PORTUGAL

BASTONÁRIO

2 2 AGO 2011

11 4 A Bua Excelência 2629 09 A Ministra da Justiça Qual Dra Paula Teixeira da Cruz

N/Refa: Ent. 15590 de 2011.08.08

Ent. 15610 de 2011.08.09

V/Refa: Po 1873/2010 (Pasta A)

Nº 405

P° 2629/2009 (Div. Geral)

Nº 414

Assunto: Projecto de Proposta de Lei que prevê a possibilidade de encurtar o período de estágio de ingresso dos magistrados em formação

Projecto de Proposta de Lei que aprova a Lei de Arbitragem Voluntária

Exallencie

Conforme solicitado junto envio posição da Ordem dos Advogados sobre os Projectos de Lei acima mencionados.

Com os melhores cumprimentos a mir nhi a permul.

António Marinho e Pinto

(Bastonário)

Lisboa, 2011.08.17 B 271/2011

Largo de S. Domingos, 14, 1° . 1169-060 Lisboa T. 21 882 35 56 . Fax: 21 888 05 81

E-mail: bastonario@cg.oa.pt

www.oa.pt



Parecer

Projecto de Proposta de Lei de Arbitragem

I - Antecedentes

A Proposta de Lei resulta de proposta apresentada pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) que, após sucessivas alterações, passou a configurar-se da forma que foi remetida.

Para perceber a evolução do texto do diploma da lei da arbitragem voluntária tem interesse a consulta da página informática da APA onde se podem ler as diversas versões desde a proposta inicial até à presente.

São significativos para a boa compreensão da problemática da arbitragem voluntária nacional e internacional os textos do Presidente da APA (Robin de Andrade), intitulados "Decisão arbitral e ordem pública" e " Colóquio sobre arbitragem fiscal" no seguimento da publicação do D.L 20/2011 de 20 de Janeiro relativo à arbitragem em matéria tributária.

II - Parecer

A arbitragem voluntária é uma forma alternativa de composição não jurisdicional de litígios.

A Constituição prevê quais são as categorias de tribunais do Estado, além do Tribunal Constitucional, e declara que podem existir outros tribunais e, de entre estes, os arbitrais (cfr. nºs 1 e 2 do art. 209º, 4 da CRP).

Neste Projecto de Proposta de Lei, em consonância, com algumas das orientações doutrinárias internacionais, constata-se a intenção de quase jurisdicionalizar os tribunais arbitrais através do afastamento do recurso aos tribunais do Estado por razão de ordem pública e pela defesa da definitividade da decisão arbitral.

Com efeito, o recurso das sentenças arbitrais para os tribunais do Estado destina-se apenas a avaliar questões relativas a nulidades, sendo vedado o conhecimento do mérito.

15



Este ponto de vista e esta, mais ou menos, explícita intenção propende, a prazo, para erigir, na área arbitral, um sistema substancialmente jurisdicional de composição de conflitos, à margem do Estado.

A função judicial do Estado passaria, desta forma para o domínio privado, na área arbitrável, progressivamente alargada.

Veja-se a novidade da arbitragem em matéria tributária, como exemplo desse alargamento, para além da arbitragem em matéria administrativa e a arbitragem prevista neste projecto no âmbito de litígios em matéria de lei laboral.

Essencialmente, pretende-se ultrapassar os tribunais mediante o recurso à arbitragem.

No actual quadro constitucional parece duvidosa a possibilidade que a evolução da composição de conflitos se possa desenvolver quando é posto em causa o Estado de Direito Democrático quanto à expressa base relativa à separação e interdependência de poderes.

Independentemente do direito constitucional vigente, há que ponderar a bondade dessa forma de compor os conflitos.

Não parece que seja desejável que seja minada, desta forma, a função judicial do Estado Português ou de qualquer outro.

A administração da justiça deve depender dos Tribunais do Estado.

A caracterização da República Portuguesa como Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e garantias de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visada a realização da democracia, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, e os valores que lhe são subjacentes contendem com o critério adoptado pela APA como fio condutor das críticas formuladas (cfr. art. 2º e 9º da CRP).

Assim, a menos que se opte por prescindir do poder judicial, devem incluir-se, na lei da arbitragem, mecanismos de que resulte a subordinação das decisão arbitrais aos tribunais do Estado,

18



limitando a possibilidade de ser organizada uma estrutura de tribunais arbitrais que progressivamente, propendam a substituir os tribunais do Estado, para já de 1º instância, decidindo em matérias progressivamente mais vastas e sem possibilidade de recurso ao tribunais do Estado.

Sendo e devendo continuar a ser os Tribunais um órgão de soberania o prejuízo da sua função é um prejuízo dessa soberania e até de cidadania.

Não quer defender-se, desta forma, a extinção da possibilidade de arbitragem, no âmbito dos direito negociáveis de carácter patrimonial ou não, que se entenda útil e adequada uma rápida e menos formal composição de conflitos, pelo menos, enquanto os tribunais não puderem flexibilizar a sua actuação e responderem de forma mais célere às questões que lhe são colocadas.

Acresce, ainda, a questão da isenção e independência dos árbitros.

Neste aspecto, importa salientar que na arbitragem não está tão bem garantida a isenção e independência como está no caso dos magistrados judiciais.

A arbitragem voluntária nacional ou internacional não deve configurar uma forma de supremacia do poder económico nacional e ou internacional e um veículo de menorização dos cidadãos e da soberania do seu Estado, liderado pelos seus eleitos.

A Constituição é clara quando refere que os tribunais são os orgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (nº 1 do art. 202º da CRP).

III - Em concreto

Face ao texto proposto para o novo diploma legal relativo à arbitragem:

1) Requisitos da nomeação de árbitros:

- Desenvolver o conteúdo da independência e imparcialidade dos árbitros, esclarecendo os requisitos objectivos de que depende a verificação de tais atributos, esboçando, ao menos um código deontológico.

2) Impugnação da sentença arbitral – anulação:

- Manutenção dos propostos fundamentos, em especial, os princípios de ordem





pública, estes interpretados à luz do critério que se propõe e que defenda a supremacia dos tribunais do Estado, os valores deste e o direito vigente, por exprimir a concretização da soberania da República Portuguesa pela via do poder legislativo.

IV - Conclusão

Atenta a urgência solicitada e consequente exiguidade de tempo disponível para uma análise mais profunda conclui-se da seguinte forma acerca do diploma em causa:

I – O diploma legal proposto é globalmente isento de censura.

II – O seu entendimento deve ser concretizado à luz da protecção do órgão de soberania Tribunais e não como forma de criação de uma versão não pública de composição de conflitos, quase jurisdicional.

III – Pugna-se pelas alterações óbvias na sequência do critério que se defende, à luz da
Constituição e dos valores que lhe subjazem, de resto, consonantes com os princípios mais universais.

Seixal, 17 de Agosto de 2011

O 2º Vice-presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

