

UMA NOVA LEI DE ARBITRAGEM ?

A propósito do anteprojecto APA*

Mário Raposo

1. Da Lei 31/86 a uma nova lei. 2. Monismo ou dualismo. 3. A “composição amigável”. O que será? 4. E a equidade? 5. Arbitrabilidade 6. Tribunais arbitrais e medidas cautelares. As “ordens preliminares” 7. Presidente do Tribunal Arbitral 8. Responsabilidade dos árbitros 9. Normas aplicáveis ao fundo da causa 10. O prazo para a decisão 11. Admissibilidade do voto dissidente? 12. Impugnação da Sentença Arbitral 13. Confidencialidade. Até que ponto? 14. Disposições transitórias 15. Balanço.

1. DA LEI 31/86 A UMA NOVA LEI

1. Não surgiu a actual LAV em circunstâncias fáceis. A lei a que teria de suceder¹ tinha os dias contados. Só o saber e a perseverança da Prof.

* Incluído no seu site. Fiz quanto a ele algumas sugestões (15.10.09), posteriormente incluídas no mesmo site Publico-as agora com algumas alterações e aditamentos.

¹ O Dec.-Lei 243/84, de 17 de Julho. Sublinha-se, por vezes, a sua menor qualidade. Nada com esse diploma tendo a ver (não pertencia então ao Governo) afigura-se-me de certo modo “injusta” tal “avaliação”. Contendo algumas soluções exactas, marcou uma evidente autonomização do tribunal arbitral perante o tribunal judicial. Cfr., por ex., Francisco Cortez, A arbitragem voluntária em Portugal, sep. de O Direito, ano 124, maxime p.

Magalhães Collaço – a quem solicitei a feitura de um anteprojecto – conseguiu superar com o mérito que ainda hoje é reconhecido à LAV a urgência na sua feitura. E a Exposição de Motivos e o articulado da Proposta de Lei nº 34/IV (por ela inteiramente elaboradas) foram apresentados em tempo útil à Assembleia da República. Coube-me a intervenção por parte do Governo no debate na generalidade e a excelente receptividade encontrada permitia antever uma aprovação não substancialmente inovadora na Comissão parlamentar. Entretanto, para além de alterações pontuais já consensualizadas, foi criado um novo capítulo consagrado à arbitragem internacional. Vistas bem as coisas integram esse novo capítulo preceitos já constantes da Proposta de Lei, à excepção de um: o art. 35. A LAV passou assim a conter, a par da tradicional equidade (art. 33, 1), a gaulesa “composição amigável” (esse art. 35). É evidente que a Comissão parlamentar, a cuja reunião não assisti, actuou em compreensível estado de urgência². Realmente a inconstitucionalização (orgânica) do Dec.-Lei 243/84 fora já então declarada pelo Tribunal Constitucional (Acórdão TC 230/86, de 8.7, embora só publicado no DR, 1ª série, de 12 de Setembro). Nessa mesma reunião (23 de Julho de 1986) foram apreciadas várias propostas de lei, entre as quais a referente à criação dos “tribunais marítimos”, também preparada no Ministério da Justiça.

543-546. Mas o certo é que, na expressiva síntese de Raúl Ventura (Convenção de Arbitragem, ROA, 1986, p. 289-413), teve uma “vida infeliz”.

² Na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da qual eu próprio tivera a honra de fazer parte no início dos anos 80 e à qual regressaria, como presidente, menos de dois anos depois, era tradicional as deliberações serem precedidas de fundamentados pareceres. No caso da Proposta de Lei de que haveria de resultar a LAV é de dizer que a Comissão parlamentar introduziria no art. 1, como nº 3, um preceito que não constava da Proposta de Lei, mas sim do...Programa do Governo (minoritário) a que eu pertencia. Diz ele respeito à modificação de contratos (sobretudo de longa duração) não ingressados em fase litigiosa. Não estavam em causa “as hipóteses de as partes deliberadamente (deixarem) incompleto o contrato e atribuírem a (árbitros) o poder de os completar” (Raul Ventura, est. cit., p. 331). Pensava-se na eventual modificação de contratos “já estabelecidos” face a alteração anormal de circunstâncias, com a consequente onerosidade excessiva (hardship – Bonell, Un “codice” internazionale del Diritto dei Contratti, Giuffrè, 2ª ed., 2006, p. 123 s). Cfr. ainda Mario Raposo, Estudos sobre Arbitragem Comercial... Almedina, 2006, p. 67, em nota (49).

É de crer que a Comissão parlamentar terá sido motivada pela dualidade constante do art. 28, 3 da Lei-Modelo. Só que tal dualidade é, como adiante precisarei, meramente terminológica, já que não estão em causa dois institutos mas apenas um. E como a doutrina portuguesa clarificou desde logo o problema e como, ao que eu saiba, o dispositivo do art. 35 nunca até agora terá sido chamado a actuar, tudo se quedaria no âmbito da “petite histoire” se não fosse agora esboçada a tentativa de perpetuar a ambivalência: equidade – composição amigável, que nem na legislação francesa existe.

2. É frequente as leis de arbitragem serem alteradas ou por completo substituídas. Assim, por exemplo, o Arbitration Act inglês de 1996 (aplicável também no País de Gales e na Irlanda do Norte) sucedeu a três outros (de 1950, 1975 e 1979). A lei italiana de 1994 beneficiou de uma reforma parcelar (arbitragem societária) em 2003 e foi substancialmente alterada em Fevereiro de 2006. No espaço de 50 anos surgiram em Espanha três novas leis (em 1953, 1988 e 2003). E se em França as leis de 1980 (arbitragem interna) e de 1981 (arbitragem internacional) se mantêm em vigor, o Comité français de l'arbitrage apresentou em 2006 um novo texto, depois de alargado debate³.

Serão, por certo, de considerar como bem-vindos todos os contributos para uma necessária reforma da nossa LAV.

³ Com a participação, entre outros especialistas, de Fouchard (entretanto falecido em Fevereiro de 2004), Boissésou, Thomas Clay, Yves Derains, Bertrand Moreau, Gaillard, Jarrosson, Eric Loquin e Jean-Georges Betto. Cfr. Revue de l'Arbitrage (doravante RA.), 2006, pp. 491-517. A única alteração ocorrida nesta área do NCPC nos últimos 5 anos foi o... título. Com efeito, nos termos da lei nº 2007/1787, de 20.12, respeitante à simplificação do Direito, o Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) passou a designar-se Code de Procédure Civile (CPC).

E estou em crer que dessa reforma deverá advir um novo articulado global. São sempre de temer as emendas parciais, que tendencialmente poderão prejudicar a coerência do sistema.

É, pois, de aplaudir (enquanto tal) a iniciativa da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA)⁴.

Mas, precisamente por ser um contributo de assinalável oportunidade, justificar-se-á a análise de alguns dos seus aspectos.

Por certo outras serão feitas, embora da Exposição de Motivos da “Proposta de Lei” ressalte a ideia de que se esperava que ela viesse a ser aceite ne varietur, apenas aguardando um tabelar imprimatur.

2. MONISMO OU DUALISMO ?

3. Quase todas⁵ as leis modernas, excepto as de influência francesa (como as leis de Marrocos de 30.11.2007 e da Argélia de 25.2.2008) regulam

⁴ Como de aplaudir foram, sem dúvida, as aporções dos juristas a que se refere Armindo Ribeiro Mendes (Balanço de 20 anos de vigência da LAV... e necessidade de alterações, em Intervenções no 1º Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2008, p. 13-70) e, ex professo, de Manuel Pereira Barrocas, Contribuição para a Reforma da LAV, ROA., 2007, p. 277-339.

⁵ Dualistas são as leis suíças de 1969 (Concordata) e de 1987 (LDIP) e a grega (depois da lei de 1999 respeitante à arbitragem internacional). E também algumas leis da América Latina (Bolívia, Colômbia, Chile, Equador), ao invés do que se passava no México (1993), Guatemala (1995), Paraguai (2002) e Nicarágua (2005). E também no Brasil (1996), na Costa Rica (1997) e na Venezuela (1998). Cfr. Mantilla-Serrano, Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine, na RA., 2005, p. 561 s. A lei peruana de 1996 adoptou

unitariamente a arbitragem interna e a internacional. É significativo que a Lei da Síria de 2008 tenha abandonado o critério francês, de que era tributária, deixando de compartimentar formalmente a arbitragem interna e a internacional⁶.

Um dualismo mitigado é também adoptado em alguns Estados de expressão portuguesa (Angola – lei de 2003; Cabo Verde – lei de 2005; Guiné – D.L. de 2000; Moçambique – lei de 1999; S. Tomé e Príncipe – lei de 2006).

4. A posição adversa a um dualismo formulário, mesmo que mitigado⁷ não significa que, designadamente num ponto de vista científico, não haja regras próprias à arbitragem internacional. O mais expressivo sistema legal que aboliu por completo qualquer referência à arbitragem internacional terá sido o italiano, com a lei de 2 de Fevereiro de 2006⁸.

Não é de esquecer, aliás, que a Lei-Modelo da CNUDCI, que se destinou declaradamente a estabelecer um padrão legislativo para a arbitragem internacional inspirou, desde então, a arbitragem nacional e internacional. Toda a arbitragem tende a transnacionalizar-se.

o sistema dualista. A actual, de 2008, acolheu o sistema monista, “en mettant en place un régime unique applicable aussi bien à l’arbitrage interne qu’à l’arbitrage international lorsqu’il se déroule en territoire péruvien (art. 1, 1)”. Cfr. Mantilla Serrano, La nouvelle loi péruvienne... na RA, 2009, p. 731, maxime p. 733.

⁶ Jacques El Hakim, La nouvelle loi sur l’arbitrage en Syrie du 25 mars 2008, RA., 2008, p. 659 e s. (texto na p. 851 s).

⁷ “(...) em que há um conjunto de regras comuns ou em que as regras aplicáveis à arbitragem interna são extensíveis, sob certas condições, à arbitragem internacional” (Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional..., Almedina, 2005, p. 199).

⁸ Entretanto, e ao invés do que se poderá pensar, não advem deste critério uma desconsideração da arbitragem internacional. Caracteriza-se, sim, pela “internacionalização” da arbitragem interna ou por uma “reunificação” das duas interfaces (Edoardo – F. Ricci, La longue marche vers l’internationalisation du droit italien de l’arbitrage, em Les Cahiers de l’arbitrage, IV, 2008, p. 191 s).

Daí adveio uma mais produtiva flexibilização da arbitragem interna, que a leva a adoptar regras mais liberais. Certo é que a lex mercatoria continua a ser uma entidade tendencialmente específica da arbitragem internacional⁹. Mas, designadamente, através do canal da equidade, é evidente que ela se está a propagar à arbitragem interna. Deixou de haver compartimentos estanques. Era esta a perspectiva de Goldman.

5. Diz-se na Exposição de Motivos da lei espanhola de 23.12.2003:

“(…) no que respeita à contraposição entre arbitragem interna e arbitragem internacional, esta lei opta claramente por uma regulação unitária de ambas. Na alternativa entre dualismo (...) e monismo (em que, salvo contadas excepções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...). A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna”¹⁰.

O mesmo se passa na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra, na República Sérvia¹¹ e na Suécia¹².

⁹ “Probably the most important development in the field of transnational law is that of the lex mercatoria” (Redfern-Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4^a ed., Sweet & Maxwell, 2004, p. 109, em nota).

¹⁰ Existe uma forte tendência para a absorção pela arbitragem interna das soluções da arbitragem internacional. Cfr. Charles Jarrosson, L’apport de l’arbitrage internationale à l’arbitrage interne, em L’internationalité dans les institutions et le droit, convergence et défis – Études offertes à Alain Plantey, Pedone, 1995, p. 233 s.e Sylvain Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions, RA. 2005, maxime p. 919, onde se refere, precisamente, o estudo fundamental de Jarrosson.

¹¹ Lei de 25.5.2006. É de notar que na sua feitura participaram especialistas franceses, como Pierre Mayer e Bertrand Ancel.

3. A “composição amigável”

(I)

6. A decisão da Assembleia da República – aliás no pleno uso da sua soberania legislativa – de “aproveitar” a criação de um capítulo VII na actual LAV para nela incluir o já referido art. 35 (composição amigável) floresce no anteprojecto. Realmente, não se confina já à arbitragem “internacional” (art. 55), mas ganha também presença na arbitragem “interna” (art. 39,2).

É a transposição na íntegra do sistema francês (arts. 1474 e 1497). Só que não se teve presente que no CPC francês não se fala em equidade. Como se dispõe naquele art. 1474 “l’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur”. Esta dualidade resulta também da conjugação do art. 1496 com o art. 1497.

Num estudo publicado em 1992 mas elaborado em 1987 para um concurso universitário¹³ Paula Costa e Silva logo evidenciou a falta de cabimento no nosso Direito da Arbitragem da importada figura. Teve como “verdadeiramente incompreensível” o “apelo à composição amigável” em sede de arbitragem “internacional”. “Á luz do sistema português, não fará sentido a utilização conjunta das duas “expressões” (equidade e composição amigável)”.

¹² Lei de Abril de 1999. Cfr. Francesco Benigni - Giorgio Recchia, Nuove norme sull’arbitrato in Svezia, na Riv. dell’Arb., 2000, p. 179.

¹³ Anulação e recursos da decisão arbitral, ROA, 1992, p. 893 s., maxime p. 939-940.

7. Escusou-se Magalhães Collaço a emitir opinião sobre a sobrevivência co-existência, no Capítulo VII da Lei, das duas figuras¹⁴.

Lima Pinheiro entende que, mesmo no direito francês, “a composição amigável constitui fundamentalmente uma decisão segundo a equidade”. Admite, quando muito, que à composição amigável corresponda uma acepção “fraca” de arbitragem. Realmente a expressão amiable compositeur é empregue na versão em língua francesa da Convenção de Genebra de 1961 (art. 7,2) enquanto na versão em língua alemã se faz uma referência à decisão segundo a equidade (Biligkeit)¹⁵.

Eu mesmo encarei com certo detalhe a questão¹⁶.

8. Não é exacto o que consta da nota 123 do anteprojecto (“ a maioria da doutrina portuguesa distingue entre arbitragem segundo a equidade e a composição amigável mencionada na actual LAV, embora divirja quanto ao modo como tal distinção se deva fazer”).

Aliás, todas as opiniões emitidas sobre o sentido a dar ao art. 35 da LAV reportam-se ao direito constituído e partem do compreensível objectivo de “tant bien que mal” tentar justificar a inovação feita no art. 35 da LAV.

¹⁴ L’arbitrage international dans la récente loi portugaise... nas Actas do Colóquio realizado em Abril de 1990 por iniciativa do Centro Cultural Português da Fundação Gulbenkian, Paris, 1992, p. 55-66.

¹⁵ Arbitragem Transnacional, Almedina, 2005, p. 164 e Direito Comercial Internacional, Almedina, 2005, p. 422.

¹⁶ Equidade, composição amigável e Lex Mercatoria, na ROA, 2006, p. 5-21.

São postas aqui à prova virtualidades exegéticas. Assim, por ex., aventou Lopes dos Reis que a “nossa” composição amigável corresponderá mais à figura do amicabilis compositor da Idade Média do que ao amiable compositeur do direito francês¹⁷. E de certo modo tinha razão. Mesmo em Itália até ao Cód. Proc. Civil de 1942 era usada a expressão “amichevole compositore” que foi então substituída pela actual “pronuncia secondo equità”. Esta existira já e não obstante o “prestígio” que o “amichevole compositore” tivera até ao século XIX, era “uma formula ancora più antica e gloriosa”¹⁸.

(II)

9. Transposta para a nossa realidade – para a realidade criada pelo art. 35 LAV86 (de fonte parlamentar) – qual o sentido possível da composição amigável?

Desde logo, o compositor amigável terá a missão de aproximar as partes, num intento de conciliação. Não é por acaso que na análise “oficiosa” da versão italiana do regulamento da CCI/ADR se fala mais do que uma vez na “composizione – delle controversie” (Preâmbulo) e mais adiante “amichevole”. Através de uma técnica de mediação alcança-se essa “composizione!” (art.5)¹⁹.

A irremissível inconcluída daquele art. 35 faz com que ela seja situada na tentativa de conciliação prévia prevista, por ex., no art. 28 do

¹⁷ Representação forense e arbitragem, Coimbra Editora, 2001, p. 93, em nota.

¹⁸ Chiara Tenella Sillani, L’arbitrato di equità, Giuffrè, p. 208. A equidade é um “aggiornamento della vecchia formula dell’amichevole composizione” (id.). Para designar a mesma realidade a fórmula latina “ex aequo et bono” equivale à francesa “amiable composition”

¹⁹ Riv. dell’Arb., 2002, p. 609 s. Chiara Tenella Sillani (ob. cit., p. 330) fala a este propósito, expressamente, de...”composizione amichevole della controversia”. E o certo é que no Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del Piemonte (1998) na parte consagrada à Procedura di Conciliazione ADR – Piemonte diz-se expressamente que a finalidade deste processo era “favorire la composizione amichevole di controversie”.

Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial (de 29.7.2008). Prevê-se aí uma “audiência preliminar” convocada pelo tribunal arbitral. Nessa audiência “se as partes tiverem atribuído poderes conciliatórios ao tribunal arbitral, estes diligenciarão na audiência, a composição do litígio, na base do equilíbrio dos interesses em jogo”.

Há uma nítida similitude verbal entre os dois preceitos (o cit. art. 28 e o art. 35 LAV86). Mas não corresponderão, por certo, à mesma realidade conceitual. Aquele será apenas uma diligência, este implicará um processo²⁰.

(III)

10. Publicou Sampaio Caramelo, no Journal of International Arbitration (2008-25 (5) – p. 569 s.) um estudo que visa como que a “legitimação” dogmática do critério que em 1986 dera causa ao referido art. 35 da LAV.

Entretanto, não obstante a reconhecida qualificação do seu autor, o estudo não alcança, declaradamente, o seu objectivo.

²⁰ Por ex., a lei de arbitragem do Brasil (1996) estabelece mesmo (art. 21, § 4) que “competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes”. Pronuncia-se contra a obrigatoriedade da tentativa Carlos Alberto Carmona, (Arbitragem e Processo, 3ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 303). Uma cláusula de conciliação prévia é, por vezes, aposta em França, designadamente em processos arbitrais, sendo considerada obrigatória (cfr. anotação de Charles Jarrosson à decisão da Cour de Cassation de 14.2.2003, RA., 2003, p. 406 s, maxime p. 409). Assim também no Reino Unido (cfr. V.V. Veeder, na RA., 2003, p. 536 s). Ao invés, em anotação à Cour de Cassation de 9.11.2006 (Les Cahiers de l'Arbitrage, IV, 2008, p. 646), François-Xavier Train, discordando da decisão, atribui á cláusula um valor meramente indicativo, não obstante a sua falta ao prosseguimento do processo arbitral.

11. Desde logo, se adoptasse a dualidade do anteprojecto, Portugal continuaria a ser o único ordenamento jurídico a adoptar na mesma lei, com identificável autonomia, a equidade, de um lado, e a composição amigável, de outro lado.

Dir-se-á que, por ex., o Dec.-Lei 55/98/M, respeitante à arbitragem comercial externa de Macau, preceitua no art. 28, 3, que “o tribunal arbitral decide ex aequo et bono ou na qualidade de amiable compositeur apenas quando as partes a isso expressamente o autorizem”. Mas quem assim disser estará a esquecer que esse art. 28, 3, é, ipsis verbis, a tradução portuguesa do art. 28, 3, da Lei-Modelo. De tal modo isso é feito que nem se adopta a possível equivalência em português da palavra amiable compositeur²¹.

Situação análoga à que ocorre na lei de Macau de 1998 é encontrável na Lei 11/99, de Moçambique (art. 54,3), e na Lei 16/03, de Angola (art. 43,4). Em qualquer delas não é figurada uma dualidade de institutos mas apenas uma diversidade de terminologias – como na Lei-Modelo.

12. Os citados preceitos têm, pois, uma ratio completamente diversa da que advem da actual LAV e da que o anteprojecto pretende fazer valer.

Não existe dúvida sobre que o conceito de equidade tem na melhor doutrina portuguesa diversos entendimentos. E que todos eles serão motivo de reflexão e de reforço de saber.

²¹ A similitude entre a Lei 55/98 M e a Lei-Modelo (de 1985) é tal (deliberadamente) que Galhardo Coelho, na sua Arbitragem Voluntária, 2ª ed., Almedina, 2006, p. 232, se sente dispensado de reproduzir a Lei-Modelo, “por (a lei de Macau) constituir actualmente a única versão em vigor (desta) em língua portuguesa”. Já a lei interna de Macau (Dec.-Lei 29/96/M) limita-se, muito naturalmente, a falar em equidade (art. 3).

Só que a listagem desses entendimentos, intentada no artigo de Sampaio Caramelo até à p. 575, nada tem (rigorosamente) a ver com a possível cumulação legal da equidade e da composição amigável.

O que se passa com o nosso conceito de equidade passa-se em França com o conceito da amiable composition.

13. Abreviando razões concluir-se-á²², como Bredin²³, que a “composição amigável” é como que um “auberge espagnole où l’on trouve, d’ordinaire, ce que l’on veut bien y trouver”.

O certo, porém, é que a dominante doutrina (e jurisprudência) francesa entende que o amiable compositeur deve aplicar a lei segundo critérios de equidade²⁴.

Em anotação a três decisões da Cour d’Appel de Paris de 2006 e 2007 Vincent Chantebout precisa, com definitiva conclusão, que a composição amigável implica o dever, para o árbitro, de aplicar a lei segundo critérios de equidade, quando disso fôr caso. “L’obligation de motiver la sentence en équité doit dès lors être comprise comme le devoir de confronter la solution légale à ce que pourrait être une solution équitable, explicitement ou non”²⁵.

²² Cfr., em síntese, o que se tem dito na doutrina francesa sobre o conceito de amiable composition (René David, Eric Loquin, Fouchard-Gaillard-Goldman, Pierre Mayer) e o que escrevi em 2006 (Mario Raposo, Estudos sobre Arbitragem Comercial... cit, p. 58-59).

²³ L’amiable composition et le contrat, RA., 1984, p. 260.

²⁴ Cfr. Christophe Albiges, L’équité en droit privé, LGDJ, 2000, p. 248.

²⁵ RA, 2007, p. 829 ss.

14. Tudo isto dito é de questionar: para quê incluir numa nova lei portuguesa um instituto (melhor dizendo, um nomen juris) que apenas existe em França e que tão divergentemente é entendido na sua “pátria” de origem ?

Ou pondo de novo a questão de outro modo: na vigência da LAV86 quantas vezes foi feito apelo a um art. 35 que da respectiva Proposta de Lei nem sequer constava ?

Para quê, neste caso, a “ansiedade” em perpetuar na nova lei um instituto que nada virá acrescentar aos entendimentos possíveis do clássico instituto da equidade ?²⁶.

4. E A EQUIDADE ?

15. Diz-se no art. 39, 1, do anteprojecto que:

“Os árbitros julgam segundo o direito constituído a menos que as partes na convenção de arbitragem, em documento por elas subscrito até à aceitação do primeiro árbitro ou mesmo após essa data, desde que os árbitros aceitem essa incumbência, os autorizem a julgar segundo a equidade”

²⁶ Foi a partir destas situações que André Tunc reflectiu sobre Le Droit en miettes (em Archives de Philosophie du Droit, tomo 22, 1977, p. 31).

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

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

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

- (a) deve ficar dito que essa “faculdade” deve ser conferida expressamente;
- (b) a decisão de equidade deve ser fundamentada, embora sumariamente²⁷.
- (c) e deve, como toda a decisão arbitral, respeitar os princípios da ordem pública²⁸.

²⁷ Faustino Cordón Moreno, El arbitraje de derecho privado, ed. Thomson-Civitas, 2005, p. 237. Contra Frederic Munné Catarina, El arbitraje en la ley 60/2003, ed. Experiencia, Barcelona, 2004, p. 151.

²⁸ Francesco Galgano, L’equità degli arbitri, na Riv. Trim. Dir. Proc. Civile, 1991, p. 416, Fabrizio Criscuolo, Arbitrato di equità e norme inderogabile, na Riv. dell’Arb., 1992, p. 329 s. e Chiara Tenella Silanni, L’arbitrato di equità, cit. p. 51, que entretanto reconhece o risco de a equidade ser um termo extremamente polissémico e por isso não fácil de enquadrar em limites claramente pre-definidos (p.1). Como lembra Sergio La China (L’Arbitrato..., 3ª ed., 2007, Giuffrè, p. 205) as partes quando autorizam o julgamento de equidade não têm, muitas vezes, uma ideia nítida do que pretendem obter. Só que essa “indeterminação” inicial não poderá condicionar a observância de princípios essenciais.

17. Entende Armindo Ribeiro Mendes²⁹ não ser de manter a solução rígida de as partes apenas poderem autorizar os árbitros a julgar segundo a equidade na convenção de arbitragem ou em documento escrito até à aceitação do primeiro árbitro.

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

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

Realmente a equidade não altera a fase probatória. A equidade tem a ver com a aplicação das normas aos factos apurados; é indiferente à produção da prova (“resta del tutto indifferente dal modo in cui sono stati accertati i fatti di causa”)³⁰. E, como lembra Ribeiro Mendes, o § 1051, 3, do germânico ZPO admite que a “autorização” dada aos árbitros o seja “até à decisão final do (processo)”.

18. Um aspecto parece, no entanto, de esclarecer. Quando as leis de arbitragem – este, precisamente, o caso do § 1051, 3, do ZPO alemão – autorizam os árbitros a julgar segundo a equidade estão a conferir-lhe uma faculdade. Se os árbitros utilizarem essa faculdade ficam inibidos de aplicar

²⁹ Balanço cit., p. 57.

³⁰ Gian Franco Ricci, La consulenza técnica nel'arbitrato, na Riv. dell'Arb., 2003, maxime p. 18.

exclusivamente normas de direito (legislado), a não ser que elas coincidam com um critério de equidade (o que deverá ser dito explicitamente).

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

O art. 39, 1, do anteprojecto é que justifica reparo³¹. Com efeito, de uma autorização não pode advir uma incumbência. O uso de uma faculdade não carece de ser aceite. Mas uma incumbência tê-lo-á que ser, como aliás está previsto naquele art. 39,1.

A aceitação pelos árbitros da missão de intervir no processo arbitral é um marco fundamental no desenvolvimento deste. Desde logo é com base nele que usualmente se conta o “spatium temporis” que definirá o seu início e o seu fim. Com essa aceitação o árbitro passa a ser um juiz privado, “voluti da ambedue le parti, investiti di poteri e dover anche dar torto alla parte che li nominò”³².

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

19. Em Itália, já antes da reforma de 2006 do CPC era assinalada a distinção entre a determinação para que os árbitros julgassem segundo a equidade e a mera autorização para que o pudessem fazer. Giuseppe Ruffini

³¹ Afigura-se que na situação figurada no anteprojecto a aceitação do árbitro terá que ser expressa. De outro modo ocorreria um indesejável retardamento no curso do processo.

³² Sergio La China, ob. cit., p. 89.

em 2004 chamava a atenção para a “profonda differenza esistente tra la richiesta di decisione secondo equità e la semplice autorizzazione a pronunciare secondo equità (...)”³³.

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

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

De qualquer modo não se pode dar como certo que o anteprojecto adopte uma solução tão concludente e simples como a do actual art. 822 CPC italiano. Ficará na ambiguidade contida no art. 39, 1, em que fala por um lado em incumbência e por outro em autorização.

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

³³ Lodo secondo diritto ed arbitrato di equità, na Riv. dell’Arb., 2004, p. 135 s., maxime p. 136.

5. Arbitrabilidade

20. Tratam os n^{os} 1 e 2 do art. 1 do anteprojecto da arbitrabilidade objectiva – ou seja, da que tem a ver com a aptidão de um litígio para ser sujeito a arbitragem.

Na LAV 86 o art. 1, 1. adoptava o critério da disponibilidade do direito: “são indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que são irrenunciáveis”³⁴.

21. Em Itália o critério que valeu entre 1994³⁵ e 2006 foi o da transigibilidade (art. 806 C.P.C.); passou então a ser o da disponibilidade³⁶. Este é de igual modo a solução que vale em Espanha como se mostra do 2, 1, da Lei 60/2003: “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

Ao invés, na Suécia (art. 1 da lei de 1999) o critério adoptado é o da transigibilidade.

³⁴ Lima Pinheiro, Convencção de Arbitragem, ROA, 2004, maxime p. 149, citando Castro Mendes. Cfr., também, Poudret-Besson, Droit Comparé de l’arbitrage international, ed. Bruylant – LGDJ – Schulthess, 2002, p. 298.

³⁵ Briguglio-Fazzalari-Marengo, La nuova disciplina del’arbitrato, ed. Giuffrè, 1994, p. 1-6. Sobre a evolução verificada, cfr. Franco Ricci, Dalla “transigibilità” alla “disponibilità” del diritto. I nuovi orizzonti dell’arbitrato, na Riv. dell’ Arb., 2006, p. 265 ss.

³⁶ Chiara Giovannuci – Orlandi, La nouvelle réglementation italienne de l’arbitrage..., na RA., 2008, p. 19 ss, que refere que o legislador italiano actuou assim “suivant les indications de la loi d’habilitation de 2005” (p.23).

22. Na Concordata suíça de 27.3.1969, respeitante à arbitragem interna, o critério escolhido é o da livre disponibilidade das partes. Mas foi precisamente na Suíça que na LDPI de 18.12.1987, na qual se regula a arbitragem internacional, que pela 1ª vez se consagrou o princípio de que “qualquer causa de natureza patrimonial pode ser objecto de uma arbitragem” (art. 177, 1).

Pondera a este respeito Claude Reymond que a regra estabelecida na Concordata não suscita qualquer dificuldade de aplicação em direito interno. “No plano internacional, pelo contrário, a apreciação do critério disponível das relações de direito sujeitas a arbitragem requerem o exame do direito material que as rege”. Além disso, prossegue, “as limitações de direito interno quanto à disponibilidade de certos direitos não são necessariamente aplicáveis no comércio internacional”³⁷.

23. Na lei alemã de 1997, que alterou no tocante à arbitragem (interna e internacional) o ZPO, foi adoptado o critério suíço da LDIP, agora não apenas no tocante à arbitragem internacional, mas também à interna. Alargou-se, com isso, o âmbito da arbitrabilidade. Entretanto, e subsidiariamente, acautelou-se qualquer insuficiência do critério da patrimonialidade, dispondo no § 1030, 1, que qualquer questão de natureza patrimonial pode ser objecto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem que diga respeito a questões de natureza não-patrimonial é válida quando as partes possam transigir sobre o objecto do litígio”.

³⁷ Lalive – Poudret – Reymond, Le Droit de l'Arbitrage interne et international en Suisse, ed. Payot, 1989, p. 304 s. Para Andreas Bucher (cit. por Luciana Laudisa em Arbitrabilità della controversia internazionale, na Riv. dell'Arb., 2007, maxime p. 220) “a regra da patrimonialidade funda-se numa noção de facto: o valor pecuniário para as partes, a título activo ou passivo, do direito controvertido”.

Trata-se de um critério fundamentalmente económico, que se abre a questões que de outro modo não poderiam ser objecto de arbitragem. Aliás, para aquelas hipóteses em que o litígio incida sobre questões não-patrimoniais é logo chamado a intervir, como solução de recurso, o critério da transigibilidade.

A solução alemã viria, designadamente, a ser recebida no direito austriaco (reforma de 2006): o § 582, 1, corresponde, ipsis verbis, ao § 1029, 1, do ZPO alemão.

24. Mas não é coincidente a solução encontrada para a Lei da República Sérvia de 2006 (art. 5):

“Uma arbitragem pode ser convencionada para a resolução de um litígio patrimonial sobre direitos que relevem da livre disponibilidade das partes, excepção feita áqueles litígios que sejam de competência exclusiva de um tribunal”³⁸.

Por este critério depende a arbitrabilidade de dois factores condicionantes: (1) disponibilidade das partes; (2) patrimonialidade do litígio.

³⁸ A 2ª parte deste art. 5 trata da arbitrabilidade subjectiva. Nela se dispõe que pode convencionar uma arbitragem qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo o Estado e os seus órgãos e instituições, e ainda as empresas nas quais ele detenha uma participação. Sobre a lei sérvia cfr. Toma Rajcevic, La loi sur l'arbitrage de la République de Serbie, na RA., 2006, p. 1091 (com o texto da lei).

Essencial será o requisito da disponibilidade dos direitos pelas partes, até porque, em regra, os direitos patrimoniais são disponíveis³⁹.

25. A lei brasileira de 23.9.1996 sobre arbitragem de igual modo já dispunha no art. 1 que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativo a direitos patrimoniais disponíveis”.

A Lei de Arbitragem abandonou assim a fórmula do Cód. Proc. Civil⁴⁰ que se referia a direitos patrimoniais “sobre os quais a lei admita transacção”.

26. António Sampaio Caramelo publicou um excelente estudo⁴¹ que, como é óbvio, não poderá deixar de ser tomado em conta ao encarar-se o art. 1 do anteprojecto.

Trata-se, sem dúvida, de uma questão que lege ferenda admite soluções diversas, todas elas com antecedentes comparatísticos.

Numa breve análise que dela se faça é de supor que terá que se acolher uma solução que não recolha apenas uma das três formulações possíveis: a da disponibilidade, a da transigibilidade ou a da patrimonialidade.

³⁹ Lima Pinheiro, Convenção de Arbitragem, cit., p. 149, que também refere que se entende que “a pretensão tem natureza patrimonial quando é susceptível de ser objecto de uma avaliação pecuniária” (p. 150).

⁴⁰ Art. 1072, por ele revogado. Sobre o regime resultante, quanto a este ponto, da Lei de Arbitragem, cfr. Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e Processo, cit., p. 38.

⁴¹ A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio, na ROA, 2006, p. 1233-1265.

Não resta dúvida que numa perspectiva comparatística prevalecerá o critério da disponibilidade.

E suponho que se possa estabelecer uma congregação entre o critério da disponibilidade com o da patrimonialidade, embora em termos diversos do adoptado na lei brasileira⁴².

De qualquer modo, não se afigura que o critério da disponibilidade deva ter uma natureza secundária, mas uma posição paritária com o da natureza patrimonial⁴³.

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

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

⁴² Não resta dúvida que o critério de patrimonialidade (por si só) pode levantar problemas que, por si só, não adviriam do critério da disponibilidade. Ele “transforma em casos difíceis alguns casos de resolução fácil segundo o critério da disponibilidade” (Carlos Ferreira de Almeida, Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, em Intervenções no 1º Congresso do Centro de Arbitragem Comercial cit. p. 81 e s).

⁴³ Como se diz na “exposição de motivos” do anteprojecto, embora nela se refira a dualidade patrimonialidade – transigibilidade.

Para Bento Soares – Moura Ramos deste silêncio resulta que “o tribunal arbitral só terá competência para decretar tais medidas quando as partes lhe conferirem expressamente tal poder”⁴⁴.

Entretanto, mesmo em França, onde nada se diz no CPC sobre a questão, a doutrina dominante é no sentido da desnecessidade de uma previsão expressa⁴⁵. E neste sentido se pronunciaram, designadamente, Paula Costa e Silva⁴⁶ e Lima Pinheiro⁴⁷.

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

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

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

⁴⁴ Contratos internacionais... Arbitragem, Almedina, 1986, p. 382. No mesmo sentido, em tese geral, Sébastien Besson (Arbitrage international et mesures provisoires... Schulthess, 1998, p. 92) e Poudret-Besson, Droit Comparé de l'Arbitrage International cit, p. 551, que argumentam que a competência do árbitro para ordenar uma medida cautelar distingue-se do seu poder para julgar o processo arbitral.

⁴⁵ Cfr. Fouchard-Gaillard-Goldman, Traité de l'Arbitrage Commercial International, Litec, 1998, p. 92.

⁴⁶ A arbitrabilidade das medidas cautelares, na ROA, 2003, p. 211 s. São aqui perspectivadas, em detalhe, as mais relevantes áreas de reflexão.

⁴⁷ Convenção de Arbitragem... (2004) cit., p. 130. Cfr., também, Mário Raposo, Tribunais Arbitrais e Medidas Cautelares, em Estudos sobre Arbitragem Comercial...cit, p. 37-49. Será, pois, de acolher a existência de poderes implícitos ou inerentes (id., p. 38). Mais rigorosamente parece, no entanto, de distinguir a natureza de uns e de outros. Os poderes inerentes radicam na própria função arbitral, tal como a lei a configura. Os poderes implícitos advêm da vontade tácita das partes (Craig-Park-Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3ª ed., Oceana, Nova Iorque, 2000, p. 460-461).

Entretanto, na Holanda o CPC (WBR) – 1986, no art. 1051, 1, impõe que sejam as partes a atribuir competência cautelar aos árbitros⁴⁸.

Como é sabido, no sistema italiano mantem-se vivo e actuante o registo de Salvatore Satta, feito em 1971: “che gli arbitri non possano concedere o imporre provvedimenti cautelari è antico e universalmente riconosciuto principio”⁴⁹.

28. Logo na versão de 1972 o Código Judiciário belga, reconhecendo ao tribunal arbitral competência para decretar medidas cautelares, excluía destas o arresto (art. 1696, 1).

É, que saibamos, a única lei de arbitragem actual a declarar expressamente esta exclusão.

Dir-se-á que a falta de competência coerciva ou executiva do tribunal arbitral é comum a todas as medidas cautelares. E que essa dissociação não é obstáculo ao reconhecimento da sua competência cautelar.

⁴⁸ Lebre de Freitas (Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem, em Estudos Magalhães Collaço, II, Almedina, 2002, p. 625) recusa poder cautelar aos árbitros desde que ele não seja expressamente atribuído na convenção de arbitragem.

⁴⁹ Ocorreu apenas uma tímida abertura no art. 35, 5, do D.leg. 5/2003. É devido a ela que no art. 818 do CPC, na redacção do D.leg. de 2.2.2006, se continue a afirmar o princípio geral, embora com essa ressalva. Dizia ele, anteriormente: “Os árbitros não podem decretar arrestos, nem outras providências cautelares”. E diz agora: “Os árbitros não podem decretar arrestos, nem outras providências cautelares, salvo diversa disposição da lei”.

Tive já ocasião de encarar o problema na anotação ao Acordão da Relação de Lisboa de 9.11.2006⁵⁰.

E a razão essencial que aduzi estaria na não dissociabilidade no arresto de uma fase declarativa e de uma fase executiva. Deu-se o caso, aliás, de no próprio Acordão anotado se ter registado que “providências como o arresto se revestem da particularidade de o seu cumprimento integrar a própria tramitação do procedimento”.

De resto, como então acentuei, mesmo quando se figure a dissociação, nesta hipótese, das duas fases, o arresto arbitral correrá sempre o risco de ser desprovido da eficácia necessária. “Primeiro, porque a execução da decisão do árbitro carece da intervenção da autoridade judiciária, o que mostra que o árbitro não é o mais indicado para actuar com urgência. Depois porque o efeito de surpresa é indispensável à eficácia das medidas”⁵¹.

Esta busca de surpresa leva a que o tribunal judicial decrete o arresto sem audiência do requerido (art. 408, 1), com preterição da regra geral do contraditório fixada no art. 385, 1, do CPC⁵².

⁵⁰ Mário Raposo, Arresto decretado por tribunal arbitral, na ROA, 2007, p. 433-439. No sistema LAV 86 – ao invés do que acontece no Cód. jud. belga (art. 1696,1) – o arresto arbitral seria possível. Mas não será de recomendar, num plano prático. Entretanto, Pereira Barrocas (Manual de Arbitragem, Almedina, 2010, p. 242) faz uma leitura ao que tudo faz crer distraída (porque errada) da anotação. Cfr. as posições de Jarrosson e de Pierre Mayer (por ex.) – por mim citados – quanto ao problema.

⁵¹ Mohammad-Ali Bahmaei, L’intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d’une convention d’arbitrage, LGDJ, 2002, p. 39.

⁵² Dispõe este art. 385, 1: “O tribunal ouvirá o requerido, excepto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência”.

Ora, no processo arbitral, as medidas cautelares devem, em homenagem ao princípio do contraditório, aqui inafastável (por ex. art. 16, c, da LAV), ser precedidas, na sua aplicação, da audiência do requerido⁵³.

29. Curiosamente, foi o propósito de viabilizar medidas cautelares ex parte (ou seja, sem prévia audiência do requerido), que esteve “historicamente” na origem das chamadas ordens preliminares.

Escrevia em 2004, Yves Derains, actual presidente do Comité français de l’arbitrage⁵⁴:

“Il (le groupe de travail de la CNUDCI) envisage de compléter l’article 17 de la Loi Modèle (...) par une série de dispositions autorisant l’arbitre à ordonner

⁵³ A questão é delongadamente tratada, quer em tese, quer na prática, por Andrea Carlevaris, La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale, Cedam, 2006, p. 439. Cfr. Bruno Oppetit, Justice étatique et Justice arbitrale, em Études Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 415 s., maxime p. 423 (o árbitro “ne peut ordonner des mesures conservatoires ou de sauvegarde, telle que des saisies”). E ainda, v.g., Pierre Mayer, que explicitamente conclui que um árbitro não pode decretar um arresto (Imperium de l’arbitre et mesures provisoires, em Études Jean-François Poudret, Fac. Dir. de Lausana, 1999, p. 437 s., maxime p. 452). No que se refere à arbitragem marítima é um dado incontroverso que “en matière de saisies conservatoires, la compétence du juge étatique est même exclusive. En effet, la saisie conservatoire suppose la mise en oeuvre d’un pouvoir de coercition qui appartient en exclusive à l’Etat. Il s’agira de retenir les documents d’identification du navire et de nommer un gardien” (Olivier Cachard, Les mesures conservatoires dans l’arbitrage maritime, em Le Droit Maritime français, 2004, p. 220 s., maxime p. 223-224). Certo é que o arresto marítimo tem uma configuração e um processamento específicos (cfr. Mário Raposo, Arresto de navios, em Estudos sobre Arbitragem Comercial... cit., p. 89-107).

⁵⁴ L’arbitre et l’octroi de mesures provisoires ex parte, em Les Cahiers de l’Arbitrage, II, 2004, p. 74 s. A ideia de conferir aos tribunais arbitrais competência para decretar medidas provisórias sem força coerciva, que as partes “poderão” acatar voluntariamente estava já no art. 26, 2, da Concordata suíça de 1969. Dizia o preceito: “1. Les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles. 2. Toutefois, les parties peuvent se soumettre volontairement aux mesures provisionnelles proposées par le tribunal arbitral”. Como resulta de Lalive – Poudret – Reymond, ob. cit., p. 146, tais propostas de medidas cautelares, de cumprimento voluntário, para nada de útil servem, e as partes terão que requerer aos tribunais estaduais que imponha “mesures coercitives” no caso de elas não serem “respectées ou suffisantes”.

des mesures provisoires sur requête d'une partie, à l'issue d'une procédure non contradictoire, c'est-à-dire ex parte. La partie bénéficiaire de telles mesures pourrait ensuite demander à un tribunal étatique de leur donner force exécutoire selon une procédure conduite elle aussi ex parte. Nul ne doute que le groupe de travail de la CNUDCI cherche ainsi à renforcer les pouvoirs de l'arbitre (...)"

30. Já antes da concretização das alterações de 2006 à Lei-Modelo, e quando já era conhecida a fase final do grupo de trabalho constituído para esse fim na CNUDCI Andrea Carlevaris duvidou da efectiva utilidade das “preliminary orders”.

E não é difícil concluir que assim aconteça. A ordem preliminar, em bom rigor, não passa de uma “advertência”, de um “conselho”, tendencialmente não acatado. E, por assim ser, a resultante que dela advirá será apenas o comprometimento da celeridade processual que constitui a “caput et fundamentum” das medidas provisórias.

Pondera Miguel Teixeira de Sousa⁵⁵:

“Para atingir a finalidade de evitar a lesão ou a sua continuação, a composição provisória tem de ser concedida com celeridade: as vantagens dessa composição serão tanto maiores quanto mais cedo ela puder garantir o direito, regular provisoriamente a situação ou antecipar a composição definitiva”.

Há que obviar ao “clássico” periculum in mora.

⁵⁵ Estudos sobre o novo processo civil, 2ª ed., Lex, 1997, p. 230.

Ora, as ordens preliminares, que na presumível generalidade dos casos não serão observadas, somente servirão para complexificar o processo e para “alertar” com dilatada antecedência o requerido. Este, devendo ser ouvido antes de decretada a “tradicional” providência cautelar (esta, sim, com eficácia coerciva), terá tempo suficiente para neutralizar a sua finalidade prática.

A moderna arbitragem voluntária é tributária, em decisiva medida, da Lei-Modelo, quer no plano internacional (para o qual ela foi preparada), quer no da arbitragem interna (que a adotou).

Mas como acontece com todas as Leis-Modelo ou com as Guidelines⁵⁶ elas não restringem a disponibilidade legislativa dos Estados, que são livres de as integrar ou não nos seus ordenamentos. A “soberania” legislativa dos Estados é, por assim dizer, por inteiro respeitada.

31. Embora resultantes das modificações na Lei-Modelo introduzidas em 2006 a “ideia” de medidas cautelares ex-parte começou a ser debatida no âmbito da CNUDCI em 2000⁵⁷.

⁵⁶ Que contêm regras menos detalhadas que as model laws (Francesco Berlingieri, Unification and Harmonization of Maritime Law revisited, em Il Diritto Marittimo, 2007, p. 45: “are less specific than model laws”). Cfr., em geral e no mesmo sentido, Lima Pinheiro, DIP, I, Almedina, 2003, p. 57 s.

- Não merecerão, por certo, quedar-se no valor meramente indicativo de uma soft law as inovações introduzidas em 2006 no referente aos arts. 17 H (e art. 17 I). São, sem dúvida, um passo significativo no sentido da dignificação e da “auto-suficiência” da arbitragem. Ponto será que os Estados não se perturbem com a avalanche de palavras em que se desdobra, depois de 2006, o até então sóbrio (q.b) art. 17 – e que por arrastamento aceitem ou rejeitem in totum as extensas inovações.

⁵⁷ Carole Malinvaud, Modification de la Loi Modèle CNUDCI sur les mesures interimaies..., em Les Cahiers de l'Arbitrage, IV, 2008, p. 87 s.

Foram delegados norte-americanos que, no Grupo de Trabalho nesta constituído, apresentaram a proposta da adopção do novo mecanismo. Logo tiveram a declarada oposição de inúmeros juristas internacionais. E em 2004 a CCI deduziu formalmente a sua oposição à iniciativa.

O texto final sobre as ordens preliminares é uma solução de compromisso, “et long dont on peut douter de l’impact réel compte tenu de l’absence de force exécutoire de ces décisions éphémères”⁵⁸.

32. Para além da supressão das “ordens preliminares”, que nunca alcançarão um consenso mínimo na nova arbitragem, afigura-se que o articulado restante das alterações de 2006 na Lei-Modelo sobre medidas cautelares não justificará um tão extenso articulado.

É de assinalar, por ex., que sistemas legislativos que adoptaram essas alterações nelas não consideraram as “ordens preliminares”. Assim, v.g. a Lei de Novembro de 2008 das Ilhas Maurícia⁵⁹ e, em termos de realidade, a lei do Perú de 27.6.2008⁶⁰.

⁵⁸ Carole Malinvaud, est. cit., p. 93. Entre nós Ana Paula Matos Martins encarou com algum detalhe a questão das inovações em 2006 introduzidas no referido art. 17 (A tutela cautelar na Lei-Modelo..., em Themis, 2009, p. 61-94) e conclui, com plena razão, que “deve merecer uma ponderação acrescida a eventual consagração do regime das ordens preliminares (...)”.

⁵⁹ Salin A.H. Moollan, Brève introduction à la nouvelle loi mauricienne, RA 2009 (com o texto da lei e os trabalhos preparatórios), p. 933-1000.

⁶⁰ A qual admite medidas cautelares ex-parte (art. 47, 3), sem que disso resulte a ulterior adopção do regime das “ordens preliminares”.

7. Presidente do tribunal arbitral

33. Dispõe a LAV que sendo o tribunal constituído por mais de um árbitro estes escolhem entre si o presidente (art. 14,1), ao qual caberá “preparar o processo, dirigir a instrução, conduzir os trabalhos das audiências e ordenar os debates, salvo convenção em contrário” (art. 14,3).

Não havendo acordo, “caberá a escolha ao presidente do tribunal da relação” (art. 14, 2).

Pertence ainda ao presidente (se as partes assim convencionarem) tomar a decisão final ou superar um impasse surgido quanto á feitura desta (art. 20, 2).

E compete-lhe mandar notificar a decisão a cada uma das partes, “mediante a remessa de um exemplar dela, por carta registada” (art. 24, 1).

“O original da decisão é depositado na secretaria do tribunal judicial (...) a menos que na convenção de arbitragem ou em escrito posterior as partes tenham dispensado tal depósito” (art. 24, 2).

34. Tão delongada evocação do regime da LAV serve para pôr em relevo a figura do presidente do tribunal arbitral. Esta, a meu ver, justificará um preceito autónomo, que elenque os poderes que institucionalmente lhe cabem.

Um conhecido estudo de Claude Reymond é a este respeito continuada fonte de soluções “praticáveis”⁶¹.

⁶¹ Le président du tribunal arbitral, em Études Pierre Bellet, cit. p. 467-482. Cfr., por ex., lei de Angola, art. 12.

Uma delas será a da notificação da sentença a cada uma das partes⁶².

35. Dispõe, entretanto, o art. 44, 4, do anteprojecto da APA:

“ Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, nomeadamente através da remissão para um regulamento de instituição especializada na administração de arbitragens que contenha normas sobre a matéria, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos”.

36. Desde logo é de supor que o possível acordo das partes sobre esta matéria terá a sua sede natural (e previsível) na convenção de arbitragem. Estou, obviamente, a pensar que estará em causa uma arbitragem ad hoc. Ora, é imaginoso prever que nesse momento as partes cuidem desta matéria. Ou seja, a mais segura e certa solução do problema estará em acautelar na lei a sua regulação. E aqui desponta uma magna perplexidade: mesmo pressupondo que ele recorrerá aos mais sofisticados sistemas electrónicos de arquivamento documental poderá ser exigível que sobre o presidente do tribunal recaia a responsabilidade e a tarefa de conservar durante um mínimo de cinco anos “o original (sic) do processo arbitral” ?

⁶² Dispensado que está no anteprojecto – e muito bem – o depósito na secretaria do tribunal judicial. A propósito do “estatuto” e dos “poderes” do presidente do tribunal arbitral não será de concordar, por certo, que eles dependam da “autorização” (porventura caso a caso !) dos outros árbitros (art. 40, 3 do anteprojecto). Devem depender directamente da lei ou do que tiver sido estipulado pelas partes na convenção de arbitragem.

Confronte-se, por ex., o que se diz naquele art. 44, 4, com o que se prevê na lei espanhola de 2003. O prazo aí é (salvo se as partes diversamente dispuserem na convenção de arbitragem) de ... dois meses (art. 38, 3). E durante ele as partes poderão pedir a restituição dos documentos que tenham junto ao processo.

37. O sentido das realidades e o apuro técnico do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial (29.7.2008) são, ainda aqui evidentes. Nos termos do art. 45, 1, o Secretariado do Centro conservará nos seus arquivos “os originais das decisões arbitrais”. Mas “os articulados, documentos, comunicações e correspondência relativamente a cada processo serão destruídos passados seis meses sobre a data da notificação final, a não ser que alguma das partes, dentro desse prazo, requeira, por escrito, a sua devolução”.

8. Responsabilidade dos Árbitros

38. Da responsabilidade dos árbitros fala o anteprojecto em três momentos:

A. Diz no art. 9,4, que “os árbitros não podem ser responsabilizados pelo conteúdo das suas decisões, salvo nos casos em que podem sê-lo os juizes dos tribunais do Estado”.

B. Diz no art. 12,3, que “o árbitro que, tendo aceite o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa”.

C. Diz, finalmente, no art. 43, 4, que “os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelo dano causado”.

39. Será agora caso de reflectir (brevemente) sobre a primeira hipótese posta, ou seja, a do art. 9,4, do projecto.

A tendência (quase diria a “tentação”) que aí se regista é a de equiparar o sistema de responsabilidade dos árbitros ao dos juizes dos tribunais estaduais.

E, entre nós, ganhou essa tendência o aval, especialmente operante, de M. Henrique Mesquita⁶³. Diz ele, nesta sede: “Pelo que respeita à actividade decisória propriamente dita e à responsabilidade pelo conteúdo das respectivas decisões, deve aplicar-se ao árbitro exactamente o mesmo regime a que se encontram sujeitos os juizes”.

Esta a solução até certo ponto consagrada no CPC italiano, depois da lei de 2006 (art. 813-ter).

No segmento que agora releva dispõe-se aí que os árbitros “rispondono esclusivamente per dolo o colpa grave entro i limite previsti dall’art.2 della Legge 13 aprile 1988, n. 117, commi 2 e 3”. Diz esta lei respeito ao “risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”.

Se a responsabilidade não advier de dolo do árbitro, a medida do ressarcimento não poderá ultrapassar uma quantia igual ao triplo “del

⁶³ Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro, em Ab Uno ad Omnes, Coimbra Editora, 1998, p. 1381 s., maxime p. 1389-1392.

compenso convenuto o, in mancanza di determinazione convenzionale, pari al triplo del compenso previsto dalla tariffa applicabile”⁶⁴.

Na realidade não se afigura que, por mero “pragmatismo” dogmático, possa ser feita uma assimilação entre o árbitro e o juiz “judicial”. Este exerce uma função, como titular que é de um órgão de soberania; o árbitro cumpre uma missão que transitoriamente assumiu⁶⁵.

O que prioritariamente releva, sobretudo com vista à sua responsabilização civil, é a não – neutralidade do árbitro. A imparcialidade é o valor fundamental do árbitro; é “il sale, l’anima, della procedura arbitrale”⁶⁶.

O trânsito do droit à l’erreur do árbitro para um sistema de responsabilidade advem, precisamente de, com culpa grave ou, por maioria de razão, com dolo ele ter preterido o seu estatuto de exigível qualificação técnica e de imparcialidade responsável.

⁶⁴ O critério do legislador italiano não foi olhado com excessivo entusiasmo pelos comentadores. Assim Ferruccio Auletta, Arbitri e responsabilità civile, em La riforma della disciplina dell’arbitrato, coord. por Elio Fazzalari, Giuffrè, 2006, p. 85 s. e La China, ob. cit., p. 90 s.

⁶⁵ O que não significa que ao aceitar essa missão o árbitro não passe a estar vinculado a um estatuto. “A ideia de um estatuto do árbitro privado não é, de toda a evidência, inexacta. A missão deste juiz privado é demasiado específica para resultar exclusivamente da vontade das partes” (Fouchard – Gaillard – Goldman, Traité... cit., p. 617 s.). É de lembrar, no entanto, que em decorrência do art. 209, 2, da Constituição, aos árbitros, embora não exercendo uma função do Estado nem sendo órgãos de soberania, cabe o exercício de uma função jurisdicional, equiparável à dos tribunais. A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional têm emitido opiniões nem sempre uniformes sobre a identidade constitucional dos tribunais arbitrais (cfr. uma breve síntese em João Chumbinho, A Constituição e a Independência dos Tribunais, ed. Quid Juris, 2009, p. 98).

⁶⁶ La China, ob. cit., p. 95. “Impartial arbitrators are essential to the integrity in arbitration process (...). It seems beyond debate that the notion of arbitrator neutrality is an essential value underlying arbitration” (Brunet – Speidel – Sternlight – Ware, Arbitration Law in America, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2006, p. 15-16). Cfr. autores cit. em Mário Raposo, Temas de Arbitragem Comercial. 2. Imparcialidade dos Árbitros, na ROA, 2006, p. 23 – 36.

A lei espanhola de 1988 previa a responsabilização dos árbitros na hipótese de não cumprirem “fielmente” su encargo (sic) pelos prejuízos causados “por dolo ou culpa” (art. 16,1). A lei actual (2003) pressupõe a “mala fe, temeridad o dolo”. Cordon Moreno critica que se tenha eliminado a responsabilização por culpa (pelo menos a culpa grave)⁶⁷. E o mesmo reparo é esboçado por Verdura y Tuells que, curiosamente, foi o presidente da comissão incumbida de redigir o projecto de 2003⁶⁸.

40. Tenho como mais adequado que a responsabilidade do árbitro advenha apenas de situações de ponta. Afigura-se-me que a solução britânica parece a mais adequada: a responsabilização apenas ocorrerá em caso de dolo (ou) má fé (bad faith) – art. 29 do Arbitration Act de 1996. A fórmula usada no Arbitration Act australiano afigura-se excessivamente limitativa: aí apenas se prevê a fraud.

41. Nos regulamentos dos centros de arbitragem alude-se, como regra, à falta deliberada ou intencional. Assim, por ex., no da LCIA (art. 31, 1).

Entretanto, o mais conhecido dos regulamentos arbitrais “privados” – o da CCI (versão de 1998) – transpõe as fronteiras do razoável. Prevê-se uma exclusão total de responsabilidade (art. 34). Semelhante critério foi generalizadamente criticado. Por exemplo, Pierre Lalive considerou-o “muito

⁶⁷ El arbitraje de Derecho Privado, cit. p. 159.

⁶⁸ La nouvelle loi espagnole sur l'arbitrage, em Les Cahiers de l'Arbitrage, III, 2006, p. 194 s..

contestável no plano jurídico e pouco oportuno no plano político”⁶⁹. E como é óbvio essa exoneração, que é convencional, colide com as legislações internas de muitos países⁷⁰.

42. Dá-se ainda o caso de a assimilação da responsabilidade dos árbitros à dos juizes resultará excessivamente simplificadora. Em relação áqueles, quando disso fôr caso, pesará uma responsabilidade directa. No tocante aos juizes, por via da conjugação dos arts. 216,2 e 22 da Constituição, a responsabilidade será indirecta. os arts. 12, 13 e 14 do Dec.-Lei 67/2007, de 31.12, espelham esta realidade normativa.

9. NORMAS APLICÁVEIS AO FUNDO DA CAUSA

1. Ponto de ordem.

43. Quando o legislador francês optou por um dualismo aparentemente mitigado, na medida em que limitou o Título 4 do CPC a seis artigos, teve sem

⁶⁹ Sur l’irresponsabilité arbitrale, em Études Jean-François Poudret, cit, p. 419-420.

⁷⁰ Rubino Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2ª ed, Kluwer Law, 2001, p. 359. Cfr, para o caso português, art. 809 Cód. Civil. Este preceito proíbe, como é sabido, as cláusulas de irresponsabilidade, seja qual for o grau de culpa do devedor. Cfr., no entanto, Almeida Costa, Direito das Obrigações, 10ª ed, Almedina, 2006, p. 789 s. Dá-se ainda o caso de a referida equiparação advir em relevante medida do pressuposto de que os árbitros serão necessariamente juristas. Ora não é assim. E não apenas nos sistemas anglo-saxónicos (cfr. infra, com algum detalhe, tema 17). Cfr., no entanto, Bruno Neves de Sousa, O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do art. 809 do Cód. Civil, em O Direito, 2009, p. 377-410, que – ao arripio da doutrina dominante – considera válida a cláusula de exclusão da responsabilidade por culpa leve.

dúvida o propósito de conferir à arbitragem internacional um regime em que a vontade das partes se poderia afirmar mais amplamente.

Por assim ser, as disposições dos títulos I, II e III do Livro V do CPC, consagrado em geral à arbitragem (respeitantes à convenção de arbitragem, à instância arbitral e à sentença arbitral) apenas se aplicarão à arbitragem internacional se tal resultar de uma convenção das partes.

Á arbitragem internacional apenas dizem respeito (com grande margem de liberdade para as partes) os artigos 1493 e 1494.

No tocante ao sistema de recursos (título VI) está previsto um regime próprio para a arbitragem internacional no qual, designadamente, se estatui que da sentença apenas caberá recurso de anulação.

44. É o anteprojecto pouco explícito no tocante à aplicabilidade (ou não aplicabilidade) do regime geral da arbitragem interna à arbitragem internacional.

As leis de arbitragem de Moçambique (art. 53) e de Angola (art. 41) são muito mais concludentes.

Cito a 1ª, praticamente idêntica à 2ª:

“Art. 53. Na falta de estipulação específica das partes, são aplicáveis à arbitragem comercial internacional as disposições desta Lei relativas à arbitragem em geral, com as necessárias adaptações, sem prejuízo das disposições especiais previstas na presente Lei”.

45. Por outro lado o § 1051 do ZPO alemão e o art. 34 da lei espanhola são mais expressivos no sentido de uma autêntica (e hoje indeclinável) abertura à lex mercatoria do que o art. 52 do anteprojecto.

Isto mesmo demonstra que não é necessário bipartir formalmente a arbitragem em interna e internacional para alcançar soluções que esta reclame.

2. A lex mercatoria e usos do comércio

46. A irreprimível dimensão transnacional da arbitragem faz com que da lex mercatoria advenha a resposta mais possível a muitas interrogações que a vida vai propondo⁷¹. Daí o crescente recurso à arbitragem, quer a nível interno, quer, sobretudo, no plano internacional. É referido que, segundo estatísticas recentes, 90% dos contratos internacionais que se fazem nos Estados-Unidos contêm uma cláusula de arbitragem⁷².

⁷¹ Sem aludir especificamente à arbitragem, fala Castanheira Neves de uma normatividade diferente, de uma “ordem jurídica translegal” – da dualidade ius – lex (cfr. Digesta, 3º vol., Coimbra Editora, 2008, p. 43 s).

⁷² Christopher Drahozal, New Experiences of International Arbitration in the United States, 2006, cit. por Horatia Muir Watt, na RA, 2008, p. 391, em nota.

Ora, é hoje dado como certo que

“probably the most important development in the field of transnational law is that of the lex mercatoria”⁷³.

Penso, aliás, que num mundo quase sem fronteiras, no plano económico, como cada vez mais se revela o actual, a lex mercatoria não tardará a ingressar, designadamente pelo canal da equidade, no plano interno, mesmo quando não estejam imediatamente em jogo interesses do comércio internacional.

Para além de princípios transnacionais de direito, captáveis na comunidade jurídica em geral, engloba usos do comércio, tendencialmente característicos de ramos de actividade diversificadas⁷⁴.

47. Disse-se já que os usos de comércio internacional eram o “núcleo duro” (noyau dur) da lex mercatoria⁷⁵. São, nesta, a fonte de direito material privado mais complexa e heterogéna.

⁷³ Redfern-Hunter, cit. p. 109. Esta constatação é tanto mais significativa quanto é certo que anos antes Lord Mustill falava da “pobreza” do conteúdo da lex mercatoria (em The new lex mercatoria: the first twenty – five years, em Liber Amicorum Lord Wilberforce, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 149 s).

⁷⁴ Sobre a distinção entre os princípios e os usos cfr. Emmanuel Gaillard, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, em Études Pierre Bellet, cit. 1991, p. 388. Como referi (Mário Raposo, Estudos sobre Arbitragem Comercial... cit., p. 63, em nota) nem sempre os dois vectores serão por completo estanques. Assim, designadamente, no direito marítimo (por ex., Fabrizio Marrella, Unità e diversità dell’arbitrato marittimo, em Il Diritto Marittimo, 2005, p. 787 s).

⁷⁵ Alain Pellet, La “lex mercatoria”..., em Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle (Mélanges Philippe Kahn) Litec, 2000, maxime p. 67.

Não serão uma área estável da lex mercatoria, mas são, inquestionavelmente, um dos seus pilares⁷⁶. Outro pilar serão os princípios gerais de direito, originariamente de formação espontânea, mas progressivamente estabilizados e quase que “oficializados”. Assim, designadamente, os Princípios Unidroit, que tendo sido um decisivo impulso para a “credibilização” da lex mercatoria “fizeram-lhe perder o carácter de direito espontâneo”⁷⁷.

48. Embora fragmentários e não constituindo, por si só, um “sistema homogéneo e completo”⁷⁸ o certo é que os usos do comércio internacional têm um lugar irrecusável em qualquer texto normativo que se aplique à arbitragem comercial internacional.

Isso mesmo advem dos Princípios Unidroit (art. 1.9, sobretudo nº 2).

“Uma (...) característica essencial dos Princípios Unidroit é a sua pronunciada abertura em relação os usos. Por outras palavras (...), os Princípios atribuem aos usos e às práticas vigentes nos diferentes sectores do mercado um

⁷⁶ ...“les usages du commerce international, un des piliers de la lex mercatoria” (Poudret-Besson, ob. cit., p. 633). Serge Lazareff, depois de referir o art. 17,2 do Regulamento da CCI (“Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents”) comenta que esta é uma obrigação “inerente à missão do árbitro” (L’arbitre es-il un juge?, em Liber Amicorum Claude Reymond, Litec, 2004, p. 172 s, maxime p. 176).

⁷⁷ Fouchard, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international em Mélanges Philippe Kahn cit, p. 95 s, maxime p. 99.

⁷⁸ Marques dos Santos, cit. por Lima Pinheiro, Estudos de Direito Civil, Direito Comercial..., Almedina, 2006, p. 402, em nota.

papel central na determinação dos direitos e obrigações das partes no contrato”⁷⁹.

49. Exactamente por isto dispõe a Lei-Modelo no art. 28,4, que o tribunal arbitral decide em conformidade com as estipulações do contrato “e tem em conta os usos de comércio aplicáveis ao caso”.

No mesmo sentido o art. 17,2, do Regulamento de Arbitragem da CCI (1998), ao enunciar as regras aplicáveis ao fundo da causa diz que “em qualquer caso, o tribunal arbitral tem em conta as estipulações do contrato e os usos do comércio pertinentes”⁸⁰.

50. O § 1051 do ZPO alemão, que trata das regras aplicáveis ao fundo da causa, dispõe no n° 4 que “em qualquer caso, o tribunal arbitral decide em conformidade com as decisões do contrato e toma em conta os usos do comércio aplicáveis à causa”

⁷⁹ Michael Joachim Bonell, Un “Codice” internazionale dal Diritto e dei contratti. I Principi Unidroit..., cit. p. 101.

⁸⁰ Luigi Fumagalli, em Briguglio – Salvaneschi, Regolamento di arbitrato della CCI, Giuffrè, 2005, maxime 321. É, no entanto, por vezes controvertido que os usos do comércio (internacional) não sejam enquadráveis numa acepção ampla de lex mercatoria. Cfr., em anotação ao art. 834 do C.P.C. italiano (agora revogado) Briguglio – Fazzalari – Marengo, cit. p. 245. Aliás, mesmo depois da revogação do art. 834 C.P.C. (2006) não foi alterado o conceito nele contido. Com efeito, no Regulamento de Arbitragem da Associação italiana para a Arbitragem (A.I.A.) de 2007 (entrado em vigor em 1.1.2008) diz-se, no tocante às “normas aplicáveis ao mérito”, que “em qualquer caso o árbitro deve ter em conta as estipulações contratuais e os usos que digam respeito ao objecto da controvérsia” (Riv. dell’Arb., 2007, p. 327 s. maxime p.338).

A lei espanhola de 2003 (art. 34, 3) repete esta norma do ZPO, em termos que passam hoje quase que como moeda corrente. Assim, por ex., na lei das Ilhas Maurícia de 25.11.2008⁸¹.

As leis de arbitragem de Moçambique e de Angola mandam ter em conta os usos do comércio aplicáveis ao objecto do litígio (respectivamente art. 54, 4 e art. 43, 5).

E uma vez mais é de lembrar que os regulamentos de arbitragem – quase todos eles – adoptam o mesmo critério. Desde logo o do Centro de Arbitragem Comercial, cujo art. 37 manda “ter em conta os usos do comércio que (o tribunal) considere relevantes e adequados ao caso concreto”⁸².

O art. 52 do anteprojecto não optou pelo critério que é hoje considerado o mais certo⁸³.

⁸¹ “Em qualquer caso, o tribunal arbitral decide em conformidade com as estipulações do contrato e toma em conta os usos de comércio aplicáveis à causa”. Assim, também, no art. 33,4 da Lei da República da Colômbia de 19.12.2008.

⁸² Cfr., em geral, Fouchard, Les usages, l’arbitre et le juge, em Études Berthold Goldman, Litec, 1983, p. 67. Mais recentemente, o Regulamento suiço de arbitragem internacional de 2003 diz (art. 33,3) que “em todos os casos o tribunal arbitral decide a controvérsia em conformidade com as estipulações contratuais e tem em conta os usos do comércio aplicáveis ao caso. Analogamente dispõe o art. 22, 2, do Regulamento de arbitragem da Associação italiana de Arbitragem (A.I.A.) de 2008.

⁸³ Umas vezes assumido nas leis de arbitragem, outras vezes explicitado pela doutrina. Cfr., aliás, art. 7,1, da Convenção de Genebra de 1961. É curioso notar que o art. 603 do ZPO austríaco (lei de 2006), sensivelmente análogo ao § 1051 do ZPO alemão, não inclui uma norma análoga à deste n° 4 do § 1051, relativa aos usos do comércio. Andreas Reiner num estudo sobre a lei austríaca (La réforme du droit autrichien de l’arbitrage..., na RA., 2006, p. 401 s, maxime 418), justifica a omissão por ser óbvio o que constaria de um possível n° 4 (“l’obligation d’appliquer les stipulations contractuelles et les usages (...) cela va de soi”).

10. O PRAZO PARA A DECISÃO

51. É sabido que “uma das vantagens da arbitragem deverá ser a sua celeridade (“rapidité”) em relação aos processos estaduais”⁸⁴. E por isso mesmo um dos princípios que regem o Arbitration Act inglês de 1996 é o de alcançar a resolução de litígios “by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense” (sec. 1, (a)).

52. Mas, a ser assim, como fazer com que o processo arbitral corresponda a este objectivo ?

Não estabelece a Lei-Modelo um prazo para a decisão final.

Mas prevê, no art. 14,1, que se um árbitro não cumprir as suas funções num prazo razoável o seu mandato termina se ele dele se demitir ou se as partes convencionarem em lhe pôr fim. Não havendo acordo qualquer das partes pode pedir ao tribunal que decida sobre a cessação do mandato. Da decisão do tribunal (judicial) não caberá recurso.

⁸⁴ Poudret – Besson, ob. cit., p. 399. “L’arbitrato si mostra, nella storia recente, come uno (spesso oneroso) rimedio per fronteggiare la inarrestabile dilatazione dei tempi dei processi giurisdizionali e per ottenere una decisione tempestiva a garanzia della effettività della tutela dei diritti” (Dante Grossi, El “giusto processo” arbitrale: la nuova disciplina del termine per la pronuncia del lodo”, na Riv. dell’Arb., 2006, p. 655, maxime p.670). A onerosidade relativa da arbitragem (sobretudo da arbitragem ad hoc) terá a contrapartida da sua eficácia. Trata-se de um tema largamente encarado nos Estados-Unidos, até sob o prisma da “análise económica do Direito”. A esta realidade não deverá ser alheio Portugal, pelas razões já referidas e até pelo seu “posicionamento no triângulo Europa/Brasil/África, que permite organizar ou participar na generalidade das arbitragens de língua portuguesa” (Menezes Cordeiro, A importância da arbitragem, em anot. jurisprudencial na ROA, 2009, p. 373).

53. As leis alemã, austríaca (2006) e sérvia (2006) adoptam o critério da Lei-Modelo. Não fixam prazo para a sentença. Mas todas elas estabelecem que se o árbitro não cumprir as suas funções num prazo razoável as partes podem acordar na sua destituição. Não havendo acordo, decidirá o tribunal. Assim § 1038, 1 (ZPO alemão), art. 590, 1 e 2 (ZPO austríaco)⁸⁵ e art. 25 (lei sérvia)⁸⁶.

54. A lei sueca (1999) também não fixa prazo mas contem uma norma do estilo da constante do art. 14 da Lei-Modelo⁸⁷.

55. Entretanto, designadamente em França⁸⁸ na Bélgica⁸⁹ e em Itália⁹⁰ é fixado um prazo (supletivo) para a decisão se ele não tiver sido convencionado pelas partes.

⁸⁵ Em termos não inteiramente coincidentes com os do ZPO alemão.

⁸⁶ O Arbitration Act inglês 1996 não fixa um prazo para a sentença. E “it is rare to find time-limits for delivery of the award in non-institutional rules” (Redfern-Hunter, ob. cit., p. 385). Assim também o Arbitration Act indiano da mesma data. Cfr. entretanto, o art. 41 (1) e (3) da lei “inglesa”.

⁸⁷ Embora, por assim dizer, mais directa (art. 17): “Se o tribunal tiver retardado o processo, o tribunal (estadual), a pedido de uma das partes, deve destituir o árbitro (...) e nomear um novo árbitro (...)”. No direito sueco, a lei de 1929 (alterada em 1984) previa um prazo de seis meses para a decisão. Na lei vigente (de 1999), embora não se fixe qualquer prazo supletivo, resulta do art. 34, 2, que as partes podem convencionar um prazo.

⁸⁸ Por evidente lapso, certamente de escrita, na nota (138) do projecto é incluída a França entre os sistemas que não estabelecem um prazo supletivo. Ora não é assim. Realmente, dispõe o art. 1456 do CPC (respeitante à arbitragem interna) que na falta de estipulação das partes o prazo é de 6 meses a contar do dia em que o último dos árbitros tiver aceite a missão.

⁸⁹ Art. 1698 do Código Judiciário. O prazo supletivo é, igualmente, de 6 meses.

⁹⁰ O art. 820, § 4 prevê ainda (depois da reforma de 2006) uma prorrogação automática de 180 dias em casos excepcionais, e sempre se as partes não convencionarem em sentido diverso (cfr. Dante Grosso, est. cit., p. 663).

Em Itália esse prazo supletivo era de 180 dias até à lei de 2006, que alterou o CPC (art. 820). Passou então a ser de 240 dias (id.). O prazo fixado pelas partes ou resultante da lei (os referidos 240 dias) pode ser prorrogado (antes de ter expirado) por acordo das partes ou por decisão do tribunal (judicial) a pedido (fundamentado) de qualquer das partes ou dos árbitros.

56. No CPC francês (art. 1456) o prazo inicial (legal ou convencional) pode ser prorrogado por acordo das partes ou, a pedido de uma delas, pelo tribunal (judicial). Decidiu a Cour de Cassation, em 7.11.2002, que as partes não poderiam, por acordo, atribuir ao tribunal arbitral a faculdade de prorrogar por tempo determinado o prazo inicial. Loquin, que anotou a decisão⁹¹, manifestou a sua discordância. Segundo ele, a prorrogação poderia ser uma atribuição feita aos árbitros, caso a caso, pelas partes⁹².

57. No tocante ao sistema da LAV o prazo supletivo de 6 meses não tem sido motivo de reparo. Como se viu, exceção feita ao CPC italiano (art. 820), é o geralmente adoptado.

⁹¹ RA, 2003, p. 116 s. Neste sentido também se manifestara Philippe Grandjean (La durée de la mission de l'arbitre, na RA, 1995, p. 39). Cfr. também no mesmo sentido (contrário à aludida decisão de 2002 da Cour de Cassation) Antoine Masson (Les Cahiers de l'Arbitrage, II, 2004, p. 94 – 96) que comenta ser compreensível que o tribunal arbitral não possa por sua livre iniciativa dispor do poder de prorrogar o prazo. “Mais il en est autrement lorsque cette faculté résulte de la volonté des parties”. E, obviamente, por tempo determinado.

⁹² Fouchard, em 1992, propusera, no plano do direito a constituir, que fosse legalmente atribuída ao tribunal arbitral a faculdade de prorrogar por uma vez o prazo para a decisão por um prazo pre-estabelecido (6 meses, por ex.). Cfr. Écrits cit., p. 122. Na Holanda o problema não se põe, obviamente, porque, pura e simplesmente, cabe ao tribunal arbitral, a se, fixar a data na qual a sentença deve ser proferida (art. 1048 CPC – WBR de 1986).

A inconformidade surgiu, e com razão, quanto ao regime da prorrogação desse prazo inicial (“Por acordo das partes, poderá (esse prazo) ser prorrogado até ao dobro da sua duração inicial” – art. 19, 4). Realmente, como logo referiu Raul Ventura, “se as partes estão de acordo na duração da prorrogação não se vê motivo para a lei a limitar”⁹³.

O regime do art. 19, 4 carece, sem dúvida, de ser alterado. Um prazo demasiado escasso poderá condicionar a eficácia do processo.

Por outro lado, o nº 3 desse mesmo art. 19 não terá a formulação mais adequada. Com efeito, o dies a quo da contagem do prazo não deverá ser a designação do último árbitro, mas sim a sua aceitação. É que, como aliás advem do cotejo do art. 7 com o art. 9, à designação de um árbitro pode não se seguir a sua aceitação. Neste aspecto a formulação do anteprojecto (art. 43, 1) é mais exacta⁹⁴.

58. Em contrapartida não é de figurar que o prazo possa ser prorrogado pelo tribunal arbitral nos termos previstos no nº 2 desse art. 43 do anteprojecto.

Lembremos o preceito:

⁹³ Convenção de Arbitragem, cit. (1986), p. 407.

⁹⁴ Em estrito rigor a aceitação deverá ser feita por escrito. Este o critério da lei italiana (art. 813), antes e depois de 2006, e da lei sérvia de 2006 (art. 20: “o árbitro faz a declaração escrita da aceitação da sua missão”). Mas uma perspectiva comparatística não corrobora esta solução, que é a mais rigorosa (Sergio La China, ob. cit., p. 88 – 89). Assim, por ex., a Concordata suíça ainda diz que “os árbitros devem confirmar a sua aceitação” (art. 14, 1). Mas a aceitação pode ser expressa ou tácita, resultando, nesta hipótese, de actos concludentes. Mas já a LDIP (suíça) não exige especificamente que o árbitro aceite a designação (Lalive-Poudret-Reymond, ob. cit., p. 332). O anteprojecto, no art. 12,2, coincide em geral com o art. 16 da lei espanhola.

“Os prazos definidos de acordo com o n° 1 (no qual o prazo supletivo é de 12 meses) podem ser livremente prorrogados, por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do próprio tribunal tomada quer a pedido de qualquer das partes quer a pedido do próprio tribunal, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de doze meses, devendo tais prorrogações ser devidamente justificadas, salvo se as partes, de comum acordo, se opuserem à prorrogação”.

... Devidamente justificadas. Mas perante quem ? E quais as consequências que na realidade poderão advir ?

Com efeito, as partes, “de comum acordo”, poderão opor-se à prorrogação. Mas se esse “comum acordo” não se formar, até por motivações dilatórias de uma das partes ?

Designadamente na lei italiana o acordo das partes é necessário para a prorrogação. Mas aqui é necessário para a não prorrogação. Se alguém, no meio de todo este imbroglio, não estiver de boa (ubérrima) fé, tudo ficará dependente de uma decisão judicial, que, aliás, não está explicitamente prevista, embora sempre possa existir em decorrência de regras gerais de direito. ...E então o processo arbitral tornar-se-á, quanto ao esperável remate, um campo de imaginação.

59. Dir-se-á que no ZPO alemão e no ZPO austríaco não se fixam prazos para a decisão. Este, aliás, o paradigma da Lei-Modelo.

Entretanto, como lembrei, quer a Lei-Modelo (art. 14,1), quer o ZPO alemão (§ 1038, 1) ou o ZPO austríaco (art. 590, 1 e 2) estabelecem que se um árbitro não cumprir as suas funções num prazo razoável as partes poderão destitui-lo. Não havendo acordo das partes quanto à destituição, qualquer delas pode pedir ao tribunal (judicial) que a determine.

Certo é que, embora em termos menos concludentes, o art. 15, 2 e 3, do anteprojecto contem um regime idêntico. Só que o regime do nº 2 do art. 43 do anteprojecto resguarda os árbitros de qualquer imputação, desde que actuem dentro dos seus prazos anuais de livre prorrogação.

Decidida neste estilo uma prorrogação a qualquer dos árbitros não pode ser atribuído qualquer atraso no desempenho do seu mandato, da sua missão⁹⁵.

60. Seja como fôr, e mesmo que tenham que ser ultrapassadas as vicissitudes previstas no anteprojecto, terá que ser acertado um prazo para a decisão.

⁹⁵ Um dos objectivos visados pela lei “constituenda”... com base no anteprojecto é o de – revela-se no preâmbulo deste – aliciar à escolha de Portugal como sede de arbitragens internacionais, “sobretudo no tocante a litígios em que intervenham empresas ou outros operadores económicos de países lusófonos ou em que a lei aplicável seja a de um destes, com particular destaque para o Brasil”. O que é um objectivo impecavelmente certo. Só que os prazos fixados nas leis desses Estados seguem critérios por completo diversos dos adoptados no anteprojecto. No Brasil (art. 23), em Angola (art. 25) e em Moçambique (art. 35), designadamente, o prazo supletivo é de 6 meses. No tocante à prorrogação o § único daquele art. 23 da lei brasileira prevê que “as partes e os árbitros de comum acordo, (possam) prorrogar o prazo estipulado”. E a lei angolana diz no art. 25, 2, que “as partes podem, por acordo escrito, prorrogar o prazo convencionado ou (legal)”. Finalmente, a lei moçambicana estabelece (cit. art. 35,4) que “em caso de força maior, por acordo escrito entre as partes ou por iniciativa do próprio tribunal, o prazo poderá ser prorrogado até ao dobro da sua duração inicial (...)”. Neste contexto, não se vê como um operador brasileiro, angolano ou moçambicano poderá, após pragmática reflexão, aceitar o risco de a sua arbitragem se prolongar sem tempo definível, em decorrência do art. 43, 2, do projecto.

E então terá cabimento apurar se tal prazo é contínuo ou se ficará suspenso durante as férias judiciais.

Na jurisprudência e na doutrina italianas a questão tem sido objecto de alguma controvérsia, ainda não estabilizada⁹⁶.

Afigura-se-nos que o prazo para a decisão é um prazo substantivo e que, portanto, não lhe é aplicável o regime do art. 144 do CPC⁹⁷.

11. Admissibilidade do voto dissidente?

61. Com algum detalhe encarei em 2006⁹⁸ a problemática dos votos dissidentes.

É que, nisso seguindo o Dec.-Lei 243/84⁹⁹, adoptara a LAV sobre eles um critério aparentemente amplo:

⁹⁶Cfr., por ex., Corte di Cassazione, 8.10.2008 e anotação de Federico dell'Immagine, na Riv. dell'Arbitrato, 2008, p. 223-237 e Dante Grossi, La sospensione feriale dei termini processuale e l'arbitrato dopo la riforma del 2006, na mesma Riv., 2009, p. 229-244.

⁹⁷ Cfr. F. Bettencourt Ferreira, O prazo para a decisão arbitral, em Themis, 2009, p. 145-184, maxime p. 155.

⁹⁸ Estudos sobre arbitragem comercial... cit, p. 17-27.

⁹⁹ Aparentemente influenciado pela Convenção de Washington (CIRDI) de 1965, entre nós aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo 15/84, de 3 de Abril.

“ a sentença (...) incluirá os votos de vencido, devidamente identificados”.

Ora, a inclusão – com decorre da LAV – na própria sentença dos votos de vencido não se afigura uma prática a consagrar.

62. Os regulamentos de arbitragem passam, como regra, em aberto a problemática das dissenting opinions. Assim, por exemplo, o da LCIA (1998), o da DIS alemão (1998) e o da AAA (2007). Apenas o do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo de 1999 permitia expressamente os votos dissidentes (art. 32,4)¹⁰⁰.

O Regulamento da CCI de 1998 não toma também posição. Entretanto, como lembram Antonio Briguglio – Laura Salvaneschi¹⁰¹, a generalidade dos seus comentadores não os admite (Francis Donovan, Craig – Park – Paulsson, Derains – Schwartz).

Autores há que os figuram como admissíveis. Assim Claude Reymond¹⁰². Mas de parecer diametralmente oposto são Bredin, Boissésou e Charles Jarrosson¹⁰³. Deste lado também está Elio Fazzalari, em La nuova

¹⁰⁰ Benigni – Recchia, Nuove norme sull'arbitrato in Svezia, cit. maxime p. 192. O Regulamento actualmente em vigor (desde 1.1.2010) eliminou esta permissão.

¹⁰¹ Regolamento di Arbitrato della CCI, 2005, Giuffrè, p. 470.

¹⁰² Em Lalive – Poudret – Reymond, Le Droit de l'Arbitrage Interne et International....cit., p. 416. Assinale-se, entretanto, que Reymond entende que o voto dissidente deverá apenas constar da acta da conferência final, não devendo ser notificado às partes, salvo se isso tiver sido previsto na convenção de arbitragem.

¹⁰³ Cits. em Mario Raposo, A sentença arbitral, em Estudos sobre Arbitragem Comercial... cit. p. 19.

disciplina dell'arbitrato, de Briguglio – Fazzalari - Marengo¹⁰⁴ (considerando que ele pode redundar em “dissensi partigiani o capricciosi”).

De qualquer modo, se admitido for o voto dissidente, ponto será apurar se ele deverá ou não fazer parte integrante da sentença.

Como se viu, responde a actual LAV afirmativamente (cit. art. 23,2). Assim também a lei espanhola (2003) que admite o “parecer discrepante” do árbitro (ou árbitros) e não o exclui da sentença.

A lei brasileira de 1996 (Lei 9307, de 23.9) ao viabilizar o voto dissidente, fá-lo em termos mitigados: “o árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado” (art. 24, § 2º). Já a lei do Panamá de 1999 (Dec.Leg. 5, de 8.7) entende que o voto divergente deve constar da sentença (art. 28). E a lei interna de Macau (Dec.-Lei 29/96/M, de 11.6) vai também neste sentido: “havendo votos de vencido na decisão, devem os mesmos ser exarados nela (...)”¹⁰⁵.

De invocar será ainda a Lei de Arbitragem da Sérvia (2006) que autoriza o voto dissidente, e que admite que o árbitro que o emitir solicite que ele seja notificado às partes com a sentença (art. 52).

¹⁰⁴ ed. Giuffrè, 1994, p. 161.

¹⁰⁵ Mas o Dec.-Lei 55/98/M, de 23.11 (arbitragem comercial externa) silencia já sobre este ponto (art. 31).

63. Numa perspectiva doutrinal – já que o Arbitration Act “inglês” é omissivo quanto a este ponto - a orientação largamente dominante nos países anglo-saxónicos é no sentido da admissibilidade das dissenting opinions.

De qualquer modo, e como avisadamente referem Redfern – Hunter, “dissenting opinions pose greater problems”¹⁰⁶.

64. E tenderá a ser mesmo assim. A sentença, legal e legitimamente preferida, fica fragilizada. E o árbitro dissidente quererá fazer valer a sua posição. Mesmo quem fôr imparcial e independente nunca será intelectualmente neutro.

Aliás, não será, por certo, sindicável a extensão do voto dissidente – do voto de vencido.

Quem tiver alguma prática arbitral, sobretudo a nível internacional, lembrará que já ocorreram casos em que o voto de vencido excedeu largamente o texto da sentença. E já aconteceu que o árbitro “vencedor” (posicionalmente, claro está) tenha respondido ao voto do “vencido”.

Por tudo isto, eu diria como já disse¹⁰⁷, que deve ser substancialmente alterado o sentido e a forma do art. 23, 4, in fine, da actual LAV.

¹⁰⁶ ob. cit. p. 389. Diz-se aí: “The efficacy (and some would argue the integrity) of the arbitral process militates against the giving of dissenting opinions other than in exceptional circumstances”.

¹⁰⁷ Mário Raposo, ob. cit. de 2006, p. 17-27, maxime p. 20. Aí refiro, como reveladora das hesitações de percurso quanto a uma posição concludente sobre o problema, a análise que quanto a ele faz Thomas Clay (L’arbitre, Dalloz, 2001, p. 651-653). Realmente, ele considera um direito do árbitro inconformado com a

65. Mas para que tal não aconteça necessário será que uma futura LAV defina com exactidão vinculante o significado e alcance do voto de vencido. O silêncio, neste ponto, é fonte de conflitos.

Repare-se, por ex., na lei italiana. Ela é omissa quanto à questão.

A resultante é que alguns autores, como Bernardini, entendem que a opinião dissidente deve constar da sentença¹⁰⁸ enquanto outros, como por ex., Sergio La China¹⁰⁹ a repudiam peremptoriamente.

66. Aliás, e em remate, é de lembrar que o próprio Claude Reymond precisa, com nitidez, que o voto dissidente não deve constar da sentença¹¹⁰.

12. IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

1. Recurso de anulação

67. Diz a Lei-Modelo no art. 34,1, que o único recurso susceptível de ser interposto da sentença é o de anulação.

opinião que fez vencimento exarar a sua “dissidência”. Mas logo depois Thomas Clay não deixa de evidenciar: “Infelizmente, é necessário considerar que a emissão de uma opinião dissidente não é em geral animada por nobres sentimentos. Ela permite ao árbitro (dar conta) à parte que o designou que ele serviu os seus interesses”. Como já referi este ânimo de “dar conta” da sua actuação pode levar o árbitro “inconformado” a exceder-se na sua declaração de voto. Refere-se em Le statut de l’arbitre (Bull. CCI, suplem. especial, Dez. de 1995, p. 121) que uma declaração de voto ocupou, em 1990, muitas centenas de páginas, apoiada em centenas de documentos.

¹⁰⁸ cit. por Poudret-Besson, ob. cit., p. 715

¹⁰⁹ Para ele o voto dissidente é ilegítimo e inoportuno porque tende a transformar-se numa antecipação da oposição da parte sucumbente (ob. cit., p. 196).

¹¹⁰ ob. cit. na nota (102).

No art. 46, 1, o anteprojecto adere a este critério, embora esquecendo o que está disposto (mal) no art. 39,3 – ou seja que, por via dele, da sentença final pode caber recurso (o appel-réformation) se as partes tiverem previsto expressamente tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não tenha sido julgada segundo a equidade¹¹¹.

68. É conhecida a justificada reacção a que deu causa a adopção na LAV86 do recurso de mérito (“appel-réformation”) na arbitragem interna. Particularmente inconformes foram Paula Costa e Silva e Francisco Cortez¹¹².

69. Resulta, e bem, do anteprojecto que a enumeração dos fundamentos da anulação é taxativa. Assim se entende em todas as leis modernas.

¹¹¹ Justifica-se na nota de rodapé respeitante a este art. 39,3, que nele se adopta “a solução consagrada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos”. Ora há um patente lapso nesta afirmação, já que em termos práticos apenas a França admite o recurso de mérito (“appel-réformation”). Entretanto, mesmo aí existe uma forte reacção doutrinal contra o sistema de recursos. Cfr., por ex., Eric Loquin, Perspectives pour une réforme des voies de recours, RA., 1992, p. 321. No sistema “inglês” (Arbitration Act 1996) está regulado que, salvo convenção em contrário das partes, apenas sobre questões de direito, e após autorização do Juiz, o recurso poderá por este ser recebido. Interpor um recurso arbitral é quase que “chegar ao fim de uma corrida de obstáculos”. Para uma perspectiva sumária cfr. Carla Crifó, La impugnazione del lodo nel Arbitration Act inglese del 1996, na Riv. dell’Arb., 2001, p. 127-133. Na reforma legislativa proposta em França pelo Comité français de l’arbitrage da sentença proferida em arbitragem internacional continua apenas a caber recurso de anulação. Cfr. o articulado proposto pelo Comité em RA., 2006, p. 499 s. No breve relatório apresentado pelo Comité diz-se que: “A grande inovação do projecto consiste na inversão da regra actual segundo a qual a sentença é passível de recurso (appel-réformation) salvo acordo das partes (...). Para o futuro (art. 1477) a sentença não será passível de recurso, salvo acordo em contrário das partes”. (loc. cit. p. 497). Então, como agora, se na convenção de arbitragem estiver previsto o appel-réformation em arbitragem internacional a cláusula será nula, dado o carácter imperativo do sistema de recursos (Fady Nammour, Droit et pratique de l’arbitrage interne et international, 2ª ed. Bruylant-Delta – LGDJ, 2005, p. 727).

¹¹² Como é sabido, no recurso de anulação não se pode apreciar o conteúdo (o “mérito”) da sentença arbitral: ele tem meros poderes de cassação.

O rol de fundamentos da Lei-Modelo (art. 34,2) foi por inteiro recebido no § 1059 do ZPO alemão. E, portanto, ambos culminam na verificação de que a sentença é contrária à ordem pública do Estado (“public policy of the State”). Ora, no anteprojecto, a ordem pública apenas é referida no tocante à arbitragem internacional (art. 54).

Dir-se-á que a ordem pública é um conceito indeterminado, dificilmente configurável. Mas também outros o são (como, por ex., boa fé” e “bons costumes”), e nem por isso são expurgados da listagem dos conceitos-valores a considerar no ordenamento jurídico¹¹³.

70. A ordem pública referida no § 1059 do ZPO alemão é a ordem pública interna e a internacional. Por um lado porque o ZPO alemão – aliás como a lei de arbitragem sueca de 1999 – não distingue entre ordem pública interna e ordem pública internacional. Depois, porque estando inscritas no ordenamento jurídico nacional, ambas serão sempre nacionais (como o é o art. 22, 1, do Cód. Civil).

É nesta perspectiva que a generalidade das leis de arbitragem inclui a ordem pública como causa de anulação¹¹⁴.

71. Em Itália, com a reforma de 2006, foi incluído no extenso art. 829 do CPC uma frase que vem clarificar a questão. É o 3º §, 2ª parte, desse art. 829.

¹¹³ Acerca do que se passou com a “boa fé” cfr. Menezes Cordeiro, A boa fé nos finais do século XX, ROA, 1996, p. 887-912. Como diz Baptista Machado (Licções de DIP, 2ª ed., Almedina, 1982, p. 253) “os sectores do direito em que vigoram as referidas cláusulas gerais são, portanto, sectores abertos à consideração das particularidades do caso, abertos à consideração de valores e máximas extrajurídicas, abertos à evolução das concepções sociais e da técnica”

¹¹⁴ A lei austríaca de 13.1.2006, que alterou o ZPO no referente à arbitragem distingue (§ 611) entre violação no processo arbitral dos “valores fundamentais da ordem jurídica austríaca” (ordem pública) e a violação na sentença arbitral dos “valores fundamentais da ordem jurídica austríaca” (ordem pública). Exactamente assim. Cfr. nºs 5 e 8 desse § 614.

Como destaca Sergio Menchini nos termos dessa frase “è ammessa in ogni caso l’impugnazione delle decisioni per contrarietà all’ordine pubblico”. E isso acontece quanto à ordem pública interna, que quanto à ordem pública internacional”¹¹⁵.

Como é sabido, a lei brasileira (nº 9307, de 23.9.1996) não refere explicitamente entre os motivos de anulação a ordem pública (art. 32). Só que, como observa Carlos Alberto Carmona¹¹⁶, se as partes, ou o tribunal, por qualquer forma (designadamente pelas previstas naquele art. 32), não considerarem as normas de ordem pública, a consequência será a nulidade.

72. A finalidade do exame da ordem pública não é, por certo, a de corrigir “les sentences erronées” – o que, realmente, implicaria um controlo de mérito. Isso suporia uma concepção maximalista, que exige um exame aprofundado da sentença¹¹⁷. A ela se oporá (com algumas cambiantes) a corrente minimalista (Yves Derains, Alexis Mourre e Thomas Clay, por ex.) para a qual bastará uma violação manifesta¹¹⁸. Assim, também, em Itália: “la tesi che prefigura un controllo approfondito dei lodi (...) per verificare l’applicazione corretta delle norme di applicazione necessaria non pare dunque accettabile oggi”¹¹⁹.

¹¹⁵ Impugnazione del lodo “rituale”, em La riforma della disciplina dell’arbitrato, coord. por Elio Fazzalari, Giuffrè, 2006, p. 179 s., maxime p. 196. Cfr. também Ferruccio Tommaseo, L’impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell’arbitrato..., na Riv. dell’Arb., 2007, p. 199 s.. Mauro Bove L’impugnazione per nullità del lodo rituale, na mesma Riv., p. 19 s, considera este art. 829, 3, como a “cláusula de salvaguarda da ordem pública” do sistema de arbitragem italiana.

¹¹⁶ Ob. cit., p. 69. Cfr. ainda p. 411-418.

¹¹⁷ Cfr., por todos, Louis – Christophe Delanoy, Le controle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation..., RA., 2007, p. 177-221.

¹¹⁸ Assim, a lei sueca de 1999, que exige que a sentença seja “manifestamente incompatível com a ordem pública sueca” (art. 33, 2).

¹¹⁹ Luca Radicati di Brozolo, Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico, na Riv. dell’Arb., 2006, p. 629 s., maxime p. 637.

Uma perspectiva excessivamente light (i.e., branda) não poderá corresponder ao esvaziamento do seu sentido e do seu conteúdo. E muito menos poderá levar à supressão desse controlo, que é um valor e uma referência caracterizadores do ordenamento jurídico¹²⁰.

73. O que agora se diz tem exclusivamente o propósito de evidenciar que a configuração de uma ordem pública internacional em caso algum poderá fazer perder de vista a consideração de uma ordem pública interna.

Ao não incluir no elenco declaradamente taxativo (art. 46, 1) dos motivos de anulação a transgressão da ordem pública¹²¹ uma lei provinda do anteprojecto daria, por certo, causa a problemas análogos aos despontados da Lei 31/86.

Disse a este respeito Paula Costa e Silva:

“Uma vez analisados todos os fundamentos de anulação previstos na Lei 31/86, verifica-se a omissão de referência à ordem pública. Poder-se-á admitir a validade de um processo ou de uma decisão arbitral que contrariem esta cláusula geral ?”

¹²⁰ “Le contrôle de la conformité de la sentence au fond à l’ordre public n’est plus une exigence de justice privée mais de cohérence de l’ordre juridique de l’État” (Ibrahim Fadlallah, anot. jurisp. em RA., 2008, p. 476 s, maxime p. 481).

¹²¹ Não colhe a ideia de que a ordem pública, no campo do direito interno, possa permanecer “oculta, irrelevada, no anonimato” (Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem cit., p. 440-441, invocando Jacob Dolinger). V. sobre o conceito o que referem Charles Jarrosson (La notion d’arbitrage, LGDJ., 1987, p. 224-225) e Pierre Mayer (La sentence contraire à l’ordre public au fond, na RA, 1994, p. 615-652).

E concluiu:

“Funcionando a ordem pública como limite à aplicação do Direito pelo tribunal judicial, tal limite não pode ser derogado através do recurso ao processo arbitral. Assim, sempre que se verifique a violação de uma regra de ordem pública, concluir-se-á, necessariamente, pela nulidade directa ou derivada da sentença arbitral”.

Esta a solução para o “problema” criado pela LAV em 1986¹²².

É assim, muito mais simples, de iure condendo, incluir no fundamento taxativo (taxativo, repare-se) das causas de anulação este fundamento¹²³.

2. Recurso para uma 2ª instância arbitral

74. Sob a epígrafe “irrecorribilidade da sentença” prevê-se no anteprojecto o seguinte:

¹²² Por ex., Ac. do S.T.J. de 10.7.2008 (relator: Conselheiro João Camilo):

“Tal como aceitaram as instâncias, sem contestação das recorridas, a violação da ordem pública, não constando do elenco taxativo das causas de anulação das sentenças arbitrais, previstas no art. 27 da citada Lei nº 31/86, tem de ser admitida como causa de anulação daquele tipo de decisões por aplicação dos princípios gerais de direito, como defende Paula Costa e Silva na obra citada” (o estudo publicado em 1992)”. Sobre o relevo da ordem pública (interna) cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil..., I. Parte Geral, tomo I, 3ª ed., Almedina, 2005, p. 710-711.

¹²³ Lima Pinheiro (Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral, ROA, 2007, p. s., maxime p. 1033) sugere – e bem – que se adopte uma perspectiva como a alemã, onde (como dissémos) vale um critério uniforme na arbitragem transnacional e a arbitragem interna.

“Tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral é irrecorrível, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus efeitos”.

Na nota de rodapé explicativa da opção (em sede de direito a constituir...) dá-se como fonte o art. 34 da LAV86. E diz-se que a única possibilidade de as partes modelarem um recurso será a de acordarem no recurso para um tribunal arbitral, regulando os seus termos.

Reconhece-se, no entanto, que:

“na prática das arbitragens internacionais, tal possibilidade de recurso só se encontra nas arbitragens realizadas sob a égide de associações de profissionais do comércio internacional de mercadorias, como, por exemplo, as realizadas ao abrigo das Rules of Arbitrations and Appel of the Federation of Oil, Seeds and Fats Association Ltd (FOSFA)”.

75. Não existirá, por certo, nenhuma lei de arbitragem que acolha em arbitragem internacional o recurso de mérito das sentenças. Ao reiterar aqui o dogma da irrecorribilidade (do qual quase que de desligou nas arbitragens internas¹²⁴) entendeu, pois, o anteprojecto prever um recurso “ersatz” – ou seja um recurso interposto para outro tribunal arbitral, com termos a regular pelas partes.

76. A remissão das partes para regulamentos de arbitragem preconstituídos é tema velho¹²⁵ e está mesmo (e bem), previsto no art. 6 do anteprojecto.

¹²⁴ Recurso só quando convencionado pelas partes... (art. 39,3).

¹²⁵ Frédéric Bachand (L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, LGDJ, 2005, p. 138-139) refere dois casos de arbitragem ad hoc feitas com adopção do Regulamento CCI (uma) e do Regulamento CNUDCI (outra). Certo é que não se vê como muito fácil a aplicação integral numa arbitragem “ad hoc” de um regulamento preconstituído vocacionado para ser aplicado numa arbitragem

Mais estiradamente o novo art. 832 da CPC italiano (reforma de 2006) diz mesmo nas três primeiras alíneas:

“A convenção de arbitragem pode tornar aplicável (può fare rinvio) um regulamento de arbitragem preconstituído.

Em caso de contradição entre o que estiver previsto na convenção de arbitragem e no regulamento, prevalecerá a convenção de arbitragem.

Salvo disposição em contrário das partes, aplicar-se-á o regulamento em vigor no início do processo arbitral”.

77. Uma magna dificuldade com que se depararão as partes que queiram endossar a sua querela para uma 2ª instância arbitral é a de regular os trâmites do recurso. Realmente, como é sabido, nos regulamentos preconstituídos que lhes poderão servir de figurino considera-se, como regra bem assente, que a sentença final é definitiva e sem recurso. O caso do FOSFA será fora do comum, tanto quanto sabemos. Ao que as partes sempre se terão de sujeitar é ao recurso de anulação, que é irrenunciável, pelo menos no nosso ordenamento arbitral.

Ora, como é sabido, quanto ao modo como se processaria essa anulação há qualificadas dissonâncias¹²⁶.

administrada (como é o caso da CCI). Daí que, como salientam Filippo Corsini (L'arbitrato secondo regolamenti preconstituiti, na Riv. dell'Arb. 2007, p. 295 s) e Francisco P. Luiso (Il nuovo articolo 832 cpc, na mesma Riv., p. 349 s), “o regulamento de uma arbitragem administrada dificilmente poderá ser adaptado a uma arbitragem ad hoc”. Eu diria: não na sua integralidade mas em muitas das suas disposições.

¹²⁶ Para Paula Costa e Silva (Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária..., ROA, 1996, p. 179 s, maxime p. 204) “as anulabilidades (da decisão arbitral) deverão ser deduzidas e só podem ser apreciadas no âmbito do recurso mesmo que este seja interposto junto de instâncias arbitrais” (o sublinhado é meu). Num entendimento diverso, para Lima Pinheiro (est. cit. de 2007, p. 1037) a acção de anulação (que é o meio previsto na LAV86) deve ser autonomamente proposta no tribunal judicial (o sublinhado é meu). Uma 2ª instância arbitral de recurso foi também prevista na 1ª lei de Macau (arbitragem interna) – art. 34,1, da Lei 29/96/M, de 11 de Junho.

78. Como informa Francisco Cortez, a perspectiva, entre nós, de uma 2ª instância arbitral terá sido encarada pela 1ª vez no chamado “Projecto Miller Simões”, que em grande medida serviu de base ao Dec.-Lei 243/84, embora neste não tenha sido acolhida¹²⁷.

Tal perspectiva nunca alcançou significativa expressão em direito comparado.

Certo é que Fouchard viria a aludir a esse regime em 1992, encarando a hipótese de uma solução legislativa na arbitragem interna francesa análoga à que no anteprojecto se pretende fazer valer para Portugal¹²⁸... quanto à arbitragem internacional.

Dizia ele então¹²⁹:

“Não deveria ser invertida a regra, mantida contra a opinião dominante em 1980, segundo a qual a sentença é susceptível de recurso (“appel”) salvo renúncia das partes? Trata-se de um anacronismo (...). Parece mais conforme ao espírito da instituição que a sentença seja, salvo vontade expressa das partes, não susceptível de recurso para o tribunal judicial (“le juge judiciaire”). Isso permitiria além disso reconhecer muito simplesmente a arbitragem em duas instâncias arbitrais (...).

A ideia, todavia, não ganhou grande receptividade em Itália¹³⁰ e em França¹³¹. E melhor sorte não teve noutros países, sobretudo no referente à arbitragem ad hoc.

¹²⁷ Francisco Cortez, est. cit., p. 581 e p. 542.

¹²⁸ “La voie de l’appel-réformation ne paraît juridiquement possible que pour les sentences rendues en France en droit interne” (Gavalda – Lucas de Leyssac. L’arbitrage, Dalloz, 1993, p. 90).

¹²⁹ Em Vers une réforme du droit français de l’arbitrage?, no RA, 1992, p. 199 e depois (postumamente) em Écrits, 2007, ed. do Comité français de l’arbitrage, p. 121.

¹³⁰ Gian Paolo Califano, em Diritto dell’arbitrato rituale, coord. por Giovanni Verde, G. Giappichelli, 2ª ed. 2000, maxime p. 304.

¹³¹ Cfr., por ex., Cour d’Appel de Paris 6.3.1997 com anotação de Ives Reinhard (RA, 1997, p. 605). Em síntese, considera a Cour d’Appel que a faculdade atribuída às partes por um regulamento de arbitragem “de faire procéder à un examen du litige par un tribunal arbitral du second degré (...) ne constitue pas une voie de

79. Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro admitiram a recorribilidade da decisão para outra instância arbitral visivelmente como remedium juris face ao critério da LAV de prever a possibilidade de recursos – nos termos postos no art. 29, 1 e 2.

Dizia Paula Costa e Silva em 1996¹³².

“A opção legislativa em sede de recursos não se nos afigura a mais adequada. Também aqui o legislador nacional se afastou das soluções que o direito comparado nos fornece. Conforme já disse, a admissibilidade irrestrita de controlo da decisão proferida por árbitros pelo tribunal judicial determina perda dos benefícios da arbitragem em sede de recurso”¹³³.

recours on sens du CPC”. Na anotação considera Reinhard que a Cour d’Appel persiste em considerar que a sentença de 1º grau é uma sentença “et non pas un simple projet de sentence de nature proprement contractuelle”. Alguns anos volvidos Charles Jarrosson, num estudo sobre La spécificité de l’arbitrage maritime international (Il Diritto Marittimo, 2004, pag. 444 s., maxime p. 448) diz que a Câmara de Arbitragem Marítima de Paris “connait un système d’arbitrage à deux degrés: si l’une parties veut que l’affaire soit revue, le règlement prévoit la réunion d’un autre collège d’arbitres”. “Desde então a “sentença” proferida no 1º grau perde a sua qualidade de sentença e mais não é do que um projecto, que será substituído pela sentença dada no 2º grau”. Conclui Jarrosson que o sistema vale para a arbitragem interna e que aquilo que se passar na fase designável por 1º grau “n’est plus considéré comme un arbitrage”. A este propósito escreveu Pierre Raymond (L’Chambre Arbitrale Maritime de Paris, em Le Droit Maritime français, 1996, p. 596 s., maxime p. 599): “L’originalité de la procédure devant la Chambre est la possibilité donnée aux parties de soumettre leur litige à un double examen. Toute partie peut, en effet, demander que la cause, qui a donné lieu à une première sentence, fasse l’objet d’un examen au second degré (...) le Comité de la Chambre (...) désigne une Commission de trois arbitres. Celle-ci rend une sentence définitive dans un délai de trois mois après réception des nouveaux mémoires. Cet examen au second degré constitue la spécificité de la procédure devant la C.A.M.P. C’est la garantie pour les parties d’une justice arbitrale rendue en toute objectivité et indépendance”.

¹³² est. cit. de 1996, p. 188.

¹³³ No âmbito da LAV em arbitragem interna haveria recurso de mérito se as partes a ele não renunciassem ou se os árbitros julgassem segundo a equidade (art. 29). O anteprojecto melhorou “um pouco” as coisas: as partes têm que expressamente prever a recorribilidade na convenção de arbitragem. Justifica-se na nota de

E, assim, tem-se como mais simples, de iure condendo, incluir (como, de resto, repete-se, faz o direito francês no art. 1484, 6, CPC) no elenco taxativo (taxativo, repare-se) esse fundamento.

13. CONFIDENCIALIDADE Até que ponto?

80. Ao contrário do que por regra sucede nas leis de arbitragem¹³⁴ afecta o anteprojecto dois preceitos à confidencialidade: os n.ºs 5 e 6 do art. 30.

No que se refere ao n.º 5 nada há a opor.

Já o n.º 6 propõe uma sumária análise.

Diz-se nele, realmente, que as sentenças e outras decisões do tribunal arbitral poderão ser publicadas, expurgadas que sejam da identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser.

Ora, o que compreensivelmente consta dos regulamentos de arbitragem (por ex. o da LCIA de 1998) é que a sentença será considerada confidencial (e portanto não publicável), salvo convenção das partes em contrário dada por escrito (art. 30,1). E a Court de Arbitragem da LCIA não publicará quaisquer

rodapé (124) do anteprojecto que nele se adopta (art. 39,3) “a solução consagrada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos”. Não é exacto. Na esmagadora generalidade das modernas leis de arbitragem prevê-se apenas o recurso de anulação.

¹³⁴ São excepções a este “absentismo” a lei espanhola de 2003 (art. 24,2), a venezuelana de 1998, a de Taiwan de 1998, a peruana de 2008 e a dominicana de 2008.

sentenças arbitrais, integral ou parcialmente, sem o consentimento prévio de todas as partes e do tribunal arbitral(art. 30,3).

Aliás, já em 1965 o art. 48,5, da Convenção de Washington (da qual decorre o sistema de arbitragem do CIRDI) dizia que este “não poderia publicar a sentença sem o consentimento das partes”. E em 1976, o Regulamento de Arbitragem da CNUDCI dispunha que “a sentença (arbitral) apenas pode ser publicada com o consentimento das duas partes (art. 32, § 5º)¹³⁵.

Sempre se entendeu que o consentimento deveria ser prévio – como está explicitado no Regulamento da LCIA.

81. É, no entanto, inquestionável que o interesse das partes na confidencialidade das sentenças terá que atender ao legítimo interesse no conhecimento das decisões arbitrais, numa certa “pedagogia jurisprudencial”. É de recordar, por ex., o art. 27 da Convenção Internacional de 1989 sobre Salvação (Salvage) que recomenda que “os Estados devem incentivar na medida do possível, obtido que seja o consentimento dos interessados, a publicação das decisões proferidas em casos de salvação”.

Dir-se-á, pois, em síntese, ser, como regra, necessário o consentimento prévio e expresso das partes, para a publicação das decisões arbitrais.

É deste princípio que advem um reparo à redacção proposta para o art. 30,6 do anteprojecto.

Com efeito, a partir dela poderá concluir-se que o consentimento não deverá ser expresso e prévio: bastará uma oposição, porventura feita post-factum, i.e, destituída de qualquer eficácia prática.

¹³⁵ cfr. de igual modo art. 43 do Regulamento suíço.

82. Mas a confidencialidade cederá perante razões de ordem pública. Assim, como ex., para que assegurada fique a transparência financeira¹³⁶. E, obviamente, quando o litígio ingresse em processo judicial¹³⁷.

83. Quais as pessoas, por qualquer modo intervenientes no processo arbitral, que ficam adstritas ao dever de confidencialidade?

A lei de arbitragem peruana de 2008, como sempre exabundante, diz no art. 51,1 que:

1.“Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales (...).”

Com a sua característica (e aplaudível) sobriedade, a lei espanhola de 2003 dispõe apenas “os árbitros, as partes e as instituições arbitrais, no que lhes diga respeito (“en su caso”) estão obrigados a manter confidencialidade

¹³⁶ Cfr. Fabrice Fages, La confidentialité de l’arbitrage à l’épreuve de la transparence financière, RA., 2003, p. 5-39.

¹³⁷ Luciana Laudisa, Arbitrato e riservatezza, na Riv. dell’Arb., 2004, p. 23 s, maxime p. 37. “L’obligation de confidentialité doit céder devant l’ordre public procédural” (Eric Loquin, Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage, RA., 2006, p. 323-352, maxime p. 346). “La clause de confidentialité ne peut faire obstacle à la révélation d’informations en justice (...)” M. Fontaine – F. de Ly, Droit des Contrats Internationaux, 2^a ed., Bruylant, 2003, p. 321. Ainda sobre a incompatibilização da confidencialidade arbitral com um sistema formal de justiça (“pública”) (com prevalência para este) v. Paula Costa e Silva, A execução em Portugal de decisões arbitrais..., ROA, 2007, p. 629 s.

sobre as informações que conheçam através das suas actuações na arbitragem” (art. 24,1).

Não haverá dúvida que, para além da enumeração feita na lei espanhola, o secretário arbitral (quando ele exista, claro está) também ficará adstrito ao dever de sigilo. Criação do direito suiço (arts. 7 e 15) da Concordata, encontrou um incondicional propugnador em Pierre Lalive¹³⁸.

84. Embora as coisas não se passem inteiramente assim nos países de common law¹³⁹, os peritos são, salvo convenção das partes em contrário, designados pelo tribunal arbitral, por sua iniciativa ou a pedido das partes, destas podendo receber qualquer informação relevante; poderão, além disso, participar numa audiência. É o que dispõe, e bem, o art. 37º do anteprojecto, seguindo, muito de perto, o § 1049 do ZPO alemão, por seu turno inspirado no art. 26 da Lei-Modelo. Não restará dúvida que assim ficam sujeitos à regra do sigilo.

85. Em resumo, afigura-se que as recentes Netherlands Arbitration Rules, em vigor desde 1 de Janeiro do corrente ano, compactam num só preceito a problemática do sigilo quanto às personagens envolvidas, em maior ou menor grau, no processo arbitral:

¹³⁸ Thomas Clay, Le secrétaire arbitral, RA, 2005, p. 303. O secretário arbitral é um auxiliar dos árbitros, tendo a seu cargo todas as tarefas administrativas que caberão ao tribunal arbitral. René David (L'arbitrage dans le commerce international, ed. Economica, 1982, p. 313) vai mais além e refere que nos casos em que o árbitro não seja um jurista poderá apoiá-lo nesse plano, sem, no entanto, coactar a sua autonomia. O secretário arbitral está, maximamente, vinculado a uma obrigação de confidencialidade (Thomas Clay, est. cit., p. 946).

¹³⁹ Nos sistemas de common law o perito tem um estatuto processual análogo ao de uma testemunha (expert witness), podendo ser ouvido por iniciativa da parte, e não do tribunal (Edoardo F. Ricci, La prova nell'arbitrato internazionale..., na Riv. dell'Arb., 2008, p. 311 s., maxime p. 316). Cfr. Redfern-Hunter, ob. cit., p. 27-29.

Article 55 – Confidentiality and Secrecy, Publication of Award

1. Arbitration is confidential and all individuals involved either directly or indirectly are bound to secrecy, save and insofar as disclosure ensues from the law or the agreement of the parties.

2. Unless a party communicates in writing to the Administrator his objections thereto within one month after receipt of the award, the NAI shall be authorised to have the award published without mentioning the names of the parties and deleting any further details that might disclose the identity of the parties.

14. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

86. O ultimo preceito do anteprojecto (o art. 67) limita-se a estabelecer que “o presente diploma entra em vigor três meses após a data da sua publicação”.

O que assim se dispõe constitui uma vacatio legis.

Compreende-se este critério designadamente no caso de não haver na mesma ordem jurídica um regime jurídico anterior, como acontece naqueles países em que não existia uma legislação sobre arbitragem.

Não contem o ar. 67 do anteprojecto quaisquer disposições transitórias, como por regra acontece. Assim, v.g., Arbitration Act “inglês”. anexo 2 do Decreto complementar de 16.12.1996; lei espanhola (“disposição transitória”); lei italiana (apostilha final) e lei austríaca de 2006 (art. VII – “disposições

transitórias e aplicação”). É de pensar também no vivo debate doutrinal a que deu causa a ausência ou insuficiência da LDIP suíça precisamente no tocante às normas transitórias dos capítulos 12 e 13¹⁴⁰.

Estou em crer que a “menos complicada” norma transitória seria, por ex., a adoptada na recente lei de arbitragem da República Dominicana de 19.12.2008 (RA, 2009, p. 661 s). Diz o seu art. 46: “os processos de arbitragem iniciados antes da entrada em vigor da presente lei não serão por esta abrangidos”.

87. Claro que sempre se poderá invocar o princípio geral de direito transitório do art. 12 do Código Civil. “Este preceito, embora não estando inserido na Constituição, funciona como uma autêntica bitola profunda da ordem jurídica, dando uma medida de valor que se deve ter sempre em conta”¹⁴¹.

17. BALANÇO

1. Uma ideia geral

88. “Emendar” a LAV86 para a tornar uma lei mais actual seria uma má solução. Daí que a iniciativa da APA constituirá, enquanto tal, um bom caminho¹⁴².

¹⁴⁰ Lalive-Poudret-Reymond, *ob. cit.*, p. 467 s.

¹⁴¹ Menezes Cordeiro, *Concretização do Direito e decisão jurídica*, em *A Feitura das Leis*, INA, 1986, p. 361 s. Cfr. também Miguel Teixeira de Sousa, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁴² Tenho, de algum modo, vivido situações destas (B.M.J., 1980, nº 299, *maxime* p. 13 e nº 300, p.11) e, por ex., *O exercício da função legislativa*, em *Estudos Merêa-Braga da Cruz*, no (Bol. Fac. Direito Coimbra), II, p. 613-622.

É, porém, evidente que o “estilo” do anteprojecto não é idêntico ao de 1986. Estará mais próximo da lei peruana de 2008 (por ex.) do que dos ZPO alemão ou austríaco. Dele sairia uma lei talvez demasiado “cheia”, “reguladora” em excesso.

Quase será repetitivo insistir em alguns aspectos questionáveis. Assim, a composição amigável (que ninguém sabe bem, ou melhor, nem bem nem mal, o que é), o appel-réformation (que está a ser abandonado mesmo na área de influência jurídica francesa¹⁴³) a “supressão” do clássico instituto da ordem pública (interna) etc.

2. Ainda a “composição amigável”

89. Diz o art. 39,2, do anteprojecto que “se as partes lhe tiverem confiado essa função, o tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo”. É a reprodução do art. 35 da LAV 86, relativamente ao qual (insisto) nunca se chegou a compreender qual a sua razão de ser e qual o seu propósito.

Entretanto, se o tribunal, i.e., o árbitro ou árbitros aceitarem tal missão esta desdobrar-se-á em duas fases.

¹⁴³ É o caso, recente, da Síria, onde o Cód. Proc. Civil o admitia. A lei actual (2008) declara expressamente que da sentença não cabe qualquer recurso, a não ser o de anulação. Cfr. o texto da lei na RA, 2008, p. 850-867.

- a do apelo (incentivo) à composição das partes
- a da decisão.

Será a primeira uma fase de conciliação, ou seja, de mediação¹⁴⁴.

Agindo então como mediador o árbitro proporá às partes uma ou mais soluções, que com elas discute, isoladamente ou em conjunto, evidenciando o sentido e as vantagens de cada uma delas¹⁴⁵. Frustrado que seja o apelo, a proposta, o árbitro assume então a sua veste decisória e decide, impõe.

Vistas as coisas, este desdobramento de fases é uma aporia: o mediador é uma personagem, e o árbitro continuará a ser outra, diversa.

90. Para dar uma réstea de compreensibilidade a este desdobramento apenas se poderia fazer equivaler a situação a uma Med-Arb “sui generis”.

¹⁴⁴ “A mediação é o mecanismo tipo de resolução amigável (“règlement amiable”) de litígios (Fouchard, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges..., em Mélanges Philippe Kahn, cit, p. 97 s, maxime p. 109). “... não faz qualquer sentido distinguir conciliação e mediação, devendo preferir-se a integração de ambas num único conceito de mediação” (Mariana França Gouveia, Meios de resolução alternativa de litígios..., em Estudos 100 anos Fac. Dir. Univ. Nova, II, 2008, p. 727). Eu acrescentaria que a conciliação confina-se a uma tentativa, a um incidente e que a mediação é um processo ou uma das fases de um processo.

¹⁴⁵ Vincenzo Vigoriti, La direttiva europea sulla “mediation”..., na Riv. dell’Arb., 2009, p. 1 s, maxime p. 15.

Em termos práticos na Med. Arb. é tentada a autocomposição e, não obtido êxito, fica o mediador autorizado a proferir uma decisão, na qualidade de árbitro pré-constituído¹⁴⁶.

Só que, como se sabe, os ventos doutrinários não sopram a favor da Med. Arb., pelo menos na sua mais corrente formulação. Para promover a composição amigável do diferendo poderá o mediador comunicar e falar em conjunto ou separadamente com as partes, partilhando eventualmente (tendencialmente) com elas informações e elementos confidenciais. Acresce que o mediador que vê malogrado o seu intento de compor amigavelmente as partes poderá ficar com um parti-pris em relação a uma delas¹⁴⁷.

91. Este entendimento (?) mostra a insanável deficiência de funcionamento da composição amigável. Para ter alguma utilidade ela tem que bipartir o árbitro em duas tarefas: a de mediador e a de árbitro. Ora não se pode misturar aquilo que foi criado para ser diferente: a função do mediador e a do árbitro.

E a situação que se cria é mais perturbante ainda que a da clássica Med. Arb.. Nesta sabe-se quem é e quando actua o mediador. Na composição

¹⁴⁶ Petrônio Calmon, Fundamentos da Mediação e da Conciliação, Ed. Forense, R.J., 2007, p. 120, em nota.

¹⁴⁷ Abertamente contra a Med.-Arb. são, por ex., a Lei-Modelo sobre a conciliação comercial de 2002 (“Unless otherwise agreed by the parties, the conciliator shall not act as an arbitrator...” – art. 12) e a Commercial Arbitration Rules and Mediation da AAA de 2007 (“The mediator shall not be an arbitrator appointed to the case”). No mesmo sentido, entre outros, Fali S. Nariman, Médiation et Arbitrage, em Arbitrage: regard sur la prochaine décennie, suplem. Bulletin CCI, 1999, p. 43 s. e Thomas Clay, L’arbitre, cit. p. 430. Ponderam Redfern – Hunter (ob. cit., p. 40), também em desfavor da Med.-Arb., “how open are the parties to be in their discussions with the mediator (including letting him know what settlement proposals they would be prepared to accept) if they know that he might be called upon to act as arbitrator in the same dispute?”. Como Serge Guinchard comentou a imparcialidade (interior) não é um estatuto, é uma virtude. Eu acrescentaria: é um estado de espírito.

amigável para o árbitro, além da sua natural veste (que é a de ser árbitro), tem que se ficcionar noutra veste: a de mediador.

... Claro que se poderá dizer que as coisas não terão que se passar assim. Mas então para que servirá a figura do compositor amigável?

Esta nasceu de um impulso não justificado numa reunião parlamentar de urgência na qual nem sequer estava o ministro institucionalmente responsável pela iniciativa legislativa¹⁴⁸. E só não deu causa nestes alongados 24 anos que já tem de vida a exegeses tão absurdas como a que imaginámos porque ninguém lhe deu particular relevância. A sua “reprise”, agora, seria um passo errado.

3. Os árbitros – perfil e responsabilidade

92. Reconstitui José Miguel Júdice, com impressividade¹⁴⁹, o que eram os árbitros e a arbitragem numa época passada. Ou talvez não tão distante como isso. O árbitro hoje é um árbitro, preparado e escolhido como tal e para tal. Ou seja: “o paradigma do Bom Juiz e o do Bom Árbitro são diferentes”, E, concluo eu: diferente será, em frase breve, o seu sistema.

¹⁴⁸ O que, repito, foi uma situação excepcional na mais prestigiada Comissão Parlamentar: a de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

¹⁴⁹ A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros. em Intervenções – II Congresso do Centro de Arb. Comercial, Almedina, 2009, p. 103-130.

93. Um Juiz é juiz ou um Advogado é advogado porque têm formação jurídica prévia.

O árbitro tem que conhecer, antes de mais, o terreno técnico em que vai actuar. É, sobretudo, um especialista. Sem que a arbitragem, no seu todo, seja uma peritagem, o árbitro deve ter uma formação específica na área em que vai actuar, quase que como um perito. Vivemos, como lembrou um jurista francês, no “temps des experts”.

Nos países anglo-saxónicos, nos domínios e sub-domínios específicos da actividade comercial (como é, por ex., o Direito Marítimo) o árbitro “shall be a commercial man, conversant with shipping matters”. O conceito de “commercial man” deu já causa a definições jurisprudenciais. E reconheceu-se que para estar “engaged in the shipping trade” poderia ter vantagem, em dados casos, ser um advogado especialista¹⁵⁰. O mesmo se passa, naturalmente, noutras áreas. Assim, e também como exemplo, no domínio dos seguros; no tocante à arbitragem sobre resseguros raríssimas são as convenções de arbitragem em que não se exigia que os árbitros devam ser escolhidos entre técnicos “com uma experiência de pelo menos dez anos, quer como jurista, quer como consultor, quer como profissional do sector”¹⁵¹.

Há, no entanto, uma marcada tendência, designadamente em Direito Marítimo, no sentido de profissionais de Direito serem o fulcro decisório na generalidade das arbitragens¹⁵².

¹⁵⁰ Bruce Harris, em Tackaberry-Marriot, Bernstein’s Handbook of Arbitration, Sweet & Maxwell, 2003, 1º vol., p. 759-763.

¹⁵¹ Cfr. Mario Raposo, A arbitragem e os contratos de seguro, na Revista do Instituto de Seguros de Portugal, Dez. de 1997, p. 14.

¹⁵² Bruce Harris, L’avenir de l’arbitrage maritime, na Gazette de la Chambre (Arbitrale Maritime de Paris), nº 17. Outubro de 2008, p. 3.

94. Está-se, noutro plano, a desenvolver uma cada vez ampla prática de “escolha dos árbitros”, quer para apurar a sua independência e imparcialidade, quer, sobretudo, a sua capacidade técnica.

Trata-se, caricaturalmente, de um “concurso de beleza” entre os vários candidatos a árbitros em processos de especial complexidade¹⁵³.

Surgida essa prática nos Estados Unidos os mais qualificados árbitros europeus recusaram-se a aceitá-la, considerando que ela seria “at best demeaning, and at worst improper”. E, realmente, com razão. Mais certa será a prática das listas de árbitros, desde que às partes não seja por completo “expropriado” o direito a escolher o árbitro que porventura pretendam indicar.

Bastará que as listas sejam meramente indicativas ou facultativas, embora a instituição de arbitragem não abra mão do controlo prévio da idoneidade ética e científica do árbitro designado.

95. É de crer que a redacção dada ao art. 9, 4 do anteprojecto, respeitante à responsabilidade decisória dos árbitros, será modificável. Terá sido influenciada pela nova lei italiana (art. 813 ter do CPC), que não tem estado isenta de críticas¹⁵⁴.

¹⁵³ Lord Steyn, L'indépendance de l'arbitre, supplém. spécial 2007 do Bull. CCI, p. 97 s., maxime p. 97, maxime p. 106.

¹⁵⁴ Ferruccio Auleta, Arbitri e responsabilità civile, em La riforma della disciplina dell'arbitrato, Giuffrè, 2006, p. 85 s.

E, sobretudo, dá a ideia de que o árbitro é um Juiz de 2ª linha. Ora o árbitro tem uma natureza e um perfil próprios. Não há 1ªs e 2ªs linhas: o que há são actividades diversas – que em comum apenas têm o exercício da função jurisdicional¹⁵⁵.

Assim sendo, porque não dizer, muito simplesmente, que os árbitros respondem apenas, na sua actividade decisória, por culpa grave ou dolo.

Os actos ou omissões que preencherão deverão ser avaliados, na sua intencionalidade ou gravidade, “in accordance with a reasonable standard of conduct and competence”. Que será o específico da actividade arbitral.

4. E agora?

96. É inegável que da actuação da APA têm resultado aplaudíveis opções.

Desde logo o Código deontológico do árbitro. Foi um passo oportuno e bem dado. A versão final (como, aliás, os trabalhos preparatórios) revela uma actualizada informação sobre a problemática ética da arbitragem.

¹⁵⁵ O poder decisório dos árbitros tem uma origem privada. É a adesão à convenção de arbitragem que dá causa à sua investidura (cfr. Mário Raposo, O Estatuto dos Árbitros, ROA, p. 529 s, maxime p. 542.

97. No tocante ao anteprojecto de uma nova LAV – que é um passo necessário mas não extremamente urgente – há, no que me toca, inconformidades irremovíveis a par de soluções a apoiar.

Estarão entre estas últimas a atribuição de um poder residual ao tribunal arbitral para rectificar ou esclarecer a sentença ou para emitir uma sentença adicional.

Era o que já estava previsto na Lei-Modelo (art. 33) e fora adoptado na reforma holandesa do CPC (WBR).

Esta reforma fora publicada em 2 de Julho de 1986, ou seja, cerca de dois meses antes da nossa LAV. Mas nela não encontrou expressão.

98. É de saudar, também, por ex., o regime da sentença parcial.

O art. 32 da Concordata suíça (lei intercantonal) de 1969 já dela tratava, assim como em 1987 o art. 188 do LDIP¹⁵⁶. O “morcellement” das sentenças (recte, do processo arbitral) “est à la mode”¹⁵⁷ e com inteira pertinência. Sampaio Caramelo encarou-o exaustivamente¹⁵⁸ e é inteiramente certa a sua inclusão no anteprojecto.

¹⁵⁶ Lalive – Poudret – Reymond, ob. cit., pp. 175 e 404. O ZPO alemão, o ZPO austríaco e a lei sérvia de 2006 não incluíram o tema... e o problema. Mas ele é recebido no Arbitration Act “inglês” de 1996 (sc 47) e na lei espanhola de 2003 (art. 37, 1).

¹⁵⁷ Andrea Pinna, L’annulation d’une sentence arbitrale partielle, RA., 2008, p. 615-640.

¹⁵⁸ Decisões interlocutórias e parciais no processo arbitral em Intervenções no 2º Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, p. 173 s.

99. Pena será que um anteprojecto que, com o seu “modus” próprio (e este não é “sindicável”), poderá vir a ser uma excelente lei se fragilise com o incompreensível apego a “casos” como o da “composição amigável”, o da exterminação da “ordem pública” interna, o da sobrevivência do recurso de mérito (embora condicionado) e, the last, o da possibilidade de recurso, em arbitragem internacional, para uma instância arbitral (art. 53).

É evidente que as partes sempre poderão optar por um recurso deste estilo designadamente se tiverem acordado que aos termos do processo será aplicável um regulamento arbitral preconstituído.

O difícil será encontrar um regulamento arbitral que, como o da FOSFA, lhe dê uma resposta útil.

O que normalmente acontece é que os regulamentos explicitem que a sentença é definitiva, salvo a hipótese de recurso de anulação, nos ordenamentos, como o nosso, em que ele é irrenunciável¹⁵⁹.

100. Esqueceu-se que o recurso para uma 2ª instância arbitral foi posta em Portugal para neutralizar a incongruente hipótese dos recursos de mérito

¹⁵⁹ Como em regra acontece em direito comparado. Assim, por ex., em França (art. 1484 CPC), em Itália (art. 829 CPC) e em Portugal (art. 28,1 LAV86). O ZPO alemão nada diz mas na doutrina entende-se que a renúncia apenas é possível depois de notificada a sentença (Poudret-Besson, ob. cit., p. 827).

em arbitragem interna, aliciando à sua renúncia¹⁶⁰.

Era uma situação e uma “occasio” essencialmente diversa da actual¹⁶¹.

Abril 2010

¹⁶⁰ Luis Carvalho Fernandes, Dos recursos em processo arbitral, em Estudos Raúl Ventura, II, Coimbra Editora, 2003, p. 139 s, maxime p. 144, remetendo para Paula Costa e Silva (est. cit. de 1996).

¹⁶¹ Outras soluções do anteprojecto poderão ser motivo de reflexão. Assim as que tratam do efeito negativo da “competência – competência”. O art. 5 do anteprojecto corresponde, nos seus n.ºs 1 e 2, ao art. 8, 1 e 2, da Lei-Modelo. Os n.ºs 3 e 4 daquele art. 5 são visivelmente excessivos, como aliás se depreende das respectivas notas de rodapé. Quanto ao n.º 1, parte final, do mesmo art. 5, que vulnera aquele “efeito negativo”, a constatação da manifesta inexequibilidade ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem deve advir de um exame “prima facie” e não de um exame “substantiel e approfondi de la convention d’arbitrage” (Olivier Cachard, Le contrôle de la nullité ou de l’inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, na RA, 2006, p. 893 s, maxime p. 901). Esta concepção restritiva da nulidade ou inaplicabilidade manifestas é clássica na jurisprudência da Cour de Cassation (François-Xavier Train, anot. ao “arrêt” de 11.2.2009, na RA 2009, p. 155 s). E o preceito referido na nota de rodapé (19) – “art. 4 da lei suíça” – não será, por certo, o da Concordata (1969), mas o art. 7 da LDIP (1987). No tocante ao art. 18 do anteprojecto, inspirado no art. 16 da Lei-Modelo, acolhe no n.º 8 a solução das “vias paralelas” (o tribunal arbitral poderá prosseguir o processo arbitral e proferir nele sentença sobre o fundo da causa estando pendente o recurso interposto no tribunal estadual). Como é óbvio, se este recurso proceder o processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos. O mesmo critério é, na realidade, recebido na lei alemã, na lei sueca e na lei “inglesa”. Tal não acontece, porém, na lei espanhola (art. 22,3), na lei italiana (art. 827, 3º §, do CPC – antes e depois de 2006) e – porque não dizê-lo? – na LAV 86 (art. 21, 4). Ou seja, a impugnação sobre a incompetência fica paralizada (“resta paralizzate”) até que seja decidido pelo tribunal arbitral, o fundo da causa. Isto porque, como pondera Gaillard (L’effet négatif de la compétence – compétence, em Études Poudret, cit., p. 387 s, maxime p. 399), “l’existence d’un contentieux parallèle devant les juridictions étatiques sur la validité ou la portée de la convention d’arbitrage ne peut que perturber le déroulement de l’arbitrage. Cette dualité de compétences (...) n’est pas de nature à donner aux arbitres le sentiment que leur décision aura une utilité quelconque”. O mesmo já era ponderado por Roger Perrot (Les recours devant la Cour d’Appel empêchent-ils l’arbitre de poursuivre sa mission?, na RA, 1987, p. 107 s., maxime p. 119) que conclui que “en fait, il est parfois prudent de s’abstenir de continuer”. Está aqui em jogo um confronto de soluções. E nenhuma delas é errada. Tratar-se-á de pôem acto um certo “pragmatismo pre-legislativo”.

