



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exm.º Senhor
Presidente da Comissão de
Assuntos Constitucionais, Direitos,
Liberdades e Garantias
Assembleia da República
Palácio de S.Bento

1249 – 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 388/XII/1.ª

SUA COMUNICAÇÃO DE:
27/09/2011

NOSSA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 22582/2011
Proc.º n.º 129/2009 - 115

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
20/10/2011

ASSUNTO: **Solicitação de Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 22/XII/1.ª (GOV)**

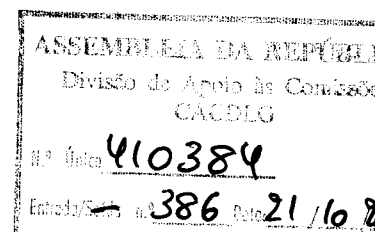
Em cumprimento do superiormente determinado, tenho a honra de enviar a V. Ex.ª cópia do *parecer* emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público, e em resposta ao solicitado pelo Ministério da Justiça em Agosto de 2011.

Mais tenho a honra de informar V. Ex.ª que, relativamente à temática em questão o Conselho Superior do Ministério Público mantém na íntegra o entendimento naquele expendido .

Com os melhores cumprimentos, *Carlos José de Sousa Mendes*

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

(Carlos José de Sousa Mendes)



532975_1
/BBF

Remetendo cópia do Voto Base, emi-
tido em resposta ao solicitado pelo Honr.
Sr. da Justiça em Agosto de 2011, 1.º Informe
a 1.ª Comissão de Assembleia da República
que, relativamente à demissão em questão,
o E.S. Ministério Público mantém no íntegro
o entendimento que se lhe expõe. DN.

Projecto de PROPOSTA de LEI

Lx 19.10.2011

Que Aprova a (nova) Lei de Arbitragem Voluntária

[Assinatura]

PARECER DO CSMP

Por ofício nº 413, do Gabinete de Sua Excelência a Ministra da Justiça, foi colocada à consideração do Conselho Superior do Ministério Público o projecto de diploma que aprova uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, tendo em vista recolher os comentários e sugestões tidos por convenientes.

Atento o objecto da auscultação, o Conselho Superior do Ministério Público pronuncia-se, nos termos do art. 27.º do EMP, fazendo uma apreciação crítica das soluções legais que o projecto veicula, sugerindo breves alterações, ora de conteúdo ora de forma ou de linguagem jurídica utilizada.

O projecto de Proposta de Lei submetida a apreciação vem instituir um novo regime de arbitragem voluntária, a partir da matriz originária instituída pela Lei nº 31/86, de 29-08, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 38/2003, de 8 de Março, que constituiu um quadro legal de referência de mecanismos alternativos (extra-judiciais) de resolução de conflitos.

Naturalmente, o tempo entretanto decorrido, o novo contexto sócio-económico e o panorama do Direito internacional – v.g. “lei modelo” da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*, também conhecida por *CNUDCI*) sobre arbitragem comercial internacional, de 1985 e reformulada em 2006, para além da Convenção de Nova Iorque, de 1958, sobre reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras –, bem como a evolução legislativa verificada no plano do Direito comparado – v.g. Lei alemã de 1997 (que alterou os § 1025.º a 1062.º do ZPO), Lei Italiana de 1994 (que alterou os arts. 806.º a 840.º do CPC) e a Lei inglesa de 1996, para referir apenas algumas das mais recentes – justificam a reformulação do regime jurídico instituído no sentido de o actualizar em linha com as novas correntes do pensamento, de o modernizar em face da evolução sócio-económica e dos novos institutos jurídicos, e de superar lacunas do actual regime, criando um quadro legal mais completo.

Nesse quadro, o projecto de diploma propõe-se introduzir mudanças significativas, quantitativa e qualitativamente, no regime jurídico da arbitragem voluntária que justificam a aprovação de uma nova lei-quadro e não apenas uma mera revisão.

A análise empreendida procura seguir, em termos metodológicos, a sequência temática do projecto de diploma, por razões pragmáticas e de facilidade de leitura.

1. Convenção de Arbitragem [arts. 1.º a 7.º]

1.1. A primeira ilação que se colhe da leitura do projecto de Proposta de Lei em apreço é a de que se continua a consagrar dois princípios – já instituídos na Lei nº 31/86 (LAV) – identitários da arbitragem voluntária, a saber: o do reconhecimento de que a *arbitragem voluntária se funda*

na autonomia da vontade privada (com expressão ao nível da conformação do tribunal arbitral, seja na sua constituição seja no seu funcionamento, e tendo como o corolário a prerrogativa de as partes conformarem as regras processuais e, assim, restringir a intervenção "oficiosa" dos árbitros); o do reconhecimento de *eficácia jurisdicional da decisão arbitral*, ainda que não venha a ser sindicada a decisão por tribunal estadual.

Nessa senda, a Proposta começa por estabelecer, na delimitação da arbitrabilidade dos litígios, o critério da *patrimonialidade* (nº 1 do art.º 1º), complementado pelo critério da *transigibilidade* (nº 2 do art.º 1º) dos direitos ou da pretensão em conflito.

Regista-se, neste plano, por inspiração do sistema alemão (§ 1030 – 1 ZPO) e suíço (art. 170º - 1 L DiP), uma evolução face ao regime jurídico consagrado na Lei nº 31/86 onde pontificava o critério da "não indisponibilidade de direitos".

Mesmo sendo passível de discussão a opção legislativa, compreende-se a opção por um critério mais abrangente ou duplo critério de arbitrabilidade, porquanto, para além de clarificar o regime jurídico, coaduna-se melhor com a vocação de "lei quadro" em que o projecto de diploma se pretende erigir e cujo âmbito de incidência é transversal às mais diversificadas realidades ou sectores da actividade económica e da vivência social – sob a veste de arbitragem *ad hoc* ou sob a de arbitragem institucionalizada – seja em matéria de litígios de consumo (de baixa danosidade social mas de verificação atomística e massificada), seja de conflitos de elevada complexidade ou de elaborado recorte técnico, seja em matéria laboral ou de família e menores, seja em áreas de índole comercial ou a de investimento, seja ainda em matérias de índole internacional (quer envolvam o comércio internacional quer um Estado estrangeiro).

1.2. A convenção de arbitragem pode assumir a modalidade de “cláusula compromissória” (tendo por objecto eventuais litígios emergentes de uma relação jurídica) ou “compromisso arbitral” (quando tem por objecto um litígio actual).

De todo o modo, em matéria de requisitos de validade formal, persiste a tradicional exigência de forma escrita para qualquer das modalidades de convenção de arbitragem (art. 2º, cuja epígrafe também alude à “revogação” da convenção, matéria que apenas vem a ser tratada no art. 4º). Todavia, procura mitigar-se a rigidez de tal requisito, permitindo-se que a convenção possa assumir outras configurações, seja através do registo em outros suportes (v.g. electrónico, magnético, óptico) seja através da admissão da presunção de registo escrito (se admitida expressa e tacitamente pelas partes), em consonância com o estabelecido na “lei modelo” sobre a arbitragem comercial internacional da UNCITRAL.

De resto, a lei comina a nulidade da convenção (art.º 3º) para a ausência de forma válida – a par da violação dos demais aspectos estabelecido nos arts. 1º e 2º, de ordem substancial ou formal, redundando a forma “escrita” (em sentido amplo) numa questão de validade e não meramente de prova da convenção. E, por conseguinte, não suscita qualquer reparo o estabelecimento da mesma exigência de forma para as situações de revogação ou modificação da convenção que persistem até à prolação da sentença arbitral (nº 3 do art. 4º).

1.3. Na Proposta de Lei consagra-se, de modo pleno, a *autonomia do cláusula compromissória* (nºs 2 e 3 do art. 18º), segundo a qual a validade e eficácia da cláusula é considerada separadamente da validade e eficácia do contrato em que se insere – podendo, no limite, reconhecer-se inválido o contrato e válida a cláusula e,

consequentemente, competente o tribunal arbitral para se pronunciar sobre o contrato e dirimir os litígios –, diferentemente da LAV ainda em vigor que acolhe, no nº 2 do art. 21.º, uma limitação a essa regra ao admitir a nulidade da cláusula, na decorrência da nulidade do contrato, no caso de se demonstrar que este não teria sido concluído sem a referida convenção.

Não obstante dever reger o princípio da autonomia da cláusula, ainda assim, parece que a limitação estabelecida no regime vigente constitui uma salvaguarda, garantística e lógica, destinada a evitar que o tribunal arbitral possa intervir em litígios radicados em contrato que é nulo ou que ele pode declarar nulo (a menos que se reconheça vantagens em o tribunal arbitral poder ainda resolver litígios fundados em contrato que uma das partes não teria firmado sem a convenção de arbitragem e vice-versa). Não parece, todavia, que a limitação esvazie o conteúdo essencial da regra da autonomia da cláusula já que condiciona a sua eficácia ao ónus de demonstração da interdependência da cláusula com o contrato, por parte de quem invoca a questão.

1.4. Correlativamente com a questão anterior, o art. 5º vem também dar consagração plena ao princípio do *efeito negativo da competência-competência*, concretizado através do efeito negativo da convenção de arbitragem, por via do que se confere aos tribunais arbitrais prioridade de competência para julgamento dos litígios "convencionados" sobre os tribunais estaduais, devendo estes absolver o requerido da instância. Apenas se ressalva o caso de o tribunal verificar que a convenção de arbitragem é, "manifestamente", nula ou ineficaz, parecendo compaginar-se tal avaliação com um "juízo sumário" por parte do tribunal estadual que outros regimes jurídicos prevêm.

E, apesar de a opção proposta ser discutível e o Direito comparado fornecer soluções intermédias ou compromissórias nesta matéria, o legislador apresenta uma solução mais simples e radical – *pro arbitragem* – de que extrai os consequências necessárias, ao ponto de inibir a apreciação “precoce” da validade e eficácia da convenção por parte dos tribunais (nº 4 do art. 5º). Tal solução tem o mérito de obviar a que alguma das partes procure, por via judicial, obstaculizar a constituição ou o funcionamento do tribunal arbitral a que se comprometera sujeitar.

Tal regime não é incompatível com a apresentação de providências cautelares em tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, visando acautelar o direito de quem toma tal iniciativa e nos termos em que aquele tribunal possa ser chamado a pronunciar-se relativamente a casos ou processos que corram ou possam correr termos perante ele (art. 7º e art. 29º).

No mais, rege a regra estabelecida no art. 19º da Proposta – cuja inserção sistemática se afigura discutível –, segundo a qual, nas matérias reguladas naquela, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê.

Concomitantemente, ao tribunal arbitral é reconhecida a prerrogativa de aferirem da sua própria competência (cfr art. 18º) mesmo que tenha de apreciar a validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Não se suscitam, neste plano, especiais reparos às soluções consagradas.

2. Tribunal Arbitral [arts. 8.º a 19.º]

2.1. O projecto de diploma regula, no art. 10.º e 11.º, com bastante pormenor, a forma de constituição do tribunal arbitral, mesmo que em

presença de uma pluralidade de partes, matéria que se mostra lacunosa na actual LAV. O tribunal estadual pode ser chamado, subsidiariamente, a intervir neste procedimento em situações em que as partes não estejam de acordo ou, *per se*, não lograram a designação do(s) árbitro(s), sem que seja sindicável a decisão daquele tribunal (nº 7, art.º 10º)

O encargo de ser árbitro é livremente aceite mas, a partir da aceitação, só por escusa com legitimo fundamento pode declinar o incumbencia, sob pena de responder por danos a que der causa.

Por sua vez, os fundamentos para uma parte recusar um árbitro radicam, fundamentalmente, numa dúvida séria sobre a imparcialidade ou independência ou sobre as qualificações que as partes haviam estabelecido na convenção, que, à falta de renúncia do árbitro visado, é decidido pelo tribunal arbitral (em que o árbitro visado participa) e não se logrando alcançar uma decisão, o impasse será superado pelo tribunal estadual.

O novo regime proposto mostra-se mais acabado no estabelecimento de poderes e de deveres dos árbitros e, bem assim, o procedimento de afastamento dos árbitros, com a concretização dos respectivos fundamentos, cuja necessidade, face ao regime vigente, é inquestionável.

2.3. O projecto de diploma estipula, de modo singelo, que “os árbitros devem ser independentes e imparciais” (nº 3 do art. 9º), à semelhança do que sucede em outros ordenamentos jurídicos v.g. espanhol e sueco.

A garantia de independência e imparcialidade dos árbitros, além de melhor satisfazer as expectativas das partes litigantes, fomenta a credibilização da arbitragem e da justiça em geral. De resto, em consonância com ideia matricial de que o tribunal arbitral é “tido e considerado como *real e verdadeiro* tribunal” (Ac. TC nº 230/86 e Ac

181/2007) e qual decorrência reflexa do disposto no nº 4 do art. 20.º da CRP ao estabelecer que "todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em tempo razoável e mediante processo equitativo".

Ora, não sendo uma directriz linear – é até objecto de grande discussão, designadamente, em face da existência de árbitros de parte – importava dali retirar os corolários devidos, designadamente, em matéria de responsabilidade dos árbitros. É que se a decorrência lógica da independência do julgador é, *cum grano salis*, a irresponsabilidade, não seria curial que o estatuto de árbitro conferisse uma posição processual, neste plano, mais blindada que a dos magistrados judiciais. Pelo que o nº 4 estabelece uma equiparação com a responsabilidade dos juízes, o que se estende ao regime de responsabilidade civil estabelecido pela Lei de 2007, ainda que apresentem algumas diferenças, como seja a de os árbitros apenas responderem perante as partes e não já perante o Estado em sede de direito de regresso depois de o Estado ter sido demandado pelas partes (o que não sucede com a responsabilidade dos árbitros já que as partes não têm a prerrogativa de demandar o Estado com fundamento na conduta dos árbitros).

Por conseguinte, dificilmente se pode ver uma equiparação com a posição dos juízes, pelo que não deixa de ser necessário prever limites para a responsabilidade civil dos árbitros, ao mesmo tempo que importa reforçar as garantias de independência e imparcialidade dos árbitros, qualquer que seja o modo da sua designação ou a entidade que o faz.

3. Providências cautelares e ordens preliminares [arts. 20º a 29º]

3.1. Contrariamente à actual LAV que não contém qualquer disposição a conferir competência aos tribunais arbitrais para decretar medidas cautelares, a Proposta em apreço prevê expressamente tal

competência e introduz a novel figura das "ordens preliminares" no âmbito da mesma competência dos árbitros.

Relativamente a uma e outra figura processual, o legislador procura, uma vez mais, aproximar o regime jurídico português das soluções da Lei modelo da CNUDCI – que em 2006 passou a prever as "ordens preliminares" – bem como de outros ordenamentos estaduais.

A consagração expressa da matéria em forma de lei tem o condão de – para além como responder ao escopo de celeridade processual que anda associado à ideia de arbitragem – esvaziar a discussão de saber se, perante o silêncio da lei, os tribunais arbitrais têm ou não competência para decretar providências cautelares ou se (só) por vontade das partes pode ser conferida tal competência e, bem assim, o regime processual a seguir na sua tramitação.

Ainda assim, a competência cautelar que agora se defere aos tribunais arbitrais é, naturalmente, uma competência *declarativa*, dissociada que fica da competência coerciva ou executiva reservada para os tribunais estaduais.

Acresce que, por definição, as ordens preliminares são "procedimentos" (injunções, regras de conduta, advertências, avisos) de curta duração e, legalmente, desprovidos de execução coerciva pelos tribunais estaduais, nos termos do nº 5 do art. 23º. Ora, sendo mais realista prever que as ordens não serão acatadas, também não haverá forma de as executar, redundando numa eficácia residual ou nula e num Direito "simbólico"; de resto, podem ainda revelar-se, na prática, contraproducentes na medida em que servem de anúncio antecipado ou pré-aviso de que foi pedida e há razões para ser decretada uma providencia cautelar.

Entretanto, a formulação do nº 1 do art. 20º, sobretudo quando analisada no contexto das normas que se seguem, deixa em aberto

algumas dúvidas ao inculcar a ideia de que as ordens preliminares constituem pedidos simultâneos e complementares às providências cautelares. Desde logo, as partes, no âmbito da autonomia e liberdade de conformação das regras processuais que se lhes reconhece, poderão estabelecer regime diverso, tendencialmente livre: por exemplo, que seja apresentada providência cautelar no tribunal estadual e ordem preliminar no arbitral, antes ou durante aquele procedimento; ser apresentado requerimento de ordem preliminar sem se seguir providência cautelar, até porque se poderia atingir a finalidade almejada com a ordem preliminar; etc. E, se as partes não tiverem convencionado regime diverso, é obrigatória a apresentação dos dois pedidos – de providência cautelar e de ordem preliminar – e, a sê-lo, sempre em simultâneo ou pode ser sucessivamente? É que o n.º 1 do art. 20.º refere que “qualquer das partes *pode pedir* seja decretada...”, parecendo uma faculdade, não obstante as demais disposições sugerirem uma justaposição de procedimentos.

Importaria, pois, clarificar o teor da(s) norma(s), a fim de evitar que se frustem expectativas das partes que tivessem entendimento diverso da leitura que o tribunal arbitral faça da lei.

3.2. Oferece ainda algumas reservas a prerrogativa do tribunal arbitral de, oficiosamente, no seguimento de uma ordem preliminar, “decretar uma providência cautelar, *adoptando* ou modificando o *conteúdo* da ordem preliminar” (n.º 4 do art. 23.º). Desde logo, não deixa de ser estranho que possa ser uma intervenção oficiosa do tribunal arbitral, sem se exigir qualquer requisito adicional (v.g. sério risco de lesão, *periculum in mora*) e sem audição da parte interessada, como que interpretando ou representando o interesse dela, numa fase de avaliação da situação com um índice de probabilidade de acerto mais baixo que o da decisão final; depois, reforça-se a eficácia da pretensão inicial ao transmutar-se a ordem preliminar em providência cautelar,

passível, em coerência, de execução coerciva pelos tribunais arbitrais; finalmente, porque adoptar o conteúdo da ordem preliminar numa providência cautelar pode escamotear uma via pela qual se confere eficácia à ordem preliminar e até, indirectamente, carácter coercitivo, ao arrepio da disposição do nº 5 do art. 20º.

Deveria, por conseguinte, vincular-se a prerrogativa a requisitos adicionais, em consonância com o que se prevê no nº 1 do art. 24º.

Acresce que, embora o regime jurídico estabelecido veicular uma matriz de providências cautelares inominadas – de elaboração ajustada, casuisticamente, à situação – o desenho legal das mesmas muito dificilmente se adequa ao arresto (cfr. arts. 406º a 408º do CPC), designadamente, por a eficácia deste depender da não audiência do requerido (garantindo-se o efeito surpresa, bem como a necessidade geral de recorrer à força pública), diferentemente da observância de contraditório nas providências cautelares da Proposta. O que parece significar que, neste pormenor, não terá grande expressão prática o novo regime em sede de arbitragem.

3.3. O texto da Proposta de lei deveria ser complementado com a consagração de alguns aspectos adicionais:

- *fixar um prazo* – porventura, de dois meses – para o tribunal arbitral decretar a providência cautelar, podendo divergir consoante tivesse acoplada ou não uma ordem preliminar;
- colocar a subsistência da providência cautelar na *dependência do processo* arbitral ou de acção judicial, se for o caso (v.g. revogação da convenção), sem o que aquela caducará e não será susceptível de execução coerciva;

- *explicitar* a obrigação do requerente de uma providência cautelar indicar ou fornecer *prova sumária e justificação* do receio de lesão (já que também se prevê a obrigação de comunicar as alterações das circunstâncias – art. 25º); e introduzir-se o adjectivo “grave” a qualificar a lesão, para afastar a possibilidade de um “motivo leve” servir de fundamento.
- prever-se a possibilidade de o requerido substituir a providência cautelar ou a ordem preliminar decretada, por uma caução adequada;
- fazer depender (no art. 26º) a condenação do requerente de uma providência cautelar da circunstância de a solicitação ter sido *injustificada ou ter ficado sem efeito por motivo imputável àquele*;
- admitir a possibilidade de antecipação do juízo e resolução definitiva do litígio, objecto do processo arbitral, se no âmbito do procedimento cautelar tiverem sido coligidos elementos suficientes para aquela resolução.

3.4. Não obstante diversas normas merecerem, em nosso juízo, uma revisão da redacção, mesmo sem modificar o sentido, sugere-se, nesta sede, alterações em três:

- no segmento final da al. b) do n 2 do art. 20º: [...] prejuízo “a interesses relativos ao âmbito do litígio objecto do processo arbitral” (já que não deve ser o prejuízo para o processo que deverá ser considerado);

- no nº 2 do art. 25.º: “a parte que requeira uma ordem preliminar deve informar o tribunal arbitral de todas as circunstâncias que possam ser relevantes para a decisão sobre a sua emissão ou manutenção, mantendo-se tal dever até que a parte contra a qual haja sido dirigida tenha tido oportunidade de apresentar a sua posição”;

- no segundo período do nº 2 do 28º: “Ao tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a execução de providência cautelar, ao pronunciar-se sobre esse pedido, fica vedado proceder a uma revisão do mérito da decisão da providência cautelar”.

4. Regras do Processo Arbitral [arts. 30º a 38]

4.1. As partes dispõem, no desígnio desta Proposta de lei, do poder de conformação das regras processuais que hão-de reger a resolução do litígio, com observância dos princípios fundamentais estabelecidos no nº 1 do art. 30º e normas imperativas da lei.

Têm ainda liberdade para elegerem as regras de um regulamento de arbitragem, institucional ou não, ou de uma lei processual estadual – a qual terá de ser expressamente referenciada porquanto a lei de arbitragem não institui um regime processual (v.g. civil) subsidiário – ou ainda uma lei de arbitragem estrangeira. E a ampla liberdade de conformação não impede a escolha de regras, em simbiose, de segmentos normativos de diversas origens, mesmo que de diferente hierarquia de normas ou ainda de sistemas jurídicos estrangeiros...

A Proposta de lei dispõe, todavia, que a conformação do regime processual tem como limite temporal o momento da aceitação do primeiro árbitro, o que se afigura ajustado.

Tal circunstância inscreve-se ainda, na economia do diploma, numa linha programática que autoriza as partes a definirem os mais variados aspectos procedimentais sobre a arbitragem e, supletivamente, os árbitros a estabelecerem as coordenadas a observar. Isso acontece, desde logo, na definição das regras processuais (nº 2 e 3 do art. 30º) mas também, concretamente, na (livre) escolha da língua a usar no processo arbitral ou em tradução de documentos deste (art. 32º), ou

ainda na fixação do lugar da arbitragem (art. 31º), o que revela abertura no mundo da arbitragem.

4.2. Em matéria de prova, por força do nº 4 do art. 30º, os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a “admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova” produzida ou a produzir; parâmetro que é complementado com o poder de disciplina sobre a produção da prova em audiência (art. 34º).

Aquela norma habilitante dos poderes das partes e, bem assim, do tribunal arbitral suscita alguma perplexidade e demanda uma criteriosa leitura.

Na verdade, de uma tal liberdade terá que estar subtraída o poder de dispor sobre prova ilícita, quer no plano do seu conteúdo (v.g. atinente à reserva da intimidade /privacidade ou de sigilos legalmente tutelados) quer no da regularidade do procedimento para a sua obtenção, quer ainda no plano da “reserva do processo” (v.g. criminal) em que, legal ou constitucionalmente, se confina o uso das provas, em particular, as resultantes de meios de obtenção de prova que colidem com direitos fundamentais v.g. interceptações telefónicas, de correspondência, de correio electrónico, de realização de buscas domiciliárias ou outros.

Pelo que a “manipulação” ou “criação” de regras de prova, autorizadas no nº 4 do art. 30º, pode aceitar-se com um âmbito restrito, ressalvadas que sejam a esfera da prova ilícita, a observância dos princípios e regras imperativas da ordem jurídica portuguesa (CRP, CC) e a equiparação ao quadro de admissibilidade de provas em processo no tribunal estadual competente.

Só assim se compreende que as partes possam estabelecer regras sobre admissibilidade de prova num horizonte de admissibilidade (v.g. fixar um nº máximo de testemunhas a ouvir; ou admitir depoimento de

testemunha através de documento escrito, assinado e datado pelo seu autor) e não já regras sem quaisquer restrições que permitam utilizar provas que conduzam, por hipótese, decisivamente, a um certo sentido da decisão que, de seguida, se vai procurar executar em tribunal estadual em que este consideraria prova processualmente inválida.

E o mesmo se diga das convenções sobre o valor de certas provas, tarifando umas, desvalorizando outras ou excluindo algumas (v.g. relatório pericial ser livremente apreciado – cfr. nº 3 do art. 37º; ou só o contrato assinado merecer credibilidade e não as propostas e contra-propostas; ou excluir prova testemunhal; ou conferir preponderância ao documento original sobre a cópia e exclusão de invocação de falsidade...).

E mais insólito seria o tribunal arbitral, ao abrigo do art. 38º da Proposta, solicitar a intervenção do tribunal estadual para a produção de certa prova que, segundo o critério deste, fosse inadmissível e na convenção das partes fosse admitida.

Importa, pois, associar salvaguardas à norma do nº 4 do art. 30º – com respeito, em última análise, pelos ditames do processo equitativo –, sob pena de se subverterem valores adquiridos no estado civilizacional a que chegamos.

No mais, reconhece-se que é mais consentâneo com o ambiente jus-dogmático da arbitragem, o facto de não ter um efeito probatório e cominatório a falta de comparência de uma das partes, a não contestação ou a não impugnação especificada dos factos invocados pelo requerente, ou alguma parte não fornecer a prova que lhe aproveitaria. O que significa também que o tribunal arbitral avalia a situação com base nas provas disponíveis, independentemente de quem as tenha apresentado, ou seja, sem que haja uma verdadeira repartição de ónus da prova (art. 35º).

4.3. Admite-se ainda na Proposta a possibilidade de intervenção de terceiros, mas condicionada ao acordo das partes e do tribunal arbitral e em presença de certos requisitos, basicamente, de conexão objectiva com o objecto do litígio (art. 36º).

Esta solução confina, seguramente, em limites estreitos, o campo potencial de aplicação da arbitragem mas, de igual modo, o seu alargamento implicaria a recepção de um expressivo leque de regras do Direito processual civil sobre a matéria, para além de, em coerência, redefinir-se a extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem (mesmo que o problema não se confunda nem se resuma a este aspecto).

E o mesmo se diga quanto à não consagração de outros aspectos que poderiam ser inovadores em matéria de arbitragem v.g. agregação de acções, coligação sucessiva ou ainda do princípio da limitação dos actos.

4.4. A sujeição do processo arbitral a um regime de sigilo (nº 5 e 6 do art. 30º) percebe-se mal, nos tempos que correm, em face dos interesses envolvidos e quando a regra dos diversos processos (desde logo, o criminal) é o da publicidade, com a previsão de excepções.

A Proposta não dissocia um regime de segredo interno do externo – embora pareça apenas dirigir-se a este – sem distinguir níveis diversos no segredo ou publicidade externos quer no acesso à informação (decisão e processo) por particulares com interesse legítimo, directo ou indirecto, quer no direito de assistência (à audiência) do público em geral, quer no direito de crónica (divulgação) por parte dos meios de comunicação.

Depois, fica por definir qual é o regime que segue, em matéria de sigilo, as providências cautelares, o recurso de impugnação e a execução das decisões arbitrais, em sede de tramitação no tribunal estadual.

Afigura-se que o regime supletivo de sigilo não se justifica, antes devendo inverter-se a regra, elegendo a publicidade como regime supletivo, a menos que as partes convencionassem o contrário, regulando-se os aspectos aludidos.

5. Decisão Arbitral [arts 39º- 45º]

5.1. O julgamento sobre o fundo da causa – ao invés do que sucede na actual LAV – funda-se, como regra geral, no direito constituído, a não ser que as partes tenham acordado em conferir mandato ao tribunal arbitral para julgar segundo a equidade.

A decisão dos árbitros, assente na *equidade*, deve ter um mandato expreso (art. 39º), deve conter fundamentação (para ser compreensível para as partes) ainda que apenas sumária (já que não é passível de recurso) e deve respeitar os princípios da ordem pública.

Como do art. 39º não parece resultar, de forma inequívoca, deveria explicitar-se nesta norma que a autorização conferida aos árbitros para decidirem segundo a equidade tanto pode constar da convenção de arbitragem como de acordo entre as partes no *decurso do processo* até ao momento da *decisão final*, à semelhança do previsto no Direito alemão (§ 1051 – 3 ZPO).

Acresce que, rigorosamente, o preceito não qualifica o estabelecimento da arbitragem segundo a equidade como uma prerrogativa ou faculdade concedida aos árbitros mas antes como uma imposição ou incumbência. Por um lado, a utilização do verbo de acção “determinem” (na formulação “a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”) não parece deixar dúvidas. Por outro lado, só desse modo, se compreende

que, nos termos do nº 2 do mesmo preceito, ocorrendo o acordo em momento posterior ao da aceitação do primeiro árbitro, a eficácia daquele acordo depende da aceitação do tribunal arbitral; ora, se apenas se conferisse uma faculdade, não haveria necessidade de aceitação mas uma incumbência já requer essa adesão.

Sucede que, em coerência, tratando-se de uma imposição aos árbitros – na medida em que, por via desse acordo, se estabelece (delimita) a base ou parâmetro conformador de julgamento – fica vedado ao tribunal arbitral a decisão segundo o Direito constituído. Todavia, se tal ocorrer, *não se estabelece no projecto de diploma qualquer consequência para o facto.*

5.2. Acresce, como figura inovadora, a previsão da “*composição amigável*”, por inspiração do Direito francês (*amiable composition*), desde que as partes “tenham confiado essa missão” ao tribunal.

A questão é que esta novidade, de “*composição amigável*”, parece reconduzir-se, em muitas situações, a um julgamento sob a égide da equidade e, por outro lado, é questionável a necessidade da sua consagração, já que qualquer tribunal deve procurar conciliar as partes.

De todo o modo, não parecendo ter um conteúdo específico, inovador e rico, melhor seria que o legislador construísse a norma com conceitos pacificamente aceites na nossa ordem jurídica, v.g. conciliação ou mediação, consoante o exacto sentido pretendido.

5.3. Para os tribunais arbitrais colectivos, estabelece-se, na tomada de decisão, a regra de maioria simples, deferindo o encargo ao presidente no caso de não ser possível formar-se a maioria (art. 40º). Ultrapassa-se, assim, a regra do art. 20 da actual LAV que sugere a ideia de “deliberação em que todos os árbitros devem participar...”.

O prazo estabelecido para proferir e notificar a sentença é de 12 meses (art. 43º). Tal prazo, duplica face ao regime ainda vigente, que prevê 6 meses. A alteração de alargamento de prazo só se compreende na voracidade do mundo actual! (que pretende decisões em tempo real) e perante a expectativa de a arbitragem ser um procedimento célere, porque o prazo não tem como termo *a quo* a audiência de produção de prova mas a aceitação do último árbitro, o que, em boa verdade, se confunde com o prazo do processo, incluindo a dilação para a notificação das partes.

Ainda assim, presume-se que se poderia alcançar um período equivalente, se houver necessidade, através da regra do nº 2 do art. 43º, não tanto por vontade concertada das partes – já que o protelamento pode interessar a (pelo menos) uma delas –, mas por decisão dos árbitros, desde que fundamentadas as prorrogações e no convencimento de que a morosidade não residirá, as mais das vezes, na prestação deles.

5.5. Nos termos do art. 42º nº 2, a sentença pode consistir em decisão unitária ou decisões parcelares sobre o mérito da causa, o que permite autonomizar ou cingir o âmbito da execução daquela.

Paralelamente, no art. 45.º, prevê-se a possibilidade de rectificação, de esclarecimento de ambiguidades e, ainda, de prolação de sentença adicional, o que se mostra útil na economia processual arbitral, vem sendo usada na arbitragem comercial internacional e se ultrapassa a limitação da actual lei sobre o assunto vertida na extinção do poder jurisdicional dos árbitros, constante do art. 25.º.

5.6. Em matéria de recorribilidade da decisão arbitral que conheça do fundo da causa, procede-se à inversão da regra supletiva vigente, passando a reger-se (art. 39º nº 4) nos seguintes termos: *i*) quando tenha

sido proferida sentença segundo a equidade ou *ii*) tenha havido composição amigável – em qualquer dos casos convencionado pelas partes – não é admissível recurso; *iii*) também, quando proferida a sentença segundo o Direito constituído, opera a regra da insusceptibilidade de recurso ("de mérito"), a menos que tenha sido convencionada a sua admissibilidade entre as partes; *iv*) fora dessas situações, a decisão arbitral só pode ser objecto de impugnação nos termos e com os fundamentos do art. 46º da Proposta; *v*) estabelece-se a irrecorribilidade da sentença, em arbitragem internacional, excepto se as partes tenham acordado no recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos.

5.7. Em sede de execução da sentença inova-se ao consagrar uma regra que impede a parte de invocar, na oposição à execução, determinado fundamento de anulação da decisão quando não tenha impugnado esta ou, na impugnação, não tenha invocado tal fundamento. Visa-se conferir maior exequibilidade, pragmatismo e celeridade.

6. Impugnação e fundamentos de anulação da sentença Arbitral [arts. 46º e ss]

6.1. A impugnação da decisão arbitral – que não se confunde exactamente com a noção de recurso, por não se dirigir ao reexame do mérito da sentença questionada (cfr. nº 9 do art. 46º) – só tem lugar se fundada em fundamento tipificado na Proposta de lei, *maxime*, no art. 46.º, sem prejuízo do estabelecido pelas partes, em especial ao abrigo do nº 4 do art. 39.º.

O regime estabelecido nesta sede, em particular a enumeração dos fundamentos de impugnação, foi decalcado na Lei modelo da

UNCITRAL, qual fonte inspiradora e de harmonização de muitas legislações nacionais, ainda que em linha com algumas disposições do nosso regime vigente e do Direito comparado.

O prazo de 60 dias estabelecido para a impugnação mostra-se equilibrado e até inferior ao da Lei modelo e ao previsto em outros sistemas.

À semelhança do que sucede com outros casos, a intervenção do tribunal estadual está basicamente concentrada na segunda instância (Tribunal da Relação ou Tribunal Central Administrativo), com um grau de recurso, solução que merece aplauso e se mostra congruente com as soluções de Direitos estrangeiros.

6.2. Não obstante a afirmação da (tendencial) taxatividade da enumeração de fundamentos do art. 46.º, também da decisão interlocutória do tribunal arbitral que conheça da sua competência, ao abrigo do disposto no art. 18.º, é admissível impugnação imediata, nos termos do art. 59.º n.º 1 al. f) e art. 46.º, n.º 3, al. a) - i) e iii), ainda que sem efeito suspensivo do processo arbitral (n.º 10).

Percebe-se a necessidade de resolver, através de pressurosa impugnação, a definição de competência do tribunal arbitral a fim de se obterem ganhos de tempo e económicos, em linha com as soluções mais recentes que têm sido adoptadas em vários regimes jurídicos estrangeiros, v.g. lei alemã e inglesa, para além da Lei-modelo da UNCITRAL e em superação do que hoje se dispõe no n.º 4 do art. 21.º da LAV.

De todo o modo, ganharia clareza a alusão expressa na enumeração (taxativa) dos fundamentos do art. 46.º, a esta via precoce de impugnação do art. 18.º n.º 9 da decisão interlocutória, à semelhança do que sucede com a previsão no art. 59.º n.º 1 al. f).

6.3. Ganha consagração legal um fundamento de impugnação, profusamente discutido e reclamado na doutrina e jurisprudência, que é o da “ofensa à ordem pública internacional do Estado Português” (art. 46.º n.º 3 al. b) - ii)), em linha com o estabelecido para sentenças proferidas numa arbitragem internacional (art. 54º).

Não será, por certo, pacífica a densificação que vai ser dada ao segmento legal em referência: incluirá por certo a ofensa a princípios basilares como o da boa fé, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, proibição das vinculações perpétuas, da proibição dos incapazes, etc.; mas incluirá a lesão de regras do Direito da concorrência, sobre propriedade intelectual, sobre arrendamento vinculístico (despejo), indemnização por violação de direitos de personalidade, ou ainda violação dos ditâmes do processo equitativo etc.?

A bondade da solução – enquadrada pela Lei Modelo da CNUDCI (art. 36.º, n.º 1 al. b) - ii)) e Convenção de Nova Iorque (art. V) em matéria de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira – traduz-se numa salvaguarda importante de tutela de violações de princípios estruturantes, mesmo que não se identifique nenhuma norma, em concreto, e introduz um reforço de legalidade das decisões obtidas em matéria de arbitragem, (por representar um alargamento dos fundamentos de anulação da decisão perante os tribunais estaduais, que vão sindicar a sua conformidade com as regras aplicáveis), tornando mais congruente a prerrogativa de execução da decisão através dos tribunais e potenciando a sua exequibilidade.

Acarreta, todavia, dois riscos inerentes: por um lado, na densificação do conceito de “ordem pública internacional do Estado Português” – mesmo que se entenda reportar-se a “ordem pública material” – acaba por relativizar a taxatividade da enumeração dos fundamentos de impugnação; por outro lado, potencia a reapreciação do mérito da

sentença arbitral por parte do tribunal estadual em sede de impugnação daquela decisão.

7. Arbitragem Internacional e reconhecimento de decisões arbitrais internacionais [arts. 49º e ss]

6.1. A Proposta segue o conceito de arbitragem internacional, já adoptado na LAV vigente, assente nos "interesses do comércio internacional".

O legislador não opera uma demarcação de regimes sobre arbitragem interna e internacional, antes determina a aplicação supletiva do regime daquela a esta última (art. 49.º nº 2).

As soluções previstas estão em linha com os instrumentos jurídicos internacionais e estrangeiros referenciados (*maxime*, da "lei modelo" da UNCITRAL), bem como, em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, da Convenção de Nova Iorque de 1958, conferindo-se, ainda, neste pormenor, competência aos Tribunais da Relação para decidirem sobre a matéria, no que constitui a superação de uma corrente jurisprudencial que se formava.

Fixou-se ainda a regra da inoponibilidade por parte do Estado de excepções fundadas no seu Direito interno para se subtrair a obrigações que decorram de convenção de arbitragem.

O campo de intervenção do instituto da arbitragem, em particular em matéria de arbitragem internacional, ganha outro destaque por virtude de se autorizar no processo arbitral o uso de outras línguas que não (apenas) o português, para além da possibilidade de se utilizarem as novas tecnologias em matéria de comunicação dos actos ou na comunicação entre as partes ou destas com o tribunal.