

Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem*

Mário Raposo

Sumário

1. A Lei 31/86 2. Uma nova LAV 3. A “composição amigável” 4. E a equidade ? 5. Arbitrabilidade 6. Os tribunais arbitrais e as medidas cautelares. As “ordens preliminares” 7. Impugnação da sentença 8. Uma 2ª instância arbitral ? 9. Os fundamentos da anulação 10. A Convenção de Nova Iorque. Notas finais: 1. As “dissenting opinions” 2. Presidente do Tribunal Arbitral 3. Responsabilidade dos Árbitros 4. Ainda (supervenientemente) a composição amigável 5. Sobre o cap. IX do projecto 6. A lex mercatoria 7. O prazo para a decisão. 8. Disposições transitórias.

A Lei 31/86

1. Não surgiu a actual LAV em circunstâncias fáceis. A lei a que teria de suceder¹ tinha os dias contados. Só o saber e a perseverança da Prof. Magalhães Collaço – a quem solicitei a feitura de um anteprojecto – conseguiu superar com o mérito que ainda hoje é reconhecido à LAV a urgência na sua feitura. E a Exposição de Motivos e o articulado da Proposta de Lei nº 34/IV (por ela inteiramente elaborados) foram apresentados em tempo útil à Assembleia da República. Coube-me a intervenção por parte do Governo no

* Comentários ao projecto publicado no site da APA.

¹ O Dec.-Lei 243/84, de 17 de Julho. Sublinha-se, por vezes, a sua menor qualidade. Nada com esse diploma tendo a ver (não pertencia então ao Governo) afigura-se-me de certo modo “injusta” tal “avaliação”. Contendo algumas soluções exactas, marcou uma evidente autonomização do tribunal arbitral perante o tribunal judicial. Cfr., por ex., Francisco Cortez, A arbitragem voluntária em Portugal, sep. de O Direito, ano 124, maxime p. 543-546. Mas o certo é que, na expressiva síntese de Raúl Ventura (Convenção de Arbitragem, ROA, 1986, p. 289-413), teve uma “vida infeliz”.

debate na generalidade e excelente receptividade encontrada permitia antever uma aprovação não substancialmente inovadora na Comissão parlamentar. Entretanto, para além de alterações pontuais já consensualizadas, foi criado um novo capítulo consagrado à arbitragem internacional. Vistas bem as coisas integram esse novo capítulo preceitos já constantes da Proposta de Lei, à excepção de um: o art. 35. A LAV passou assim a conter, a par da tradicional equidade (art. 33, 1), a gaulesa “composição amigável” (esse art. 35). É evidente que a Comissão parlamentar, a cuja reunião não assisti, actuou em compreensível estado de urgência². Realmente a inconstitucionalização (orgânica) do Dec.-Lei 243/84 fora já então declarada pelo Tribunal Constitucional (Acórdão TC 230/86, de 8.7, embora só publicado no DR, 1ª série, de 12 de Setembro). Nessa mesma reunião (23 de Julho de 1986) foram apreciadas várias propostas de lei, entre as quais a referente à criação dos “tribunais marítimos”, também preparada no Ministério da Justiça.

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

² Na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da qual eu próprio tivera a honra de fazer parte no início dos anos 80 e à qual regressaria, como presidente, menos de dois anos depois, era tradicional as deliberações serem precedidas de fundamentados pareceres. No caso da Proposta de Lei de que haveria de resultar a LAV é de dizer que a Comissão parlamentar introduziria no art. 1, como nº 3, um preceito que não constava da Proposta de Lei, mas sim do...Programa do Governo (minoritário) a que eu pertencia. Diz ele respeito à modificação de contratos (sobretudo de longa duração) não ingressados em fase litigiosa. Não estavam em causa “as hipóteses de as partes deliberadamente (deixarem) incompleto o contrato e atribuírem a (árbitros) o poder de os completar” (Raul Ventura, est. cit., p. 331). Pensava-se na eventual modificação de contratos “já estabelecidos” face a alteração anormal de circunstâncias (Menezes Cordeiro, Da boa fé..., II, Almedina, 1984, p. 1106) com a consequente onerosidade excessiva (hardship – Bonell, Un “codice” internazionale del Diritto dei Contratti, Giuffrè, 2ª ed., 2006, p. 123 s).

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

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

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

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

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

³ Com a participação, entre outros especialistas, de Fouchard (entretanto falecido em Fevereiro de 2004), Boissésou, Thomas Clay, Yves Derains, Bertrand Moreau, Gaillard, Jarrosson, Eric Loquin e Jean-Georges Betto. Cfr. Revue de l'Arbitrage (doravante RA.), 2006, pp. 491-517. A única alteração ocorrida nesta área do NCPC nos últimos 5 anos foi o... título. Com efeito, nos termos da lei n.º 2007/1787, de 20.12, respeitante à simplificação do Direito, o Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) passou a designar-se Code de Procédure Civile (CPC).

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

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

Uma nova LAV

3. Quase todas⁵ as leis modernas, excepto as de influência francesa (como as leis de Marrocos de 30.11.2007 e da Argélia de 25.2.2008) regulam unitariamente a arbitragem interna e a internacional. É significativo que a Lei da Síria de 2008 tenha abandonado o critério francês, de que era tributária, deixando de compartimentar a arbitragem interna e a internacional⁶.

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

4. A posição adversa a um dualismo formulário, mesmo que mitigado⁷ não significa que, designadamente num ponto de vista científico, não haja regras próprias à arbitragem internacional. O mais expressivo sistema legal que

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

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

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

aboliu por completo qualquer referência à arbitragem internacional terá sido o italiano, com a lei de 2 de Fevereiro de 2006⁸.

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

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

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

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

⁸ Excepção feita ao art. 830, 2, que dispõe sobre a hipótese de uma das partes, no momento da assinatura da convenção de arbitragem, residir ou ter sede efectiva no estrangeiro.

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

O mesmo se passa na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra, na República Sérvia¹⁰ e na Suécia¹¹.

A “composição amigável”

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

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

Num estudo publicado em 1992 mas elaborado em 1987 para um concurso universitário¹² Paula Costa e Silva logo evidenciou a falta de cabimento no nosso Direito da Arbitragem da importada figura. Teve como “verdadeiramente incompreensível” o “apelo à composição amigável” em sede de arbitragem “internacional”. “Á luz do sistema português, não fará sentido a utilização conjunta das duas expressões (equidade e composição amigável)”.

¹⁰ Lei de 25.5.2006. É de notar que na sua feitura participaram especialistas franceses, como Pierre Mayer e Bertrand Ancel.

¹¹ Lei de Abril de 1999. Cfr. Francesco Benigni - Giorgio Recchia, Nuove norme sull’arbitrato in Svezia, na Riv. dell’Arb., 2000, p. 179.

¹² Anulação e recursos da decisão arbitral, ROA, 1992, p. 893 s., maxime p. 939-940.

Antoine Kassis¹⁸ propende de igual modo para a equiparação da amiable composition à equidade. “L’amiable composition c’est l’équité (...) – l’équité qui corrige la règle de droit”.

8. Na jurisprudência francesa é hoje considerada como posição clássica a de que a composição amigável implica para o árbitro a obrigação de julgar segundo a equidade¹⁹.

De resto, as leis de arbitragem dos Estados fortemente tributários das concepções francesas, com é o caso da lei de arbitragem de Madagascar (15.12.1998), corroboram o que acabo de expor.

Com efeito, dispõe o art. 449, respeitante à arbitragem interna:

“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en amiable compositeur, c’est-à-dire selon les règles de l’équité”²⁰

9. Abreviando razões uma vez mais concluo como Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro.

¹⁸ L’autonomie de l’arbitrage commercial international, ed. L’Harmattan (Paris), 2005, p. 362. Cfr. ainda p. 312, onde logo rejeita que a amiable composition possa significar “une solution transactionnelle du litige décidée par l’amiable compositeur”.

¹⁹ Vincent Chantepoulet, na anotação a três decisões da Cour d’Appel de Paris (RA., 2007, p. 821 s). Neste sentido tinha julgado a Cour de Cassation em 10.7.2003 (RA., 2003, p. 1361). Que o “amiable compositeur” deve “statuer en équité” é uma conclusão generalizadamente aprovada na doutrina. Assim, por ex., por... Eric Loquin, L’obligation faite à l’amiable compositeur de respecter sa mission et son contrôle, anot. jurisp. em RA, 2001, p. 135. Cfr. ainda Jarrosson, RA, 2002, p. 359.

²⁰ Para a arbitragem internacional dispõe o art. 461, 3, da mesma lei que “le tribunal arbitrale statue en amiable compositeur, c’est à dire selon les règles de l’équité, uniquement si les parties l’y ont expressément autorisé”. Cfr. em geral sobre a lei Raphaél Jakoba, Droit et Pratique de l’arbitrage à Madagascar, RA., 2003, p. 381 s.

Antoine Kassis¹⁸ propende de igual modo para a equiparação da amiable composition à equidade. “L’amiable composition c’est l’équité (...) – l’équité qui corrige la règle de droit”.

8. Na jurisprudência francesa é hoje considerada como posição clássica a de que a composição amigável implica para o árbitro a obrigação de julgar segundo a equidade¹⁹.

De resto, as leis de arbitragem dos Estados fortemente tributários das concepções francesas, com é o caso da lei de arbitragem de Madagascar (15.12.1998), corroboram o que acabo de expor.

Com efeito, dispõe o art. 449, respeitante à arbitragem interna:

“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en amiable compositeur, c’est-à-dire selon les règles de l’équité”²⁰

9. Abreviando razões uma vez mais concluo como Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro.

¹⁸ L’autonomie de l’arbitrage commercial international, ed. L’Harmattan (Paris), 2005, p. 362. Cfr. ainda p. 312, onde logo rejeita que a amiable composition possa significar “une solution transactionnelle du litige décidée par l’amiable compositeur”.

¹⁹ Vincent Chantepoulet, na anotação a três decisões da Cour d’Appel de Paris (RA., 2007, p. 821 s). Neste sentido tinha julgado a Cour de Cassation em 10.7.2003 (RA., 2003, p. 1361). Que o “amiable compositeur” deve “statuer en équité” é uma conclusão generalizadamente aprovada na doutrina. Assim, por ex., por... Eric Loquin, L’obligation faite à l’amiable compositeur de respecter sa mission et son contrôle, anot. jurisp. em RA, 2001, p. 135. Cfr. ainda Jarrosson, RA, 2002, p. 359.

²⁰ Para a arbitragem internacional dispõe o art. 461, 3, da mesma lei que “le tribunal arbitrale statue en amiable compositeur, c’est à dire selon les règles de l’équité, uniquement si les parties l’y ont expressément autorisé”. Cfr. em geral sobre a lei Raphaél Jakoba, Droit et Pratique de l’arbitrage à Madagascar, RA., 2003, p. 381 s.

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

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

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

E a equidade ?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ Balança cit., p. 57.

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Diz-se nele: “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes na convenção de arbitragem, em documento por elas subscrito até à aceitação do primeiro árbitro ou mesmo após essa data, desde que os árbitros aceitem essa incumbência, os autorizem a julgar segundo a equidade” (o sublinhado é meu).

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

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

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

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

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

Arbitrabilidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Disse, em síntese:

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

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

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

Dispõe o art. 582 do ZPO austriaco:

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

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

³⁵ est. cit., p. 149.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

imporre provvedimenti cautelari è antico e universalmente riconosciuto principio⁴⁶.

23. 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, admitindo em geral a competência cautelar. E será de ponderar se numa nova LAV ela não deverá ser explicitada.

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.

Tive já ocasião de encarar o problema na anotação ao Acordão da Relação de Lisboa de 9.11.2006⁴⁷.

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”.

⁴⁶ 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”.

⁴⁷ Mário Raposo, Arresto decretado por tribunal arbitral, na ROA, 2007, p. 433-439.

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”⁴⁸.

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 CPC⁴⁹.

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 requerido⁵⁰.

⁴⁸ Mohammad-Ali Bahmaei, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage, LGDJ, 2002, p. 39.

⁴⁹ 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”.

⁵⁰ A questão é delongadamente tratada, quer en tесе, 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 coercion 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).

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

Escrevia em 2004, Yves Derains, actual presidente do Comité français de l'arbitrage⁵¹:

“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 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 (...)”.

25. 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”⁵².

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

⁵¹ L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte, em Les Cahiers de l'Arbitrage – Gazette du Palais, 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. Rezava o peceito: “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 se vê 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”.

⁵² Que saibamos, a problemática implicada pelas “ordens preliminares” ainda não foi detidamente debatida entre nós.

apenas o comprometimento da celeridade processual que constitui a “caput et fundamentum” das medidas provisórias.

Pondera Miguel Teixeira de Sousa⁵³:

“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.

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 adoptou).

Mas como acontece com todas as Leis-Modelo ou com as Guidelines⁵⁴ 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.

⁵³ Estudos sobre o novo processo civil, 2ª ed., Lex, 1997, p. 230.

⁵⁴ 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.

26. Não terá sido esta a primeira iniciativa não contestada da CNUDCI⁵⁵. É de recordar, designadamente, a frontal discordância de Philippe Fouchard quanto às “Directivas para as conferências preparatórias (preliminares) no quadro dos processos arbitrais” (1993). Fouchard, que era um declarado apologista da Lei-Modelo, reconhecendo a “*autorité incontestable e incontestée*” (da CNUDCI) neste domínio, lembrou que, precisamente por isso “*elle ne peut se permettre, en matière d’arbitrage international, le moindre faux pas*”⁵⁶.

27. No tocante às alterações de 2006 quanto ao art. 17 e disposições adjacentes é de dizer, brevitatis causa, que as chamadas ordens preliminares têm um valor quase que apenas pedagógico, sem previsíveis efeitos práticos, na medida em que não susceptíveis de execução por via judicial.

No regime assumido no projecto da APA caducam ao fim de 20 dias a contar do despacho do tribunal arbitral. E o art. 23, 3, é bem a síntese do academismo desse regime: “A ordem preliminar será obrigatória para as partes, mas não será passível de execução coerciva”. O efeito alcançado será exactamente o contrário do pretendido no art. 22, 2: elas constituirão a prévia revelação (sic) de que há motivo para decretar uma providência cautelar.

28. Com realismo, Ribeiro Mendes falando em 17.6.2007 no referido 1º Congresso do C.A. da CCIP (cit. Intervenções, p. 60-61) duvidou que “os

⁵⁵ Usamos a sigla francesa, e não a inglesa (UNCITRAL) porque ela corresponde de igual modo à designação em português da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional.

⁵⁶ Une initiative contestable de la CNUDCI..., na RA, 1994, p. 461-477. Lembrou, além do mais Fouchard que no próprio relatório anual da CNUDCI (Julho de 1993) ficara registado que “algumas reservas foram formuladas quanto à utilidade dos trabalhos”, uma vez que as conferências preliminares poderiam dar causa a conflitos e constituir, provavelmente, um pesado encargo administrativo (RA cit. p. 462). O certo, porém, é que, mais flexibilizadas, as “preliminary hearings” são hoje frequentemente adoptadas em arbitragens “institucionalizadas”, como designadamente Redfern – Hunter, ob. cit., p. 315 s. É um dos mais recentes regulamentos arbitrais - o da American Arbitration Association (2007), expressamente prevê a possível realização de uma “preliminary hearing” (R-20). É, aliás, compreensível que, sem uma carga “ritual” demasiada pesada, a planificação (e até a calendarização) da “marcha” do processo arbitral poderá ser útil.

diferentes Estados venham a alterar as suas leis internas em consonância com o disposto nesse articulado de revisão da CNUDCI”.

E o certo é que um qualificado participante naquele 1º Congresso – João Calvão da Silva – embora aludindo ao art. 17 da Lei-Modelo, “com as alterações de 2006” não dá a estas qualquer destaque.

De qualquer modo, a cuidada revisão do texto do Regulamento de Arbitragem, aprovada em 29.7.2008, do Centro de Arbitragem da CCIP, omite qualquer referência às inovações introduzidas em 2006 no tocante às providências cautelares. É o que se mostra do seu art. 4.

E o mesmo se passa com o regulamento de 2007 (Setembro) da American Arbitration Association (R-34 das Commercial Arbitration Rules)⁵⁷.

Impugnação da sentença

29. É de saudar o preceito do art. 46 do projecto, designadamente no que se refere aos seus nºs 1, 2, 5 e 7.

Com efeito, como aliás fora já referido por Paula Costa e Silva⁵⁸ e Lima Pinheiro⁵⁹, não tinha sentido que para a anulação de um acto jurisdicional fosse competente um tribunal estadual do mesmo grau.

⁵⁷No tocante às alterações feitas em 2006 na Lei-Modelo com a introdução das “ordens preliminares” no art. 17 e adjacentes, cfr. o estudo de Carole Malinvaud Modification de Lei-Modelo CNUDCI sur les mesures intérimaires... (em Cahiers de l'Arbitrage, IV, 2008, p. 87-93). Ai se salienta que o novo texto é um texto de compromisso, “compliqué et long dont on peut douter de l’impact réel compte tenu de l’absence de force exécutoire de ces décisions éphémères”.

⁵⁸Os meios de impugnação de decisões arbitrais... na ROA, 1996, p. 179-207, maxime p. 187.

30. Só que na Exposição de Motivos do projecto da APA anunciara-se uma inovação a merecer especial relevo “(Consistia ela) na inversão da regra supletiva relativa à recorribilidade da sentença final (...)”.

E comentou-se:

“De acordo com o presente diploma (...) salvo se as partes tiverem expressamente estipulado na convenção de arbitragem que da sentença final (o sublinhado é meu) proferida na arbitragem cabe recurso (...) tal sentença será irrecorrível, sem prejuízo de a mesma poder ser impugnada mediante pedido de anulação (...)”

31. Caindo descomprometidamente no capítulo VII do projecto e lendo o nº 1 daquele art. 46 poder-se-ia supor que o legislador “constituendo” teria esquecido o anúncio feito na Exposição de Motivos.

Entretanto, regredindo no articulado encontrar-se-á no art. 39, 3, que prevê o recurso de mérito, desde que conste da convenção de arbitragem.

Mantem-se a “fidelidade” ao sistema francês, agora na sua perspectiva reformista (já anunciada mas ainda não vertida em texto de lei) da inversão da actual regra.

Nos termos desta, o appel-réformation existirá em direito interno se as partes a ele não renunciarem.

⁵⁹ Apontamentos sobre a impugnação da decisão arbitral, na ROA, 2007, p. 1025-1039, maxime p. 1037.

Doravante apenas existirá se as partes convencionarem nesse sentido⁶⁰.

Contas feitas, o recurso de mérito⁶¹ continuará a existir em sede de arbitragem “interna”, mas apenas quando as partes assim o quiserem.

32. É conhecida a justificada reacção a que deu causa a adopção na LAV do sistema de recursos na arbitragem “interna”.

Particularmente inconformes foram Paula Costa e Silva e Francisco Cortez⁶².

No entanto, e não obstante na generalidade dos sistemas legislativos modernos se ter abolido o recurso (de mérito) para os tribunais estaduais, o projecto da APA continua, no tocante à arbitragem “interna”, fortemente influenciado pelo paradigma francês⁶³.

O que na circunstância não será de aplaudir.

⁶⁰ Sobre a reforma projectada em França cfr. supra nota (3).

⁶¹ O recurso de anulação não pode apreciar o conteúdo da sentença arbitral: tem meros poderes de cassação.

⁶² Mais moderado foi Lima Pinheiro (Arbitragem Transnacional... cit., p. 168).

⁶³ No sistema “inglês” (Arbitration Act 1996) está previsto que, salvo convenção em contrário das partes e apenas sobre questões de direito e após prévia autorização do juiz, o recurso poderá por este ser recebido. A sec. 69 é declaradamente limitativa da admissibilidade do recurso. Interpor um recurso arbitral é quase que chegar ao fim de uma corrida de obstáculos.

Uma 2ª instancia arbitral ?

33. Mesmo em França, e no regime actual, em materia “internacional” apenas o recurso de anulação é possível contra as sentenças proferidas em França. Não está figurado o “appel-réformation”⁶⁴.

É, aliás, o que em geral acontece nas leis modernas e mais referenciáveis, no respeitante ao modelo unitário (comum à arbitragem “interna” e à arbitragem “internacional”) que para elas nemine discrepante vale.

Entretanto, no art. 53, subordinado à epígrafe irrecorribilidade da sentença, diz o projecto o seguinte:

“Tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral⁶⁵ é irrecorrível, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos”⁶⁶.

⁶⁴ Na reforma legislativa proposta em França pelo Comité français de l'arbitrage da sentença proferida em arbitragem internacional continua a caber apenas recurso de anulação (art. 1517). Cfr. texto cit. na RA, 2006, maxime p. 516.

⁶⁵ Na nota de rodapé justificativa desta solução reconhece-se no projecto 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 Arbitration of the Federation of Oil, Seeds, and Fats Associations Ltd (Fosfa)”.

⁶⁶ “Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut rendre des sentences partielles”. Tais decisões são, na realidade, sentenças, na medida em que põem fim, total ou parcialmente, à instância arbitral (Lalive – Poudret – Reymond, Le Droit de l'Arbitrage cit., p. 404-407). Esta precisa concepção é designadamente a constante da sec. 47 do Arbitration Act “inglês” de 1996 e do art. 37, 1, da lei espanhola de 2003. O ZPO alemão, o ZPO austríaco (de 2006) e a lei sérvia (de 2006) silenciam sobre a questão, o mesmo acontecendo com o Regulamento de Arbitragem do germânico DIS de 1998. Poder-se-ia mesmo supor que perfuram uma só sentença final. Mas o certo é que o “morcellement de la procédure arbitrale” por acordo das partes, “est à la mode” (Andrea Pinna, L'annulation d'une sentence partielle, na RA, 2008, p. 615 – 640). De qualquer modo esta prática, porque passível de alguma complexificação processual, deverá ser usada apenas em casos bem nítidos. O tema está estudado entre nós por Sampaio Caramelo, Decisões interlocutórias e parciais no processo arbitral, em Intervenções do 2º Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP, Almedina 2009, p. 173-215.

34. A configuração de sentença parciais, expressamente prevista no art. 42, 2, do projecto (“salvo convenção das partes em contrário”) terá como mais remota fonte o art. 188 da LDIP suíça de 1987.

E será, sem dúvida, de acolher.

Só que a problemática da impugnação posta no art. 46 e seguintes do projecto põe-se sempre em relação à sentença, que será a final (por ex., art. 43, 1 e 3), a definitiva (assim, art. 44, 1)⁶⁷.

35. Dá-se, porém, o caso de o art. 53 do projecto, fixando a irrecorribilidade da sentença figura, como se viu, que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral.

36. A perspectiva de uma 2ª instância arbitral terá sido encarada entre nós pela 1ª vez, como informa Francisco Cortez, no chamado “Projecto Miller Simões”, que em grande medida serviu de base ao Dec.-Lei 243/84, embora neste não tenha sido acolhida⁶⁸.

No entanto, já em 1992 Fouchard aludira a esse regime com vista ao sistema francês.

⁶⁷ É exactamente em relação à sentença final, definitiva, isto é, a que encerra a instância arbitral) que caberá verdadeiramente a designação de sentença. Será a que julga de mérito, pondo termo à lide (em 1ª instância). A lei italiana de 2006 estabelece no art. 824 – bis o trânsito do lodo para a sentenza (equivalente à pronunciada pelo juiz judicial). A questão – aliás de relevo essencialmente terminológico – é posta por Elena d’Alessandro em Riflessioni sull’efficace del lodo arbitrale alla luce dell’art. 824 – bis c.p.c., na Riv. dell’Arb., 2007, p. 529 s. Cfr., no entanto, as ponderáveis reservas de Paula Costa e Silva, em A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras, em Intervenções I Congresso CCIP, cit, maxime p. 138-141.

⁶⁸ Francisco Cortez, est.cit., p. 581 e p. 542.

Dizia ele então⁶⁹:

“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 Itália⁷⁰ e em França⁷¹. E melhor sorte não teve noutros países, sobretudo no referente à arbitragem ad hoc.

37. Certo é que Paula Costa e Silva e Lima Pinheiro - visivelmente como remedium juris face ao critério da LAV - admitiram a recorribilidade da decisão para outra instância arbitral⁷².

⁶⁹ 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..

⁷⁰ Gian Paolo Califano, em Diritto dell'arbitrato rituale, coord. por Giovanni Verde, G. Giappichelli, 2ª ed. 2000, maxime p. 304.

⁷¹ 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 recours ou 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, p. 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 des 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 (La Chambre Arbitrale Maritime de Paris, em Le Droit Maritime français, 1996, p. 596s., 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”.

⁷² Cfr., desde logo, Paula Costa e Silva, est. cit. de 1992, p. 1012.

Mas discordaram quanto a um ponto decisivo e esse inafastável no plano do direito a constituir. É o do regime de recurso (por enquanto “acção”) de anulação da decisão arbitral. Para Paula Costa e Silva “as anulabilidades (desta) deverão ser deduzidas e só podem ser apreciados no âmbito do recurso, mesmo que este seja interposto junto de instâncias arbitrais” (o sublinhado é meu)⁷³.

Entretanto, e ao invés, para Lima Pinheiro em caso de recurso para uma instância arbitral a acção de anulação deve ser autonomamente proposta no tribunal judicial” (o sublinhado é meu)⁷⁴.

38. Tão significativa discordância entre duas figuras cimeiras da doutrina portuguesa da arbitragem é apenas a ponta de um iceberg de anfibologias, perplexidades e perdas de tempo a que o regime do projecto desnecessariamente (tão desnecessariamente !) daria causa.

Porque não seguir o exemplo da lei brasileira (de 1996), alemã (de 1997) espanhola (de 2003), austriaca (de 2006), sérvia (de 2006) – ou até do malogrado Dec.-Lei 243/84 ?

Do mesmo modo, e como exemplo, a lei síria de Março de 2008, que agora adoptou significativamente a Lei-Modelo, sem abandonar, no entanto, por completo a influência francesa, vê na anulação o único meio de impugnar uma decisão arbitral (art. 49).

⁷³ est. cit. de 1996, p. 204.

⁷⁴ est. cit. de 2007, p. 1037. Refere-se também, incidentalmente, à 2ª instância arbitral Carvalho Fernandes, Dos recursos em processo arbitral, em Estudos Raúl Ventura, Coimbra Editora, 2003, p. 139 s, maxime p. 144.

Os fundamentos da anulação

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

E vê-se que tal enumeração foi inspirada pelo § 1059 da ZPO alemão.

Só que, com estranheza, do projecto (art. 46) não consta como fundamento a violação da ordem pública. A ofensa desta está presente apenas na zona atribuída à arbitragem internacional (art. 54).

Ora isto não acontece mesmo nos sistemas em que a arbitragem “interna” e a arbitragem “internacional” estão formalmente compartimentadas⁷⁵.

40. Nos sistemas semi-dualistas ou parcialmente bipolares, como o francês, a par da ordem pública internacional há, reconhecidamente, uma ordem pública interna⁷⁶.

⁷⁵ A funda reticência perante a compartimentação formal entre a arbitragem interna e da arbitragem internacional nada tem a ver com a presença necessária (cada vez o será mais) da transnacionalidade. Aliás, se as modernas leis de arbitragem são em maior ou menor grau inspiradas ou tributárias da Lei Modelo (o que não significa uma incondicionada “vassalagem”), há que ter presente a sua origem e vocação internacional. O art. 2 A-1 (2006) reafirma-o sugestivamente: “In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith”.

⁷⁶ Cfr., por ex., Louis Christophe Delanoy, Le controle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation..., RA, 2007, p. 177 s.

Acontece que, contrariamente ao que se passa no direito francês, o direito alemão não distingue conceitualmente a ordem pública interna e a internacional: a transgressão da ordem pública conduz a um resultado colidente com os pilares fundamentais do Estado e da vida económica e social alemã. Do mesmo modo no ZPO austríaco são fundamentos de anulação (além de outros) a violação no processo arbitral dos valores fundamentais da ordem jurídica austríaca (ordem pública processual) e a violação na sentença desses mesmos valores (ordem pública substantiva)⁷⁷.

41. Não se questiona que possa ser configurada a se uma ordem pública internacional. Mas, como precisa Lima Pinheiro, essa ordem pública internacional é nacional, enquanto veicula princípios e regras fundamentais da ordem jurídica do foro⁷⁸.

Nem será caso neste momento de encarar com detenção tão complexo tema. O que agora se diz tem exclusivamente o propósito de evidenciar que a configuração de uma ordem pública internacional em caso algum poderá perder de vista a consideração de uma ordem pública interna. Essa dualidade acontece precisamente no direito francês.

⁷⁷ Assim art. 611, § 2º (4 e 8) do ZPO.

⁷⁸ DIP cit. p. 461 s. e Arbitragem Transnacional cit., p. 263 s., maxime p. 279. Lima Pinheiro parte do conceito de ordem pública internacional. Mas regista, noutro passo, que o Arbitration Act inglês não estabelece a dualidade.

42. Ao não incluir no elenco declaradamente taxativo (art. 46, 1) das causas de anulação a transgressão da ordem pública⁷⁹ o projecto poderá dar causa a problemas análogos aos despontados da Lei 31/86.

Disse a este respeito Paula Costa e Silva⁸⁰:

“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?”

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”.

A solução alcançada por Paula Costa e Silva será incontrovertível⁸¹.

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.

⁷⁹ Para uma extensa enumeração de sistemas legislativos que incluem a ordem jurídica como causa de anulação da sentença arbitral cfr. Louis Chistophe Delanoy, *est. cit.*, p. 183.

⁸⁰ Anulação de recursos... *cit.*, p. 944.

⁸¹ 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 n° 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).

A Convenção de Nova Iorque

43. Não será, por certo, caso de intentar agora uma aprofundada análise da incidência da Convenção na lei interna dos Estados que a ratificaram.

Lembrarei apenas o que se limita apenas a dispor, por ex., o art. 194 da LDIP suíça:

“O reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras são regidos pela Convenção de Nova Iorque (...)”.

Realmente, com a Convenção o papel das legislações internas na área a que respeita passou a ser residual.

Entretanto, embora parecendo excessiva a regulamentação constante do projecto (designadamente art. 57), creio que o tema será objecto de reflexão alargada, que não será agora o momento de iniciar⁸².

44. Foi já dito que a Convenção não foi ratificada em tempo devido por ter passado ao lado do Governo. Realmente assim foi. Só que o ministro da Justiça de 1986 (concretamente) não era todo o Governo.

⁸² Cfr. Lima Pinheiro, DIP, III, 2002, p. 410 s. Também indispensáveis serão os estudos de Maria Cristina Pimenta Coelho, na Rev. Jurídica, Ass. Acad. Fac. Dir. Lisboa, 20, 1996, p. 37-71 (elaborado, porém, ao que se depreende, em 1987) e de Paula Costa e Silva (sobretudo sobre o alcance do art. V da Convenção na nossa lei interna), em A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras, cit.

Daí que em Abril de 1991, então como Provedor de Justiça, tivesse feito uma extensa e fundamentada Recomendação Legislativa à A.R. e ao Governo sobre a necessária e urgente ratificação⁸³.

Realmente o seu propósito de 1986 fora esquecido nos Governos seguintes⁸⁴.

NOTAS FINAIS

I

As “dissenting opinions”

45. Não é raro que, designadamente nas arbitragens com significativa expressão económica, haja árbitros que pretendam emitir um voto de vencido, uma “dissenting opinion”.

⁸³ cfr. Relatório intercalar do Provedor de Justiça, de 1.1 a 30.9.1991. Na comunicação apresentada em Maio de 1984 no 1º Simpósio Internacional de Processo Civil e Organização Judiciária tivera uma vez mais ocasião de lamentar que a Convenção de Nova Iorque tivesse passado ao lado (de Portugal). Cfr. Mário Raposo, Acesso à Justiça – Os meios não judiciais, ed. do Ministério da Justiça, 1986, p. 10.

⁸⁴ Uma vez mais evidenciado no debate parlamentar. Cfr. Dário Moura Vicente, DIP, Ensaio, I, 2002, p. 329, nota 9. Sobre as intervenções na íntegra nesse debate parlamentar cfr. D.A.R., I série, de 18.7.1986. Realmente, “o que tem acontecido em Portugal é que, com a mudança de Governos, mudam-se as prioridades e estabelece-se como que um muro opaco sobre o que se passou no Governo sortant; às vezes aproveita-se (como sendo de autoria própria) o que já foi feito, outras vezes nem isso acontece porque recusa-se, com sorriso nos lábios, qualquer ideia de sequência”. (Mário Raposo em O Debate da Justiça, coord. Barbas Homem e Bacelar Gouveia, Vislis, 2001, p. 150).

Dizia mesmo o Dec.-Lei 243/84 (art. 27,6) que “a decisão (...) incluirá os votos de vencido, devidamente identificados”. É de supor que se tratava de uma norma então nunca adoptada em termos de direito comparado. O único precedente seria o da Convenção de Washington (CIRDI). Diz ela no art. 48,4, que “todos os membros do tribunal poderão fazer juntar à sentença a sua opinião individual, discordem ou não da maioria, ou a menção da sua discordância”. Porque Portugal a ratificou em 1984 não será de excluir a sua possível influência na nossa LAV desse mesmo ano.

O que por certo não será de pôr de lado é a incidência da LAV84 na LAV86, cujo art. 23,2 integralmente reproduz aquele art. 27,6.

46. 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, que funciona quase que como um complemento da lei sueca de 1999, permite expressamente os votos dissidentes (art. 32,4)⁸⁵.

O Regulamento da CCI de 1998 não toma também posição. Entretanto, como lembram Antonio Briguglio – Laura Salvaneschi⁸⁶, a generalidade dos seus comentadores não os admite (Francis Donovan, Craig – Park – Paulsson, Derains – Schwartz).

Autores há que o figuram como admissível. Assim Claude Reymond⁸⁷. Mas de parecer diametralmente oposto são Bredin, Boissésou e Charles

⁸⁵ Benigni – Recchia, Nuove norme sull'arbitrato in Svezia, cit. maxime p. 192.

⁸⁶ Regolamento di Arbitrato della CCI, 2005, Giuffrè, p. 470.

⁸⁷ 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.

Jarrosson⁸⁸. Deste lado também está Elio Fazzalari, em La nuova disciplina dell'arbitrato, de Briguglio – Fazzalari - Marengo⁸⁹ (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.

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) viabiliza o voto dissidente. Mas 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 (...)”⁹⁰.

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).

47. Numa perspectiva doutrinal – já que os Arbitration Acts anglo-saxónicos são omissos quanto a este ponto - a orientação largamente dominante é no sentido da admissibilidade das dissenting opinions.

⁸⁸ Cits. em Mario Raposo, A sentença arbitral, em Estudos sobre Arbitragem Comercial... cit. p. 19.

⁸⁹ ed. Giuffrè, 1994, p. 161.

⁹⁰ Mas o Dec.-Lei 55/98/M, de 23.11 (arbitragem comercial externa) silencia já sobre este ponto (art. 31).

De qualquer, e como avisadamente referem Redfern – Hunter, “dissenting opinions pose greater problems”⁹¹.

48. 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” (intelectualmente, claro está) tenha respondido ao voto do “vencido”.

Por tudo isto, eu diria como já disse⁹² – que não deverá ser textualizada a admissibilidade da dissenting opinion mesmo que ela não passe a fazer parte da sentença.

⁹¹ *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”.

⁹² 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 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 “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.

Mas, como em tudo, em eventual repescagem do problema poderão surgir posições de sinal oposto. Exactamente por isso parece útil que ele seja equacionado.

II

Presidente do tribunal arbitral

49. 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).

50. 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”⁹³.

Uma delas será a da notificação da sentença a cada uma das partes⁹⁴.

51. Dispõe, entretanto, o art. 44, 4, do projecto 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”.

52. 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 remeter para a 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” ?

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 de ... dois meses (art. 38, 3). E durante

⁹³ Le président du tribunal arbitral, em Études Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 467-482. Cfr., por ex., lei de Angola, art. 12. E a LAV (art. 14).

⁹⁴ Dispensado que está no projecto – 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 projecto). Devem depender directamente da lei ou do que tiver sido estipulado pelas partes na convenção de arbitragem.

ele as partes poderão pedir a restituição dos documentos que tenham junto ao processo.

53. O sentido das realidades e o apuro técnico do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial (29.7.2008) é, ainda aqui, exemplar – e exemplificativo. 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”.

III

Responsabilidade dos Árbitros

54. Da responsabilidade dos árbitros fala o projecto 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”.

55. 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 qualificado, de M. Henrique Mesquita⁹⁵. 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 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 compenso convenuto o, in mancanza di determinazione convenzionale, pari al triplo del compenso previsto dalla tariffa applicabile”⁹⁶.

Na realidade não se afigura que, por mero “pragmatismo” dogmático, possa ser feita uma assimilação entre o árbitro e o juiz “judicial”. Este exerce

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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.

uma função, como titular que é de um órgão de soberania; o árbitro cumpre uma missão que transitoriamente assumiu⁹⁷.

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”⁹⁸.

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.

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”. Cordón Moreno critica que se tenha eliminado a responsabilização por culpa (pelo menos a culpa grave)⁹⁹. E o mesmo reparo é esboçado por Verdura y Tuells que, curiosamente, foi o presidente da comissão incumbida de redigir o projecto de 2003¹⁰⁰.

56. Tenho como mais adequado que a responsabilidade do árbitro advenha apenas de situações de ponta. Afigura-se-me que a solução britânica

⁹⁷ O que não significa que ao aceitar essa missão o árbitro não passa 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.).

⁹⁸ 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 cits. em Mário Raposo, Temas de Arbitragem Comercial. 2. Imparcialidade dos Árbitros, na ROA, 2006, p. 23 – 36.

⁹⁹ El arbitraje de Derecho Privado, cit., p. 159.

¹⁰⁰ La nouvelle loi espagnole sur l’arbitrage, em Cahiers de l’Arbitrage, III, 2006, p. 194 s..

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: ele apenas prevê a fraud.

57. Nos regulamentos dos centros de arbitragem alude-se, como regra, à falta deliberada ou intencional. Assim, por ex., o 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 contestável no plano jurídico e pouco oportuno no plano político”¹⁰¹. E como é óbvio essa exoneração, que é convencional, colide com as legislações internas de muitos países¹⁰².

58. A equiparação de sistemas de responsabilidade entre árbitros e juizes judiciais estará agora, por certo, ainda mais comprometida, após o novo regime de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (maxime art. 14 do Anexo).

¹⁰¹ Sur l'irresponsabilité arbitrale, em Études Jean-François Poudret, cit, pp. 419-420.

¹⁰² 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.

IV

Ainda (supervenientemente) a composição amigável...

A

59. Com o proveito de sempre lera o Balanço de 20 anos da LAV feito por Armindo Ribeiro Mendes¹⁰³.

Mas renovei depois a leitura.

E por isso só agora encontrei um passo que devo esclarecer.

Ribeiro Mendes deixa ficar a ideia que em certo texto meu (publicado na ROA (2006, p. 5 s.) concordei com a inovação introduzida, em sede de especialidade, pela A.R..

Ora, o que eu sempre sustentei foi exactamente o contrário.

A composição amigável, repito, é a designação que em França e nalguns países francófonos corresponde à nossa equidade.

Por assim ser digo na p. 14 do texto citado que “em França “a equidade assume o nomen de composição amigável”. E concludo, textualmente, na p. 21 que “a composição amigável nada mais será do que a equidade com uma designação francesa”.

¹⁰³ Em Intervenções... cit, p. 13 – 70.

No mesmo sentido se pronunciara Paula Costa e Silva, lembrando que “em sede de arbitragem, utiliza o CPC (Fr.) a expressão amiable composition, nunca a expressão equité”.

Costa e Silva deixa a certeza que para ela (e muito bem) nada de substancial distingue as duas figuras, pelo que

“à luz do sistema português, não fará sentido a utilização conjunta das duas expressões”¹⁰⁴.

60. Certo é que da mesma forma que a equidade comporta várias modulações, quer em Portugal, quer nos restantes países com significativo lastro doutrinal, a gaulesa amiable composition tem na sua Pátria acepções não concordantes.

Daí que Pierre Lalive, ao comentar o art. 17 da LDIP suiça de 1987 tenha lembrado:

“A noção de equidade, o seu conteúdo e limites são e serão sempre controvertidos. É idêntica à de composição amigável, uma outra instituição envolta em mistério”¹⁰⁵.

Em França, realmente, alguns reputados autores (como René David ou Loquin, por ex.) insistem que a amiable composition é um conceito mais cheio que a equidade dos demais Estados europeus (e não só). Mas nenhum deles põe, lado a lado, a amiable composition e a equidade.

¹⁰⁴ Anulação e recursos da decisão arbitral cit, p. 939-940.

¹⁰⁵ Lalive – Poudret – Reymond, em Le Droit de l'Arbitrage Interne et International cit., p. 400.

E de tal modo nele cabem tantos entendimentos que Jean-Louis Bredin comentou que a amiable composition “é um albergue espanhol onde se encaixa, como regra, aquilo que nele se pretende encontrar”¹⁰⁶.

61. Mas a ser assim porque terá a Lei-Modelo admitido as duas “entidades”, par a par, quando diz (art. 28,3):

“o tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono ou na qualidade de amiable compositeur quando as partes a isso expressamente o autorizarem”?

A explicação desta abertura está na circunstância de, como lei soft que é, pretender, naturalmente, ser acolhida pelo sistema francófonos e pelos dos restantes países.

É uma abertura meramente terminológica, um ecumenismo de palavras. Não toma qualquer posição de fundo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Jean-Denis Bredin, L'amiable compositeur et le contrat, na RA, 1984, p. 260.

¹⁰⁷ Fouchard – Gaillard – Goldman (Traité cit..., p. 848-849) elucidam em termos concludentes a razão de ser da posição tomada pela Lei-Modelo:

“De nombreuses controverses persistent cependant, en France et à l'étranger, sur le sens exact de l'amiable composition et sur la nécessité de la distinguer des notions d'équité et du pouvoir des arbitres de statuer ex aequo et bono notamment. On a parfois opposé l'arbitrage “en équité” tel que reçu en droit suisse par exemple à l'amiable composition du droit français. Le premier serait “détaché du droit, même impératif” et le second permettrait “seulement à l'arbitre, statuant en droit, de modérer les effets de l'application de ce (droit). La loi-type de la CNUDCI n'a pas voulu prendre parti dans cette controverse, ni restreindre la liberté des parties par une approche dogmatique. C'est la raison pour laquelle elle dispose, en son article 28, alinéa 3, que “le tribunal statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur, uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé”. Une telle distinction entre l'amiable composition et l'équité paraît cependant artificielle dans la mesure où, dans tous les cas, les arbitres pourront faire prévaloir sur toute autre considération leur sentiment de ce qui requiert la justice au cas d'espèce. La jurisprudence française semble du reste utiliser indifféremment les termes d'amiable composition et de jugement en équité. Elle relève fréquemment que les arbitres appelés à statuer en amiable compositeurs doivent “rechercher la solution la plus juste”. Les arbitres amiables

B

62. Mas as surpresas por aqui não se quedaram.

Acontece que Sampaio Caramelo publicou no Journal of International Arbitration – (2008) 25 (5) – p. 569-581, sob o título de Arbitration in Equity and “Amiable Composition” under Portuguese Law, um estudo que é a sustentação do critério que deu causa em 1986 ao art. 35 da actual LAV (em confronto com o art. 33, 1).

Numa perspectiva meramente teórica terão respeitável defesa todas as possíveis posições. A dinâmica doutrinal nasce da tolerância e do diálogo.

63. A manter-se o critério da actual LAV e aquele que agora a APA pretende fazer valer Portugal continuará a ser o único sistema 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 55/98M, 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

compositeurs sont en réalité libres soit de partir d'un droit puis d'en écarter au besoin les effets, soit de rechercher directement la solution qui leur paraît la plus juste.

L'amiable composition se définit donc essentiellement de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application de règles de droit, ce qui leur permet aussi bien de les ignorer complètement que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige” (os sublinhados são meus).

estará a esquecer que esse art. 28,3, é, ipsis verbis, a tradução portuguesa do art. 28,3, da Lei-Modelo¹⁰⁸.

Ora, como já justifiquei, a Lei-Modelo emprega as duas expressões para servir franceses ou assimilados e o resto do Mundo.

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.

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

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

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. São conceitos para “uso interno”, para melhor ingressar no “albergue espanhol” (Bredin dixit) que em França se tornou a amiable composition.

¹⁰⁸ 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).

Abreviando razões, o que dizem René David e Eric Loquin (por mim já recenseados no aludido estudo de 2006)¹⁰⁹ destina-se exclusivamente a fixar a sua percepção sobre o sentido com que deverá ser entendido no direito francês (“recte”, francófono) o conceito de amiable compositeur e de amiable composition. Aliás, como refiro nesse mesmo texto de 2006¹¹⁰, o próprio Loquin reconheceria, anos depois, que face à fluidez de critérios que têm sido propostos para alicerçar o conceito, o seu fundamento e os seus contornos não são delimitáveis com nitidez¹¹¹.

65. Mas caberá ao amiable compositeur “aproximar” as partes, em ordem a que elas alcancem uma composição amigável, ou, por palavras mais directas, um acordo ?

Será a composição amigável uma dignificada tecnologia de harmonização de posições contraditórias ?

Abreviando razões eu direi que essa responsabilidade caberá sempre a quem exerça uma função jurisdicional¹¹².

Só pela designação que o instituto da amiable composition tem em França se poderá assim concluir.

¹⁰⁹ Temas de Arbitragem Comercial, I. Equidade, Composição Amigável, Lex Mercatoria. II. Imparcialidade dos Árbitros, na ROA, 2006, p. 5-36, maxime p. 13.

¹¹⁰ cit. p. 13.

¹¹¹ Eric Loquin, Pouvoirs de l'amiable compositeur, na RA, 1985, p. 197 s., maxime p. 222.

¹¹² Mas não poderá individualmente caber a qualquer dos árbitros, actuando como “porta-voz” negocial da parte que o indicara. Não se pode “negociar” sem perder a neutralidade, e, felizmente, nos sistemas actuais deixou de haver “non – neutral arbitrators”.

66. É o certo é que a lei de Marrocos sobre a arbitragem interna e internacional de 30 de Novembro de 2007¹¹³ prevê, para a arbitragem internacional, a amiable composition¹¹⁴.

Mas a mesma lei prevê, a par desta, a “médiation conventionnelle” (art. 327 – 55 e s.), para “faciliter la conclusion d’une transaction mettant fin au différend”.

67. Não é da actuação do compositor amigável (“qua tale”) que advirá a... composição das partes, i.e., uma solução transaccional no decurso do processo arbitral. Advirá, sim, do curso natural do processo, da lateralizada actuação dos advogados das partes e da receptividade destas e, obviamente, dos contactos que possam existir entre os árbitros, no exercício da sua missão de decidir o litígio.

Daí que sistemas jurídicos em que inexistente a agora “aportuguesada” figura do compositor amigável seja de tal modo frequente que o processo finde por acordo que este está expressamente previsto nas respectivas leis. Assim, como exemplo, no ZPO alemão (§ 1053), na lei espanhola de 2003 (art. 36), no ZPO austríaco (art. 605) e na lei sérvia de 2006 (art. 54).

São soluções legislativas idênticas à do art. 41 do projecto.

¹¹³ Cfr. o seu articulado na RA, 2009, p. 243-265.

¹¹⁴ “Le tribunal arbitral statue en amiable compositeur seulement si la convention des parties l’a investi de cette mission” (art. 327-45).

V

Sobre o capítulo IX do “projecto”

68. 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 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.

À 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.

69. É o projecto 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”.

70. 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 projecto.

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

VI

A lex mercatoria

71. A irreprimível dimensão transnacional da arbitragem faz com que da lex mercatoria advenha a resposta mais possível a muitas interrogações que a vida vai propondo¹¹⁵. Daí o crescente recurso à arbitragem, quer a nível interno, quer, sobretudo, no plano internacional. É referido que segundo

¹¹⁵ 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).

estatísticas recentes 90% dos contratos internacionais que se fazem nos Estados-Unidos contêm uma cláusula de arbitragem¹¹⁶.

72. Não será agora o momento para encarar detidamente esta problemática. Já o fiz por mais do que uma vez¹¹⁷.

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

73. No tocante ao projecto logo se afigura de dizer, quanto ao art. 52, 1, que mais pertinente seria falar em regras de direito, como, de resto, faz o ZPO alemão (§ 1051, 1).

Será talvez um apuro meramente terminológico. Mas, de qualquer modo, fica registado.

74. O que, por certo, será motivo de consistente reparo será a omissão – supõe-se que deliberada – que no projecto se faz quanto aos usos do comércio.

Nisso não adoptou o critério do ZPO alemão (§ 1051, 4).

¹¹⁶ Christopher Drahozal, New Experiences of Internatinal Arbitration in the United States, 2006, cit. por Horatia Muir Watt, na RA, 2008, p. 391, em nota.

¹¹⁷ Por ex., ROA, 2006, p. 15 s. Mas remeto agora, sobretudo, para o muito que qualificadamente escreveu Lima Pinheiro. Cfr. a uma essencial síntese O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova Lex Mercatoria, em Estudos de Direito Civil, Direito Comercial..., Almedina, 2006, p. 391-439.

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

Gaillard distinguiu entre os princípios gerais do direito e os usos do comércio internacional¹¹⁸.

Os “princípios gerais” serão as regras retiradas das várias ordens jurídicas nacionais e das fontes de direito internacionais. Os usos serão práticas contratuais habitualmente seguidas num certo ramo de comércio.

75. O art. 7, 1 da Convenção de Genebra de 1961 e a Lei-Modelo de igual modo ter em consideração as disposições do contrato e os usos do comércio.

E os regulamentos de arbitragem – quase todos eles – adoptam o mesmo critério. Desde logo o do Centro de Arbitragem da C.C.I.P., cujo art. 37 manda “ter em conta os usos do comércio que (o tribunal) considere relevantes e adequados ao caso concreto”.

76. Acontece mesmo que certos autores, como Fouchard, entendem que os usos do comércio são o “noyau dur” da lex mercatoria¹¹⁹.

¹¹⁸ em Études Pierre Bellet cit., p. 203 s.

¹¹⁹ Les usages, l' arbitre et le juge, em Le droit des relations économiques internationales – Études Berthold Goldman, Litec, 1982, p. 67. No mesmo sentido O. Lando, The lex mercatoria..., em The international and comparative law quarterly, Londres, 1985, p. 750-751. Sobre o relevo dos usos do comércio internacional e sobre a sua conexão com os “princípios comuns” a áreas económicas sectoriais cfr. Lima Pinheiro, Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional, no ROA, 2003, p. 157 s., maxime p. 171.

VII

O PRAZO PARA A DECISÃO

77. Passa como moeda corrente que “uma das vantagens da arbitragem deverá ser a sua celeridade (“rapidité”) em relação aos processos estaduais”¹²⁰. 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)).

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

Não estabelece a Lei-Modelo um prazo para a prolação da 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.

¹²⁰ 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).

79. 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 convencionar a sua destituição. Não havendo acordo, decidirá o tribunal. Assim § 1038, 1 (ZPO alemão), art. 590, 1 e 2 (ZPO austríaco)¹²¹ e art. 25 (lei sérvia)¹²².

80. A lei sueca (1999) também não fixa prazo mas contem uma norma do estilo da constante do art. 14 da Lei-Modelo¹²³.

81. Entretanto, designadamente em França¹²⁴ na Bélgica¹²⁵ e em Itália¹²⁶ é fixado um prazo (supletivo) para a decisão se ele não tiver sido convencionado pelas partes.

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.

¹²¹ Em termos não inteiramente coincidentes com os do ZPO alemão.

¹²² *id.*

¹²³ 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.

¹²⁴ 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).

¹²⁵ Art. 1698 do Código Judiciário. O prazo supletivo é, igualmente, de 6 meses.

¹²⁶ 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).

82. 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 judicial a faculdade de prorrogar por tempo determinado o prazo inicial. Loquin, que anotou a decisão¹²⁷, manifestou a sua discordância. Segundo ele, a prorrogação seria uma atribuição feita aos árbitros, caso a caso, pelas partes¹²⁸.

83. 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.

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”¹²⁹.

¹²⁷ 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 (Ler Cahiers de l'Arbitrage, vol. 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.

¹²⁸ 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).

¹²⁹ Convenção de Arbitragem, cit. (1986), p. 407.

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 projecto (art. 43, 1) é a mais exacta¹³⁰.

84. 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 projecto.

Lembremos o preceito:

“Os prazos definidos de acordo com o nº 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 ?

¹³⁰ 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 projecto da APA, no art. 12,2, coincide em geral com o art. 16 da lei espanhola.

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 das regras gerais de direito. ...E então o processo arbitral tornar-se-á, quanto ao esperável remate, um campo de imaginação.

85. 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, quer as 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 projecto contem um regime idêntico. Só que o regime do nº 2 do art. 43 do projecto resguarda os árbitros de qualquer imputação, desde que actuem dentro dos seus prazos anuais de livre prorrogação.

Decidido neste estilo uma prorrogação a qualquer dos árbitros não pode ser atribuído qualquer atraso no desempenho do seu mandato, da sua missão¹³¹.

¹³¹ Um dos objectivos visados pela lei “constituenda”... com base no projecto é o de – revela-se no preâmbulo deste – aliciar à escolha de Portugal como sede de arbitragens internacionais, “sobretudo no tocante a litígios

86. Não resta dúvida que a actual LAV, a par de inegáveis e sempre reconhecidos méritos, tem deficiências, logo expostas com inteira liberdade de espírito. E na Prof. Magalhães Collaço – que foi uma grande jurista e uma grande Senhora – nunca pressenti que para ela as “críticas” chegassem como agravos.

Outra não será, porventura, a reacção da APA.

VIII

Disposições transitórias

87. Não abordo, deliberadamente, o problema da não inclusão no projecto de um regime transitório. Isto porque estou em crer que se terá considerado aplicável o regime geral constante do art. 12 do Código Civil, válido na área processual na ausência de uma regra específica de direito transitório (cfr. Menezes Cordeiro, em Problemas de aplicação da lei no tempo. Disposições transitórias, em A Feitura das Leis ed. INA, 1986, maxime p. 374,

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 projecto. 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 Miguel Teixeira de Sousa, *ob. cit.*, p. 14). Lembro apenas que muitas leis modernas sobre arbitragem contêm ex professo disposições transitórias. 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”). Penso também no vivo debate doutrinal a que deu causa a ausência ou a insuficiência da LDIP suíça precisamente no tocante a normas transitórias nos capítulos 12 e 13 (Lalive – Poudret – Reymond, *ob. cit.*, p. 467 s)¹³².

15.10.2009

¹³² A recentíssima lei de arbitragem comercial da República dominicana de 19.12.2008 (publicada na RA, 2009, p. 661 s.), visivelmente inspirada pela Lei Modelo, inclui uma disposição transitória (art. 46): “os processos de arbitragem iniciados antes da entrada em vigor da presente lei não serão por esta (abrangidos)”. Cfr. a apreciação que sobre ela faz Stephan Adell, na mesma RA, p. 502-516.