

MANUEL PEREIRA BARROCAS

**A RAZÃO POR QUE NÃO SÃO APLICÁVEIS
À ARBITRAGEM NEM OS PRINCÍPIOS
NEM O REGIME LEGAL DO PROCESSO CIVIL**



Separata da Revista da Ordem dos Advogados
Ano 75, III / IV — Lisboa, Jul./Dez. 2015

A RAZÃO POR QUE NÃO SÃO APLICÁVEIS À ARBITRAGEM NEM OS PRINCÍPIOS NEM O REGIME LEGAL DO PROCESSO CIVIL

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

De uma forma mais extensa do que seria desejável, existe ainda em Portugal uma tendência para aplicar à arbitragem os princípios e, até mesmo, *in extremis*, o próprio regime legal do processo civil sempre que as partes, com o propósito de regular um processo arbitral, não tenham direta e expressamente escolhido as regras do processo civil ou indiretamente através da escolha de um regulamento de uma câmara arbitral que o faça.

Isto deve-se, sem dúvida, a um imperfeito conceito da arbitragem e um desconhecimento da sua independência relativamente à jurisdição estadual e aos regimes processuais que nela são aplicáveis.

Esta errada conceção tem conduzido, porém, com alguma frequência, a consequências jurídicas tão indesejáveis quanto inapropriadas, consequências que, todavia, o que é grave, podem afetar ora a validade do processo arbitral ora a própria validade dos laudos arbitrais.

Claro que, na origem disto, está em parte o conceito de que os tribunais arbitrais integram a estrutura jurisdicional dos tribunais estaduais, o que não é verdade.

Muito embora o art. 209.º, número 2., da Constituição da República Portuguesa reconheça a possibilidade de existirem tri-

bunais arbitrais, tal não significa obviamente que eles integrem a estrutura jurisdicional dos tribunais estaduais. Para nós, o alcance do preceito é apenas o de afirmar a constitucionalidade dos tribunais arbitrais e, em suma, da jurisdição arbitral como modo autónomo de resolver litígios em paralelo com a jurisdição estadual. Desde logo, porque os tribunais arbitrais não são órgãos institucionalizados. Um tribunal arbitral é constituído para dirimir um determinado litígio e extingue-se logo que profere o laudo arbitral que ponha termo ao processo, sem prejuízo do exercício dos poderes complementares previstos no art. 45.º, da LAV.

E, também, porque o tribunal arbitral é um órgão privado, constituído por pessoas privadas que apenas dispõem de poderes transitórios dados pelas partes e baseados na lei e na convenção de arbitragem.

O processo arbitral assenta em princípios fundamentais próprios contidos, no caso da lei portuguesa, no art. 30.º, n.º 1., da LAV, que não se confundem, embora possam parcialmente coincidir, com os que são próprios do processo civil. A sua aplicação prática, porém, obedece às características da arbitragem, designadamente ao seu menor formalismo e à desejada eficácia em vista do seu desígnio final que é a resolução do litígio.

Para este efeito, o árbitro deve, nomeadamente, assegurar que o laudo final por si proferido seja, não apenas válido, mas também, tanto quanto possível, executável onde seja previsível que isso possa acontecer, tratando-se, nesta segunda hipótese de arbitragem internacional.

O processo arbitral obedece, pois, a princípios e a práticas distintas do processo nos tribunais estaduais.

Claro que o árbitro no processo arbitral não está impedido, quer na arbitragem doméstica quer na arbitragem internacional, de utilizar certos conceitos que a ciência ou a técnica processualista elaboraram (caso julgado, litispendência, etc.), mas isso não significa que lhe deva ser aplicado o regime legal do processo civil relativo a esses institutos. Apenas a analogia, com o regime legal do processo civil pode, eventual e muito parcimoniosamente, ser útil ao processo arbitral como repositório de conceitos técnico-científicos e, eventualmente, como exercício analógico, não obrigatório

para o árbitro do preenchimento de uma lacuna legal verificada num processo arbitral.

Não é, assim, admissível a invocação de uma norma legal do processo civil para fundamentar uma invalidade do processo ou do próprio laudo arbitral.

E o mesmo é relevante para a exclusão do seio da arbitragem de princípios processuais que não sejam os que são próprios do processo arbitral (sobre os princípios fundamentais do processo arbitral, ver o art. 30.º, número 1., da LAV). Se assim fosse, introduzir-se-iam no processo arbitral regimes processuais incompatíveis com a arbitragem e que esta rejeita em nome da sua razão de existir como método de resolução de litígios dotado da sua própria identidade, funcionalidade e eficácia.

Na verdade, importa reforçar ainda as seguintes ideias que não podem ser olvidadas quando falamos de arbitragem: o processo arbitral deve por natureza ser simples, direto à sua finalidade e o menos formal possível, ou dito de outro modo, apenas suficientemente formal até ao ponto em que o cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral o exijam e o escopo final do processo e a vontade das partes, expressa no momento e no local próprios — a convenção de arbitragem —, o requeiram. Nada mais do que isto, evidentemente sem prejuízo do cumprimento das disposições da lei e de algum regulamento arbitral aplicável ao caso por vontade das partes.

É-nos por isso difícil aceitar, por se tratar de argumentação *contra natura*, que se possa defender que determinada decisão arbitral viola princípios ou máximas do processo civil e, deste modo, atacar-se uma decisão arbitral válida. Num passado não muito distante eram conhecidas decisões absurdas de tribunais estaduais que chegaram a aplicar o regime das nulidades da sentença judicial previstas no CPC na apreciação da validade de uma sentença arbitral.

Persistem, porém, outras formas de constrangimento com reflexo no funcionamento da arbitragem, limitando, nomeadamente, o princípio da autonomia da vontade das partes na fixação do estatuto da arbitragem e que constitui, como se sabe, um elemento fundamental desta tal como a LAV, entre outras leis, profusamente atesta.

É o caso de se invocar a nulidade dos *pacta de non petendo* para impedir que as partes de uma convenção de arbitragem possam acordar a exclusividade dos meios cautelares arbitrais, com preterição da possibilidade de recurso a medidas cautelares decretadas pelos tribunais estaduais em apoio à arbitragem.

Na verdade, com o devido respeito, discordamos desta posição, porque a opção que as partes possam tomar com aquela finalidade de reservar para a jurisdição arbitral o exclusivo do poder cautelar não viola qualquer princípio processual civil, dado que a LAV admite expressamente, à livre opção das partes, quer a via cautelar arbitral quer a via cautelar judicial, tal como resulta do disposto nos arts. 20.º, número 1., e 29.º da LAV e mais, quer o âmbito quer a inominalidade das medidas cautelares arbitrais, para além do seu menor formalismo relativamente às medidas judiciais, e, ainda, o natural melhor conhecimento da matéria do litígio pelo árbitro, podem perfeitamente justificar um acordo legítimo entre as partes no sentido de preferirem a exclusividade das medidas cautelares arbitrais.

É assim a própria lei que permite fundadamente a alternatividade da escolha. A violação do princípio *pacta de non petendo* existiria se se privasse em absoluto a possibilidade de acesso à obtenção de medidas cautelares, o que não é o caso. Em resumo, este princípio processual visa assegurar o acesso à justiça, proibindo qualquer forma de impedimento ou restrição desse direito. Mas, obviamente, isso não se verifica *in casu* porque o acesso à justiça é assegurado pela via cautelar arbitral na matéria objeto do processo arbitral em questão. Trata-se apenas de uma opção de meios.

A predisposição para restringir a arbitragem e limitá-la a uma forma subordinada de dirimção de litígios ainda existe, como se vê, no pensamento jurídico nacional. Porém, traduz uma anomalia relativamente ao estado de desenvolvimento da arbitragem, quer doméstica, quer ainda mais vincadamente da arbitragem internacional.

A comprovar o que afirmamos importa citar o art. 19.º da LAV que apenas admite a intervenção dos tribunais estaduais na arbitragem nas matérias reguladas e nos termos estritos previstos naquela lei, isto é, a competência específica (1) de apoio à arbitragem (concessão de medidas cautelares, quando lhe forem solicitadas em alternativa a idêntica competência dos tribunais arbitrais, obtenção

de prova, nomeação de árbitros em falta e reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras) e (2) de fiscalização da validade de sentenças arbitrais e o julgamento de recursos se as partes nisso tiverem acordado.

Evidentemente que, se as partes tiverem, ao invés, acordado que a regulação de determinado processo arbitral seja feita, ao menos parcialmente, pela lei processual civil, não deixa de ser aplicável esta lei escolhida, o que todavia, só por si, não inviabiliza a liberdade das partes concederem exclusividade às medidas cautelares arbitrais relativamente às medidas cautelares judiciais.

Isto dito, em que se baseia, pois, a arbitragem para assegurar às partes a solidez, a consistência e credibilidade da sua função? Ou seja, o que garante às partes que a arbitragem é um meio competente e seguro, credível, para a resolução de um litígio com preterição de um tribunal estadual?

Vários são os fatores em que se funda o edifício da arbitragem. Vejamos, seguramente com caráter exemplificativo:

- 1) em primeiro lugar, a lei de arbitragem aplicável (a *lex arbitri*) deve conter, e em regra contém, normas explícitas sobre o estatuto do árbitro, incluindo direitos e deveres;
- 2) em segundo lugar, a existência de regras sobre a escolha e designação dos árbitros no caso de as partes não terem nisso acordado;
- 3) igualmente, a previsão do dever de revelação pelo árbitro de circunstâncias eventualmente inibitórias do exercício do encargo;
- 4) do mesmo modo, regras sobre o processo de recusa de árbitro;
- 5) e, ainda, regras sobre a responsabilidade civil do árbitro (designadamente, por escusa injustificada do exercício do encargo uma vez aceite e, também, por prolação injustificada do laudo arbitral fora de prazo);
- 6) Normas sobre os fundamentos de impugnação do laudo arbitral devem também naturalmente existir na lei arbitral aplicável;

- 7) A boa escolha do árbitro, o que inclui na composição do seu perfil a honestidade, a independência, a imparcialidade, o conhecimento do objeto do litígio e da melhor forma de o resolver e, por fim, a sua retidão de caráter e o bom senso constituem fatores de uma decisão fundamental para que a arbitragem decorra como a boa dirimção de um litígio necessariamente requiere.
Devem lembrar-se, a propósito, que a escolha dos árbitros constitui um dos mais importantes atos do processo arbitral;
- 8) Por fim, a ética arbitral que comporta o conjunto de normas *praeter legem* e *infra legem* que, em parte, estão contidas em códigos de *soft law*, entre os quais se incluem as regras da UNIDROIT e as guidelines da IBA (particularmente, as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), além dos regulamentos arbitrais quando existam, mas também as normas gerais da ética aplicáveis a cada caso, conforme o circunstancialismo vigente, designadamente de tempo e de espaço onde decorra a arbitragem.

Tudo isto assegurado, deve confiar-se nas virtudes da arbitragem, não apenas no âmbito doméstico, mas também no plano internacional.

Qualquer interferência de outros valores e formas processuais estranhas à arbitragem, seguramente que desequilibram a estrutura e os alicerces do edifício arbitral e, seguramente, a sua eficiência.