



CONTENCIOSO & ARBITRAGEM



Virtudes de uma alternativa

A arbitragem tem-se vindo a afirmar como uma ferramenta cada vez mais útil para a resolução de litígios do foro empresarial. Advogados de quatro sociedades, especialistas em contencioso e arbitragem, dão a sua visão sobre o estado atual deste modelo alternativo, bem como sobre uma das mais recentes reformas em matéria de processo administrativo.

ADVOGADOS

A Arbitragem: O efeito de contenção do litígio



PAULO DE MOURA MARQUES

Sócio fundador da AAMM – Abecasis, Azoia, Moura Marques e Associados, Sociedade de Advogados

A arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, tem como ideia central que a mesma deve poder ser admitida por partes em conflito (sejam entidades públicas ou privadas), num ambiente de liberdade de escolha, traduzida na convenção arbitral.

Na sua essência, o recurso ao Tribunal Arbitral orienta-se por uma escolha das partes conflitantes, por se sujeitarem a uma entidade com poderes afins dos tribunais estaduais, mas em quem confiam para uma solução de igual ponderação e justiça, mas com

aproveitamento das vantagens que reconheçam a uma solução arbitral, quando confrontada com uma solução por tribunal estadual.

Tradicionalmente apontavam-se as razões de celeridade e reserva para se justificar o recurso à arbitragem, mas essas vantagens estão hoje mitigadas, seja porque as arbitragens em matérias complexas não são necessariamente céleres (podendo ser mais céleres que as decisões judiciais), e a reserva ou sigilo arbitral, ainda que repetido na lei, é posto em causa em vários campos, seja pela publicação

das sentenças, seja pelo mecanismo do recurso jurisdicional ou do pedido de anulação, nos quais a reserva fica posta em causa (ainda que não haja publicitação do nome das partes nas bases de acesso público).

Uma das vantagens que, no entanto, a arbitragem encerra – e particularmente quanto a contratos de longa duração, sejam contratos públicos ou privados – tem que ver com um fenómeno bem conhecido pelos litigantes, mas menos perceptível pelas partes e público em geral e que apelidaremos como o “efeito de contenção do litígio”. Este efeito de contenção do litígio, corresponde a uma limitação da extensão do conflito entre as partes. Ou seja, num contrato de longa duração ou com múltiplos aspectos de cumprimento, as partes submetem ao Tribunal Arbitral um dado aspecto de cumprimento dessa relação mais vasta e pedem a esse uma decisão, assim conseguindo restringir o impacto nas suas relações, evitando, pois, um efeito de contágio nas suas relações

que levasse uma dessas a submeter a questão do incumprimento geral do contrato a decisão judicial, pondo fim à relação.

Nenhuma barreira legal existe a que as partes desavindas sobre um aspecto concreto das suas relações mais vastas, submetam a um tribunal estadual a decisão dessa questão concreta, porém, raramente o fazem – seja em Portugal, seja em outras jurisdições – pois que a prática nos mostra que ao submeterem a questão ao Tribunal estadual, em regra, quer a parte demandante, quer a parte demandada, adquirem a convicção que a relação ficou ferida de morte e orientam os seus pedidos ao tribunal segundo essa lógica, em regra, para declaração de extinção do contrato e pedidos de responsabilidade contratual.

Distintamente, quando existe cláusula arbitral ou quando as partes aceitam acordar num compromisso arbitral, tal vem acompanhado de uma sensação que ambas as partes querem segregar o seu conflito para uma sede

de decisão privada, que decida de modo que ambas aceitem, mas sem afectar as suas relações mais vastas ou outras obrigações no mesmo contrato, que ambas pretendem continuar a cumprir.

Casos típicos deste “efeito de contenção do litígio” são conflitos arbitrais sobre aplicação de multas (sanções) contratuais em contratos de empreitada, mas em que não haja declaração de incumprimento e de resolução contratual, situações de discussão de valores de reequilíbrio financeiro por trabalhos a mais ou serviços suplementares, conflitos sobre direitos de intervenção de terceiros em contratos com várias partes, definição de obrigações de solidariedade entre várias partes obrigadas num contrato.

Acreditamos que, sendo já uma tendência visível, no futuro da prática arbitral estas situações serão recorrentes e a opção por tribunais arbitrais quando haja vontade das partes em conter os efeitos do litígio será a opção mais adoptada.

Uma verdadeira alternativa de resolução de litígios



JOÃO CAIADO GUERREIRO

Advogado, sócio da Caiado Guerreiro & Associados



SANDRA FERREIRA DIAS

Advogada, sócia da Caiado Guerreiro & Associados

Nascidos nos Estados Unidos da América na década de sessenta, os meios de resolução alternativa de litígios (“*alternative dispute resolution*”) afirmaram o seu papel, especialmente a partir dos anos oitenta, nos países desenvolvidos, quer do Continente Americano, quer da Europa.

Os modelos consensuais de resolução de litígios, mormente a Arbitragem, têm-se propagado como uma verdadeira alternativa ao estilo clássico de litígio – o judicial, promovendo-se assim uma justiça negociada, de consenso e reparadora. Com efeito, a sociedade hodierna, sobretudo o seu sector empresarial, possui elevados padrões de exigência e eficácia que não se coadunam nem revêm na morosidade e ineficácia da resposta do sistema judicial.

No sistema jurídico português, a Arbitragem tem-se afirmado como

a alternativa por excelência aos Tribunais. Tendo nos anos oitenta, por via da revisão constitucional de 1982, sido ultrapassadas as dúvidas suscitadas, até então, sobre a constitucionalidade dos tribunais arbitrais, que resultou na criação da primeira Lei da Arbitragem Voluntária, regulada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

A nova Lei da Arbitragem Voluntária, entrada em vigor em 2012, veio, cremos, gerar a necessária confiança nas empresas, nacionais e estrangeiras, e nos cidadãos de que a arbitragem realizada em Portugal se demonstra um meio adequado, justo e eficaz de resolução de litígios.

Portugal, e Lisboa em particular, afirmaram-se como lugar de excelência para a realização de arbitragens internacionais. Longe vai o tempo

em que a Arbitragem em Portugal era tida como um mero meio de libertação das instâncias judiciais, acolhendo actualmente processos de igual ou maior importância face aos tribunais judiciais, particularmente no âmbito das relações comerciais internacionais.

Ao mesmo tempo, o processo arbitral é credibilizado pelo Estado quando confere eficácia jurisdic-

cional à sentença arbitral e quando consagra o pedido de anulação da decisão arbitral enquanto meio único de reacção à sentença arbitral, sem prejuízo da possibilidade do recurso extraordinário de revisão. Ora, ao firmar a acção de anulação enquanto via irrenunciável pelas partes de efectiva tutela e controlo estadual, o Estado mune de autonomia a decisão arbitral e

investe confiança no processo arbitral.

Impõe-se continuar a dotar a Arbitragem de instrumentos que permitam reforçar e credibilizar o seu papel e garantir eficácia nas suas decisões, porquanto só assim esta via de resolução de litígios cumprirá o seu primacial desígnio, enquanto verdadeira alternativa ao tradicional sistema judicial.

A reforma do Contencioso Administrativo



MIGUEL LORENA BRITO

Sócio FCB, Coordenador do Departamento de Direito Administrativo

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), ambos de 2002, foram recentemente alterados através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

Como é habitual neste tipo de reformas, os principais objectivos anunciados foram a *simplificação e agilização da justiça administrativa*, objectivos que o legislador pretende alcançar, em especial, através da aproximação do processo adminis-

trativo ao processo civil, tal como este se encontra regulado no actual CPC. É neste contexto que é consagrado no CPTA um *modelo unitário* para todos os processos declarativos não urgentes, que passam a seguir, todos eles, a forma de *acção administrativa*. Trata-se de uma das alterações mais significativas e que extingue o tradicional modelo dualista do processo declarativo que, desde a reforma de 2002, se traduzia na distinção entre acção administrativa comum e especial.

De salientar, também, a alteração na contagem dos *prazos de impugnação* de actos administrativos, que passa a ser feita de acordo com as regras do artigo 279.º do Código Civil, deixando assim de beneficiar da suspensão durante as férias judiciais introduzida na reforma de 2002.

São igualmente introduzidas diversas alterações nos processos urgentes, designadamente, no *contencioso pré-contratual*, onde se destaca a consagração expressa, para cumprimento da Directiva Recursos, do *efeito suspensivo automático* decorrente da impugnação dos actos de adjudicação. Ainda no âmbito dos processos urgentes, é de assinalar que a “evidente procedência da pretensão” a formular na acção principal deixou de constituir critério de atribuição de providências cautelares.

De notar ainda que o CPTA admite, agora, a impugnação, em processo

“ Estamos perante uma reforma profunda do Contencioso Administrativo que, no geral, visa a sua simplificação ”

arbitral, de actos administrativos relativos à formação de contratos, desde que se estabeleça, no programa do procedimento, o modo de constituição do Tribunal Arbitral e o regime processual a aplicar.

Quanto às alterações inseridas no ETAF, destaca-se a inclusão no âmbito da jurisdição administrativa das impugnações de contra-ordenações em matéria de urbanismo. Nas palavras do legislador, esta alteração constitui uma primeira medida de concretização do objectivo de passar para os Tribunais Administrativos todos os processos relativos aos ilícitos de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo.

Estamos perante uma reforma profunda do Contencioso Administrativo que, no geral, visa a sua simplificação. A experiência da anterior reforma diz-nos, no entanto, que a sua implementação poderá não ser isenta de dificuldades.

Contencioso e Arbitragem: o passado, o presente e o futuro



JOSÉ CARLOS SOARES MACHADO

Sócio da SRS Advogados

“O presente é tão incompreensível como o ponto, pois se o imaginarmos em extensão, não existe”, escreveu um dia Jorge Luís Borges. Ora, no que toca ao ordenamento jurídico, esta ideia parece adequar-se bem e deste modo qualquer opinião será sempre mais certa quanto ao passado, porque já o vimos ou conhecemos, e mais segura quanto ao futuro, porque nos é dada a liberdade de o perspectivarmos.

Assim, parece-me que um dos grandes desafios que se colocam hoje, na prática jurídica, é precisamente conseguir manter aquilo que de bom o passado deixou (e por passado leia-se os sistemas tradicionais) e antecipar o futuro, acolhendo o que de inovador nos traz.

Falar-se em Contencioso já não tem a mesma significância que tinha. A perspectiva desta área como sendo generalista deu lugar a uma nova realidade envolvida por uma grande especialização. É comum falarmos agora em *litigation*, importando a linguagem britânica, ou em *dispute resolution*, na linguagem norte-americana. No mundo continental, esta é uma especialização que surge mais tarde e foi vista, durante muitos anos, como a clínica geral das áreas de prática do Direito.

Naturalmente, hoje, como há trinta anos, a dita *litigância tradicional*, enquanto jogo de partes, orientado por um juiz, continua presente no

dia-a-dia de qualquer departamento de Contencioso. Acontece que, entretanto, surgiram novas possíveis regras para este jogo. Por exemplo, dentro da chamada Resolução Alternativa de Litígios, a Arbitragem, volvidos quase trinta anos do seu desenvolvimento autónomo, desde 1986, assume agora um papel de grande relevo, com dignidade idêntica à de um tribunal. Em Portugal, com a aprovação da Nova Lei da Arbitragem Voluntária, em 2012, inspirada no modelo UNCITRAL, deu-se um grande passo legislativo, situação motivada pelo aumento da confiança por parte da doutrina e da jurisprudência, que, durante vários anos, foram reticentes quanto à “ameaça” que estes novos modelos representavam à tradição processualista.

Não será difícil compreender a apreensão da jurisprudência e até do legislador relativamente à Arbitragem, tendo em conta que esta representa, na sua génese, uma modelo de natureza em boa medida contraditória com a rigidez do Processo Civil. A Arbitragem permite que as partes criem as suas próprias regras, adaptando-as casuisticamente àquilo que são, ou serão, as necessidades do processo. Assim se procura ultrapassar o dilema do Processo Civil, que não só acompanha o nascimento da acção como ainda toda a sua vida, de forma rígida, impondo-lhe uma tramitação pouco flexível em nome de uma segurança que nem sempre existe.

Contudo, se olharmos para o Novo Código de Processo Civil, encontramos logo no art. 6.º o dever de gestão processual, preceito legal que não encontra correspondência directa no anterior código. Ora, o fim da norma é claramente permitir, ou, em melhor terminologia, impor ao juiz a adaptação da marcha processual às concretas necessidades do processo em causa, aliado ao princípio da adequação formal, vertido no art. 547.º do CPC, no sentido de uma mais rápida e justa resolução do litígio.

Aproximamo-nos assim da natureza da Arbitragem, que não procura exclusivamente a resolução do litígio mas antes a resolução do litígio de uma forma mais justa – sendo permitido às partes escolherem os árbitros, o tempo de duração da arbitragem e as regras aplicáveis. Na Arbitragem é um poder conferido às partes, mas a lógica processual parece-me idêntica à que hoje se encontra no Processo Civil – adaptar o direito adjectivo às necessidades concretas que cada caso apresenta.

Uma última mas importante nota que deve ser feita é a questão das custas processuais. Há uma tendência de pensamento de que o recurso à Arbitragem é substancialmente mais caro do que o recurso aos tribunais. Isto não é necessariamente verdade; atendendo à última alteração ao Código das Custas Processuais, quando estejam em causa acções de valor muito elevado, pode compensar o recurso à Arbitragem.

O futuro vai, portanto, passar certamente pela aproximação dos dois sistemas, conservando embora a sua individualidade filosófica própria. Mas a Arbitragem não mais irá parar de crescer.

“ Na Arbitragem é um poder conferido às partes, mas a lógica processual parece-me idêntica à que hoje se encontra no Processo Civil – adaptar o direito adjectivo às necessidades concretas que cada caso apresenta ”