APA
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM
Rua de Santa Bárbara, nº 46 - 4º,
1169-015 LISBOA

Exmo. Senhor
Dr. Fernando Negrão
Digmo. Presidente da Comissão
de Assuntos Constitucionais, Direitos,
Liberdades e Garantias
Assembleia da República
Palácio de S. Bento
1249-068 LISBOA

Lisboa, 3 de Outubro de 2011

Exmo. Senhor,

Dando satisfação ao solicitado no seu ofício nº 390/XII/1ª - CACDLG/2011 de 27/09/2011, junto envio o parecer da Associação Portuguesa de Arbitragem sobre a Proposta de Lei nº 22/XII/1ª (GOV).

Aproveito a oportunidade para apresentar os meus melhores cumprimentos,

José Robin de Andrade
Presidente da Direcção

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
Nº Único 408624
Entrada/Saída n.º 301 Data: 08/10/11

APA
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM
Rua de Santa Bárbara, nº 46 - 4º,
1169-015 LISBOA

PARECER DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM SOBRE A PROPOSTA DE LEI N.º 22/XII (LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA)

1. A Primeira Comissão da Assembleia da República de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou em 28 de Setembro à Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) que se pronunciasse sobre a Proposta de Lei n.º 22/XII que aprova a nova Lei de Arbitragem Voluntária.

Correspondendo ao convite, passa a Associação Portuguesa de Arbitragem a pronunciar-se sobre o seu conteúdo, dando o seu parecer claramente favorável nos termos e com as clarificações infra.

2. Apreciação na generalidade

i) Os antecedentes

Em 2009, o Ministro da Justiça Alberto Costa convidou informalmente a Direcção da APA a apresentar um projecto de nova Lei de Arbitragem Voluntária, destinada a substituir a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, por considerar que esta continha soluções desajustadas em relação à regulamentação de certas matérias, dada a evolução crescente do recurso à arbitragem em Portugal. Idêntica situação levara, por exemplo, a Espanha a substituir em 2003 a sua Lei de Arbitragem de 1988, tendo então adoptado a Lei-Modelo da UNCITRAL.

A APA aceitou o desafio colocado e elaborou em prazo relativamente curto um Anteprojecto da Lei de Arbitragem Voluntária baseado na Lei-Modelo da UNCITRAL (o texto acha-se publicado na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, ano II, 2009, págs. 205-241; sobre este Anteprojecto, veja-se o texto de António Sampaio Caramelo, na mesma Revista, "A Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária", págs. 7-56).

O XVII Governo Constitucional não chegou, porém, a dar sequência ao processo legislativo de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária.

O XVIII Governo Constitucional inseriu no seu Programa o objectivo de actualização do regime jurídico de arbitragem voluntária.

A APA procedeu, por se turno, a uma cuidada revisão do texto do Anteprojecto de 2009, a pedido do Secretário de Estado da Justiça João Correia, vindo a entregar o texto revisto ao Governo em Maio de 2010 (este Anteprojecto está publicado na mesma Revista, ano III, 2010, págs. 167-230; o articulado contém notas justificativas em relação aos diferentes artigos).

O Ministro da Justiça Alberto Martins elaborou um articulado que seguia de perto o referido Anteprojecto, em Dezembro de 2010, mas a Proposta de Lei enviada para a Assembleia da República em Janeiro de 2011 afastava-se formal e materialmente em variados pontos das soluções propostas no Anteprojecto. Anteriormente à apresentação desta Proposta n.º 48/XI, Deputados do CDS tinham apresentado um projecto de lei de alteração de alguns artigos da Lei de Arbitragem Voluntária vigente (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto).

Quer a Proposta de Lei, quer o Projecto de Lei foram aprovados na generalidade, tendo baixado à Primeira Comissão.

A Direcção da APA foi convidada a participar nos trabalhos da Comissão, tendo-se pronunciado contra a aprovação da Proposta, dadas as muitas alterações materiais e formais introduzidas pelo Governo no projecto de Dezembro de 2010, já que os mesmos descaracterizavam o diploma em pontos fundamentais, e impediam que a Lei fosse caracterizável como uma Lei baseada na Lei Modelo da Uncitral, como era seu propósito. .

A dissolução da Assembleia da República em Maio de 2011, após a demissão do Primeiro-Ministro, inviabilizou a aprovação da Proposta de Lei n.º 48/XI.

APA
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM
Rua de Santa Bárbara, nº 46 - 4º.
1169-015 LISBOA

ii) A Proposta de Lei n.º 22/XII

Conforme resulta da Exposição de Motivos, esta proposta de reforma da Lei de Arbitragem Voluntária "vem dar concretização à medida 7.6. do Memorandum de Entendimento celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, que prevê a apresentação pelo Governo de uma nova Lei de Arbitragem até ao final de Setembro de 2011".

A Associação Portuguesa de Arbitragem, uma vez mais, teve o gosto de colaborar com a Ministra da Justiça Paula Teixeira da Cruz, tendo procedido a uma nova revisão do seu segundo Anteprojecto de 2010, em Julho do corrente ano.

Confessadamente, a Proposta de Lei n.º 22/XII visa "aproximar a Lei de Arbitragem Voluntária ao regime da Lei Modelo da UNCITRAL, sobre Arbitragem Comercial Internacional, com vista a sensibilizar as empresas e os profissionais de diversas áreas que frequentemente recorrem à arbitragem noutros países – sobretudo naqueles com os quais o nosso se relaciona economicamente de forma mais intensa – para as vantagens e potencialidades de escolha de Portugal como sede de arbitragens internacionais, nomeadamente no caso de litígios em que intervenham empresas ou outros operadores económicos dos países lusófonos ou em que a lei aplicável seja a de um destes".

De forma louvável, a Proposta de Lei em apreciação, embora baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, não quis ignorar a necessidade de respeito da unidade e da coerência interna do sistema jurídico português. Como resulta da Exposição de Motivos, "procurou-se também não desprezar soluções já testadas na aplicação de Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, bem como conseguir mecanismos, quando tal se afigure conveniente, que tiveram êxito em diversas leis nacionais reguladoras de arbitragem que foram aprovadas nos últimos anos em países em que esta atingiu maior desenvolvimento".

As soluções inovadoras de Proposta de Lei merecem a aprovação da APA: alteração do critério de arbitrabilidade dos litígios, abandonando-se a solução anterior da disponibilidade dos direitos em favor da patrimonialidade do litígio, embora

temperada com o critério secundário de transigibilidade do direito não patrimonial controvertido; consagração clara do chamado efeito negativo do princípio da competência-competência do tribunal; a tutela da independência e imparcialidade dos árbitros com regulação em novos moldes de processo conducente ao afastamento dos árbitros; novas regras sobre a escolha dos árbitros no caso de arbitragens com pluralidade de demandantes e/ou demandados com a consagração de solução constante do Arrêt Dutco da Cassação Francesa; a fixação de regras mais claras relativamente aos honorários dos árbitros e encargos do processo; acolhimento de possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares e ordens preliminares, na linha das soluções constantes do Capítulo IV-A da Lei Modelo da UNCITRAL, aditado na alteração de 2006 dessa Lei; eliminação da solução de revelia operante no processo arbitral; regime de intervenção de terceiros no processo arbitral; supressão do exíguo prazo de 6 meses para a prolação da sentença arbitral; inversão da regra supletiva da recorribilidade da sentença, adoptando-se, em linha de princípio, um sistema monista de impugnação da sentença arbitral (solução que foi também consagrada na reforma da Lei de Arbitragem francesa ocorrida em Janeiro de 2011); possibilidade de rectificação de erros materiais ou esclarecimento de ambiguidades ou obscuridades detectadas na sentença bem como a possibilidade de ser proferida sentença adicional sobre partes do pedido ou pedidos formulados no processo e omitidos na sentença.

Importa ainda realçar que, no que toca às competências dos tribunais estaduais, se atribui aos tribunais de segunda instância competência para conhecer dos pedidos de anulação de decisões arbitrais e de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, indo-se ao encontro das críticas generalizadas quanto à solução de a acção arbitral poder correr em três graus de jurisdição sucessivos (cfr. art. 59.º da Proposta de LAV).

3. **Apreciação na especialidade**

No que toca à apreciação na especialidade, entende a APA chamar a atenção para alguns pontos.

i) No Diploma Preambular, a nova redacção do art. 815.º do Código de Processo Civil põe termo a uma manifesta disfunção da lei vigente, impedindo que para além do prazo de interposição da acção de anulação se possa deduzir no processo executivo oposição com fundamento em causas de anulação da sentença.

ii) Merecem aplauso as disposições transitórias contidas no art. 4.º do Diploma Preambular, nomeadamente o n.º 3 que tutela a expectativa das partes da convenção de arbitragem "antiga" na existência de recursos da decisão arbitral.

iii) Na Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) merece destaque a solução de irrecorribilidade das decisões arbitrais no que toca a ordens preliminares ou providências cautelares e a sentença do tribunal estadual que decidir sobre o reconhecimento ou execução coerciva de uma providência cautelar (art. 27.º, n.º 4). Trata-se de uma solução discutível mas que pode sustentar-se, dado o carácter instrumental destas decisões em relação à sentença arbitral.

iv) Quanto à impugnação da sentença arbitral, sustenta-se que é censurável a inclusão como fundamento de anulação a violação da ordem pública internacional (art. 46.º, n.º 3, alínea b)) .

Embora a violação da ordem publica como fundamento de impugnação não colida com a citada Lei Modelo, já que esta o permite expressamente, e muitos Estados o consagram, a verdade é que se perde a oportunidade de criar para o nosso País uma importante vantagem comparativa sobre outros Estados Europeus apostados em criar um ambiente favorável à arbitragem, já que, se fosse eliminado este fundamento de impugnação, como a APA propõe, ficaria reforçada em Portugal a definitividade das sentenças arbitrais.

A actual LAV não prevê este fundamento de impugnação e não se conhece um único caso, suscitado ao longo dos 25 anos de vigência desta Lei, em que se possa afirmar que a ausência da cláusula de ordem pública conduziu a um resultado injusto

Nem se diga, a este respeito, que a consagração da cláusula da ordem pública tem por si a lição do Direito Comparado. Primeiro, porque nos países onde ela se encontra prevista existe uma jurisprudência dos tribunais superiores que precisa o seu alcance, o que não sucede em Portugal. Depois, porque se podem apontar exemplos de outros textos normativos, internacionais e estrangeiros, que igualmente omitem a ordem pública como fundamento de anulação das sentenças arbitrais. Um deles é a Convenção ICSID, de que Portugal é parte desde 1984.

Numa perspectiva teórica nada impõe este fundamento de impugnação . As sentenças definitivas (ou transitadas em julgado) dos tribunais estaduais, mesmo dos tribunais de 1ª ou 2ª instancia, também não podem ser impugnadas com fundamento em alegada violação da ordem publica, pela óbvia razão de que, se o fossem, ficaria posta em causa a sua definitividade.

Sendo os tribunais arbitrais verdadeiros tribunais, por força do art. 209 n.º 2 da Constituição, submetidos como os tribunais estaduais aos princípios básicos do ordenamento jurídico nacional, e portanto aos princípios de ordem publica, e gozando os árbitros de garantias legais de independência e imparcialidade equivalentes às dos juízes estaduais, a impugnação das decisões definitivas dos tribunais arbitrais também não deveria ser admitida com base em tal fundamento.

Numa perspectiva prática, receamos seriamente a multiplicação das acções de anulação contra decisões arbitrais definitivas, face à fluidez e indeterminação do conceito de ordem publica, o que acabará por prolongar no tempo os processos arbitrais, e sobretudo trazer de volta para os tribunais estaduais todo um conjunto de litígios que deveriam ser resolvidos exclusivamente pelos tribunais arbitrais, o que colide com o objectivo de redução da carga dos tribunais estaduais, visado com a publicação de uma nova Lei de Arbitragem.

Por outro lado, a solução da proposta de lei é incorrecta no plano técnico, visto que a ordem pública internacional, à luz dos seus pressupostos de actuação, apenas pode intervir em situações internacionais. Só assim se explica que nenhuma legislação estrangeira sobre arbitragem preveja a violação da ordem pública internacional como fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internas

Em todo o caso, e numa perspectiva pragmática, deve reconhecer-se que o conceito de ordem publica internacional é mais restrito e limitado do que de ordem publica "tout court", pois apenas o integram princípios e normas que, sendo regras fundamentais do sistema jurídico interno, sejam também reconhecidos como basilares da ordem jurídica internacional.

Fica assim nessa medida reduzido consideravelmente o risco da indeterminação do conceito de ordem publica.

v) Mantém-se um capítulo sobre arbitragem internacional (arts. 49.º a 54.º), à semelhança do que acontece com a LAV de 1986 e a Lei francesa de arbitragem (a alteração de 2011 não inovou nessa matéria). A arbitragem internacional diz respeito às decisões proferidas em arbitragens que tenham lugar em Portugal (art. 61.º da LAV) e a que são aplicáveis regras próprias e regras aplicáveis à arbitragem interna (art. 49.º, n.º 2, da LAV).

Apresentamos os nossos melhores cumprimentos,

José Robin de Andrade

Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem