

PRÁTICA ARBITRAL LUSO-BRASILEIRA

Fotos: Baobá Fotografia

Organizado pelo Centro de Mediação e Arbitragem da CPCB e pelo Veirano Advogados, o café da manhã tratou de questões relativas à Prática Arbitral Luso-Brasileira. Para falar sobre o assunto, foram convidados dois especialistas portugueses, da SRS advogados. A seguir, um resumo dos principais pontos abordados por eles durante o evento, realizado no dia 1º de julho.



Pedro Rebelo de Sousa, Clávio Valença Filho, Mariana França Gouveia, José Carlos Soares Machado, João Mattamouros Resende e Pedro Soares Maciel.



1. Público presente. | 2. José Carlos Soares Machado.



A evolução da arbitragem na lei, na jurisprudência e na doutrina, em Portugal e no Brasil

por Dr. Soares Machado, sócio da SRS Advogados, responsável pelo departamento de Contencioso e Arbitragem, e professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

“Uma breve comparação entre a evolução da arbitragem no Brasil e em Portugal revela desde logo um curioso paralelismo ao nível da lei, e também, embora menos, ao nível da doutrina, e ainda menos ao nível da jurisprudência. Tal não significa que estejam atualmente em patamares de evolução legal e doutrinária absolutamente idênticos e que o decurso desta ao longo dos últimos anos se tenha processado de modo também idêntico, isto é, a velocidades similares.

Há aspetos claramente diferenciadores e há outros aspetos em que a história evolutiva dos nossos dois países apresenta alguns pontos de equivalência e até, em alguns casos, os aproxima bastante entre si.

De uma situação que foi de utilização muito secundária, ou mesmo residual, até ao início dos anos 80, a arbitragem começou a suscitar em Portugal um interesse cada vez maior no mundo empresarial, advocatício e académico, o que reforçou a atenção do legislador e conduziu à consequente aprovação da Lei da Arbitra-

gem Voluntária (LAV) – (Lei 31/86 de 29 de agosto).

Uma lei bem estudada e elaborada, que relançou a arbitragem voluntária e que a transformou numa verdadeira alternativa ao judicial, que trouxe as condições necessárias para o aparecimento de um número cada vez maior de centros de arbitragem institucionalizada e que, afinal, serviu bem o objetivo da sua criação, permitindo o florescimento desta forma alternativa de resolução de litígios. Esta foi uma lei que, ao fim de 25 anos de vigência em que pouco foi modificada, cumpriu portanto bem o seu papel, estando agora em curso a sua substituição por um novo diploma que deverá estar aprovado até final do presente ano.

Por seu lado, a lei brasileira, aprovada dez anos mais tarde que a portuguesa (Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996), demorou ainda a ter uma aceitação generalizada, apenas tendo sido de fato, e de direito, aceita a respectiva constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal cerca de cinco anos depois.

Porém, apesar desta diferença, em ambos os países o crescimento da arbitragem nos últimos dez anos foi absolutamente extraordinário.

Em Portugal, é de tal ordem o atual sucesso desta forma alternativa de resolução de litígios que já extravasou largamente das tradicionais áreas do direito a que em geral é aplicável – o civil e o comercial – para entrar em ramos de direito público e, no futuro, mesmo na ação executiva.

Há alguns anos, era quase impensável que fosse possível estender a arbitragem, como meio de justiça alternativo aos tribunais judiciais, a litígios em que o próprio Estado ou outras pessoas coletivas públicas fossem parte interessada. Contudo, depois de recentemente aberta essa porta por meio da consagração legal da arbitragem administrativa, eis que surge a novidade da aplicação aos litígios tributários da novíssima lei da arbitragem fiscal.

Tal significa que o reconhecimento das vantagens e do correspondente sucesso deste meio alternativo se tornou tão generalizado que até o seu mais improvável adepto – o Estado – aderiu à possibilidade do seu uso, já não apenas para litígios entre terceiros, mas agora para litígios em que ele próprio é parte.

As razões são provavelmente as mesmas que têm levado cada vez mais agentes econômicos a considerá-la um meio superior de resolução de litígios e, como tal, desejável.

“Brasil e Portugal se encontram realmente no bom caminho, tanto no que respeita às leis que ainda vigoram, quanto no que se refere à evolução doutrinária e jurisprudencial”

Rapidez, confiança e experiência nos negócios

Basicamente, são dois os motivos da superioridade da arbitragem, em relação à justiça estadual: a rapidez e a confiança. É um lugar comum, mais que gasto, dizer que a justiça tardia é uma forma de sonegação. Mas é uma afirmação verdadeira. O justo equilíbrio entre a segurança – que não aconselha excessos de velocidade – e a rapidez – que não deve impedir o aprofundamento das questões a resolver – é algo muito difícil de encontrar, em Portugal, no Brasil ou em outro qualquer local.

Ao longo dos tempos, a realidade judiciária vai pendendo cada vez mais para a lentidão excessiva. Esta é certamente uma das primeiras razões, senão mesmo a primeira, pelas quais os agentes tendem frequentemente a dar preferência à justiça arbitral. A segunda das principais razões tem a ver com a confiança que os cidadãos querem ter na capacidade e no empenho dos juízes para decidir bem.

Quer isto dizer que consideram os juízes menos competentes ou menos sérios? Definitivamente, creio que considerem os magistrados judiciais, na sua esmagadora maioria, competentes e sérios. O problema está no seguinte: as circunstâncias em que exercem a magistratura não lhes deixa muitas vezes o tempo necessário para estudarem com a desejável profundidade os assuntos que têm para decidir. Estas as razões mais visíveis para o êxito cada vez maior da arbitragem. O tempo de decisão e a especialização.

Mas há ainda uma terceira razão, muito próxima, em peso, das outras duas: a experiência e o conhecimento profundo do mundo dos negócios, que a generalidade dos juízes não têm, e que uma boa parte dos advogados e jurisconsultos – principal fonte de escolha de árbitros – sem dúvida têm.

Penso que a realidade no Brasil não é diferente da que acabo de analisar, e que tal explica bem a verdadeira explosão da arbitragem aqui, sobretudo nos últimos seis ou sete anos.

Brasil e Portugal se encontram realmente no bom caminho, tanto no que respeita às leis que ainda vigoram, quanto no que se refere à evolução doutrinária e jurisprudencial. Ambos os países, e em particular os profissionais que mais se dedicam a esta matéria, só terão a ganhar com o reforço do intercâmbio e troca de informação, como esta que hoje aqui estamos a fazer. É do trabalho conjunto que poderá, e deverá, resultar uma melhor e mais rápida evolução da arbitragem nos nossos dois países.”

Intervenção judicial na arbitragem

por Dra. Mariana França Gouveia, professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e consultora da SRS Advogados

“Tema sempre sensível e charneira de um bom ambiente arbitral: a arbitragem só terá sucesso num ordenamento jurídico se os mecanismos de articulação existirem numa lógica de mútuo respeito.

Porque não é possível arbitragem sem apoio estadual, judicial, seja esse apoio expresso, seja tácito. Os últimos anos, essencialmente desde a Lei Modelo, têm sido claros no avanço da autonomia de arbitragem face ao judicial e, mais importante, ao reconhecimento de um igual estatuto.

A evolução doutrinal, jurisprudencial e, por fim, legal de alguns tópicos nesta matéria tem dado aos tribunais arbitrais toda a dignidade jurisdicional que merecem. Esta evolução é fruto, sem dúvida, do advento de uma postura ideológica mais literal, que vê no monopólio da justiça oficial algo de injustificado.

A arbitragem assume-se, assim, no início do séc. XXI como uma forma de justiça capaz, autossuficiente, adequada, eficaz. Isto não significa, porém, que a arbitragem possa subsistir sem um apoio judicial. Ainda que custe, essa sustentação é necessária, tendo em conta as limitações do Instituto. É necessária desde logo para a prática de atos executivos (máxima de sentença), é necessária para fazer terceiros não vinculados pela convenção virem ao processo colaborador, é necessária, pois, para a própria eficácia de arbitragem.

Mas é ainda condição da sua eficácia externa. O que quero dizer é que o Estado, em especial através da ação de anulação, mas também do reconhecimento de sentenças arbitrais e estrangeiras, guardará sempre para si a possibilidade de parar a execução da sentença arbitral. O judiciário é, assim, imprescindível à arbitragem.

“O judiciário é imprescindível à arbitragem”



1. Clávio Valença Filho, Mariana França Gouveia, José Carlos Soares Machado e Pedro Soares Maciel. | 2. Clávio Valença Filho, Paulo Ventura Seabra, Isabel Cantidiano. | 3. Vista Geral do evento.

Medidas cautelares

Neste tema, a LA brasileira leva vantagem. Devo confessar, porém, que a leitura do art. 22º- §4º me enganou: fiquei com a ideia que os tribunais arbitrais não podiam, face à lei brasileira, decretar medidas cautelares. A leitura, porém, da doutrina levou-me à conclusão que não é este o sentido do preceito. Os tribunais arbitrais podem decretar medidas cautelares, pedindo aos tribunais judiciais que, caso seja necessário, as executem.

Ora é infelizmente, não pode dizer-se que a realidade portuguesa esteja neste nível – a nossa LAV nada diz sobre medidas cautelares, e esse silêncio foi interpretado, até há pouco tempo (2003), como não permitindo aos tribunais arbitrais decretarem estas medidas. Hoje, a doutrina tem caminhado no sentido de admitir o decretamento das providências, mas apenas daquelas que não implicam poderes de *tus imperi*.

E, por isso, tem sido excluído o arresto de bens.

A LAV/APA propõe a adoção do novo regime da Lei Modelo introduzido em 2006. É passar do 8 para o 80! Questão muito polémica é a da possibilidade de o tribunal arbitral decretar medidas sem a audição da parte contrária, sem cumprir o princípio do contraditório.

Vejo que tal possibilidade existe para a lei brasileira, mas realmente em Portugal a proposta de inclusão das ordens preliminares não tem sido pacífica. Por outro lado, a nova redação da lei modelo (2006) sobre esta matéria é muito complexa e foge aos conceitos dogmáticos do direito português. A sua provável inserção no nosso ordenamento jurídico trará, sem dúvida, dificuldades de aplicação para os tribunais portugueses.

Este é um tema de enorme avanço no estatuto jurisdicional pleno da arbitragem. O passo só poderá ser dado se se confiar no instituto. Mas haverá sempre limitações decorrentes da natureza privada de jurisdição arbitral – limitações que, por muito que queiramos, não são ultrapassáveis.

Arbitrabilidade e ordem pública

Gostaria ainda de dizer algumas palavras sobre dois temas recorrentes na arbitragem, temas em que há similitudes de disposições nas leis portuguesa e brasileira. Refiro-me aos temas da 'arbitrabilidade' e de 'ordem pública'.

O conceito de arbitrabilidade da lei portuguesa é também o da disponibilidade do direito. No entanto, como aconteceu com vários temas arbitrais, o conceito de disponibilidade vem sendo alargado consideravelmente pela doutrina e pela jurisprudência.

Distingue-se disponibilidade absoluta (onde não é permitida a arbitragem) e disponibilidade relativa (onde a arbitragem é válida). Esta verifica-se nos casos em que o direito pode ser exercido publicamente, por iniciativa oficiosa, por exemplo, pelo MP. Em todos os restantes casos – que serão a larguíssima maioria do Direito Privado – há apenas esta disponibilidade relativa pelo que não se colocam problemas de arbitrabilidade.

Esta evolução permite admitir sem problemas arbitragens em áreas como direitos de indenização por violação de direitos de personalidade ou, como num caso que gerou polémica em Portugal, por indenização de clientela. A proposta da LAV/APA consagra, porém, o critério da patrimonialidade, adotado pelas leis suíça e alemã, muitíssimo mais liberal, pelo menos na teoria.

Por fim, a questão da ordem pública enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral. Tal como a lei brasileira, a lei portuguesa não consagra a ordem pública como fundamento de anulação das sentenças arbitrais. Lá, tal como aqui, a doutrina caminhou no sentido contrário: o de entender que a ordem pública é fundamento de anulação da sentença arbitral. No entanto, o consenso foi rompido quando a APA, na sua Proposta da APA, excluiu propositadamente esse fundamento.

Estou pessoalmente convencida que mesmo não se escrevendo na lei, a violação da ordem pública será sempre fundamento de anulação, enquanto elemento de correção de desvios inadmissíveis face à ordem jurídica nacional." ☺

“Haverá sempre limitações decorrentes da natureza privada de jurisdição arbitral: limitações que não são ultrapassáveis.”