociedad es una filial de otra sociedad extranjera, o cuando los suministros provienen principalmente del extranjero, o también aquellos contratos que, aunque ejecutados localmente, forman parte de un complejo contractual más amplio que se esté ejecutando en el extranjero.

Si bien, la mayoría de las disposiciones de la ley española de arbitraje se aplican por igual al arbitraje interno y al internacional, con las excepciones ya anotadas –Cf., *supra*, 2.2–, la existencia de unos criterios de internacionalidad son de máxima utilidad para el juez y el árbitro en la aplicación de las nuevas disposiciones legales. Tanto el uno como el otro tienen que tener en cuenta las variables y particularidades propias del ámbito internacional cuando tengan que aplicar las disposiciones de la nueva ley a un arbitraje internacional. No solo su aplicación sino también su interpretación, en arbitraje internacional, debe estar desprovista de restricciones o condicionamientos propios del derecho interno o de la práctica arbitral doméstica.

3.2. Arbitrabilidad

En lo que respecta a las cuestiones que pueden ser susceptibles de decisión mediante arbitraje, vale la pena señalar que, al criterio general descrito en el artículo 2.1 de la ley española de arbitraje según el cual toda materia disponible es arbitrable, se añaden dos disposiciones que, para el arbitraje internacional, aumentan considerablemente el ámbito de la arbitrabilidad.

Así, en virtud del artículo 2.2 ni los Estados ni las entidades públicas pueden acudir a disposiciones de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones propias del arbitraje. Es decir, ni la no arbitrabilidad del litigio en su derecho interno, ni las prerrogativas que puedan justificar de acuerdo con ese derecho una renuncia o ineficacia del convenio

arbitral tendrán efecto alguno en la competencia del tribunal arbitral internacional.

Por otra parte, en virtud del artículo 9.6, la controversia es arbitrable si así lo reconocen o las normas jurídicas escogidas por las partes para regular el convenio arbitral, o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o el derecho español. Es decir, basta con que la controversia sea considerada como arbitrable por una cualquiera de esas normas –independientemente de que no lo sea por las otras– para que quede solventada la cuestión de la arbitrabilidad. De esta manera, prácticamente cualquier tipo de controversia es susceptible de arbitraje en el ámbito internacional, siempre y cuando no contravenga el orden público internacional.

3.3. Convenio arbitral

A este respecto, los requisitos de forma y contenido son aún más flexibles que en la Ley Modelo UNCITRAL.

Así, aunque se exige que dicho convenio conste por escrito, en la práctica se llega a que, ya sea mediante asimilación o extensión, ese requisito se considere cumplido mediante cualquier tipo de soporte que deje constancia del acuerdo de voluntades y pueda ser consultado ulteriormente, sin que se requiera la firma del mismo –Cf., art. 9–. Se permite también el convenio arbitral por referencia, es decir, cuando no consta en el mismo contrato sino en documento aparte.

En cuanto al contenido, basta que el convenio exprese la voluntad de las partes de acudir al arbitraje respecto de una relación jurídica determinada o determinable. Dicha voluntad puede deducirse con base en los criterios de interpretación contractual previstos en el derecho español.

En materia internacional, el principio de favorabilidad a la validez y eficacia del convenio arbitral encuentra plena expresión en el artículo 9.6 que acoge el sistema de regla alternativa más favorable a dicha validez y eficacia.

3.4. Arbitraje en derecho o en equidad

De acuerdo con la práctica arbitral moderna, la ley española de arbitraje replantea la ecuación arbitraje en equidad y arbitraje en derecho. Así, más que hacer referencia al arbitraje en equidad como si de un tipo de arbitraje especial se tratara, la ley española de arbitraje se refiere a los poderes que tienen los árbitros para decidir en equidad, expresión que en la exposición de motivos de la ley se considera sinónimo de "en conciencia", "ex aequo et bono" y "amigable componedor". Si las partes nada han dicho, se entiende que no confieren dicho poder al tribunal arbitral -Cf., art. 34.1-. De esta manera, no es el régimen del arbitraje el que cambia sino simplemente el poder de los árbitros para apartarse total o parcialmente de la norma jurídica, pero respetando siempre el contrato y los usos aplicables -Cf., art. 34.3-.

Puede entonces existir -como de hecho existe en el derecho comparado- un arbitraje en el que las partes hayan previsto la aplicación de normas jurídicas o de un derecho nacional concreto pero en el que, sin embargo, quieran dotar al árbitro de mayor flexibilidad en su poder de apreciación confiriéndole así también los poderes de decidir en equidad. Dicho convenio, a la luz de la nueva ley de arbitraje, no es contradictorio ni mucho menos patológico. El árbitro tendrá que aplicar la norma jurídica o derecho acordado por las partes pero, sin desconocerlo, podrá matizar los resultados de su aplicación para hacer primar la equidad.

3.5. Árbitros

3.5.1. Requisitos para ser árbitro

Para ser árbitro tan solo se requiere ser persona natural, plenamente capaz y ser y permanecer imparcial e independiente -Cf., arts. 13 y 17.1-. La ley española de arbitraje puso fin así a las restricciones que en virtud de su profesión u oficio contemplaba la ley de 1988. La nacionalidad no es un obstáculo para ser árbitro; también los extranjeros pueden ser árbitros en arbitraje interno español.

Durante el trámite parlamentario fue añadido un nuevo numeral al artículo 15 -solo aplicable al arbitraje doméstico en el que las partes no hayan conferido al árbitro el poder de decidir en equidad- que exige para el árbitro la condición de "abogado en ejercicio". Esta regla no es imperativa y las partes pueden pactar en contrario, ya sea directamente en el convenio arbitral o, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, literales a) y b), haciendo referencia a un reglamento de arbitraje que otorgue mayor libertad a las partes respecto de las condiciones del árbitro⁸.

3.5.2. Número de árbitros

Es siempre impar, y en silencio de las partes se entiende que se han sometido a un solo árbitro -Cf., art. 12-. La ley española de arbitraje se aparta así tanto de la Ley Modelo UNCITRAL como de la derogada ley española de 1988 que prevén tres árbitros cuando las partes no hayan acordado otro número. El legislador español optó así por la celeridad y la reducción de costos, lo cual es propio del arbitraje con un solo árbitro.

3.5.3. Designación del árbitro en arbitrajes "multiparte"

En lo que a su designación se refiere, consciente de que el problema mayor del arbitraje llamado "multiparte" radica en las dificultades para constituir el tribunal arbitral respetando la igualdad y equilibrio de las diferentes partes involucradas, el legislador español previó que en casos multiparte, y si las partes no se han puesto de acuerdo sobre la designación de los árbitros, todos éstos serán nombrados por el juez -Cf., segundo inciso del art. 15.2.b)-.

La misma solución se predica para el caso en que el arbitraje se someta a más de tres árbitros -Cf., art. 15.2.c)-.

⁸ Tal es el caso de la mayoría de los reglamentos de arbitraje modernos: ICC, AAA, y LCIA, que pueden consultarse en: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>; <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>; y <http://www.lcia-arbitration.com/>, respectivamente.

3.5.4. Abstención, recusación y remoción del árbitro

Ley española de arbitraje eliminó la remisión a los motivos de abstención y recusación previstos para los jueces, por considerar estos motivos demasiado casuísticos y poco acordes con la realidad en la que operan árbitros y usuarios del arbitraje. El legislador español prefirió enunciar el principio de imparcialidad e independencia y la obligación de revelación en cabeza del árbitro -Cf., art. 17-. El árbitro debe abstenerse o puede ser recusado cuando en él concurren circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia -Cf., art. 17.3-.

El árbitro puede ser substituido por la simple voluntad concurrente de las partes o cuando así lo pida por razones justificadas alguna de las partes y lo acepte el árbitro o la otra parte, o en su defecto, lo decidan los demás árbitros o el juez -Cf., art. 19-.

3.5.5. Inmunidad arbitral

Durante el trámite parlamentario fue modificado el artículo 21 de la ley española de arbitraje, que regula la responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales, y se consagró una especie de inmunidad haciéndoles responder tan solo "por mala fe, temeridad o dolo".

3.5.6. Poderes de los árbitros

3.5.6.1. Competencia (Kompetenz-kompetenz)

El primero y más importante de ellos es el de poder decidir sobre su propia competencia. La ley española de arbitraje precisa que el tribunal arbitral es el único autorizado para pronunciarse sobre cualquier tipo de excepción encaminada a impedir que conozca del fondo del asunto -Cf. art., 22.1-. El árbitro puede decidir dichas excepciones mediante un laudo parcial o final. El juez solo puede controlar la competencia del árbitro por medio de la acción de anulación prevista en el artículo 40 de la ley.

En principio, la cuestión de competencia no puede ser suscitada de oficio por el tribunal arbitral, quien solo puede pronunciarse sobre ella a petición de parte⁹.

3.5.6.2. Medidas cautelares

El legislador español también consagró la potestad del árbitro para ordenar medidas cautelares y las dotó de plena eficacia al someterlas al mismo régimen de ejecución del laudo arbitral, independientemente de la forma que tomen -Cf., art. 23-.

3.5.6.3. Instrucción del proceso

Al árbitro se le reconoce también la mayor libertad posible, con sujeción al acuerdo de las partes y a lo dispuesto en la ley de arbitraje, para organizar y dirigir el procedimiento arbitral en la forma que considere más apropiada -Cf., art. 25-, para fijar el lugar -Cf., art. 26- y el idioma del arbitraje -Cf., art. 28-.

3.6. Procedimiento arbitral

3.6.1. Libertad de procedimiento

Como la gran mayoría de las disposiciones de la ley, las reglas de procedimiento son meramente supletorias de la voluntad de las partes. La libertad de las partes solo está limitada por el debido proceso y la igualdad de las partes -Cf., art. 24.1-. La libertad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en materia de procedimiento está además limitada por lo que hayan acordado las partes -Cf., art. 25.1-.

⁹ La antigua ley de arbitraje, en su artículo 23.3, permitía al árbitro apreciar de oficio la falta de "competencia objetiva".

3.6.2. Ausencia de representación letrada

Vale la pena señalar que en ninguna parte exige la ley española de arbitraje, ni en arbitraje interno ni internacional y sin que interese si los árbitros tienen o no el poder de decidir en equidad, la presencia de abogados. Las partes pueden así actuar o comparecer en el arbitraje directamente o por intermedio de cualquier profesional o asesor que estimen apropiado.

3.6.3. Inicio del arbitraje, demanda y contestación

El arbitraje se entiende iniciado con la notificación del requerimiento arbitral -Cf., art. 27-, el cual puede ser una mera carta identificando la controversia y solicitando la constitución del tribunal arbitral o una verdadera demanda de arbitraje. Aún si el requerimiento toma la forma de una demanda de arbitraje, una vez designados los árbitros las partes podrán presentar por lo menos un nuevo escrito sobre el fondo¹⁰ -Cf., art. 29-.

La ley española de arbitraje no fija requisitos de forma especiales para la demanda ni para la contestación. El artículo 29 de la ley se limita a indicar los elementos básicos que deben contener dichos escritos advirtiendo que las partes pueden modificarlos y dejando expresamente a salvo la posibilidad de acompañar con esos escritos toda la prueba que se quiera ofrecer o limitándose tan solo a enunciarla u solicitarla para su posterior práctica o aportación.

Este artículo también prevé la modificación o ampliación de la demanda bajo el control del árbitro que puede rechazarla si considera que no debe aceptarse por haberse hecho tardíamente. Los árbitros deben analizar la tempestividad de la modificación o ampliación a la luz de la etapa procesal alcanzada en el arbitraje y teniendo en cuenta la posibilidad que existiría para que la otra parte pueda también modificar o ampliar su contestación sin que se produzca una demora injustificada o exagerada en el procedimiento arbitral.

¹⁰ La práctica más utilizada es la de permitir dos escritos de fondo a cada parte, una vez constituido el tribunal arbitral.

3.6.4. Arbitraje sobre la base de documentos únicamente

Nuevamente el legislador español, otorgó a las partes la posibilidad de hacer menos costoso y más expedito el procedimiento arbitral. Puede así llevarse a cabo el procedimiento arbitral sobre la base exclusiva de documentos, sin que haya necesidad de audiencias. Sin embargo, se requiere para ello el acuerdo de las dos partes o al menos que ninguna de las partes manifieste oposición al respecto -Cf., art. 30.1-.

3.6.5. Prueba pericial

Quizás por la importancia que ha adquirido esta prueba en el arbitraje moderno, el legislador español juzgó necesario pronunciarse al respecto para autorizar a los árbitros a decretarla de oficio. No debe interpretarse esta disposición como coartando de manera alguna la posibilidad que asiste a los árbitros para decretar de oficio otro tipo de pruebas.

Lo más importante a este respecto es el carácter didáctico de la ley española de arbitraje que expresamente autoriza a las partes a presentar peritos de parte con pleno valor probatorio. Es muchas veces más eficaz presentar su propio perito, que será interrogado y contra-interrogado por los árbitros y la otra parte, que descargar exclusivamente en el tribunal arbitral la tarea de designar y formular la misión del perito -Cf., art. 32-

3.7. *Laudo*

3.7.1. Normas aplicables al fondo

Se consagra para el arbitraje internacional el principio, universalmente admitido, de la autonomía de la voluntad respecto de las normas aplicables al fondo sin necesidad de que esas normas deban tener vínculo alguno con la relación jurídica que da origen a la controversia -Cf., art. 34.2-.

Igualmente, ley española de arbitraje abandonó la presunción del arbitraje en equidad, vigente bajo la derogada ley 36/1988 y adoptó la regla típica del derecho comparado, según la cual los árbitros solo

podrán decidir en equidad cuando las partes los hayan expresamente autorizado para ello. En consecuencia, ante el silencio de las partes, los árbitros no tienen los poderes de decidir en equidad y deben así sujetarse a las normas jurídicas que estimen aplicables y, en todo caso, al contrato y a los usos aplicables -Cf., art. 34-.

El legislador español optó por hacer referencia a la noción más amplia de "normas jurídicas" y no a la de "derecho aplicable". La razón radica en que el legislador español quería dejar claro que las normas aplicables al fondo de la controversia pueden ser las normas contenidas en un sistema jurídico organizado, como son las disposiciones que hacen parte de un derecho nacional, pero también todas aquellas normas como los principios generales de derecho o la denominada *lex mercatoria* que, sin hacer parte de un derecho nacional, tienen sin embargo el carácter de norma jurídica.

3.7.2 Deliberación

En los tribunales colegiados, se adopta el sistema de mayoría dando al presidente del tribunal la posibilidad de tomar la decisión si no hubiere mayoría -Cf., art. 35.1-. Mucho más novedoso resulta el poder de principio que se concede al presidente para dictar, sin necesidad del concurso de los demás miembros del tribunal arbitral, todas aquellas decisiones de mera tramitación o impulsión del proceso -Cf., art. 35.2.

La ley española de arbitraje consagra de manera expresa la posibilidad de elevar a laudo cualquier acuerdo de transacción que ponga fin a todo o parte de la controversia. Los árbitros solo podrán oponerse a ello por causas justificadas -Cf., art. 36-.

3.7.3 Plazo y forma del laudo

Sea lo primero señalar que ni en la mayoría de los sistemas modernos de arbitraje, ni tampoco en la Ley Modelo UNCITRAL, se consagra un plazo para laudar. Sin embargo, consciente de que la figura del "plazo para laudar" estaba profundamente arraigada en la práctica arbitral española, el legislador optó por mantener dicho plazo y lo fijó en seis meses, contados a partir de la presentación de la contestación a la

demanda o de la expiración del plazo para ella -Cf., art. 37.2-. El proyecto inicial preveía la libertad de prórroga de dicho plazo por los árbitros. Sin embargo, y de manera inexplicable, durante el trámite parlamentario se optó por limitar esa facultad a una sola prórroga de dos meses. Esta limitación es inexplicable pues la realidad de la práctica arbitral -sobre todo la internacional- demuestra que rara vez puede un arbitraje decidirse en menos de 10 meses. Además, aun bajo el imperio de la ley 36/1988 que preveía también un plazo de 6 meses pero solo prorrogable por acuerdo de las partes, los árbitros recurrían a artugios como la "suspensión de común acuerdo" del arbitraje para prorrogar de hecho el plazo para laudar. Por lo tanto, las limitaciones del plazo para laudar resultan artificiosas y poco prácticas. No obstante, hay que señalar que esta disposición de la ley española es derogable, pudiendo así las partes autorizar a una institución arbitral, en virtud de su reglamento, o a los árbitros mismos para que prorroguen el plazo para laudar cuantas veces sea necesario y por el tiempo que estimen adecuado.

En cuanto a la forma, la ley española de arbitraje permite que el laudo conste en soportes de tipo electrónico, óptico o de otro tipo y elimina el arcaico requisito de la protocolización -Cf., arts. 37.3 y 37.8-. Se presume que el laudo debe motivarse pero se permite a las partes pactar en contrario.

3.7.4 Anulación

El legislador español abandonó la noción de "recurso" de anulación y prefirió referirse a "acción de anulación", cuyos motivos no permiten la revisión del fondo. Se abandonó la lista que existía en la antigua ley 36/1988 y se tomó, por lo esencial, el listado de motivos contenido en la Ley Modelo UNCITRAL.

Durante el trámite parlamentario -y en contra de la Ley Modelo UNCITRAL y de la totalidad de las leyes modernas en materia arbitral- se añadió que la falta de notificación o la imposibilidad para una parte de hacer valer sus derechos durante el arbitraje es un motivo que puede ser apreciado de oficio por el juez de la nulidad. No se entiende dicha enmienda al texto original pues si dicha falta de notificación equivale a una violación del debido proceso estaba entonces ya cobijada bajo el

motivo de violación del orden público, apreciable de oficio por el juez. Por el contrario, si dicha falta de notificación no constituye una violación del debido proceso y, por ejemplo, la parte decidió continuar con el arbitraje sin objetar a ella, no puede el juez declararla de oficio pues el motivo habría sido saneado en virtud del artículo 6 de la ley que prevé la renuncia al derecho de objeción cuando verse sobre cuestiones no imperativas.

3.7.5. Ejecución y Exequátur

El logro más importante en la materia consiste en que el legislador español consagró la máxima eficacia del laudo haciéndolo inmediatamente ejecutable, aún en caso de que exista una acción de anulación en trámite. El ejecutado puede pedir la suspensión de la ejecución pero tiene que prestar caución por un monto que cubra no solo la condena sino también los daños y perjuicios que se deriven de la demora en la ejecución -Cf., art. 45-.

En materia de exequátur de laudos extranjeros, el legislador español se remitió a la Convención de Nueva York de 1958¹¹. En la práctica, y en virtud de las diferentes disposiciones que regulan la materia¹², la realidad es que para los laudos extranjeros se ha abolido el procedimiento de exequátur que hasta ahora imperaba en España. Así, basta con dirigirse al juez competente de primera instancia para que éste, en un mismo procedimiento y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Nueva York -o en cualquier otra Convención internacional o disposición de derecho interno español más favorable- conceda el exequátur y proceda a la ejecución del laudo extranjero.

¹¹ El texto de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras puede consultarse en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

¹² V. Artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 19/2003 -BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003- y artículo 136 de la Ley 62/2003 -BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003- modificadorio del artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

4. Conclusión

España está dotada de una legislación no solo moderna en materia arbitral sino, en muchos aspectos, de avanzada en relación con los países vecinos y aun con la misma Ley Modelo UNCITRAL en la que se inspira.

La ley de arbitraje española rompió con viejos esquemas y prácticas, y a ese título no es de extrañar que algunas críticas que se hicieron en su momento, hayan provenido más de falta de conocimiento y experiencia que de verdaderas faltas o lagunas inherentes a su texto, el cual, como todo cuerpo legal, no puede tener vocación casuística.

España tiene un marco legal del arbitraje ampliamente favorable y que puede hacer posible convertir a las ciudades españolas en centros de arbitraje al mismo título que los hay hoy en día en Francia y Suiza, o aun en Inglaterra y los Estados Unidos.

Addition of Parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*

Introduction

The purpose of the present text is to consider an extremely sensitive matter within *subjectively complex arbitrations*. Multiparty arbitrations, in general, are well known and extensively dealt with in arbitration laws and rules – although neither by the current UNCITRAL arbitration rules nor by Model Law. But intervention and joinder – i.e., addition of parties – have the characteristic of either transforming an otherwise “two-party” arbitration into a multiparty arbitration or of giving a new dimension to multipartism, *after the proceedings have started* – multipartism is *subsequent*. The main issue becomes the one of the relationship between addition of parties and the composition of the arbitral tribunal.

I shall try to show that not only, by the very nature of international arbitration, some kind of uniform solution is convenient for the subject of addition of parties, but that such solution should ultimately be placed at a legal level – regarding UNCITRAL, in Model Law.

* This text represents the basis for my intervention in the event, held in Brussels on June 4th 2010, organised by the Association for International Arbitration, and is published in the book *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: 25 years*, Association for International Arbitration (ed.), 2010, at pp. 145 ff.. I thank the editors to have authorised the publishing of the text in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem. I have introduced small changes in the text, in part referring to the contents of article 36 of the draft law on arbitration prepared by the Portuguese Arbitration Association which has been made public after the book has been sent to print.

ADDITION OF PARTIES AND UNCITRAL RULES AND MODEL LAW

1. Concepts

1.1. This paper refers to and includes what is normally called, in the English legal language, *intervention* and *joinder of parties*. In other legal languages, one word is enough: for example, in French *intervention*, in Portuguese *intervenção*, in Italian *intervento*, in German *Intervention*. There, the specification of modalities operates by the use of *adjectives*: «*intervention volontaire*» and «*intervention forcée*»; “*intervenção espontânea*” and “*intervenção provocada*”; “*intervento su istanza di parte*” and “*intervento per ordine del giudice*”¹.

Obviously, whenever a third person comes to the proceedings to which it was not originally a party, such event corresponds to a legal phenomenon with a certain unity, irrespective of who took such initiative – the third person, someone already a party, or even the court or the tribunal. There are other possible relevant distinctions according to the status the one added to the proceedings takes within them. One important issue is whether it will be, or not, bound, as a party, by *res judicata*².

¹ I am only mentioning distinctions explicitly made in the respective laws and relating to the origin of the “addition of parties”.

² A very illuminating discussion, at the international level, on the possible kinds of intervention and their respective requirements developed with regard to Article 62 of the Statute of the International Court of Justice (“1. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene. 2. It shall be for the Court to decide upon this request”). By its judgment of 13 September 1990, in *Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene*, regarding Nicaragua’s request for intervention, the Chamber of the Court decided that the intervening State did not become a party, without the agreement of the existing parties. Therefore, not becoming a party, no jurisdictional link between the State intervening and the parties was necessary (I.C.J. Reports, 1990, paras. 94 ff. at pp. 131 ff.). Hence, the judgment on the merits does not constitute *res judicata* in relation to the intervening State (*Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports, 1992, paras. 421-424 at pp. 609-610*). This ruling was confirmed by the full Court when it, unanimously, admitted the intervention of Equatorial Guinea, lacking jurisdictional link to the parties, as a non-party, by the Order of 21 October 1995 in the case of the *Land*

To express the phenomenon of third persons coming to the proceedings as parties, I use, in English, *addition of parties*.

1.2. Linked with the concept of *addition of parties* is the concept of *additional parties*: such are the persons added to the proceedings. The notion of additional parties opposes the one of *initial or original parties*: the claimant or claimants, who started proceedings; the respondent or respondents, against whom claims were initially made.

2. The need for a jurisdictional link, of an arbitral nature, between the original and the added parties

2.1. For the admissibility of the addition of one party to an arbitration it is surely necessary that there be a jurisdictional link of an arbitral kind between the additional and the original parties³. A trend to consider, in certain circumstances, non signatories as bound by arbitration agreements is well known⁴. The possibility of the addition of a party

and *Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Application to Intervene, I.C.J. Reports, 1999, pp. 1029 ff.* See, on these points, as well as on intervention under Article 63, Christine Chinkin, *Third Parties in International Law*, Clarendon P., 1993, pp. 147 ff., and Comment to Article 62 and to Article 63, in A. Zimmerman, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, O.U.P., 2006, pp. 1331 ff. There are also well known examples of non-party or non-full party intervention in domestic systems. All those kind of situations are excluded from the concept of addition of parties and, therefore, from the subject matter of the paper.

³ See, in developed terms, Paula Costa e Silva, “A intervenção de terceiros em procedimento arbitral voluntário no direito português”, in Paula Costa e Silva e Marco Gradi, “A intervenção de terceiros em procedimento arbitral voluntário nos direitos português e italiano”, 2.3 a 2.6, in *Estudos em Homenagem ao Ministro Athos Carneiro de Gusmão*, Ed. Terzo Milênio, 2009.

⁴ In particular, *Multiple Party Action in International Arbitration*, ed. by the Permanent Court of Arbitration, O.U.P., 2009, pp. 3-199 (articles by William Park, Bernard Hanotiau, Alan Scott Rau, Timothy Tyler, Lee Kovarsky and Rebecca Stewart, and Pierre Mayer); and Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005, pp. 7 ff. In Portugal, see Carla Borges, “Pluralidade de partes e intervenção de terceiros em arbitragem”, *Themis*, VII, 13 (2006), pp. 122 ff.

assumes either that it is bound, together with the initial parties, by an agreement to arbitrate or that it becomes so (at least in what regards the case submitted to arbitration). The issue of the subjective scope of the arbitration agreement is different from and preliminary to the one of parties' addition.

2.2. What can be and has been discussed⁵ is whether one only arbitration agreement between the additional party and the original parties is necessary or if intervention or joinder are possible on the basis of an arbitration agreement just with one of the original parties, when the substantive relationship at stake is directly only with it (f. ex., the relationship between contractor and subcontractor). In my view, the situation corresponds to an issue not of parties' addition, but of consolidation of arbitrations based on different, although possibly compatible, arbitration agreements, and should be dealt with as such.

3. Some existing provisions on addition of parties

The circumstance of the addition of parties requiring an agreement to arbitrate binding the initial and the additional parties limits in practice its use.

Beyond that, people feel a certain kind of discomfort with intervention and joinder. Such discomfort is expressed not only in the circumstance of UNCITRAL Model Law, even after the 2006 amendments, saying nothing on the matter, but in that few national laws provide for it: the Dutch Code of Civil Procedure (1986)⁶, the *Code Judiciaire Belge*

⁵ See J. F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law in International Arbitration*, 2nd ed., Sweet and Maxwell, 2007, pp. 198-199. In Portugal, in particular José Lebre de Freitas, "Intervenção de terceiros em processo arbitral", paper, to be published, submitted to the 3rd Congress of the Centre for Commercial Arbitration of the Lisbon Commercial Association, 2009.

⁶ Article 1045:

"1. At the written request of a third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may permit such party to join the proceedings, or to intervene therein. The arbitral tribunal shall send without delay a copy of the request to the parties.

(1998 Reform)⁷ and the Italian *Codice di Procedura Civile* (2006 reform)⁸. The Portuguese project of a new arbitration law, submitted to the Government by APA, the Portuguese Arbitration Association (on the basis of a remarkable pre-project by António Sampaio Caramelo), as it stands now, deals with the subject.

2. A party who claims to be indemnified by a third party may serve a notice of joinder on such a party. A copy of the notice shall be sent without delay to the arbitral tribunal and the other party.

3. The joinder, intervention or joinder for the claim of indemnity may only be permitted by the arbitral tribunal, having heard the parties, if the third party accedes by agreement in writing between him and the parties to the arbitration agreement.

4. On the grant of a request for joinder, intervention, or joinder for the claim of indemnity, the third party becomes a party to the arbitral proceedings. Unless the parties have agreed thereon the arbitral tribunal shall determine the further conduct of the proceedings."

⁷ Article 1696 bis:

"1. Tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure. Cette demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties.

2. Une partie peut appeler un tiers en intervention.

3. En toute hypothèse, pour être admise, l'intervention nécessite une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige. Elle est, en outre, subordonnée à l'assentiment du tribunal arbitral qui statue à l'unanimité."

⁸ Article 816-quinques:

"L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario.

Si applica l'articolo 111."

Article 105 states:

"Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse."

On the interpretation of those articles, see Marco Gradi, "L'intervento dei terzi nel processo arbitrale secondo il diritto italiano", in *Estudos em homenagem ao Ministro Athos Carneiro de Gusmão* cit.

The issue is considered in some arbitration rules: for example LCIA rules⁹, Swiss Rules¹⁰ and Portuguese 2008 rules of the Lisbon Centre of Commercial Arbitration¹¹. The current UNCITRAL Rules are silent, but their revision under way considers the matter. I will come back to them later on.

4. The relationship between addition of parties and equality regarding the appointment of arbitrators

4.1. The discomfort with the addition of parties in arbitration, and the difficulty of the subject, arises from a tension between the convenience, in many cases, of intervention or joinder and the value and principle of *equality regarding the appointment of arbitrators*. The issue of such equality is well known: it was an answer to it that constituted the main basis of the *Cour de Cassation's* decision in the *Dutco* case¹².

The decision made the ICC, in its 1998 revision of the Arbitration Rules, introduce a provision allowing the Court to appoint all of the

⁹ Article 22.1 (h):

"Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views:

(...)

(h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party, provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration."

¹⁰ Article 4 (2):

"Where a third party requests to participate in arbitral proceedings already pending under these Rules or where a party to arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the arbitral tribunal shall decide on such request, after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable."

¹¹ See below footnote 21.

¹² See the text of the judgment of January 7, 1992, in *Revue de l'Arbitrage*, 1992, 3, pp. 470-472.

arbitrators in the event that multiple claimants or multiple respondents are unable to make a joint nomination¹³. The norm is now being replicated by arbitration laws¹⁴ and, in particular, by arbitration rules¹⁵.

The provision that, claimant and respondent having the right to appoint one arbitrator each, when claimant or respondent are multiple parties resort is made to joint nomination corresponds already to an expression of equality¹⁶. The provision that, when multiple claimants or multiple respondents are not able to agree on the name of an arbitrator, the appointing authority nominates all the arbitrators expresses a higher dimension of equality.

4.2. It should be noted that joint nomination together with the *Dutco* rule are not the only ways of applying equality. The Italian Code of Civil Procedure, f. ex., determines that, if multiple parties do not agree on the appointment of an arbitrator, the arbitration is split into several proceedings¹⁷. In arbitrations under Annex VII to the United Nations

¹³ Article 10:

"1. Where there are multiple parties, whether as Claimant or as Respondent, and where the dispute is to be referred to three arbitrators, the multiple Claimants, jointly, and the multiple Respondents, jointly, shall nominate an arbitrator for confirmation pursuant to Article 9.

2. In the absence of such a joint nomination and where all parties are unable to agree to a method for the constitution of the Arbitral Tribunal, the Court may appoint each member of the Arbitral Tribunal and shall designate one of them to act as chairman. In such case, the Court shall be at liberty to choose any person it regards as suitable to act as arbitrator, applying Article 9 when it considers this appropriate."

¹⁴ Spanish Law (Article 15, 2). It is included in the Portuguese APA project.

¹⁵ See Ricardo Ugarte and Thomas Bevilacqua, "Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration and Update on the Governing Provisions", *Journal of International Arbitration*, 27:1 (2010), pp. 9 ff.. To the list referred to by the authors should be added, the Arbitration Rules, version 2008, of the Lisbon Centre of Commercial Arbitration (Article 25).

¹⁶ On the relationship between multiparty arbitration and the issue of equality see, in Portugal, Manuel Botelho da Silva, "Pluralidade de Partes na Arbitragem Voluntária", *Estudos em Homenagem à Prof. Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Vol. II, Alameda, 2002, pp. 499 ff..

¹⁷ *Codice di Procedura Civile*, Article 816-quater.

Convention on the Law of the Sea, the rule is that the arbitral tribunal is comprised of five arbitrators: each party appoints one and the other three are nominated by agreement of the parties or, lacking agreement, in the whole or in part, by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea. However, if there are more than two parties with different interests, each one is allowed to appoint one arbitrator, the number of non-party appointed arbitrators increasing, so that there is always one more than the sum of the party appointed arbitrators (Article 3). At least for commercial arbitration, the joint appointment plus the *Dutco* rule is the most practiced and practicable system. Now, the addition of parties necessarily converts the arbitration into multiparty arbitration, if it is not already so, or reinforces its multiparty character. And, as referred to above, there is a supplementary complication, from which the particulars of party addition derive: the circumstance that the multiparty nature or the multiparty improvement are *subsequent* to the starting of the proceedings.

5. UNCITRAL 1976 rules, Model Law and UNCITRAL draft revised Rules on multiparty arbitration

The Model Law determines nothing on intervention or on joinder. It does not even regulate specifically multiparty arbitration. The current UNCITRAL Rules are also silent on both points. Multiparty and joinder issues are being addressed within the ongoing procedure of the revision of the Rules. Draft Article 10, regarding the hypothesis of three arbitrators, establishes, in paragraph 1, the joint appointment by a multiple party of the arbitrator corresponding to it, and paragraph 3 determines that, "in the event of any failure to constitute the arbitral tribunal under these Rules, the appointing authority shall, at the request of any party, constitute the arbitral tribunal, and in doing so, may revoke any appointment already made, and appoint or reappoint each of the arbitrators and designate one of them as the presiding arbitrator"¹⁸. Joinder is dealt with in Draft Article 17 (5), in terms that will be analyzed later.

¹⁸ A/CN.9/WG.II/WP.157, pp. 11-12, and A/CN.9/688, p. 17.

6. The addition of parties to arbitration

6.1. Let us come now specifically to the addition of parties.

A fundamental distinction has to be made according to whether a request for addition is submitted *before* or *after* the arbitral tribunal is constituted¹⁹. If the arbitral tribunal is not yet constituted, things, at least in institutional arbitrations, may be organized so that the rules on appointment of arbitrators in multiparty arbitration apply, with the participation of the added party. To the contrary, in the event that the arbitral tribunal is already constituted and assuming that nobody would demand that it should be "de-constituted", the only way to respect the equality of parties in the appointment of arbitrators is to make the addition of parties dependent on the consent of the party to be added, unless the arbitral tribunal has been constituted without interference of the parties.

The consent requested is not for intervention or joinder themselves, but for the composition of the arbitral tribunal. If someone submits to an arbitral tribunal a request to intervene (*intervention volontaire*) it may be presumed that he accepts the composition of the tribunal. But, in what concerns joinder (*intervention forcée*), the acceptance may not be presumed, although it may be tacit.

6.2. I know that the UNCITRAL working group on the revision of the rules is adopting a different view. Draft Article 17 (5), as it stands, not only does not deal explicitly with intervention (considering probably that its admissibility is not controversial), but determines that "the arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal

¹⁹ The expression "the arbitral tribunal is constituted" has to be understood with a certain indeterminacy. Literally, it means that all members of the tribunal are vested in their duty. If, in institutional arbitrations, members have to be confirmed, confirmation occurs normally simultaneously. But it may occur in different moments and, in such cases, the relevant reference, for the purposes of addition of parties, may be the first confirmation.

finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration". It is explained that the draft "seeks to reflect the decision made by the Working Group that the arbitral tribunal may decide that a party be joined in the arbitration without the consent of that party..."²⁰.

Let me point out just that: exactly the reasons of equality that justify the French *Cour de Cassation* judgment in the *Dutco* case would lead to setting aside an award concerning an additional party joined to the proceedings without its consent.

It could be said that, if the parties have, in the arbitration agreement, referred to the UNCITRAL Rules, they, including the party to be joined, have accepted joinder without agreement to the composition of the tribunal. But what should it be said of a rule which any reasonable party in the arbitration agreement would set aside? Furthermore, the reference to the UNCITRAL Rules may be made by the Tribunal itself, not directly by the parties.

One may purport to insert the provision in law in order to avoid illegality. It would be the wrong reason for locating it there. And, at least in some countries, an issue of unconstitutionality would remain. If I were a judge, I would possibly consider a provision admitting joinder, without the agreement of the person to be joined to the composition of the arbitral tribunal, contrary to the Portuguese Constitution, on the basis of the principle of equality (Article 13), together with the constitutional recognition of arbitral tribunals, as tribunals exercising jurisdiction (Article 209, 2). And, in any event, it may be asked whether a decision on such basis may not contradict the country of recognition's public policy, excluding therefore the recognition and enforcement of the award (New York Convention, Article V, 2, (b)).

6.3. I believe that the path for the legal regulation of the addition of parties to arbitration lies in the above referred distinction between

²⁰ A/CN.9/WG.II/WP.157/Add. 1, p. 3, and A/CN.9/688, p. 19.

request for addition submitted before or after the arbitral tribunal is constituted. I claim for Portugal the first use of such distinction (and, without false modesty, for me to have proposed it). The distinction has been used in the 2008 Rules of Arbitration of the Lisbon Centre of Commercial Arbitration. Article 25 governs the addition of parties before the arbitral tribunal is constituted. It is up to the President of the Centre to accept or not the addition. Intervention implies the acceptance of the arbitrators appointed by the party to which the new party associates itself. In the event of joinder, the President of the Centre will fix a term for the joint appointment of the arbitral tribunal, the *Dutco* rule being applicable if no joint appointment is made²¹. The division between

²¹ Full text of Article 25 is the following:

"1 - If, prior to the constitution of the arbitral tribunal, third persons bound to all the parties by the same arbitration agreement or similar arbitration agreements wish to take part as principal parties in the proceedings, or if, in the event of there being third persons bound by such arbitration agreements, any of the parties requests that such third persons be joined in the proceedings as principal parties in association with the requesting party, the Chairman of the Arbitration Centre shall decide on whether to admit such addition of parties.

2 - The addition will not be admitted if the requirements established by law for it are not met and the Chairman of the Centre shall also reject the addition when he considers that the request was brought to disrupt or will disrupt the normal course of the proceedings.

3 - In the event of intervention, the intervening parties shall be deemed to have accepted the appointment of the arbitrator designated by the party to which it associates itself.

4 - In the event of joinder, the appointment of the arbitrator designated by the party that applied for the joinder shall be considered ineffective, and the Chairman of the Centre shall set the time limit for the party that requested the joinder and the new parties to jointly designate their arbitrator; if such parties fail to reach agreement on the appointment of the arbitrator, the provisions of paragraphs 2 and 3 of Article 8 shall apply."

In Portuguese:

"1 - Se, antes de se encontrar constituído o tribunal arbitral, terceiros vinculados a todas as partes pela mesma convenção de arbitragem ou convenções de arbitragem semelhantes pretendêrem intervir, a título principal, no processo, ou se, verificando-se os requisitos de vinculação mencionados, alguma das partes requerer a intervenção principal de terceiros vinculados

en addition of parties prior or after the constitution of the arbitral tribunal is also adopted by the Portuguese Association Arbitration project as it stands at the moment^{21-A}

pela convenção de arbitragem como partes a si associadas, compete ao Presidente do Centro de Arbitragem decidir sobre a admissão da intervenção.

2 - A intervenção não pode ser admitida se não se verificarem os requisitos que a lei para ela fixar e o Presidente do Centro deverá ainda recusar a admissão designadamente quando se convença de que o requerimento de intervenção se destina a perturbar ou de que perturba o normal andamento do processo.

3 - A intervenção espontânea implica a aceitação da designação de árbitro que tenha sido feita pela parte a que os intervenientes se associem.

4 - Tratando-se de intervenção provocada, fica sem efeito a nomeação de árbitro que haja sido efectuada pela parte que requereu a intervenção, fixando o Presidente do Centro prazo para que a parte que requereu a intervenção e as intervenientes designarem, em conjunto, árbitro; se as partes não chegarem a acordo quanto à designação de árbitro, aplicar-se-á o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º.

Paragraphs 2 and 3 of Article 8 establish the *Dutco* rule.

Although the text is in good part my responsibility, within the works of the revision of the rules headed by Prof. Calvão da Silva, I would now propose to amend it in some points, what should be done after the new arbitration law is published. But the implied distinction between addition requested before or after the arbitral tribunal is constituted should absolutely be kept.

^{21-A} Article 36 of the draft law determines that:

(...)

2. If the arbitral tribunal is already constituted, the addition of parties can only be admitted regarding a third party who declares to accept the current composition of the tribunal; in the event of intervention such acceptance is presumed.

(...)

6. Without prejudice to the following paragraph, addition of parties prior to the constitution of the arbitral tribunal may only be effected in institutional arbitration and provided that the applicable rules ensure the respect of the principle of equal participation of all parties, including the members of multiple parties, in the choice of the arbitrators.

7. The arbitration agreement may govern the third parties addition to currently pending arbitrations in a way different from the one established in the former paragraphs, either directly, respecting the principle of equal participation of all the parties in the choice of the arbitrators, or by reference to the rules of institutional arbitrations which contemplate such participation."

In Portuguese:

(...)

7. Cases where addition of parties is particularly justified

Precisely because of the link with the tribunal's composition, addition of parties is much more susceptible of bringing inconvenience and is much more delicate in arbitration than in state jurisdiction. It is therefore justified to limit the addition of parties to cases where the reasons in its favor are particularly weighty. But the evaluation has to be left to the organ administering institutional arbitration or to the arbitral tribunal.

Some kind of *relatedness* will be necessary. In any event, I believe that the situations which strongly justify the addition of parties are those (a) where someone claims the same object as the claimant or invokes a right incompatible with the one pretended by the claimant; (b) where the claimant claims the whole of a credit that can be characterized as joint and several and the respondent wishes to be sure that the co-creditors are bound by the decision or the co-creditors want to be sure of their right of recourse; (c) where the respondent wishes to have at least other people bound by the award for the purpose of possible exercise of right of recourse (joint and several debits, guarantees, subcontracts...)^{21-B}.

2. Encontrando-se o tribunal arbitral constituído, só poder ser admitida ou provocada a intervenção de terceiro que declare aceitar a composição actual do tribunal; em caso de intervenção espontânea, presume-se essa aceitação.

(...)

6. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral só pode ter lugar em arbitragem institucionalizada e desde que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros.

7. A convenção de arbitragem pode regular a intervenção de terceiros em arbitragens em curso de modo diferente do estabelecido nos números anteriores, quer directamente, com observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros, quer mediante remissão para um regulamento de arbitragem institucionalizada que admita essa intervenção."

^{21-B} Portuguese Arbitration Association draft law establishes, in paragraph 3 of Article 36, that:

"3. The admission of the addition of parties depends always on a decision of the arbitral tribunal after having heard the initial parties and the

There is also the hypothesis of the indispensable party, but, if it is to be associated with the respondent, the claimant should have thought about it when filing the claim. The situation is different in counterclaim. I do not consider here transfer of rights or assignment of "contractual positions"²².

8. Claims by and against additional parties; declaratory claims

The addition of parties normally involves new claims by the additional party or against it. In the event of intervention, the new claim will be made *by* the additional party. In the case of joinder, the claim will be made *against* the additional party. It is of the nature of the addition of parties that some person already a party be involved in the claim. To start with at least, no claim is possible just between additional parties.

The scheme of addition of parties is, by itself, susceptible of never ending. The administering authority of institutional arbitration or the arbitral tribunal must have the power to, at a certain point in time, exclude the addition of new parties and the submission of new claims.

In certain cases, it seems that the addition of parties may be justified without the need for a new claim – by the mere purpose of enlarging the subjective scope of *res judicata*. But it is possible to always find a claim, at least for just a (maybe, conditional) declaratory judgment.

9. The need to include provisions on multiparty arbitration and addition of parties in Model Law.

9.1. International private relations and, particularly, international trade, demand that, as much as possible, uniformity of rules exist. Regarding international commercial arbitration the notion of such a need is vivid, at least as from just after the 1st World War. UNCITRAL work on arbitration had precedents, in particular the studies and projects developed within *Unidroit*, starting under the auspices of the League of Nati-

ons and continuing until 1956. UNCITRAL started by preparing rules for *ad hoc* arbitration, approved in 1976. The great achievement, however, has been Model Law. It is a big accomplishment not only because it corresponded to an acceptable uniform regulation, but especially because it was clearly ahead of all or (I say it for prudence) almost all the national legal sets of provisions on arbitration. Some time afterwards, one of the standards of national law's evaluation was their conformity or nonconformity with the Model Law.

The success of Model Law makes UNCITRAL naturally conservative as regards amendments. It approved a modification, in 2006, concentrated especially on interim measures and interim orders. I believe that, in some years, the time will come for the Model Law to deal with multiparty arbitration and with the addition of parties.

9.2. Possibly for reasons of prudence, UNCITRAL is dealing with multiparty arbitration and with the addition of parties in the Rules.

But, first of all, multiparty arbitration issues should be considered at the level of law. Imagine an arbitration agreement which is silent on how to appoint the arbitrator corresponding to a multiple party and of the consequences of parties included in a multiple party not conveying in a name, in particular being an agreement for an *ad hoc* arbitration not referring to (future) UNCITRAL Rules. On which ground should the questions of what to do be decided? If the applicable law also says nothing, the point is whether the response will come by filling a gap in the arbitration agreement or in the applicable law. Very probably, hypothetical will or something of the kind, regarding the arbitration agreement, shall, without a normative basis, say nothing. If a normative basis has to be found, one comes to fill a gap in the applicable law. This implies that the matter is a matter of law.

Rules on multiparty arbitration are a presupposition for the rules to be applied to addition of parties. In what specifically concerns the latter, only law, not rules for an *ad hoc* arbitration, can cover the whole matter, both in institutional arbitration, prior to the constitution of the arbitral

tribunal, and in any kind of arbitration, after such constitution – unless the decision remains in allowing joinder without the need of the additional party to agree at least with the arbitrator appointed by the one or by those with whom he will be associated. If such is the solution, it is better to keep it just in the rules.

party to be added. The arbitral tribunal may only admit addition if it does not disturb the normal course of the arbitral proceedings and if there are relevant reasons that justify it. In particular, if the claim is not manifestly unviable, the following situations are deemed to justify the admission of the addition:

a) the third party has, in relation to the object of the case, an interest equal to the one of the claimant or of the defendant, which as of the beginning of the proceedings would allow voluntary consortium or impose necessary consortium [indispensable party] between one of the parties to the arbitration and the third party; or

b) the third party intends to present, against the defendant, a claim with the same object as the one of the claimant, but incompatible with the latter; or

c) the defendant against whom is invoked a right which may, prima facie, be characterized as joint and several, pretends that the other possible joint and several creditors be bound by the final decision to be issued in the arbitration; or

d) the defendant wants to call third parties against whom he may have right of recourse as a consequence of the success, total or partial, of a claimants' claim."

In Portuguese:

"3. A admissão da intervenção depende sempre de decisão do tribunal arbitral, após ouvir as partes iniciais na arbitragem e o terceiro em causa. O tribunal arbitral só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifiquem, considerando-se como tais, em particular, aquelas situações em que, não havendo manifesta inviabilidade do pedido:

a) O terceiro tenha em relação ao objecto em causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que inicialmente permitisse o litisconsórcio voluntário ou impusesse o litisconsórcio necessário entre uma das partes na arbitragem e o terceiro; ou

b) O terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objecto que o do demandante, mas incompatível com o deste; ou

c) O demandado, contra quem seja invocado crédito que possa, prima facie, ser caracterizado como solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem; ou

d) O demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante."

10. The challenge of equality of parties

The fundamental challenge today regarding arbitration relates to new dimensions of equality of parties. The classic dimension is the one concerning the opportunity of any party to present its case, the equal arms principle. Now, the field of the application of the principle of equality is expanding to the appointment of arbitrators in simple multiparty arbitrations; to the relationship between the appointment of arbitrators and the addition of parties; and even to the arbitrator's appointment in general.

Let us not forget, concerning this last point, the provisions of Article 1028 of the *Dutch Code of Civil Procedure*²³ and of § 1034 (2) of the *Zivilprozessordnung*²⁴, according to which the method of appointment of arbitrators, if unequal, may be disregarded by a court's decision upon request of the damaged party – meaning that the arbitration agreement clause may, in this regard, become ineffective. And let us not forget also Article 1678 of the *Code Judiciaire belge*, which simply states that "*the arbitration agreement is not valid if it attributes to one party a privileged position in what concerns the appointment of the arbitrator or arbitrators*"²⁵.

Issues of this kind, so fundamental, claim for internationally accepted standards. UNCITRAL should again take the lead. Prudence may

²² See, on the matter, Paula Costa e Silva, *loc. cit.*, para. 2.7.

²³ "If the arbitration agreement gives one of the parties a privileged position with regard to the appointment of the arbitrator or arbitrators, the other party may, despite the method of appointment laid down in that agreement, request the President of the District Court within one month after the commencement of the arbitration to appoint the arbitrator or arbitrators. The other party shall be given an opportunity to be heard. The provisions of article 1027(4) shall apply accordingly."

²⁴ "Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichtes ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes bekannt geworden ist, zu stellen. § 1032 Abs. 3 gilt entsprechend."

²⁵ "1. La convention d'arbitrage n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres.

2. (...) ».

advise starting at a low level, by the Rules. But the subject is of too much importance to remain with them.

Above all, equality possesses the dignity of law. Ultimately the issue is *due process*.

Summing up:

- Intervention and joinder of parties, collectively addition of parties, if the request is admitted in a case, convert the arbitration in such case into multiparty arbitration or increase its multiparty nature.
- In the event of addition of parties, multipartism is not original, but subsequent, which creates a tension with the principle of equality of parties regarding the appointment of arbitrators.
- The respect of such fundamental principle requires a distinction between addition of parties requested prior to or after the constitution of the arbitral tribunal, coupled with the one between institutional and non institutional arbitration.
- In institutional arbitration, if application for addition of parties is submitted prior to the constitution of the arbitral tribunal and it is admitted by the body administering the arbitration, the added party will participate in the appointment of arbitrators, in the general terms.
- In all other cases, the addition of parties must depend, besides the fulfillment of whatever other prerequisites, on the agreement of the person to be added to the name of the arbitrator or arbitrators appointed by, or with the cooperation of, the party to whom they are to be associated, such agreement being implied in a firm request for intervention after the appointment of the arbitrators.
- Multiparty arbitration is a matter of law and only law can cover the several possibilities on addition of parties.
- Sooner or later, not just the UNCITRAL Rules, but the Model Law will have to provide, not only on multiparty arbitration, but also on addition of parties.

Lisbon, 17 June 2010

Lino Diamvutu

Advogado

O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária*

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. Âmbito, fundamento jurídico e efeitos do princípio da competência-competência; 2.1. Âmbito do princípio da competência-competência; 2.2. Fundamento jurídico do princípio da competência-competência; 2.3. Efeito positivo do princípio da competência-competência; 2.4. Efeito negativo do princípio da competência-competência; 3. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência (ou incompetência); 4. Conclusão

Antes de mais, gostaria de agradecer o amável convite que me foi endereçado pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, para, neste Colóquio sobre "O Desenvolvimento da Arbitragem em Angola", organizado no âmbito das comemorações do trigésimo aniversário desta Faculdade, dissertar sobre o princípio da competência-competência na arbitragem voluntária.

I. Considerações preliminares

A competência do tribunal é entendida como a medida do respectivo poder jurisdicional. *A contrario sensu*, existe incompetência do tribunal nos casos em que no seu âmbito de poderes jurisdicionais não cabe o de julgar certo litígio ou categoria de litígios¹.

* Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em 12 de Outubro de 2009.

¹ PRATA, Ana, Dicionário Jurídico, 4.ª edição, Almedina, 2005, p. 259.

A competência do tribunal arbitral pressupõe: (i) a existência de uma convenção de arbitragem válida e eficaz entre as partes; (ii) a arbitrabilidade do litígio cujo objecto deve ser abrangido pela convenção de arbitragem e (iii) a sua regular constituição.

É, precisamente, a problemática do controlo do poder jurisdicional dos árbitros que constitui o cerne da minha intervenção.

A Lei n.º 16/03, de 25 de Julho, sobre a Arbitragem Voluntária (LAV) dispõe no n.º 1 do seu artigo 31.º, com a epígrafe "Decisão sobre a competência", que:

"Compete ao Tribunal Arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, ainda que, para esse efeito, haja necessidade de apreciar, quer os vícios da Convenção de Arbitragem ou do contrato em que ela se insere, quer a aplicabilidade daquela convenção ao conflito".

Esta disposição legal consagra no domínio da arbitragem voluntária o chamado princípio da *Kompetenz-Kompetenz*², Competência-Competência, *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction* ou *Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht*.

Com efeito, o tribunal arbitral, como qualquer outra jurisdição, pode e deve verificar, antes de mais, a sua competência para conhecer de determinado litígio submetido à sua apreciação. *A fortiori*, este controlo impõe-se quando a sua competência for contestada por uma das partes.

O princípio da competência-competência encontra, *prima facie*, a sua justificação no seguinte: invocando uma das partes litigantes a falta de competência do tribunal arbitral, seria necessário recorrer ao tribunal judicial para decidir se o diferendo, objecto da convenção arbitral, é ou não da competência do tribunal arbitral. A ironia é patente: para beneficiar da arbitragem, seria preciso submeter-se antecipadamente a um processo judicial, sendo necessário que o tribunal judicial tome uma decisão que reconheça a competência do tribunal arbitral³.

² Vide a observação feita no ponto 2.1.A).

³ COSSIO, Francisco González de, "Compétence à la Mexicaine et à l'Américaine - Une évolution douteuse", in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 173.

Assim sucedeu no passado. O princípio da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade da cláusula compromissória, e, conseqüentemente, sobre a sua própria competência, resultou de uma evolução. Inicialmente, entendia-se que a questão deveria ser analisada pela jurisdição estadual comum. Uma decisão da Corte de Cassação francesa de 1953 afirmou que: "*Le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire (...) doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître*"⁴.

Posteriormente, considerou-se como incontroverso que "*il est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et de la validité de cette convention*"⁵.

Hoje, o princípio da competência-competência é consagrado em quase todas as legislações nacionais e internacionais sobre arbitragem. Excluindo a Convenção de Nova Iorque de 1958⁶ sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que não contempla qualquer disposição acerca da competência do tribunal arbitral de decidir sobre a sua própria competência, temos, a título ilustrativo, o princípio reconhecido nos seguintes instrumentos jurídicos⁷⁻⁸:

⁴ Corte de Cassação francesa, JCP 1954.II.8293, j. 06.10.53; Apud DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado - Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, 2003, p. 149.

⁵ Caso *Impex*, *Revue de l'Arbitrage*, 1968, p. 149.

⁶ O n.º 3 do artigo 2.º da Convenção de Nova Iorque, de 1958 prevê que: "o tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se se verificar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação".

Esta disposição não consagra nem o efeito positivo, nem o efeito negativo do princípio da competência-competência. Tão somente impõe ao tribunal judicial que for chamado a pronunciar-se sobre o mérito da causa, o respeito da convenção de arbitragem. Nada diz sobre o controlo do poder jurisdicional do árbitro.

⁷ No Acto Uniforme Relativo Ao Direito da Arbitragem da Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA) de 1994, o artigo 11.º afirma que:

"O tribunal arbitral decide sobre a sua própria competência, incluindo quaisquer questões relativas à existência ou validade da convenção de arbitragem".

⁸ Artigo 18.º do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL.

A Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) de 1985, dispõe no n.º 1 do seu artigo 16.º que:

"O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer excepção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória".

No mesmo sentido, o Regulamento da Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, de 1998, prevê no n.º 2 do seu artigo 6.º que:

"...se uma das partes formular uma ou mais excepções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da excepção ou das excepções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, "prima facie", da possível existência de uma convenção de arbitragem conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal..."

A Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (CIRDI) de 1965, no n.º 1 do seu artigo 41.º estabelece que:

"Só o tribunal conhecerá da sua própria competência".

No Direito francês, o artigo 1466.º do Novo Código de Processo Civil⁹ (NCPC) prevê, em termos inequívocos, que:

"Se, perante o árbitro, uma das partes contestar no seu princípio ou na sua extensão o poder jurisdicional do árbitro, compete a este último decidir sobre a validade ou os limites da sua investitura".

⁹ Artigo 1466.º NCPC:

"Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture".

A mesma regra vem prevista no artigo 1040.º do *Zivilprozessordnung* alemão (ZPO)¹⁰ de 1998:

"O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo sobre qualquer excepção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória integrada num contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato".

O *Arbitration Act*¹¹ de 1996 reconhece, no direito inglês, através do seu artigo 30.º, n.º 1, o princípio da competência-competência, dispondo que:

¹⁰ Artigo 1040.º ZPO (Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence):

"1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Si le tribunal arbitral estime qu'il est compétent, il statue sur l'exception visée à l'alinéa 2 en règle générale par une sentence intérimaire. Dans cette hypothèse, chaque partie peut, dans un délai d'un mois, après avoir été avisée de cette décision, demander une décision judiciaire. En attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence".

¹¹ Artigo 30.º ARBITRATION ACT (Competence of tribunal to rule on its jurisdiction)

"1. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

2. Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part".

"Salvo convenção contrária das partes, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, para apreciar:

- (a) se existe uma convenção de arbitragem válida;
- (b) se o tribunal foi regularmente constituído, e
- (c) sobre se as questões submetidas à arbitragem são de acordo com a convenção arbitral".

No novo regime italiano da Arbitragem, o princípio da competência-competência ficou plasmado nos artigos 817.º, n.º 1 e 817.º-bis do *Codice Di Procedura Civile* de 2006. Por um lado, o n.º 1 do artigo 817.º prescreve que:

"Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza".

Por outro, o artigo 817.º-bis estipula que:

"Gli arbitri sono competenti a conoscere dell'eccezione di compensazione, nei limiti del valore della domanda, anche se il contro-credito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato".

De igual modo, o Código de Processo Judiciário belga (CPJ)¹²⁻¹³, no seu artigo 1697.º, n.º 1, reconhece ao tribunal arbitral:

¹² Artigo 1697.º CPJ:

"1. Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d'examiner la validité de la convention d'arbitrage.

2. La constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient.

3. La décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance qu'en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie. Le tribunal de première instance peut, à la demande de l'une des parties, se prononcer sur le bien-fondé de la décision d'incompétence du tribunal arbitral.

4. La désignation d'un arbitre par une partie ne la prive pas du droit d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral".

¹³ Na Suíça, o princípio encontra-se consagrado pelo artigo 186.º, n.º 1 da Lei Federal do Direito Privado Internacional, de 18 de Dezembro de 1987. Diz o texto da lei que: "O tribunal arbitral decide sobre a sua própria competência".

"a competência para decidir sobre a sua própria competência e, para esse efeito, apreciar a validade da convenção de arbitragem".

Nas legislações dos espaços lusófonos¹⁴, destaca-se que:

Em Portugal, o artigo 21.º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto sobre a Arbitragem Voluntária (LAV) consagra o princípio da competência-competência nos seguintes termos:

Artigo 186.º LDIP:

"1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence.

2. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond.

3. En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente".

¹⁴ O princípio da competência-competência vem, também, plasmado no artigo 30.º da Lei n.º 76/VI/2005, de 16 de Agosto, de Arbitragem Voluntária de Cabo Verde; no artigo 8.º da legislação sobre arbitragem voluntária da Guiné-Bissau (Decreto-Lei n.º 9/2000) de 2 de Outubro, no artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho, de Macau, no 37.º da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique e no artigo 21.º da Lei n.º 9/2006, de 2 de Novembro, de Arbitragem Voluntária de São Tomé e Príncipe.

- Artigo 30.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária – Cabo Verde)

"O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção".

- Artigo 8.º, n.º 1 (Decreto-Lei sobre a Arbitragem Voluntária – Guiné-Bissau)

"O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção".

- Artigo 27.º, n.º 1 (Decreto-Lei sobre a Arbitragem Voluntária – Macau)

"O tribunal pode decidir *oficiosamente* sobre a sua competência, apreciando para esse efeito a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira".

- Artigo 37.º, n.º 1 (Lei de Arbitragem... – Moçambique)

"O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer excepção relativa à existência ou a validade da convenção de arbitragem".

- Artigo 21.º (Lei de Arbitragem Voluntária – São Tomé e Príncipe)

"O Tribunal Arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira ou a aplicabilidade da referida convenção".

"O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção".

No Brasil, o parágrafo único do artigo 8.º da Lei de Arbitragem de 1996 determina que:

"Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

Se o princípio da competência-competência é largamente reconhecido nas diversas legislações sobre a arbitragem, essa aparência de unanimidade dissimula, como observa EMMANUEL GAILLARD¹⁵, divergências profundas que analisaremos *infra*.

2. Âmbito, fundamento jurídico e efeitos do princípio da competência-competência

2.1. Âmbito do princípio da competência-competência

A) Distinção entre "Competência-Competência" e a expressão tradicional do Direito alemão "Kompetenz-Kompetenz"¹⁶

A expressão do Direito alemão "Kompetenz-Kompetenz" tem um significado tradicional substancialmente diferente, em matéria arbitral, do entendimento actual. Tradicionalmente, essa expressão significa que os

¹⁵ GAILLARD, Emmanuel, *Revue de l'Arbitrage* 1995, p. 619; POUURET/BESSON, op. cit., n.º 459, p. 410.

¹⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, n.º 651, p. 396.

árbitros têm competência para decidir *definitivamente* sobre a sua competência, sem possibilidade de revisão dessa decisão pelos tribunais judiciais. Interpretada desta forma, a expressão alemã "Kompetenz-Kompetenz" é hoje rejeitada, quer na Alemanha, quer noutros países¹⁷.

Da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência não pode decorrer que esta decisão seja definitiva. Geralmente esta decisão está sujeita a um controlo dos tribunais estaduais em sede da impugnação da decisão arbitral, e a grande maioria dos sistemas jurídicos não admite uma renúncia das partes à impugnação da decisão com fundamento em incompetência do tribunal arbitral¹⁸.

Como veremos *infra*, a lei angolana consagra uma dupla via de impugnação da decisão arbitral proferida na arbitragem interna: a anulação e o recurso. A incompetência do tribunal é invocável em acção de anulação se a parte a alegou oportunamente perante o tribunal arbitral e este considerou tal alegação improcedente.

Por conseguinte, alguns autores de renome acordam em considerar ambígua e inapropriada a utilização da expressão "Kompetenz-Kompetenz" no âmbito do Direito da Arbitragem¹⁹.

B) O princípio da competência-competência não deve ser confundido com o princípio da autonomia da convenção de arbitragem (Separability ou severability)

O princípio da autonomia da convenção de arbitragem significa que a validade da cláusula compromissória deve ser apreciada isoladamente em relação ao contrato principal no qual está inserida. Tem como consequência que o árbitro é competente, quer para decidir sobre a sua própria competência, quer para apreciar a existência ou a validade do contrato.

¹⁷ *Ibid.*, n.º 651, p. 396.

¹⁸ LIMA PINHEIRO, Luis de, *Arbitragem Transnacional - Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p.134.

¹⁹ JOLIDON, Pierre, *Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage*, Berne: Staempfli, 1984, p. 185; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 651, p. 397; POUURET/BESSON, op. cit., p. 407, nota de rodapé n.º 3.

Entre nós, tal princípio consta do n.º 2 do artigo 4.º da LAV, nos seguintes termos: "A nulidade do contrato não implica a nulidade da Convenção de Arbitragem, salvo mostrando-se que aquele não teria sido celebrado sem a referida convenção".

Como afirma PIETER SANDERS²⁰, na falta de autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, o árbitro que admite a nulidade do contrato principal deveria *ipso jure* negar a sua competência de tal forma que não poderia decidir sobre o mérito da causa, nem pronunciar a nulidade constatada. Deparar-se-ia face a um impasse que só seria resolvido através de um novo processo perante o tribunal judicial.

Noutras palavras, a autonomia significa que, se o árbitro constatar que o contrato principal é inválido, não perde por este motivo a sua competência. A competência-competência pode ser considerada como o instrumento processual do princípio da autonomia, que habilita o próprio árbitro a decidir sobre a nulidade do contrato principal²¹, mesmo que se trate de uma nulidade *ab ovo* do referido contrato principal.

No mesmo sentido, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN²² observam que os dois princípios não se confundem e têm cada um o seu significado próprio, existindo, no entanto, entre eles uma relação lógica. E, para PIETER SANDERS²³, os dois princípios têm fundamento na vontade presumida das partes de submeter ao árbitro, num processo único, todas as questões litigiosas, incluindo a decisão sobre a sua própria competência. Tal presunção justifica-se pelas cláusulas usuais em matéria de arbitragem internacional que se referem a todos os diferendos em relação ao contrato, incluindo a sua existência e validade.

Para finalizar este ponto, vale aqui transcrever o ensinamento do juiz STEPHEN SCHWEBEL, da Corte Internacional de Justiça: "When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin

²⁰ SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haye, 1999, p. 33.

²¹ POUURET/BESSON, op. cit., n.º 166.

²² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 416.

²³ SANDERS, Pieter, op. cit., p. 33.

of which survives any birth defect or acquired disability of the principal agreement"²⁴.

Em material de arbitragens internacionais, merece destaque a decisão da Câmara Civil da Corte de Cassação francesa no caso *Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb v. Sté Dalico Contractors*. Tratava-se de um contrato que previa como lei aplicável a lei libanesa, sendo que o município libanês alegava que de acordo com a lei libanesa a cláusula arbitral não seria válida.

A Corte de Cassação francesa considerou que a existência e a eficácia de uma cláusula arbitral devem ser determinadas pela vontade das partes, não havendo necessidade de submissão a uma lei nacional²⁵.

2.2. Fundamento jurídico do princípio da competência-competência

A doutrina apresenta soluções divergentes relativamente à questão do fundamento do princípio da competência-competência. Para PIERRE MAYER, a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência fundamenta-se na aplicação extensiva ou analógica do princípio segundo o qual qualquer autoridade é competente para apreciar a sua própria competência ou ainda, na presunção segundo a qual as partes à convenção de arbitragem entenderam também submeter essa questão prévia (decisão sobre a competência do tribunal) aos árbitros²⁶.

Para FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN²⁷, o fundamento da competência-competência não reside na convenção de arbitragem, mas na lei do país onde a arbitragem decorre. Só por esta razão, pode-se justificar

²⁴ SCHWEBEL, Stephen, *The severability of the Arbitration Agreement*, *International Arbitration: Three Salient Problems*, 1987, p. 5; *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 75.

²⁵ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 74.

²⁶ MAYER, Pierre, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, RCADI 1989-V, p. 339; POUURET/BESSON, *Droit Comparé de l'arbitrage international*, Bruylant Bruxelles-LGDJ-Schulthess, 2002, pp. 407-408.

²⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 658, p. 400.

que o tribunal arbitral prossiga com o procedimento arbitral mesmo quando a existência ou a validade da convenção de arbitragem for contestada por uma das partes. O princípio da autonomia da cláusula compromissória permite afastar o argumento da nulidade da convenção de arbitragem pelo facto da invalidade do contrato principal, mas não permite ao tribunal arbitral prosseguir com a arbitragem quando a referida invalidade disser respeito à própria convenção de arbitragem. Isto só pode ser a consequência do princípio da competência-competência. O princípio da competência-competência permite, de igual modo, aos árbitros decidir sobre a invalidade da convenção de arbitragem e proferir sentença que declare a sua falta de competência, sem qualquer contradição. Com certeza, nenhum desses efeitos decorre da convenção arbitral. Se fosse o caso, estaríamos perante um círculo vicioso.

No mesmo sentido, sustenta o Prof. LIMA PINHEIRO²⁸ que a circunstância de a convenção de arbitragem não prejudicar a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência torna patente que a competência do tribunal arbitral não se fundamenta na convenção de arbitragem.

De acordo com o mesmo autor, a autonomia privada só poderia directamente produzir efeitos jurídicos, sem a mediação de Direito objectivo, se os particulares fossem titulares de um poder jurígeno "originário" ou "constituente", no sentido de uma fonte de criação de Direito que não seja, ela própria, regulada pelo Direito. A conduta negocial é necessariamente regulada pelo Direito e é o Direito que lhe atribui eficácia jurídica.

Assim, na arbitragem interna, a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência fundamenta-se no Direito objectivo, mormente, no regime local da arbitragem²⁹. Na arbitragem interna-

²⁸ LIMA PINHEIRO, Luís de, op. cit., p. 133 e *passim*.

²⁹ No fundo, apesar da competência dos árbitros para decidir sobre a sua própria competência, resultar da existência, *prima facie*, da convenção de arbitragem (porque a questão não se colocaria sem ela), ela fundamenta-se no Direito objectivo.

cional, o fundamento desse princípio encontra-se no Direito estadual da sede da arbitragem ou no Direito Transnacional autónomo. Como releva FRANÇOIS RIGAUX³⁰, nas arbitragens CCI, o processo arbitral é regido pelo respectivo Regulamento de Arbitragem, independentemente de qualquer ordem jurídica estadual; "a sede parisiense da CCI não lhe confere a qualidade de uma instituição de Direito francês". O sistema de arbitragem CCI é uma das ordens jurídicas transnacionais particulares existentes e que, ao subscreverem uma cláusula de arbitragem CCI, as partes inserem-se voluntariamente na respectiva ordem institucional privada.

Por minha parte, subscrevo a posição defendida por FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN, tal como ficou explicitada pelos Profs. RIGAUX e LIMA PINHEIRO.

2.3. Efeito positivo do princípio da competência-competência

O efeito positivo do princípio da competência-competência consiste, precisamente, na atribuição de competência ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio ou o dissídio. Deste ponto de vista, os diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais *supra* referidos reconhecem tal efeito positivo, mas nem todos consagram o seu efeito negativo, como veremos *infra*.

O Tribunal Arbitral é, mais frequentemente, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência para apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem, a arbitrabilidade do litígio ou a regularidade da constituição do tribunal arbitral. Passemos em revista cada um desses aspectos.

³⁰ RIGAUX, François, *Droit International Privé*, vol. I, 2.^a ed., Bruxelas, 1987, pp. 142 e segs; *Idem*, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, RCADI 213, 1989, pp. 242 e seg.

2.3.1. A existência e validade da convenção de arbitragem³¹

A) A problemática das cláusulas patológicas³²

A existência e validade da convenção arbitral para fundar a competência do Tribunal arbitral são, inúmeras vezes, questionadas por uma das partes litigantes quando se está em presença de cláusulas arbitrais ditas patológicas, podendo as mesmas ser defeituosas, imperfeitas ou incompletas.

Como aponta a Prof.^a SELMA LEMES, a redacção imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redacção imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem³³.

Essas cláusulas podem ser classificadas como cláusulas arbitrais inválidas ou susceptíveis de validade.

³¹ Os requisitos da existência e validade da Convenção arbitral no Direito angolano, são fixados nos artigos 1.º, 3.º, 4.º e 5.º da LAV. Grosso modo, podemos identificar os seguintes aspectos:

- Arbitrabilidade objectiva segundo o critério da disponibilidade do direito (art. 1.º)
- Arbitrabilidade subjectiva segundo se trate de pessoas singulares e colectivas de direito privado, ou do Estado e outras pessoas colectivas públicas (art. 1.º);
- Celebração por escrito da convenção arbitral sob pena de invalidade (art. 3.º);
- Especificação das relações litigiosas na convenção arbitral sob pena de nulidade (art. 4.º);
- Regularidade da constituição do tribunal arbitral sob pena de caducidade da convenção arbitral (art. 5.º).

³² GAILLARD, Emmanuel, *La Jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international*, *Revue de l'Arbitrage* 2007, N.º 4, pp. 697 e seg.

³³ LEMES, Selma M. Ferreira, "Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes", in *Reflexões sobre Arbitragem*, Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 189 e segs.; FOUCHARD et alii, *op. cit.*, p. 284; EISEMANN, Frédéric, "Les clauses d'arbitrage pathologiques", *Essais in Memoriam Eugénio Minoli*, Utet, 1974, p. 20.

a) Cláusulas arbitrais inválidas

São inválidas as cláusulas redigidas de tal forma incongruente que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como as cláusulas que, apesar de receberem a denominação de cláusulas arbitrais, prevejam procedimento que mais se assemelha à *conciliação* ou à *mediação*, bem como, quando estabeleçam, na verdade, uma *avaliação pericial*.

As cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral³⁴.

b) Cláusulas susceptíveis de validade

(i) Cláusulas arbitrais em branco ou vazias

São cláusulas arbitrais em branco ou vazias, as que não esclarecem a forma de eleição dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou *ad hoc*).

O exemplo mais corrente é o das cláusulas compromissórias redigidas nos seguintes termos:

"As partes acordam que quaisquer controvérsias surgidas deste contrato serão definitivamente resolvidas mediante arbitragem".

No Direito angolano, a cláusula vazia pode ser salva. Pois, o n.º 2 do art. 7.º da LAV prevê que, se as partes não tiverem designado o árbitro ou árbitros, nem fixado o modo da sua designação e não houver acordo entre elas sobre essa designação, cada uma das partes indica um árbitro, a menos que acordem que cada uma delas indique, em número igual, mais do que um, cabendo aos árbitros assim designados a escolha e designação do árbitro que completa a composição do Tribunal.

³⁴ LEMES, Selma M. Ferreira, *op. cit.*, p. 189.

- (ii) *Cláusulas arbitrais que indicam erroneamente, ou de modo insuficiente, a instituição arbitral*

Indicação errônea da instituição arbitral

No caso de arbitragens institucionais são frequentes as designações equivocadas quanto à denominação da instituição, em special as referentes à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em que as partes em vez de disporem que a arbitragem observará as regras da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, redigem cláusulas indicando a Câmara de Comércio de Genebra, a Câmara de Comércio Internacional de Londres, a Câmara de Comércio de Paris, Arbitragem em Genebra, conforme as regras CCI³⁵.

Uma decisão da Corte de Apelação de Dresden, na Alemanha, decidiu a favor da validade de uma cláusula arbitral, embora ela estivesse mal redigida, na medida em que estabelecia que “all disputes arising in connection with the present contract shall be settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce of Vienna”. A Corte alemã entendeu que a CCI era competente para administrar a disputa, e que a referência a uma cidade diversa de Paris – sede da CCI – não tornava a cláusula arbitral inválida, devendo a referência a Viena ser interpretada como uma indicação das partes de que a sede da arbitragem seria em Viena, mas que a arbitragem deveria

³⁵ A CCI, no sentido de permitir que a arbitragem seja impulsionada, faz análise ampla da proposição, que vai além das precisas palavras usadas pelas partes, no sentido de determinar se estas tinham a intenção de se referir a CCI. Dois factores em particular são verificados, conforme o costume presente na instituição. O primeiro é que as partes envolvidas são de nacionalidades diferentes e sem conexão com o lugar especificado na cláusula compromissória, a Corte pressupõe que a intenção das partes era de se referir a uma instituição internacional, em vez de nomear uma instituição doméstica. E a segunda e mais importante, a Corte verifica, em cada caso, se pode ser uma outra instituição em vez da CCI que as partes tiveram a intenção de se referir. Na falta de outra instituição que a cláusula pudesse claramente se referir, a Corte prefere construir uma interpretação própria para a cláusula arbitral, em vez de recusar a arbitragem desde o começo. Vide LEMES, Selma M. Ferreira, op. cit., p.194; DERAENS, Yves & SCHWARTZ, Eric, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, The Hague, Kluwer, 1998, p. 90.

ser conduzida de acordo com as Regras da Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris³⁶.

Indicação de modo insuficiente da instituição arbitral

A indicação da instituição arbitral é insuficiente quando a cláusula arbitral se limita a designar as regras de procedimento, sem especificar se a arbitragem decorrerá na instituição cujas regras processuais foram escolhidas pelas partes.

É o caso, no seguinte exemplo: “All disputes arising from this agreement shall be settled according to ICC rules”

Para que a arbitragem seja impulsionada, quando haja uma indicação errônea ou insuficiente da instituição arbitral, a CCI faz uma interpretação *in favorem validitatis*, aplicando os princípios (i) de interpretação de acordo com a boa-fé, (ii) do efeito útil ou da efectividade, (iii) de rejeição da interpretação estrita ou restrita, (iv) de interpretação da indicação equivocada da instituição arbitral como erro material e verificação dos documentos pré-contratuais, e (v) de interpretação *pro validate*³⁷.

(iii) *Cláusulas arbitrais contraditórias*

São contraditórias as cláusulas arbitrais que prevêm a arbitragem e, no mesmo documento ou em apartado, indicam o foro judicial para dirimir certo litígio. As duas cláusulas não se coadunam, ao contrário, elas se repelem. Ao pactuarem uma cláusula arbitral e uma cláusula de eleição de foro num mesmo contrato, surge a dúvida sobre qual seria a real intenção das partes.

No caso CCI n.º 11.559³⁸, o tribunal arbitral deparou-se com essa questão. O contrato possuía as duas cláusulas:

³⁶ *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 72.

³⁷ LEMES, Selma M. Ferreira, op. cit., pp. 195 e segs.

³⁸ Vide DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 143.

"Cláusula 92.^a – Da arbitragem – Todas as controvérsias que derivem da execução ou interpretação do presente Contrato serão definitivamente resolvidas de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional, por três árbitros nomeados conforme essas Regras. A Lei a ser aplicada é a Brasileira. O local da arbitragem será em local a ser mutuamente acordado pelas Partes; no entanto tal local não poderá ser na República Federativa do Brasil ou nos Estados Unidos da América. Caso as partes não consigam acordar sobre o local da arbitragem, então tal local será determinado de acordo com as Regras.

Cláusula 93.^a – Do Foro – As partes contratantes elegem o foro da cidade de Brasília – DF, para solução de qualquer questão oriunda do presente Contrato, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja".

O tribunal arbitral acabou adoptando uma posição conciliatória, mas com prevalência da cláusula arbitral, nos seguintes termos:

"Melhor sorte não merece por sua vez a invocada contradição entre a convenção de arbitragem (cláusula 92.^a) e a convenção de foro em Brasília (cl. 93.^a), já que os princípios da conservação do negócio jurídico e do respeito da vontade das partes impõem a conciliação daquelas cláusulas no sentido que ficaram reservados, ao foro de Brasília, os procedimentos alheios ao âmbito da arbitragem CCI, como é o caso de eventuais procedimentos cautelares ou do processo de execução de qualquer acórdão arbitral".

São ainda contraditórias, as cláusulas arbitrais que designam de forma imperativa duas instituições arbitrais.

Por fim, são contraditórias, as cláusulas arbitrais que prevêm a resolução de diferendos por uma instituição arbitral e indicam a aplicação do Regulamento de uma instituição arbitral diferente.

É o caso, no seguinte exemplo: "All disputes arising from the execution of or in connexion with the contract shall be settled through friendly negotiation between both parties. In case no settlement can be reached, the disputes shall be submitted to the Singapore International Arbitration Centre for arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect at the time of applying for arbitration by the three (3) arbitrators appointed in accordance with said Rules. The venue of Arbitration shall be Singapore"³⁹.

O favor *arbitrandum* tem levado a jurisprudência a permitir que as cláusulas contraditórias possam ser validadas se for manifesta a vontade das partes em recorrer à arbitragem⁴⁰.

(iv) Cláusulas arbitrais ambíguas

São cláusulas arbitrais cuja redacção indica a arbitragem para solucionar questões referentes à execução do contrato, podendo subentender-se que as questões surgidas e referentes à rescisão do contrato seriam excluídas.

B) A problemática das cláusulas escalonadas⁴¹

As cláusulas escalonadas são aquelas que prevêm um procedimento duplo ou triplo de resolução de litígios (negociação entre as partes e arbitragem, conciliação/mediação e arbitragem, perícia e arbitragem).

Estamos perante cláusulas escalonadas nos seguintes exemplos:

"Toda controvérsia relativa ao presente contrato poderá ser resolvida amigavelmente por três (3) conciliadores, dois nomeados por cada uma das partes e o terceiro nomeado de comum acordo pelos dois primeiros. Entretanto, o dono da obra e o empreiteiro terão direito de submeter o litígio à Câmara de Comércio Internacional para ser resolvido definitivamente segundo o regulamento de arbitragem".

³⁹ COSTA, Marina Mendes, A Arbitragem CCI nos Países Lusófonos – O interesse das Práticas CCI e o Controle dos Riscos (www.arbitragem.pt).

⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel, La Jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'Arbitrage 2007, N.º 4, p. 704.

⁴¹ COSTA, Marina Mendes, A Arbitragem CCI nos Países Lusófonos – O interesse das Práticas CCI e o Controle dos Riscos (www.arbitragem.pt).

“Caso qualquer das partes não se conforme com o parecer emitido por uma das comissões de peritos nos termos do artigo anterior, poderá, no prazo máximo de vinte (20) dias úteis contados da data em que o referido parecer lhe tenha sido comunicado, submeter o diferendo a um Tribunal Arbitral composto por três membros, um nomeado por cada parte e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as partes tiverem designado”.

No primeiro exemplo, pode-se colocar o problema da *prematuridade* da arbitragem porque a apresentação do litígio perante o tribunal arbitral está condicionada à sua prévia submissão a conciliação/mediação. No segundo, pode-se levantar o problema da *tempestividade* da arbitragem se o réu alegar que, por força do que fora previamente acordado entre as partes, o autor deveria ter submetido o litígio à arbitragem até um certo limite temporal que o mesmo não observara, deixando caducar o seu direito⁴².

Em meu entender, nestas duas situações, o tribunal arbitral poderá declarar a sua incompetência: no primeiro caso, por ter sido constituído de forma prematura e, no segundo, pelo facto da caducidade do *pactum de compromittendo*⁴³.

C) A problemática da extensão subjectiva dos efeitos da cláusula arbitral

A cláusula arbitral, como todo o negócio jurídico, em regra, só produz efeitos entre as partes que a celebraram. Todavia, embora com frequência se fale em extensão dos efeitos da cláusula arbitral a terceiros, não se trata aqui de saber se determinada pessoa sofrerá as consequen-

⁴² SAMPAIO, António Caramelo, “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto”, in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, p. 183.

⁴³ António Caramelo Sampaio considera que a decisão interlocutória incidirá sobre a inadmissibilidade do pedido em caso de prematuridade ou intempestividade do recurso à arbitragem. Vide SAMPAIO, António Caramelo, “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto”, in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, p. 183.

cias da convenção de arbitragem, mas sim quando uma pessoa deixará de ser terceiro para ser reputada parte e, conseqüentemente, estar vinculada à cláusula⁴⁴.

O tribunal arbitral é, frequentemente, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência nos casos de transmissão da convenção de arbitragem a terceiros, por se ter verificado uma cessão de posição contratual, uma cessão de créditos, uma sub-rogação legal ou convencional ou contratos sucessivos que operam a transmissão da propriedade da mesma coisa. Nessas situações, a jurisprudência tem aceite a extensão subjectiva dos efeitos da cláusula arbitral⁴⁵.

Persiste uma zona cinzenta onde o casuismo impera, sobretudo, em casos envolvendo grupos de sociedades. A este respeito, a questão é bem resumida por CHARLES JARROSSON, citado por JACOB DOLINGER & CARMEN TIBURCIO⁴⁶:

“C'est l'histoire d'une mère et de ses filles: seule l'une d'elles a conclu une convention d'arbitrage, mais toutes se demandent si la mère, une fille ou une soeur peut utiliser la clause à son profit, ou bien risque de la voir invoquée par un tiers à son encontre”.

E continua:

“Telle est, en guise d'entrée en matière, la présentation brute de la question. Dresser l'état des lieux apporte une image pessimiste et paradoxale: les conventions d'arbitrage ont pour fonction de résoudre les litiges; or trop souvent, en matière de groupes de sociétés, il se trouve qu'elles sont elles-mêmes source de contentieux. Groupes de sociétés et conventions d'arbitrage feraient-ils mauvais ménage?”.

Note-se que para estender os efeitos da cláusula arbitral para sociedades não-signatárias, não basta a simples circunstância de estas fazerem

⁴⁴ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 185.

⁴⁵ Sobre esta matéria, vide DIAMVUTU, Lino, “Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in Revista Angolana de Direito, Ano 2 – N.º 2, Casa das Ideias, 2009, pp. 159 e segs.

⁴⁶ Apud DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., pp. 186 e segs.

parte do grupo societário de uma das partes signatárias. Todavia, os demais requisitos para a extensão não estão ainda claros nem na doutrina, nem nas jurisprudências arbitral e estatal. Com efeito, tem-se sempre buscado a análise das peculiaridades do caso concreto, geralmente em busca de comportamentos nos quais se possa fundar uma concordância implícita com a cláusula arbitral.

Finalmente, a extensão subjectiva dos efeitos da convenção de arbitragem pode dar-se por aplicação da cláusula da Nação Mais Favorecida. Esta questão foi debatida no Centro para Resolução de Litígios de Investimentos (CIRDI), no célebre caso *Maffezini v. Espanha*⁴⁷⁻⁴⁸. Segundo o Relatório Global de Investimentos da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), de 2006, este caso é o único envolvendo um investidor de um país em desenvolvimento e o governo de um país desenvolvido, e que foi ganho pelo argentino⁴⁹.

Em 1997⁵⁰, Emilio Agustín Maffezini, cidadão argentino, domiciliado em Buenos Aires (Argentina) apresentou um requerimento ao CIRDI, visando a instrução de um procedimento arbitral contra a Espanha por violação do Tratado Bilateral de Investimento concluído com a República de Argentina em 3 de Outubro de 1991.

Com efeito, o artigo X do referido Tratado possibilita o recurso a tal procedimento, subordinando, no entanto, o mesmo a uma acção prévia junto do tribunal interno competente e à condição de que nenhuma

⁴⁷ Emilio Agustín Maffezini (Claimant) and The Kingdom of Spain (Respondent), Case n.º Arb/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000; Award, 13 November 2000, Rectification of Award, 31 January 2001 (www.worldbank.org/icsid/). Apud DAIGREMONT, Claire Crépet, Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international, in *Le Contentieux Arbitral Transnational relatif à l'Investissement*, Anthemis, 2006, p. 126 e ss.

⁴⁸ DIAMVUTU, Lino, "Cláusulas de Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida nos Tratados Bilaterais de Investimento", in *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Edições Caxinde, 2008, p. 62 e segs.

⁴⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2006*, p. 229.

⁵⁰ 18 de Julho.

decisão sobre o mérito da causa fosse proferida num prazo de 18 meses. "(...) 2. If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it shall be submitted to the competent Tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made. 3. The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances: a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in paragraph 2 of this Article have been initiated, or if such decision has been rendered, but the dispute between the parties continues; b) if both parties to the dispute agree thereto. (...)"

Essas exigências não foram satisfeitas. Contudo, Maffezini recorreu à cláusula da nação mais favorecida do artigo IV, parágrafo 2 do Tratado Bilateral celebrado entre a Argentina e a Espanha, com vista a beneficiar de condições mais flexíveis do Tratado entre a Espanha e o Chile. Este último Tratado não impunha o recurso aos tribunais internos. Exigia tão-somente a observância de um prazo de 6 meses entre o surgimento do diferendo e o recurso ao Centro, para permitir a resolução amigável do litígio.

O requerente estimava que os investidores chilenos eram mais favorecidos em relação aos investidores de nacionalidade argentina e que a cláusula da nação mais favorecida inserida no Tratado Argentina – Espanha permitir-lhe-ia beneficiar desse tratamento mais favorável. A cláusula era assim formulada: "In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country."

Para refutar este argumento, a Espanha, contestando a competência do CIRDI, sustentou que tão-somente os aspectos substanciais do tratamento (*material economic treatment*), por oposição aos aspectos processuais, poderiam ser estendidos aos beneficiários de uma cláusula da nação mais favorecida.

O tribunal, presidido por FRANCISCO ORREGO VICUÑA, acolheu o argumento de Maffezini, declarando-se competente para conhecer do

litígio submetido à sua apreciação⁵¹. Por conseguinte, como concluiu a CNUCED⁵², "the MFN (*Most-Favored-Nation*) clause may, against the intention of a contracting party, incorporate into the IIA (*International Investment Agreement*) containing this clause certain procedural or substantive rights from other IIAs."

2.3.2. A arbitrabilidade objectiva do litígio

A competência do tribunal arbitral é delimitada pela arbitrabilidade do litígio. Por outro lado, o objecto do litígio deve ser abrangido pela convenção de arbitragem.

A controvérsia é arbitrável quando pode ser submetida à arbitragem voluntária⁵³. Deste ponto de vista, trata-se da arbitrabilidade objectiva ou *ratione materiae*. Do ponto de vista subjectivo, é preciso indagar se as partes na convenção de arbitragem estão habilitadas por lei, a celebrá-la (arbitrabilidade *ratione personae*).

Assim, o tribunal arbitral deve verificar – como juiz de sua própria competência – a arbitrabilidade da questão *sub judice* e a validade da cláusula arbitral.

Os dois critérios mais seguidos para a determinação da arbitrabilidade objectiva são o da disponibilidade do direito em causa e o da natureza patrimonial da pretensão. Nos direitos angolano e português⁵⁴, vigora o critério da disponibilidade de direitos (art. 1.º LAV). Tal solução foi também retida na Bélgica (art. 1676.º, al. 1 CJB), Itália (art. 806.º CPCT), Países Baixos (art. 1020.º, al. 3 WBR), França (art. 2059.º CCfr.), Suíça (art. 177.º, al. 1 LDIP), etc.

A disponibilidade define-se como a faculdade de o titular de um direito renunciar ou transigir sobre o mesmo. São indisponíveis os

⁵¹ Uma análise dos diferentes TBIs rubricados por Angola revela a existência de uma cláusula idêntica para o recurso aos mecanismos de arbitragem internacional, a qual estabelece a observância de um prazo de 6 meses, contados da data em que uma das Partes em diferendo o tiver suscitado.

⁵² UNCTAD, *World Investment Report 2006*, p. 29.

⁵³ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 374.

⁵⁴ No direito português, é o art. 1.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis. Trata-se, em regra, de matérias relativas ao estatuto pessoal, direito da família, direito penal, propriedade intelectual, falências e concordatas, e questões onde há desequilíbrio entre as partes, tais como alimentos, arrendamento, direito do trabalho e do consumidor⁵⁵. Finalmente, tem-se entendido não ser admitida a arbitragem, como regra, quando a matéria diz respeito à ordem pública, o que justifica o facto de alguns países excluírem a arbitragem em direito da concorrência.

Como notam JACOB DOLINGER & CARMEN TIBURCIO⁵⁶, nem todos os países interditam a arbitragem nessas hipóteses, e até mesmo dentre os que proíbem, há algumas questões atinentes a esses temas que podem ser dirimidas pela via arbitral. Vale isto por dizer que, nesses casos, as partes e os árbitros devem tomar todas as precauções possíveis para evitar que a decisão seja declarada nula ou não seja exequível.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁷ observa que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos não se afere instituto a instituto, mas deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido. A exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque a todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral.

Entre nós, em matéria de direito do trabalho, o artigo 304.º da Lei Geral do Trabalho estatui que é lícito ao trabalhador, após a extinção da relação jurídico-laboral, renunciar total ou parcialmente, ao crédito que tenha sobre o empregador, bem como celebrar acordos de conciliação, de transacção e de compensação sobre os mesmos créditos. Entendo que também é possível a celebração de compromisso arbitral entre o empre-

⁵⁵ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005, p. 376; POUDET/BESSON, *op. cit.*, pp. 306 e segs.

⁵⁶ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2007, p. 86.

gador e o trabalhador, após a cessação do vínculo jurídico-laboral, quando o litígio tenha por objecto créditos salariais, embora o artigo 306.º da referida Lei determine a competência dos Tribunais Provinciais, através da Sala do Trabalho, para conhecer e julgar todos os conflitos individuais de trabalho.

Em matéria de direito do consumidor, a alínea f) do artigo 16.º (Cláusulas abusivas) da Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 15/03, de 22 de Julho, considera nula de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem. Por conseguinte, entre o fornecedor e o consumidor (destinatário final) só é possível a celebração do compromisso arbitral.

No direito francês, no âmbito do direito da família, os litígios relativos ao estado e à capacidade de pessoas são excluídos da arbitragem, assim como as questões relativas ao divórcio e à separação de pessoas. Não será possível confiar ao árbitro a resolução de uma questão de divórcio, de perfilhação ou de protecção de um incapaz.

Contudo, a arbitragem volta a ser possível para a resolução de *litígios patrimoniais* relacionados com a incapacidade ou o estatuto familiar. Por exemplo, o tribunal arbitral pode decidir acerca da nulidade de um contrato celebrado por um incapaz (desde que a incapacidade não seja discutida) ou proceder à liquidação e partilha de bens do casal. Obviamente, só o compromisso arbitral é possível nestes domínios⁵⁸.

A natureza patrimonial da pretensão é a sua susceptibilidade de ser objecto de avaliação pecuniária.

Em regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos pessoais são indisponíveis. Mas há excepções. Por exemplo, a *alienação de bens de menores* tem natureza patrimonial mas não admite transacção, devido à sua sujeição à autorização judicial, sendo inidónea como objecto arbitral. Os *direitos de personalidade* são indisponíveis e irrenunciáveis. Contudo, o artigo 81.º do Código Civil permite a celebração de

⁵⁸ NOUGEIN/REINHARD/ANCEL/RIVIER/BOYER/GENIN, *Guide Pratique de l'Arbitrage et de la Médiation Commerciale*, Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 15.

negócios de personalidade⁵⁹⁻⁶⁰. O litígio decorrente da revogação ou resolução unilateral desse negócio é idóneo como objecto arbitral, uma vez que a questão de indemnização dos prejuízos pelo titular do direito de personalidade que revogue intempestivamente a sua vinculação é de pura natureza patrimonial⁶¹.

Uma recente corrente doutrinária em Portugal⁶², defendida pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) tem preconizado a revisão do critério de arbitrabilidade dos litígios enunciado no artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto). Seguindo o exemplo da lei alemã⁶³ sobre a arbitragem, aprovada em 1998 e imediatamente integrada no Código de Processo Civil desse país, a APA apresentou um projecto de novo diploma sobre arbitragem no qual altera o critério de arbitrabilidade dos litígios, fazendo depender esta não já do carácter disponível do direito a submeter à arbitragem, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial, combinando, porém, também à semelhança do que fez a lei alemã⁶⁴, esse critério principal com

⁵⁹ Como observa Pedro Pais de Vasconcelos, Os mais importantes valores da personalidade são indisponíveis. A vida não pode ser trocada por dinheiro, nem é lícito o suicídio. Mas já é lícito que a pessoa se submeta voluntariamente a experiências médicas ou científicas das quais possa resultar perigo para a sua vida. E são mesmo muito valiosamente consideradas práticas voluntárias em que a vida é posta em perigo, por exemplo, por membros das forças armadas ou das forças de segurança, de serviços de salvamento, ou mesmo por médicos e outros intervenientes no tratamento de doenças contagiosas. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2005, p. 54 e segs.

⁶⁰ MANSO, Luís Duarte & OLIVEIRA Nuno Teodósio, *Teoria Geral do Direito Civil - Casos práticos resolvidos*, Quid Juris Sociedade Editora, 3.ª edição, 2007, p. 32.

⁶¹ Por exemplo, a celebração de um acordo escrito entre A e B nos termos do qual A aceita que qualquer actividade da escola de música de B possa funcionar a qualquer hora do dia e noite, sem limite de ruído, em contrapartida da utilização por A de um espaço da escola. Quando o titular do direito de personalidade revogue unilateralmente a sua vinculação, fica obrigado a indemnizar os prejuízos que com isso cause à outra parte.

⁶² MOURA VICENTE, Dário, "Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de Arbitragem", in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 79.

⁶³ Art. 1030.º, n.º 1 ZPO.

⁶⁴ Art. 1030.º - Arbitrabilité (ZPO):

"1. Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Une convention d'arbitrage portent sur des causes de nature

o critério secundário de transigibilidade da pretensão em litígio, de modo que mesmo litígios que não envolvam interesses patrimoniais mas sobre os quais seja permitido concluir transacção possam ser submetidos à arbitragem⁶⁵⁻⁶⁶.

Outras razões apresentadas podem ser, assim, resumidas:

(i) Para o Prof. MOURA VICENTE, o critério da disponibilidade dos direitos afigura-se hoje excessivamente restritivo e desajustado da confiança que os tribunais arbitrais merecem à sociedade. Recorde-se, a este respeito, que a Lei-Modelo Sobre a Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, prevê a admissibilidade da sujeição a arbitragem de quaisquer questões suscitadas por uma relação de natureza comercial, contratual ou extracontratual, independentemente de os direitos subjectivos disputados serem disponíveis ou não⁶⁷.

(ii) Por outro, o *favor arbitrandum* tem levado a jurisprudência e as legislações de diversos países a um progressivo alargamento das matérias susceptíveis de serem decididas por árbitros, sem sujeição ao referido critério⁶⁸.

(iii) Para SAMPAIO CAMELO, o critério da disponibilidade tal como consagrado no artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa apresenta dificuldades ao intérprete para saber se consagra um critério *forte* ou *fraco* de disponibilidade. A disponibilidade forte desig-

non-patrimoniales entraîne des effets juridiques lorsque les parties sont libres de transiger sur l'objet du litige (...)⁶⁵.

⁶⁵ Vide a Exposição de Motivos de Proposta de Lei da Arbitragem Voluntária, n.º 3; www.arbitragem.pt

⁶⁶ Art. 1.º da proposta de Lei:

"1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2. É válida uma 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 (...)"

⁶⁷ MOURA VICENTE, *Dário*, op. cit., p. 79.

⁶⁸ *Ibid.*

na a possibilidade de renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente, ao passo que a disponibilidade fraca traduz-se na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação deste na esfera do seu titular⁶⁹.

Pelas razões acima expostas, inclino-me em aceitar que, *de lege ferenda*, se reveja o critério da arbitrabilidade no direito angolano sobre arbitragem, para conferir-lhe maior clareza e abrangência.

2.3.3. A regular constituição do tribunal arbitral

As questões referentes à regularidade da constituição do tribunal arbitral, prendem-se com a matéria da recusa e da substituição dos árbitros. Remete-se para os artigos 10.º e 11.º da LAV⁷⁰.

⁶⁹ CAMELO, António Sampaio, "A disponibilidade do Objecto de Litígio", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66.º, 2006, III, p. 1261, citado por MENDES, Amândio Ribeiro, *Balanço dos Vinte anos de vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 55.

⁷⁰ Artigo 10.º (Recusa) LAV

"1. Quem for convidado para exercer as funções de árbitro, tem o dever de dar imediato conhecimento de todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência. Esse dever de informação a ambas as partes mantém-se enquanto decorrer o processo arbitral.

2. Um árbitro designado só pode ser recusado quando existir circunstância susceptível de gerar fundada dúvida sobre a sua imparcialidade e independência ou se manifestamente não possuir a qualificação que tenha sido previamente convencionada pelas partes.

3. Uma parte só pode recusar um árbitro por si designado ou em cuja designação tenha participado, por motivo que apenas tenha conhecido após essa designação.

4. Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao Tribunal Arbitral, no prazo de oito dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do Tribunal Arbitral ou da data em que teve conhecimento de qualquer circunstância relevante, nos termos do n.º 2 do presente artigo e se o árbitro recusado não se escusar ou demitir, ou se a outra parte não aceitar a recusa, compete ao Tribunal Arbitral decidir sobre esta.

5. Se for indeferida a arguição de recusa, a parte recusante pode, no prazo de quinze dias contados desde a comunicação do indeferimento, requerer ao

2.4. Efeito negativo do princípio da competência-competência

2.4.1. Consagração do efeito negativo da competência-competência nos diversos ordenamentos jurídicos

O efeito negativo do princípio da competência-competência traduz-se na *primazia* que têm os árbitros em relação à jurisdição estadual no conhecimento de questões relativas à validade, eficácia ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. Por outras palavras, o efeito negativo do princípio da competência-competência proíbe ao tribunal judicial ao qual uma parte tenha recorrido, quer para apreciação da competência do tribunal arbitral, quer para decisão do mérito da causa, apesar da existência de uma convenção de arbitragem, de decidir sobre as questões relativas à existência ou à validade desta, antes de o tribunal arbitral pronunciar-se sobre tais questões.

Conforme referido *supra*, existem divergências entre as diversas legislações nacionais e internacionais, no que diz respeito à consagração do efeito negativo do princípio da competência-competência.

A) Alguns ordenamentos jurídicos não reconhecem o efeito negativo do princípio da competência-competência.

Assim, a Lei-modelo da CNUDCI não reconhece o efeito negativo da regra competência-competência. O artigo 8.º, n.º 1 dessa Lei admite que o tribunal em que seja proposta uma acção relativa a um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem rejeite a excepção fundada

tribunal ou à autoridade ou entidade referidas no artigo 14.º da presente lei, que decida sobre a recusa, sendo tal decisão insuscetível de recurso e na pendência deste pedido, pode o Tribunal Arbitral, incluindo o árbitro recusado, prosseguir com o processo arbitral e proferir decisões, salvo a decisão final".

Artigo 11.º (Substituição de árbitros) LAV

"Se algum dos árbitros falecer, se escusar, for recusado ou ficar impossibilitado de forma permanente para o exercício das suas funções ou se a designação ou nomeação ficar sem efeito, procede-se à sua substituição, segundo as regras aplicáveis à designação ou nomeação com as necessárias adaptações".

nesta convenção se verificar que ela é caduca, inoperante, ou insuscetível de ser executada, o que implica uma apreciação da validade da convenção de arbitragem.

No direito alemão, o n.º 1 do artigo 1032.º ZPO⁷¹ reconhece ao tribunal judicial, em termos inequívocos, a possibilidade de apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem se o demandado arguir a excepção de preterição de tribunal. O tribunal deve analisar a convenção arbitral para verificar se a mesma não é caduca, inoperante ou não suscetível de ser executada. O n.º 2 do citado artigo prevê a possibilidade de as partes numa convenção de arbitragem, antes da constituição do tribunal arbitral, intentar uma acção visando a constatação da admissibilidade ou inadmissibilidade da resolução do litígio por via arbitral. Finalmente, como forma de evitar manobras dilatórias da parte menos interessada na arbitragem, o n.º 3 do mesmo artigo, autoriza o tribunal arbitral, em qualquer dos casos acima referidos, a iniciar ou prosseguir o processo arbitral até ser proferida sentença.

O *Arbitration Act* inglês prevê no n.º 1 do seu artigo 32.º a possibilidade de as partes a um procedimento arbitral, recorrer directamente ao tribunal judicial (*Court*) para a determinação da competência do tribunal arbitral, tendo este último a faculdade de prosseguir o processo arbitral e decidir sobre a sua competência. Por conseguinte, o tribunal judicial poderá apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem antes do tribunal arbitral, não sendo reconhecida a prioridade deste na apreciação de tais questões.

⁷¹ Artigo 1032.º ZPO:

"1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si le défendeur le demande au plus tard avant le début de l'audience sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que la dite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage.

3. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée à l'alinéa 1 ou 2, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue".

O n.º 1 do artigo 1679.º CPJ belga⁷² não concede expressamente a prioridade ao árbitro, pelo facto de não restringir o poder de apreciação do tribunal judicial, ao controlo *prima facie* da convenção de arbitragem. O tribunal judicial poderá, antes do tribunal arbitral, apreciar a validade da convenção de arbitragem. Nos termos do referido artigo:

"O juiz que for chamado a decidir sobre um diferendo, objecto de uma convenção de arbitragem, deve declarar-se incompetente a pedido de uma parte, a não ser que para aquele diferendo, a convenção não seja válida ou seja caduca; a excepção deve ser levantada antes de quaisquer outras excepções e meios de defesa".

B) Outras legislações nacionais estabelecem a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua competência em termos que excluem a possibilidade de esta decisão ser antecipada pelo tribunal judicial⁷³.

No direito português, o n.º 4 do artigo 21.º dispõe que:

"A decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa e pelos meios especificados nos artigos 27.º e 21.º"

Seguindo a mesma orientação, o n.º 3 do pré-citado artigo 31.º da LAV angolana estabelece que:

"A decisão do Tribunal Arbitral através da qual se declare competente para decidir a questão só pode ser apreciada pelo Tribunal

⁷² Artigo 1679.º CPJ:

"1. Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin; l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense.

(...)"

⁷³ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, pp. 400 e segs.

Judicial depois de proferida a decisão arbitral, em sede de impugnação ou por via de oposição à execução, nos termos dos artigos 34.º e 39.º da presente lei".

O tribunal judicial só pode apreciar a competência do tribunal arbitral depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa, em acção de anulação da decisão arbitral, em recurso da decisão arbitral e em oposição à execução da decisão arbitral.

No Brasil, o artigo 20.º, parágrafo 2 prevê a decisão do tribunal arbitral sobre a competência só poderá ser examinada pelo órgão do poder judiciário competente, aquando da eventual propositura da demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral.

C) O efeito negativo da regra competência-competência só é consagrado, de forma explícita, no direito francês.

De acordo com o artigo 1458.º NCPC⁷⁴:

"Quando for proposta num tribunal estadual acção relativa a um litígio submetido a arbitragem, o tribunal deve considerar-se incompetente.

Se o litígio ainda não tiver sido submetido à arbitragem, o tribunal só não deve declarar-se incompetente se a convenção de arbitragem for manifestamente nula.

Nos dois casos, a jurisdição não poderá relevar de ofício a sua incompetência".

⁷⁴ Artigo 1458.º NCPC:

"Lorsqu'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompetence".

O artigo 1458.º NCPC só permite ao tribunal judicial uma apreciação *prima facie* da convenção de arbitragem, ou seja a constatação da sua manifesta nulidade ou não.

No caso *Tripovitch SPA v. Sieur Jacques de Conick*, em que se discutia a validade de uma cláusula arbitral num contrato de natureza civil, a Corte de Cassação francesa anulou a decisão que havia sido proferida pela Corte de Apelação de Bordeaux que declarara a cláusula arbitral nula. A decisão estabeleceu que a jurisdição estatal é incompetente, a menos a título principal, para decidir sobre a validade da convenção de arbitragem. Segundo a Corte, os árbitros devem analisar, em primeiro lugar, a validade da convenção de arbitragem⁷⁵.

O efeito negativo permite evitar manobras dilatórias do processo arbitral⁷⁶. Mas, o argumento mais sério a favor do efeito negativo da regra competência-competência é de, na arbitragem internacional, submeter o controlo da decisão sobre a validade da convenção de arbitragem à jurisdição da sede da arbitragem (Estado cujos tribunais são competentes para a impugnação da decisão arbitral) em vez da jurisdição dos juízes estaduais estrangeiros que possam ser chamados a decidir sobre a excepção de preterição de tribunal arbitral, evitando-se, deste modo, uma desarmonia de soluções em direito⁷⁷.

⁷⁵ Vide DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado - Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, 2003, p. 149.

⁷⁶ Esta preocupação pode ser satisfeita por outra via: permitir que qualquer das partes do processo arbitral instaurado em primeiro lugar requeira ao tribunal judicial demandado posteriormente a suspensão da instância até à decisão definitiva sobre a competência do tribunal arbitral (seja ela proferida pelo próprio tribunal arbitral ou pelos tribunais estaduais competentes para a impugnação da decisão arbitral (LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 402; FLOUDRET/ BESSON, op. cit., pp. 407 e segs.).

⁷⁷ FLOUDRET/BESSON, op. cit., p. 447.

2.4.2. Efeito negativo, preterição do tribunal arbitral e litispendência⁷⁸

Está-se perante excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário quando o réu alega e prova que o autor ignorou a convenção de arbitragem existente para o litígio que submeteu ao tribunal judicial, ou dito de outra forma, quando alegue e prove que existe uma convenção de arbitragem susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor⁷⁹. A excepção de preterição de tribunal arbitral não é de conhecimento oficioso.

Importa saber, neste caso, se o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário depende ou não da apreciação da validade da convenção de arbitragem e, portanto, se o tribunal judicial absolver o réu da instância se essa decisão vincula o tribunal arbitral voluntário, demonstrando por isso, que o tribunal comum reconhece a validade da convenção de arbitragem; ou se, pelo contrário, o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário se deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

No direito angolano, se uma das partes decide submeter ao tribunal judicial, um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, antes da instauração da instância arbitral, a *excepção de preterição de tribunal arbitral* dá lugar à remessa do processo para o tribunal arbitral. Em minha opinião, o controlo da validade da convenção de arbitragem pelo tribunal judicial só poderá limitar-se à verificação da sua não manifesta nulidade⁸⁰. Doutra modo, estaríamos perante a violação do artigo 31.º da

⁷⁸ Art. 494.º CPC angolano:

"1. São dilatórias, entre outras, as excepções seguintes:

...
f) A incompetência, quer absoluta, quer relativa, do tribunal;
g) A litispendência;
h) A preterição do tribunal arbitral;
..."

⁷⁹ REIS, João Luís Lopes dos, "A excepção de Preterição do Tribunal Arbitral", *ROA* Ano 58 III, Dezembro 1998, pp. 115 e 1124.

⁸⁰ Sobre esta questão, vide SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Recorribilidade das Decisões Arbitrais* (Sep. O Direito 120), s.l., 1988, p. 576 e seg.; *Apud* LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, pp. 400 e seg.

LAV. Por outro lado, a procedência da excepção de preterição do tribunal arbitral não implica o julgamento da competência do tribunal arbitral, mas tão-somente o julgamento da existência de convenção de arbitragem não manifestamente nula e, eventualmente, aplicável ao caso concreto.

Tal é o entendimento, na jurisprudência portuguesa, do Tribunal da Relação de Lisboa que, no seu Acórdão de 10 de Fevereiro de 2009⁸¹, decidiu que:

"1. No julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário, o tribunal deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

2. A decisão do tribunal judicial só vincula o tribunal arbitral quando se verificar a manifesta nulidade da convenção de arbitragem. Caso contrário, vale o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro (art. 21.º, n.º 1 da LAV⁸²). Se o tribunal arbitral se considerar incompetente, a acção pode ser novamente proposta no tribunal judicial que se deve considerar vinculado à decisão do tribunal arbitral sobre a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o tribunal arbitral se considerar competente, a sua decisão não vincula o tribunal judicial, mas este só pode apreciar a questão depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa em acção de anulação, recurso ou oposição à execução da decisão arbitral (arts. 21.º, n.º 4 e 27.º, n.º 1, al. b) da LAV)..."

A litispendência pressupõe a repetição de uma causa. Há litispendência se duas (ou mais) causas estão simultaneamente pendentes⁸³. A excepção de litispendência tem por objectivo evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior. A litispendência é de conhecimento officioso. Se determinado litígio for submetido ao tribunal judicial, posteriormente à constituição do tribunal arbitral, a *excepção de litispendência* permite a suspensão do processo no tribunal

⁸¹ www.dgsi.pt

⁸² Trata-se da LAV portuguesa.

⁸³ MACHADO, António Montalvão & PIMENTA, Paulo, O Novo Processo Civil, TSE Editores, 1997, p. 126.

judicial até à decisão definitiva do tribunal arbitral sobre a sua própria competência ou sobre o mérito da causa. Neste caso, não há dúvida que competirá ao tribunal arbitral apreciar, em primeiro lugar, a validade da convenção de arbitragem.

2.4.3. Efeito negativo e a questão da constituição do tribunal arbitral pelo tribunal judicial

Nos termos do n.º 1 do artigo 14.º da LAV, sempre que se não verifique a designação de árbitro ou árbitros pelas partes ou pelos árbitros ou por terceiros, a sua nomeação cabe ao Presidente do Tribunal Provincial do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta dessa fixação, do domicílio do requerente ou ao Tribunal Provincial de Luanda no caso do domicílio do requerente ser no estrangeiro.

A propósito, levanta-se a questão de saber se o tribunal judicial deverá apreciar a existência e validade da convenção arbitral.

O respeito do princípio da competência-competência impõe que o tribunal judicial se limite a uma apreciação, *prima facie*, da convenção de arbitragem, ou seja, a verificação da sua não manifesta nulidade.

Em direito comparado, o Código de Processo Civil holandês (art. 1027.º, n.º 4 WBR) recomenda expressamente ao tribunal a proceder à designação dos árbitros, sem analisar a validade da convenção arbitral. A lei suíça circunscreve esse controlo a *un examen sommaire* da convenção de arbitragem (art. 179.º, n.º 3 LDIP). O mesmo infere-se da combinação dos artigos 1493.º, n.º 2, 1495.º e 1444.º do NCPC francês. A lei belga limita-se a afirmar que a decisão do presidente não prejudica a competência dos árbitros de decidir sobre a sua própria competência. Esta solução não é aceite no direito inglês que consagra a liberdade absoluta do tribunal judicial na apreciação da validade da convenção de arbitragem⁸⁴.

⁸⁴ Vide sobre esta matéria, SAMUEL, Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, 1989, pp. 193-195.

3. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência (ou incompetência)

3.1. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência

De acordo com o n.º 2 do artigo 31.º da LAV, as partes só podem arguir a incompetência do tribunal assim como a irregularidade da sua constituição até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa ou juntamente com esta ou na primeira oportunidade de que disponham após o conhecimento de facto superveniente que dê causa a algum dos referidos vícios. O tribunal arbitral é, neste caso, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência, proferindo uma decisão interlocutória.

Em regra, as decisões interlocutórias são as proferidas a meio de uma arbitragem, sem lhe porem termo⁸⁵. A questão prévia, releva SAMPAIO CARAMELO, que com maior frequência é objecto de uma sentença

⁸⁵ CARAMELO, António Sampaio, "Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto", in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, pp. 179 e sgts. Segundo o mesmo autor, há que distinguir no universo algo heterogéneo das "decisões interlocutórias" entre, por um lado, aquelas decisões que têm simplesmente por objecto a ordenação do processo arbitral ou a resolução de questões processuais incidentais que se suscitam no decurso da instância e não são de molde a pôr em causa a subsistência desta e, por outro lado, as decisões que se pronunciam sobre questões ou meios de defesa que podem, dependendo da solução que o tribunal adoptar, determinar a cessação total ou parcial do processo arbitral e, como terceira subcategoria de "decisões interlocutórias", aquelas pelas quais o tribunal se pronuncia sobre parte ou partes do mérito da causa, em consequência de ter decidido fraccionar o conhecimento deste (op. cit., pp. 179-180). Alguns exemplos de "sentenças interlocutórias" que um tribunal arbitral pode proferir:

- Decisão sobre a validade ou a vigência do contrato;
- Decisão que determine o pagamento de dívidas liquidadas e vencidas de uma das partes;
- Decisão sobre a inadmissibilidade do pedido, por intempestividade, por caducidade ou por outra razão;
- Decisão sobre a excepção de caso julgado;
- Determinação da lei aplicável ao fundo da causa;
- Decisão sobre a competência do tribunal arbitral.

interlocutória (com carácter definitivo e vinculativo para os árbitros e para as partes) é a que versa sobre a alegada falta de competência (ou jurisdição) do tribunal arbitral para conhecer do pedido ou pedidos (ou de alguns deles) deduzidos na arbitragem. Se a sentença for no sentido da total falta de competência do tribunal, o processo arbitral acabará aí (passando então aquela a ser sentença final do processo que termina por uma absolvição da instância), sem prejuízo de os pedidos para cujo julgamento o tribunal se considerou incompetente serem novamente apresentados perante um outro tribunal (estadual ou mesmo arbitral).

Nos termos do n.º 3 do artigo 31.º da LAV, a decisão do Tribunal Arbitral através da qual se declare competente para decidir a questão só pode ser apreciada pelo Tribunal Judicial depois de proferida a decisão arbitral, em sede de impugnação (acção de anulação ou recurso) ou por via de oposição à execução, nos termos dos artigos 34.º e 39.º da presente lei.

Para evitar manobras dilatórias que entorpeçam o processo arbitral, a LAV não permite que as partes apresentem pedidos perante o tribunal judicial para que este se pronuncie sobre a validade (ou invalidade) de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral. Para evitar que a impugnação imediata seja utilizada como manobra dilatória, é suficiente que a impugnação não tenha efeito suspensivo do processo arbitral e que o tribunal arbitral possa diferir a sua decisão sobre a competência até à decisão sobre o mérito da causa⁸⁶.

Dentre os sistemas legais que só admitem o recurso contra a decisão interlocutória depois de proferida sentença final, podemos citar o artigo 1697.º do CPJ belga, segundo o qual:

"la décision par laquelle le tribunal s'est déclaré compétent ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance qu'en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie."

A mesma regra vem expressamente consagrada no direito italiano, nos termos do n.º 3 do artigo 827.º do *Codice di Procedura Civile*:

⁸⁶ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 403.

"Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo"

No direito holandês (art. 1052.º n.º 4 WBR), como na arbitragem CIRDI, só se pode impugnar uma decisão interlocutória do tribunal arbitral, depois de proferida a sentença final sobre o caso.

Em sentido contrário, podemos referir, em primeiro lugar, a Lei-Modelo da CNUDCI. Com efeito, a referida Lei admite a impugnação imediata da decisão interlocutória sobre a competência, dispondo que o tribunal arbitral pode decidir sobre a excepção de incompetência, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o fundo. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer das partes pode, num prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal judicial que tome uma decisão sobre este ponto, decisão que será insusceptível de recurso. Ademais, na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir uma sentença.

O direito inglês adopta a solução da Lei-Modelo. O artigo 31.º, n.º 4 do *Arbitration Act* deixa ao árbitro a liberdade de decidir sobre a sua competência através de uma decisão interlocutória (*award as to jurisdiction*) ou, com a sentença sobre o mérito da causa (*award on the merits*). O seu artigo 67.º dispõe claramente que a decisão interlocutória poderá sempre ser impugnada junto da *High Court*, sem qualquer efeito suspensivo quanto ao procedimento arbitral.

A solução da Lei-Modelo é acolhida no direito alemão. O artigo 1040.º, n.º 3 ZPO determina que a decisão interlocutória pode ser impugnada, no prazo de um mês, depois de proferida, por qualquer das partes. O tribunal arbitral é livre de continuar o processo arbitral e proferir a sentença final.

Finalmente, no direito francês, no caso de o tribunal arbitral proferir uma decisão interlocutória sobre competência, admite-se o "recurso imediato" desta decisão para o tribunal estadual, i.e., a propositura imediata de uma acção de anulação da decisão sobre a competência.

3.2. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua incompetência

A LAV não contém nenhuma disposição sobre a possibilidade de impugnação de uma decisão do Tribunal arbitral em que se declare incompetente, não mencionando nenhum motivo de anulação a este respeito (art. 34.º).

De igual modo, o artigo 16.º, n.º 3 da Lei-Modelo não faz referência a qualquer motivo de anulação da decisão arbitral pelo facto de o tribunal ter declinado a sua competência.

A esse respeito, comungo a opinião do prof. LIMA PINHEIRO⁸⁷, ao reconhecer que é amplamente admitido que a decisão de incompetência proferida em primeiro lugar pelo tribunal arbitral vincule o tribunal judicial na apreciação da excepção de preterição de tribunal arbitral. Todavia, isto não significa necessariamente que a decisão de incompetência seja insusceptível de impugnação.

Perante a lei angolana, como a portuguesa, não se encontra base legal para admitir uma acção de anulação desta decisão, mas nada parece obstar à sua recorribilidade, quando ela não tiver sido excluída pelas partes ou pelo disposto em matéria de arbitragem internacional.

4. Conclusão

Apraz-me recordar aqui, concluindo, um velho brocardo latino, que, penso manter, para os juristas contemporâneos, a sua pertinência: "Incompetentia iudicis recte a pragmaticis dicitur nullitas nullitatum" (a incompetência do juiz é, com razão, chamada pelos pragmáticos, a nulidade das nulidades).

Termino formulando os meus votos de sucesso à Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, no cumprimento da sua nobre missão. Obrigado pela atenção dispensada.

⁸⁷ LIMA PINHEIRO, Luís de, op. cit., p. 404.

As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional

a) Introdução

Em 29 de Maio de 2010 e na sequência de um processo iniciado em 2008, a International Bar Association (IBA) aprovou as "*Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Internacional*"¹.

As novas Regras são uma revisão das "*Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Comercial Internacional*" aprovadas em 1999,² tendo como objectivo detalhar e clarificar alguns aspectos da versão anterior, bem como compatibilizar as regras com meios de prova e problemas práticos para os quais as anteriores regras não haviam sido pensadas.

São o resultado de dois anos de trabalho de uma comissão composta por nomes ilustres do panorama da arbitragem internacional, tendo recebido contributos de diversas instituições e organizações.

Antes de passar à análise das alterações propriamente ditas, há que destacar alguns aspectos sobre as Regras.

Em primeiro lugar, e apesar de ser um conjunto de Regras que pode ser adoptado pelas partes aquando da redacção de contratos ou pelo Tribunal Arbitral na pendência do processo, é claramente afirmado que as Regras podem ser seleccionadas apenas em parte, adaptadas livremente ou utilizadas meramente como referência. Este aspecto é extraordinariamente importante, na medida em que as Regras não pretendem transformar-se em mais um código de arbitragem, mas sim traduzir um

¹ Reproduzidas *infra*, pp. 237 ss.

² É que por sua vez substituíram as "IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration", de 1983.

conjunto de *standards* que se têm vindo a generalizar no âmbito da arbitragem internacional. Por outro lado, mesmo funcionando como mera referência, têm a vantagem de chamar a atenção para problemas que normalmente ocorrem em sede de arbitragem internacional, apontando igualmente soluções.

Em qualquer caso, declara-se expressamente que o propósito das Regras não é o de alguma forma limitar a flexibilidade inerente à Arbitragem Internacional, que é vista como uma vantagem a manter.³ Ou seja, e apesar do cariz regulador, reafirma-se a flexibilidade como uma das características fundamentais da Arbitragem Internacional.

Um segundo aspecto a destacar é o de que as Regras pretendem principalmente atender aos problemas que podem resultar do confronto entre partes oriundas de diferentes sistemas jurídicos, atendendo particularmente às diferenças culturais entre os sistemas ditos de *Civil Law* e de *Common Law*. Pretendem assim traduzir um mínimo aceitável. Não obstante, e porque as Regras não pretendem ser um equivalente de um código de processo, dependendo das partes em confronto e dos árbitros escolhidos, a margem de discricionariedade continua a ser muito grande. Continua portanto a ser necessária cautela, porquanto as partes (e até o Tribunal) podem acordar num conjunto de regras, mas interpretá-las de maneira completamente diferente e, conseqüentemente, alimentando diferentes expectativas sobre o desenrolar do processo.⁴

Por outro lado, e ainda que seja aceitável dizer que as Regras constituem um standard mínimo, parece continuar a ser prematuro querer vê-las como Regras Transnacionais de Prova.⁵

Um terceiro ponto que merece realce (principalmente para quem olha para as Regras a partir do nosso País e sem querer ser muito provocador) é que as Regras são concisas e existem por si só, sem necessidade de remissão para qualquer corpo outro legislativo, como sejam as leis de processo civil. Tal simplicidade só é possível porque as Regras pressupõem a existência de Tribunais Arbitrais que assumem a condução efec-

³ Cfr. Preâmbulo das Regras, §2.

⁴ PIERRE-YVES GUNTER, *Transnational Rules on the Taking of Evidence*, in *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, Juris Publishing, 2005, pág. 134.

⁵ Cfr. PIERRE-YVES GUNTER, *Transnational Rules on the Taking of Evidence*, in *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, Juris Publishing, 2005, pág. 146.

tiva do processo (obviamente sempre no absoluto respeito dos direitos das partes).

O propósito deste texto é o de chamar a atenção para as alterações introduzidas nas Regras e não propriamente fazer a apologia das regras ou explicá-las em detalhe. No entanto, seja por remissão directa, seja como mera inspiração, o certo é que as Regras têm tido uma influência marcante no panorama da arbitragem internacional, servindo de ponto de partida para qualquer definição de regras de processo e de quadro de aferição da razoabilidade de qualquer iniciativa processual em sede de prova.

Por outro lado, preconizam soluções que embora estranhas à prática nacional, poderão ser adoptadas sem ofensa de quaisquer princípios ou direitos das partes e que em muito poderiam contribuir para melhorar o funcionamento das arbitragens em Portugal, libertando-as daquele que é expressa ou tacitamente o seu paradigma, o Código de Processo Civil.

b) Quadro geral das alterações

Passando às alterações introduzidas, começa-se por referir que as novas Regras de forma alguma constituem um corte com o passado, mas sim uma tentativa de aperfeiçoamento e actualização das regras de 1999.

Tentando sistematizar as alterações, podemos separar cinco preocupações diversas:

- Exigência de maior rigor na abordagem das questões relacionadas com a produção de prova;
- Previsão de soluções para problemas novos relacionados com a prova;
- Tratamento mais detalhado dos depoimentos escritos;
- Melhor tratamento do problema do sigilo profissional, em especial atendendo às situações de desigualdade que este pode gerar;
- Imposição de um dever de boa fé na produção de prova.

Esta divisão não é de forma alguma estanque, tanto mais que o objetivo das alterações introduzidas é sempre reconduzível ao desejado aumento da eficiência do processo arbitral.

Para além destas alterações, houve algumas correcções terminológicas e de sintaxe, embora a maioria delas aparente não visar qualquer alteração de fundo, pelo que aqui não serão tratadas.

Excepção apenas para o desaparecimento do termo "*Commercial*" no título das Regras, cujo principal objectivo é apenas o de abranger as arbitragens sobre investimento baseadas em tratados.

c) Maior rigor na abordagem das questões relacionadas com a produção de prova

Um dos obstáculos frequentemente encontrados em arbitragens internacionais resulta da diferença de culturas e, conseqüentemente, da diversidade de expectativas das partes quanto à forma de desenvolvimento do processo. Tais diferenças, se detectadas tardiamente, podem causar óbvias dificuldades, já que o Tribunal se verá confrontado com ter de optar entre promover o andamento do processo e o seu próprio entendimento sobre as regras aplicáveis, por um lado, e o risco de limitar o direito de uma das partes a produzir prova, pondo a causa a própria validade da futura decisão arbitral.

Com vista a acautelar tais problemas as Regras contêm agora um Artigo – Artigo 2 – que impõe ao Tribunal Arbitral o dever de, o mais cedo possível, tentar que as partes acordem numa forma eficaz, económica e justa de produção de prova.⁶ Esse entendimento poderá abarcar:

- a preparação e apresentação de depoimentos escritos, sejam de testemunhas ou de peritos,
- os depoimentos orais em audiência,
- a apresentação de prova em poder da parte contrária e a forma de apresentação de documentos,
- possíveis questões de confidencialidade
- a eficiência, economia a conservação de recursos em produção de prova;

⁶ Como é óbvio, também aqui se visou consagrar uma prática que já existia. Cfr. BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN & HUNTER, *Redfern and Hunter in International Arbitration*, Oxford, 2009, pág. 292 e ss.

Na falta de acordo caberá obviamente ao Tribunal fixar as regras aplicáveis (sempre com respeito pelos direitos de cada uma das partes).

Pretende-se com este preceito que as partes e o tribunal sejam efectivamente obrigados a considerar aspectos práticos do processo, os quais, se não acautelados em tempo, irão necessariamente criar dificuldades em momento posterior, levando ao dispêndio de recursos que de outro modo não seriam necessários. Referimo-nos a questões que poderão ir de algo tão simples como definir o método de numeração e organização dos documentos à definição de formas de assegurar que a prova não é destruída na pendência do processo.⁷

É também imposto ao Tribunal o dever de procurar identificar e comunicar às partes quaisquer questões:

- que o Tribunal considere relevantes para a decisão da causa e/ou
- relativamente às quais entenda justificar-se uma decisão preliminar.⁸

São aqui especificamente visadas as questões prévias que podem condicionar o destino de um processo arbitral (seja uma questão de jurisdição, seja a necessidade de intervenção de um terceiro) e que, por tal razão, há conveniência que sejam tratadas o mais cedo possível.

Passa a ser feita referência expressa⁹ à possibilidade de o Tribunal poder dividir o processo em vários estágios – por exemplo, para determinação de jurisdição, para apuramento de responsabilidade e para liquidação de prejuízos –, organizando-se a produção de prova em função de cada uma dessas fases. Note-se que nada na versão anterior das Regras proibia esta metodologia, que agora passa a ser sugerida directamente às Partes e ao Tribunal.

É, no entanto, necessário que o uso desta faculdade seja objecto de cuidada ponderação, na medida em que a divisão do processo em fases

⁷ Sobre os infindáveis problemas neste campo ver STEVE A. HAMMOND, *Spoilation in International Arbitration: Is it Time to Reconsider the 'Dirty Wars' of the International Arbitration Process?*, in *Dispute Resolution International*, Vol. 3, n.º 1 (Março de 2009), IBA, pág. 5 e ss.

⁸ Artigo 2(3) das Regras.

⁹ Artigos 3(12) e 4(4) das Regras.

distintas pode tornar o processo mais longo e, conseqüentemente, mais oneroso, pelo que só faz sentido naqueles casos em que exista uma possibilidade real de, em consequência de uma decisão numa fase inicial, se limitar significativamente o trabalho a realizar posteriormente.

Em suma, espera-se que o Tribunal Arbitral assuma desde o primeiro momento uma expectativa pró-activa, tomando a iniciativa na condução do processo.

d) Soluções para problemas novos relacionados com a prova

Nos últimos anos os custos associados à arbitragem têm aumentado substancialmente, em resultado de uma crescente sofisticação dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova. A generalização dos meios informáticos e o uso intensivo do correio electrónico fizeram com que o grau de documentação de factos aumentasse exponencialmente.¹⁰ Em contrapartida, a dispersão da informação fez crescer em igual medida os custos de análise desses meios de prova.¹¹

Em sentido inverso, as novas tecnologias vieram permitir a audição de testemunhas em lugares longínquos que, de outra forma, não seriam ouvidas (ou cujo custo de audição seria inabarcável).

As Regras abordam o problema de duas formas: Revendo a noção de "Documento", de modo a incluir nomeadamente documentos em suporte informático, prevendo depoimentos por videoconferência ou teleconferência ou regulando a inspecção de sistemas informáticos;¹² estabelecendo directrizes sobre a produção de documentos em formato electró-

¹⁰ Embora a noção de *discovery* (e de *e-discovery*) seja relativamente estranha ao nosso País, é frequente verem-se relatos de casos internacionais (normalmente envolvendo partes Norte-Americanas) que envolveram a análise de centenas de milhar de *emails*, cujos custos são obviamente astronómicos.

¹¹ Sobre o assunto ver JOHN M BARKETT, *E-Discovery for Arbitrators*, in *Dispute Resolution International*, Vol. 1, n.º 2 (Dezembro de 2005), IBA, pág. 129 e ss. e RICHARD D. HILL, *The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence?*, in *Arbitration International*, Vol. 25 (2009), n.º 1, pág. 87.

¹² Cfr. Preâmbulo – Definições e Artigos 7 e 8(1) das Regras.

nico em poder da parte contrária, requerendo a identificação de ficheiros específicos, termos de busca, destinatários, autores, ou outras formas de limitar e tornar mais económica a produção de prova.¹³

Em todo o caso, cabe referir que embora as Regras mantenham a obrigação de a parte que solicita o documento identificar cada documento requerido, seja por referência a um documento específico, seja por referência a uma categoria limitada de documentos, os "*documentos conservados em formato electrónico*" são eles próprios tratados como uma categoria de documentos,¹⁴ alargando desta forma em muito o âmbito deste tipo de requerimentos para produção de prova, embora o tribunal possa exigir uma delimitação mais rigorosa.

Tal como na versão anterior das Regras, a parte requerente continua a ter de explicar porque é que o documento em causa é relevante para a decisão do caso e porque é que é passível de ser apresentado pela contraparte.¹⁵ Todavia, foi aqui acrescentada uma possibilidade adicional, que é a da parte requerente alegar que, não obstante lhe ser possível apresentar os documentos, a dificuldade em fazê-lo é irrazoavelmente desproporcionada face à facilidade com que a outra parte pode apresentar os documentos. Embora se compreenda o objectivo de tal previsão, a mesma terá de ser de uso excepcional, sob pena de manifestos abusos.

De qualquer forma, e embora tenha havido alguma evolução, as Regras continuam a afirmar-se como avessas a requerimentos de produção de âmbito muito alargado, ou seja, àquilo a que a doutrina tem vindo a designar por *fishing expeditions*, através dos quais uma parte pretende ver tudo o que a contraparte tem, na expectativa de encontrar algo que lhe seja favorável.¹⁶

De forma algo surpreendente face à flexibilidade que se reconhece e quer estimular no seio da arbitragem internacional, as Regras optaram por regular com bastante detalhe o desenrolar da audiência, estabele-

¹³ Artigo 3(3)(a) das Regras.

¹⁴ Artigo 3(3)(a) das Regras.

¹⁵ Artigo 3(3)(b) e (c) das Regras.

¹⁶ Ver CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª Edição, Oceana, págs. 450, 454.

cendo a ordem dos depoimentos, a sequência de interrogatório directo, contra-interrogatório (instância) e novo interrogatório directo.

Nenhuma das normas traz qualquer inovação face ao que seria a prática normal, mas passou-se a prever a possibilidade de testemunhas indicadas por partes diferentes serem interrogadas em conjunto (*witness conferencing*), o que traduz a consagração de uma prática que nos últimos anos tem vindo a ser ensaiada.¹⁷

e) Depoimentos escritos

À semelhança do que sucedia na versão anterior, as Regras não impõem a apresentação de depoimentos escritos por testemunhas.¹⁸ Porém, a atenção que lhes é dada e o detalhe com que são regulados é evidência clara de que a apresentação de depoimentos escritos é hoje a base da prova testemunhal em arbitragem internacional.

Embora a versão anterior já referisse que não era considerado incorrecto a parte ou o seu advogado entrevistar as testemunhas ou potenciais testemunhas, diz-se agora ainda mais claramente que essas entrevistas podem ter como objectivo discutir o seu possível depoimento.¹⁹⁻²⁰ Aliás, embora as Regras nada refiram a esse respeito, é hoje entendimento pacífico na comunidade internacional que os depoimentos não têm de ser necessariamente escritos pelo punho das testemunhas, podendo ser preparados com a ajuda de advogados.²¹

Uma enorme diferença face à versão anterior é o fim da obrigação das testemunhas que tenham apresentado depoimentos escritos terem de comparecer em audiência, sob pena de o seu depoimento ser conside-

¹⁷ Artigo 8(3)(f) das Regras.

¹⁸ Artigos 4(4) e 8 das Regras.

¹⁹ Artigo 4(3) das Regras.

²⁰ As Regras eram aliás criticadas por serem pouco claras nessa matéria. Cfr. HANS VAN HOUTTE, *Counsel-witness relations and professional misconduct in civil law systems*, in *Arbitration and Oral Evidence*, ICC Dossiers IV, pág. 108.

²¹ ANNE VÉRONIQUE SCHLAEPFER, *Witness statements*, in *Arbitration and Oral Evidence*, ICC Dossiers IV, pág. 68.

rado sem efeito. Na nova versão das Regras só as testemunhas cuja comparencia tenha sido requerida têm de comparecer, clarificando-se que o facto de tal presença não ter sido solicitada não pode ser entendido como admissão da correcção ou fundamento do depoimento dessa testemunha.²²

São também clarificados os termos em que uma parte pode procurar obter o depoimento de uma testemunha que não esteja disposta a colaborar, ou por não querer apresentar um depoimento escrito ou nos casos em que isso possa não fazer sentido.²³ Com efeito, como o sistema típico delineado nas Regras pressupõe a apresentação de depoimento escrito, as testemunhas hostis não estarão provavelmente dispostas a fazê-lo, pelo que houve que prever a possibilidade de as mesmas puderem ser chamadas a depor directamente perante o Tribunal, sem prévia apresentação de depoimento.

Relativamente aos peritos nomeados pelas partes, embora nada de surpreendente tenha sido previsto, foi largamente revisto o Artigo a eles relativo.²⁴ A motivação subjacente às alterações introduzidas é clara e radica na constatação de que os peritos são frequentemente meras extensões das próprias partes e/ou das suas testemunhas. Como forma de estabelecer uma fronteira clara entre peritos e testemunhas, passa-se agora a solicitar a indicação de eventuais relações, presentes e passadas, entre a parte e/ou os seus advogados e o perito;²⁵ é exigido que o perito descreva as instruções que recebeu da parte, que faça uma declaração de independência e que expresse a sua real convicção sobre a verdade e correcção da opinião dada.²⁶ No caso de o relatório pericial ser da autoria de mais do que uma pessoa ou ser subscrito por uma instituição, é requerido que sejam indicados os responsáveis por cada parte do relatório, de modo a assegurar que só as pessoas relevantes comparecerão em Tribunal para serem interrogadas.²⁷

²² Artigo 4(8) das Regras.

²³ Artigo 4(9) e (10) das Regras.

²⁴ Artigo 5 das Regras.

²⁵ Artigo 5(2)(a) das Regras.

²⁶ Artigo 5(2)(b), (c) e (g) das Regras.

²⁷ Artigo 5(2)(i) das Regras.

Em matéria de peritos nomeados pelo Tribunal, as alterações reproduzem muito do que foi previsto para os peritos nomeados pelas partes. A alteração mais relevante é a previsão de que as partes poderão aceder a tudo o que o perito tenha analisado, sejam documentos, mercadoria, amostras, bens, equipamentos, sistemas, processos ou locais inspeccionados.²⁸ A versão anterior das Regras referia-se apenas a «documentos», pelo que foi claro o propósito de marcar a amplitude com que este tipo de prova pericial pode ter lugar.

f) Sigilo profissional

Embora a questão já fosse de alguma forma tratada na versão anterior, estabelecendo-se que cabia ao Tribunal definir quais as regras aplicáveis em matéria de sigilo profissional, as Regras deram um passo importante na abordagem do tema.

A preocupação expressa da comissão revisora das Regras foi dupla: Por um lado quis definir melhor as circunstâncias em que uma parte pode invocar sigilo profissional para recusar juntar um documento e os casos em que essa objecção deve improceder; e, por outro, atender aos casos em que se podem criar situações de desigualdade em virtude da sujeição a diferentes regras sobre sigilo profissional.²⁹

Relativamente ao primeiro grupo de casos, requer-se que o Tribunal considere as regras aplicáveis ao sigilo e as conjugue com especiais requisitos de confidencialidade, mas que leve também em conta as expectativas das partes quanto à confidencialidade da informação à data em que a informação foi produzida, bem como qualquer renúncia tácita a essa confidencialidade (nomeadamente por o documento já ter sido utilizado anteriormente).

Passando ao segundo grupo, tem-se especialmente em atenção as situações em que duas partes, ou por serem oriundas de países diferentes

²⁸ Artigo 6(5) das Regras.

²⁹ Cfr. CYRUS BENSON, *Can Professional Ethics Wait? The Need for Transparency in International Arbitration*, in *Dispute Resolution International*, Vol. 3, n.º 1 (Março de 2009), IBA, pág. 84.

ou por terem operado em países diferentes, correm o risco de ficar em situação de desigualdade em resultado de regras diferentes sobre protecção de sigilo profissional. Fazendo uso de um exemplo actualmente em voga, pense-se que o grau de protecção conferido à correspondência dos advogados internos varia significativamente de País para País. Requer-se agora que o Tribunal tenha em conta essas diferenças quando considere ordenar a uma parte a apresentação de documentos requeridos pela outra.

g) Boa fé

Finalmente, é introduzida uma disposição³⁰ na qual se exige que as partes, em sede de produção de prova, ajam com boa fé.³¹ Mais se prevê que, para além das medidas que o Tribunal entenda adoptar com vista a assegurar o respeito por esse dever, possa a final levar em conta o comportamento das partes aquando da alocação dos custos do processo.

Para nós esta alteração pode parecer irrelevante, já que a boa fé é um instituto que é em Portugal invocado a propósito de tudo. No entanto, e apesar de se afirmar o primado absoluto da boa fé, há coros de protestos de cada vez que alguém pretende retirar alguma consequência da falta de boa fé, ainda que tão só em matéria de custas.

Por outro lado, e embora o princípio da boa fé nos pareça um primado absoluto, a questão não é vista da mesma forma nos sistemas de raiz anglo-saxónica. Em Inglaterra continua a não existir um princípio que postule a obrigação de agir de boa fé.³² Aliás, a Câmara dos Lordes já decidiu (numa decisão particularmente polémica) que "[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations".³³

³⁰ Artigo 9(7) das Regras.

³¹ Princípio que é logo afirmado no Preâmbulo das Regras, § 3.

³² V. V. VEEDER, *The lawyer's duty to arbitrate in good faith*, in *Arbitration and Oral Evidence*, ICC Dossiers IV, pág. 125.

³³ *Walford v. Miles* (Inglaterra), [1992] 2 A.C. 128.

Sem prejuízo do antes referido, em termos práticos não há aqui verdadeira inovação, na medida em que em sede de arbitragem internacional a boa fé é considerada um princípio fundamental,³⁴ pelo que os Tribunais Arbitrais tendem a sancionar o comportamento das partes faltosas, nomeadamente em sede de custas. No entanto é digno de nota – mas porventura também motivo de preocupação – que tenha sido sentida a necessidade de fazer tal previsão.

h) Em conclusão

Hoje há grande preocupação na comunidade internacional sobre a miríade de códigos e *guidelines* que têm surgido em matéria de arbitragem em anos recentes, temendo-se por uma progressiva imobilização do processo arbitral, o que seria o fim da arbitragem.³⁵

Em todo o caso as Regras, não pretendendo nem traduzir o estado da arte, nem ser exaustivas, conseguem escapar a grandes críticas. Por outro lado, sendo intencionalmente apresentadas como meras referências, afiguram-se como extraordinariamente úteis num mundo em que os litígios são cada vez mais internacionais e em que padrões comuns são por vezes difíceis de encontrar.

³⁴ BERNARD HANOTIAU, *Complex - Multicontract-Multiparty - Arbitrations*, in *Arbitration International*, Vol 14. (1998), IV, pág. 374.

³⁵ Já em 1994 o Prof. PIERRE LALIVE reagia, a propósito do que viriam a ser as UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, perguntando: "Is it not time to redefine priorities and to react against the public and private mania of wanting to regulate down to the very last detail?" (ASA Bulletin 1999, pág. 213).

Peter F. Schlosser

*Titular (emerito) da Cátedra de Direito Processual
Civil Alemão, Internacional e Estrangeiro da
Universidade de Munique*

German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law

Introduction

Regarding arbitration Germany is an UNCITRAL country – even with respect to domestic arbitration. Admittedly, we have not adopted the Model Law slavishly. However, we have made many efforts to only deviate from it when we were really convinced to have strong reasons to do so. In the process we even made considerable concessions in the interest of international harmonisation of the law notwithstanding the fact that the solution found does not comply with traditional German approaches to legislation.

a) Just like the UNCITRAL Model Law the new Tenth Book of the German Code of Civil Procedure is very wordy. The reason for this is the effort to ensure that foreign readers should find the most important things in the text of the law itself rather than only in Court decisions and handbooks. Therefore, in the new German law even such rules appear which for German lawyers go without saying and, hence, are redundant. In particular, the UNCITRAL Model Law displays particularities which to a traditional German lawyer are rather ridiculous. For example, in contrast to the generally proposed "liberal" approach to international arbitration, it is the systematic approach of the Model Law that in principal all its provisions are mandatory. Therefore, express provisions must provide for exceptions if rules should not be mandatory. Most of the provisions of the Model Law, however, should be subject to agreements

of the parties and, hence should indeed not be mandatory. Hence, the UNCITRAL Model Law almost permanently says: "...unless the parties have agreed otherwise". The text of the new Tenth Book of the German Code of Civil Procedure could have been shortened considerably if the systematic approach had been the inverse one and if a basic provision had made it clear that the parties can always agree otherwise unless it is expressly stated that a rule is mandatory. This approach would have complied with German legislative tradition. In the interest of international harmonisation, however, we did not adapt the systematic approach of the UNCITRAL Model Law to German legislative traditions. Had we known that the English Arbitration Act was to expressly specify the rules having a mandatory character¹ we would possibly have changed our approach. Yet, also the Austrian draft legislation² deliberately did not follow the English example in order to give the courts the necessary leeway to respond to further developments.

b) Article 5 UNCITRAL Model Law states rather passionately: "In matters governed by this law no Court shall intervene except where so provided by this law". The provision was adopted for the purpose of disapproving of some court decisions of that period setting aside arbitral awards and – in particular – interim arbitral awards for reasons which were difficult to understand in the international setting. More recently the purpose of the provision has been explained in a rather moderate way: the provision is said to be significant only in view of the systematic order of the text; the reader, particularly the foreign reader, was to be assured that the entirety of legal remedies available for the courts are to be found in the law dealing with arbitration – hence in Germany in the Tenth Book of the Code of Civil Procedure. Be this as it may: In the new German legislation the powers of the Courts are to some extent broader than those provided for in the UNCITRAL Model Law. In principle, however, we transformed the provision in contrast to German legislative tradition into the 10th Book of the Code of Civil Procedure.

¹ Section 4 Arbitration Act 1996.

² *Rechberger/Oberhammer Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts*, Vienna 2002, 24 s.

§ 1026 German Code of Civil Procedure may provide an example for an adaptation of the UNCITRAL text to German legal terminology: A literal retranslation into English of § 1026 reads as follows:

"In matters dealt with in §§ 1025 to 1061 a Court may only act to the extent provided for in this book"³.

Hence, the term "intervene" has been omitted. In civil law countries the basic approach to law is substantive rather than jurisdictional. Therefore, the way of thinking that a Court, when seised, would be requested to do something to be called "to intervene", is foreign to civil law countries. For judicial decisions other than declaratory or ordering the commitment of an act including the payment of money the law must give special authority to the courts. Hence, a provision such as § 1026 Code of Civil Procedure would not have been necessary to exclude constitutive judgements of the Courts not provided for by legal rules. In order, however, to remain faithful to article 5 of the UNCITRAL Model Law the term "to act" (in German: "tätig werden") has been selected for the purpose of emphasizing that also declaratory relief is excluded where not specifically provided for in the Tenth Book of the Code of Civil Procedure. As will be shown later⁴ this entails consequences in the case where a party to the arbitration agreement or to the arbitration proceedings is requesting a declaration not to be (any more) bound to an arbitral settlement of the dispute.

Furthermore, in § 1040 para. 1 German Code of Civil Procedure we have literally adopted Article 16 ML which states:

"The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objection with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract".

The key concept behind this drafting is that of "competence-competence" in its so-called positive variant.

³ § 1026 code of civil procedure.

⁴ See I 1.

However, it is clear that the separability doctrine is not only applicable "for that purpose" but in the context of many situations where the relationship between the main contract and the arbitration agreement is at issue. But that relationship remains a delicate matter. Therefore, we decided not to venture on our own way when drafting.

c) The numerous details of the Model Law, which we have adopted, include many novelties for German law such as an award on agreed terms and provisional measures to be ordered by the arbitral tribunal. In the latter context we decided to stick very closely to the then available text of the Model Law. We only added a provision on how to enforce such a measure. Unfortunately, we forgot to provide also for the enforcement of such measures ordered by foreign arbitral tribunals.

Just like the Model Law, German legislation has not dealt with discovery and disclosure supposing that in this regard time had not yet come for stating more than a broad provision on the procedural discretion of the arbitrators. They may be inspired by guidelines issued from time to time by interested organisations such as, e.g., the International Bar Association.

d) I assume, however, that you are not so much interested in listening to an enumeration of the very many elements of the Model Law which we adopted. I rather suppose that you are more interested in learning which elements of the Model Law we did not adopt and which of its gaps we did not accept and for which reasons. I shall concentrate on four points:

- I. The power of the courts to promptly settle issues of the validity or the scope of an arbitration agreement;
- II. The formal prerequisites for validly entering into an arbitration agreement;
- III. Remedies against an unequal influence of the parties on the composition of the tribunal;
- IV. The structure of the decision of the arbitrators on the costs of the arbitration.

I. The Power of the Courts to Promptly Settle Issues of the Validity or the Scope of an Arbitration Agreement

I begin with the most salient particularity of German law by which it deviates strikingly from the UNCITRAL model. The courts have power to promptly settle issues of the validity or the scope of an arbitration agreement. In this respect the German reform legislation has adopted a solution against the international trend. Whenever doubts arise as to the existence, validity or scope of an arbitration agreement the legal order should provide for a prompt and definite settlement of the issue. The international trend, however, has been to the contrary. In the early eighties, when the UNCITRAL Model Law was made, the concern of the world of international arbitration was that official courts could be jealous of arbitration. Hence, the courts should be prevented as effectively as possible from what is called "intervening". Therefore, whenever arbitration proceedings were at issue, the courts should be compelled to abstain from giving any rulings on the existence, validity or scope of the arbitration agreement. This development reached its climax in the French doctrine of the so-called "effet négatif de la compétence-compétence".

Two aspects of the problem must be distinguished. Proceedings in state courts aimed at declaratory relief against (or even in favour of) arbitration on the one hand (1.) and proceedings on the substance of the matter in which the defendant invokes an arbitration agreement on the other hand (2.)

1. Proceedings in State Courts Aimed at Declaratory Relief Regarding the Issue of the Validity or the Scope of the Arbitration Agreement.

Not to provide for a prompt declaratory relief for the case that one of the parties disputes to be bound to arbitration may lead to injustice. If only the forthcoming arbitration award can be challenged it may be too late for any practical purposes. Above all, the financial and human expenditure of the party not feeling bound by an arbitration agreement may be enormous. Should the respondent unsuccessful in arbitration

become successful later in setting-aside proceedings on the ground that no valid arbitration agreement existed, he does not stand the slightest chance of being reimbursed for his expenditure for the arbitration including the arbitrators' fees which may have been enormous and will not be repayable by the arbitrators. Why should the respondent in arbitration not be given an opportunity to request prompt declaratory relief from the courts? Should he be forced to, first, participate in the arbitration and subsequently proceed to setting-aside litigation against the resulting arbitration award?

Giving due regard to all this, the German legislator has decided that either party may request from the courts declaratory relief provided that it will be requested promptly. The courts may be addressed only as long as the constitution of the arbitration tribunal has not yet been concluded⁵. The court has power to give declaratory relief in both directions. The respondent may request a declaration to the effect that he is not bound to go to arbitration, for example because no valid arbitration agreement exists. The respondent may have reasons to be wary of the arbitration, its costs, the ability of the arbitrators to properly manage the case, including time considerations, the willingness of the arbitrators to make an interim award on their jurisdiction and not to force the arbitral proceedings into an award on the merits. The claimant may request a declaration to the effect that the respondent is bound by the arbitration agreement. Thus, the successful claimant is protected against later setting-aside proceedings.

Both variants of the remedy (a remedy of the respondent as well as for the benefit of the claimant) are used in practice. Two years ago I conducted a little survey by sending questionnaires to a dozen of appellate courts which I expected to be experienced in the matter. According to the information I thus obtained, the proceedings are conducted in a straight-forward manner. They rarely lasted more than six months. In most cases the court did not even proceed to a hearing. Furthermore, the respective court proceedings are rather expensive, particularly in cases involving high amounts. The succumbing party must bear all the costs

⁵ § 1032 par. 2 German Code of Civil Procedure.

including the fees of both parties' lawyers. Therefore, there is a natural disincentive against abuse of this legal device.

For the claimant the mere existence of the remedy may be used as a weapon to keep the respondent from further disputing the validity of the arbitration agreement: "If you continue to dispute that you are bound to arbitration I shall request declaratory relief of the court and you will have to pay all the costs of those additional proceedings!".

2. *Litigation on the Substance of the Matter Encountered by the Defendant Invoking an Arbitration Agreement.*

Should the defendant invoke an arbitration agreement in court proceedings on the substance of the matter to a German lawyer it would go entirely without saying that the court is not confined to only scrutinizing whether anything is "manifestly" wrong with the arbitration agreement invoked. The court should instead fully review whether the arbitration agreement has validly been entered into and whether it has the scope relied on by the claimant. This is all the more true since the law has deliberately abrogated the former case law favouring arbitration agreements conferring to the arbitrators binding competence-competence⁶. We thus adopted a solution diametrically opposite to the French approach of the "effet négatif de la compétence-compétence".

In France the court must refrain from "intervening" even if there is not the slightest hint that arbitration proceedings have yet been commenced. If, in French court proceedings, the defendant invokes the arbitration agreement the courts are supposed to discontinue their proceedings and to give the parties an opportunity to make arrangements for the constitution of the arbitration tribunal and thus to proceed with the arbitration there. An exception to this rule is only accepted if the defect in the contractual basis of the arbitration is "manifest". Apparently, the authors of your draft legislation have found this doctrine attractive. Yet,

⁶ The new approach has expressly been emphasized by the Federal Court: III ZR 265/03, BGHZ (Federal Court Reports) 162, 9; Neue Juristische Wochenschrift 2005, 1125.

nowadays, all over the world the official courts have given up their distrust of arbitration. Therefore, with all due respect, the rule is outdated.

Personally, I am defending the opposite solution in a particularly passionate way, that is the solution of making promptly available judicial relief, in the case of a claimant who disputes to be bound by an arbitration agreement invoked by the defendant in court proceedings. Admittedly, the proceedings are not formally accelerated if the claimant does not request a separate declaration under § 1034 para. 2. Nonetheless, the defendant's objection that the claimant is bound to an arbitration agreement is nearly invariably capable of an expeditious dealing, at least a more expeditious one than under the alternative doctrine of the "effet négatif de la compétence-compétence". That doctrine, also denominated as the "first word to be given by the arbitrators", leads indeed to really preposterous results. What, in such a case, is the claimant expected to do? He must proceed to the setting-up of the arbitral tribunal looking for somebody to be nominated as arbitrator, making substantial advance security payments – and all this for the sole purpose of requesting from the arbitrators a declaration of not being vested with jurisdiction! In practise he can hardly avoid to subsidiarily seize the tribunal also with the substance of the matter because in all probability the respondent will request a negative declaration regarding the merits.

A few years ago, the resistance of Germany and the vast majority of UNCITRAL-jurisdictions against the "effet négatif de la compétence-compétence" received powerful support from the Supreme Court of India⁷. The decision is often ill-quoted, *vic.* in defence of the opposite proposition. After an in depth analysis of English, Honkong, Swiss and French law the judge responsible for the drafting⁸ stated literally: "*I am of the view that Indian Legislature has consciously adopted a conventional approach so as to save the huge expenses involved in international commercial arbitration*".

Last but not least in international matters the French doctrine is not in conformity with European law. European law ensures access to the

⁷ *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Lit. et al.* Aug. 12, 2005, 7 SCC 234 (2005) = XXXI Yearbook Commercial Arbitration (2006) 747.

⁸ The judgement is signed by one judge only.

courts. The citizens may waive this right, for example by entering into an arbitration agreement. But a forthcoming litigant disputing to be bound by such a waiver must have a realistic and fair chance to seize a court of law with the issue. Time and again the European Court of Justice has made it clear that national legislation must not render the exercise of rights conferred on individuals by European law "excessively difficult or virtually impossible"⁹. In one case it was precisely access to justice that was at issue¹⁰. Literally, the court stated:

"... *A court may not apply conditions of admissibility laid down by national law which would have the effect of restricting the application of the rules of jurisdiction laid down in [the Brussels Convention, the then relevant instrument]*"

Sometimes one cannot help the impression of the prevailing willingness of some arbitrators and some arbitral institutions to first make out of the arbitration all the money that can be made – prior to giving an opportunity to the respective party to have the arbitrators' jurisdictions reviewed by the courts. One may call the doctrine of the "first word for the arbitrators" the ideology of the arbitration "business". Realistic legislation, however, should do its utmost to safeguard a quick and reliable court decision on the arbitrators' jurisdiction.

II. The Formal Prerequisites for Validly Entering into an Arbitration Agreement

With respect to the formal prerequisites of the arbitration agreement the reform legislation has added two provisions regarding points of particular practical importance.

⁹ Case C-126/97, [1999] ECR I 3055 – *Eco Swiss China Time*, para. 45; Case C-212/94, [1996] ECR I 389 – "*PMC*", summary 2 and para. 52; Case C-312/93 [1995] ECR I 4599, para. 12.

¹⁰ C-365/88 no. 20, ECR 1990 I 1845 – *Kongress Agentur Hagen*.

1. The Written Confirmation of a Contract Allegedly having been Concluded

The first of the points arises when after a series of oral or even written or electronic communications one of the negotiating parties receives a written confirmation stating that a contract including an arbitration provision has been entered into and is taken to be binding. You may perhaps know that under German law the doctrine of the so-called "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" [commercial letter of confirmation] is well established. According to well settled case law¹¹ and to the unanimous doctrine the uncontested confirmation of having entered into a contract with the addressee means that the meeting of the minds of the parties must be taken for granted provided that negotiations had indeed taken place and no bad faith on the side of the confirming party can be shown. A variant of this situation is a broker's confirmation. It occurs rather often in practice that a broker negotiates contracts between the parties and that it is for him to confirm the meeting of the minds and the terms agreed upon by the parties. Regularly, the broker requests from the parties to send back a signed document confirming the agreement. But not infrequently, one or both parties fails to so confirm the agreement. In such a case the uncontested confirmation of the broker is binding upon both parties¹².

These two kinds of written confirmations do not meet the formal requirements for an arbitration agreement as developed by the UNCITRAL Model Law, not even in its amended version. Hence, Germany added to the respective provision of the UNCITRAL Model Law¹³ the following rule:

"The form required of subsection 1 shall be deemed to have been complied with if the arbitration agreement is contained in a docu-

¹¹ Court of the German Empire, Official Reports (RGZ) 54, 179; Federal Court, Official Reports (BGHZ) 7, 189; 11, 3.

¹² Court of the German Empire Official Reports (RGZ) 59, 350; Federal Court Wertpapiermitteilungen 1983, 684. For details see *Baumbuch/Hopt Handelsgesetzbuch*¹⁴ (2009) § 94 HGB marg. no. 2.

¹³ Art. 7 § 2 s. 2.

ment transmitted from one party to the other party or by a third party to both parties and – if no objection was raised in good time – the contents of such document are considered to be part of the contract in accordance with common usage".

Two developments have given support to the policy of our legislative decision. Firstly, the English have developed a similar solution. In section 5 para. 4 of their Arbitration Law 1996 it is stated:

"An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement."

The German rule, however, is slightly broader in its scope of application. In the case of a unilateral "confirmation" of one party no special authority of the other party must have been given.

Secondly, the European Court of Justice has given considerable weight to unilateral confirmations of contracts containing jurisdiction agreements¹⁴.

2. The Bill of Lading

The second specifically "German" solution concerns bills of lading. It occurs rather often that the bill of lading refers somehow to the conditions of the charter party, which in turn contains an arbitration provision. The highest courts of various countries are split in their decisions as to whether, regarding the arbitration provision, such a reference is binding on the third holder of the bill, since the holder of the bill of lading usually has not signed it, in particular not returned to the issuer of the bill of lading a copy thereof signed by himself. The French courts are in disfavour of the binding effect on the holder of the bill of lading of an arbitration provision of such an origin¹⁵. For them it is even "ma-

¹⁴ *MSG Mainschiffahrts eG v. Les Gravières Rhénanes SARL*, [1997] ECR I-1911 para. 20, 25 = *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, 1431.

¹⁵ *Cour de Cassation Revue de l'Arbitrage* 1990, 617; *Cour de Cassation Revue de l'Arbitrage* 1992, 553.

nifest" that the holder of the bill of lading is not bound by the arbitration provision therein. By contrast, under English law it is uncertain in what circumstances arbitration clauses in charter parties may be validly referred to in a bill of lading. The fact that the United Kingdom is one of the leading overseas trading nations and absolutely leading in maritime law did not induce the makers of the Arbitration Act 1996 to clearly resolve the issue. They did not determine which requirements a reference, in a bill of lading, to the conditions of the charter party must meet to bind the holder of the bill of lading to an arbitration provision contained in the charter party. Probably the rulings of the courts given prior to the coming into force of the new legislation¹⁶ are still valid. They read as follows:

"In order to effect incorporation of an arbitration clause the clause of incorporation in the bill of lading must expressly refer to the arbitration clause in the charter party. The only possible exception to that principle is there are general words in the bill of lading that the arbitration clause in the charter party is wide enough on its true construction to include disputes under the bill of lading and between the parties of the bill of lading".

Two points addressed in the latter statement must be distinguished. Firstly, does the reference in the bill of lading meet the formal requirements of the law? Secondly, does the text in the charter party so referred to cover the dispute under consideration? The latter point raises problems, since in the charter party an arbitration provision is normally drafted with a view to possible disputes between the shipowner and the charterer whereas the bill of lading refers to the relationship in the transportation contract, between the charterer and the unloading party.

¹⁶ *The Nerano* (1994) 2 Lloyd's Rep. 50, ruling confirmed in substance by the Court of Appeal (1996) 1 Lloyd's Rep. 1 = XXIV Yearbook Commercial Arbitration (1997) 849; *The "Duden"* [2008] EWHC 2762 (comm.): "Express reference to the arbitration clause would be sufficient to incorporate a charter-party arbitration clause even if it required a degree of manipulation". More details see in *Trappe Festschrift* (liber amicorum) Herber (2000) 305, 307.

The direct target of the German rule is only the first point and not the latter one. § 1031 para. 4 German Code of Civil Procedure states:

"An arbitration agreement is also concluded by the issuance of a bill of lading, if the latter contains an express reference to an arbitration clause in a charter party".

It must, however, be realised that indirectly the provision relates also to the second point addressed by the English court. Should a bill of lading specifically refer to an arbitration provision contained in the charter party it would make no sense to deny the binding effect of the arbitration agreement just because the latter's wording does only cover disputes between the owner and the charterer¹⁷. As the English judge put it, to accept the binding effect of the provision on the third party holder of the bill of lading requires a certain degree of "manipulation".

The policy underlying the provision is the following: Usually, it is the unloading party who decides to proceed to arbitration against the charterer because the unloading party or a subsequent holder of the bill of lading has suffered damage. Very often, time limits for instituting legal proceedings are rather short. The holder of the bill of lading does not normally have a copy of the charter party in his possession. Therefore, he does not know whether the charter party contains an arbitration clause or a jurisdiction clause or no provision for the settlement of disputes at all. Therefore, § 1031 para. 4 German Code of Civil Procedure is aimed at assisting the unloading party in finding out whether an arbitration provision exists.

I must, however, admit that in terms of policy the provision is incomplete. The holder of the bill of lading may also find it difficult to figure out which arbitration provision is contained in the charter party which will be more important to him than only to be informed on the mere existence of whatsoever arbitration provision. One might be inclined to argue he must be informed by the very text of the bill of lading how to commence arbitration proceedings. Yet, for practical purposes it would have meant exaggerating the formal requirements for an arbitra-

¹⁷ That is what in the "Duden" is called the requirement of "manipulation"

tion provision to request the entire text of the arbitration agreement to be reproduced in the bill of lading. Apparently, this is not the common practice either.

III. Remedies against an Unequal Influence of the Parties in Constituting the Arbitration Tribunal

In theory all the arbitrators must be equally impartial and independent of the parties. Yet, everybody agrees that none of the parties should enjoy a preponderant influence on the composition of the tribunal. Unfortunately, the Model Law does not deal with this matter. Since the requirement of an equal influence of the parties on the composition of the tribunal has a long-lasting tradition in German case law it has been a necessity to supplement the Model Law in this respect for the purpose of becoming part of German law.

For the legislator the guiding principle was to ensure that an arbitration agreement not respecting the equality requirement does not turn out to be null and void. It should, rather, be remedied due to an intervention of the court.

In the first part of this presentation I explained the German peculiarity to ensure a quick and definitive court decision on the existence, the validity and the scope of the arbitration agreement. This device has also been taken up when, in the phase of constituting the tribunal, one of the respondents makes the point that the constitution of the arbitration tribunal as requested by the claimant is not proper. In particular, the respondent may complain of the preponderant influence of the claimant. Under the former legislation provisions aiming at giving one of the arbitrating parties a preponderant influence on the setting up of the tribunal inevitably lead to rendering the arbitration agreement null and void. This sanction, however, seemed to be too rigorous. Therefore, the German reform legislation, inspired by the previous Dutch legislation¹⁸, provides

¹⁸ Art. 1028 Dutch code of civil procedure. See *Sanders/van den Berg* the Netherlands Arbitration Act 1986. English, French and German text.

a remedy which is foreign to the UNCITRAL Model Law. In accelerated proceedings the court may make, by a not appealable decision, appointments of arbitrators such as to re-establish the equal treatment of the parties¹⁹.

1. Lack of Equal Influence where only one Claimant is Arbitrating against only one Respondent

Lack of equal influence is even conceivable where only one claimant and one respondent go to arbitration. For example, the arbitration agreement may provide that only persons sociologically close to the drafter of the agreement may be appointed. Then, the disadvantaged party may request the court to make substitute appointments instead (§ 1034 para. 2 German Code of civil Procedure). The court is even empowered to replace all arbitrators with other persons. Unfortunately we forgot to add to the legal text: "...if the parties did not agree on other methods to secure their equal treatment in view of the composition of the tribunal". Nonetheless, the provision is not held to be mandatory. The parties may provide for a neutral third person to make the substitute appointments.

This manner of dealing with the problem has the advantage of rendering the recourse to general rules of contract law subjecting the content of an agreement to some judicial control, particularly in the case of standard terms, practically obsolete in the field of arbitration. Consequently, henceforth only very rarely will an arbitration agreement be null and void due to being in disregard of good faith principles or for otherwise being undue. Only grounds not related to the personal composition of the tribunal may henceforth give rise to such a ruling, for example if the costs of arbitration are excessively high for the weaker party.

¹⁹ § 1034 sect. 2.

2. Multiparty Arbitration and Safeguarding Equal Influence of the Parties on the Composition of the Tribunal

The non-mandatory nature of the provision is crucial in the case of multiparty arbitration. Unfortunately, contrary to the Portuguese draft law, we did not include a special provision on multiparty arbitration. We did not want to deviate too much from the UNCITRAL model. In this context the English did not do it either. In practice, however, we achieved a solution very similar to your draft article 11. If there does not exist any conflict of interests among – let's say – the multiparty respondents, but nonetheless they cannot agree on a common appointment the court will make the appointment instead. If such a conflict does exist then the other side would have acquired a preponderant influence on the composition of the tribunal because it has the right to appoint the arbitrator alone. Consequently, in such a case the court must appoint all the arbitrators instead, thus setting aside the unilateral appointment of the other side.

Since, however, the provision is not mandatory the parties may agree to a third party for making the substitute appointment, such as for example the ICC Court of International Arbitration²⁰. The parties are well advised to do so because in Germany remedies sought in the official courts are rather expensive. In this context it is worth clarifying how the famous Dutco-case, decided by the French Cour de cassation²¹, would have been resolved under the new German law. § 1034 para. 2 German Code of Civil Procedure would have been applicable because it is not only to be applied where the arbitration agreement inevitably leads to a preponderant influence of one of the parties. But the provision also applies if the arbitration agreement vests an arbitration organisation with the power to give a preponderant influence to one of the parties. In the Dutco-case the International Chamber of Commerce requested from both respondents having divergent interests to agree upon the appointment of one arbitrator. This request would have given to the claimant a prepon-

²⁰ Article 10 ICC-Rules

²¹ BKMI et Siemens v. Spociété Dutco, Revue de l'arbitrage 1992, 470 ff.

derant influence since he had appointed "his" arbitrator alone. As only three arbitrators could be appointed, and since the three arbitrators were to be appointed under the arbitration agreement, no solution would have been conceivable other than to vest the appointing authority with the power to appoint all three arbitrators. Hence, if the Dutco-case had been an ad hoc arbitration case the German courts would have had power to appoint the three arbitrators. In a case of institutional arbitration the German courts would also have had the power to direct the institution to appoint all the arbitrators.

IV. The Costs of Arbitration

The UNCITRAL Model Law does not provide a basis for the arbitration tribunal to decide on the costs of the proceedings. This is a shortcoming of the model. In this context it is self-evident that the arbitrators cannot receive power to decide in an award "as between the parties" on their own fees. They can, however, be empowered to decide on which party, if any, has to pay the costs incurred by the other side, including advance payments made to the arbitrators. Hence, the English Arbitration Act 1996 points out²², that "the tribunal may make an award allocating the cost of the arbitration as between the parties". For the rest, however, the English solution is clearly too detailed. It covers 7 dispositions in 18 sections. The new German legislation²³ also vests the arbitral tribunal with the power to decide "as between the parties"²⁴ on the costs of the arbitration. This rule is of particular impact where a valid

²² Section 61. Emphasis added.

²³ § 1057 Code of Civil Procedure.

²⁴ Thus the translation made by the German Arbitration Institution. The German original text:

"Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat das Schiedsgericht in einem Schiedsspruch darüber zu entscheiden, zu welchem Anteil die Parteien die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens einschließlich der den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu tragen haben".

arbitration agreement is lacking and, hence, the award "on the merits" concludes that the arbitrators do not have jurisdiction. In such a case, the arbitrators cannot derive their jurisdiction as to costs from any implied term of the arbitration agreement. Only the respective statutory provision vests them with the necessary authority.

Furthermore, the new German rule is rather flexible. True, in accordance with German traditions, the provision states that the arbitrators decide on the "proportion to which the parties have to bear the costs of the arbitration". This drafting, however, refers to the German practice, particularly in litigation but also in arbitration, to specify the percentage of the costs which is to be borne by each party²⁵. In arbitration it is very often reasonable to directly specify the amount which one party has to pay to the other party in order to compensate the latter for the expenses borne. For the party so ordered to pay no reasonable interests exist to precisely know to which percentage corresponds the amount ordered by the court to be paid. Yet, we were influenced by the practice of the ICC which instruct its arbitrators to precisely specify the percentage²⁶.

In contrast to the provisions governing litigation, in arbitration the proportional success of the parties is not the only yardstick for the decision on the costs. I would personally say, for example, that if the success of the winning party was due only to a burden of proof rule which resulted in some hardship for the losing party, the tribunal may take this circumstance into account when making its decision on the costs of the arbitration.

This all works well in the case where the parties had made sufficient advance security payments to the respective arbitration organization or to the chairman in his capacity of the trustee regarding the advance payments. The arbitrators receive out of the administered fund their fees agreed upon and the reimbursement of their expenses. The problem which you have fortunately resolved in Article 17 no. 3 of your draft was overlooked in our legislation. If the arbitrators' fees had not been

²⁵ In the case of an ICC-arbitration the "Court of International Arbitration" of that organization.

²⁶ Art. 31 para. 3 Arbitration Rules

the object of an agreement, possibly referring to a pre-drafted scheme, in German law the arbitrators are vested with the discretionary power to make an equitable decision on the amount of their fees²⁷. This decision is in its very nature distinct from the decision on the merits of the case. In practice, however, it is often formally integrated into the operative part of the award. The same is true in respect of the specification of the amount in dispute which regularly is the basis for the assessment of the arbitrators' fees. Therefore, the point is often made, that the arbitrators' decision on their own fees, including the decision on the amount in dispute, is null and void because nobody can be judge of his own case. This, however, is a superficial argument. Nobody has ever made the point that, when specifying their own fees the arbitrators would make an enforceable award for their own benefit. The arbitrators just state the fees they claim under normal contract law. If the arbitrators have refrained from requesting sufficient advance payments for security purposes they may have problems in collecting their fees including VAT. If neither party is willing to pay they must seize the official courts. But if they have been prudent enough to have requested sufficient advance security payments then the practical result is that any effective control of the amount claimed is lacking. It would be too cumbersome for either party to sue the arbitrators for paying back something. Therefore, the solution of Article 17 no. 3 of your draft is preferable. I was also impressed by your proposal that the arbitrators must decide on their fees by a decision "distinct from the dealing with the merits". However, does this really mean that the decision is invalid should it formally be a part of the operative part of the award? I doubt it. But to formally distinguish the decision on the amount of the arbitrators' fees from the dealing with the merits would certainly be better practice.

²⁷ § 315 par. 3 BGB.

Final Remark

The nature of the subject of my lecture makes it impossible to achieve a general conclusion other than to repeat: As I have pointed out in my introductory remarks we have been mindful not to deviate readily from the UNCITRAL Model Law. Sometimes, however, we came to the conclusion that the proposals of the model could not be adopted. Occasionally, this has even been the case in matters of little impact. An example is Article 34 par. 4 of the model. The provision provides that the setting-aside proceedings could be suspended for remitting the case to the arbitrators advising them to improve the award. Unfortunately, we had become the victims of a consideration of an over-doctrinal character. We were contemplating on how to overcome the rule of "functus officio" which normally disempowers the arbitrators to amend their award. Furthermore, we asked how to proceed subsequently to the making of the new award? The court proceedings must be re(as)sumed and some decision on the merits and a cost decision must be made. We were rather of the opinion that one could be trustful of the arbitrators to properly correct the defect and that, therefore, the party dissatisfied with the new award should be subjected to a disincentive against being obstinate and that that party should be compelled to institute new setting-aside proceedings. Yet, a second look at the issue makes me believe that the solution of the model law is better. An explicit legislative ruling may provide for the suspension of the setting-aside proceedings to automatically vest the arbitrators with the authority to make the improvements which the court has found necessary. Subsequently, the court proceedings may be terminated according to the well settled principles of litigation having become obsolete due to events occurring while the law-suit is pending. Hence, the decision of your draft to stick to the UNCITRAL Model Law is to be encouraged.

Therefore, not everything we have done is recommendable to others. In a few crucial issues of legislation on arbitration, however, I still defend our own solutions.

VIDA INSTITUCIONAL

José Robin de Andrade

*Advogado
Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem*

Actividades da APA em 2009/2010

1. O primeiro objectivo que a Direcção da APA se propôs no segundo ano do seu mandato foi o de concluir o processo de aprovação de um Código Deontológico do Árbitro.

Depois do debate realizado sobre o anterior projecto, nomeadamente no colóquio que se organizara para o efeito, subsistiam alguns pontos de dúvida que importava esclarecer, antes de se submeter um texto final à Assembleia Geral.

Foi desenvolvido nesse sentido um trabalho intenso em colaboração com o Conselho Deontológico tendo-se conseguido acordar uma proposta comum a apresentar ao órgão máximo da nossa Associação.

A Assembleia Geral veio a ser convocada para o dia 12 de Março de 2010 e após uma breve discussão, foi possível obter a aprovação formal do Código Deontológico do Árbitro, que se encontra publicado no "site" da APA¹.

2. Face à formação de um novo Governo depois das eleições, a Direcção da APA estabeleceu um contacto com o novo Secretário de Estado da Justiça que manifestou, não só a sua disponibilidade, mas a sua firme vontade de submeter à Assembleia da República a proposta de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, tendo por base a proposta da APA.

Face aos comentários de vários associados e às observações do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça sobre a Proposta de nova LAV de 2009, sentiu a Direcção a necessidade de promover um debate público, organizado sob a forma de Colóquio, dedicado à análise, e de

¹ Reproduzidas *infra*, pp. 231 ss.

certo modo à ratificação pelos associados, das opções assumidas pela Direcção na elaboração de proposta da nova LAV.

O Colóquio realizou-se em 12 de Março de 2010 no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com grande número de inscrições e contou com dois ilustres convidados estrangeiros – o Dr. Mantilla Serrano e o Prof. Peter Schlosser.

A partir dos debates realizados nesse Colóquio e das contribuições recebidas de vários associados, procurou a Direcção da APA rever e actualizar o Projecto de 2009, tendo um novo Projecto sido concluído e entregue ao Governo em Maio de 2010, e divulgado de imediato no Site acompanhado das correspondentes Notas Justificativas².

3. A organização de debates e colóquios sobre temas de arbitragem voluntária foi uma tarefa que veio a ser mais directamente prosseguida pelo Conselho para a Prática Arbitral Comercial, que passou a contar com a liderança dinâmica e empenhada do nosso associado Prof. Doutor Rui Pinto Duarte.

Foram assim organizados dois colóquios, ambos nas instalações da Associação Comercial de Lisboa, que foram largamente participados.

O primeiro, em 4 de Fevereiro de 2010, foi dedicado ao actualíssimo tema da Arbitrabilidade de Litígios, e contou com a apresentação da Dra. Joana Galvão Teles e o comentário do Prof. Doutor Rui Pinto Duarte.

O segundo, a cargo do Dr. Manuel Barrocas, teve o comentário do Dr. José Miguel Júdice, e realizou-se em 23 de Junho de 2010, tendo incidido sobre as Regras Processuais na Arbitragem.

4. Por seu lado, o Conselho de Deontologia, sob a presidência do Prof. Doutor Agostinho Pereira de Miranda, depois de concluído o trabalho de actualização do Código Deontológico, iniciou a preparação de um Manual de Boas Práticas, detalhando e exemplificando os preceitos do Código Deontológico.

5. Sob o ponto de vista de organização interna, a contabilidade da Associação passou a ser assegurada por um novo técnico de contas, que

² Reproduzidas *infra*, pp. 167 ss..

veio garantir maior regularidade e eficácia, tendo sido aprovadas na Assembleia Geral de 12 de Março de 2010 as contas do exercício de 2008/2009, evidenciando uma situação financeira sólida e confortável.

6. O número de associados tem igualmente vindo a crescer regularmente, contando a APA neste momento com 108 associados, destacando a adesão de muitos associados com menos de 40 anos. Está neste momento a Direcção a diligenciar para se conseguir uma maior participação activa dos associados nos trabalhos dos vários Conselhos.

7. O "site" da APA na Internet tem continuado a ser o veículo por excelência de divulgação das iniciativas da Direcção e dos Conselhos, tendo também passado a incluir a notícia de todos os eventos relevantes sobre arbitragem quer no País quer no estrangeiro.

O site tem também funcionado como um verdadeiro repositório de doutrina e de comentários aos vários projectos de Direcção, esperando-se que em breve o "fórum" aí existente passe a ser utilizado de uma forma mais efectiva no debate de temas de arbitragem.

8. Foi publicado o segundo número da Revista da APA, distribuído gratuitamente aos associados, e contendo artigos de doutrina e anotações de jurisprudência que fizeram quase duplicar o número de páginas. Foi no entanto possível negociar com êxito com a Livraria Almedina as condições de produção e distribuição de números da Revista com esta nova dimensão. Pondera-se neste momento a passagem da periodicidade da revista a semestral.

9. Finalmente dever referir-se que está em curso neste momento a preparação de uma iniciativa com vista à aproximação dos magistrados judiciais no debate de temas de arbitragem.

Efectivamente foi já acordada com o Conselho Superior de Magistratura a realização próxima de um Colóquio destinado a magistrados e a associados da APA com vista à divulgação dos princípios do projecto de nova LAV e à análise do "interface" aí proposto entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais.

Lisboa, 30 de Setembro de 2010

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

**LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA
E DOCUMENTAÇÃO**

José Miguel Júdice

Advogado
Professor Associado Convidado da Faculdade
de Economia da Universidade Nova de Lisboa

António Pedro Pinto Monteiro

Advogado

Do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 19/03/2009

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
ACÓRDÃO 19 MARÇO 2009 (REF. 5014/2009)

Relator: Silva Salazar
Processo: Proc. N.º 299/09
Jurisdição: Cível

SUMÁRIO: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. Exequibilidade da Sentença. Direito Convencional Internacional.

I – Em função do estabelecido na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, Portugal reconhece e executa a sentença arbitral prolatada noutro estado contratante nos termos das regras adoptadas no ordenamento jurídico nacional.

II – Como a decisão arbitral exequenda versa sobre direitos privados e foi proferida por Estado aderente àquela Convenção, à luz do princípio da equiparação, no sistema jurídico português é conferida eficácia exe-

cutiva à decisão arbitral estrangeira sem necessidade da sua revisão e confirmação.

Disposições aplicadas:

arts. 46.1, 48.2, 49.1 e 1094.1 CPC (Ref. 2/1961).

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

S.A., com sede em Bruxelas, Bélgica, instaurou na Secretaria-Geral de Execuções de Lisboa, em 2/2/05, execução comum contra B – Sociedade Nacional, S.A., com sede em Lisboa, constituindo título executivo uma sentença de 5/2/02 proferida pelo Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, em Zurique, Suíça.

Pelo requerimento de fls. 184 e sgs., a executada veio invocar a falta de título – por a sentença arbitral não ter sido previamente reconhecida em Portugal – e requereu em consequência a rejeição da execução.

Respondeu a exequente a fls. 193 e sgs., pugnando pela validade e suficiência da dita sentença como título executivo.

Pelo despacho de fls. 256 a 260, o Sr. Juiz considerou que “não tendo a exequente obtido previamente o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira dada à execução, é manifesto que a mesma não pode valer como título executivo”, pelo que rejeitou a execução.

Indeferido um requerimento de esclarecimento apresentado pela exequente, esta agravou daquele despacho, sem sucesso, uma vez que a Relação negou provimento ao recurso por acórdão de fls. 409 a 414, de que vem interposto o presente agravo, de novo pela exequente, que, em alegações, formulou as seguintes conclusões:

(...)

Colhidos os vistos legais, cabe decidir, tendo em conta que o factuallismo assente com interesse para a decisão consiste no próprio teor das peças processuais atrás descritas.

Para decidir, como se vê pelas conclusões das alegações da recorrente, há apenas a questão de saber se uma sentença arbitral estrangeira a que se aplique a Convenção de Nova Iorque pode servir de título executivo em Portugal sem previamente ser sujeita a revisão e confirmação pelos Tribunais portugueses.

Desde já há que referir que uma sentença arbitral condenatória estrangeira pode constituir título executivo, nos termos do art. 46.º, n.º 1, al. a), e não al. d), do Cód. Proc. Civil, pois não integra qualquer documento dos referidos nesta última alínea, mas precisamente uma sentença condenatória.

Por outro lado, dispunha o art. 49.º, n.º 1, do Cód. Proc. Civil, que “as sentenças proferidas por tribunais ou por árbitros em país estrangeiro só podem servir de base à execução depois de revistas e confirmadas pelo tribunal português competente.” Não se impunha, pois, qualquer formalidade para além da revisão e confirmação.

Presentemente, porém, dispõe o mesmo normativo que “sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais, as sentenças proferidas por tribunais ou por árbitros em país estrangeiro só podem servir de base à execução depois de revistas e confirmadas pelo Tribunal Português competente”.

É esta, pois, a redacção actual daquele dispositivo, introduzida pelo Dec.-Lei n.º 38/03, de 8/3, necessariamente com o objectivo de, além do mais, concretizar o respeito devido pela ordem jurídica portuguesa aos tratados e convenções internacionais a que Portugal tenha aderido. Donde que as sentenças proferidas por árbitros em país estrangeiro só possam servir de base a execução em Portugal, não depois de reconhecidas, mas depois de revistas e confirmadas pelo Tribunal Português competente, desde que essa limitação não atente, além de outros, contra tratados e convenções internacionais.

Há que atender ainda, por outro lado, a que, nos termos do art. 48.º, n.º 2, do mesmo Código, “as decisões proferidas pelo tribunal arbitral são executáveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns”. Do que resulta que, confrontado esse dispositivo com o anteriormente referido, não sendo as decisões dos tribunais comuns nacionais sujeitas a revisão e confirmação para poderem ser executadas, também o não são as decisões dos tribunais arbitrais nacionais, assim se consagrando um princípio de equiparação entre elas.

Por outro lado ainda, porém, dispõe o art. 1094.º, n.º 1, do mesmo Código, que, “sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por

árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada." Trata-se de uma redacção equivalente à do citado art. 49.º, n.º 1, que consequentemente deve ser interpretado em atenção ao sentido daquele.

Ora, o que a recorrente invoca é precisamente uma convenção internacional da qual, a seu ver, deriva a desnecessidade de revisão e confirmação das decisões de tribunais arbitrais estrangeiros entre os respectivos Estados signatários: é a Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958, sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a que Portugal aderiu, — tornando-se em consequência parte dessa Convenção —, formulando a sua decisão através do depósito do respectivo instrumento em 18/10/94, no seguimento da sua aprovação para rectificação, efectuada por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, de 8/7, tendo entrado em vigor no nosso País em 16/1/95.

A disposição que essencialmente interessa para a decisão da questão suscitada no presente recurso é o art. III da mesma Convenção, segundo o qual "cada um dos estados contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas nos artigos seguintes. Para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais nacionais".

Nessas condições, há que partir da primeira parte desse dispositivo, em que se estipula que cada um dos Estados contratantes reconhecerá a autoridade e concederá a execução da sentença arbitral nos termos das regras de processo adoptadas no seu território, conciliando-a, porém, com a sua segunda parte, em que se determina que esse reconhecimento e essa execução não poderão ser sujeitos a condições e custas sensivelmente mais gravosas que as aplicadas ao reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais nacionais.

Ora, como se referiu, as sentenças arbitrais nacionais não estão sujeitas, para constituírem título executivo, a revisão e confirmação.

É certo que, perante o disposto naquele art. 1094.º, n.º 1, se considera consagrado um princípio geral de equiparação entre as sentenças judiciais estrangeiras e as sentenças arbitrais estrangeiras que versem sobre direitos privados, no que respeita à necessidade da sua revisão e confirmação para lhes ser reconhecida força executiva, mas isto sem prejuízo do que for estipulado, nomeadamente, em convenções internacionais.

E, como se viu, aquele art. III da Convenção, na sua última parte, estabelece a equiparação, — que foi querida por Portugal ao aderir à mesma —, no que respeita ao reconhecimento da força executiva e à consequente execução, entre as sentenças arbitrais estrangeiras a que a mesma Convenção se aplique e as sentenças arbitrais nacionais, pelo que, não estando estas últimas sujeitas a revisão e confirmação para poderem ser executadas, também aquelas o não estão.

Por certo que há que ter em conta que estão consagrados nos diversos sistemas jurídicos dois modelos de regime de concessão de eficácia executiva às sentenças arbitrais: de um lado, os que submetem qualquer decisão arbitral, quer proferida no Estado da execução, quer num Estado diferente desse, a um procedimento de concessão de exequatur, não sendo a decisão arbitral equiparada a uma decisão judicial e apenas podendo produzir os efeitos que esta produz depois de escrutinada pela justiça estadual; de outro lado, os que equiparam as decisões arbitrais proferidas por tribunais arbitrais no Estado da execução às decisões proferidas pela justiça estadual desse Estado, sendo as decisões arbitrais proferidas por árbitros em Estado diverso do da execução submetidas aos procedimentos a que são submetidas as decisões proferidas por tribunais estaduais estrangeiros.

Da conjugação dos citados arts. 48.º, n.º 2, 49.º, n.º 1, e 1094.º, n.º 1, pelo menos quando as decisões versem sobre direitos privados como é o caso dos autos, resulta que o sistema jurídico português segue este segundo modelo como princípio geral, pelo que, sendo as decisões arbitrais nacionais exequíveis nos mesmos termos em que o sejam as decisões dos tribunais comuns, as decisões arbitrais proferidas por árbitros no estrangeiro são equiparadas, em princípio, às decisões proferidas por tribunais estrangeiros, devendo em consequência umas e outras ser submetidas a revisão e confirmação a fim de poderem ser executadas em Portugal.

Mas isto, como se referiu, quando tal regime não seja afastado por Convenções internacionais, como na hipótese dos autos se verifica, pelo que, tendo a ora recorrente feito junção oportuna dos elementos a que se refere o art. IV da Convenção de Nova Iorque para obter o reconhecimento e a execução, se conclui pela desnecessidade da revisão e confirmação da sentença arbitral em causa ou de qualquer processo prévio autónomo de reconhecimento da mesma para lhe poder ser reconhecida eficácia executiva em Portugal.

Tanto basta para que se conclua ter de se reconhecer razão à recorrente.

Pelo exposto, acorda-se em conceder provimento ao agravo e em revogar o acórdão recorrido, e com ele o despacho da 1ª instância impugnado, determinando-se o prosseguimento da execução.

Custas pela recorrida.

Lisboa, 19 de Março de 2009

Silva Salazar

Nuno Cameira

Sousa Leite

ANOTAÇÃO

I – A Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (CNY), celebrada em 10 de Junho de 1958, é um elemento estruturante essencial do Direito Internacional da Arbitragem e em grande medida responsável pelo êxito que a arbitragem vem conhecendo desde a segunda metade do século XX, como meio eficaz e expedito de resolução de litígios emergentes do comércio internacional. A importância da CNY revela-se, particularmente, quanto ao papel desempenhado no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras – reconhecimento este que por ela ficou consideravelmente facilitado.¹

¹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, "Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de Arbitragem", in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 74 e 75.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 19 de Março de 2009² leva-nos, antes de mais, a questionar até onde vão essas facilidades de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira, no âmbito da CNY. Com efeito, este Acórdão extrai uma conclusão importante: a de que, "*como a decisão arbitral exequenda versa sobre direitos privados e foi proferida por Estado aderente àquela Convenção, à luz do princípio da equiparação, no sistema jurídico português é conferida eficácia executiva à decisão arbitral estrangeira sem necessidade da sua revisão e confirmação*" (sublinhado nosso).

Ou seja, segundo o STJ, uma sentença arbitral estrangeira proferida ao abrigo da CNY poderá ser imediatamente executada em Portugal, não se tornando necessário que seja previamente revista e confirmada – ao invés do que sucederia, portanto, com qualquer decisão arbitral estrangeira (fora do âmbito de aplicação da referida Convenção), nos termos dos artigos 49.º e 1094.º e ss. do Código de Processo Civil (CPC).

A ser correcta esta conclusão – à primeira vista muito favorável à arbitragem –, este Acórdão marcará então, como veremos, um ponto de viragem no que até aqui a nossa doutrina e jurisprudência vinham entendendo. É este o objectivo do nosso comentário: analisar o raciocínio seguido pelo STJ e tentar perceber se tais facilidades de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira são ou não conferidas pela CNY.

II – No âmbito do litígio subjacente ao presente Acórdão, uma determinada sociedade instaurou uma execução comum contra outra, invocando como título executivo uma sentença decretada em Zurique no âmbito de uma arbitragem CCI. Uma vez que a mencionada sentença arbitral não havia sido previamente reconhecida em Portugal³, a exe-

² O presente Acórdão encontra-se publicado na *Colecção de Jurisprudência (CJ)* – *Ac. STJ*, 2009, n.º 214, Tomo I, pp. 147 a 149. Ver também JOSÉ MIGUEL JÚDICE / ANTONIO P. PINTO MONTEIRO, *International Law Office*, Setembro de 2010.

³ Importa aqui recordar que quer a Suíça, quer Portugal, são Estados contratantes da CNY. No nosso país a mencionada Convenção foi ratificada em 18 de Outubro de 1994, tendo entrado em vigor em 16 de Janeiro de 1995. Esclareça-se ainda que, no âmbito do princípio da reciprocidade, Portugal fez uma reserva a esta Convenção (Aviso n.º 142/95 de 21/06/1995), nos termos da qual só se aplicará a CNY no caso de as sentenças arbitrais estrangeiras terem sido proferidas no território de Estados a ela vinculados. Quanto à Suíça, esta Convenção foi ratificada em 01/06/1965.

cutada imediatamente invocou a falta de título executivo e requereu em consequência a rejeição da execução. Esta rejeição foi admitida pelo Tribunal de 1.ª instância e pelo Tribunal da Relação de Lisboa, com base nos referidos fundamentos invocados pela executada.

O STJ, porém, entendeu de maneira diferente, fundamentando a sua decisão na interpretação que faz dos artigos 48.º, 49.º, 1094.º do CPC e no artigo III da CNY. Este artigo III da CNY é, aliás, a chave do raciocínio do STJ.

Segundo este artigo, *"cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas nos artigos seguintes. Para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais"*.

Este artigo tem duas partes. Na primeira refere-se a "regras de processo", mas não diz que regras de processo são essas. Sabemos que são as do nosso CPC, mas será que são as regras de processo previstas para a execução de sentenças estrangeiras? Ou serão, antes, as regras de processo previstas para a execução de sentenças arbitrais nacionais?

O STJ entende que esta primeira parte do artigo III tem de ser conjugada com a segunda parte. E, assim sendo, ao referir-se nesta segunda parte a "sentenças arbitrais nacionais", conclui que se estabelece aqui uma equiparação – no que respeita ao reconhecimento da força executiva e à consequente execução – entre as sentenças arbitrais estrangeiras proferidas ao abrigo da CNY e as sentenças arbitrais nacionais.

Deste modo, uma vez que as sentenças arbitrais nacionais não estão sujeitas a revisão e confirmação para poderem ser executadas (artigo 48.º, n.º 2, do CPC), as sentenças arbitrais estrangeiras proferidas ao abrigo da CNY também não o estão. E contra este entendimento não vale a exigência de revisão e confirmação prevista no n.º 1 do artigo 49.º do CPC, pois este artigo começa justamente por ressaltar o que se "ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais" e, conseqüentemente, o que se encontra disposto na

CNY (nomeadamente o artigo III desta Convenção que, no entendimento do STJ, dispensa a necessidade de revisão e confirmação de uma decisão arbitral estrangeira).

III – Embora a interpretação do STJ pareça, à primeira vista, ser formalmente possível, esclareça-se, desde já, que não é esta a posição que tem sido seguida pela nossa doutrina e jurisprudência, bem como com a doutrina e jurisprudência internacionais a que tivemos acesso. Muito pelo contrário, aliás.

Atente-se, particularmente, no recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Junho de 2010, nos termos do qual categoricamente se afirma que *"uma sentença ou decisão arbitral estrangeira não é automaticamente executável no território nacional português, ou seja, não se constitui como título executivo, sem que previamente seja sujeita ao processo de revisão e confirmação pelo Tribunal competente, não obstante estar em vigor a a Convenção de Nova Iorque, aplicável em matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras"*. Assim, *"o facto de o Estado Português se ter comprometido, através da assinatura desta Convenção, a garantir a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, não significa que tal processo seja automático. Esta execução deve ser efectuada com observância das disposições processuais previstas na legislação nacional"*.⁴

A Relação de Lisboa demonstra, deste modo, um entendimento frontalmente contrário ao do STJ. Sendo assim, *quid iuris?* Qual dos citados acórdãos interpreta com maior rigor a CNY?

Adiante-se, desde já, que, a nosso ver, o Acórdão do STJ de 19/03/2009 parte efectivamente de premissas correctas, mas chega à conclusão errada...

Com efeito, é verdade que o artigo III da CNY estabelece uma equiparação entre as sentenças arbitrais estrangeiras e as sentenças arbitrais nacionais (as tais "premissas correctas" que referíamos). Isso mesmo tem sido admitido, aliás, pela nossa jurisprudência, sendo tal entendimento pacífico – veja-se, por exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribu-

⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/06/2010 (processo 243/10.9YRLSB-7), in <http://www.dgsi.pt/>.

nal de Justiça de 22/04/2010, do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/02/1997, do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/01/2010 e do Tribunal da Relação de Évora de 31/01/2008.⁵

Ora, apesar de a questão a decidir nestes Acórdãos ter sido outra – a de saber qual o tribunal competente para a revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira proferida ao abrigo da CNY, se a 1.ª instância, se a Relação⁶ –, o que é interessante observar é que, em momento algum, estes Acórdãos admitem (ou sequer equacionam) a solução inédita do Acórdão do STJ de 19/03/2009. Mais: o último dos Acórdãos referidos (Relação de Évora de 31/01/2008), partindo da equiparação das sentenças arbitrais estrangeiras às sentenças arbitrais nacionais, prevista no artigo III da Convenção, chega, exactamente, à solução oposta do Acórdão do STJ que ora se comenta. Com efeito, entendeu aqui a Relação de Évora que, “atento o princípio de equiparação entre as sentenças arbitrais nacionais e as sentenças arbitrais estrangeiras quanto ao ritualismo processual da respectiva execução, prescrito no referido art. III da Convenção, não há dúvidas que para apreciar o pedido de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, há que observar o

⁵ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/04/2010 (processo 04B705), in <http://www.dgsi.pt/>, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/02/1997, in *CJ*, 1997, Tomo I, pp. 135 a 137, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/01/2010 (processo 70/09.6TBCBR.C1), in <http://www.dgsi.pt/> e acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 31/01/2008 (processo 1141/06-2), in <http://www.dgsi.pt/>, acórdão este que se encontra também publicado na *CJ*, n.º 204, 2008, Tomo I, pp. 252 e 253, embora com um sumário diferente.

⁶ No que se refere a esta questão, a nossa jurisprudência tem, até agora, entendido ser competente o Tribunal de 1.ª Instância para a revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira. De todo o modo, existem autores que, com razão, têm sustentado ser competente o Tribunal Relação para este efeito (artigo 1095.º do CPC) – cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 299 e 300, MANUEL PEREIRA BARROCAN, “Manual de Arbitragem”, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 721 a 724, PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 67, Volume II, Setembro de 2007, Lisboa, pp. 650 e in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 151 e MIGUEL CANCELLA DE ABREU / FILIPE LOBO D’AVILA / ARAFAM MANÉ / CLARA MOREIRA CAMPOS, “A Arbitragem Voluntária e a Mediação de Conflitos”, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 241.

regime processual previsto para a revisão de sentenças estrangeiras previsto nos arts. 1094 e segs. do CPC”⁷.

Este último Acórdão reforça, assim, o que anteriormente dissemos. Isto é, o Acórdão do STJ de 19/03/2009 parte de premissas correctas, mas chega à conclusão errada. Porquê?

IV – A questão chave, que o STJ não teve aqui em atenção, é o facto de esta equiparação só ter sentido nos países em que se exige o reconhecimento (“*exequatur*”) relativamente às sentenças arbitrais nacionais, o que não é o nosso caso. Ou seja, o STJ não atendeu ao facto de este artigo III da CNY se aplicar não só em relação ao nosso País, como também em relação a outros países com sistemas jurídicos muito diferentes do nosso.

A este respeito, e conforme bem salienta a Professora Paula Costa e Silva (entendimento que o STJ, aliás, transcreve), importa salientar que existem, essencialmente, dois modelos de concessão de eficácia executiva às sentenças arbitrais:

- (i) de um lado, o que submete qualquer decisão arbitral – proferida ou não no Estado da execução – a um procedimento de concessão de *exequatur*, não sendo a decisão arbitral equiparada a uma decisão judicial e apenas podendo produzir os efeitos que esta produz após ser escrutinada pela justiça estadual;
- (ii) de outro lado, o que equipara as decisões arbitrais proferidas por tribunais arbitrais no Estado da execução (*rectius*, as decisões arbitrais “nacionais”) às decisões judiciais desse mesmo Estado, sendo, conseqüentemente, as decisões arbitrais proferidas por árbitros em Estado diverso do da execução (leia-se, as decisões arbitrais “estrangeiras”) submetidas aos procedimentos a que são submetidas as decisões proferidas por tribunais estaduais estrangeiros.⁸

⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 31/01/2008, *op. cit.*

⁸ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *ROA*, *op. cit.*, pp. 642. O referido artigo encontra-se, igualmente, publicado em *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, sendo a página relevante que aqui nos interessa a 143.

Como se sabe, o nosso País segue o segundo modelo, prevendo-se, expressamente, que as decisões arbitrais são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns (artigo 48.º, n.º 2, do CPC e artigo 26.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem Voluntária – LAV⁹).

E, deste modo, também entre nós as decisões arbitrais proferidas por árbitros no estrangeiro são equiparadas às decisões proferidas por tribunais judiciais estrangeiros, devendo umas e outras ser submetidas a revisão e confirmação, de forma a poderem ser executadas.¹⁰

Com efeito, importa recordar que o sistema do direito português é o do reconhecimento das sentenças estrangeiras mediante revisão ou controlo prévio (homologação). Significa isto que, antes de confirmada (homologada), a sentença não opera na ordem jurídica nacional os efeitos que lhe correspondem como acto jurisdicional – falamos do efeito de caso julgado e do efeito executivo. Ela é simplesmente um facto jurídico, cuja eficácia está pendente até que sobrevenha a condição legalmente requerida, que é a decisão de confirmação ou homologação proferida no processo especial de revisão de sentença estrangeira.¹¹

⁹ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

¹⁰ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, "A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras", in *ROA*, op. cit., pp. 642 e 643 e in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, op. cit., pp. 143 e 144.

¹¹ Cfr. A. FERRER CORREIA, "Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado", Almedina, Coimbra, 1989, pp. 267 e 268. Autor aqui seguido de muito perto. No fundo, são razões de índole eminentemente prática que aconselham este regime do reconhecimento das sentenças estrangeiras. Na verdade, e conforme ensina o Professor Ferrer Correia (entendimento que, pela clareza de raciocínio, damos aqui por reproduzido), "do que se trata, sem qualquer dúvida, é de assegurar a continuidade e estabilidade das situações da vida jurídica internacional, a fim de que os direitos adquiridos e as expectativas dos interessados não sejam ofendidos. A circunstância de uma situação controvertida ter sido definida por um tribunal, cuja decisão é caso julgado no país em que foi proferida, não poderia ser ignorada. A decisão, pois que se tornou definitiva nesse país, pós al termo ao litígio, reforçou as expectativas das partes e de terceiros e consolidou direitos que anteriormente apareciam como incertos. Há que dar todo o seu peso a estes factos. É preciso que a incerteza anterior não renasça e a dúvida não se reinstale. A propositura de um novo processo poderia dar azo a decisões contraditórias, em detrimento do imperativo fundamental do DIP, que é a uniformidade de regulamentação jurídica das situações conectadas com diferentes sistemas de direito. Contudo, e por outra via, conceber-se-ia mal que os Estados admittissem sem qualquer espécie de controlo (o que não quer dizer necessariamente sem

Este regime apenas não se aplicará às sentenças que dele forem excluídas por tratado ou lei especial¹², como é o caso da CNY – Convenção cujas normas, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), vigoram na nossa ordem interna.¹³

Importa, assim, analisarmos o regime que a CNY consagra a este respeito. O mesmo é dizer, importa termos concretamente em conta o regime do artigo III da Convenção, artigo que esteve, aliás, na base da posição tomada pelo STJ neste seu Acórdão de 19/03/2009.

V – Conforme observámos, o artigo III da CNY tem duas partes. No que se refere à primeira parte, fala-se nas "regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada" – locução que cumpre agora analisar.

Como bem salienta Maria Cristina Pimenta Coelho¹⁴, existem três hipóteses de regular o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida ao abrigo da Convenção:

controlo prévio) a eficácia das decisões provenientes de uma soberania estrangeira, que podem inclusive ofender princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado do foro, quer material quer processual. É entre estes dois pólos que se move o instituto de reconhecimento e da execução das sentenças estrangeiras sobre direitos privados. A simples intuição nos adverte de que, se há que ter por indiscutível o princípio do reconhecimento, importa por outra parte sujeitá-lo a certas condições" – A. FERRER CORREIA, "Lições de Direito Internacional Privado", Almedina, Coimbra, 2004, pp. 460 e 461.

¹² Cfr. A. FERRER CORREIA, "Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado", op. cit., pg. 268.

¹³ Na verdade, e conforme nos dá conta o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2003 (processo 03B1604, <http://www.dgsi.pt/>), "as normas insertas na Convenção de Nova Iorque são normas de direito internacional, normas que de acordo com o art. 8.º da Constituição da República prevalecem tanto sobre o direito interno anterior como posterior, designadamente sobre os invocados arts. 1100.º e 1096.º, al. e) do CPCivil".

¹⁴ Cfr. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, "A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", in *Revista Jurídica*, n.º 20, 1996, AAFDL, Lisboa, pg. 50 – Autora que seguemos aqui de muito perto. A este respeito, esclareça-se que o que está aqui em causa são as regras de processo (forma do processo, Tribunal competente) e não às condições exigidas para o reconhecimento e execução, pois essas são as que estão consagradas na CNY – MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, op. cit., pp. 50 e 51.

- (i) a criação de regras especiais de processo – sistema adoptado na altura pelos Estados Unidos da América, Reino Unido, Dinamarca, Índia, Suécia, Austrália, Botswana e Guiana; países que, aquando da ratificação ou adesão à CNY, previram logo regras especiais de processo;
- (ii) a aplicação das regras previstas para as sentenças arbitrais estrangeiras em geral – sistema escolhido pela generalidade dos Estados contratantes da CNY. Saliente-se, por sua vez, que este sistema se subdivide em dois grupos: no primeiro, encontramos aqueles países que prevêem regras especiais de processo para as sentenças arbitrais estrangeiras, ao passo que no segundo o processo de reconhecimento e execução é o mesmo para as sentenças arbitrais estrangeiras e para as sentenças judiciais estrangeiras (é este o caso de Portugal – artigos 1094.º e 1097.º do CPC);¹⁵
- (iii) uma terceira hipótese em que se procede como se de uma sentença arbitral nacional se tratasse, ou seja, adopta-se o mesmo processo para as sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras – sistema seguido por muito poucos países, onde não se inclui Portugal.

Por sua vez, na segunda parte do artigo III da Convenção deparamo-nos com a proibição de imposição de condições sensivelmente mais rigorosas e de custas sensivelmente mais elevadas do que as que são exigidas para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais nacionais. Ora, uma vez que não existe qualquer processo de reconhecimento para as sentenças arbitrais (nacionais) portuguesas (artigos 26.º, n.º 2, da LAV e 48.º, n.º 2, do CPC), dir-se-ia então – atento o princípio da equiparação entre as sentenças arbitrais estrangeiras e as sentenças arbitrais nacionais aqui consagrado – que as sentenças arbitrais estrangeiras proferidas ao abrigo da CNY seriam dispensadas de qualquer formalidade

¹⁵ Neste sentido, também Manuel Pereira Barrocas nos diz que, ao contrário do que sucede com as leis de arbitragem de muitos outros países (caso da lei espanhola), a LAV não regula o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras – tarefa que, segundo este Autor, é deixada à CNY e aos artigos 1094.º e ss. do CPC (cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pg. 724).

de reconhecimento, podendo ser automaticamente executadas em Portugal, como concluiu o Acórdão do STJ que ora se comenta. Na verdade, a exigência de revisão e confirmação seria sempre uma condição sensivelmente mais rigorosa (e que implicaria custas) do que aquilo que é exigido para as sentenças arbitrais nacionais.

Não cremos, porém, que esta seja a melhor interpretação do artigo III da Convenção. Neste sentido, argumenta Maria Cristina Pimenta Coelho que, a entender-se deste modo, dificilmente o Estado português se tornaria parte da CNY, pois não parece crível que o nosso País aceitasse que as sentenças proferidas ao abrigo da Convenção fossem executadas como uma sentença nacional. Com efeito, o que se pretende aqui é que, no seu conjunto, o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira não sejam sensivelmente mais dificultados do que o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral nacional, “o que leva a crer que o artigo foi pensado para situações em que se exige também para as sentenças [arbitrais] nacionais um processo de reconhecimento”; ora, se “não se exige tal processo para que as sentenças [arbitrais] nacionais tenham força executiva não devemos retirar do art. III que igual tratamento deve ser dado às sentenças estrangeiras”.¹⁶

Concordamos plenamente com esta posição. Acima de tudo, importa não esquecer que estamos aqui perante uma Convenção internacional com, actualmente, 144 Estados contratantes¹⁷, Estados estes com leis de arbitragem e regimes de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais muito diferentes entre si. Ora, não podemos cair na tentação de interpretar este artigo como se o mesmo tivesse sido redigido apenas face à realidade portuguesa (e ao sistema de reconhecimento e execução consagrado entre nós). É evidente que não foi. Daí que, tal como já oportunamente salientámos, esta equiparação do artigo III só faça sentido relativamente a países em que se exige o reconhecimento (“*exequatur*”) relativamente às sentenças arbitrais nacionais, o que, como vimos, não é o nosso caso.

¹⁶ Cfr. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, *op. cit.*, pp. 64 e 65.

¹⁷ Cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

Neste sentido, também o Professor Lima Pinheiro afirma que "os trabalhos preparatórios da Convenção demonstram que intencionalidade normativa não é a de assegurar uma equiparação das sentenças estrangeiras às sentenças nacionais mas a de garantir que o processo de reconhecimento das sentenças estrangeiras não é sensivelmente mais oneroso que o estabelecido para as sentenças nacionais". O que, por sua vez, "pressupõe que o reconhecimento das sentenças «nacionais» depende de um processo prévio e não é aplicável quanto tal não se verifica".¹⁸

No fundo, o legislador português, ao atribuir às sentenças arbitrais nacionais a mesma eficácia que à sentença de um tribunal judicial de 1.ª instância (artigo 26.º da LAV), está a pressupor que a arbitragem (porque realizada em Portugal) está sujeita às directrizes da ordem jurídica portuguesa, quanto ao regime jurídico da arbitragem. Ora, "isto não se verifica com as sentenças arbitrais «estrangeiras», razão por que o seu reconhecimento deve depender de um controlo prévio por um tribunal judicial português".¹⁹

VI – Não é só, assim, a nossa jurisprudência que não tem partilhado da posição do Acórdão do STJ de 19/03/2009 ou que tem seguido uma posição contrária (caso dos mencionados Acórdãos da Relação de Lisboa de 08/06/2010 e da Relação de Évora de 31/01/2008). Também a doutrina se tem pronunciado, expressamente, contra a tese que o Acórdão do STJ de 19/03/2009 vem aqui defender. Já fizemos referência a Maria Cristina Pimenta Coelho e a Luís de Lima Pinheiro. De todo o modo, existem outros autores que, indirectamente, parecem não admitir a solução consagrada pelo Acórdão que ora se comenta.

¹⁸ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem", *op. cit.*, pp. 297 e 298 e "Direito Comercial Internacional", Almedina, Coimbra, 2005, pp. 580 e 581. Também Carla Borges parece ir neste mesmo sentido – cfr. CARLA GONÇALVES BORGES, "O sistema de reconhecimento de decisões arbitrais entre Portugal e Angola: consequências da inaplicabilidade da Convenção de Nova Iorque", in *Revista Themis*, Ano IX, n.º 16, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 270 e 271.

¹⁹ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem", *op. cit.*, pp. 298 e "Direito Comercial Internacional", *op. cit.*, pp. 581.

É o caso dos Professores Dário Moura Vicente e Paula Costa e Silva. Com efeito, estes Autores, por referência à CNY e à facilidade no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras aqui consagrado, chegam à conclusão que é mais fácil obter o reconhecimento e a execução (ou a confirmação, para a segunda Autora) de uma decisão arbitral estrangeira do que de uma decisão judicial estrangeira²⁰. Ou seja, e para o efeito que aqui nos interessa, Dário Moura Vicente e Paula Costa e Silva equiparam a decisão arbitral estrangeira à decisão judicial estrangeira e não à decisão arbitral nacional, como faz o STJ. Ora, se a sentença arbitral estrangeira proferida nos termos da CNY fosse equiparada – quanto ao reconhecimento e execução – à sentença arbitral nacional, então a conclusão destes Autores não faria muito sentido.

Paralelamente, também o Professor Lebre de Freitas parece perfilhar uma posição contrária à do Acórdão do STJ de 19/03/2009. Na verdade, este Autor conclui que as "decisões dos tribunais arbitrais, estão, quando proferidas no estrangeiro, sujeitas a revisão, nos mesmos termos das sentenças dos tribunais do Estado (art. 1094-1) e, quando proferidas no território nacional, sujeitas às regras de exequibilidade das sentenças dos tribunais judiciais de 1.ª Instância" – conclusão a que chega após referir, em nota de rodapé, o regime da CNY e o seu artigo III²¹. Ou seja, a existência desta Convenção parece não o impedir de chegar à citada conclusão.

O mesmo se diga quanto a Fernando Amâncio Ferreira que, após transcrever (por palavras suas) o artigo III da CNY, conclui que o tribunal de 1.ª instância é o tribunal competente para rever e confirmar as sentenças arbitrais estrangeiras²². Deste modo, face ao artigo III da

²⁰ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, pg. 75 e PAULA COSTA E SILVA, "A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras", in *ROA*, *op. cit.*, pg. 654 e in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, *op. cit.*, pg. 154.

²¹ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "A Acção Executiva – Depois da reforma da reforma", 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 48 e 49.

²² Quanto a esta questão de saber qual o tribunal competente para rever e confirmar uma decisão arbitral estrangeira, proferida nos termos da CNY, veja-se o que oportunamente afirmámos na nota de rodapé n.º 6.

Convenção, este Autor não deixa de aludir aqui à necessidade de revisão e confirmação de uma decisão arbitral estrangeira. Facto que parece indicar que, para este Autor, continua a fazer sentido a revisão e confirmação de decisões arbitrais estrangeiras, não obstante a redacção do artigo III da CNY.²³

Embora não se pronunciasse directamente sobre esta questão, também o Professor António Marques dos Santos não deixava de salientar que, não obstante Portugal ter ratificado vários tratados ou convenções internacionais com implicações notórias em matéria de reconhecimento de decisões judiciais ou arbitrais estrangeiras (como é o caso da CNY), "continua a haver um amplo espaço para a aplicação do regime comum de revisão e confirmação de sentenças constante do artigo 1094.º e seguintes do CPC".²⁴

Por fim, a nível internacional, e tanto quanto temos conhecimento, a solução do Acórdão do STJ de 19/03/2009 é bastante inovadora. Efectivamente, a interpretação feita por aquele aresto do artigo III da CNY parece não ter muitos partidários²⁵, sendo que a doutrina internacional tem aqui, expressamente, alertado para o facto de a redacção do artigo III da Convenção não implicar que o sistema de reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras seja idêntico ao sistema aplicável às decisões arbitrais nacionais.²⁶

Acresce que a interpretação seguida pelo STJ não seria já possível face ao artigo III da proposta de Albert van den Berg para uma nova convenção internacional sobre a execução de sentenças e convenções

²³ Cfr. FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, "Curso de Processo de Execução", 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pg. 35.

²⁴ Cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", in *Aspectos do novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 147 e 148.

²⁵ Embora se oponha à interpretação do artigo III da CNY seguida pelo acórdão do STJ de 19/03/2009, José Emílio Nunes Pinto diz-nos que esta interpretação já foi, efectivamente, admitida no Brasil – cfr. JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, "A arbitragem no Brasil e a convenção de New York 1958 - questões relevantes", in *Revista Jus Vigilantibus*, 2002, disponível online em <http://jusvi.com/artigos/1492>.

²⁶ Cfr. FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 1999, pp. 967 e 968.

arbitrais estrangeiras²⁷. Com efeito, esta proposta mantém o sistema de revisão e confirmação de sentenças arbitrais estrangeiras, com uma redacção que torna mais clara esta questão e que não dá qualquer hipótese à interpretação do Acórdão aqui comentado.

VII – Face ao exposto, também nós perfilhamos a posição da doutrina e jurisprudência dominantes, no sentido contrário ao do Acórdão do STJ de 19/03/2009. Entendemos que uma sentença arbitral estrangeira – proferida ou não ao abrigo da CNY – não é automaticamente executável em Portugal. Será sempre necessário um processo prévio de revisão e confirmação (nos termos dos artigos 1094.º e ss. do CPC), de forma a poder ser executada no nosso País.

De todo o modo, e em abono da posição do Acórdão do STJ de 19/03/2009, sempre se dirá o seguinte: a interpretação do STJ compreende-se, ainda que se não deva aceitar. Compreende-se, face à redacção pouco clara deste artigo III da Convenção²⁸. E a verdade é que, de uma perspectiva meramente literal, talvez não se possa dizer que o STJ esteja errado. Porém, e independentemente do que se entenda a este respeito, não devemos cingir-nos apenas à letra do artigo III da CNY.

No fundo, deparamo-nos aqui, em última análise, com um problema de interpretação. A este propósito, e como se sabe, a interpretação "não deve cingir-se à letra da lei" (artigo 9.º do Código Civil). Com efeito, além do elemento gramatical (texto ou letra da lei), teremos de ter sempre em conta o elemento racional ou teleológico (ou seja, a razão de ser da lei, a *ratio legis*, o fim visado pelo legislador ao elaborar a norma), o elemento sistemático (o contexto da lei, devendo ter-se em atenção as outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em

²⁷ Cfr. ALBERT VAN DEN BERG, "Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards", ICCA Conference, Dublin, 2009.

²⁸ Cfr. GARY B. BORN, "International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 2009, pg. 2709. A proposta de Albert van den Berg, *supra* referida, e as respectivas alterações a este respeito, acabam também por demonstrar que a redacção actual do artigo III da CNY se presta efectivamente a interpretações diversas.

que se integra a norma interpretanda) e o elemento histórico (compreende toda a matéria relacionada com a história do preceito).²⁹

Ora, atendendo a todos estes elementos, não temos dúvidas em afirmar que o artigo III da CNY não dispensa um processo prévio de revisão e confirmação da sentença arbitral estrangeira, de forma a poder ser executada em Portugal. Tal como oportunamente salientámos, importa não esquecer que estamos diante de uma Convenção internacional com 144 Estados contratantes³⁰, Estados estes com leis de arbitragem e regimes de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais muito diferentes entre si, pelo que não podemos interpretar este artigo III apenas face ao sistema jurídico português e ao regime que se encontra aqui consagrado quanto ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais nacionais ou estrangeiras. Daí que tenhamos afirmado (entendimento que agora reiteramos) que a equiparação entre sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras estabelecida no artigo III da CNY, no tocante ao reconhecimento (*exequatur*), só faça sentido em países em que este reconhecimento se exige relativamente às sentenças arbitrais nacionais, o que não é o nosso caso. Com efeito, e à semelhança de Maria Cristina Pimenta Coelho, também nós entendemos que este artigo foi claramente pensado para situações em que é necessário para as sentenças arbitrais nacionais um processo de reconhecimento.

Assim, e não obstante as facilidades no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras consagradas na CNY – nomeadamente, se atendermos às condições de reconhecimento e execução previstas nos artigos IV e V da Convenção, por contraposição com as previstas nos artigos 1096.º e 1100.º do CPC –, o facto é que não devemos ir aqui longe demais.

²⁹ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Alameda, Coimbra, 1983, pp. 181 a 185. Conforme *supra* referimos, convém não esquecer que, por força do artigo 8.º, n.º 2, da CRP, os artigos da CNY vigoram na nossa ordem interna. Com efeito, estamos perante normas de direito internacional, normas estas que prevalecem tanto sobre o direito interno anterior como posterior – cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2003 (processo 03B1604), in <http://www.dgsi.pt/>.

³⁰ Cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

O Acórdão do STJ de 19/03/2009 é, em suma, segundo o nosso entendimento, um Acórdão insólito e, ao mesmo tempo, potencialmente perigoso. Admite-se que a redacção não é especialmente feliz, mas interpretar o artigo III da CNY deste modo aparentemente favorável à arbitragem (e deve saudar-se o sentido favorável que honra a jurisprudência do nosso tribunal superior) pode ter o efeito colateral de levar o legislador, cautelarmente, a impor o reconhecimento de sentenças arbitrais nacionais, o que constituiria um perigoso retrocesso. E, na verdade, só aparentemente é que a interpretação do STJ é favorável, na medida em que nem sempre as decisões arbitrais, como as judiciais, oriundas de países diversos, podem merecer a adesão que, regra geral, lhes é devida. Este processo de controlo pelo reconhecimento é benéfico para o instituto da arbitragem e para os que a ele recorrem.

Espera-se, assim, que o acórdão comentado não faça carreira, continuando a prevalecer a posição unânime da doutrina e jurisprudência, no sentido da exigibilidade do reconhecimento e execução de uma decisão arbitral estrangeira proferida nos termos da Convenção, para que essa mesma decisão possa ser executada em Portugal.

**ANTEPROJECTO DE LEI DA ARBITRAGEM
VOLUNTÁRIA DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA
DE ARBITRAGEM (2010)***

**CAPÍTULO I
DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

**ARTIGO 1.º¹
(Convenção de arbitragem)**

1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado² ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros³.

2. É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido⁴.

¹ Texto elaborado pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem e entregue ao Governo, a pedido do Secretário de Estado da Justiça, em Maio de 2010.

² Optou-se por manter um Capítulo 1.º dedicado à Convenção de Arbitragem, para manter na medida do possível a estrutura formal da actual LAV. Este artigo 1.º corresponde ao art. 1.º da actual LAV, com as muito significativas alterações indicadas nas notas seguintes.

³ Faz-se referência a "tribunais do Estado", em vez de "tribunais judiciais" (como na actual LAV), a fim de abranger também os tribunais administrativos, cuja jurisdição pode ser afastada, com os limites consignados na lei, mediante uma convenção de arbitragem. Não pareceu necessário nem conveniente discriminar a este propósito os diversos tribunais estaduais, em vez de usar uma expressão que a todos abarca.

⁴ Fontes: Lei Suíça de DIP, art. 177.º, n.º 1; Lei Alemã (ZPO), §1030;

⁵ Fontes: Lei Alemã (ZPO), §1030); o critério da "patrimonialidade" da pretensão deduzida, combinado com o da sua "transigibilidade" (funcionando este como critério secundário) foi adoptado pela Lei Alemã de 1998 - que veio a ser inserida no respectivo Código do Processo Civil ou ZPO - por causa das dificuldades a que dá lugar a aplicação dos critérios da "disponibilidade" e/ou da "transigibilidade" dos direitos ou pretensões (quando usados como critério principal). V., sobre este tema, entre muitos outros estudos ou obras que poderia citar-se, o valiosíssimo artigo de um eminente

3. A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)⁵.

4. As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias⁶.

5. O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei⁷ ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.

ARTIGO 2.º

(Requisitos da convenção de arbitragem; sua revogação)

1. A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita⁸.

2. A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de

especialista alemão nesta matéria (que integrou a comissão que elaborou Lei da Arbitragem de 1998, que passou a constituir o Livro X do Código do Processo Civil Alemão), o Professor Peter Schlosser - *La nouvelle législation allemande sur l'Arbitrage* - *Revue de l'Arbitrage* - 1998, n.º 2, pp. 291-304. A substituição do critério da "disponibilidade" ou da "transigibilidade do direito" pelo critério da "patrimonialidade do interesse" que se pretenda fazer valer através da arbitragem tem sido defendida também por alguns autores portugueses. 5 Fontes: actual LAV, art. 1.º, n.º 2; Lei Francesa (NCPC), arts. 1442 e 1447; Lei Modelo da Uncitral, art. 7; Lei Espanhola, art. 9.º n.º 1; Lei Alemã (ZPO), §1029 (1) e (2).

⁶ Este número tem a sua origem no art.º 1.º n.º 3 da actual LAV, embora com formulação revista.

⁷ A supressão do adjectivo "(lei) especial" justifica-se pela amplitude com que actualmente o Estado e outras pessoas colectivas do direito público podem celebrar convenções de arbitragem que tenham por objecto relações de direito administrativo (v. artigos 180.º e segs. do CPTA). O uso da expressão "estejam autorizados" visa explicitar que se trata de uma autorização presente ou futura.

⁸ Fontes: actual LAV, art. 2.º, n.º 1; Lei -Modelo da Uncitral, art. 7.º n.º 2; Lei Alemã (ZPO), §1031 (1); lei Espanhola, art. 9.º, n.º 3.

cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação⁹.

3. Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação¹⁰.

4. Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo¹¹.

5. Considera-se também cumprido o requisito da forma escrita da convenção da arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra¹².

6. O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio¹³; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem¹⁴.

⁹ Fontes: actual LAV, art. 2.º, n.º 2, combinada com o § 1031 (1) a Lei Alemã (ZPO), com art. 9.º, n.º 3 da Lei Espanhola e com o artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei Modelo da Uncitral (mas mais abreviado do que o texto destas normas da Lei-Modelo, na sua versão de 2006). Acolheu-se o reparo feito à expressão empregue no projecto de 2009 - "prova escrita" - pois a forma escrita exigida não é apenas uma condição de prova, mas uma condição de validade da convenção.

¹⁰ Fontes: Lei Espanhola, art. 9.º, n.º 3 (reformulado); Lei Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 7.º, n.º 4 (reformulado). Na parte final desta disposição adoptou-se a formulação constante do artigo 26.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, sobre a contratação electrónica.

¹¹ Fontes: Lei-Modelo UNCITRAL, art. 7.º (6); Lei Alemã (ZPO), § 1031 (3); Lei Inglesa, Section 6 (2)

¹² Fontes: Lei-Modelo da UNCITRAL, art. 7.º (5); Lei Espanhola, art. 9(5); Lei Inglesa, Section 5 (5)

¹³ Fontes: actual LAV, art. 2.º, n.º 3 (alterado); Lei Francesa (NCPC), arts. 1447; Lei Espanhola, art. 9.º n.º 1; Lei Alemã (ZPO), § 1029 (1) e (2); CPC Italiano, art. 807, n.º 1. Parece dever ser suprimida a qualificação restritiva "(determinar) com precisão" constante da actual LAV por ser fonte de dificuldades escusadas; aliás tal restrição (que só se explica por motivos relacionados com o regime pretérito da arbitragem em Portugal que hoje não fazem, de todo, sentido) não existe em nenhuma das leis de arbitragem estrangeiras que conheço.

¹⁴ Fonte: actual LAV, art. 2.º, n.º 3; Lei Francesa (NCPC), arts. 1447 e 1448; Lei Espanhola, art. 9 n.º 1; Lei Alemã (ZPO), § 1029 (1) e (2); CPC Italiano, art. 807, n.º 1.

ARTIGO 3.º

(Nulidade da convenção de arbitragem)

É nula a convenção de arbitragem celebrada em violação do disposto nos artigos 1.º e 2.º¹⁵.

ARTIGO 4.º

(Modificação, revogação e caducidade da convenção)

1. A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro ou, com o acordo de todos os árbitros, até à prolação da sentença arbitral¹⁶.

2. A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral¹⁷.

3. Ao acordo previsto nos números anteriores será aplicável o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 2.º¹⁸.

4. Salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância arbitral¹⁹.

ARTIGO 5.º

(Efeito negativo da convenção de arbitragem)

1. O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a

¹⁵ Fonte: actual LAV, art. 3.º (adaptado); Lei Francesa (NCPC), arts. 1443 e 1448.

¹⁶ Pareceu útil explicitar-se que a convenção de arbitragem pode ser modificada por acordo das partes durante o processo arbitral; contudo, se a modificação ocorrer após a designação dos árbitros, o acordo deste é indispensável para que aquela possa ter lugar: basta pensar em modificações com relevância tão grande como a de encurtamento do prazo para arbitragem, a que ver-se sobre montante ou o modo de pagamento honorários e despesas dos árbitros, a alteração das regras do processo ou mesmo atribuição aos árbitros do poder de decidirem segundo a equidade. Para que tudo isso seja possível, é necessário que os árbitros dêem o seu acordo a tais modificações.

¹⁷ Fontes: actual LAV, art. 2, (4); Lei Persiana, art. 18.

¹⁸ Adopta-se para a modificação e a revogação da convenção de arbitragem o mesmo requisito de forma escrita "lato sensu" que se exige para sua celebração.

¹⁹ Fonte: actual LAV, art. 4.º, n.º 2; Lei Inglesa, Section 8 (1).

requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutível²⁰.

²⁰ Fontes: Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, artigo II (3), (1); Lei-Modelo da Uncitral, art. 8; Lei Alemã (ZPO), § 1032 (1); Lei Espanhola, art. 11 (1), Lei Suíça, art. 4.º. A expressão final deste artigo visa corresponder (traduzir) aos valores jurídicos negativos (*null and void, inoperative or incapable of being performed*) que, segundo a Convenção de Nova Iorque e a Lei-Modelo da Uncitral, devem ser detectados pelo tribunal estadual numa convenção de arbitragem, para que possa considerar procedente a defesa do réu nela baseada, absolvendo-o da instância. Por outro lado, incluiu-se neste artigo o adjectivo "manifestamente" (usado no art. 12.º, n.º 4, da actual LAV a respeito de outra questão, mas que a maioria da doutrina portuguesa considera extensivo à questão tratada no artigo 5.º, n.º 1, deste Projecto de nova LAV), colocando-se assim a lei portuguesa, a par da francesa (v. art. 1458 (1) do NCPC, tal como este é interpretado e desenvolvido por jurisprudência muito abundante e unânime), como uma das que conferem maior tradução prática ao efeito negativo da convenção de arbitragem, através da consagração do chamado "efeito negativo da regra da competência-competência". Esta solução — que confere ao árbitros uma prioridade sobre o tribunal estadual, quanto ao julgamento da questão da competência daqueles, parece claramente ser a mais adequada, mas difere da adoptada noutros ordenamentos jurídicos (que apenas acolhem o chamado "efeito positivo da regra da competência-competência), no quais, além de se impor ao tribunal estadual perante o qual se invoque a existência de uma convenção de arbitragem que conheça aprofundadamente da questão da validade, eficácia e executibilidade de tal convenção, também se permite que se proponha para esse efeito uma acção num tribunal estadual: é esse, nomeadamente o caso do direito alemão [ZPO, § 1032 (2), mas só até à constituição do tribunal arbitral], do direito suéco [SU de 1999, art. 2 (2), em que tal acção pode ser proposta em qualquer altura, embora não suspenda o processo arbitral] e do direito inglês (*Arbitration Act* de 1996, section 32, segundo a qual o tribunal da Coroa competente pode julgar e decidir sobre o mérito de tal questão, mas só se houver acordo das partes a esse respeito ou, na falta deste, se o tribunal arbitral nisso consentir; neste último caso, é ainda preciso que o tribunal da Coroa entenda que a sua decisão é susceptível de poupar custos substanciais, que o pedido seja feito sem demora e que haja uma boa razão para essa questão seja decidida por um tribunal da Coroa). A posição do direito suíço é mais difícil de identificar, visto que, no âmbito deste, embora o art. 179 (3) Lei Suíça de DIP disponha que o juiz perante o qual seja invocada uma convenção de arbitragem deve fazer apenas um "exame sumário" da sua existência (e, claro está, da sua validade), as opiniões na doutrina sobre a questão de os árbitros terem ou não uma prioridade sobre o tribunal estadual quanto ao julgamento da validade, eficácia e executibilidade da convenção de arbitragem

2. No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual²¹.

3. O processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido, quer tal decisão seja proferida na acção referida no n.º 1 do presente artigo, quer seja proferida ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, n.º 7, e 46.º, n.º 3, a), i) e iii).

4. As questões da nulidade, ineficácia e inexecuibilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em procedimento cautelar instaurado perante o mesmo tribunal, que tenha como finalidade impedir a constituição ou o funcionamento de um tribunal arbitral²².

ARTIGO 6.º

(Remissão para regulamentos de arbitragem)

Todas as referências feitas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem ou ao acordo entre as partes abrangem não apenas o que as partes aí regulem directamente, mas também o disposto em regulamentos de arbitragem para os quais as partes hajam remetido²³.

gem são algo contraditórias e a orientação da jurisprudência do Tribunal Federal não é clara sobre esta matéria. A solução adoptada no artigo 5.º, n.º 1, do Projecto de LAV (consagrando plenamente o chamado "efeito negativo da regra da competência-competência") está também em conformidade com o disposto no artigo VI (3) da Convenção de Genebra de 1961, sobre Arbitragem Comercial Internacional (que Portugal ainda não ratificou, mas de que numerosos Estados europeus são parte).

²¹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 8 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1032 (3); Lei Espanhola, art. 11 (2)

²² Este número visa dar plena expressão ao chamado "efeito negativo da regra da competência-competência" e, na sua parte final, vedar o recurso a eventuais "anti-arbitration injunctions" (ou dos seus equivalentes no direito português).

²³ Esta disposição destina-se a aligeirar o texto da Lei, evitando que o esclarecimento dela constante se faça a propósito de cada referência ao acordado pelas partes na convenção de arbitragem. Acolheram-se as críticas recebidas quanto à epígrafe dema-

ARTIGO 7.º

(Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual)

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal²⁴.

CAPÍTULO II

Dos Árbitros e do Tribunal Arbitral

ARTIGO 8.º

(Número de árbitros)

1. O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar²⁵.

2. Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, será este composto por três árbitros²⁶.

ARTIGO 9.º

(Requisitos dos árbitros)

1. Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes²⁷.

2. Ninguém pode ser preterido, na sua designação como árbitro, em razão da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 10.º e da liberdade de escolha das partes²⁸.

sião genérica do artigo no projecto de 2009 (conteúdo da convenção de arbitragem) centrando-se o título no que é essencial do regime nele estabelecido – a remissão para os regulamentos de arbitragem.

²⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 8; Lei Alemã (ZPO) § 1033; Lei Espanhola, art. 11.º, n.º 3.

²⁵ Fontes: Actual LAV, art. 6.º, n.º 1; Lei-Modelo da Uncitral, art. 10.

²⁶ Fontes: Actual LAV, art. 6.º, n.º 2; Lei-Modelo da Uncitral, art. 10.

²⁷ Fontes: actual LAV, art. 8.º, em consonância com todas as leis estrangeiras sobre arbitragem.

²⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (1); Lei Espanhola, art. 13.º.

3. Os árbitros devem ser independentes e imparciais²⁹.

4. Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo no casos em que os magistrados judiciais o possam ser³⁰.

5. A responsabilidade dos árbitros prevista no número anterior só tem lugar perante as partes³¹.

ARTIGO 10.º

(Designação dos árbitros)

1. As partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituirão o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes serão escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro³².

2. Caso o tribunal arbitral deva ser constituído por um único árbitro e não haja acordo entre as partes quanto a essa designação, tal árbitro será escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual³³.

3. No caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros

²⁹ Fontes: Lei Sueca, art. 8; Lei Espanhola, art. 17.º, n.º 1.

³⁰ Fonte: CPC Italiano, art. 813-ter (II) e art. 4.º, n.º 3, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais. Esta é uma norma que, apesar de ser omitida pela maioria das leis estrangeiras sobre arbitragem, corresponde a um entendimento pacificamente aceite e que, por ser inerente à função jurisdicional exercida pelos árbitros, dispensa justificação adicional. Outros casos de responsabilidade dos árbitros por violação dos seus deveres (que não pelo conteúdo das suas decisões) estão previstos nos artigos 12, n.º 3, e 43.º, n.º 4, deste projecto de nova LAV.

³¹ Ao contrário do que sucede com os juizes dos tribunais estaduais, que podem ser demandados pelo Estado, por força de indemnizações exigidas pelas partes ao Estado e do subsequente direito de regresso do Estado, os árbitros apenas podem ser demandados directamente pelas partes, pois estas não gozam do direito a obter indemnização do Estado por força da conduta dos árbitros.

³² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (3), b); actual LAV, artigos 7.º, n.º 2, e 11.º, n.ºs 3 e 6.

³³ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (3), a); Lei Espanhola, art. 15.º, n.º 2, a); actual LAV, artigos 6.º, n.º 2, 7.º, n.º 2, 11.º, n.ºs 3 e 6, e 12.º, n.º 1.

assim designados devem escolher um outro árbitro, que actuará como presidente do tribunal arbitral³⁴.

4. Salvo havendo acordo em sentido diferente, se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta será feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente³⁵.

5. Salvo havendo acordo em sentido diferente, aplicar-se-á o disposto no número anterior se as partes tiverem cometido a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro e este não a tiver efectuado no prazo de 30 dias a contar da solicitação que lhe tenha sido dirigida nesse sentido³⁶.

6. Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente terá em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de arbitragem internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal terá também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes³⁷.

7. Não cabe recurso das decisões proferidas pelo tribunal estadual competente ao abrigo dos números anteriores do presente artigo³⁸.

³⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1035 (3); Lei Espanhola, art. 15.º, n.º 2, b); actual LAV, art. 7.º, n.º 2.

³⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, artigos 11 (3), a) e (4); Lei Alemã (ZPO) § 1035 (4); Lei Espanhola, art. 15.º, 2, b); actual LAV, artigos 11.º, n.º 6, e 12.º, n.ºs 1 e 2 (parcialmente).

³⁶ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (4); Lei Alemã (ZPO) § 1035 (4); actual LAV, art. 12.º, 1 e 2 (parcialmente).

³⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (5); Lei Alemã (ZPO) § 1035 (5).

³⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 11 (5); actual LAV, art. 12.º, n.º 5; Lei Espanhola, art. 15(6) 2.ª parte.

ARTIGO 11.º

(Pluralidade de demandantes ou de demandados)

1. Em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, e devendo o tribunal arbitral ser composto por três árbitros, os primeiros designarão conjuntamente um árbitro e os segundos designarão conjuntamente outro.

2. Se os demandantes ou os demandados não chegarem a acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, caberá ao tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, fazer a designação do árbitro em falta.

3. No caso previsto no número anterior, pode o tribunal estadual, se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa, nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem será o presidente, ficando nesse caso sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efectuado³⁹.

4. O disposto no presente artigo entender-se-á sem prejuízo do que haja sido estipulado na convenção de arbitragem para o caso de arbitragem com pluralidade de partes⁴⁰.

ARTIGO 12.º

(Aceitação do encargo)

1. Ninguém pode ser obrigado a actuar como árbitro; mas se o encargo tiver sido aceite, só será legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal função ou na não conclusão do acordo a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º⁴¹.

³⁹ Fontes: Regulamento de Arbitragem da CCI (art. 10.º, n.º 2), Regulamento Unificado das Câmaras de Comércio Suíças (art. 8.º, n.º 5) e Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL (art. 8.º, n.º 3).

⁴⁰ Esta norma destina-se a permitir que as partes possam convencionar solução diferente da consagrada na Lei, nomeadamente mediante remissão para regulamentos de instituições de arbitragem que estabelecem soluções parcialmente diferentes da consagrada neste artigo, como é o caso da AAA, da LCIA, da WIPO e do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo.

⁴¹ Fontes: Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem do CCIP; Lei Inglesa, Section 25 (3), a qual estabelece que o árbitro que pretenda escusar-se da

2. A menos que as partes tenham acordado de outro modo, cada árbitro designado deve, no prazo de 15 dias a contar da comunicação da sua designação, declarar por escrito a aceitação do encargo a quem o designou; se em tal prazo não declarar a sua aceitação nem por outra forma revelar a intenção de agir como árbitro, entender-se-á que não aceita a designação⁴².

3. O árbitro que, tendo aceitado o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa⁴³.

ARTIGO 13.º

(Fundamentos de recusa)

1. Quem for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência⁴⁴.

2. O árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no

função que aceitou, deve pedir ao tribunal estadual que reconheça a legitimidade da sua escusa e o exonere da responsabilidade que possa dela resultar. Acrescentou-se como causa justificativa superveniente da escusa, a impossibilidade de conclusão de acordo quanto a honorários, acordou esse que apenas se pode estabelecer quando estiverem escolhidos todos os árbitros, dado que é ilícita a estipulação de honorários entre a parte e o árbitro por ela nomeado.

⁴² Fontes: Lei Espanhola, art. 16.º; Lei Peruana, art. 27. Solução diferente é consagrada pelo Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP, visto que, segundo o seu art. 9.º, se a pessoa designada revelar a sua intenção de agir como árbitro ou não comunicar a aceitação no prazo de 10 dias, considera-se que aceita a nomeação. Parece, contudo, preferível consagrar o ónus de aceitação pelo árbitro, quer mediante declaração expressa quer através de comportamento conclusivo adoptado no prazo fixado; o simples silêncio durante o prazo marcado não deve ser suficiente, atendendo à enorme responsabilidade resultante da aceitação deste encargo.

⁴³ Fontes: CPC Italiano, art. 813-ter, (I), 1; Lei Espanhola, art. 21, n.º 1 (indirectamente); Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP, art. 9.º, n.º 4. É neste sentido o entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência estrangeiras e também dos autores portugueses que abordam o tema.

⁴⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 12 (1); Lei Alemã (ZPO), §1036 (1); Lei Espanhola, art. 17.º, n.º 2; Lei Sueca, art. 9.

número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo⁴⁵.

3. Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação⁴⁶.

ARTIGO 14.º

(Processo de recusa)

1. Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do presente artigo, as partes podem livremente acordar sobre o processo de recusa de árbitro⁴⁷.

2. Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no art. 13.º. Se o árbitro recusado não renunciar à função que lhe foi confiada e a parte que o designou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decidirá sobre a recusa⁴⁸.

3. Se a destituição do árbitro recusado não puder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto no n.º 2 do presente artigo, a parte que recusa o árbitro pode, no prazo de 15 dias após lhe ter sido comunicada a decisão que rejeita a recusa,

⁴⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 12 (1); Lei Alemã (ZPO), §1036 (1); Lei Espanhola, art. 17.º, n.º 2; Lei Sueca, art. 9.

⁴⁶ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 12 (2); Lei Alemã (ZPO) § 1036 (2); Lei Espanhola, art. 17.º, n.º 3.

⁴⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 13 (1); Lei Alemã (ZPO) § 1037 (1); Lei Espanhola, art. 18.º, n.º 1.

⁴⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 14 (1); Lei Alemã (ZPO) § 1038 (1); Lei espanhola, art. 19, n.º 1. A solução adoptada neste artigo é a consagrada na maioria das leis. O Regulamento de Arbitragem do CIRDI (Rule 9 (4)) é, tanto quanto se conhece, o único que impõe a exclusão do árbitro visado, desta deliberação a tomar pelo tribunal arbitral.

pedir ao tribunal estadual competente que tome uma decisão sobre a recusa, sendo aquela insusceptível de recurso. Na pendência desse pedido, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença⁴⁹.

ARTIGO 15.º

(Incapacitação ou inacção de um árbitro)

1. Cessam as funções do árbitro que fique incapacitado, de direito ou de facto, para exercê-las, se o mesmo a elas renunciar ou as partes de comum acordo lhes puserem termo com esse fundamento.

2. Se um árbitro por qualquer outra razão, não se desincumbir, em tempo razoável, das funções que lhe foram cometidas, as partes poderão, de comum acordo, fazê-las cessar, sem prejuízo da eventual responsabilidade do árbitro em causa.

3. No caso de as partes não chegarem a acordo quanto ao afastamento do árbitro afectado por uma das situações referidas nos números anteriores do presente artigo, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente que, com fundamento na situação em causa, o destitua, sendo esta decisão insusceptível de recurso⁵⁰.

4. Se, nos termos dos números anteriores do presente artigo ou do n.º 2 do artigo 14.º, um árbitro renunciar à sua função ou as partes aceitem que cesse a função de um árbitro que alegadamente se encontre numa das situações aí previstas, tal não implica o reconhecimento da procedência dos motivos de destituição mencionados nas disposições acima referidas⁵¹.

⁴⁹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 13 (1); Lei Alemã (ZPO) § 1037 (3). A Lei Espanhola, no seu art. 18, n.º 3, consagra solução diferente (ao abrigo dela, só se pode impugnar aquela decisão do tribunal arbitral juntamente com a impugnação da sentença arbitral final).

⁵⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 14(1); Lei Alemã (ZPO) § 1038(1); Lei Espanhola, art. 19.º, n.º 1.

⁵¹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 14(2); Lei Alemã (ZPO) § 1038(2); Lei Espanhola, art. 19.º, n.º 2.

ARTIGO 16.º

(Nomeação de um árbitro substituto)

1. Em todos os casos em que, por qualquer razão, cessem as funções de um árbitro, será nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à designação do árbitro substituído, sem prejuízo de as partes poderem acordar em que a substituição do árbitro se faça de outro modo ou prescindirem da sua substituição⁵².

2. O tribunal arbitral decidirá, tendo em conta o estado do processo, se algum acto processual deve ser repetido face à nova composição do tribunal⁵³.

ARTIGO 17.º

(Honorários e despesas dos árbitros)

1. Se as partes não tiverem regulado tal matéria na convenção de arbitragem, os honorários dos árbitros, o modo de reembolso das suas despesas e a forma de pagamento pelas partes de preparos por conta desses honorários e despesas, devem ser objecto de acordo escrito entre as partes e os árbitros, concluído antes da aceitação do último dos árbitros a ser designado⁵⁴.

⁵² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 15.º; Lei Alemã (ZPO) § 1039; Lei Espanhola, art. 20.º. Diferentemente do que acontecia na versão anterior desta disposição, permite-se que as partes, de comum acordo e atendendo nomeadamente ao muito adiantado estado do processo arbitral, prescindam da substituição de um árbitro que, por qualquer razão, deixe de fazer parte do tribunal, possibilitando-se então que a sentença seja proferida por um tribunal que ficou incompleto (*truncated tribunal*).

⁵³ Parece que esta importantíssima decisão deve se deixada à livre apreciação e decisão do tribunal arbitral, após ouvir as partes sobre o assunto. Esta solução – que é a consagrada na lei Inglesa, Section 27 (4) – é qualificada como “the optimal solution” por J. F. Poudret et S. Besson no seu conhecido tratado *Comparative Law of International Arbitration* – London 2007, p. 365.

⁵⁴ Fontes: Lei Sueca, art. 39 (1) e (2); LAV, art. 5.º (de forma deficiente); é neste sentido o entendimento absolutamente pacífico na doutrina e jurisprudência estrangeiras. A doutrina portuguesa não trata desta questão, mas a prática largamente seguida no nosso país é conforme ao previsto na disposição proposta no texto. O texto da proposta de 2009 foi ligeiramente alterado, de modo a tornar claro qual o momento em que deve ser concluído o acordo neste domínio entre os árbitros e as partes.

2. Caso a matéria não haja sido regulada na convenção de arbitragem, nem sobre ela haja sido concluído um acordo entre as partes e os árbitros, cabe aos árbitros, tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a despendido com o processo arbitral até à conclusão deste, fixar o montante dos seus honorários e despesas, bem como determinar o pagamento pelas partes de preparos por conta daqueles, mediante uma ou várias decisões separadas das que se pronunciem sobre questões processuais ou sobre o fundo da causa⁵⁵.

3. No caso previsto no número anterior do presente artigo, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente a redução dos montantes dos honorários ou das despesas e respectivos preparos fixados pelos árbitros, podendo esse tribunal, depois de ouvir sobre a matéria os membros do tribunal arbitral, fixar os montantes que considere adequados⁵⁶.

4. No caso de falta de pagamento de preparos para honorários e despesas que hajam sido previamente acordados ou fixados pelo tribunal arbitral ou estadual, os árbitros poderão suspender ou dar por concluído o processo arbitral, após ter decorrido um prazo adicional razoável que concedam para o efeito à parte ou partes faltosas, sem prejuízo do disposto no número seguinte do presente artigo⁵⁷.

5. Se, dentro do prazo fixado de acordo com o número anterior, alguma das partes não tiver pago o seu preparo, os árbitros, antes de decidirem suspender ou pôr termo ao processo arbitral, comunicá-lo-ão às demais partes, para que estas possam, se o desejarem, suprir a falta de pagamento daquele preparo no prazo que lhes for fixado para o efeito⁵⁸.

⁵⁵ Fontes: Lei Alemã (ZPO) § 1057 (2); Lei Inglesa, Section 28 (2); CPC Italiano, art. 814.º, n.º 1; Lei Espanhola, art. 21.º, (2); Lei Sueca, art. 37 (II). É conforme o entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência estrangeiras. O texto da proposta de 2009 foi ligeiramente alterado de modo a esclarecer que a ordem dirigida às partes para que façam preparos por conta dos honorários e demais encargos fixados no início do processo arbitral e pode ocorrer (e é natural que que ocorra) em momentos diversos do processo arbitral.

⁵⁶ Fontes: Lei Alemã (ZPO) § 1057 (2); Lei Inglesa, Section 28 (2); CPC Italiano, art. 814 (II); Lei Espanhola, art. 21.º, (2)

⁵⁷ Fonte: Lei Espanhola, art. 21.º, n.º 2.

⁵⁸ Fonte: Lei Espanhola, art. 21.º, n.º 2. Esta é também a solução adoptada pela generalidade dos regulamentos de instituições estrangeiras ou internacionais que administram arbitragens.

CAPÍTULO III

Da Competência do Tribunal Arbitral

ARTIGO 18.^o

(Competência do Tribunal Arbitral para se pronunciar sobre a sua competência)

1. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção⁵⁹.

2. Para os efeitos do disposto no número anterior, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato será considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo⁶⁰.

3. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.

4. A incompetência do tribunal arbitral para conhecer da totalidade ou de parte do litígio que lhe foi submetido só pode ser arguida até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta⁶¹.

5. O facto de uma parte ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir a incompetência do tribunal arbitral para conhecer do litígio que lhe haja sido submetido⁶².

6. A arguição de que, no decurso do processo arbitral, o tribunal arbitral excedeu ou poderá exceder a sua competência deve ser deduzida

⁵⁹ Fontes: actual LAV, art. 21.^o, n.º 2 (1.^a parte); Lei Espanhola, art. 22, n.º 1, *in fine*; Lei Suíça de DIP, art. 178.^o, n.º 3; CPC Italiano, art. 808.^o, n.º 2; Lei Inglesa, Section 7.

⁶⁰ Fontes: actual LAV, art. 21.^o, n.º 2 (1.^a parte); Lei Espanhola, art. 22, n.º 1, *in fine*; Lei Suíça de DIP, art. 178.^o, n.º 3; CPC Italiano, art. 808.^o, n.º 2; Lei Inglesa, Section 7.

⁶¹ Fontes: actual LAV, art. 21.^o, n.º 3; Lei-Modelo da Uncitral, art. 16.^o, n.º 2; Lei Alemã (ZPO), § 1040 (2); Lei Sueca, art. 4 (2); Lei Espanhola, art. 22 (2); CPC Italiano, art. 817 (3); Lei Inglesa, Section 31(1).

⁶² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1040 (2); Lei Sueca, art. 4 (2); Lei Espanhola, art. 22 (2); Lei Inglesa, Section 31 (1).

imediatamente após se suscitar a questão que alegadamente exceda essa competência⁶³.

7. O tribunal arbitral pode, nos casos previstos nos números 4 e 6 do presente artigo, admitir as excepções que, com os fundamentos neles referidos, sejam arguidas após os limites temporais aí estabelecidos, se considerar justificado o não cumprimento destes⁶⁴.

8. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua competência quer mediante uma decisão interlocutória quer na sentença sobre o fundo da causa⁶⁵.

9. A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de trinta dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas perante o tribunal estadual competente, ao abrigo do artigos 46.^o, n.º 3, a), i) e iii), e 59.^o, n.º 1, f).⁶⁶

⁶³ Fontes: actual LAV, art. 21.^o, n.º 3; Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1040 (2); Lei Sueca, art. 4 (2); Lei Espanhola, art. 22 (2); Lei Inglesa, Section 31 (2). Neste número prevêem-se os casos em que a violação dos limites da convenção de arbitragem ocorra num fase processual posterior à prevista no n.º 4 deste artigo. É o que acontecerá se o tribunal vier a admitir um "new claim" (no sentido que este conceito tem no art. 19 Regulamento da ICC) ou uma "ampliação do seu pedido" conforme previsto no artigo 23 (2) da Lei-Modelo da Uncitral ou no n.º 3 do artigo 33.^o do presente Projecto de LAV, ou ainda se um dos demandado deduzir um "cross-claim" e esses pedidos, deduzidos em fase avançada do processo, excederem os limites da convenção de arbitragem.

⁶⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1040 (2); Lei Sueca, art. 4.^o (2); Lei Belga (CJB), art. 1696 (1); Lei Inglesa, Section 31 (1), (2) e (3); Em França, a doutrina e a jurisprudência adoptam pacificamente estas soluções.

⁶⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1040 (3); Lei Sueca, art. 2.^o (1); Lei Inglesa, Section 31 (4) e jurisprudência absolutamente pacífica em França.

⁶⁶ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1040 (3); Lei Sueca, art. 2.^o (1); Lei Inglesa, section 32 (1) e jurisprudência absolutamente pacífica em França. A solução consagrada no art. 21.^o, n.º 4 da actual LAV (que é também adoptada pela Lei Espanhola) é claramente minoritária no plano do direito comparado e é inconveniente, porque obriga as partes a esperarem que o processo arbitral chegue ao fim e nele seja proferida sentença final sobre o fundo, para só então poderem impugnar a decisão interlocutória mediante a qual tribunal arbitral decidiu ter competência para julgar sobre o mérito da causa; a solução acolhida na lei portuguesa implica, pois, o desperdício de tempo e dinheiro. Ao invés, a solução proposta no art. 18.^o

10. Enquanto a impugnação referida no número anterior do presente artigo estiver pendente no tribunal estadual competente, o tribunal arbitral pode prosseguir o

processo arbitral e proferir sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º, n.º 3⁶⁷.

ARTIGO 19.º

(Extensão da intervenção dos tribunais estaduais)

Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê⁶⁸.

CAPÍTULO IV

Das Providências Cautelares e Ordens Preliminares

SECÇÃO I

Providências cautelares

ARTIGO 20.º

(Providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral)

1. Salvo havendo acordo em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objecto do litígio⁶⁹.

n.º 9 deste Projecto de nova LAV (i) não impede que ao processo arbitral prossiga (não dando assim cobertura a actuações dilatórias das partes), (ii) responsabiliza mais os árbitros, induzindo-os a analisarem muito cuidadosamente a questão da sua competência, dado que a sua decisão sobre tal questão pode ser imediatamente impugnada, e (iii) pode evitar o desperdício de tempo e dinheiro.

⁶⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 16 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1040 (3); Lei Sueca, art. 2.º (1); Lei Inglesa, Section 32 (4) e jurisprudência absolutamente pacífica em França.

⁶⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 5; Lei Alemã (ZPO), § 1026; Lei Espanhola, art. 7.º.

⁶⁹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 17.º (versão de 1985); Lei Alemã (ZPO) §1040 (1); Lei Sueca, art. 25 (4); Lei Suíça de DIP, art. 183 (1); Lei Belga (CJB), art.

2. Para os efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que:

- a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;
- b) Pratique actos que previnam ou se abstenha de praticar actos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral;
- c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;
- d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio⁷⁰.

ARTIGO 21.º

(Requisitos para o decretamento de providências cautelares)

1. Uma providência cautelar requerida ao abrigo do artigo 20.º, n.º 2, a), b) e c), é decretada pelo tribunal arbitral, desde que:

- a) Haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e

1696 (1); Lei Inglesa, Section 38 (3), (4) e (6); também, em França, a doutrina e a jurisprudência absolutamente pacíficas admitem que ao tribunal arbitral decreta tais providências cautelares, não obstante não ter o poder de as impor coercivamente. É de notar que as providências cautelares, atenta a sua durabilidade e susceptibilidade de execução coerciva, só devem poder ser decretadas após audição da parte contrária. Apenas se pode dispensar a audição da parte contrária na emissão das "ordens preliminares" (figura regulada mais à frente) que são caracterizadas pela sua curta duração e insusceptibilidade de imposição coerciva, constituindo medidas transitórias e precárias que visam manter o *status quo* ou o agravamento de danos irreparáveis, enquanto o tribunal arbitral não estiver em condições de decretar uma "providência cautelar" que, essa sim, poderá ser objecto de imposição coerciva. Foi inequivocamente com este espírito que o regime das "ordens preliminares" e das "providências cautelares" foi aprovado em 2006 pela Uncitral.

⁷⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º, n.º 2; Lei Inglesa, Section 38 (3), (4) e (6); no mesmo sentido são a doutrina e a jurisprudência absolutamente pacíficas, em França.

b) O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar⁷¹.

2. O juízo do tribunal arbitral relativo à probabilidade referida na alínea a) do n.º 1 do presente artigo, não afecta a liberdade de decisão do tribunal arbitral quando, posteriormente, tiver de se pronunciar sobre qualquer matéria⁷².

3. Relativamente ao pedido de uma providência cautelar feito ao abrigo do artigo 20.º, n.º 2, d), os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do presente artigo aplicar-se-ão apenas na medida que o tribunal arbitral considerar adequada⁷³.

SECÇÃO II Ordens preliminares

ARTIGO 22.º

(Requerimento de ordens preliminares; requisitos)

1. Salvo havendo acordo em sentido diferente, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.

2. O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.

3. Os requisitos estabelecidos no artigo 21.º são aplicáveis a qualquer ordem preliminar, considerando-se que o dano a equacionar ao abrigo do artigo 21.º, n.º 1, b) é, neste caso, o que pode resultar de a ordem preliminar ser ou não emitida⁷⁴.

⁷¹ Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-A (1) (com redacção reformulada para a aproximação da redacção do art. 387, nos 1 e 2, do C.P.C. Português).

⁷² Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-A (1), b).

⁷³ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-A (2).

⁷⁴ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-B.

ARTIGO 23.º

(Regime específico das ordens preliminares)

1. Imediatamente depois de o tribunal arbitral se ter pronunciado sobre um requerimento de ordem preliminar, deve informar todas as partes sobre o pedido de providência cautelar, o requerimento de ordem preliminar, a ordem preliminar, se esta tiver sido emitida, e todas as outras comunicações, incluindo comunicações orais, havidas entre qualquer parte e o tribunal arbitral a tal respeito.

2. Simultaneamente, o tribunal arbitral deve dar oportunidade à parte contra a qual a ordem preliminar haja sido decretada para apresentar a sua posição sobre aquela, no mais curto prazo que for praticável e que o tribunal fixará.

3. O tribunal arbitral deve decidir prontamente sobre qualquer objecção deduzida contra a ordem preliminar.

4. A ordem preliminar caduca 20 dias após a data em que tenha sido emitida pelo tribunal arbitral. O tribunal pode, contudo, após a parte contra a qual se dirija a ordem preliminar ter sido dela notificada e ter tido oportunidade para sobre ela apresentar a sua posição, decretar uma providência cautelar, adoptando ou modificando o conteúdo da ordem preliminar.

5. A ordem preliminar será obrigatória para as partes, mas não será passível de execução coerciva por um tribunal estadual⁷⁵.

SECÇÃO III

Regras comuns às providências cautelares e às ordens preliminares

ARTIGO 24.º

(Modificação, suspensão e revogação; prestação de caução)

1. O tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou uma ordem preliminar que haja sido decretada

⁷⁵ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-C.

ou emitida, a pedido de qualquer das partes ou, em circunstâncias excepcionais e após ouvi-las, por iniciativa do próprio tribunal⁷⁶.

2. O tribunal arbitral pode exigir à parte que solicita o decretamento de uma providência cautelar a prestação de caução adequada⁷⁷.

3. O tribunal arbitral deve exigir à parte que requeira a emissão de uma ordem preliminar a prestação de caução adequada, a menos que considere inadequado ou desnecessário fazê-lo⁷⁸.

ARTIGO 25.º

(Dever de revelação)

1. As partes devem revelar prontamente qualquer alteração significativa das circunstâncias com fundamento nas quais a providência cautelar foi solicitada ou decretada⁷⁹.

2. A parte que requeira uma ordem preliminar deve revelar ao tribunal arbitral todas as circunstâncias que possam ser relevantes para a decisão sobre a sua emissão ou manutenção e tal dever continuará em vigor até que a parte contra a qual haja sido dirigida tenha tido oportunidade de apresentar a sua posição, após o que se aplicará o disposto no n.º 1 do presente artigo⁸⁰.

ARTIGO 26.º

(Responsabilidade do requerente)

A parte que solicite o decretamento de uma providência cautelar ou requeira a emissão de uma ordem preliminar é responsável por quaisquer custos ou prejuízos causados à outra parte por tal providência ou ordem, caso o tribunal arbitral venha mais tarde a decidir que, nas circunstâncias anteriormente existentes, a providência ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou ordenada. O tribunal arbitral pode, neste último

⁷⁶ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-D.

⁷⁷ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-E (1).

⁷⁸ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-E (2).

⁷⁹ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-F (1) (reformulado).

⁸⁰ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-F, n.º 2.

caso, condenar a parte requerente no pagamento da correspondente indemnização em qualquer estado do processo⁸¹.

SECÇÃO IV

Reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares

ARTIGO 27.º

(Reconhecimento ou execução coerciva)

1. 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 estadual competente⁸², independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no art. 28.⁸³

2. A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado⁸⁴.

3. O tribunal estadual ao qual for pedido o reconhecimento ou a execução coerciva da providência pode, se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria ou se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros⁸⁵.

⁸¹ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), art. 17.º-G (reformulado). Acrescentou-se o último período, que não constava do projecto de 2009, de modo a clarificar a competência do tribunal arbitral neste domínio (apesar de ela já estar implicitamente consagrada na anterior redacção deste preceito).

⁸² O tribunal estadual aqui mencionado só pode ser português, dado que o legislador português não pode obviamente legislar sobre a competência de tribunais estaduais estrangeiros.

⁸³ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-H, n.º 1.

⁸⁴ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-H, n.º 2.

⁸⁵ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-H, n.º 3.

ARTIGO 28.º

(Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução coerciva)

1. O reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar só podem ser recusados por um tribunal estadual:

a) A pedido da parte contra a qual a providência seja invocada, se este tribunal considerar que:

- i) Tal recusa é justificada com fundamento nos motivos previstos no artigo 57.º, n.º 1, a), (i), (ii), (iii) ou (iv); ou
- ii) A decisão do tribunal arbitral respeitante à prestação de caução relacionada com a providência cautelar decretada não foi cumprida; ou
- iii) A providência cautelar foi revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral ou, se para isso for competente, por um tribunal estadual do país estrangeiro em que arbitragem tem lugar ou ao abrigo de cuja lei a providência tiver sido decretada; ou

b) Se o tribunal estadual considerar que:

- i) A providência cautelar é incompatível com os poderes conferidos ao tribunal estadual pela lei que o rege, salvo se este decidir reformular a providência cautelar na medida necessária para a adaptar à sua própria competência e regime processual, em ordem a fazer executar coercivamente a providência cautelar, sem alterar a sua essência; ou
- ii) Alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento previstos no artigo 57.º, n.º 1, b), (i) ou (ii) se verificam relativamente ao reconhecimento ou à execução coerciva da providência cautelar⁸⁶.

2. Qualquer decisão tomada pelo tribunal estadual ao abrigo do n.º 1 do presente artigo tem eficácia restrita ao pedido de reconhecimento ou de execução coerciva de providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral. O tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a

⁸⁶ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-I, n.º 1.

execução de providência cautelar, ao pronunciarse sobre esse pedido, não deve fazer uma revisão do mérito da providência cautelar⁸⁷.

ARTIGO 29.º

(Providências cautelares decretadas por um tribunal estadual)

1. Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, no mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.

2. Os tribunais estaduais devem exercer esse poder de acordo com o regime processual que lhes é aplicável, tendo em consideração, se for o caso, as características específicas da arbitragem internacional⁸⁸.

CAPÍTULO V

Da Conduta do Processo Arbitral

ARTIGO 30.º

(Princípios e regras do processo arbitral)

1. O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

- a) O demandado será citado para se defender;
- b) As partes serão tratadas com igualdade⁸⁹ e deverá ser-lhes dada uma oportunidade razoável⁹⁰ de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;

⁸⁷ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-I, n.º 2.

⁸⁸ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral (versão de 2006), artigo 17.º-J.

⁸⁹ Parece claramente preferível consagrar como princípio fundamental da arbitragem, o de as partes serem "tratadas com igualdade" (como fazem, nomeadamente, a Lei-Modelo da Uncitral, art. 18, a Lei Alemã (ZPO), §1042 (1) e a Lei Espanhola, art. 24.º, n.º 1), em vez de se dizer que devem ser "tratadas com absoluta igualdade" (como faz a actual LAV). Com efeito, como evidenciou Jan Paulsson, num brilhante artigo escrito em 2006 ("The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel

c) Em todas as fases do processo será garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as excepções previstas na presente lei⁹¹.

2. As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei⁹².

3. Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas⁹³, devendo, se for esse o caso, explicitar que

Method" – *Arbitration International* – Vol. 22, N.º 1, pp. 19-26), "...equality may be an elusive concept... If A needs to demonstrate the truth of only single proposition in order to prevail, while B will lose unless it demonstrates the truth of ten more intricate propositions, it can hardly be said that mathematically equal time results in substantially equal opportunity to present one's case". Por conseguinte, o próprio princípio do "processo equitativo" – consagrado no art. 20.º, n.º 3, da Constituição (e originária do art. 6.º da C.E.D.H.), norma que é indubitavelmente aplicável à arbitragem – poderá impor uma aplicação flexível (i.e., não absoluta ou rígida) do princípio da "igualdade de tratamento das partes".

⁹⁰ Em vez de se preceituar, como fazem o art. 18 da Lei Modelo da Uncitral e o § 1042 (1) do ZPO alemão, que o tribunal arbitral deve dar às partes "a full opportunity of presenting his case", parece preferível estabelecer que lhes deve ser dada "a reasonable opportunity to present its case", como fazem o English Arbitration Act (section 33(1)a); o Scottish Arbitration Act, section 33, (1)a) e os Regulamentos da ICC e do LCIA; e o Regulamento da AAA, por seu turno, manda que lhes seja dada "a fair opportunity to present its case", ao passo que a Lei Espanhola preceitua que seja dada a cada uma das partes "suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos".

⁹¹ Fontes: actual LAV, art. 16.º (reformulado); Lei-Modelo da Uncitral, art. 18 (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1042 (1) reformulado; Lei Espanhola, art. 24.º, n.º 1 (reformulado); Lei Inglesa, Section 33 (1) a) (reformulada); Lei Sueca, arts 21 e 24 (1) e (2) (reformulado).

⁹² Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 1; Lei-Modelo da Uncitral, arts. 19(1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1042 (2) (reformulado); Lei Espanhola, art. 25, n.º 1 (reformulado); Lei Sueca, art. 21 (reformulado).

⁹³ Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 3; Lei-Modelo da Uncitral, art. 19 (1); Lei Alemã (ZPO), § 1042 (4); Lei Espanhola, art. 25, n.º 2; lei Sueca, art. 21 (reformulado).

considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente⁹⁴.

4. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir⁹⁵.

5. Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral⁹⁶, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei⁹⁷.

6. O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser⁹⁸.

ARTIGO 31.º

(Lugar da arbitragem)

1. As partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem. Na falta de acordo das partes, este lugar será fixado pelo tribunal arbitral.

⁹⁴ A mudança do local do inciso "se for esse o caso" (que já constava da anterior versão desta disposição) destina-se a afastar, com maior clareza do que a proporcionada pela anterior redacção deste preceito, o erróneo entendimento que se encontra ainda muito difundido na prática da arbitragem no nosso país, segundo o qual as normas de direito processuais civis são subsidiariamente aplicáveis ao processo arbitral. A partir de agora só ser será assim, quando o tribunal assim o determinar, de forma explícita.

⁹⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 19 (1); Lei Alemã (ZPO), § 1042(4); Lei Espanhola, art. 25, n.º 2.

⁹⁶ Fonte: Lei Espanhola, art. 24 (2).

⁹⁷ A segunda parte desta disposição (não inspirada por nenhuma estrangeira) parece impor-se por si, dispensando justificação específica.

⁹⁸ Esta excepção (limitada pela não oposição das partes) visa permitir a publicação das sentenças arbitrais, a fim de que possam ser analisadas e comentadas pelos estudiosos, fomentando-se assim a formação e consolidação de uma "jurisprudência arbitral", tanto quanto possível coerente.

tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes⁹⁹.

2. Não obstante o disposto no n.º 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória¹⁰⁰ ou tomar quaisquer deliberações¹⁰¹.

ARTIGO 32.º

(Língua do processo)

1. As partes podem, por acordo, escolher livremente a língua ou línguas a utilizar no processo arbitral. Na falta desse acordo, o tribunal arbitral determinará a língua ou línguas a utilizar no processo¹⁰².

2. O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer documento seja acompanhado de uma tradução na língua ou línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral¹⁰³.

ARTIGO 33.º

(Início do processo; petição e contestação)

1. Salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo demandado¹⁰⁴.

⁹⁹ Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 3 (reformulado); Lei-Modelo da Uncitral, art. 20(1); Lei Alemã (ZPO), §1043 (1); Lei Espanhola, art. 26, n.º 1; Lei Sueca, art. 22, n.º 1.

¹⁰⁰ Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 3 (consideravelmente reformulado); Lei-Modelo da Uncitral, art. 20(2); Lei Alemã (ZPO), §1043(2); Lei Espanhola, art. 26, n.º 2; Lei Sueca, art. 22, n.º 2 (reformulado).

¹⁰¹ Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 3 (consideravelmente reformulado); Lei-Modelo da Uncitral, art. 20(2); Lei Alemã (ZPO), §1043(2); Lei Espanhola, art. 26, n.º 2; Lei Sueca, art. 22, n.º 2 (reformulado).

¹⁰² Fontes: actual LAV, art. 15.º, n.º 3 (reformulado); Lei-Modelo da Uncitral, art. 20(1); Lei Alemã (ZPO), §1043 (1); Lei Espanhola, art. 26, n.º 1; Lei Sueca, art. 22, n.º 1.

¹⁰³ Fonte: Lei Espanhola, art. 26, n.º 2, *in fine*.

¹⁰⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 21; Lei Alemã (ZPO), § 1044; Lei Espanhola, art. 27.

2. Nos prazos convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal arbitral, o demandante apresentará a sua petição, em que enunciará o seu pedido e os factos em que este se baseia, e o demandado apresentará a sua contestação, em que explanará a sua defesa relativamente àqueles, salvo se tiver sido outra a convenção das partes quanto aos elementos a figurar naquelas peças escritas. As partes podem fazer acompanhar as referidas peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes e mencionar nelas documentos ou outros meios de prova que virão a apresentar¹⁰⁵.

3. Salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante¹⁰⁶.

4. O demandado poderá deduzir reconvenção, desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem¹⁰⁷.

ARTIGO 34.º

(Audiências e processo escrito)

1. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal decidirá se serão realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo

¹⁰⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 23(1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1046(1); Lei Espanhola, art. 29, n.º 1 (reformulado).

¹⁰⁶ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 23 (2) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1046(1); Lei Espanhola, art. 29, n.º 1 (reformulado).

¹⁰⁷ Fonte: Lei Alemã (ZPO), §1046 (3) (reformulado); art. 5 (6) do Regulamento de Arbitragem da ICC (reformulado); art. 15.5 do Regulamento do LCIA (reformulado). Segundo a formulação adoptada nesta disposição, não será admissível, por via de reconvenção em processo arbitral, obter compensação quando o crédito do devedor compensante derive de relação jurídica não abrangida pela convenção de arbitragem. A questão é bastante complexa, mesmo *de jure constituendo*, mostrando-se a maioria da doutrina estrangeira contrária, nesse caso, à admissão da compensação no processo arbitral (no entanto, a Lei Sueca, art. 29 (1) e o Regulamento Unificado das Câmaras de Comércio Suíças, art. 21 (5) admitem-na, mesmo no referido caso). Pode ver-se a discussão aprofundada desta questão no tratado de J. F. Poudret et S. Besson - *Comparative Law of International Arbitration* London - 2007, pp. 273-280.

será apenas conduzido com base em documentos e outros elementos de prova. O tribunal deverá, porém, realizar uma ou mais audiências para a produção de prova sempre que uma das partes o requeira, a menos que as partes hajam previamente prescindido delas¹⁰⁸.

2. As partes devem ser notificadas, com antecedência suficiente, de quaisquer audiências e de outras reuniões convocadas pelo tribunal arbitral para fins de produção de prova¹⁰⁹.

3. Todas as peças escritas, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à outra parte. Deve igualmente ser comunicado às partes qualquer relatório pericial ou elemento de prova documental que possa servir de base à decisão do tribunal¹¹⁰.

ARTIGO 35.º

(Omissões e faltas de qualquer das partes)

1. Se o demandante não apresentar a sua petição em conformidade com n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral porá termo ao processo arbitral.

2. Se o demandado não apresentar a sua contestação, em conformidade com o n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral prosseguirá o processo arbitral, sem considerar esta omissão, em si mesma, como uma aceitação das alegações do demandante.

3. Se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de produzir prova documental no prazo fixado, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada¹¹¹.

4. O tribunal arbitral pode, porém, caso considere a omissão justificada, permitir a uma parte a prática do acto omitido¹¹².

¹⁰⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 24 (1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1047(1); Lei Espanhola, art. 30, n.º 1 (reformulado).

¹⁰⁹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 24 (2) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1047(2); Lei Espanhola, art. 30, n.º 2 (reformulado).

¹¹⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 24 (3) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1047(3); Lei Espanhola, art. 30, n.º 3 (reformulado).

¹¹¹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 25; Lei Alemã (ZPO), §1048 (1), (2) e(3); Lei Espanhola, art. 31.

¹¹² Fonte: Lei Alemã (ZPO), §1048 (4)

5. O disposto nos números anteriores deste artigo entender-se-á sem prejuízo do que as partes possam ter acordado sobre as consequências das suas omissões¹¹³.

ARTIGO 36.º

(Intervenção de terceiros)

1. Só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respectiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa.

2. Encontrando-se o tribunal arbitral constituído, só pode ser admitida ou provocada a intervenção de terceiro que declare aceitar a composição actual do tribunal; em caso de intervenção espontânea, presume-se essa aceitação.

3. A admissão da intervenção depende sempre de decisão do tribunal arbitral, após ouvir as partes iniciais na arbitragem e o terceiro em causa. O tribunal arbitral só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifiquem, considerando-se como tais, em particular, aquelas situações em que, não havendo manifesta inviabilidade do pedido:

- a) O terceiro tenha em relação ao objecto da causa um interesse igual ao do demandante ou do demandado, que inicialmente permitisse o litisconsórcio voluntário ou impusesse o litisconsórcio necessário entre uma das partes na arbitragem e o terceiro; ou
- b) O terceiro queira formular, contra o demandado, um pedido com o mesmo objecto que o do demandante, mas incompatível com o deste; ou

¹¹³ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral, art. 25(1); Lei Alemã(ZPO), §1048 (4); Lei Espanhola, art. 31 (1).

- c) O demandado, contra quem seja invocado crédito que possa, *prima facie*, ser caracterizado como solidário, pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem; ou
- d) O demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante.

4. O que ficou estabelecido nos números anteriores para demandante e demandado vale, com as necessárias adaptações, respectivamente para demandado e demandante, se estiver em causa reconvenção.

5. Admitida a intervenção, aplicar-se-á, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 33.º.

6. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral só pode ter lugar em arbitragem institucionalizada e desde que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros.

7. A convenção de arbitragem pode regular a intervenção de terceiros em arbitragens em curso de modo diferente do estabelecido nos números anteriores, quer directamente, com observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros, quer mediante remissão para um regulamento de arbitragem institucionalizada que admita essa intervenção¹¹⁴.

¹¹⁴ A problemática respeitante à intervenção de terceiros, no decurso do processo arbitral (que deve distinguir-se da eventual extensão da convenção de arbitragem a entidades que não a subscreveram – o que em algumas ordens jurisdiccionais, nomeadamente, na jurisprudência dos tribunais franceses e na de alguns tribunais federais dos EUA, se admite com base em diversas teorias, quase todas baseadas na ideia de uma “adesão tácita” à convenção de arbitragem, que se considera poder inferir-se do comportamento do não-signatário da convenção alegadamente revelador do consentimento em ficar vinculado por aquela convenção) é extremamente complexa, todos os autores reconhecendo que não podem transpor-se directa e globalmente para a arbitragem as soluções vigentes no processo civil aplicável nos tribunais estaduais e, por isso, a sua regulamentação tem sido deliberadamente omitida nas leis de arbitragens mais recentes (mesmo quando nos respectivos trabalhos preparatórios existiram propostas no sentido de esta matéria se tratada nessas leis, como foi o caso da Lei Sueca de 1999). Nos regu-

lamentos internacionais de arbitragem mais usados a situação que se constata é muito diferenciada: o regulamento da ICC em vigor é totalmente omissivo sobre esta matéria, mas a prática adoptada ao seu abrigo tem vindo admitir, sob condições muito limitativas, a intervenção de terceiros mesmo contra a vontade de uma das partes no processo arbitral; no regulamento da LCIA a intervenção de terceiros mesmo contra a vontade de uma das partes no processo pode ser admitida pelo tribunal sem sujeição a algumas das condições ao abrigo do regulamento da ICC; no regulamento unificado das Câmaras de Comércio Suíças, a intervenção de terceiros pode ser admitida pelo tribunal arbitral com maior liberdade ainda do que o existente ao abrigo dos regulamentos anteriormente referidos; uma vez que, em 2008 a ICA da ICC deliberou iniciar o processo de revisão do seu regulamento datado 1998, é de admitir que, no fim dos respectivos trabalhos, o futuro regulamento da ICC venha a adoptar soluções convergentes ou coincidentes com a dos regulamentos supra mencionados; o novo regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL admitiu, com limites estabelecidos por remissão para a lei processual civil, a intervenção de terceiros, mas só até ao momento em que o tribunal arbitral esteja constituído. Por tudo o que se deixa mencionado e ainda porque a admissão de um terceiro contra a vontade de uma das partes da arbitragem em curso pode lesar os legítimos interesses desta (por exemplo, pode ofender legítimo interesse de uma das partes da arbitragem relativamente à confidencialidade dos factos nela debatidos e dos documentos nela apresentados) e perturbar significativamente o normal desenvolvimento do processo (pense-se, por exemplo, numa arbitragem entre um dono da obra e o empreiteiro principal, em que este pretenda chamar a intervir no processo o subempreiteiro, ao que o dono da obra compreensivelmente se oporá, na maioria das vezes, devido ao facto de a arbitragem se tornar, com essa intervenção, muito mais complexa, demorada e onerosa.), além de suscitar questões de difícil solução (e que podem vulnerabilizar a sentença final proferida na arbitragem a uma possível impugnação) tais como as relacionadas com a exigível igualdade de intervenção de todas as partes na constituição do tribunal arbitral. Por todas essas razões, o projecto apresentado pela APA, em 2009, optou por inserir, no n.º 1 deste artigo, uma disposição que torna a intervenção de terceiros dependente do consentimento de todos os intervenientes e do próprio tribunal arbitral, além de exigir a observância da condição basilar, de que todas as actuais e futuras partes do processo estivessem ou ficassem vinculadas pela convenção de arbitragem. Pareceu, contudo, agora, que seria útil admitir, na presente versão do Projecto, com maior amplitude do que a resultante da anterior versão, a intervenção espontânea ou provocada de terceiros em arbitragens em curso, desde que se enquadrassem adequadamente os termos em que pode ter lugar tal intervenção. Na verdade, a previsão de uma bem disciplinada intervenção de terceiros em arbitragens em curso permite aumentar a eficácia da arbitragem como método de resolução de litígios que envolvam mais partes do que aquelas que iniciaram o processo arbitral (sendo, por vezes, condição *sine qua non* dessa eficácia, como acontecerá nas situações de litisconsórcio necessário). Há, porém, requisitos que, neste domínio, devem imperativamente ser observados. Um primeiro requisito a preencher para este efeito é o de que o terceiro que queira intervir ou se pretenda chamar ao processo arbitral, seja ou se torne parte da convenção em que assenta a arbitragem, por isso ser condição indispensável para que o tribunal arbitral tenha jurisdição em relação àquele e para que não só o terceiro em causa mas também as partes iniciais na arbitragem

ARTIGO 37.º

(Perito nomeado pelo tribunal arbitral)

1. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral, por sua iniciativa ou a pedido das partes, pode nomear um ou mais peritos para elaborarem um relatório, escrito ou oral, sobre pontos específicos a determinar pelo tribunal arbitral¹¹⁵.

2. No caso previsto no número anterior, o tribunal arbitral pode pedir a qualquer das partes que forneça ao perito qualquer informação relevante ou que apresente ou faculte acesso a quaisquer documentos ou outros objectos relevantes para serem inspeccionados¹¹⁶.

3. Salvo convenção das partes em contrário, se uma destas o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após a apresentação do seu relatório, participará numa audiência em que o tribunal arbitral e as partes terão a oportunidade de o interrogar¹¹⁷.

fiquem obrigadas a aceitar a sua intervenção. Em segundo lugar, atendendo aos inconvenientes que a intervenção de terceiros pode criar num processo arbitral em andamento, estabeleceu-se que a mesma só é de admitir quando seja justificada por razões especialmente ponderosas, enunciadas, a título exemplificativo, na lei. Em terceiro lugar, mesmo que tais razões justificativas se verifiquem, reconhece-se ao tribunal arbitral o poder de não admitir a intervenção do terceiro, quando entenda que esta iria perturbar excessivamente o normal andamento do processo arbitral. Por último, erigiu-se o respeito pelo princípio de igualdade de todas as partes envolvidas relativamente à constituição do tribunal arbitral em requisito imprescindível da admissibilidade da intervenção de um terceiro numa arbitragem em curso. Importa, contudo, salientar que a disposição que no presente diploma regula o tema da intervenção de terceiros em arbitragens em curso contém apenas o regime supletivamente aplicável nesta matéria, uma vez que nela se admite que as partes regulem de forma diferente este assunto em convenções de arbitragem que celebrem, quer mediante a inclusão que aí façam de estipulações a tal fim especificamente dirigidas, quer mediante a remissão para regulamentos de arbitragem institucionalizada que, pela sua letra ou pela orientação firmada na sua aplicação prática, estabeleçam para a intervenção de terceiros em arbitragens em curso regimes diferentes daquele que o presente diploma estabeleceu.

¹¹⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 26 (1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1049 (1), (2) e (3); Lei Espanhola, art. 32.

¹¹⁶ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 26 (1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1049 (1), (2) e (3); Lei Espanhola, art. 32.

¹¹⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 26 (2) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1049 (2); Lei Espanhola, art. 32.

4. O preceituado nos artigos 13.º e 14.º, n.ºs 2 e 3, aplica-se, com as necessárias adaptações, aos peritos designados pelo tribunal arbitral¹¹⁸.

ARTIGO 38.º

(Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de provas)

1. 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 competente¹¹⁹ que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral¹²⁰.

2. O disposto no número anterior é aplicável às solicitações de produção de prova que sejam dirigidas a um tribunal estadual português, no âmbito de arbitragens localizadas no estrangeiro¹²¹.

CAPÍTULO VI

Da Sentença Arbitral e Encerramento do Processo

ARTIGO 39.º

(Direito aplicável; recurso à equidade; irrecorribilidade da decisão)

1. Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade¹²².

¹¹⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 26 (2) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1049 (2); Lei Espanhola, art. 32.

¹¹⁹ O tribunal estadual aqui mencionado só pode ser português, dado que o legislador português não pode obviamente legislar sobre o que tribunais estaduais estrangeiros podem ou devem fazer.

¹²⁰ Fontes: actual LAV, art. 18.º, n.º 2; Lei-Modelo da Uncitral, art. 27 (reformulado); Lei Alemã (ZPO), §1050 (reformulado); Lei Espanhola, art. 33; CPC Italiano, art. 822.

¹²¹ Fontes: Lei Modelo da Uncitral, art. 27; Lei Inglesa, section 43 (1) e (3) a).

¹²² Fonte: actual LAV, arts. 22.º e 29.º (com solução invertida); Lei Francesa (NCPC) art. 1474; Lei Espanhola, art. 34, n.º 1 e n.º 2 (*a contrario*). Pareceu conve-

2. Se o acordo das partes quanto ao julgamento segundo a equidade for posterior à aceitação do primeiro árbitro, a sua eficácia depende de aceitação por parte do tribunal arbitral¹²³.

3. No caso de as partes lhe terem confiado essa missão, o tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo.

4. A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só será susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável¹²⁴.

ARTIGO 40.º

(Decisão tomada por vários árbitros)

1. 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, a sentença será proferida pelo presidente do tribunal¹²⁵.

niente permitir (ao contrário do que faz a actual LAV) a opção pela decisão de equidade, na pendência do processo arbitral, desde que não haja oposição dos árbitros, por isso poder corresponder a uma legítima preferência que às partes se possa colocar num fase adiantada do processo.

¹²³ Fonte: actual LAV art. 35.º. A maioria da doutrina portuguesa distingue entre arbitragem segundo a equidade e a "composição amigável" mencionada na actual LAV, embora diverja quanto ao modo como tal distinção se deva fazer. Entendeu-se ser útil manter, na nova LAV, estes dois critérios de decisão de litígios como institutos distintos, bem como alargar às arbitragens nacionais a possibilidade de recurso à "composição amigável".

¹²⁴ Fontes: inverte-se a solução consagrada no art. 29, n.º 1 e 2, da actual LAV, adoptando-se a solução consagrada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

¹²⁵ A tomada de decisão por maioria, quanto à prolação da sentença (pelo menos, daquela que põe termo ao processo arbitral) é a regra geral consagrada em todas as leis e regulamentos de arbitragem que conheço. Encontrase, porém, com frequência, a previsão de um método de decisão subsidiário (i.e., a decisão só pelo presidente do tribunal) para o caso de não se poder formar maioria; esta última solução é prevista em numerosas leis estrangeiras [por exemplo, a Lei Sueca, art. 30 (2); a Lei Suíça de DIP,

2. Se um árbitro se recusar a tomar parte na votação da decisão, os outros árbitros poderão proferir sentença sem ele, a menos que as partes tenham convencionado de modo diferente. As partes serão subseqüentemente informadas da recusa de participação desse árbitro na votação¹²⁶.

3. As questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual poderão ser decididas apenas pelo árbitro presidente, se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral lhe tiverem dado autorização para o efeito¹²⁷.

ARTIGO 41.º

(Transacção)

Se, no decurso do processo arbitral, as partes terminarem o litígio mediante transacção, o tribunal arbitral deve pôr fim ao processo e, se as

art. 189 (2); a Lei Espanhola, art. 35, n.º 1; Lei Grega, art. 29; Lei Peruana, art. 52, para só citar estas] bem como alguns Regulamentos muito utilizados em arbitragens domésticas e internacionais (por ex. os regulamentos da ICC e do LCIA, as *Swiss Rules* (Regulamento unificado das Câmaras de Comércio Suíças) e o regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP (Lisboa), art. 34, n.º 2. A Lei Francesa (NCPC), art. 1470, e o CPC Italiano, art. 823 (I), limitam-se a dispor que a sentença é proferida por maioria. A Lei Modelo da Uncitral, art. 29, e a Lei Alemã, ZPO, § 1052 (1), prevêm que a regra da decisão por maioria, possa ser derogada pelas partes na convenção de arbitragem, o que permite a adopção, nessa sede, do supra-referido método de decisão subsidiário para o caso de não se poder formar maioria. A possibilidade de o presidente do tribunal arbitral proferir sozinho a sentença é da maior utilidade, quando, por exemplo, exista desacordo entre os membros do tribunal arbitral quanto ao montante em que deva condenar-se uma parte a pagar à outra; é óbvio que, se cada árbitro defender para o efeito um valor diferente, nunca será possível formar maioria sobre esse ponto da parte dispositiva da sentença; vários outros exemplos podem configurar-se em que situação idêntica pode acontecer (por isso, a solução supletiva da Lei-Modelo da Uncitral é criticada por muito autores com reconhecida autoridade). É de defender, portanto, que no articulado da nova LAV se consagre este método de decisão subsidiário, ou seja, o da decisão só pelo presidente do tribunal, quando não possa formar-se uma maioria no seio do tribunal.

¹²⁶ Fontes: Lei Alemã (ZPO), § 1052 (2)

¹²⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 29 (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1052 (2) (reformulado). Ao invés, a Lei Espanhola atribui directamente competência ao presidente do tribunal, para decidir, por si só, sobre questões de natureza processual, salvo acordo das partes ou dos árbitros em contrário.

partes lho solicitarem, dará a tal transacção a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transacção infrinja algum princípio de ordem pública¹²⁸.

2. Uma sentença proferida nos termos acordados pelas partes deve ser elaborada em conformidade com o disposto no artigo 42.º e mencionar o facto de ter a natureza de sentença, tendo os mesmos efeitos que qualquer outra sentença proferida sobre o fundo da causa¹²⁹.

ARTIGO 42.º

(Forma, conteúdo e eficácia da sentença)

1. A sentença deve ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros. Em processo arbitral com mais de um árbitro, são suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral ou só a do presidente, caso por este deva ser proferida a sentença, desde que seja mencionada na sentença a razão da omissão das restantes assinaturas¹³⁰.

2. Salvo convenção das partes em contrário, os árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entendam necessárias¹³¹.

3. A sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.º¹³².

¹²⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 30 (1) (reformulado); Lei Alemã (ZPO), § 1053 (1); Lei Espanhola, art. 36(1);

¹²⁹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 30 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1053 (2); Lei Espanhola, art. 36 (2)

¹³⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 31 (1); Lei Alemã (ZPO), §1054 (1); Lei Espanhola, art. 37 (1)

¹³¹ Fontes: Lei Espanhola, art. 37 (4); Lei Suíça, art. 188; Lei Sueca, art. 29; CPC Italiano, art. 820 (IV) c) 827 (III); lei Inglesa, section 47 (1) e (2). Além de estar prevista em numerosas leis de arbitragem estrangeiras, a possibilidade de o tribunal arbitral decidir o mérito da causa através de sentenças parciais separadas e sucessivas (aquilo que alguns eminentes autores brasileiros apelidam de "fatiamento do mérito", defendendo enfaticamente a utilidade de tal procedimento) é solução aprovada pela generalidade da doutrina estrangeira e tem sido também defendida por autores portugueses.

¹³² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 31 (2); Lei Alemã (ZPO), § 1054 (2); Lei Espanhola, art. 37 (4); Lei Francesa (NCPC) art. 1471 (2); CPC Italiano, art. 823.º, (II), 5)

4. A sentença deve mencionar a data em que foi proferida, bem como o lugar da arbitragem, determinado em conformidade com o artigo 31.º, n.º 1, considerando-se, para todos os efeitos, que a sentença foi proferida nesse lugar¹³³.

5. A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem¹³⁴.

6. Proferida a sentença, será enviado a cada uma das partes um exemplar assinado pelo árbitro ou árbitros, nos termos do disposto n.º 1 do presente artigo.¹³⁵

7. A sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado¹³⁶ e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual¹³⁷.

ARTIGO 43.º

(Prazo para proferir sentença)

1. Salvo se as partes, até à aceitação do primeiro árbitro, tiverem acordado prazo diferente, os árbitros devem notificar às partes a sentença

¹³³ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 31 (3); Lei Alemã (ZPO), § 1054(3); Lei Espanhola, art. 37 (5); Lei Francesa (NCPC) art. 1472; CPC Italiano, art. 823.º, (II), 2) e 8).

¹³⁴ Fontes: actual LAV, art. 23.º, n.º 4 (em parte); Lei Alemã (ZPO), § 1057(1); Regulamentos de Arbitragem da CCI, art. 31(1) e do LCIA, art. 28 (1), (2) e (3).

¹³⁵ Fontes: actual LAV, art. 23.º, n.º 4 (em parte); Lei Alemã (ZPO), § 1057(1); Regulamentos de Arbitragem da CCI, art. 31(1) e do LCIA, art. 28 (1), (2) e (3).

¹³⁶ Fontes: actual LAV, art. 26.º n.º 1 (reformulada); Lei Alemã (ZPO), §1055; Lei Francesa (NCPC) art. 1476; Lei Espanhola, art. 43.

¹³⁷ Fonte: actual LAV, art. 26. n.º 2.

final proferida sobre o litígio que por elas lhes foi submetido dentro do prazo de doze meses a contar da data de aceitação do último árbitro¹³⁸.

2. Os prazos definidos de acordo com o n.º 1 podem ser livremente prorrogados por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de doze meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação¹³⁹.

¹³⁸ O prazo supletivamente previsto no art. 19.º, n.º 2, da LAV é absurdamente curto e, por isso, tem sido severamente criticado pela melhor doutrina, tal como absurdamente curto é o prazo supletivo fixado no art. 37 (2) da Lei

¹³⁹ Espanhola (e, por isso, é também viva e unanimemente criticado pelos comentadores espanhóis do regime da arbitragem). Na verdade, as estatísticas das instituições internacionais de arbitragem mais reputadas mostram que as arbitragens sobre litígios de maior complexidade nunca (ou quase nunca) duram menos de ano e meio e frequentemente duram bem mais (ainda assim, a arbitragem continua a ser, em regra, um meio mais célere de resolução de litígios do que o recurso aos tribunais estaduais). Para se compreender a razoabilidade do prazo indicado no n.º 1 deste artigo bem como da possibilidade da sua prorrogação, por uma ou mais vezes mais vezes (disposição esta que, importa salientar, não impede minimamente que partes fixem, de comum acordo, prazos máximos mais curtos, podendo também convencionar a sua não-prorrogabilidade, se o entenderem adequado à natureza do litígio), importa ter em consideração que, após a aceitação do último árbitro, acto com o qual o tribunal arbitral fica constituído, este deve fixar o calendário processual e demais normas processuais básicas; as partes devem apresentar, sucessivamente, os seus articulados (que podem ser em número de 2/3 ou de 4/5); o tribunal arbitral deve organizar, no mínimo, um guião da produção da prova e fixar regras sobre a produção desta (na medida em que não o tenha já feito); deve organizar-se o quadro em que terá lugar a eventual prova pericial e realizar esta; ouvirem-se testemunhas e peritos em audiência, tudo isso com rigoroso respeito pelos princípios estabelecidos no artigo 30.º; devem depois deliberar os árbitros sobre o conteúdo substancial da sentença final e redigir-se esta com o cuidado e rigor necessários para que ela obtenha a adesão dos árbitros, ou da maioria deles e para que não venha a ser seja facilmente anulada (ou ver recusada a sua execução) pelos tribunais estaduais competentes; e, finalmente, deve ser a mesma notificada às partes. Para cumprir todas estas fases e diligências, dezoito meses não seriam, de modo algum, um prazo excessivo relativamente às arbitragens de maior complexidade, como bem sabe quem tem experiência neste domínio. Por isso mesmo, muitas leis de arbitragem, como a Suíça, a Holandesa e a Inglesa, não estabelecem qualquer prazo supletivo para o caso de as partes não terem convencionado a este respeito (é também este o regime do direito francês respeitante às arbitragens internacionais segundo a doutrina e a jurispru-

3. A falta de notificação da sentença final dentro do prazo máximo determinado de acordo com os números anteriores do presente artigo, põe automaticamente termo ao processo arbitral, fazendo também extinguir a competência dos árbitros para julgarem o litígio que lhes fora submetido, sem prejuízo de a convenção de arbitragem manter a sua

dência dominantes). A Lei-Modelo da Uncitral (art. 14 (1)) e, na senda desta, a Lei Alemã (ZPO, § 1038 (1)), sem fixarem um prazo máximo para prolação da sentença, permitem que qualquer parte (na falta de acordo de ambas quanto à revogação da designação dos árbitros que demorem mais tempo do que o razoável) requeira ao tribunal estadual competente que ponha fim ao mandato dos árbitros que revelem manifesta falta de diligência; solução análoga encontra-se na Lei Sueca (art. 17). Tudo ponderado, optou-se por fixar neste artigo um prazo inicial de 12 meses que pode, contudo, ser prorrogado não só por acordo das partes mas também por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por períodos de igual duração, mediante justificação adequada, por se ter entendido que esta solução apresenta clara vantagem sob o aspecto da sua praticabilidade, sobre a que cometesse a decisão de prorrogação desse prazo ao tribunal estadual competente (que é a solução acolhida na Lei Francesa -NCPC, art. 1456, II). Os abusos a que as sucessivas prorrogações decididas pelo tribunal arbitral possam porventura dar azo poderão ser travados ou mediante oposição das partes, de comum acordo, ou mediante destituição, pelo tribunal estadual e a requerimento de qualquer das partes, dos árbitros que não actuem com a diligência exigível, ao abrigo do art. 15.º n.º 3 desta lei. ¹³⁹ Os regulamentos internacionais de arbitragem institucional que fixam prazos-regra para a sentença ser proferida (não são muitos os que o fazem; a maioria dos regulamentos é omissa sobre esta matéria, porque não estabelecem qualquer prazo máximo para a prolação da sentença; é o caso, entre muito outros, das *Uncitral Arbitration Rules*) prevêm que a entidade administrante da arbitragem prorrogue, sem limites (segundo o seu livre critério) tais prazos, mediante justificações apresentadas pelos árbitros: é o que acontece com o Regulamento da ICC. Estas prorrogações costumam ser justificadas com a invocação do maior prejuízo que resultaria da extinção da competência do tribunal arbitral e do fim do processo arbitral sem haver decisão proferida, caso se tivesse de observar rigidamente os prazos inicialmente marcados. A doutrina estrangeira sobre arbitragem fala, a este propósito, de uma "rede de segurança" contra a insensatez das partes que fixem prazos irrealistas ou praticamente impossíveis de cumprir.

¹⁴⁰ Consagra-se a solução unanimemente perfilhada no direito comparado da arbitragem, eliminando-se também solução desastrosa constante da actual LAV [art. 4.º, n.º 1, c)], segundo a qual o facto de prazo máximo ser excedido determina não só o extinção da competência do tribunal arbitral (o que é acertado), mas também a caducidade da convenção de arbitragem (o que é absurdo e extremamente prejudicial ao interesse das partes).

eficácia, nomeadamente para efeito de com base nela ser constituído novo tribunal arbitral e ter início nova arbitragem¹⁴⁰.

4. Os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados¹⁴¹.

ARTIGO 44.º

(Encerramento do processo)

1. O processo arbitral termina quando for proferida a sentença final ou quando for ordenado o encerramento do processo pelo tribunal arbitral, nos termos do n.º 2 do presente artigo¹⁴².

2. O tribunal arbitral ordenará o encerramento do processo arbitral quando:

a) O demandante desista do seu pedido, a menos que o demandado a tal se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um interesse legítimo em que o litígio seja definitivamente resolvido;

b) As partes concordem em encerrar o processo; c) O tribunal arbitral verifique que a prossecução do processo se tornou, por qualquer outra razão, inútil ou impossível¹⁴³.

2. As funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral, sem prejuízo do disposto no artigo 45.º e no artigo 46.º, n.º 8¹⁴⁴.

3. Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de dois anos e o original da sentença arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos.

¹⁴⁰ Fontes: actual LAV, art. 19.º, n.º 5; CPC Italiano, art. 813-ter, (1), 2.

¹⁴² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 32 (1); Lei Alemã (ZPO), § 1056(1); Lei Espanhola, art. 38 (1).

¹⁴³ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 32 (1); Lei Alemã (ZPO), § 1056 (2); Lei Espanhola, art. 38 (2).

¹⁴⁴ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 32 (4); Lei Alemã (ZPO), § 1054 (4); Lei Espanhola, art. 37 (7).

ARTIGO 45.º

(Rectificação e esclarecimento da sentença; sentença adicional)

1. A menos que as partes tenham convencionado outro prazo para este efeito, nos trinta dias seguintes à recepção da notificação da sentença arbitral, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, que rectifique, no texto daquela, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica.

2. No prazo referido no número anterior, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral que esclareça alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou dos seus fundamentos.

3. Se o tribunal arbitral considerar o requerimento justificado, fará a rectificação ou o esclarecimento nos trinta dias seguintes à recepção daquele. O esclarecimento fará parte integrante da sentença.

4. O tribunal arbitral pode também, por sua iniciativa, nos trinta dias seguintes à data da notificação da sentença, rectificar qualquer erro do tipo referido no n.º 1 do presente artigo.

5. Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, nos trinta dias seguintes à data em que recebeu a notificação da sentença, que profira uma sentença adicional sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença. Se julgar justificado tal requerimento, o tribunal proferirá a sentença adicional nos sessenta dias seguintes à sua apresentação.

6. O tribunal arbitral pode prolongar, se necessário, o prazo de que dispõe para rectificar, esclarecer ou completar a sentença, nos termos dos n.ºs 1, 2 ou 5 do presente artigo, sem prejuízo da observância do prazo máximo fixado de acordo com o artigo 43.º.

7. O disposto no artigo 42.º aplica-se à rectificação e ao esclarecimento da sentença bem como à sentença adicional.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 33; Lei Alemã (ZPO), § 1058; Lei Espanhola, art. 39.

CAPÍTULO VII

Da Impugnação da Sentença Arbitral

ARTIGO 46.º

(Pedido de anulação)

1. Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do artigo 39.º, n.º 4, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo¹⁴⁶.

2. O pedido de anulação da sentença arbitral, que deve ser acompanhado de uma cópia certificada da mesma e, se estiver redigida em língua estrangeira, de uma tradução para português, é tramitado como se de um recurso de apelação se tratasse, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

3. A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se:

- a) A parte que faz o pedido demonstrar que:
- i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei¹⁴⁷; ou
 - ii) Não foi devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que, por outro motivo, não lhe foi dada a oportunidade de fazer valer os seus direitos¹⁴⁸; ou

¹⁴⁶ Prevê-se agora que a impugnação da a sentença arbitral deva ser feita através de um pedido tramitado como se de um recurso de apelação se tratasse (apesar de, em regra, não se admitir apelação da sentença arbitral, por força do disposto no art. 38.º, n.º 2), em vez de o ser através uma acção comum interposta num tribunal estadual de primeira instância, de cuja sentença cabem depois dois graus de recurso, como acontece na actual LAV, solução esta que, por causa do prejuízo que acarreta para a eficiência da arbitragem como modo alternativo de resolução de litígios, é merecedora das maiores críticas e não tem paralelo na esmagadora maioria das leis de arbitragem conhecidas.

¹⁴⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) a), i); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 1, a); Lei Espanhola, art. 41, n.º 1, a).

¹⁴⁸ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) a), ii); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 1, b); Lei Espanhola, art. 43, n.º 1, b).

- iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem, ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta¹⁴⁹; ou
- iv) A composição¹⁵⁰ do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derogar, ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio¹⁵¹; ou
- v) O tribunal arbitral conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento, ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar¹⁵²; ou
- vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos no artigo 42.º, n.ºs 1 e 3; ou
- vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43.¹⁵⁴; ou

¹⁴⁹ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) a), iii); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 1, c); Lei Espanhola, art. 41, n.º 1, c).

¹⁵⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) a), iv); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 1, d); Lei Suíça de DIP, art. 190, 2 a); tal como nestas leis, o projecto refere a irregular "composição" do tribunal e não a sua "irregular constituição" (como faz a actual LAV) para abranger a irregularidade subsequente à constituição do tribunal [por ex. a manutenção do árbitro que haja saído validamente recusado ou a prolação da sentença por um tribunal que fica incompleto (*truncated*) após a renúncia de um árbitro].

¹⁵¹ Fontes: Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 1 d), Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) a), iv) (reformulada de acordo com a Lei Alemã e, em alguma medida, com o art. 27.º, n.º 1, c) actual LAV Portuguesa); Lei Espanhola, art. 41, n.º 1, d) (reformulada de acordo com a Lei Alemã e, em alguma medida, com o art. 27.º, n.º 1, c) actual LAV Portuguesa.

¹⁵² Fonte: actual LAV, art. 27.º, n.º 1, e); Lei Suíça de DIP, art. 190 (2), c). A autonomização deste fundamento de anulação, além de ser conforme ao que se pode considerar como um válido "acquis" do direito português neste domínio, permite evitar as dúvidas que se encontra na doutrina estrangeira sobre se esta causa de anulação está ou não compreendida no art. 34 [mais precisamente, no seu n.º 2, a), iii)] da Lei-Modelo da Uncitral (pelo menos, relativamente à sua versão em inglês).

¹⁵⁴ Supriu-se aqui uma omissão existente na versão do Projecto apresentada em 2009, face ao disposto no art. 23.º, n.º 1, d) da actual LAV, em que se adopta uma

b) O tribunal verificar que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

4. Se uma parte, sabendo que não foi respeitada uma das disposições da presente lei que as partes podem derrogar ou uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem, prosseguir apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato ou, se houver prazo para este efeito, nesse prazo, considerar-se-á que renunciou ao direito de impugnar, com tal fundamento, a sentença arbitral¹⁵⁷.

solução que não se vê razão razão para alterar na nova LAV. De facto concluiu-se que o decurso do prazo não seria abrangido adequadamente pelo fundamento relativo à irregular composição do tribunal, pelo que deve constituir fundamento autónomo de impugnação. A solução adoptada decorre do esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros por força do decurso do prazo, nos termos do art. 43 n.º 3 deste projecto.

¹⁵⁵ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (2) 2, a) (reformulado); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (2), 2, a) (reformulado); Lei Espanhola, art. 41, n.º 1, c) (reformulado).

¹⁵⁶ Manteve-se no projecto a opção, já tomada no projecto de 2009, de não incluir a violação dos princípios da ordem pública como fundamento de anulação da decisão arbitral. Entendeu a maioria dos membros da Direcção da APA, com o voto discordante do Dr. António Sampaio Caramelo, dever seguir, neste aspecto, a opção que foi tomada pela actual LAV, que não permite pedir a anulação da decisão arbitral com este fundamento. Que este é o regime da actual LAV, retira-se do seu próprio texto e da contraposição com o texto do projecto de LAV de 1984 que a antecedeu, embora alguns autores sustentem que, apesar de a actual LAV não prever um tal fundamento para a anulação da decisão arbitral, o mesmo deveria ser reconhecido. Permitir semelhante fundamento de anulação criaria de facto o risco de se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais, aos quais competirá decidir sobre a impugnação da sentença arbitral, a pretexto da averiguação da conformidade com os princípios da ordem pública, o que poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem. Acresce que, não prevendo a lei processual civil qualquer recurso extraordinário que possa ser interposto das sentenças dos tribunais estaduais que transitam em julgado (nomeadamente por as partes terem renunciado ao recurso) com fundamento na alegada violação de princípios da ordem pública, não se compreende por que razão há-de prever-se semelhante fundamento de anulação contra decisões arbitrais de que não caiba recurso. Semelhante diferença de tratamento não só envolveria uma discriminação injustificável contra os árbitros, como seria incompatível com a consagração dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais pelo art. 209 n.º 2 da Constituição.

¹⁵⁷ Fonte: actual LAV, art. 27.º, n.º 1; CPC Italiano art. 829 (II); esta solução corresponde ao entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência estrangeiras.

5. Sem prejuízo do disposto no número anterior, o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável¹⁵⁸.

6. O pedido de anulação só pode ser apresentado no prazo de sessenta dias¹⁵⁹ a contar da data em que a parte que pretenda essa anulação recebeu a notificação da sentença ou, se tiver sido feito um requerimento no termos do artigo 45.º, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre esse requerimento¹⁶⁰.

7. Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação referidos no n.º 3 do presente artigo puder ser dissociada do resto da mesma, é unicamente anulada a parte da sentença atingida por esse fundamento de anulação¹⁶¹.

8. Quando lhe for pedido que anule uma sentença arbitral, o tribunal estadual competente pode, se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os fundamentos da anulação¹⁶².

9. O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas¹⁶³.

¹⁵⁸ Fonte: actual LAV, art. 28.º, n.º 1. No plano do direito comparado, as soluções diferem quanto a este ponto.

¹⁵⁹ Estabeleceu-se aqui um prazo mais curto (igual ao prazo fixado da Lei Espanhola, art. 41, n.º 4,) do que o Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1059 – que é de 90 dias – para não manter a sorte da sentença arbitral sob tão longa incerteza.

¹⁶⁰ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (3); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (3). A Lei Espanhola, no fixa um prazo de dois meses para este efeito.

¹⁶¹ Embora a Lei-Modelo da Uncitral (art. 34 (2) a), iii)) e a Lei Alemã (ZPO) § 1059 (4), 2, c), seguindo neste ponto a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apliquem o princípio "*utile per inutile non vitiatur*" apenas em relação à causa de anulação prevista na sub-alínea iii) da alínea a) do n.º 3 deste artigo, parece perfeitamente justificado estender a aplicação desse princípio a todas as causas de anulação previstas nesse número.

¹⁶² Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 34 (4); Lei Alemã (ZPO) § 1059 (4), 2, a).

¹⁶³ Embora seja tramitado como uma apelação, o pedido de anulação da sentença arbitral não visa permitir que o tribunal estadual competente (Tribunal da Relação) se

10. Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, com a anulação da sentença a convenção de arbitragem volta a produzir efeitos relativamente ao objecto do litígio¹⁶⁴.

CAPÍTULO VIII

Da Execução da Sentença Arbitral

ARTIGO 47.º

(Execução da sentença arbitral)

1. A parte que pedir a execução da sentença ao tribunal estadual competente deve fornecer o original daquela ou uma cópia certificada conforme e, se a mesma não estiver redigida em língua portuguesa, uma tradução certificada nesta língua¹⁶⁵.

2. No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua¹⁶⁶ liquidação far-se-á nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código do Processo Civil.

3. A sentença arbitral pode servir de base à execução ainda que haja sido impugnada mediante pedido de anulação apresentado de acordo com o artigo 46.º, mas o impugnante pode requerer que tal impugnação tenha efeito suspensivo da execução desde que se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal. Aplica-se neste caso o disposto no n.º 3 do artigo 818.º do Código do Processo Civil¹⁶⁷.

substitua ao tribunal arbitral e decida de mérito sobre as questões que a este haviam sido submetidas (como acontece no direito francês).

¹⁶⁴ Fonte: Lei Alemã (ZPO) § 1059 (5).

¹⁶⁵ Fonte: Lei-Modelo da Uncitral, art. 35.º n.º 2 (reformulado).

¹⁶⁶ Embora rigorosamente não fosse necessária, esta disposição visa dissipar quaisquer dúvidas que pudessem subsistir sobre esta matéria, sobre a qual, antes da recente Reforma da Acção Executiva, se começou a formar uma inadequadíssima jurisprudência

¹⁶⁷ Fontes: Lei Espanhola, art. 45, n.ºs 1, 2 e 3 (reformulado); actual LAV, art. 26.º, n.º 2 (implicitamente), conjugado com o regime da execução da sentenças dos tribunais estaduais.

4. Para efeito do disposto no número anterior, aplica-se com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 692.º-A e 693.º-A, do Código do Processo Civil.

ARTIGO 48.º

(Fundamentos de oposição à execução)

1. À execução de sentença arbitral pode o executado opor-se com qualquer dos fundamentos de anulação da sentença previstos no n.º 3 do artigo 46.º, desde que, na data em que a oposição for deduzida, um pedido de anulação da sentença arbitral apresentado com esse mesmo fundamento¹⁶⁸.

2. Não pode ser invocado pelo executado na oposição à execução de sentença arbitral nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, se já tiver decorrido o prazo fixado no n.º 6 do mesmo artigo para a apresentação do pedido de anulação da sentença, sem que nenhuma das partes haja pedido tal anulação¹⁶⁹.

3. Não obstante ter decorrido o prazo previsto no n.º 6 do artigo 46.º, o juiz pode conhecer oficiosamente, nos termos do disposto do artigo 820.º do Código do Processo Civil, da causa de anulação prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da presente lei, devendo, se verificar que a sentença exequenda é inválida por essa causa, rejeitar a execução com tal fundamento¹⁷⁰.

4. O disposto no n.º 2 do presente artigo não prejudica a possibilidade de serem deduzidos, na oposição à execução de sentença arbitral,

¹⁶⁸ Fontes: art. 815.º do CPC Português tal como é interpretado pela melhor doutrina portuguesa; Lei Alemã (ZPO) §1060 (2)

¹⁶⁹ Fonte: Lei Alemã (ZPO) § 1060 (2). A solução inversa, acolhida no art. 31.º da actual LAV, parece-nos manifestamente contrária à eficiência da arbitragem como modo alternativo de resolução de litígios e, por isso, tem saído mercedamente criticada por parte da doutrina portuguesa. Se esta solução for adoptada na nova LAV, o art. 815.º do CPC Português terá de ser alterado em conformidade.

¹⁷⁰ Tratando-se aqui de causas de invalidade da sentença arbitral que são de conhecimento oficioso pelo juiz, não se justifica que o decurso do prazo referido no número anterior preclua a sua relevância como possível fundamento de rejeição da execução.

quaisquer dos demais fundamentos previstos para esse efeito na lei de processo aplicável, nos termos e prazos aí previstos¹⁷¹.

CAPÍTULO IX Da Arbitragem Internacional

ARTIGO 49.º

(Conceito e regime da arbitragem internacional)

1. Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional¹⁷².

2. Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições do presente diploma relativas à arbitragem interna.

ARTIGO 50.º

(Inoponibilidade de excepções baseadas no direito interno de uma parte)

Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção¹⁷³.

¹⁷¹ Esta norma, embora possa parecer que enuncia o óbvio, destina-se a esclarecer muito indesejáveis dúvidas. ¹⁷² Fontes: actual LAV, art. 32.º; Lei Francesa (NCPC), art. 1492.

¹⁷³ Fontes: Lei Suíça de DIP, art. 177 (2); Lei Espanhola, art. 2.º, n.º 2. Esta solução corresponde também ao entendimento adoptado na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos que se reclamam da conformidade ao modelo do Estado de Direito, contando-se entre o reduzido número de excepções os sistemas jurídicos de alguns Estados da América do Sul (ex. a Argentina e, em certa medida a Colômbia).

ARTIGO 51.º

(Validade substancial da convenção de arbitragem)

1. Tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito quer pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem quer pelo direito aplicável ao fundo da causa quer pelo direito português¹⁷⁴.

2. O tribunal estadual ao qual haja sido pedida a anulação de uma sentença proferida em arbitragem internacional localizada em Portugal, com o fundamento previsto no artigo 46.º, n.º 3, b), da presente lei, deve ter em consideração o disposto no número anterior do presente artigo¹⁷⁵.

ARTIGO 52.º

(Regras de direito aplicáveis ao fundo da causa)

1. As partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade¹⁷⁶. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado será considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando directamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Fontes: Lei Suíça de DIP, art. 178, (2); Lei Espanhola, art. 9, n.º 2 (reformulada). Esta disposição, que contém uma norma de conflitos que utiliza um feixe de conexões alternativas, em cascata, é, como é bom de ver, inspirada pelo "princípio da conservação ou do critério mais favorável à validade da convenção de arbitragem" e, por isso mesmo, constitui a solução mais favorável à ampliação do espaço de aplicação da arbitragem no domínio do comércio internacional e a mais conforme às exigências da resolução pacífica de litígios no âmbito da economia internacional globalizada.

¹⁷⁵ Esta disposição constitui um corolário, em sede de regime de impugnação da sentença arbitral, do disposto no número anterior deste artigo.

¹⁷⁶ Fontes: actual LAV, art. 32, n.º 1 (reformulado); Lei Modelo da Uncitral, art. 28 (1); Lei Alemã (ZPO) § 1051 (1) Lei Espanhola, art. 34.º, n.º 2; Lei Suíça de DIP, art. 187, n.º 1; Lei Holandesa (WBR), art. 1054 (2).

¹⁷⁷ Fontes: Lei Modelo da Uncitral, art. 28 (1), 2.ª parte; Lei Alemã (ZPO) § 1051 (1), 2.ª parte; Lei Espanhola, art. 34.º, n.º 2, 2.ª parte.

2. Na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita¹⁷⁸.

3. Em ambos os casos referidos nos números anteriores, o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes.

ARTIGO 53.º

(Irrecorribilidade da sentença)

Tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral é irrecorribil, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Fontes: actual LAV, art. 32, n.º 1 (reformulado); Lei Espanhola, art. 34.º, n.º 2; Lei Holandesa (WBR), art. 1054 (2); Lei Alemã (ZPO) § 1051 (1) (reformulado); Lei Suíça de DIP, art. 187 (1) (reformulado). Os nos 1 e 2 deste artigo do Projecto de nova LAV abrem a porta à designação (pelas partes ou pelo tribunal arbitral) de normas jurídicas de fonte *anacional* (isto é, que não têm origem nos direitos dos Estados ou em Convenções Internacionais), tais como os princípios da chamada *Lex Mercatoria* (por ex., tal como têm vindo a ser sido "codificados" pelo *TLDB* da Universidade de Colónia, sob a direcção do Professor Klaus-Peter Berger, os *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* e os *Principles of European Commercial Law*, elaborados por uma comissão dirigida pelos Professores Ole Lando e Hugh Beale. É ainda de notar que a Professora Isabel Magalhães Collaço (autora do Projecto que deu origem à actual LAV), aceitou, num estudo publicado em 1991, que o n.º 1 e 2 do artigo 33 da actual LAV comportam a escolha de tais normas anacionais pelas partes ou, no silêncio destas, pelo próprio tribunal arbitral. Diferentemente, quando as partes não hajam feito essa escolha, optou-se, seguindo o exemplo da lei alemã, por impor que os árbitros apliquem a lei do Estado com o qual o litígio apresente uma conexão mais estreita, por se recear de que a concessão aos árbitros de uma ilimitada liberdade de escolha das regras de direito aplicáveis ao fundo da causa pudesse ferir as legítimas expectativas das partes a este respeito.

¹⁷⁹ Fonte: actual LAV, art. 34.º. Diferentemente do que acontece nas arbitragens internas, se as partes quiserem convencionar alguma forma de recurso (que só poderá ser para outro tribunal arbitral, dado que as partes não podem alargar o âmbito da competência dos tribunais estaduais), terão de regular os termos desse recurso (i.e., para onde se recorre e segundo que trâmites). Na prática das arbitragens internacionais, tal possibilidade de recurso só se encontra nas arbitragens realizadas sob a égide de

ARTIGO 54.º

(Ordem pública internacional)

A sentença proferida numa arbitragem internacional em que o direito português não haja sido escolhido pelas partes nem determinado pelo tribunal arbitral como aplicável ao fundo da causa, pode ser anulada, de acordo com o disposto no artigo 46.º, se o conteúdo da mesma ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado português, sem prejuízo da aplicação dos demais fundamentos de anulação da sentença previstos nesse artigo¹⁸⁰.

CAPÍTULO X

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

ARTIGO 55.º

(Necessidade do reconhecimento)

Sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, bem como por outros tratados ou

associações de profissionais do comércio internacional de mercadorias, como, por exemplo, as realizadas ao abrigo das "Rules of Arbitration and Appeal of the Federation of Oil, Seeds, and Fats Associations Ltd (FOSFA)".

¹⁸⁰ A ordem pública internacional do Estado Português é chamada a exercer, ao abrigo da disposição a que se refere a presente nota, um controlo da compatibilidade da sentença arbitral (proferida em Portugal, numa arbitragem internacional) com a ordem pública internacional do Estado Português (a que pertence indiscutivelmente o direito comunitário, de acordo com jurisprudência do T. J. da U.E., na sequência do acórdão proferido, em 1999, no caso *Eco Swiss China Time v. Benetton International B.V.*) mais profundo do que a que terá lugar em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, visto que, aqui, a verificação dessa compatibilidade incidirá sobre o conteúdo da sentença e não apenas sobre o resultado a que conduza o reconhecimento ou a execução da sentença, como acontece em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, nos termos do disposto no artigo 56.º, n.º 1, b), ii) deste projecto de nova LAV - v. a nota respectiva *infra*.

convenções que vinculem o Estado Português, as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal português competente, nos termos do disposto no presente capítulo desta lei¹⁸¹.

ARTIGO 56.º

(Fundamentos de recusa do reconhecimento e execução)

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro só podem ser recusados:

- a) A pedido da parte contra a qual a sentença for invocada, se essa parte fornecer ao tribunal competente ao qual é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de que¹⁸²:
 - i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade ; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de indicação a este respeito, nos termos da lei do país em que a sentença foi proferida; ou
 - ii) A parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que, por outro motivo, não lhe foi dada oportunidade de fazer valer os seus direitos; ou

¹⁸¹ Ao contrário do entendimento (erróneo e, por isso, justamente criticado pela doutrina portuguesa que sobre este tema se tem pronunciado) que tem sido acolhido em jurisprudência constante dos tribunais superiores portugueses, a adesão de Portugal à Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras não acarretou a total desconsideração do disposto nos arts. 1094.º a 1102.º do C.P.C. relativamente às sentenças arbitrais estrangeiras abrangidas por tal Convenção, mas tão somente implicou a adaptação (que não necessita de ser muito compreensiva, como tem sido mostrado em alguns estudos publicados no nosso país, após a adesão de Portugal àquela Convenção) do dispositivo daqueles artigos às normas imperativas contidas naquela Convenção. De qualquer modo, essa jurisprudência será superada pela publicação presente lei.

¹⁸² Fontes Lei-Modelo da Uncitral, art. 36.º, n.º 1, (a) (i), (ii), (iii), (iv) e (v); Convenção de Nova Iorque, artigo V, n.º 1, (a), (b), (c), (d) e (e).

- iii) A sentença se pronuncia sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam os termos desta; contudo, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não tinham sido submetidas à arbitragem, poderão reconhecer-se e executar-se unicamente as primeiras; ou
 - iv) A constituição do tribunal ou o processo arbitral não foram conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar¹⁸³; ou
 - v) A sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou a abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida; ou
- b) Se o tribunal verificar que:
- i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português¹⁸⁴; ou
 - ii) O reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português¹⁸⁵.

¹⁸³ Neste sub-álnea (iv) procurou respeitar-se integralmente o conteúdo (sentido) do artigo V, (1), (c) da Convenção de Nova Iorque bem como o do art. 36, n.º 1, (a), (iii) da Lei-Modelo da Uncitral, simplificando-se, embora a sua redacção, à semelhança do que se fez no art. 75, (2), c) da Lei Peruana de 2008.

¹⁸⁴ Fontes Lei-Modelo da Uncitral, art. 36 (1), (b), (i); Convenção de Nova Iorque, artigo V, n.º 2, (a).

¹⁸⁵ Fonte: Esta disposição teve por fonte o art. 1096.º, f) do C.P.C. que (tal como é interpretado pacificamente pela doutrina portuguesa de Direito Internacional Privado, em sede de reconhecimento de sentenças judiciais estrangeiras) atribui à reserva ou excepção da ordem pública internacional do Estado Português um papel mais reduzido do que o que resulta de letra do artigo V, n.º 2, (h) da Convenção de Nova Iorque (que coincide, de resto, com o papel que ordem pública internacional do Estado português é chamada a exercer ao abrigo do artigo 54.º do presente Projecto de nova LAV). Nesta medida, o Projecto de nova LAV consagra um regime de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras mais favorável a esse reconhecimento e execução do que o exigido (como mínimo) por aquela Convenção, o que é perfeitamente conforme ao artigo VII (como se encontra claramente explicado em qualquer exemplar da vastíssima literatura que contém comentários à Convenção de Nova Iorque). Por conse-

2. Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentado num tribunal do país referido no n.º 1, alínea a), subalínea (v) do presente artigo, o tribunal estadual português ao qual foi pedido o seu reconhecimento e execução pode, se o julgar apropriado, suspender a instância, podendo ainda, a requerimento da parte que pediu esse reconhecimento e execução, ordenar à outra parte que preste caução adequada¹⁸⁶.

ARTIGO 57.º

(Trâmites do processo de reconhecimento)

1. A parte que pretenda o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, nomeadamente para que esta venha a ser executada em Portugal, deve fornecer o original da sentença devidamente autenticado ou uma cópia devidamente certificada da mesma, bem como o original da convenção de arbitragem ou uma cópia devidamente autenticada da mesma. Se a sentença ou a convenção não estiverem redigidas em português, a parte requerente fornecerá uma tradução devidamente certificada nesta língua¹⁸⁷.

2. Apresentada a petição de reconhecimento, acompanhada dos documentos referidos no número anterior, é a parte contrária citada para, dentro de 15 dias, deduzir a sua oposição.

3. Findos os articulados e realizadas as diligências que o relator tenha por indispensáveis, é facultado o exame do processo, para alegações, às partes e ao Ministério Público, pelo prazo de 15 dias.

4. O julgamento faz-se segundo as regras próprias da apelação.

guinte, também por esta via, o projecto de nova LAV colocará o direito português entre os mais favoráveis ao reconhecimento da valia da arbitragem no âmbito do comércio internacional.-

¹⁸⁶ Lei-Modelo da Uncitral, art. 36.º, n.º 2; Convenção de Nova Iorque, artigo VI.

¹⁸⁷ Fontes: Lei-Modelo da Uncitral, art. 35.º, n.º 2; Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, artigo IV.

ARTIGO 58.º

(Sentenças estrangeiras sobre litígios de direito administrativo)

No reconhecimento da sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro e relativa a litígio que, segundo o direito português, esteja compreendido na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos, deve observarse, com as necessárias adaptações ao regime processual específico destes tribunais, o disposto no artigos 56.º, 57.º e 59.º, n.º 6, do presente diploma¹⁸⁸.

CAPÍTULO XI

Dos Tribunais Estaduais Competentes

ARTIGO 59.º

(Dos tribunais estaduais competentes)¹⁸⁹

1. Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea g) do n.º 1 do presente artigo, esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, será competente¹⁹⁰ para decidir sobre:

¹⁸⁸ Dado que a Convenção de Nova Iorque é aplicável a sentenças arbitrais proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro e relativas a litígios que, segundo o direito português, estão compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos (dado que Portugal, ao aderir esta Convenção não fez a reserva da "comercialidade" do litígio prevista no artigo I, n.º 3, desta Convenção), importa regular qual o tribunal competente e como se deve proceder à revisão dessas sentenças.

¹⁸⁹ O presente artigo tem como fontes (em parte): a Lei Alemã (ZPO), § 1062; Lei Modelo da Uncitral, art. 6 (em muito pequena parte).

¹⁹⁰ V. o artigo do Professor Peter Schlosser citado na nota 4 *supra*, a defesa muito enfática da competência quase exclusiva dos "Oberlandesgerichte" (tribunais de 2.ª instância equivalentes às francesas "Cours d'appel" e ao nossos Tribunais da Relação) como a melhor solução para a escolha dos tribunais competentes para intervir (mediante um processo simplificado e acelerado) no litígios e processo relativos arbitragem (e de cujas decisões proferidas em matéria de arbitragem só em raros casos se admite recurso para o Supremo Tribunal Federal). Explica o Professor Schlosser que o exemplo proporcionado pela excelente experiência da intervenção da *Cours d'appel* neste

- a) A nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º;
- b) A recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14.º, contra um árbitro que a não tenha aceite, no caso de considerar justificada a recusa;
- c) A destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15.º;
- d) A redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17.º;
- e) O recurso da sentença arbitral, quando este tenha sido convenionado ao abrigo do artigo 39.º, n.º 4;
- f) A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 9 do artigo 18.º;
- g) A impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46.º;
- h) O reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.

domínio ajudou decisivamente a Comissão Redactora da Lei Alemã a convencer-se de que esta era a melhor solução. A única excepção – refere o mesmo autor – àquela tendencial exclusividade é constituída pela competência para dar assistência ao tribunal arbitral em matéria de obtenção de provas que pertence ao tribunal de 1.ª instância. Esta é também a opção tomada neste Projecto de nova LAV, uma vez que entendemos também (sem nenhum desprimor para os juizes da primeira instância que exercem a sua missão em difíceis condições) que a intervenção dos tribunais estaduais em matéria de arbitragem deve ser tendencialmente reservada a juizes experientes e tenham condições para, por um lado, poderem adquirir o conhecimentos e a atitude mental específica que este importantíssima função requer para ser efectivamente favorável à arbitragem, e que, por outro lado, possam decidir em prazo muito mais curto do que o longuíssimo tempo que caracteriza a tomada de decisão nos tribunais de 1.ª instância. Por isso, neste Projecto de LAV, aos tribunais de 1.ª instância apenas se comete a assistência à arbitragem em matéria de obtenção de provas e de providências cautelares; tudo o mais é reservado aos tribunais de 2.ª instância (em muitos casos, sem que das suas decisões caiba recurso).

2. A nomeação de árbitro referida na alínea a) do n.º 1 do presente artigo cabe o Presidente do Tribunal da Relação que for territorialmente competente¹⁹¹.

3. Relativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, é territorialmente competente o Tribunal Central Administrativo, quando se trate de matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo, cabendo ao seu Presidente fazer a nomeação prevista na alínea a) do n.º 1.

4. Para quaisquer questões ou matérias não abrangidas pelos números 1, 2 e 3 do presente artigo e relativamente às quais o presente diploma confira competência a um tribunal estadual, são competentes o tribunal judicial de 1.ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situa o local da arbitragem, consoante se trate, respectivamente, de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos.

5. Em relação a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais judiciais, quando se trate do reconhecimento de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro ou das formas de assistência que os tribunais portugueses devam prestar a arbitragens localizadas no estrangeiro, ao abrigo dos artigos 29.º e 38.º, n.º 2, da presente lei, são competentes, respectivamente, o Tribunal da Relação de Lisboa ou o tribunal judicial de 1.ª instância em cuja circunscrição deva ser decretada a providência cautelar, segundo as regras de competência territorial contidas no art. 83.º do Código do Processo Civil, ou em que deva ter lugar a produção de prova solicitada ao abrigo do art. 38.º, n.º 2, da presente lei.

6. Quando, relativamente a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, se trate do reconhecimento de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro ou das formas de assistência que, nos termos da presente lei, os tribunais estaduais devam prestar a arbitragens localizadas no estrangeiro, são competentes, respectivamente, o Tribunal Central Administrativo ou o tribunal administrativo de círculo territorialmente competente de acordo com o disposto

¹⁹¹ Fonte: art.12.º da actual LAV.

na parte final do n.º 5 do presente artigo, aplicado com as adaptações necessárias ao regime específico dos tribunais administrativos.

7. Nos processos conducentes às decisões referidas no n.º 1 do presente artigo, o tribunal competente deve observar o disposto nos artigos 46.º, 56.º, 57.º, 58.º e 60.º da presente lei.

8. Salvo quando no presente diploma se preceitue que a decisão do tribunal estadual competente é insusceptível de recurso, das decisões proferidas pelos tribunais referidos no números anteriores deste artigo, de acordo com o que neles se dispõe, cabe recurso para o tribunal ou tribunais hierarquicamente superiores, sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa.

9. A execução da sentença arbitral proferida em Portugal corre no tribunal estadual de 1.ª instância competente, nos termos da lei de processo aplicável¹⁹².

10. Para a acção tendente a efectivar a responsabilidade civil de um árbitro, são competentes os tribunais judiciais de 1.ª instância em cuja circunscrição se situe o domicílio do réu ou do lugar da arbitragem, à escolha do autor.

ARTIGO 60.º (Processo aplicável)

1. Nos casos em que se pretenda que o tribunal estadual competente profira uma decisão ao abrigo de qualquer das alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 59.º, deve o interessado indicar no seu requerimento os factos que justificam o seu pedido, nele incluindo a informação que considere relevante para o efeito.

2. Recebido o requerimento previsto no número anterior, são notificadas as demais partes na arbitragem e, se for caso disso, o tribunal arbitral, para, no prazo de 10 dias, dizerem o que se lhes ofereça sobre o conteúdo do mesmo.

3. Antes de proferir decisão, o tribunal pode, se entender necessário, colher ou solicitar as informações convenientes para a prolação da sua decisão.

¹⁹² Fontes: actual LAV, art. 30.º, e a generalidade das leis estrangeiras consultadas, com as adaptações respeitantes ao regime da acção executiva em cada um desses ordenamentos jurídicos.

4. Os processos previstos nos números anteriores do presente artigo revestem sempre carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente¹⁹³.

CAPÍTULO XII Disposições Finais

ARTIGO 61.º (Âmbito de aplicação no espaço)

A presente lei é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro¹⁹⁴.

ARTIGO 62.º (Litígios em matéria laboral)

A submissão a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho será regulada por lei especial¹⁹⁵.

¹⁹³ Procurou-se regular neste artigo, de uma forma muito simples, os trâmites do processo de jurisdição voluntária através do qual ao tribunal estadual competente (Tribunal da Relação ou Tribunal Central Administrativo) deverão exercer os importantíssimos poderes que lhes são conferidos pela presente lei, prestando a assistência necessária para que os processos arbitrais decorram eficientemente e com integral respeito pelos princípios fundamentais que os regem.

¹⁹⁴ Fontes: actual LAV, art. 37; Lei-Modelo da Uncitral, art. 1(2); Lei Alemã (ZPO), § 1025(1); Lei Espanhola, art. 1, n.º 1. Esta solução territorialista é adoptada pela generalidade das leis estrangeiras sobre arbitragem voluntária.

¹⁹⁵ Na maioria dos ordenamentos jurídicos que se reclamam da conformidade com o modelo do Estado de Direito, os litígios relativos a contratos de trabalho podem ser submetidos a arbitragem voluntária. Em Itália, admite-se, desde há muito tempo, essa possibilidade, desde que (i) a mesma esteja prevista nos contratos e acordos colectivos de trabalho aplicáveis, (ii) os árbitros julguem sempre segundo o direito constituído (e não segundo a equidade) e (iii) da sentença que profiram sobre o fundo da causa caiba sempre recurso para os tribunais estaduais, como se de uma sentença proferida por

ARTIGO 63.º

(Centros de arbitragem institucionalizada)

1. A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do disposto em legislação especial¹⁹⁶.

2. Considera-se feita para o presente artigo a remissão constante do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, para o artigo 38.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

ARTIGO 64.º

(Alterações ao Código do Processo Civil)

1. Os artigos 812.º-D, g), 815.º e 1094.º do Código do Processo Civil passam a ter a seguinte redacção:

tribunal de trabalho de 1.ª instância se tratasse (v. CPC Italiano, arts. 806.º, n.º 2, e 409.º). Mesmo em França, país onde também existe, desde há muito tempo, o "tabu" da inarbitrabilidade dos conflitos individuais de trabalho, vários autores têm vindo a propor a sua ultrapassagem, desde que se criem, neste domínio, algumas garantias contra abusos que possam lesar os trabalhadores; v. sobre este tema, nesse sentido, Estelle Courtois-Champenois - "L'arbitrage des litiges en droit du travail: la découverte d'une institution française en disgrâce" Revue de l'Arbitrage - 2003, n.º 2, pp. 349-380. Apesar das razões acima apontadas a favor da possibilidade de submissão a arbitragem voluntária dos litígios emergentes ou relativos a contratos individuais de trabalho, o imperativo constitucional e legal de sobre esta matéria se consultar e discutir adequadamente tal matéria com as organizações representativas dos trabalhadores, recomenda que esta matéria seja deixada para legislação especial. Da arbitrabilidade de tais litígios parece, em qualquer caso, dever ser excluídos os litígios emergentes acidentais de trabalho (por diversos motivos, o principal dos quais reside na relação triangular que neles existe entre o trabalhador lesado, a entidade patronal e companhia de seguros, contra qual aquele tem acção directa e principal, sendo que a seguradora só em casos muito excepcionais seria parte na convenção de arbitragem).

¹⁹⁶ Entendeu-se ser conveniente manter o controlo do Ministério da Justiça sobre a criação de centros de arbitragem institucionalizada, mas deixando, do mesmo passo, esclarecido que tal controlo só incide sobre os centros de arbitragem constituídos no nosso país, por forma a dissipar completamente as dúvidas que, durante algum tempo, se suscitaram sobre a possibilidade de reputadíssimos centros estrangeiros ou internacionais de arbitragem institucionalizada (que obviamente não dispunham daquela autorização ministerial) administrarem arbitragens localizadas em Portugal.

"Artigo 812.º-D

(Remessa do processo para despacho liminar)

O agente de execução que reciba o processo deve analisá-lo e remetê-lo electronicamente ao juiz para despacho liminar nos seguintes casos:

g) Se, pedida a execução de sentença arbitral, o agente de execução duvidar de que o litígio pudesse ser cometido à decisão por árbitros, quer por estar submetido, por lei especial, exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, quer por o direito controvertido não ter carácter patrimonial e não poder ser objecto de transacção."¹⁹⁷

"Artigo 815.º¹⁹⁸

(Fundamentos de oposição à execução baseada em decisão arbitral)

São fundamentos de oposição à execução baseada em sentença arbitral não apenas os previstos no artigo anterior mas também aqueles em que pode basear-se a anulação judicial da mesma decisão, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 48.º da lei sobre arbitragem voluntária"¹⁹⁹

"Artigo 1094.º

(Necessidade de revisão)

1. Sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos da União Europeia e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada.

2.

2. É revogado o artigo 1097.º do Código do Processo Civil.

¹⁹⁷ Neste artigo do CPC, onde se refere a verificação da arbitrabilidade do litígio sobre o qual incidira a sentença exequenda, que o juiz da execução deve fazer officiosamente até ao primeiro acto de transmissão de bens penhorados, substituiu-se o critério da disponibilidade do direito pelo da patrimonialidade combinado com o da transigibilidade, em consonância com o disposto no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 deste Projecto de LAV.

¹⁹⁸ Aditado pelo DL n.º 226/2008 de 20-11-2008.

¹⁹⁹ V. a nota respeitante ao art. 47, n.º 2, deste Projecto de nova LAV.

ARTIGO 65.º

(Remissões)

Quaisquer remissões contidas em diplomas legais ou regulamentares para as disposições da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, considerar-se-ão como feitas para as disposições correspondentes da presente lei.

ARTIGO 66.º

(Direito revogado)

1. É revogada a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

2. São também revogados o n.º 2 do artigo 181.º e o artigo 186.º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos.

ARTIGO 67.º

(Entrada em vigor)

O presente diploma entra em vigor três meses após a data da sua publicação.

ARTIGO 68.º

(Disposições transitórias)

1. O presente diploma é aplicável aos processos arbitrais que, no termos do n.º 1 do artigo 33.º, tenham início após a sua entrada em vigor, salvo o disposto nos números seguintes.

2. O presente diploma pode ser aplicado aos processos arbitrais iniciados antes da sua entrada em vigor, se ambas as partes nisso acordarem ou se uma das partes formular proposta nesse sentido e a outra a tal não se opuser no prazo de 15 dias a contar da respectiva recepção.

3. As partes das convenções de arbitragem celebradas antes da entrada em vigor da presente lei manterão o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral, se aqueles fossem admissíveis de acordo com o artigo 29.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, caso o processo arbitral houvesse decorrido ao abrigo deste diploma.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DO ÁRBITRO (2010)***Introdução**

A adopção do presente Código Deontológico do Árbitro visa, não só consagrar as regras éticas que devem enformar a conduta dos árbitros, mas também promover a confiança na arbitragem como meio idóneo e justo de resolução de litígios. O Código não se assume como um conjunto exaustivo de regras de conduta, mas antes como um quadro de referência, elaborado a partir das melhores práticas internacionais.

Em certos aspectos, as normas aqui consignadas poderão ser mera repetição de disposições contidas na lei ou em regulamento que reja a arbitragem em causa. O presente Código não pretende substituir-se a tais disposições ou a cláusulas contratuais que as partes hajam adoptado. As normas aqui previstas estão sujeitas às disposições da lei e dos regulamentos arbitrais aplicáveis, como assim ao convencionado pelas partes.

Art. 1.º – Princípio Geral

1. Todo o árbitro está obrigado a agir com imparcialidade e independência, respeitando e fazendo respeitar o prestígio e a eficiência da arbitragem como meio justo de resolução de litígios.

2. Salvo quando disposição da lei ou de regulamento arbitral aplicável outra coisa dispuser, os membros da Associação Portuguesa de Arbitragem devem respeitar os princípios deontológicos previstos no presente código, enquanto princípios inerentes à função de árbitro.

Art. 2.º – Aceitação das Funções de Árbitro

Aquele que for convidado a exercer as funções de árbitro ("árbitro convidado") apenas pode aceitar tal encargo se considerar possuir os conhecimentos adequados à apreciação da questão ou questões objecto de litígio e, bem assim, dispuser do tempo previsivelmente necessário para o efeito.

* Versão aprovada na Assembleia Geral da Associação Portuguesa de Arbitragem, realizada em 12 de Março de 2010.

Art. 3.º – Imparcialidade e Independência

1. O árbitro deve julgar com absoluta imparcialidade e independência as questões que forem submetidas à sua apreciação.

2. O árbitro designado pela parte não é seu representante ou mandatário, estando, em todas as circunstâncias, sujeito às obrigações deontológicas previstas neste Código.

3. O árbitro não deve permitir que qualquer tipo de preconceito, interesse pessoal, pressão externa ou receio de crítica afecte o sentido da sua decisão.

4. Quer durante quer depois de concluída a arbitragem, nenhum árbitro deve aceitar oferta ou favor proveniente, directa ou indirectamente, de qualquer das partes, salvo se corresponder aos usos sociais aceitáveis no domínio da arbitragem.

Art. 4.º – Dever de Revelação

1. O árbitro e o árbitro convidado têm o dever de revelar todos os factos e circunstâncias que possam fundamentamente justificar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência, mantendo-se tal obrigação até à extinção do seu poder jurisdicional.

2. Antes de aceitar o encargo, o árbitro convidado deve informar a parte que o houver proposto quanto ao seguinte:

- a) Qualquer relação profissional ou pessoal com as partes ou com os seus representantes legais que o árbitro convidado considere relevante;
- b) Qualquer interesse económico ou financeiro, directo ou indirecto, no objecto da disputa;
- c) Qualquer conhecimento prévio que possa ter tido do objecto da disputa.

2. Após aceitar o encargo, o árbitro deve informar por escrito as partes e, tratando-se de tribunal arbitral colectivo, os outros árbitros, bem como a instituição responsável pela administração da arbitragem que o tenha nomeado, sobre os factos e circunstâncias previstos no n.º 2, quer preexistentes à aceitação do encargo, quer supervenientes.

3. Havendo dúvida sobre a relevância de qualquer facto, circunstância ou relação, prevalecerá sempre o dever de revelação.

4. Salvo se outra coisa resultar da mesma, a revelação dos factos e circunstâncias previstos no n.ºs 2 e 3 por parte do árbitro convidado e do árbitro não poderá ser entendida como declaração de que aquele não se considera imparcial e independente e que, conseqüentemente, não está apto a desempenhar as funções de árbitro.

Art. 5.º – Recusa de Árbitro

1. O árbitro a quem todas as partes oponham suspeita de parcialidade ou de falta de independência deve renunciar imediatamente ao exercício das suas funções.

2. Se alguma, mas não a totalidade, das partes opuser suspeita de parcialidade ou falta de independência, deve o árbitro renunciar salvo se:

- a. existirem na lei, na convenção de arbitragem ou em acordo celebrado pelas partes, regras específicas para a dedução de suspeição do árbitro; ou se
- b. o árbitro, depois de considerar a suspeição, entender que esta não tem fundamento, que pode desempenhar as suas funções com imparcialidade e independência, e desde que não fique comprometida a credibilidade e eficiência do Tribunal Arbitral.

Art. 6.º – Proibição de Comunicar com as Partes

1. Antes de aceitar o encargo, o árbitro convidado apenas pode solicitar à parte que o convidar uma descrição sumária do litígio, a identificação das partes, co-árbitros e mandatários se os houver, o teor da convenção de arbitragem e a indicação do prazo previsto para a conclusão da mesma.

2. Salvo o disposto no número seguinte, o árbitro designado não pode comunicar em privado com as partes ou seus mandatários antes da constituição do tribunal arbitral.

3. Tratando-se de tribunal arbitral em que os árbitros designados pelas partes têm a incumbência de escolher o árbitro presidente, cada um daqueles poderá consultar a parte que o designar sobre a escolha do presidente.

4. Na pendência da instância arbitral o árbitro deve abster-se de qualquer comunicação com uma das partes ou seus mandatários relativamente ao objecto do litígio.

Art. 7.º – Dever de Diligência

1. O árbitro deve conduzir a arbitragem da forma mais rápida, eficaz e económica que for compatível com o respeito pelas garantias processuais das partes.

2. O árbitro deve consagrar à arbitragem todo o tempo e atenção que se mostrem necessários à cabal compreensão e julgamento dos factos objecto da lide.

Art. 8.º – Honorários e Despesas

1. Salvo quando tal matéria tenha sido regulada directa ou indirectamente na convenção de arbitragem, os honorários do árbitro e o modo de reembolso das despesas em que incorra no exercício da sua função devem ser objecto de acordo entre ele e as partes, antes do início do processo arbitral.

2. É vedado ao árbitro designado por uma parte ajustar com esta o montante dos seus honorários e despesas ou qualquer outra retribuição relacionada com o exercício da sua função.

Art. 9.º – Confidencialidade

Sem prejuízo do disposto na lei, o árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e da decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o objectivo de alcançar um ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem.

Art. 10.º – Proibição de Angariação de Nomeações

Ninguém deve procurar activamente ser nomeado para qualquer arbitragem, mas qualquer pessoa poderá divulgar publicamente a sua experiência em matéria arbitral, ressalvados os deveres de confidencialidade.

Art. 11.º – Envolvimento em Propostas de Transacção

1. Os árbitros podem sempre sugerir às partes a oportunidade de procurarem uma transacção ou uma conciliação para a resolução do litígio, mas não devem influenciar a opção das partes nesse sentido, designadamente dando a entender que já formaram um juízo sobre o resultado da arbitragem.

2. Quando as partes o hajam requerido ou dado o seu acordo à sugestão feita nesse sentido pelo tribunal arbitral, pode este, quer actuando colegialmente quer através do seu presidente, se tal for considerado mais adequado, fazer propostas de transacção a ambas as partes, simultaneamente na presença de ambas.

Art. 12.º – Disposições Finais

A totalidade ou parte das normas do presente Código pode ser adoptada por quaisquer entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas, bem como pelas partes envolvidas numa arbitragem *ad hoc* ou por qualquer tribunal arbitral.

28-01-2010

IBA RULES ON THE TAKING OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2010)*

Preamble

1. These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations, particularly those between Parties from different legal traditions. They are designed to supplement the legal provisions and the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration.

2. Parties and Arbitral Tribunals may adopt the IBA Rules of Evidence, in whole or in part, to govern arbitration proceedings, or they may vary them or use them as guidelines in developing their own procedures. The Rules are not intended to limit the flexibility that is inherent in, and an advantage of, international arbitration, and Parties and Arbitral Tribunals are free to adapt them to the particular circumstances of each arbitration.

3. The taking of evidence shall be conducted on the principles that each Party shall act in good faith and be entitled to know, reasonably in advance of any Evidentiary Hearing or any fact or merits determination, the evidence on which the other Parties rely.

Definitions

In the IBA Rules of Evidence:

'*Arbitral Tribunal*' means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

'*Claimant*' means the Party or Parties who commenced the arbitration and any Party who, through joinder or otherwise, becomes aligned with such Party or Parties;

* Texto adoptado por Resolução do Conselho da Internacional Bar Association em 29 de Maio de 2010.

'Document' means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means;

'Evidentiary Hearing' means any hearing, whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal, whether in person, by teleconference, videoconference or other method, receives oral or other evidence;

'Expert Report' means a written statement by a Tribunal-Appointed Expert or a Party-Appointed Expert;

'General Rules' mean the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration;

'IBA Rules of Evidence' or 'Rules' means these IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, as they may be revised or amended from time to time;

'Party' means a party to the arbitration;

'Party-Appointed Expert' means a person or organisation appointed by a Party in order to report on specific issues determined by the Party;

'Request to Produce' means a written request by a Party that another Party produce Documents;

'Respondent' means the Party or Parties against whom the Claimant made its claim, and any Party who, through joinder or otherwise, becomes aligned with such Party or Parties, and includes a Respondent making a counter-claim;

'Tribunal-Appointed Expert' means a person or organisation appointed by the Arbitral Tribunal in order to report to it on specific issues determined by the Arbitral Tribunal; and

'Witness Statement' means a written statement of testimony by a witness of fact.

Article 1 – Scope of Application

1. Whenever the Parties have agreed or the Arbitral Tribunal has determined to apply the IBA Rules of Evidence, the Rules shall govern the taking of evidence, except to the extent that any specific provision of them may be found to be in conflict with any mandatory provision of law determined to be applicable to the case by the Parties or by the Arbitral Tribunal.

2. Where the Parties have agreed to apply the IBA Rules of Evidence, they shall be deemed to have agreed, in the absence of a contrary indication, to the version as current on the date of such agreement.

3. In case of conflict between any provisions of the IBA Rules of Evidence and the General Rules, the Arbitral Tribunal shall apply the IBA Rules of

Evidence in the manner that it determines best in order to accomplish the purposes of both the General Rules and the IBA Rules of Evidence, unless the Parties agree to the contrary.

4. In the event of any dispute regarding the meaning of the IBA Rules of Evidence, the Arbitral Tribunal shall interpret them according to their purpose and in the manner most appropriate for the particular arbitration.

5. Insofar as the IBA Rules of Evidence and the General Rules are silent on any matter concerning the taking of evidence and the Parties have not agreed otherwise, the Arbitral Tribunal shall conduct the taking of evidence as it deems appropriate, in accordance with the general principles of the IBA Rules of Evidence.

Article 2 – Consultation on Evidentiary Issues

1. The Arbitral Tribunal shall consult the Parties at the earliest appropriate time in the proceedings and invite them to consult each other with a view to agreeing on an efficient, economical and fair process for the taking of evidence.

2. The consultation on evidentiary issues may address the scope, timing and manner of the taking of evidence, including:

- (a) the preparation and submission of Witness Statements and Expert Reports;

- (b) the taking of oral testimony at any Evidentiary Hearing;
- (c) the requirements, procedure and format applicable to the production of Documents;
- (d) the level of confidentiality protection to be afforded to evidence in the arbitration; and
- (e) the promotion of efficiency, economy and conservation of resources in connection with the taking of evidence.

3. The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issues:

- (a) that the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case and material to its outcome; and/or
- (b) for which a preliminary determination may be appropriate.

Article 3 – Documents

1. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, each Party shall submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties all Documents available to it on which it relies, including public Documents and those in the public domain, except for any Documents that have already been submitted by another Party.

2. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party may submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties a Request to Produce.

3. A Request to Produce shall contain:

- (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or
- (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner;
- (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and

- (c) (i) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and
- (ii) a statement of the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party.

4. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, the Party to whom the Request to Produce is addressed shall produce to the other Parties and, if the Arbitral Tribunal so orders, to it, all the Documents requested in its possession, custody or control as to which it makes no objection.

5. If the Party to whom the Request to Produce is addressed has an objection to some or all of the

Documents requested, it shall state the objection in writing to the Arbitral Tribunal and the other Parties within the time ordered by the Arbitral Tribunal. The reasons for such objection shall be any of those set forth in Article 9.2 or a failure to satisfy any of the requirements of Article 3.3.

6. Upon receipt of any such objection, the Arbitral Tribunal may invite the relevant Parties to consult with each other with a view to resolving the objection.

7. Either Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, request the Arbitral Tribunal to rule on the objection. The Arbitral Tribunal shall then, in consultation with the Parties and in timely fashion, consider the Request to Produce and the objection. The Arbitral Tribunal may order the Party to whom such Request is addressed to produce any requested Document in its possession, custody or control as to which the Arbitral Tribunal determines that (i) the issues that the requesting Party wishes to prove are relevant to the case and material to its outcome; (ii) none of the reasons for objection set forth in Article 9.2 applies; and (iii) the requirements of Article 3.3 have been satisfied. Any such Document shall be produced to the other Parties and, if the Arbitral Tribunal so orders, to it.

8. In exceptional circumstances, if the propriety of an objection can be determined only by review of the Document, the Arbitral Tribunal may determine that it should not review the Document. In that event, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, appoint an independent and impartial expert, bound to confidentiality, to review any such Document and to report on the objection. To the extent that the objection is upheld by the Arbitral Tribunal, the expert shall not disclose to the Arbitral Tribunal and to the other Parties the contents of the Document reviewed.

9. If a Party wishes to obtain the production of Documents from a person or organisation who is not a Party to the arbitration and from whom the Party cannot obtain the Documents on its own, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are legally available to obtain the requested Documents, or seek leave from the Arbitral Tribunal to take such steps itself. The Party shall submit such request to the Arbitral Tribunal and to the other Parties in writing, and the request shall contain the particulars set forth in Article 3.3, as applicable. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take, authorize the requesting Party to take, or order any other Party to take, such steps as the Arbitral Tribunal considers appropriate if, in its discretion, it determines that (i) the Documents would be relevant to the case and material to its outcome, (ii) the requirements of Article 3.3, as applicable, have been satisfied and (iii) none of the reasons for objection set forth in Article 9.2 applies.

10. At any time before the arbitration is concluded, the Arbitral Tribunal may (i) request any Party to produce Documents, (ii) request any Party to use its best efforts to take or (iii) itself take, any step that it considers appropriate to obtain Documents from any person or organisation. A Party to whom such a request for Documents is addressed may object to the request for any of the reasons set forth in Article 9.2. In such cases, Article 3.4 to Article 3.8 shall apply correspondingly.

11. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, the Parties may submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties any additional Documents on which they intend to rely or which they believe have become relevant to the case and material to its outcome as a consequence of the issues raised in Documents, Witness Statements or Expert Reports submitted or produced, or in other submissions of the Parties.

12. With respect to the form of submission or production of Documents:

- (a) copies of Documents shall conform to the originals and, at the request of the Arbitral Tribunal, any original shall be presented for inspection;
- (b) Documents that a Party maintains in electronic form shall be submitted or produced in the form most convenient or economical to it that is reasonably usable by the recipients, unless the Parties agree otherwise or, in the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal decides otherwise;
- (c) a Party is not obligated to produce multiple copies of Documents which are essentially identical unless the Arbitral Tribunal decides otherwise; and
- (d) translations of Documents shall be submitted together with the originals and marked as translations with the original language identified.

13. Any Document submitted or produced by a Party or non-Party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the Arbitral Tribunal and the other Parties, and shall be used only in connection with the arbitration. This requirement shall apply except and to the extent that disclosure may be required of a Party to fulfil a legal duty, protect or pursue a legal right, or enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority. The Arbitral Tribunal may issue orders to set forth the terms of this confidentiality. This requirement shall be without prejudice to all other obligations of confidentiality in the arbitration.

14. If the arbitration is organised into separate issues or phases (such as jurisdiction, preliminary determinations, liability or damages), the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, schedule the submission of Documents and Requests to Produce separately for each issue or phase.

Article 4 – Witnesses of Fact

1. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, each Party shall identify the witnesses on whose testimony it intends to rely and the subject matter of that testimony.

2. Any person may present evidence as a witness, including a Party or a Party's officer, employee or other representative.

3. It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them.

4. The Arbitral Tribunal may order each Party to submit within a specified time to the Arbitral Tribunal and to the other Parties Witness Statements by each witness on whose testimony it intends to rely, except for those witnesses whose testimony is sought pursuant to Articles 4.9 or 4.10. If Evidentiary Hearings are organised into separate issues or phases (such as jurisdiction, preliminary determinations, liability or damages), the Arbitral Tribunal or the Parties by agreement may schedule the submission of Witness Statements separately for each issue or phase.

5. Each Witness Statement shall contain:

- (a) the full name and address of the witness, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience, if such a description may be relevant to the dispute or to the contents of the statement;
- (b) a full and detailed description of the facts, and the source of the witness's information as to those facts, sufficient to serve as that witness's evidence in the matter in dispute. Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided;
- (c) a statement as to the language in which the Witness Statement was originally prepared and the language in which the witness anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing;
- (d) an affirmation of the truth of the Witness Statement; and
- (e) the signature of the witness and its date and place.

6. If Witness Statements are submitted, any Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties revised or additional Witness Statements, including statements from persons not previously named as witnesses, so long as any such revisions or additions respond only to matters contained in another Party's Witness Statements, Expert Reports or other submissions that have not been previously presented in the arbitration.

7. If a witness whose appearance has been requested pursuant to Article 8.1 fails without a valid reason to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, the Arbitral Tribunal shall disregard any Witness Statement related to that Evidentiary Hearing by that witness unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal decides otherwise.

8. If the appearance of a witness has not been requested pursuant to Article 8.1, none of the other Parties shall be deemed to have agreed to the correctness of the content of the Witness Statement.

9. If a Party wishes to present evidence from a person who will not appear voluntarily at its request, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are legally available to obtain the testimony of that person, or seek leave from the Arbitral Tribunal to take such steps itself. In the case of a request to the Arbitral Tribunal, the Party shall identify the intended witness, shall describe the subjects on which the witness's testimony is sought and shall state why such subjects are relevant to the case and material to its outcome. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take, authorize the requesting Party to take or order any other Party to take, such steps as the Arbitral Tribunal considers appropriate if, in its discretion, it determines that the testimony of that witness would be relevant to the case and material to its outcome.

10. At any time before the arbitration is concluded, the Arbitral Tribunal may order any Party to provide for, or to use its best efforts to provide for, the appearance for testimony at an Evidentiary Hearing of any person, including one whose testimony has not yet been offered. A Party to whom such a request is addressed may object for any of the reasons set forth in Article 9.2.

Article 5 – Party-Appointed Experts

1. A Party may rely on a Party-Appointed Expert as a means of evidence on specific issues. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, (i) each Party shall identify any Party-Appointed Expert on whose testimony it intends to rely and the subject-matter of such testimony; and (ii) the Party-Appointed Expert shall submit an Expert Report.

2. The Expert Report shall contain:

- (a) the full name and address of the Party-Appointed Expert, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal, and a description of his or her background, qualifications, training and experience;
- (b) a description of the instructions pursuant to which he or she is providing his or her opinions and conclusions;
- (c) a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal;
- (d) a statement of the facts on which he or she is basing his or her expert opinions and conclusions;
- (e) his or her expert opinions and conclusions, including a description of the methods, evidence and information used in arriving at the conclusions. Documents on which the Party-Appointed Expert relies that have not already been submitted shall be provided;
- (f) if the Expert Report has been translated, a statement as to the language in which it was originally prepared, and the language in which the Party-Appointed Expert anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing;
- (g) an affirmation of his or her genuine belief in the opinions expressed in the Expert Report;
- (h) the signature of the Party-Appointed Expert and its date and place; and
- (i) if the Expert Report has been signed by more than one person, an attribution of the entirety or specific parts of the Expert Report to each author.

3. If Expert Reports are submitted, any Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties revised or additional Expert Reports, including reports or statements from persons not previously identified as Party-Appointed Experts, so long as any such revisions or additions respond only to matters contained in another Party's Witness Statements, Expert Reports or other submissions that have not been previously presented in the arbitration.

4. The Arbitral Tribunal in its discretion may order that any Party-Appointed Experts who will submit or who have submitted Expert Reports on the same or related issues meet and confer on such issues. At such meeting, the Party-Appointed Experts shall attempt to reach agreement on the issues within the scope of their Expert Reports, and they shall record in writing any such issues on which they reach agreement, any remaining areas of disagreement and the reasons therefore.

5. If a Party-Appointed Expert whose appearance has been requested pursuant to Article 8.1 fails without a valid reason to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, the Arbitral Tribunal shall disregard any Expert Report by that Party-Appointed Expert related to that Evidentiary Hearing unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal decides otherwise.

6. If the appearance of a Party-Appointed Expert has not been requested pursuant to Article 8.1, none of the other Parties shall be deemed to have agreed to the correctness of the content of the Expert Report.

Article 6 – Tribunal-Appointed Experts

1. The Arbitral Tribunal, after consulting with the Parties, may appoint one or more independent Tribunal-Appointed Experts to report to it on specific issues designated by the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal shall establish the terms of reference for any Tribunal-Appointed Expert Report after consulting with the Parties. A copy of the final terms of reference shall be sent by the Arbitral Tribunal to the Parties.

2. The Tribunal-Appointed Expert shall, before accepting appointment, submit to the Arbitral Tribunal and to the Parties a description of his or her qualifications and a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, the Parties shall inform the Arbitral Tribunal whether they have any objections as to the Tribunal-Appointed Expert's qualifications and independence. The Arbitral Tribunal shall decide promptly whether to accept any such objection. After the appointment of a Tribunal-Appointed Expert, a Party may object to the expert's qualifications or independence only if the objection is for reasons of which the Party becomes aware after the appointment has been

made. The Arbitral Tribunal shall decide promptly what, if any, action to take.

3. Subject to the provisions of Article 9.2, the Tribunal-Appointed Expert may request a Party to provide any information or to provide access to any Documents, goods, samples, property, machinery, systems, processes or site for inspection, to the extent relevant to the case and material to its outcome. The authority of a Tribunal-Appointed Expert to request such information or access shall be the same as the authority of the Arbitral Tribunal. The Parties and their representatives shall have the right to receive any such information and to attend any such inspection. Any disagreement between a Tribunal-Appointed Expert and a Party as to the relevance, materiality or appropriateness of such a request shall be decided by the Arbitral Tribunal, in the manner provided in Articles 3.5 through 3.8. The Tribunal-Appointed Expert shall record in the Expert Report any non-compliance by a Party with an appropriate request or decision by the Arbitral Tribunal and shall describe its effects on the determination of the specific issue.

4. The Tribunal-Appointed Expert shall report in writing to the Arbitral Tribunal in an Expert Report. The Expert Report shall contain:

- (a) the full name and address of the Tribunal-Appointed Expert, and a description of his or her background, qualifications, training and experience;
- (b) a statement of the facts on which he or she is basing his or her expert opinions and conclusions;
- (c) his or her expert opinions and conclusions, including a description of the methods, evidence and information used in arriving at the conclusions. Documents on which the Tribunal-Appointed Expert relies that have not already been submitted shall be provided;
- (d) if the Expert Report has been translated, a statement as to the language in which it was originally prepared, and the language in which the Tribunal-Appointed Expert anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing;
- (e) an affirmation of his or her genuine belief in the opinions expressed in the Expert Report;

- (f) the signature of the Tribunal-Appointed Expert and its date and place; and
- (g) if the Expert Report has been signed by more than one person, an attribution of the entirety or specific parts of the Expert Report to each author.

5. The Arbitral Tribunal shall send a copy of such Expert Report to the Parties. The Parties may examine any information, Documents, goods, samples, property, machinery, systems, processes or site for inspection that the Tribunal-Appointed Expert has examined and any correspondence between the Arbitral Tribunal and the Tribunal-Appointed Expert. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party shall have the opportunity to respond to the Expert Report in a submission by the Party or through a Witness Statement or an Expert Report by a Party-Appointed Expert. The Arbitral Tribunal shall send the submission, Witness Statement or Expert Report to the Tribunal-Appointed Expert and to the other Parties.

6. At the request of a Party or of the Arbitral Tribunal, the Tribunal-Appointed Expert shall be present at an Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may question the Tribunal-Appointed Expert, and he or she may be questioned by the Parties or by any Party-Appointed Expert on issues raised in his or her Expert Report, the Parties' submissions or Witness Statement or the Expert Reports made by the Party-Appointed Experts pursuant to Article 6.5.

7. Any Expert Report made by a Tribunal-Appointed Expert and its conclusions shall be assessed by the Arbitral Tribunal with due regard to all circumstances of the case.

8. The fees and expenses of a Tribunal-Appointed Expert, to be funded in a manner determined by the Arbitral Tribunal, shall form part of the costs of the arbitration.

Article 7 – Inspection

Subject to the provisions of Article 9.2, the Arbitral Tribunal may, at the request of a Party or on its own motion, inspect or require the inspection by a Tribunal-Appointed Expert or a Party-Appointed Expert of any site, property, machinery or any other goods, samples, systems, pro-

cesses or Documents, as it deems appropriate. The Arbitral Tribunal shall, in consultation with the Parties, determine the timing and arrangement for the inspection. The Parties and their representatives shall have the right to attend any such inspection.

Article 8 – Evidentiary Hearing

1. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, each Party shall inform the Arbitral Tribunal and the other Parties of the witnesses whose appearance it requests. Each witness (which term includes, for the purposes of this Article, witnesses of fact and any experts) shall, subject to Article 8.2, appear for testimony at the Evidentiary Hearing if such person's appearance has been requested by any Party or by the Arbitral Tribunal. Each witness shall appear in person unless the Arbitral Tribunal allows the use of videoconference or similar technology with respect to a particular witness.

2. The Arbitral Tribunal shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may limit or exclude any question to, answer by or appearance of a witness, if it considers such question, answer or appearance to be irrelevant, immaterial, unreasonably burdensome, duplicative or otherwise covered by a reason for objection set forth in Article 9.2. Questions to a witness during direct and re-direct testimony may not be unreasonably leading.

3. With respect to oral testimony at an Evidentiary Hearing:

- (a) the Claimant shall ordinarily first present the testimony of its witnesses, followed by the Respondent presenting the testimony of its witnesses;
- (b) following direct testimony, any other Party may question such witness, in an order to be determined by the Arbitral Tribunal. The Party who initially presented the witness shall subsequently have the opportunity to ask additional questions on the matters raised in the other Parties' questioning;
- (c) thereafter, the Claimant shall ordinarily first present the testimony of its Party-Appointed Experts, followed by the Respondent presenting the testimony of its Party-Appointed Experts. The Party who initially presented the Party-Appointed Expert shall

subsequently have the opportunity to ask additional questions on the matters raised in the other Parties' questioning;

- (d) the Arbitral Tribunal may question a Tribunal-Appointed Expert, and he or she may be questioned by the Parties or by any Party-Appointed Expert, on issues raised in the Tribunal-Appointed Expert Report, in the Parties' submissions or in the Expert Reports made by the Party-Appointed Experts;
- (e) if the arbitration is organised into separate issues or phases (such as jurisdiction, preliminary determinations, liability and damages), the Parties may agree or the Arbitral Tribunal may order the scheduling of testimony separately for each issue or phase;
- (f) the Arbitral Tribunal, upon request of a Party or on its own motion, may vary this order of proceeding, including the arrangement of testimony by particular issues or in such a manner that witnesses be questioned at the same time and in confrontation with each other (witness conferencing);
- (g) the Arbitral Tribunal may ask questions to a witness at any time.

4. A witness of fact providing testimony shall first affirm, in a manner determined appropriate by the Arbitral Tribunal, that he or she commits to tell the truth or, in the case of an expert witness, his or her genuine belief in the opinions to be expressed at the Evidentiary Hearing. If the witness has submitted a Witness Statement or an Expert Report, the witness shall confirm it. The Parties may agree or the Arbitral Tribunal may order that the Witness Statement or Expert Report shall serve as that witness's direct testimony.

5. Subject to the provisions of Article 9.2, the Arbitral Tribunal may request any person to give oral or written evidence on any issue that the Arbitral Tribunal considers to be relevant to the case and material to its outcome. Any witness called and questioned by the Arbitral Tribunal may also be questioned by the Parties.

Article 9 – Admissibility and Assessment of Evidence

1. The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence.

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred;
- (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;
- (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or
- (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.

3. In considering issues of legal impediment or privilege under Article 9.2(b), and insofar as permitted by any mandatory legal or ethical rules that are determined by it to be applicable, the Arbitral Tribunal may take into account:

- (a) any need to protect the confidentiality of a Document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of providing or obtaining legal advice;
- (b) any need to protect the confidentiality of a Document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of settlement negotiations;
- (c) the expectations of the Parties and their advisors at the time the legal impediment or privilege is said to have arisen;
- (d) any possible waiver of any applicable legal impediment or privilege by virtue of consent, earlier disclosure, affirmative use of the Document, statement, oral communication or advice contained therein, or otherwise; and

- (e) the need to maintain fairness and equality as between the Parties, particularly if they are subject to different legal or ethical rules.

4. The Arbitral Tribunal may, where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be presented or considered subject to suitable confidentiality protection.

5. If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.

6. If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.

7. If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÔNICAS E RECENSÕES

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado; Antigo Juiz Constitucional

Sofia Ribeiro Mendes

Advogada

Crónica de Jurisprudência

I. Introdução

1. Nos dois primeiros números da *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* apareceram crónicas de jurisprudência, respeitantes aos anos de 2007 e de 2008 respectivamente, de nossa autoria. Em tais crónicas procedemos à análise crítica de jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, já que não foi possível termos acesso a decisões dos próprios tribunais arbitrais. Na primeira dessas crónicas manifestámos “a esperança de que, em crónicas futuras, seria possível analisar algumas sentenças arbitrais que cheguem ao nosso conhecimento e desde que seja lícito dar-lhes publicidade.”

A verdade é que, relativamente ao ano de 2008 não foi possível aceder a decisões dos próprios tribunais arbitrais, situação que se mantém inalterável quanto ao ano de 2009.

II. Análise Jurisprudencial

2. À semelhança de que foi feito nos anos anteriores, a nossa análise incidirá sobre as decisões mais significativas dos Tribunais Superiores da ordem dos tribunais judiciais proferidas durante o ano 2009 e a que foi possível aceder pela consulta da base de dados da DGSI.

Importará reconduzir tais decisões a aspectos diversos do instituto de arbitragem voluntária.

A) Convenção de Arbitragem; Questão da Arbitrabilidade dos Litígios e Excepção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário

3. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2009 (relatora Desemb.^a PAULA SÁ FERNANDES)¹ abordou-se a questão da existência de estipulação por remissão para a convenção de arbitragem constante de outro documento e da arbitrabilidade de um litígio sobre matéria de segurança social.

Um antigo empregado da UNICRE – Instituto Financeiro de Crédito, S.A., demandou a referida UNICRE no Tribunal de Trabalho de Lisboa, pedindo que fosse declarada a ilegalidade da alteração desencadeada pela ré ao contrato constitutivo do fundo de pensões UNICRE, com todas as devidas e legais consequências. Neste caso, o autor tinha sido admitido como empregado da Instituição de Crédito que emite e gere os cartões de crédito Unibanco, tendo revogado por mútuo acordo com a entidade patronal a sua relação de trabalho subordinado e passando a ser beneficiário do Fundo de Pensões UNICRE, constituído em 1987. Foralhe fixada a pensão de reforma em certo montante, mas a mesma viera a ser reduzida em cerca de 277 euros por mês, por força de uma alteração unilateral do contrato constitutivo deste Fundo de Pensões.

Na contestação, a UNICRE começou por arguir a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem, na medida em que, sendo o autor considerado beneficiário do aludido Fundo de Pensões com todos os direitos e prerrogativas previstos nos respectivos estatutos, estaria vinculado por uma convenção de arbitragem estipulado no contrato constitutivo desse Fundo, nos termos do qual os diferendos surgidos entre as partes titulares das relações jurídicas emergentes do mesmo documento seriam dirimidos com recurso a arbitragem colegial. Na sua resposta à excepção, o autor sustentou que a dita convenção de arbitragem previa a existência de litígios da UNICRE com a entidade gestora do Fundo de Pensões, situação que não ocorreria *in casu*, pois o litígio existente ocor-

ria entre um ex-empregado e a antiga entidade patronal, instituidora do Fundo.

O tribunal de primeira instância julgara procedente a referida excepção, absolvendo a UNICRE da instância.

O autor, inconformado, interpôs recurso para a Relação, sustentando que as partes da convenção de arbitragem eram a UNICRE e a sociedade gestora do fundo de pensões (Vanguarda – Sociedade Gestora de Fundos de Pensões, S.A.), razão por que não podia, enquanto terceiro, ter-se como vinculado por tal cláusula compromissória. Acrescia ainda que o litígio em causa era inarbitrável, porquanto a matéria de pensões de reforma tem natureza indisponível, não podendo ser sujeita a arbitragem, nos termos do art. 1.º, n.º1, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (“LAV – Lei de Arbitragem Voluntária”).

A Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa julgou improcedente o recurso, confirmando a decisão sobre a procedência da referida excepção dilatória prevista no art. 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil.

Podê ler-se neste aresto:

“A questão posta em causa nos autos diz respeito a um litígio relativo à validade da alteração ao contrato constitutivo do Fundo de Pensões da Unicre, nomeadamente sobre alteração ao cálculo de pensões.

Assim, apesar de o autor não ser parte no contrato constitutivo do Fundo de Pensões Unicre, é, por força do contrato de cessação de trabalho com a ré Unicre, beneficiário deste Fundo e por isso titular de uma relação jurídica que emerge do contrato constitutivo desse Fundo

Remissão

Por outro lado, o autor, ao aceitar ser beneficiário do Fundo de Pensões da Unicre com todos os direitos e prerrogativas previstos nos respectivos Estatutos (facto n.º 2), aceitou a convenção de arbitragem, ainda que por remissão. Como bem se observou na sentença recorrida, se a convenção de arbitragem apenas existisse quando constasse de documento assinado pelas partes, bastaria a previsão da primeira parte do n.º 2 do art. 2.º [da LAV], em que se alude a

¹ Proc. n.º 5237/07-9TLSB.L1-4, in www.dgsi.pt/jt1

«documento assinado pelas partes», não fazendo qualquer sentido a sua última parte, cláusula de remissão para documento em que uma convenção esteja contida.

Assim, para que esta última parte tenha algum significado útil, deve concluir-se que um terceiro relativamente a uma convenção de arbitragem fica vinculado à mesma se assinar um documento que remete para outro, mesmo que não subscrito por si, que contenha aquela convenção de arbitragem [...]

O recorrente alega ainda que a convenção de arbitragem não pode abranger litígio que diz respeito a direitos indisponíveis, como é o caso da pensão de reforma em causa.

Afigura-se-nos porém que este fundamento carece, igualmente, de razão pois não está em causa o direito à pensão de reforma do autor, clausulado nos termos do ACTV do Sector Bancário, que o autor, aliás, não questiona, mas antes o cálculo da reforma antecipada, nos termos do Fundo de Pensões da Unicre, que o autor aceitou ser beneficiário aquando do contrato de cessação do contrato [de trabalho] que celebrou com a ré, não estando, assim, em causa qualquer direito irrenunciável ou indisponível.²

As soluções dadas às duas questões controvertidas são discutíveis e merecem um escrutínio atento.

Começamos pela questão da existência de estipulação válida de uma cláusula compromissória entre o ex-empregado e a sua antiga entidade patronal. Afigura-se-nos que a referência no acordo de revogação do contrato de trabalho da uma remissão de ordem geral para os direitos e prerrogativas dos beneficiários do Fundo de Pensões da UNICRE constantes dos respectivos Estatutos dificilmente pode abranger a vinculação a uma cláusula compromissória constante do contrato constitutivo do Fundo de Pensões.

De facto, a cláusula 3.ª desse acordo dispunha textualmente o seguinte: "Com efeitos a partir do dia 01 de Dezembro de 2006, e em consequência deste acordo, o segundo contraente [o trabalhador] será considerado beneficiário do Fundo de Pensões Unicre, com todos os direitos e prerrogativas previstos nos respectivos Estatutos".

Ora, a estipulação de uma cláusula compromissória pode considerar-se "um direito e prerrogativa" do beneficiário de uma pensão?

Estaria o outorgante ciente de que, através de tal remissão global, o mesmo passava a estar vinculado a uma convenção de arbitragem?

Das respostas a estas questões depende a solução final de considerar que houve estipulação por escrito de uma cláusula compromissória².

Com os elementos de facto apurados no processo e constantes deste Acórdão, parece difícil encontrar uma inequívoca expressão de vontade das partes de que os litígios sejam resolvidos por arbitragem e, por isso, concluir que estejamos perante uma "cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida" (art. 2.º, n.º 2, *n fine*, da LAV)³.

Relativamente à questão da *arbitralidade do litígio*, a solução acolhida no Acórdão assenta num fundamento que nos parece altamente discutível: o recurso à arbitragem seria possível porque não estava em causa a pensão de velhice prevista num instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (o ACTV do Sector Bancário) mas uma reforma antecipada acordada entre as partes de um contrato de trabalho subordinado. Aparentemente, o Tribunal da Relação parece ter partido do princípio de que estariam em causa complementos de pensão de reforma concedidos por um Fundo de Pensões, sem ter atentado em que os trabalhadores bancários mais antigos (no caso concreto, o trabalhador iniciara funções em 8 de Janeiro de 1979) não são, em regra, beneficiários da Segurança Social, sendo a própria entidade patronal quem assegura o

² Deve aproximar-se a questão resolvida por este Acórdão da abordada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2008 (Proc. 08B3522) que comentámos no n.º 2 desta *Revista* (págs. 251-252), em que estava em causa um seguro de invalidez contratado pela entidade patronal com duas seguradoras em regime de co-seguro. A resposta do STJ foi a de que a estipulação de uma convenção de arbitragem não vinculava o terceiro beneficiário do seguro.

³ A cláusula 15.ª do Contrato Constitutivo do Fundo de Pensões Unicre tem o seguinte teor: "Os diferendos surgidos entre as partes titulares das relações jurídicas emergentes do presente contrato, quer de natureza contenciosa em sentido estrito, quer de qualquer outra natureza, designadamente relacionados com a interpretação, integração e execução das respectivas disposições, incluindo a sua actualização ou revisão, serão dirimidos por recurso a arbitragem, de acordo com a cláusula seguinte".

pagamento das prestações previdenciárias após a cessação do contrato de trabalho, directamente ou através de um fundo de pensões constituído para o efeito. Nessa medida, o acordo de cessação do contrato de trabalho com atribuição do estatuto de reforma ao ex-trabalhador que ainda não atingiu a idade normal da reforma por velhice constitui uma situação de atribuição de benefícios previdenciários que não é intrinsecamente diferente da situação da reforma por velhice. Caberia, por isso, perguntar se são arbitráveis os litígios sobre a redução de pensões previdenciárias da segurança social.

Se entre nós já estivesse acolhido o critério proposto no Projecto APA quanto à regra geral da arbitrabilidade – a natureza pecuniária das pretensões – seria porventura mais fácil aderir à tese do Acórdão.

Parece-nos, face à actual LAV, extremamente difícil sustentar que o direito ao montante concreto da pensão da reforma é um direito disponível, atento o que consta da Lei de Bases do Sistema da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro), nomeadamente o princípio da tutela dos direitos adquiridos (art. 20.º) e o princípio da garantia judiciária (art. 21.º). Tão-pouco a legislação sobre Fundos de Pensões (Decreto-Lei n.º 12/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 180/2007, de 9 de Maio) dá abertura para soluções arbitrais nesta matéria.

Em conclusão, a questão da arbitrabilidade do litígio está longe de ser pacífica, no caso concreto.

Parece, de facto, algo superficial a fundamentação acolhida, tanto mais que no domínio do Direito do Trabalho não está prevista a arbitrabilidade de litígios individuais de trabalho⁴.

4. O Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Fevereiro de 2009 (relator Desemb. ARNALDO SILVA)⁵ versou sobre a questão do chamado *efeito negativo da convenção de arbitragem*.⁶

⁴ Sobre este ponto, vejam-se L. de Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 108-109, e Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 133-135.

⁵ Proc. n.º 3859/2008-7, in www.dgsi.pt/jr/l.

⁶ Na doutrina costuma-se distinguir o *efeito positivo* da convenção de arbitragem – que significa que o tribunal arbitral tem o poder de decidir sobre a sua própria

Esta questão foi resolvida num recurso interposto de uma decisão que absolveu da instância o réu por violação da convenção de arbitragem, questão suscitada por este último na sua contestação.

Na réplica, a autora sustentou que, sendo indiscutível a existência de estipulação de uma cláusula compromissória no Acordo-Quadro com base no qual ela propusera uma acção condenatória por violação desse Acordo, tal cláusula havia sido revogada unilateralmente pela ré quando, numa carta junta aos autos, afirmara que não lhe parecia pertinente o recurso aos institutos de mediação e arbitragem, tendo tal revogação sido aceite pela própria autora, do mesmo passo que a convenção de arbitragem era alternativa, não tendo por efeito excluir a jurisdição dos tribunais comuns. Invocou ainda nessa réplica a caducidade e a nulidade da convenção de arbitragem (a caducidade por ter decorrido o prazo de 15 dias referido nessa cláusula e a sua nulidade porquanto o estabelecimento de um prazo de caducidade violaria os direitos que a lei confere ao credor, o qual ficaria, desta forma, privado de recorrer a qualquer meio judicial de efectivação dos seus direitos).

No referido Acórdão, a Relação, depois de julgar improcedente uma invocada nulidade de sentença do saneador recorrido e de negar que tivesse de conhecer desta previamente ao conhecimento da excepção de violação de convenção de arbitragem, abordou o objecto de recurso nestes termos:

“Importa saber se o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário depende ou não da verificação da apreciação da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem e, portanto, se o tribunal judicial absolver o réu da instância, se essa decisão vincula o tribunal arbitral voluntário,

competência – e o *efeito negativo* da mesma convenção, o qual, na formulação de E. Gaillard, proibe “um tribunal estadual, onde pende uma acção proposta por uma parte para ser apreciado o mérito de uma causa, apesar da existência, pelo menos *prima facie*, de uma convenção de arbitragem, de se pronunciar sobre a existência ou validade dessa convenção, antes que os árbitros tenham tido a oportunidade de o fazer” (transcrito em J. F. Poudret e S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Londres, Thomson/Sweet and Maxwell, 2007, pág. 416; veja-se L. de Lima Pinheiro, *ob. cit.*, págs. 134-135).

demonstrando, por isso, que o tribunal comum reconhece a validade da convenção de arbitragem; ou se, pelo contrário, se o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral se deve satisfazer-se com a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula” (B.2)

A Relação considerou que esta questão é “controversa e especialmente difícil”, porquanto o art. 21.º da LAV – que estabelece o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro – atribui ao tribunal arbitral competência para decidir sobre a sua própria competência, “o que, a ter a absolvição da instância aquele efeito positivo de vincular o tribunal arbitral ao reconhecimento da sua competência para apreciação do mesmo objecto, significaria retirar ao tribunal arbitral alguns dos seus poderes de cognição” (o aresto cita as posições de Miguel Teixeira de Sousa, de João Luís Lopes dos Reis e de Luís Lima Pinheiro, estando a do primeiro em oposição às dos dois últimos).

Depois de dar conta das posições opostas defendidas na doutrina, este acórdão considera correcta a decisão recorrida no sentido de que o tribunal judicial só deve julgar improcedente a excepção de violação da convenção de arbitragem quando julgue esta última manifestamente nula. Pode ler-se neste Acórdão:

*“Não se verifica nenhum dos inconvenientes apontados a favor da primeira tese por Miguel Teixeira de Sousa. Não há risco da existência de um conflito negativo de competência, porque se o árbitro se vier a julgar incompetente [...], o tribunal judicial será irremediavelmente competente, se a sua incompetência não resultar de outro fundamento [...]. Também não colhe o invocado paralelismo da apreciação da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário com o julgamento da extinção da instância por superveniência do compromisso arbitral, porque o julgamento da validade do compromisso que o n.º 2 do art. 290.º do Cód. Proc. Civil comete ao juiz da causa é apenas para que o juiz verifique se as partes na acção cujo julgamento lhe estava cometido decidiram entregar a decisão a árbitros. Isto é, a lei reconhece competência ao juiz da causa para o julgamento do acto que lhe retira jurisdição. O que mais não é do que uma simples aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* estabelecido no art. 21.º, n.º 1, da LAV do juiz [...].*

A Segunda tese é a que mais se ajusta à lei portuguesa que estabelece que a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência em termos que excluem a possibilidade de esta decisão ser antecipada pelo tribunal judicial (art. 21.º, n.º 1, da LAV). Acresce que outro entendimento seria dificilmente compatível com o disposto no art. 12.º, n.º 4, da LAV que, no caso de ser requerida ao tribunal a nomeação de árbitro, só admite que o tribunal tome conhecimento de uma nulidade manifesta [...]

O peso destes argumentos leva-nos a optar pela segunda tese. De acordo com esta posição, as questões relativas à validade, eficácia, ou aplicabilidade da convenção de arbitragem estão subtraídas à jurisdição estadual. O conhecimento destas questões é reservado, em primazia, aos árbitros, com a única excepção da convenção de arbitragem não ser manifestamente nula (art. 12.º, n.º 5, da LAV). Todas estas cautelas da lei mostram que ela quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição: havendo convenção de arbitragem, é plausível que ela vincule as partes no litígio. E, por isso, o tribunal judicial não deve intervir senão em sede de impugnação [...]

Depois de abordar esta matéria, o Acórdão decidiu que a convenção de arbitragem não era, no caso concreto, alternativa em relação à competência dos tribunais judiciais, sendo a última palavra sobre tal questão pertença do tribunal arbitral.

Este Acórdão revela um estudo cuidado da doutrina portuguesa sobre o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem e insere-se numa linha jurisprudencial relativamente uniforme.⁷

5. Os Acórdãos da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2009 (relator-Desemb. PINTO DOS SANTOS)⁸ e da Relação de Lisboa de 25

⁷ Sobre esta problemática, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1991 (Proc. n.º 076393), da Relação de Lisboa de 21 de Abril de 2005 (Proc. n.º 3060/2005-6), da mesma Relação de 5 de Junho de 2007 (comentado nesta Revista, ano I, 2008, págs. 166-169).

⁸ Proc. n.º 0826756, in www-dgsi.pt/jtrp.

de Junho do mesmo ano (relator-Desemb. SILVA SANTOS)⁹ versaram sobre a questão da subsistência de uma convenção de arbitragem quando um dos contraente é declarado insolvente [ou em estado de falência, no âmbito do revogado Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência de 1993, ("CPEREF")].

No primeiro aresto apreciou-se um recurso interposto em acção intentada pela massa falida de uma sociedade anónima contra outra sociedade em que aquela pediu a condenação da ré a pagar-lhe certa quantia em dinheiro por incumprimento de um contrato-promessa de compra e venda de acções e ainda a resolução de uma cláusula desse contrato que continha uma convenção de arbitragem por alteração anormal das circunstâncias, nos termos do art. 437.º, n.º I, do Código Civil (superveniência do estado de falência de uma das promitentes, de onde decorria a falta de condições para suportar os custos do processo arbitral), com a correlativa declaração do direito da massa falida a recorrer aos tribunais judiciais para propor essa acção. Na contestação, a sociedade ré veio, entre outros meios de defesa, deduzir a excepção da violação de convenção de arbitragem, alegando que a autora não havia alegado factualidade suficiente para integrar o conceito de alteração das circunstâncias. No despacho saneador, julgou-se improcedente essa excepção por não existir regime de apoio judiciário em relação aos tribunais arbitrais, circunstância que impedia a submissão da questão a um tribunal arbitral e permitia a desvinculação de uma das partes, de harmonia com a doutrina do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Janeiro de 2000¹⁰.

A Relação do Porto confirmou o saneador recorrido, julgando improcedente o recurso. Apesar de considerar que, por força do art. 4.º,

⁹ Proc. n.º 984/08.OTBRMR.L1-8, in www.dgsi.pt.

¹⁰ Proc. n.º 99A1015, in www.dgsi.pt/jstj, também publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 493, págs. 327 e segs (relator-Cons. Aragão Seia). Sobre a problemática da inconstitucionalidade da alínea f) do art. 494.º do Código de Processo Civil, na interpretação que impõe a subsistência da vinculação por convenção de arbitragem pela parte que, sem culpa, deixe de ter condições económicas para suportar o custo da arbitragem veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2008, comentado no n.º 2 desta revista por José Miguel Júdece (págs. 179-190). Igualmente os autores desta Crónica aludiram a esse acórdão do Tribunal Constitucional na mesma Revista e número (págs. 253-256).

n.º 2, da LAV, a convenção de arbitragem não se extingue com a extinção da personalidade colectiva de uma das partes – não sendo, pois, um contrato processual *intuitu personae* – e que não havia no CPEREF norma sobre esta situação – chamou à colação a doutrina do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Janeiro de 2000, seguida, num caso de falência, por um Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Janeiro de 2006¹¹. Todavia, considerou que devia considerar-se aplicável *in casu* o art. 437, n.º I, do Código Civil, depois de analisar cuidadosamente os pressupostos de aplicação do mesmo preceito. Pode ler-se na fundamentação:

"Deste modo, por verificação dos requisitos do n.º 1 do citado art. 437.º (e não há aqui lugar à aplicação da excepção prevista no art. 438.º do mesmo corpo de normas), entendemos que a autora não podia continuar vinculada à referida cláusula compromissória e que podia propor a presente acção no Tribunal recorrido, não podendo proceder a excepção dilatória da violação de convenção arbitral arguida pela ré-agravante [...]"

Aliás, a solução da questão «sub judice» seria muito mais fácil e linear caso a declaração de falência (que seria de insolvência, face à nova terminologia legal) da «B..... S.A.» (que a ora autora substitui processualmente) tivesse sido proferida ao abrigo do CIRE (Código de Insolvência e de Recuperação da Empresa, aprovado pelo DL 53/2004, de 18/03 – que entrou em vigor em 15/09/2004, de acordo com o art. 13.º da lei preambular – e não, como acontece com o CPEREF [...]).

É que, contrariamente ao que acontecia na CPEREF, o CIRE contém uma norma que solucionaria, sem necessidade de grandes argumentos, a questão e que levaria também à manutenção do decidido. Tal norma é o art. 87.º, n.º 1, segundo o qual, declarada a insolvência (de uma sociedade ou de uma pessoa física) «fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitante a litígios cujo resultado possa influenciar o valor

¹¹ Publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXXI (1976), tomo I, pág. 78.

da massa, (...)». E no caso não haveria dúvidas em considerar verificados os dois pressupostos determinativos da suspensão da eficácia da convenção arbitral em questão: a existência da declaração de insolvência da sociedade «B... S.A. e o facto da convenção arbitral dizer respeito a litígio «cujo resultado possa influenciar o valor da massa» (ou seja, por revestir «carácter patrimonial», como referem Carvalho Fernandes e João Labareda, in «Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado», Quid Juris, 2.º ed., 2008, pág. 360) já que o que a autora pretende é que a quantia que peticionou à ré reverta a favor dela própria, ou seja, da massa falida daquela sociedade para, na devida altura, ser tomada em conta no processo falimentar [...]. E embora o referido art. 87.º do CIRE não seja aqui directamente aplicável, a verdade é que o que ele consagra não pode deixar de ser visto como um certo «conforto» para a solução acima encontrada.”¹²

No referido Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Junho de 2009 analisou-se uma excepção de violação da convenção de arbitragem suscitada pela requerida num processo especial de insolvência. A requerente invocou a sua qualidade de credora da sociedade requerida e alegou factos demonstrativos de impossibilidade desta última de cumprir as suas obrigações. A requerida arguiu na oposição a excepção de ilegitimidade da requerente e a violação de convenção de arbitragem entre ambas celebrada. Na sua decisão, o tribunal de primeira instância julgou improcedente a excepção de ilegitimidade activa e procedente a excepção de violação de convenção de arbitragem, pois a qualidade da credora da requerente pressupunha a resolução de um litígio que devia ser resolvido por arbitragem.

¹² Neste Acórdão cita-se ainda um Acórdão da Relação do Porto de 11 de Janeiro de 2007 (Relator-Desemb. Amaral Ferreira). Proc. n.º 0636141, in www.dgsi.pt/jtrp em que se abordou uma questão de inexigibilidade da observância de uma cláusula compromissória em arbitragem internacional quando uma das partes não dispõe de meios patrimoniais para suportar os encargos de um tribunal arbitral. Sobre a doutrina deste Acórdão veja-se a *Crónica de Jurisprudência* publicada no n.º 1 desta *Revista*, págs. 181-182.

A requerente interpôs recurso desta decisão, o qual veio a ser julgado procedente pela Relação de Lisboa, nos seguintes termos:

“O pedido de declaração de insolvência depende de quem for credor da requerida.

Se tal pressuposto, inicial ou posteriormente, não se demonstrar, tal facto condiciona definitivamente a eventual procedência do pedido.

Mas, qualquer que seja a hipótese, a conclusão jurídica é, sempre de impossibilidade de procedência do pedido.

É certo que a qualidade de credor da requerente, no caso em apreço, depende da circunstância de se ter ou não cumprido o contrato da empreitada, circunstância que fundamenta o crédito que se alega na petição.

E dúvidas também não temos que esse reconhecimento deve ser concretizado pela via da arbitragem.

Mas tais pressupostos não podem fundamentar a excepção de preterição do tribunal arbitral, quando o que se pede é a declaração de insolvência, que escapa totalmente à convencionada arbitragem, como o próprio tribunal de 1.º instância reconhece. [...]

[O art. 1.º da LAV] exclui assim, desde logo, a solução de litígios referentes a direitos indisponíveis ou a outros que por lei devam ser necessariamente submetidos a tribunal judicial ou a arbitragem necessária.

Por isso, se considera definitivamente excluído da arbitragem o presente pedido de insolvência.

Ora, é em face da causa de pedir e, fundamentalmente, do pedido que se atribui a competência do tribunal [...]

Certo que a invocação por parte da requerente do estatuto de credora deriva unicamente do alegado incumprimento desse contrato de empreitada.

Mas o objecto neste processo é considerar se, na realidade, a requerente «beneficia» ou não desse estatuto de credora, como alega, e não, averiguar se cumpriu ou não cumpriu o contrato de que eventualmente emerge esse crédito”

Parecem juridicamente correctas estas decisões. A declaração de falência ou insolvência implica a dissolução das sociedades comerciais (quan-

do o insolvente seja uma tal sociedade) e a apreensão dos bens para uma massa e, por isso, a lei organiza um sistema de liquidação universal do património do falido ou insolvente. A substituição do falido ou insolvente pela massa falida ou insolvente gerida por um administrador designado pelo tribunal justifica que a eficácia de uma convenção de arbitragem seja afectada pela situação de liquidação do activo para pagar o passivo. Daí a solução do art. 87.º do CIRE. O Acórdão da Relação do Porto, face ao silêncio do CPEREF¹³, procurou fundar a possibilidade de desvinculação da massa falida de uma convenção de arbitragem através do mecanismo do art. 437.º, n.º 1, do Código Civil, em termos que nos parecem algo forçados.

Quanto ao segundo aresto, parece indiscutível que a matéria de insolvência está excluída da arbitragem voluntária, por se tratar de matéria referente a direitos indisponíveis. A qualidade de credor do requerente deve ser apreciada no processo de insolvência para fundar apenas a legitimidade processual desse requerente. Se o requerente não demonstrar em termos convincentes que é credor do requerido, o tribunal não tomará conhecimento do pedido de declaração de insolvência, por falta de um pressuposto processual. Tal não obsta, obviamente, a que qualquer outro credor requeira a insolvência do requerido.

6. O Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Dezembro de 2009 (relator-Desemb. RUI VOUGA)¹⁴ versou sobre um recurso de uma decisão de indeferimento liminar de um requerimento executivo em execução para entrega de coisa certa por falta de título executivo.

O exequente juntou ao requerimento executivo a decisão arbitral que decretara o despejo por aplicação do Regime de Arrendamento Urbano (R.A.U.) de 1990. O juiz de execução considerou ineficaz a convenção

¹³ Deve notar-se que o CPEREF previa apenas no seu art. 144.º a possibilidade de o liquidatário judicial celebrar convenções de arbitragem, autorizado pelo juiz. Sobre este ponto, vejam-se Luís de Lima Pinheiro, *ob cit.*, pág. 110, M. Pereira Barrocas, *ob cit.*, pág. 107 e L. A. Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 2.ª ed., Lisboa, *Quid Juris*, 1995, págs. 363-364.

¹⁴ Proc. n.º 19961/08.SYYLSB.L1-1, in www.dgsi.pt/jtr/.

de arbitragem por o litígio não respeitar a direitos disponíveis (arts. 51.º e 63.º, n.º 2, do RAU), invocando a doutrina do Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2007¹⁵.

Interposto recurso de apelação, a Relação revogou o despacho recorrido, considerando que tais litígios são, em princípio, arbitráveis, na linha do ensinamento de PINTO FURTADO.

7. O Acórdão da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2009 (relator-Desemb. JOÃO PROENÇA)¹⁶ considerou inarbitrável a matéria de consignação em depósito em matéria de arrendamento, na linha de uma anterior decisão da mesma Relação¹⁷. A decisão foi tomada por maioria, com um voto vencido.

A opinião maioritária limitou-se a remeter para a fundamentação do precedente Acórdão, revogando a decisão do tribunal recorrido – que fora no sentido da procedência da excepção dilatória da violação da convenção de arbitragem – e reafirmando que o processo especial de consignação em depósito “é um daqueles caso em que o Estado não abdicou ou admitiu ceder o seu poder jurisdicional, e que, por isso, se encontra excluído da competência dos outros tribunais”.

O Desemb. CARLOS PAULA MOREIRA sustentou, no seu voto de vencido, que o art. 1024.º do Código de Processo Civil não constituía lei especial nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art. 1.º da LAV. E acrescentou:

“Em todo o caso e mesmo que assim não fosse ou não se entendesse, temos como mais consentâneo com a redacção deste preceito que ele não impõe o afastamento da arbitragem no caso que nos ocupa.

Na verdade, a referência ao «tribunal» no seu n.º 1 respeita apenas à definição do tribunal territorialmente competente.

¹⁵ Proc. n.º 1380/2007-1 (relator-Desemb. Rui Vouga). Note-se que neste Acórdão – por nós comentado no n.º 1 desta Revista (págs. 166-168) – foi sustentado que eram arbitráveis os litígios respeitantes a pretensões decorrentes de arrendamentos para habitação vinculísticos, incluindo as matérias de resolução.

¹⁶ Proc. n.º 0823701, in www.dgsi.pt/jtr/.

¹⁷ Acórdão de 26 de Maio de 2008 (relatora-Desemb.ª Anabela Luna de Carvalho) por nós comentado nesta Revista, ano II – 2009 (págs. 258-259).

E o depósito na CGD em nada releva no sentido de justificar magnos e relevantes interesses do Estado que justifiquem a postergação de uma jurisdição que as partes expressamente pretenderam e que até é desejada e acarinhada pelo legislador. Desde logo porque, apesar desta instituição ser detida pelo Estado, ela se rege, nas suas actividades, pelas estritas regras de mercado em franca concorrência com as restantes instituições bancárias."

No comentário que fizemos nesta Revista à decisão-precedente de 2008, opinámos que tínhamos como correcta a doutrina acolhida no Acórdão em apreciação por este processo especial ter "clara natureza instrumental, não se destinando a resolver definitivamente o litígio atinente à execução do contrato de arrendamento", razão por que teria "alguma semelhança com certos procedimentos cautelares, nomeadamente com o arrolamento". Reponderando a questão, afigura-se menos convincente a tese agora renovada de que a matéria de consignação em depósito é inarbitrável.

De facto, cada vez mais se tende a admitir entre nós que os procedimentos cautelares – ao menos, os que não impliquem o exercício de poderes de soberania – podem ser decretados pelos tribunais arbitrais. Por outro lado, o "meio externo para o devedor efectuar o pagamento" que está referido no art. 1024.º do CPC não parece exigir a intervenção necessária dos tribunais judiciais quando tende a admitir-se, quanto aos arrendamentos vinculísticos, a possibilidade de sujeição à arbitragem das questões de resolução ou de denúncia do contrato pelo senhorio.

8. O Acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Junho de 2009 (relatora-Desemb.ª CONCEIÇÃO SAAVEDRA)¹⁸, apreciou um recurso de apelação de um saneador-sentença em que o réu apelante suscitara na respectiva alegação a questão da preterição de tribunal arbitral voluntário, configurando-a como uma nulidade de sentença embora não o tivesse feito na contestação, de harmonia com o art. 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil. Tratava-se de uma acção declarativa especial para

¹⁸ Proc. n.º 758/08.9TVLSB-7.

cumprimento de obrigações pecuniárias, regulada no Decreto-Lei n.º 269/198, de 1 de Setembro, em que uma empresa fornecedora de energia eléctrica exigia o pagamento dos valores das facturas de fornecimentos feitos a um cliente seu.

De forma inteiramente correcta, a Relação de Lisboa julgou improcedente a pretensa nulidade de não conhecimento da excepção de violação da convenção de arbitragem, nos seguintes termos:

"A violação dessa convenção de arbitragem, verificada através da propositura de acção em tribunal judicial, constitui excepção dilatória prevista na alínea j) do art. 494.º do CPC e não na al. a) do mesmo normativo. Por conseguinte, enquanto a incompetência, quer absoluta, quer relativa, do tribunal está prevista na alínea a) do referido art. 494.º, a violação da convenção de arbitragem (a par da preterição do tribunal arbitral necessário) está autonomamente contemplada na al. j) do mesmo normativo.

Por outra banda, estabelece o art. 495.º do C.P.C. que, cabendo ao tribunal conhecer oficiosamente de todas as excepções dilatórias, está excluída dessa regra a preterição do tribunal arbitral voluntário [...]

Caberia, pois, à R. alegar e provar, no momento processual adequado, que seria o da apresentação da contestação, que não fora tida em conta a convenção de arbitragem existente para dirimir o litígio submetido ao tribunal [...]

Ora, se o juiz não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, excepto daquelas cujo conhecimento oficioso a lei lhe permitir ou impuser, é manifesto que, não tendo a questão sido suscitada nos autos, não podia o tribunal dela conhecer. E assim sendo, não há qualquer omissão de pronúncia, nem será a sentença nula nos termos do art. 668.º, n.º 1, al. d), do C.P.C., com defende a apelante."

Sendo a decisão da Relação de Lisboa indiscutível, o aresto tem interesse porque documenta as frequentes confusões de qualificação que aparecem a propósito da arbitragem. De facto, no caso concreto, o apelante começara por qualificar a arbitragem como *necessária*, apesar de haver uma cláusula compromissória constante do contrato de forneci-

mento de energia eléctrica que prevê uma arbitragem institucionalizada. A partir daqui, considera que havia um caso de incompetência relativa de conhecimento oficioso por haver um pacto de aforamento que afastaria o disposto no art. 74.º do Código de Processo Civil...¹⁹.

B) Processo Arbitral

9. No Acórdão da Relação de Évora de 29 de Janeiro de 2009 (relator-Desemb. EDUARDO TENAZINHA)²⁰ discutiu-se a questão do momento em que se considera iniciado o processo arbitral.

O requerente propôs um procedimento cautelar comum em 5 de Junho de 2006 em que solicitava que fosse decretada a proibição de a requerida vender, doar, comodatar, permutar, arrendar ou de qualquer modo onerar 10 apartamentos de um prédio urbano da propriedade do último ou, subsidiariamente, que fosse arrestado o prédio onde essas fracções autónomas se integram, invocando o receio do incumprimento de um contrato-promessa tendo por objecto a venda dessas 10 fracções. Foi deferida a providência, a qual, impugnada pela requerida, foi confirmada pela segunda instância.

¹⁹ Em contrapartida, no Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Junho de 2009 (relator - Desemb. Pereira Rodrigues; Proc. n.º 3002/06.TVLSB.L1-6), concedeu-se provimento a um recurso de apelação interposto de um saneador-sentença em que o tribunal *a quo* havia oficiosamente conhecido da violação da convenção de arbitragem, não invocada pelo réu na contestação, cometendo uma nulidade da sentença. Na audiência preliminar, o juiz da 1.ª instância tinha dado a palavra ao mandatário dos réus a fim de se pronunciar sobre a preterição do tribunal arbitral, "tendo o mesmo dito nada ter a opor à procedência da excepção dilatória em causa". Não deixa de causar espanto que, ao fim de mais de 70 anos de vigência ininterrupta entre nós da regra de não conhecimento oficioso da excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem, haja ainda juízes, como o referenciado no acórdão em apreciação que suscitam oficiosamente a questão de tal violação, não arguida na contestação! No aresto em apreciação, chama-se a atenção para a deficiente redacção do art. 495.º do Código de Processo Civil, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, em que se alude a "preterição de tribunal arbitral voluntário", em vez de "violação de convenção de arbitragem" (cfr. alínea j) do art. 494.º do mesmo diploma).

²⁰ Proc. n.º 2985/08-2, in www.dgsi.pt/jtrl.

Entretanto, a requerente propôs a acção principal num tribunal judicial, mas a requerida suscitou a questão de violação da convenção de arbitragem. No saneador, foi julgada procedente a excepção, vindo a autora a impugnar a mesma. A Relação confirmou o despacho recorrido.

A autora veio então aos autos de procedimento cautelar requerer a manutenção da providência cautelar decretada, mostrando que, após a decisão do recurso interposto quanto à decisão de absolvição da instância no processo principal, viera desencadear, em 29 de Outubro de 2007, o processo arbitral, tendo remetido uma carta por correio expresso registado para a Suíça, que continha a petição inicial da acção arbitral. A ré opôs-se a tal levantamento, invocando que a acção arbitral havia sido proposta extemporaneamente e que não fora citada para mesma.

O juiz da primeira instância manteve a providência cautelar, considerando que a acção arbitral foi proposta dentro do prazo de trinta dias que a requerente tinha para o fazer - ao que se crê, para aproveitar a manutenção dos efeitos civis da propositura da acção principal, nos termos do art. 289.º, n.º 2, do Código de Processo Civil - o qual só terminara em 21 de Novembro de 2007.

Desta decisão interpôs recurso a ré requerida.

A Relação de Évora começou por referir a norma do n.º 5 do art. 383.º do Código de Processo Civil introduzida na Revisão de 1995-1996 e invocar anterior jurisprudência da Relação de Évora²¹.

Depois, procedeu a uma equiparação entre o envio de petição inicial para a acção arbitral e a comunicação prevista no art. 11.º da LAV nos seguintes termos:

"Como resulta do art. 11.º n.º 1 Lei n.º 31/86, 29 Ag., nos Tribunais arbitrais da jurisdição nacional não há petição inicial, iniciando-se a instância com a notificação de uma à outra parte de que pretende instaurar o litígio.

Porém, é pela petição inicial (ou pelo requerimento de execução) e pelo momento da sua apresentação que, nos termos do art. 389.º

²¹ Acórdão de 16 de Dezembro de 2003, in *Colecânea de Jurisprudência*, ano XXVIII, 2003, tomo V, págs. 263 e segs.

n.º 1 alíneas a) e b) Cód. Proc. Civil, nos Tribunais Judiciais se decide pela manutenção ou caducidade das providências. Mas como nos nossos processos arbitrais não há petição inicial nem requerimento executivo e a instância se inicia com a notificação de uma parte à outra de que pretende instaurar o litígio (v. cit. art. 11.º n.º 1 Lei n.º 31/86, 29 Ag.), aquela notificação deverá assumir a mesma relevância para esse efeito. Mesmo que tenha sido apresentado um articulado a que a requerente tenha dado o nome da petição inicial, mas não correspondendo no sentido técnico-jurídico a esse articulado, tal como caracterizado no art. 467.º do respectivo Código, o seu efeito prático deverá ser o mesmo daquela notificação para a arbitragem.”

Passa depois o Acórdão em análise a dilucidar a questão de saber quando é que, segundo a lei portuguesa, se deve considerar iniciada a instância arbitral, a fim de poder decidir a questão da eventual caducidade da providência cautelar decretada à luz do disposto no art. 389, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil, afirmando que, “*iniciando-se o processo arbitral com a notificação de uma parte à outra de que pretende instaurar o litígio, o que releva é a data da notificação dessa parte (v. arts. 255.º e 254, n.º 1 do Cód. Pro. Civil e art. 11.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 31/86, de 29 Ag.)*”. Considera, por outro lado, que o art. 150.º, n.º 1, do Código de Processo Civil permite, desde a Revisão de 1995-1996, a possibilidade de envio de peças processuais pelo correio registado, considerando praticado o acto na data do registo, o que deve relevar para o caso concreto, considerando aplicáveis esse número e os restantes do preceito ao caso *sub iudicio* por estar em causa uma notificação, embora não deva considerar-se em rigor o envio de uma peça processual pelo correio, nem tendo sentido a aplicação ao caso do art. 267.º do Código de Processo Civil. Em qualquer caso, funcionaria a presunção do art. 254.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Por fim, considerou irrelevante que a notificação postal tivesse sido feita através de uma empresa concorrente dos CTT – Correios de Portugal, S.A. para aferir da respectiva validade.

Afigura-se que a solução dada pelo Acórdão da Relação de Évora é correcta, repetindo a orientação consagrada no Acórdão de 5 de Junho

de 2008 da mesma Relação – que não cita – e que foi apreciado por nós nesta Revista no ano passado ²².

O ponto que o presente Acórdão não aborda é o de saber se, ao enviar uma “petição inicial” onde se delimitava o objecto do litígio, a parte requerente procedera também à proposta de um árbitro único ou à designação de um árbitro de parte. De facto, não é necessário, nos termos do art. 11.º, n.º 3, da LAV uma delimitação exaustiva do objecto do litígio, como em princípio resultará do envio de um articulado, mas tem de haver designação de um árbitro ou proposta de um nome para árbitro único, quando às partes couber designar um ou mais árbitros, nos termos da convenção de arbitragem (n.ºs 4 e 5 do mesmo art. 11.º).

Deve notar-se, de resto, que em diferentes regulamentos de arbitragem, entre nós e no estrangeiro, é usual prever-se que a arbitragem seja iniciada com o envio de uma peça em que o requerente indica de forma detalhada os fundamentos da sua pretensão (o pedido e a causa de pedir).

10. Dois Acórdãos da Relação de Lisboa versaram questões atinentes à competência dos tribunais estaduais para a instauração de procedimentos cautelares dependentes de acções arbitrais ou ao destino dos autos de procedimento cautelar depois de instaurada a acção arbitral.

No Acórdão de 27 de Maio de 2009 (relatora-Desemb.^a MARIA JOÃO ROMBA)²³, discutiu-se a questão de competência dos tribunais de trabalho para conhecer de uma providência cautelar requerida por um professor do ensino secundário vinculado por contrato individual de trabalho a um estabelecimento de ensino público e que visava a intimação da entidade patronal para admitir o recurso a arbitragem instaurada ao abrigo do art. 8.º, n.ºs 2 e 4, do Regulamento de Avaliação de Desempenho dos Trabalhadores com Funções Pedagógicas que constitui o anexo III ao Contrato Colectivo de Trabalho de Ensino Particular e Cooperativo, firmado entre a AEP e a FENPROF, publicado no *Boletim de Trabalho e Emprego* n.º 11/2007. O requerente intentara uma providência cautelar

²² Ano II, 2009, págs. 259-261. Tudo indica que a parte requerida era a mesma nos dois acórdãos, como resulta do confronto dos relatórios dos dois acórdãos.

²³ Proc. n.º 635/08.3TTFUN.L1-4.

não especificada no Tribunal de Trabalho do Funchal contra uma instituição de ensino e a Secretaria Regional de Educação e Cultura, pedindo a intimação dos requeridos para admitirem o "recurso a arbitragem" previsto nesse Regulamento, a fim do Colégio de Árbitros se reunir, preparar a decisão e proferi-la, sob pena de, não cumprindo a decisão cautelar, ser declarada a desobediência qualificada e a sujeição a sanção compulsória não inferior a €500,00 diários. Alegara que desempenhava funções de professor de guitarra desde Outubro 1987, tendo-lhe sido atribuída a classificação de avaliação de 3 valores, em 15 de Setembro de 2008. Depois de lhe ser fornecida a motivação da decisão classificatória requerera o "recurso de arbitragem", designando logo um árbitro, mas tal recurso fora rejeitado pela instituição de ensino, considerando-o extemporâneo.

O Tribunal de Trabalho do Funchal, após audiência final, absolvera as requeridas da instância, julgando o Tribunal absolutamente incompetente em razão da matéria, considerando implicitamente competentes os tribunais administrativos.

A Relação de Lisboa considerou que o acto de rejeição do recurso de arbitragem pela instituição de ensino público não tinha sido praticado no exercício de um poder de autoridade pública – cuja sindicância caberia aos tribunais administrativos – mas no exercício de um poder privado, decorrente do contrato individual de trabalho que vincula as partes. Pode ler-se na fundamentação do Acórdão:

"Independentemente da questão de saber se cabia à 1.ª requerida a admissão ou rejeição do recurso de arbitragem interposto pelo trabalhador docente, nos termos do art. 8.º, n.º 2 e 4 do Regulamento citado, ou se esse poder apenas cabia ao colégio de árbitros, como defende o recorrido (questão que não foi objecto da apreciação no tribunal recorrido e por isso não integra o objecto do presente recurso), não podemos perder de vista que decisão idêntica à que foi tomada pela requerida poderia perfeitamente tê-lo sido por outro empregador que se encontre abrangido pelo CCT do ensino particular o cooperativo e que não fosse (como é a requerida) uma pessoa colectiva de direito público, caso em que não se colocaria sequer a questão de saber se tal decisão fora tomada no exercício de um poder de autoridade pública (que tal empregador manifestamente

não tinha). Se nessa hipótese é claro que tal decisão é claramente de direito privado, situando-se manifestamente no âmbito da relação laboral, já no que diz respeito a um desenvolvimento desta que tem a ver com a avaliação de desempenho do trabalhador docente, em conformidade com as normas convencionais estabelecidos no CCT, a circunstância de o empregador ser uma pessoa colectiva de direito público (sendo, porém, a relação que o vincula ao trabalhador docente com o qual existe o litígio da natureza privada, jus-laboral), não faz com que a mesma decisão passe a ter natureza jurídico-administrativa."

Invocando a versão vigente à data da ocorrência dos factos do art. 4.º, n.º 3, alínea d) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a Relação de Lisboa considerou os tribunais do trabalho competentes para o litígio²⁴.

Parece-nos duvidosa a solução de recorrer aos tribunais através de um procedimento cautelar para impor à contraparte de uma cláusula compromissória – ainda que constante de um Regulamento anexo a um instrumento de regulação colectiva de trabalho – a designação de árbitro para integrar um colégio arbitral que iria apreciar, em recurso, uma decisão sobre avaliação de desempenho de um docente.

Afigura-se-nos que a solução decorrente do art. 12.º da LAV seria a de requerer ao presidente do Tribunal da Relação competente a nomeação do árbitro não designado pela entidade patronal.

11. No Acórdão de 10 de Dezembro de 2009 (relator-Desemb. ANTÓNIO VALENTE)²⁵ apreciou-se uma situação referente a um proce-

²⁴ A redacção originária do art. 4.º, n.º 3, alínea d), do ETAF (Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro) dispunha que ficava igualmente excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal "a apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, que não conferem a qualidade de agente administrativo, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público". O art. 10.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, alterou a redacção por causa de alteração da legislação laboral da Função Pública, exceptuando da exclusão do âmbito de jurisdição administrativa e fiscal os "litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas".

²⁵ Proc. n.º 741/09TBCSC.L1-8, in www.dgsi.pt/jtrf.

dimento cautelar comum instaurado num tribunal judicial em que o tribunal de primeira instância dera sem efeito a audiência para inquirição de testemunhas, determinando a remessa dos autos ao Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria portuguesa a fim de serem apensados a um processo arbitral aí pendente, por se considerar incompetente para apreciar tal providência cautelar.

A requerente interpôs recurso dessa decisão para o Tribunal da Relação.

O recurso veio a proceder, desde logo porque o Tribunal da Relação entendeu que havia transitado em julgado na 1.ª instância um despacho que incidia sobre a excepção de violação da convenção de arbitragem, suscitada por uma das requeridas no procedimento cautelar, do seguinte teor: *"o tribunal arbitral não tem competência para a presente providência cautelar, para o qual é manifestamente competente o Tribunal de Comarca"*.

A Relação entendeu que a primeira instância tinha indevidamente entendido que não fazia caso julgado o seu despacho sobre a improcedência de excepção de violação de convenção de arbitragem, baseada numa alteração de circunstâncias decorrente de alguma jurisprudência sobre alterações verificadas em diferentes fases do mesmo processo-crime que, manifestamente nada tem que a ver com o que se discutia na presente acção. Considerou que se aplicava aos autos o art. 672.º, n.º 1, do Código de Processo Civil. Pode ler-se na fundamentação:

"Em sede de procedimento cautelar, suscitada a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral e proferido despacho, que transitou em julgado, decidindo que o tribunal arbitral não tem competência para conhecer tal providência cautelar, sendo competente para tal o tribunal de competência especializada cível, não pode posteriormente ser proferido outro despacho que, a propósito da propositura da suposta acção principal em tribunal arbitral, ordene a remessa para este dos autos de providência cautelar ainda não decidida. Ao fazê-lo, o despacho violou as regras do caso julgado formal, nos termos do art. 672.º n.º 1 do CPC"

Parece-nos inteiramente correcta a presente decisão, no plano processual.

Também a primeira decisão do tribunal da primeira instância parece correcta, pois a existência de uma convenção de arbitragem não impede uma das partes de requerer uma providência cautelar a um tribunal estadual, quando seja aceite uma competência (concorrente) do tribunal arbitral já constituído e do tribunal estadual para apreciar pedidos de providências cautelares, em alguns casos pelo menos. Entre nós, é minoritário o entendimento dos tribunais superiores que não reconhece aos tribunais arbitrais competência para decretar qualquer providência cautelar.²⁶

Também nos parece estranha a decisão da 1.ª instância agora invalidada de remeter para um tribunal privado os autos de um processo cautelar iniciado num tribunal estadual.

12. No Acórdão da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2009 (relator-Desemb. SILVA SANTOS)²⁷ discutiu-se a questão de saber se a omissão no texto da sentença das indicações de que a mesma tinha sido tirada por unanimidade ou por maioria podia tornar inválida a mesma sentença.

A convenção de arbitragem constava de um contrato de seguro relativo a mercadorias transportadas por via terrestre, constituídas por metais preciosos de todas as classes. Ocorrerá o furto de uma mala do tomador do seguro e, participado o sinistro, a seguradora recusara-se a pagar o capital por considerar a situação excluída das garantias prestadas pela apólice.

Instaurado o processo arbitral, veio o pedido do segurado a ser julgado improcedente.

Interposto recurso de apelação para a Relação de Lisboa do acórdão arbitral, foi alegado pelo autor que este seria nulo por não haver qualquer menção nele sobre se a decisão tinha sido proferida, ou não, por unanimidade, achando-se o mesmo apenas subscrito pelos três árbitros.

²⁶ Remete-se para a análise feita pelo primeiro autor desta Crónica no artigo "As medidas cautelares e o processo arbitral (algumas notas)", nesta Revista, ano II (2009), págs. 81 e segs.

²⁷ Proc. n.º 893/09.6YRLSB.L1-8, in www.dgsi.pt/jtrl.

A Relação julgou improcedente a argumentação do recorrente sobre a pretensa invalidade do acórdão arbitral desta forma:

“Estabelece o n.º 2 do art. 23.º da Lei n.º 31/86 – elementos da decisão – a decisão deve conter um número de assinaturas pelo menos igual ao da maioria dos árbitros e incluirá os votos de vencido, devidamente identificados.

Esta realidade é totalmente diferente da invocada situação pelo recorrente.

Não se «especula» agora sobre se a decisão foi não ou alcançada por maioria.

O que se sabe e na decisão resulta que esta se mostra assinada por todos os árbitros e que dela não consta qualquer voto de vencido.

Tanto basta para se concluir pela sua total validade, com as respectivas normas legais citadas”²⁸

Esta decisão é indiscutível. O n.º 2 do art. 23.º da LAV dispõe que a decisão arbitral deve conter um número de assinaturas pelo menos igual ao da maioria dos árbitros “e incluirá os votos de vencido, devidamente identificados”, sob pena de ser anulável a sentença arbitral (art. 27.º, n.º 1, alínea d), da LAV). Ora, *in casu*, o acórdão arbitral estava assinado por todos os árbitros, não havendo menção a qualquer discordância, nem a qualquer voto de vencido, sendo de concluir que a decisão fora tirada por unanimidade.

13. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12 de Março de 2009 (relator – Desemb. ANTÓNIO COELHO DA CUNHA)²⁹ julgou uma acção de anulação de acórdão arbitral com fundamento na

²⁸ Neste acórdão abordam-se ainda dois outros fundamentos do recurso, um relativo à nulidade da decisão por omissão de pronúncia e outro à alegada falta de fundamentação. A decisão considera de forma totalmente ajustada que não ocorrem tais fundamentos, na medida em que existe fundamentação de facto e de direito no acórdão arbitral, tinham sido diferenciados e interpretados os factos assentes e os factos controvertidos que haviam sido provados, mostrava-se subsumida a realidade factual às pertinentes normas jurídicas, evidenciava-se uma decisão e tal decisão (na perspectiva do julgador) era enquadrada nos pontos anteriores.

²⁹ Proc. n.º 03097/07, in www.dgsi.pt/jta.

caducidade do compromisso arbitral pelo decurso do prazo previsto no art. 19.º, n.º 2, da LAV³⁰.

Nesse Acórdão, julgou-se improcedente, em primeiro lugar, a excepção de caducidade da própria acção de anulação, questão levantada pelos demandados que invocaram ter sido recebida a notificação da sentença arbitral em 5 de Abril de 2007, tendo a acção de anulação sido proposta apenas em 9 de Maio do mesmo ano. O TCA considerou que, sendo certo ter sido o aviso de recepção subscrito em 5 de Abril, quinta-feira santa, a verdade é que a notificação da sentença arbitral fora enviada para morada diversa da escolhida pela mandatária, constante da procuração passada a favor da advogada signatária, embora para outras instalações do Município, sendo parte da causa arbitral uma empresa municipal. Nessa medida considerou que a notificação da advogada só ocorrera na segunda-feira posterior à Pascoa, estando a acção tempestivamente intentada por não estar ilidida pelas demandadas a presunção constante do art. 254.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

Entrando na apreciação da caducidade do prazo para proferir a sentença arbitral, começou o Acórdão em análise por referir o que ocorrera no processo arbitral. Na versão da demandante, o prazo de 6 meses para proferir a acção arbitral, nos termos do art. 19.º, n.º 2, da LAV, terminara em 23 de Setembro de 2005, tendo sido o mesmo prazo prorrogado por doze meses, ou seja, até 23 de Setembro de 2006. Nessa data, o Tribunal Arbitral tinha pedido mais uma prorrogação do mesmo prazo, tendo as partes do processo concordado com a segunda prorrogação até 31 de Dezembro de 2006. Em 19 de Dezembro de 2006, o Tribunal havia pedido às partes uma terceira prorrogação do prazo até 15 de Fevereiro de 2007, a qual tinha sido concedida. O Tribunal ainda havia pedido uma quarta prorrogação do prazo, a qual não merecera a anuência das partes.

A demandada negou que tivesse havido anuência das partes nas prorrogações, atendendo ao constante do Regulamento Arbitral.

³⁰ Esta acção de anulação havia sido proposta no tribunal administrativo de 1.ª instância (TAF de Sintra), o qual se declarara incompetente em razão de hierarquia por força do art. 186.º, n.º 1, do CPTA.

O TCA considerou improcedente a acção, com base no disposto no regulamento processual acordado entre os árbitros e as partes:

"Nos termos da alínea d) do n.º 6 do Regulamento do Tribunal Arbitral «finalizadas as sessões que o Tribunal reputar serem necessárias, a decisão final deve ser prolatada no prazo de trinta dias a contar da última sessão».

E a alínea f) do mesmo Regulamento prescreve o seguinte: o «prazo dentro do qual a decisão deve ser proferida pelo Tribunal Arbitral é de seis meses, podendo, por decisão maioritária entre os árbitros, ser prorrogado nos termos da Lei 31/86, de 29 de Agosto – LAV – e ainda nos termos do presente Regulamento».

Estas disposições significam que a existência de prorrogações depende do Tribunal Arbitral, não estando prevista qualquer autorização das partes.

Deve entender-se que o Regulamento Arbitral possui natureza negocial e expressa a real vontade das partes, que, ao acordarem nas respectivas cláusulas, conferiram ao Tribunal Arbitral meios para a prorrogação da decisão final, na alínea d) do número 5 do Regulamento.

E, dada a complexidade da causa e os diversos conflitos surgidos entre as partes, as prorrogações são compreensíveis, não podendo o n.º 3 do art. 19.º da LAV interpretar-se em termos restritivos, como o faz a Autora, e não resultando do Regulamento Arbitral que quaisquer prorrogações do prazo para decidir dependam da autorização das partes.

Não pode, pois, concluir-se, como pretende a Autora, que o prazo para prolação da decisão final pelo Tribunal Arbitral tenha terminado em 15.02.2007."

As duas questões abordadas pelo Acórdão em análise foram resolvidas de acordo com a lei.

No que toca à caducidade do direito de requerer a anulação da sentença arbitral afigura-se que o prazo de 1 mês previsto no art. 28.º, n.º 2, da LAV deve ser contado de harmonia com o art. 279.º, alínea c), do Código Civil, não se suspendendo esse prazo por força do art. 328.º do Código Civil, uma vez que não é aplicável ao caso o disposto n.º 4

do art. 144.º do Código de Processo Civil³¹. A solução dada ao caso concreto afigura-se correcta na medida em que a notificação da sentença foi dirigida para um endereço que não era o escolhido pela advogada constituída, devendo, pois, atender-se à data de conhecimento por esta da decisão, quando se provou a notificação regular desta.

No que toca à prorrogação do prazo supletivo do art. 19.º, n.º 2, da LAV, parece que deve prevalecer o acordo entre as partes do processo arbitral e os árbitros, consubstanciado no regulamento processual por todos aprovado, não devendo interpretar-se o n.º 4, parte final, do art. 19.º como uma norma imperativa, insusceptível de afastamento pela vontade das partes³². Como o Regulamento em causa previa a possibilidade de prorrogação do prazo por decisão maioritária dos Árbitros, sem limites, afigura-se que a decisão foi inteiramente correcta.

Neste Acórdão e para demonstrar a complexidade do processo arbitral acha-se integralmente transcrita a matéria de facto apurada no processo, a sentença arbitral, a declaração de discordância de um dos árbitros, explicando por que se recusava a assinar o acórdão, e a declaração de voto do outro árbitro de parte, sendo certo que se tratava de uma arbitragem em que era aplicável a equidade.

A regulamentação constante do art. 19.º da LAV é considerada pela doutrina (desde Raúl Ventura) e pela jurisprudência pouco adaptada à realidade da arbitragem³³.

O Projecto da APA altera a solução vigente, passando o art. 43.º, n.º 1, desse Projecto (versão de Maio de 2010) a prever que "salvo se as

³¹ Sobre a questão de natureza substantiva ou processual do prazo de propositura de acções e a génese do actual n.º 4 do art. 144.º CPC, veja-se o comentário de Lebre de Freitas / João Redinha / Rui Pinto, in *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 264-267.

³² Veja-se a comunicação do primeiro autor desta Crónica "Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária" in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 43-45. Detalhadamente, sobre a questão, veja-se Frederico Bettencourt Ferreira, "O prazo para a decisão arbitral", in *Themis*, ano IX (2009), n.º 16, págs. 145 e segs., autor que analisa a doutrina portuguesa e estrangeira sobre a matéria.

³³ Remete-se para o estudo de Frederico Bettencourt Ferreira citado na nota anterior.

partes até à aceitação do primeiro árbitro, tiverem acordado prazo diferente, os árbitros devem notificar às partes a sentença final proferida sobre o litígio que por elas lhes foi submetido, dentro do prazo de doze meses a contar da data da aceitação do último árbitro”, do mesmo passo que o n.º 2 desse artigo prevê a solução da livre prorrogação, por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal, “por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de doze meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação.”

14. O Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Julho de 2009 (relatora-Desemb.^a ANA RESENDE)³⁴ apreciou um recurso de agravo interposto do despacho de indeferimento liminar de um requerimento executivo com fundamento na falta de título executivo.

Tinha corrido um processo arbitral entre dois litisconsortes demandantes e um demandado, tendo sido proferida uma sentença que condenara o demandado a pagar uma indemnização correspondente aos danos resultantes do desvio de clientela que viessem a ser liquidados em execução de sentença.

Os demandantes instauram a respectiva execução, tendo procedido à liquidação do pedido no requerimento inicial, ao abrigo do art. 805.º, n.º 4, do Código de Processo Civil. O juiz de execução considerou que não havia título executivo, devendo previamente um tribunal de competência genérica proceder à liquidação do pedido ilíquido, nos termos do incidente de liquidação previsto nos arts. 378.º a 380.º-A do mesmo Código.

Pode ler-se na fundamentação deste Acórdão da Relação:

“Ora, não se discute que as decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns, art. 48.º, n.º 2, do CPC, devendo a respectiva execução correr nos tribunais de 1.ª instância nos termos da lei do processo civil, art. 30, da Lei 31/86 de 29 de Agosto (LAV) [...]”

³⁴ Proc. n.º 8461/08-7, in www.dgsi.pt/jtrl.

Importa aqui salientar que, por força do regime instituído pelo DL 38/03, de 8 de Março, foi alterado o regime de liquidação da obrigação exequenda no que respeita à condenação genérica, passando a mesma a constituir um incidente a desenvolver no processo declarativo, após a prolação da decisão condenatória, renovando-se a instância extinta, conforme resulta do n.º 2 do art. 378 e 380, ambos do CPC, diferentemente do que antes acontecia, contemplando-se uma fase de liquidação prévia prevista então no art.º 806 [...]

Na verdade, sabendo-se que o poder jurisdicional [dos árbitros] finda com a notificação do depósito da decisão que põe termo ao litígio, ou quando tal depósito for dispensado, com a notificação da decisão às partes, art.º 25 da LAV, mesmo tendo em conta que o compromisso arbitral caduca, ficando sem efeito a cláusula arbitral quando, para além do mais, a decisão não for proferida no prazo e prorrogações para tanto, art.º 4 e 19, também da LAV, não se configura que a renovação da instância arbitral seja inviável, considerando que a liquidação, como litígio diferenciado do que foi dirimido pela decisão, está necessariamente sujeita a prazo diverso do que possa ter sido esgotado com a prolação da mesma, desde que o incidente em referência esteja ainda abrangido pela convenção de arbitragem, na devida interpretação da vontade das partes na mesma ínsita, ou no atendimento da manifestação que em tal sentido possam as mesmas realizar.

Ora, constituindo uma realidade que se encontra efectivamente na disponibilidade das partes, sendo certo que a eficácia da convenção arbitral, que como se sabe não é de conhecimento oficioso, artigos 494, j) e 495.º do CPC, prosseguindo o processo nos tribunais judiciais na falta de sua arguição, resulta dos autos, na consideração do consignado na decisão arbitral, que aquelas pretendem retirar do âmbito da competência do respectivo tribunal a fixação concreta dos danos, caso verificados, e assim também, diremos, de forma decorrente, a sua liquidação em incidente a correr termos naquela instância afastada fica, nessa medida, a possibilidade da liquidação desses mesmos danos em sede do tribunal arbitral.”

Face a este entendimento, o Tribunal da Relação decidia, até por razões de economia processual, que a liquidação se devia fazer nos termos do art. 805.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, revogando, por isso, o despacho de indeferimento liminar. Esta decisão tem um voto de vencido, preconizando a sua autora a solução de a liquidação se fazer na instância arbitral, nos termos dos arts. 378.º a 380.º-A.

Parece-nos inteiramente correcta a decisão, na linha do defendido na doutrina por autores como os Profs. Lebre de Freitas e Paula Costa e Silva³⁵. O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, procurou resolver as controvérsias jurisprudenciais na matéria, alterando a redacção do n.º 4 do art. 805.º do CPC, excluindo apenas o caso de sentença *judicial*, de forma a deixar de fora as sentenças arbitrais, na linha do preconizado por Lebre de Freitas.

C) Impugnação de sentenças arbitrais e a questão da fundamentação destas

15. O acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Julho de 2009 (relator-Desemb. TIBÉRIO SILVA)³⁶ apreciou um recurso interposto de uma sentença arbitral proferida num processo arbitral em que a parte demandante pretendia a condenação da parte demandada no pagamento do saldo a seu favor do montante devido pela última com origem num contrato de consórcio por ambas celebrado para execução de uma empreitada.

A acção foi julgada parcialmente procedente, sendo condenada a demandada em parte do pedido.

³⁵ Veja-se do primeiro, "Competência do tribunal de execução para a liquidação da obrigação no caso de sentença genérica arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 (2006), I, págs. 119 e segs. e da segunda, "A execução em Portugal de decisões nacionais e estrangeiras", na mesma *Revista*, ano 67.º (2007), II, págs. 656-658. Veja-se igualmente Luís Cortes Martins, "Decisão arbitral: questões suscitadas pela condenação em pedidos genéricos", no *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenção*, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 121 e segs. (este autor preconiza que a liquidação seja feita pelos tribunais arbitrais, sugerindo uma alteração legislativa no sentido de prorrogação da competência do próprio tribunal arbitral que proferiu a decisão genérica).

³⁶ Proc. n.º 820/09.0YRLSBB-2, in www.dgsi.pt/jtrl.

Interposto recurso de apelação, veio a demandada recorrente suscitar as questões da anulação do acórdão arbitral por ininteligibilidade do mesmo, da falta de fundamentação do mesmo acórdão quanto à questão da ineptidão da petição inicial e ainda da ilegalidade da decisão no que toca aos requisitos e efeitos da compensação. O recurso veio a ser julgado parcialmente procedente.

Remetendo para o Acórdão da mesma Relação de 2 de Outubro de 2006, subscrito pelo mesmo relator e adjuntos, o qual citava a posição de Paula Costa e Silva, o Acórdão em causa considerou que "*uma sentença é provida de fundamentos sempre que seja possível conhecer a motivação do árbitro*", razão pela qual só a falta absoluta de motivação implicará a anulação da decisão. Em sustentação desta posição cita-se igualmente o ensino de Alberto dos Reis e numerosa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, podendo considerar-se pacífica esta orientação entre nós³⁷⁻³⁸.

D) Decisões respeitantes a arbitragens no domínio desportivo

16. De há alguns anos a esta parte têm sido submetidos aos Tribunais Superiores recursos de decisões de tribunais arbitrais desportivos³⁹.

³⁷ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 1995 (relator-Cons. Joaquim de Matos) e de 17 de Maio de 2001 (relator-Cons. Sousa Dinis); este publicado na *Colecção de Jurisprudência / Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano IX (2001), II, pág. 89, ambos proferidos em relação a sentenças arbitrais. Veja-se igualmente a *Crónica* inserida no Ano II desta Revista, a págs. 267 e 269-270.

³⁸ Houve acórdãos de tribunais superiores que apreciaram recursos interpostos de decisões arbitrais e em que se não suscitaram questões respeitantes à convenção de arbitragem ou ao processo arbitral. Indicam-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Maio de 2009 (relator-Cons. Alves Velho; recurso n.º 09A0643), o Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Setembro de 2009 (relator-Desemb. Neto Neves, Proc. n.º 1108/09.2YRLSB-2) e o Acórdão da Relação do Porto de 10 de Novembro de 2009 (relator-Desemb. Guerra Banha; Proc. n.º 588/09.0YR-PRT), tendo os dois últimos acórdãos apreciados recursos de decisões de tribunais arbitrais constituídos no âmbito do Centro de Formação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis (CIMASA).

³⁹ A arbitragem no domínio desportivo é muito frequente em diversos países, sobretudo na Suíça, onde se encontra sediado o TAD, Tribunal Arbitral do Desporto. O Código TAD (regulamento institucional), prevê um processo ordinário perante as

Em 1997 e em 1998, duas decisões das Relações do Porto e de Évora "admitiram a validade de cláusulas de arbitragem contidas em contratos de trabalho desportivo, por entenderem que os créditos laborais passam a ser disponíveis após a cessação do contrato de trabalho"⁴⁰.

17. Em 2009, encontramos três decisões das Relações sobre arbitragens desportivas. No Acórdão da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2009 (relator-Desemb. RODRIGUES PIRES)⁴¹ apreciou-se um recurso interposto da decisão final numa acção de anulação de um acórdão arbitral proferido pela Comissão Arbitral Paritária prevista no Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol e o Sindicato de Jogadores Profissionais de Futebol.

A acção de anulação foi instaurada num tribunal civil pela entidade patronal do jogador, uma sociedade anónima desportiva ("SAD"), que julgou a acção improcedente por considerar a Comissão Arbitral Paritária irregularmente constituída, atendendo a que a mesma é composta por um número par de árbitros (seis árbitros), o que está vedado pelo art. 6.º, n.º 1, da LAV. Nessa medida, não tomou conhecimento dos outros fundamentos anulatórios invocados.

formações de Câmara ordinária nos litígios comerciais ligados ao desporto e um processo de apelação (arts. R1 a R37 e R47 e segs. do Código TAD) aplicável aos litígios em que uma das partes impugne uma decisão de uma instância desportiva. Sobre este processo arbitral remete-se para G. Kaufmann-Köhler (Antonio Rigozzi: *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Ed. Wblau, Berna, 2006, págs. 40-49 e 218-220.

⁴⁰ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 109. Trata-se dos Acórdãos da Relação do Porto de 24 de Novembro de 1997, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXII, 1997, tomo V, pág. 246, e da Relação de Évora de 27 de Outubro de 1998, publicado na mesma *Colectânea*, Ano XXIII, 1998, tomo IV, pág. 292. Têm-se suscitado questões de incompetência em razão da matéria dos tribunais do trabalho para conhecer das acções de anulação de sentenças da Comissão Arbitral Paritária no âmbito do Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol. Veja-se a Crónica de Jurisprudência publicada no Ano II desta *Revista*, pág. 270, nota 29.

⁴¹ Proc. n.º 0825802, in www.dgsi.pt/jtrp

A Relação do Porto revogou o saneador sentença, considerando que não se verificava tal irregularidade, com a seguinte fundamentação muito bem elaborado e completa:

"Acontece que no caso presente o tribunal arbitral (Comissão Arbitral Paritária) tem a sua constituição, competência e funcionamento previstos no Anexo I ao Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol e a Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

Do seu art. 1 consta que a referida Comissão Arbitral Paritária é composta por seis vogais, sendo três nomeados pela Liga [...] e três pelo Sindicato [...] e depois no art. 7 diz-se que as deliberações deverão ser tomadas por consenso; proceder-se-á, porém, à votação em caso de divergência insanável, cabendo voto de desempate ao vogal sobre quem recair, na ocasião, a presidência.

Esta presidência, conforme resulta do art. 5, em obediência ao princípio da alternância para perfeita paridade dos contraentes, é de exercício rotativo em sistema automático, sendo os períodos respectivos de dois meses [...]

Por outro lado, não se pode ignorar que o Cód. do Trabalho [de 2003] na parte em que regula a arbitragem voluntária estabelece no seu art. 565 n.º 5 que «o regime geral da arbitragem voluntária é subsidiariamente aplicável», donde decorre que, na área laboral, está afastada a imperatividade da LAV. Prosseguindo, referir-se-á ainda que o Cód. do Trabalho no art. 542, norma que se refere às comissões paritárias, estatui no seu n.º 1 que «a convenção colectiva deve prever a constituição de uma comissão formada por um igual número de representantes das entidades signatárias com competência para interpretar e integrar as suas cláusulas», acrescentando-se no n.º 2 que o seu funcionamento é regulado pela convenção colectiva.

No âmbito do Contrato de Trabalho Desportivo, cujo regime jurídico se encontra definido pela Lei n.º 28/98, de 26.6 foi permitido que para a solução de quaisquer conflitos de natureza laboral emergente da celebração deste tipo de contratos poderão as associações representativas das entidades empregadoras e de praticantes desportivos (Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Sindicato de Jogadores Profissionais de Futebol), por meio da convenção colectiva,

estabelecer o recurso a arbitragem, através de atribuição, para tal efeito a competência exclusiva ou prévia a comissões arbitrais paritárias institucionalizadas realizadas, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, as quais, como decorre do próprio nome, deverão ser compostas por um número igual de representantes das entidades contratantes – cfr. art. 30.º n.º 1 da referida Lei n.º 28/98”

Depois de aludir que a institucionalização da comissão arbitral paritária foi autorizada pelo Ministro da Justiça, atendendo aos critérios de representatividade previstos no art. 2.º desse Decreto-Lei n.º 425/86, o aresto sustenta que, ainda que se considerasse irregularmente constituída a Comissão Arbitral Paritária, o recurso sempre teria de proceder porquanto a questão não havia sido suscitada perante o próprio Tribunal Arbitral, como impunha o n.º 2 do art. 27.º da LAV.

O recurso foi assim julgado procedente, revogando-se a sentença recorrida, devendo os autos prosseguir na 1.ª instância para conhecimento dos dois outros fundamentos invocados pela autora com vista à anulação da decisão arbitral (violação do princípio contraditório e omissão de pronúncia).

18. Em situação perfeitamente paralela à descrita, também a Relação de Lisboa revogou o saneador-sentença que julgara procedente a acção da anulação intentada por uma sociedade anónima desportiva contra um jogador por ela contratado. Trata-se do Acórdão de 12 de Novembro de 2009 (relatora-Desemb.ª ANA LUÍSA GERALDES)⁴² que segue de perto a fundamentação do Acórdão da Relação do Porto acabado de referir.

19. Parece-nos que a solução jurídica a que chegaram estes dois acórdãos é inteiramente correcta.

Em termos de Direito Comparado, é usual que os tribunais arbitrais sejam compostos por um árbitro único ou por vários árbitros, em número ímpar (em regra, três).

⁴² Proc. n.º 3772/07-8, in www.dgsi.pt/jtrl.

O *Code Judiciaire* belga, o Código de Processo Civil holandês (WBR) e o Código de Processo Civil italiano impõem, tal como a LAV portuguesa, que os Tribunais arbitrais sejam compostos por um número ímpar de árbitros, quando não tenha sido designado árbitro único. Já o Código de Processo Civil francês só impõe essa regra quanto à arbitragem interna. Várias destas leis prevêm que, se a convenção de arbitragem estabelecer um número par de árbitros, a mesma não é automaticamente inválida, por ser possível a nomeação pelo tribunal judicial de um árbitro adicional. O *Arbitration Act* inglês de 1996, para evitar situações de impasse, presume que as partes que tenham convencionado um número par de árbitros pretenderam a designação de um árbitro adicional. Em contrapartida, a jurisprudência suíça admite a validade de uma designação de um número par de árbitros exigindo que a sentença seja tirada por unanimidade, sob pena de ineficácia da convenção de arbitragem⁴³.

Todavia, nada impede que o legislador parlamentar (no caso a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho) preveja um regime especial para os tribunais arbitrais desportivos. No caso, existe uma forma de evitar situações de impasse, visto que o vogal que preside, rotativamente e por períodos de dois meses, dispõe de voto de qualidade. Não havia, por isso, fundamento para aplicar supletivamente a LAV.

Quanto ao fundamento acessório – a não suscitação da questão da irregularidade do tribunal arbitral durante o processo arbitral (art. 27.º, n.º 2, da LAV) – é o mesmo inteiramente procedente.

20. O Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Julho de 2009 (relatora – Desemb.ª MÁRCIA PORTELA)⁴⁴ versou igualmente sobre um recurso de uma decisão proferida em acção de anulação de um acórdão arbitral da Comissão Arbitral Paritária acima referida, intentada por uma sociedade anónima desportiva contra um jogador profissional.

⁴³ Estes dados constam da obra de J-F Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., trad. Inglesa, Londres, Thomson Sweetand and Maxwell, 2007, págs. 328-329 (onde se analisam também regulamentos de arbitragem de instituições como a CCI, a LCIA, e as Regras Suíças).

⁴⁴ Proc. n.º 2678/08.8TVLSB.L1-6, in www.dgsi.pt/jtrl.

Na acção de anulação, a SAD suscitara como fundamentos a omissão de pronúncia, a irregularidade da composição do tribunal arbitral e a violação do princípio do contraditório.

O Tribunal de 1.ª instância julgou improcedentes as excepções deduzidas pelo jogador demandado e, conhecendo do mérito da causa, julgou a acção de anulação improcedente, absolvendo o réu do pedido.

A Relação de Lisboa julgou improcedente o recurso de apelação confirmando a decisão da primeira instância, considerando não haver omissão de pronúncia no acórdão arbitral, não haver irregularidade na constituição do tribunal arbitral, nem violação do princípio do contraditório.

Quanto ao primeiro fundamento, pode ler-se no acórdão o seguinte:

"Significa isto que as vicissitudes inerentes à matéria de facto, designadamente a omissão de apreciação de algum aspecto relevante susceptível de influenciar o acervo dos factos provados, não integram nulidade da sentença por omissão de pronúncia. Seja como for, como se nota na decisão recorrida, no acórdão foi dada como provada a factualidade relativa ao pagamento (factos F e G), tendo entendido, no entanto, que tal pagamento fora ineficaz para obviar a que a rescisão se efectuasse, por o recorrido ter invocado para a rescisão o disposto no n.º 1 do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), 1.ª parte, e n.º 2 CCT (falta culposa de pagamento pontual da retribuição) [...]

Face à opção do recorrido [de não invocar como fundamento da rescisão o previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 42.º CCT – mero atraso por mais de trinta dias], o pagamento era, pois, irrelevante. Não se verifica, pois, qualquer omissão de pronúncia."

Quanto ao segundo fundamento, a Relação de Lisboa considerou que estava precluída a questão de suscitação do fundamento de anulação respeitante à irregularidade da constituição do tribunal arbitral, por a questão não ter sido suscitada pela SAD no próprio processo arbitral (art. 27.º, n.º 2, da LAV).

O terceiro fundamento de anulação invocado pela SAD era o de violação do princípio do contraditório pelo tribunal arbitral por não ter sido aquela autorizada a produzir prova testemunhal por si arrolada, susceptível de conduzir à improcedência da invocação de justa causa de

rescisão do contrato pelo jogador, recusa que violava o art. 16.º, alínea c), da LAV.

O Tribunal da Relação sustentou, confirmando a decisão da primeira instância, que a não inquirição de testemunhas arroladas por uma das partes não implica, sem mais, a violação do princípio do contraditório, o qual tem relevância material. Por isso, não faria *"sentido ouvir as testemunhas apenas para se garantir formalmente o princípio do contraditório, com violação de outros princípios, designadamente o de economia processual, quando tal inquirição se revele inútil para a decisão da causa"*.

Foi determinante para a decisão da Relação a circunstância de o tribunal arbitral ter fundamentado a recusa de audição das testemunhas arroladas pela SAD no carácter dilatatório desse pedido pois, na contestação, esta entidade baseara a sua defesa na má situação económica, a qual não lhe teria permitido pagar ao jogador. Ora, no entender do tribunal arbitral, tal facto, ainda que objecto de prova, não seria suficiente para afastar a presunção de culpa consagrada no art. 799.º do Código Civil. A recusa de audição de testemunhas não teria sido arbitrária. Baseando-se na posição de PAULA COSTA E SILVA, o Acórdão sustentou que a violação do princípio do contraditório, a ter ocorrido, não teria tido influência decisiva na apreciação do litígio.

Apesar de ser, à partida, chocante que um tribunal arbitral se recuse a ouvir a prova testemunhal oferecida pelas partes, admite-se, neste caso concreto, que a solução perfilhada tenha sido adequada.

E) Decisões em processos de arbitragem necessária

21. A recolha jurisprudencial feita revela algumas decisões respeitantes a casos de arbitragem necessária. Seleccionámos alguns deles, por nos parecerem mais relevantes.

22. Assim, o Acórdão da Relação do Porto de 17 de Março de 2009 (relator-Desemb. VIEIRA E CUNHA)⁴⁵ foi proferido num agravo interposto num processo de expropriação por utilidade pública.

⁴⁵ Proc. n.º 4655/03.6TBVNG-A.P1.

Nesse processo, os árbitros classificaram a parcela expropriada como "solo apto para construção", de acordo com a lei das expropriações aplicável, e atribuíram por maioria um determinado valor indenizatório ao expropriado, considerando que a parcela sobrança, com a área de 2441 metros quadrados ficava sem possibilidades construtivas e com um valor residual de 20%. Nessa medida apontou um montante indenizatório a atribuir por tal desvalorização de 80%.

Por decisão judicial de 22 de Abril de 2003 foi adjudicada a parcela expropriada à Expropriante. Os Expropriados vieram então requerer a expropriação total do prédio rústico em causa, ao abrigo dos arts. 3.º, n.º 2, e 55.º, n.º 1, do Código das Expropriações de 1999, invocando que a parte sobrança não permitia a sua utilização e prossecução do destino económico. A Expropriante opusera-se a esse pedido, sustentando que a área sobrança era superior à indicada no laudo arbitral.

Por decisão do tribunal de primeira instância, proferida após realização de perícia para determinação do valor de expropriação total, julgou-se procedente o pedido de expropriação total e fixou-se o montante complementar indenizatório.

Interposto recurso de apelação desta decisão, a Relação do Porto começou por afirmar que tinha sido proferida uma decisão arbitral que era autonomamente impugnável. Não tendo dela havido impugnação, tinha transitado em julgado:

"Como é consabida doutrina uniforme dos tribunais (ainda que nem sempre tenha sido assim, a recensão das opiniões contrárias assume hoje um relevo meramente documentativo; por todos, S.T.J. 9/10/73, Bol. 200/168, cit. in Ac R P 17/12/87 Col. V/215), o acórdão de arbitragem, nos processos de expropriação por utilidade pública, não se trata de um mero arbitramento, antes representa o resultado de um julgamento, constituindo verdadeira decisão susceptível de recurso em sentido próprio, sujeita, portanto, na parte possível, às normas de processo civil em matéria de recursos. No mesmo sentido, cf. igualmente S.T.J. 9/5/90 Bol. 397/423, com alusão à fundamentação do Ac. Unif. Jurisp.ª STJ 24/7/79 Bol. 289/135."

Sendo requerida pelos expropriados a expropriação total, a decisão judicial, na comarca, sobre o pedido de expropriação total é fundamen-

tada na decisão tomada pelos árbitros, nos termos do art. 55.º, n.º 1, do Código das Expropriações.

Podem ler-se neste Acórdão, citando a anotação de Perestrelo de Oliveira ao Código das Expropriações:

"É verdade que a arbitragem, num primeiro momento, não assume o valor de uma verdadeira decisão, face à necessária decisão judicial deste incidente – tratando-se, nesse particular, de verdadeira peritagem, o juiz pode ordenar aos árbitros que completem os seus lados, se julgar verificada ou indicada a situação a que alude o disposto no art. 3.º n.º 2 C. Exp.

Mas também é verdade que «ao decretar a expropriação total, o juiz não pode alterar os valores e os rendimentos que os árbitros atribuíram à totalidade do prédio e as partes abrangidas e não abrangidas pela declaração de utilidade pública; daí que o montante a depositar seja o que resulta da decisão arbitral (arts. 55.º, n.º 4, e 51.º, n.º 3, C. Exp.); desta forma, a partir do momento em que o juiz decreta a expropriação total, a decisão dos árbitros passa a revestir, também nessa parte, natureza jurisdicional."

Como no caso concreto havia tido lugar prova pericial em que tinham intervindo cinco peritos (três do tribunal e um designado pelo Expropriante e outro pelo Expropriado) e havia divergência quanto ao justo valor da indemnização, a Relação fez questão de afirmar, em aplicação da lei, que o valor atendível pelo tribunal era o que resultava do laudo arbitral.

Deve notar-se que existe alguma flutuação de entendimento entre os institutos da arbitragem necessária e da perícia, parecendo estranho que se aluda no Acórdão ao valor de mera perícia do acórdão arbitral, enquanto não for decidido pelo tribunal judicial o incidente de expropriação total. Quando muito, poder-se-ia dizer que há uma decisão avaliatória com eficácia suspensa, dependente de uma ulterior decisão.

23. Em contrapartida, no Acórdão da Relação do Porto de 28 de Setembro de 2009 (relator-Desemb. CAIMOTO JÁCOME)⁴⁶, decidiu-se

⁴⁶ Proc. n.º 7137/04.5TBVNG.P1.

que ao acórdão arbitral em processo de expropriação por utilidade pública são aplicáveis, em matéria de recursos, as mesmas disposições do Código de Processo Civil, transitando esse acórdão em tudo quanto seja desfavorável para o recorrente, envolvendo a falta de recurso a concordância com o decidido pelos árbitros.

Discordando da posição restritiva da doutrina mais antiga de que os limites do caso julgado se confinam à parte injuntiva da decisão, o Acórdão perfilha a orientação jurisprudencial de que o caso julgado, embora não se estenda a todos os motivos objectivos da sentença, abrange "as questões preliminares que constituíram as premissas necessárias e indispensáveis à prolação do julgo final, da parte injuntiva, contanto que se verifiquem os outros pressupostos do caso julgado material" e nessa medida:

"... o acórdão dos árbitros, no processo de expropriação constitui uma verdadeira decisão judicial, tendo as partes a possibilidade de dela recorrerem tanto para o tribunal de comarca como da Relação, pois se considera que os acórdãos arbitrais não são meros arbitramentos, antes têm natureza jurisdicional como tribunal arbitral necessário – Ac. STJ, CJ/STJ, 2003, III, 159."

Neste Acórdão, cita-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdãos nºs 757/95 e 262/98) no sentido de que a decisão arbitral se deve qualificar como decisão judicial, proveniente de um verdadeiro tribunal necessário, uma vez que os árbitros, dispondo de independência funcional, intervêm para dirimir um conflito de interesses entre partes no processo de expropriação litigiosa. A sua decisão visa tornar certo um direito ou uma obrigação, não constituindo um simples arbitramento.

O Acórdão da Relação considerou que as premissas de avaliação não impugnadas no recurso do laudo arbitral tornam-se definitivas, cobertas pela força de caso julgado. Não tendo a entidade expropriante recorrido desse acórdão, não pode pôr em causa tal decisão ou beneficiar de um valor superior por eventual recurso da outra parte (proibição de *reformatio in melius*, decorrente dos arts. 49.º e 58.º do Código das Expropriações de 1999).

24. Por último, analisar-se-á o Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 21 de Maio de 2009 (relator-Desemb. GONÇALVES FERREIRA)⁴⁷, que incidiu sobre um recurso interposto por um sindicato de uma decisão do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa que se julgara incompetente em razão da matéria para conhecer da nulidade da deliberação tomada em 21 de Maio de 2007 do Colégio Arbitral constituído no âmbito do Conselho Económico e Social sobre definição dos serviços mínimos a executar no decurso da greve em serviços de administração directa ou indirecta do Estado ou de empresa vinculada ao seu sector empresarial.

O Tribunal Central Administrativo confirmou a decisão recorrida, por ter considerado o Colégio Arbitral em causa, previsto no art. 599.º, n.º 4, do Código do Trabalho de 2003 e nos arts. 439.º a 449.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, um verdadeiro tribunal arbitral, sendo as suas decisões sindicáveis por via de recurso jurisdicional para a Relação de Lisboa, nos termos dos arts. 1525.º e 1528.º do Código de Processo Civil e 29.º, n.º 1, da LAV.

Para o tribunal de recurso, "o modo de recrutamento dos árbitros em questão e o regime de incompatibilidades e suspeições que lhe vem adstrito é mais do que suficiente para se concluir, com o fez o Senhor Juiz "a quo", que se trata, na sua essência, de uma verdadeira decisão jurisdicional, tomada em 1.ª instância, e que é recorrível para o Tribunal da Relação de Lisboa, nos termos do art. 29.º, n.º 1, da Lei n.º 31/186, de 29/8".

O Tribunal Central Administrativo acentua, louvando-se no parecer do Ministério Público, que o Código de Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, reforça este entendimento, pois atribui tal competência de fixação dos serviços mínimos a um tribunal arbitral obrigatório (art. 538.º, n.º 4, alínea b))⁴⁸. Resta saber se havia um caso

⁴⁷ Proc. n.º 04889/09, in www.dgsi.pt/jtca.

⁴⁸ Deve notar-se que o Código de Trabalho de 2009 acolhe uma distinção tripartida entre arbitragem voluntária, arbitragem obrigatória e arbitragem necessária, no domínio das relações colectivas de trabalho. As duas últimas modalidades, são formas de arbitragem necessária, pois não se baseiam numa convenção de arbitragem ("acordo das partes", segundo o art. 507.º, n.º 1, do Código do Trabalho). A arbitragem

de incompetência em razão da matéria, sabendo-se que há arbitragens administrativas que estão previstas no Código de Processo nos Tribunais de Trabalho. Parece, porém, que estando em causa o exercício e limites do direito à greve, tal competência pertence aos tribunais judiciais.

F) Conclusão

25. De um modo geral, as espécies analisadas mostram uma atitude correcta dos tribunais judiciais face à arbitragem, quer voluntária, quer necessária, sendo vários os exemplos de decisões que, por um lado, impedem uma das partes de "fugir" de convenções de arbitragem que validamente celebraram, e por outro, que obstam a que a parte vencida e recalcitrante num processo arbitral obtenha a anulação de decisões arbitrais inteiramente regulares.

De ano para ano, denota-se que o recurso à arbitragem está mais generalizado, sendo perfeitamente aceite pelos tribunais judiciais, que já não vêem o instituto da arbitragem como uma "ameaça" mas como um verdadeiro meio alternativo de resolução de litígios, revelando as decisões judiciais mais recentes algum conhecimento da doutrina que tem vindo a tratar os temas da arbitragem em Portugal. Nessa medida, será de concluir que a comunidade jurídica portuguesa está preparada para receber uma nova lei da arbitragem.

obrigatória é sempre determinada por despacho fundamentado do ministro responsável pela área laboral, tal como a arbitragem necessária (art. 511.º, n.º 1). Esta última é aplicável em caso de caducidade de uma ou mais convenções colectivas aplicáveis a uma empresa, grupo de empresas ou sector de actividade, quando não seja celebrada uma nova convenção nos 12 meses subsequentes e não haja outra convenção aplicável a pelo menos 50% do universo abrangido pela anterior convenção. A distinção entre arbitragem obrigatória e necessária faz-se em função do objecto dos litígios (arts. 508.º e 510.º deste diploma). Esta arbitragem necessária, nas duas modalidades prevê sempre uma determinação por acto administrativo ministerial

Pedro Siza Vieira

Colóquio APA "Uma Nova Lei de Arbitragem para Portugal"

O Colóquio promovido pela Associação Portuguesa de Arbitragem ("APA") subordinado ao tema "Uma Nova Lei de Arbitragem para Portugal" teve por propósito divulgar publicamente e discutir o Anteprojecto de Lei de Arbitragem Voluntária elaborado pela Direcção da APA a pedido do anterior Ministro da Justiça e entregue ao Governo em Março de 2009.

Embora tivesse já sido objecto de publicitação -designadamente através do site da APA (www.arbitragem.pt) e da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação editada pela Associação -o Anteprojecto não havia ainda sido objecto de discussão pública alargada.

Entendeu a Associação, desse modo, tomar a iniciativa de promover a troca aberta de perspectivas sobre o Anteprojecto, aproveitando, igualmente, a disponibilidade já manifestada pelo actual Governo para retomar o processo Legislativo

Ao apresentar este Anteprojecto ao Governo, e ao suscitar a discussão pública sobre o mesmo, a APA está a assumir em pleno a sua missão, em particular a contribuição para a divulgação da arbitragem como forma de resolução de litígios e a participação no processo legislativo relativo à arbitragem.

O Colóquio contou com dois painéis de comentadores. O primeiro, composto por especialistas estrangeiros, contou com uma apresentação do Prof. Peter Schlosser sobre a Lei Alemã de Arbitragem e outra do Dr. Fernando Mantilla-Serrano sobre a Lei Espanhola. Ambas as Legislações são relativamente recentes, e em ambos os casos os legisladores nacionais utilizaram a Lei Modelo da UNCITRAL -a comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional -como base para a legislação nacional. Ambos os palestrantes aceitaram a importância des-

sa opção para credibilizar internacionalmente os respectivos países como locais para a realização de arbitragens internacionais e para assegurar mais segurança jurídica no recurso à arbitragem para a resolução de litígios domésticos.

Um segundo painel contou com uma apresentação do Anteprojecto da APA efectuada pelo Dr. António Sampaio Caramelo, e com breves comentários críticos a diversos aspectos do Anteprojecto efectuados pelo Prof. Lima Pinheiro e pelos Drs. Armindo Ribeiro Mendes, Manuel Barrocas e Miguel Galvão Teles. Seguiu-se uma discussão aberta ao público onde foi mais amplamente discutido o Anteprojecto e as observações dos palestrantes.

Na sequência do Colóquio, a Direcção da APA encorajou o público a enviar mais comentários e observações ao Anteprojecto. Nas próximas semanas a Direcção irá proceder a uma nova revisão do Anteprojecto, tendo em conta todos os comentários e observações recebidos antes, durante e após o Colóquio, com vista a remeter ao Governo um Anteprojecto que possa reflectir as perspectivas dos observadores mais atentos e activos na arbitragem.

Dos comentários já recebidos, resultou um vivo interesse sobre a iniciativa de revisão legislativa. O Anteprojecto, em concreto, foi objecto de discussões vivas e aceras sobre diversos dos seus aspectos, que não deixarão de contribuir para o aperfeiçoamento das soluções nele contempladas.

Mas a discussão que se suscitou sobre aqueles aspectos não pode fazer esquecer o consenso alargado que até agora se tem constatado sobre alguns princípios essenciais.

Em primeiro lugar, consenso quanto à necessidade de uma reforma da Lei de Arbitragem Voluntária. A actual lei, tecnicamente muito aperfeiçoada, revelou ao longo de um quarto de século de vigência algumas dificuldades de aplicação que limitam ou tornam menos atractivo o recurso à arbitragem.

Em segundo lugar, consenso quanto à adopção da Lei Modelo da UNCITRAL como base para a reforma legislativa. Do ponto de vista do Direito, a segurança e o recurso a soluções reconhecidas internacionalmente é uma vantagem, e a originalidade um pecado. O recurso à Lei Modelo da UNCITRAL oferece confiança aos operadores económicos e

pode, por isso, incentivar a escolha de Portugal como local para a realização das arbitragens.

Em terceiro lugar, consenso quanto à necessidade de aprovar uma Lei que decididamente favoreça a arbitragem. Isto significa eliminar regras e princípios que dificultem a constituição do tribunal arbitral ou que possam perturbar a continuação da instância até à decisão final ou a execução desta. O recurso à arbitragem pode aumentar com a remoção de obstáculos legais à possibilidade de uma arbitragem conduzir a uma resolução final dos litígios.

Em quarto lugar, consenso quanto à necessidade de clarificar a articulação entre os tribunais arbitrais e os tribunais estaduais, seja na delimitação das respectivas competências, seja na criação de mecanismos céleres e eficazes de resolver eventuais questões que possam surgir no contexto de uma arbitragem em curso.

A reforma de Lei de Arbitragem é necessária e o Anteprojecto em causa – reformulado tendo em conta os resultados da consulta pública – constitui a base adequada para a renovação da arbitragem que o nosso país reclama. É profunda convicção da APA que a aprovação do Anteprojecto por si apresentado permitirá atingir dois objectivos essenciais.

Em primeiro lugar, a maior difusão e credibilização da arbitragem como modo de resolução de litígios célere e de confiança, alternativo aos tribunais do Estado.

Em segundo lugar, a afirmação de Portugal como local de realização de arbitragens internacionais. Portugal tem uma vocação evidente para se constituir como facilitador, a todos os níveis, da aproximação entre os países de língua portuguesa, e como agente de intermediação entre o espaço da língua portuguesa e os agentes económicos de outras regiões que com ele tenham contacto. Também ao nível da arbitragem parece evidente a vantagem da escolha do nosso país como local privilegiado para dirimir litígios que possam ter conexão com os países de língua portuguesa. Para tanto, porém é necessário que a nossa Lei de Arbitragem possa merecer a confiança dos operadores económicos. O Anteprojecto de Lei da APA é, segundo as opiniões já recebidas de comentadores internacionais, um passo seguro nesse sentido.

DOCTRINA

Em Torno do Árbitro, *Carlos Alberto Carmona*

La Ley Española de Arbitraje, *Fernando Mantilla-Serrano*

Addition of Parties: A Vacuum Left by the Model Law in Need of Internationally Approved Rules, *Miguel Galvão Teles*

O Princípio da Competência-Competência na Arbitragem Voluntária, *Lino Diamvutu*

As Novas Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Internacional, *Pedro Metello de Nápoles*

German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law, *Peter F. Schlosser*

VIDA INSTITUCIONAL

Actividades da Associação Portuguesa de Arbitragem de Setembro de 2009 a Setembro de 2010, *José Robin de Andrade*

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

Do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/03/2009, *José Miguel Júdice e António Pedro Pinto Monteiro*

Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária anotado (2010)

Código Deontológico do Árbitro (2010)

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010)

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

Crónica de jurisprudência portuguesa em 2009, *Arminda Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes*

Colóquio APA "Uma nova lei de arbitragem para Portugal", *Pedro Siza Vieira*

ISSN 1647-192X PVP 22€

