

# **O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal \***

## **1. A razão de ser do projecto**

A lei 31/86 (Lei da Arbitragem Voluntária – LAV), que regula as arbitragens em Portugal, foi obra de um dos maiores nomes da Ciência Jurídica em Portugal, a Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço. No seu tempo, foi um diploma legal inovador e que honrou Portugal no concerto das nações.

No início dos anos 80 do Século XX vivia-se, em Portugal, ainda um tempo “pré-histórico” no campo da arbitragem. Apesar deste sistema alternativo de resolução de litígios estar muito divulgado internacionalmente, de alguns países já terem uma tradição forte de arbitragens, de existir reflexão científica pioneira, os vinte e cinco anos que decorreram desde 1986 foram de grande expansão das arbitragens em todo o Mundo, com novos desafios, necessidades e problemas. Rapidamente se demonstrou que a LAV ficou ultrapassada por essa evolução, desde logo porque não trata – como adiante se explicará mais em detalhe - de alguns dos problemas que se vieram a revelar mais importantes e complexos.

Talvez por essa razão o recurso a arbitragens como modo de resolução de conflitos não teve em Portugal a evolução que se veio a encontrar noutras jurisdições, como é o caso do Brasil. E, apesar das excelentes condições para o efeito, Lisboa não se tornou uma Cidade escolhida para sede de arbitragens, sobretudo relativas a países de língua portuguesa.

Por isso, a escassa doutrina portuguesa e os práticos que, como árbitros, advogados ou peritos jurídicos, se vêm dedicando à arbitragem, há muitos anos que defendem que Portugal deverá alterar o regime legal que regula as arbitragens comerciais e de investimento. Também os tribunais – que evoluíram de uma posição inicial de suspeita ou mesmo hostilidade às arbitragens para uma cultura favorável – se confrontaram (em recursos ou em acções de anulação de laudos arbitrais) com dificuldades que criaram uma atmosfera favorável à reforma da LAV nos meios judiciais.

Quando em finais de 2008 foi eleita a Direcção da APA - Associação Portuguesa de Arbitragem (nota 1: [www.arbitragem.pt](http://www.arbitragem.pt)), de que me honro de fazer parte, a principal missão que nos colocámos foi tentar que a Lei 31/86 fosse substituída por um novo diploma. Foi nesse contexto que, conhecedor que estava da nossa posição, no início de 2009 o Ministro da Justiça abordou a Direcção da APA, lançando um desafio que não podíamos recusar: elaborar, com total independência, um projecto de diploma legal e sua exposição de motivos, que permitisse ao Governo desencadear o processo legislativo que culminasse pela aprovação na Assembleia da República de um novo diploma.

A Direcção da APA (nota 2 : José Robin de Andrade (Presidente), António Sampaio Caramelo, Dário Moura Vicente, José Miguel Júdice, Pedro Metello Nápoles e Pedro Siza Vieira) designou Sampaio Caramelo para coordenar o trabalho que envolveu todos os membros e, em tempo recorde, o projecto foi apresentado ao Governo.

## **2. As principais opções estratégicas**

A primeira questão que a Direcção da APA teve de decidir foi optar entre uma mera revisão, mais ou menos profunda, da LAV ou elaborar uma lei nova. A decisão de fazer uma lei nova, nasce desde logo do facto de pretendermos que a nova LAV se adequasse à Lei Modelo da UNCITRAL, tentando segui-la o mais que fosse possível. Mas para além disso havia uma razão pragmática: uma lei nova tem um efeito muito importante na reflexão doutrinária, provoca debates, suscita interesse e nessa medida faz avançar a ciência jurídica e a própria ideia arbitral.

A opção pela Lei Modelo não era totalmente consensual em Portugal, sobretudo em alguns meios académicos que teriam preferido que se procurasse uma solução mais original e que supostamente se inserisse na tradição processualista portuguesa. Ou que se fizesse apenas uma actualização da actual lei, numa espécie de temor reverencial perante o diploma de 1986. Mas a opção por nós tomada corresponde à posição maioritária, em especial dos que em Portugal se dedicam à arbitragem, nos planos nacional e internacional.

Realmente a Lei Modelo é o resultado da experiência acumulada a nível internacional, foi elaborada e tem sido revista com o apoios de especialistas indiscutíveis, na sua essência em nada conflitua com a tradição jurídica portuguesa; mas, para além disso, a opção que foi tomada pretende contribuir para que Portugal possa ser um lugar para arbitragens, devido ao facto dos juristas e das empresas de outros países se sentirem à vontade com a aplicabilidade de um texto legislativo que lhes seja familiar.

Tivemos também a preocupação estratégica de analisar as mais recentes leis de arbitragem implementadas, em especial nos países que se inserem na nossa tradição jurídica de *civil law*, mas sem descurar alguns diplomas legais oriundos de sistemas de *common law*, como o *Arbitration Act* de 1996. A intenção foi, de novo, aproveitar da experiência acumulada e, também, da reflexão doutrinária que tais reformas legislativas provocaram, contribuindo assim para o avanço da ideia arbitral.

Uma segunda opção essencial foi evitar que as normas processuais internas portuguesas interfiram nas arbitragens. O Código do Processo Civil português (CPC) é de 1939 e, apesar de várias reformas que foi sofrendo, continua a ser um diploma legal claramente ultrapassado (nota 3 - apesar, mais uma vez, da enorme qualidade que tinha devido ao seu autor, o

Professor Doutor Alberto dos Reis, um dos maiores processualistas do Século XX na Europa) e inadequado às características próprias das arbitragens. Ao contrário da Lei 31/86, por isso, este projecto isola as arbitragens da “poluição normativa” do CPC, facilitando muito o trabalho dos árbitros e reforçando a segurança nas arbitragens internacionais, garantindo que juristas estrangeiros não fiquem desfavorecidos pela intromissão nos processos de normas legais desconhecidas ou pelo menos não familiares.

### 3. Os principais aspectos da nova LAV

(nota 4 - Por compreensíveis limitações de espaço, opta-se por indicar de forma resumida, e remetendo para os artigos do projecto, as principais inovações ou clarificações. Os leitores que tenham interesse poderão encontrar no site da APA, já mencionado, os comentários justificativos de cada alteração)

- a) **Novo critério de arbitrabilidade** – optou-se pela “patrimonialidade” do interesse em vez de disponibilidade ou transigibilidade, ainda que este último critério subsista de forma subsidiária (art. 1º, nº 1 e 2).
- b) **Efeito negativo do princípio “Kompetenz-Kompetenz”** – procurou-se levar ao limite mais amplo conhecido o princípio da prevalência da justiça arbitral, reforçando a segurança das partes que tenham optado pela justiça arbitral (5º, nº1)
- c) **Anti-arbitration injunctions proibidas** (5º, nº4) – esta proibição surge como corolário da recepção do efeito negativo do princípio “kompetenz-kompetenz” e visa reforçar os objectivos de separação deste meio alternativo em relação à justiça estatal, matéria muito sensível na União Europeia, em especial depois do “Relatório Heidelberg”.
- d) **Conveniência nas arbitragens internacionais de que o Presidente não seja da nacionalidade das Partes** (10º, nº6) – esta norma, eminentemente programática, visa também uma finalidade pedagógica, que é tanto mais importante quanto em arbitragens “ad hoc” compete aos presidentes de tribunais da Relação (2ª instância) a designação do árbitro presidente, na falta de acordo.
- e) **Arbitragens multipartes** (11º, nº 2 e 3) – esta matéria é também totalmente inovatória em relação ao regime em vigor. Optou-se por

uma solução em que não é automática a nomeação dos 3 árbitros pelo tribunal, se as partes demandadas não se puserem de acordo quanto ao árbitro. Caberá então ao tribunal competente analisar a efectiva conflitualidade dos interesses entre os Demandados e só depois disso optar entre nomear todos os árbitros ou só um árbitro, mantendo o nome indicado pela(s) Demandante(s).

- f) **Independência e Imparcialidade dos Árbitros** (9º nº 3, 13º e 14º) – esta é outra muito importante inovação, visto que o regime em vigor limita-se a remeter para o CPC, equiparando como regra a situação dos árbitros à dos juízes estatais. Regula-se o processo de recusa de árbitro, que deve ser decidido pelo tribunal arbitral, com a participação do recusado. No entanto há recurso da decisão desfavorável à recusa para o tribunal judicial competente, mas sem efeito suspensivo.
- g) **Honorários de árbitros** (17º) – define-se que os honorários, na falta de decisão anterior das partes, devem ser fixados antes do início do processo, por acordo entre as partes e os árbitros, e na falta dele pelos árbitros com recurso para o tribunal judicial por qualquer das partes. Também se definiu o regime aplicável se uma ou ambas as partes não fizerem preparos que lhes tenham sido pedidos para despesas ou honorários.
- h) **Kompetenz-Kompetenz** (18º) – a clarificação do chamado efeito positivo do princípio é acompanhada com a regra de que a arguição da incompetência deve ser feita até à submissão de defesa ou logo que conhecida, quando se invoque que o tribunal arbitral excede durante o processo os limites dos seus poderes. Este direito de cada parte subsiste mesmo tendo nomeado árbitro. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua competência por laudo parcial ou final, e o recurso contra a decisão deve ser interposto de imediato para o tribunal judicial, sem efeito suspensivo.
- i) **Medidas cautelares e ordens preliminares provisórias** (20º a 29º) – esta é também matéria totalmente inovatória em Portugal. As ordens preliminares podem ser decretadas pelo tribunal arbitral *ex parte*, caducam em 20 dias e não são coercíveis pelo tribunal estadual (arts. 22º e 23º). As medidas cautelares seguem o regime da Lei Modelo e regula-se também a colaboração dos tribunais estaduais. É importante a regra programática do artigo 29, nº2 que obriga os tribunais estaduais a ponderar as “características específicas da arbitragem internacional” quando decretarem medidas

cautelares, o que constitui mais um afloramento do princípio de tentar isolar ao máximo as arbitragens do sistema judicial nacional.

- j) **Poderes dos árbitros para conduzir a audiência** - a necessidade de que as Partes explicitem de forma clara se considerarem subsidiariamente aplicável o Código de Processo Civil, pois se o não fizerem o CPC não será aplicável (art. 30º e nº 3)
- k) **Confidencialidade e publicabilidade** – Estabelece-se a regra geral da confidencialidade, excepto para defesa de direitos e deveres de comunicação a autoridades (art. 30º, nº5), mas admite-se como regra a possibilidade de publicação dos laudos arbitrais, expurgados dos elementos identificativos, se não houver oposição (art. 30º, nº 6). Esta regra é muito importante para a criação tendencial do sistema de precedentes, para a formação dos práticos e para o próprio avanço da ideia arbitral.
- l) **Idioma** – deverá ser fixado pelo Tribunal Arbitral na falta de acordo das Partes (art. 32º).
- m) **Intervenção de terceiros** (art. 36º) – regula-se também de forma pioneira a intervenção. Optou-se por uma solução mais conservadora do que a admitida pela prática de instituições arbitrais como a ICC e a LCIA ou o regulamento unificado das Câmaras de Comércio Suíças, exigindo-se como condição para a intervenção a aceitação de todas as Partes, do próprio terceiro e do Tribunal arbitral.
- n) **Prova pelos tribunais em assistência** (art. 38º): define-se também de forma pioneira a colaboração dos tribunais estatais na obtenção de prova, podendo também os tribunais assistir na obtenção de prova a solicitação de tribunais arbitrais a funcionar fora de Portugal.
- o) **Recorribilidade das decisões** (art. 39ª): esta é uma das mais profundas alterações em relação ao regime da actual LAV, que prevê a regra da recorribilidade nas arbitragens *ad hoc* nacionais na falta de declaração contrária das partes na convenção de arbitragem. Passa a aplicar-se a elas o actual regime das arbitragens internacionais (só haverá recurso se as partes expressamente assim tiverem decidido), o que é um importante sinal de maturidade do sistema arbitral de regulação de litígios.
- p) **Falta de acordo entre árbitros no laudo** (art 40º, nº1): à semelhança do que se prevê em várias legislações e regulamentos de

instituições, o projecto afasta-se da Lei Modelo, admitindo-se que a posição do árbitro presidente seja por si só suficiente para determinar a decisão, no caso de se não poder formar maioria.

- q) **Laudo não assinado por árbitro que se recuse** (art. 40º, nº2): define-se a solução da recusa de um árbitro em assinar, impondo-se a necessidade de informar as Partes previamente à emissão do laudo.
- r) **Prazo da arbitragem e para proferir sentença** (art. 43º): esta tem sido uma das questões que mais controvérsia tem criado em Portugal (nota 5 - na LAV está previsto o prazo de 6 meses, admitindo-se a prorrogação por outros 6 meses, com alguns autores a considerar que nem com a vontade das partes a prorrogação pode ser maior e não se prevendo suspensão do prazo mesmo que por atrasos para além do controlo do tribunal arbitral). O regime proposto é que o prazo geral seja de 12 meses, contados da aceitação do último árbitro, sendo este prazo prorrogável por decisão fundamentada do Tribunal arbitral, com faculdade de o Tribunal estadual agir se a falta de diligência for grave (art. 15, nº 3), ou se as partes de comum acordo não aceitarem prorrogação. Clarifica-se, se o prazo terminar sem laudo, que se mantém a validade da convenção de arbitragem para nova arbitragem, não se enviando o litígio para os tribunais estatais (art. 43º, nº 3 e também em caso de anulação nos termos do art. 46. nº10).
- s) **Rectificação de erros**, esclarecimento de ambiguidades ou obscuridade pelo Tribunal (art. 45º), caso de decisão infra-petitum (art. 45º, nº 5). Também se regula esta matéria que está omissa na LAV em vigor.
- t) **Impugnação do laudo** (art. 46º): decidiu-se que a tramitação deve ser como recurso para ser decidido pelo Tribunal de Apelação (Relação) e não por tribunal de primeira instância; decidiu-se a ininvocabilidade se o fundamento para anular o laudo foi conhecido durante a arbitragem e não invocado na altura, o que constitui uma forma de evitar que a parte derrotado vá repescar argumentos para tentar evitar cumprir o decidido no laudo (nº 4); inova-se permitindo a possibilidade de anulação apenas parcial dos laudos (nº 7) e possibilidade de suspensão do processo de impugnação para que o Tribunal Arbitral possa rever a decisão que tomara (nº8)
- u) **Execução de laudo arbitral** (art. 47º e 48º): abre-se a possibilidade de execução de condenação genérica (47º nº 2), e decreta-se a não oponibilidade após prazo para impugnação não utilizado (48º nº2)

- v) **Tribunal estatal competente** (Relação ou equivalente Central Administrativo) (art. 59º e 60º) como regra.

#### **4. Regime especial da Arbitragem internacional** (art. 49º a 55º)

Ainda que se possa considerar que a proposta de nova LAV se insere num modelo de sistema monista, em todo o caso entendeu-se ser necessário ou conveniente clarificar alguns aspectos que se consideram específicos das arbitragens internacionais, ainda que uma parte essencial da distinção da actual LAV (a regra de que só nas arbitragens internacionais é que o silêncio do compromisso, da cláusula arbitral ou da vontade comum das partes implica a não recorribilidade do laudo arbitral) deixe de existir, como atrás se referiu.

A intenção central a este nível do projecto de Nova LAV é que Portugal se torna um lugar muito adequado para sede de arbitragens internacionais e, por isso, todo o sistema proposto está habitado por essa intenção. É que em resumo se explicita a seguir:

- a) **Definição:** considera-se arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional (art. 49º), o que segue o previsto actualmente na LAV.
- b) **Inopabilidade de excepções de direito interno** por Estado que seja parte (art. 50º), Esta solução é essencialmente motivada pela experiência internacional em matéria de arbitragens de investimento e segue a tendência dominante internacionalmente em matéria legislativa e os ensinamentos da doutrina arbitral internacional.
- c) **Validade da convenção** se conforme à lei reguladora do fundo, da convenção ou português (art. 51º). Esta solução tem em vista potenciar ao máximo a possibilidade de se considerar válida a convenção, desse modo se respeitando a vontade genética das Partes em conflito
- d) **Direito aplicável:** poderes dos árbitros para escolher o mais apropriado ao litígio quando não resulta da vontade comum das partes ou dos documentos contratuais ou compromissórios (art. 52º)

- e) **Recorribilidade:** dever das partes em regular os termos do recurso e definindo que este deve ser para outro tribunal arbitral e não para um tribunal estatal (art. 53º). Esta norma torna ainda mais exigente do que nas arbitragens nacionais a admissão da recorribilidade dos laudos arbitrais, impondo que as Partes clarifiquem com rigor que tribunal arbitral de recurso e em que termos deve funcionar o recurso.
- f) **Ordem pública** como fundamento de anulação (art. 54º): clarifica-se que, se direito interno português não for aplicável ao fundo da causa, só é relevante a ordem pública internacional do Estado Português.
- g) Possibilidade de Tribunal funcionar como **compositor amigável** (art. 55º)

## 5. Reconhecimento e execução de laudos estrangeiros (art. 56º a 58º)

Procurou criar-se um regime ainda mais favorável ao reconhecimento do que Convenção de Nova Iorque (artigo V, nº2 b), pois só se for manifestamente incompatível com ordem pública internacional portuguesa é possível a este título impedir o *exequatur* – 57º, nº1 , b) (ii).

Também se clarificou a situação especial de laudos de direito administrativo (art. 58º) quanto ao tribunal estatal competente para o reconhecimento.

## 6. Arbitragens institucionais (art. 63)

O projecto da Nova LAV clarifica que as arbitragens institucionais são aceites sem limitações em Portugal. No entanto optou-se – apenas em relação aos centros de arbitragem com sede em Portugal – por manter a obrigação de autorização do Ministério da Justiça para a sua criação, deste modo se clarificando de uma vez por todas que os centros de arbitragem com sede noutros países podem administrar arbitragens em Portugal sem necessidade da mencionada autorização ministerial.

## 7. E o Projecto da Nova LAV chegará a ser Lei?

A pergunta com que termina este meu texto faz sentido. Quando foi solicitado pelo Ministro da Justiça a elaboração de um projecto independente de nova LAV o convite veio com a expressa referência de que a intenção ministerial era de levar a proposta à Assembleia da



República para que fosse votada durante esta sessão legislativa, que é a última da actual legislatura e que terminou em 15 de Julho de 2009.

Por razões ainda não clarificadas – mas que alguns atribuem a conflitos internos no Ministério e outros a uma acção paralisadora de alguns professores universitários que viam com maus olhos a estratégia de opção por seguir basicamente a Lei Modelo UNICITRAL – o certo é que a intenção que foi comunicada à APA se não concretizou.

Há por isso o risco que após as eleições legislativas, eventualmente um novo Governo ou um novo Ministro da Justiça venham a não prosseguir a intenção do Ministro que fez o convite. Na opinião da Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem será lamentável se for perdida esta oportunidade de modernizar o quadro jurídico das arbitragens em Portugal.

Não nos compete afirmar que será lamentável que o projecto que foi elaborado voluntaria e graciosamente pela Direcção da APA seja esquecido, porque elogio em causa própria é vitupério. Os leitores deste meu artigo e, sobretudo, do projecto que é publicado em anexo serão melhores juízes.

Lisboa, Julho de 2009

José Miguel Júdice

Sócio Fundador de PLMJ, Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, Vice-Presidente da Comissão Nacional de Arbitragem CCI, Membro da Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem, Presidente do Capitulo Português do Club Español de Arbitraje, membro do Comité Brasileiro de Arbitragem e da Association Suisse d'Arbitrage.

Publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, nº 23, Jul/Ag 2009, CBAr, pág 240-246