

NECESSIDADE DE UMA NOVA ORDEM JUDICIAL A ARBITRAGEM

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

1 — Com a publicação da lei-base que fixa o enquadramento legal da arbitragem — Dec.-Lei n.º 243/84, de 7 de Julho — introduziu-se, finalmente, na Ordem Jurídica portuguesa o quadro da arbitragem voluntária em termos que permitirão a sua divulgação como forma moderna, racional e expedita de resolução de litígios.

O Código de Processo Civil, no seu livro IV, tem regulado o processo de constituição do tribunal arbitral.

Todavia, fruto das determinantes políticas da época em que o processo foi concebido, encerra em si as razões do insucesso.

Na verdade, o principal factor de êxito da arbitragem reside na sua não subordinação à tutela da ordem judicial do estado. Na autonomia do seu processo de resolução de litígios, na possibilidade de se definir, não só como uma nova via jurisdicional, mas também como um novo e autónomo critério de julgamento.

A arbitragem encontra terreno impróprio nas sociedades políticas centralizadas e dominadas por princípios totalitários.

Sinal claro daquele insucesso surge em várias disposições do Código: a preparação do processo compete ao juiz de direito e o tribunal instala-se no tribunal da comarca em que a causa devia ser proposta, segundo as regras normais de competência (art. 1517.º); o juramento dos árbitros é deferido pelo juiz da comarca (art. 1518.º); os termos do processo são os

que, segundo o Código, correspondam à causa a decidir (art. 1519.º), etc., etc.

Por todos os países em que a arbitragem se tem incrementado, o fenómeno do seu êxito deve-se, sem dúvida, à criação de associações privadas dedicadas à sua divulgação e prática, nomeadamente mediante a publicação de revistas especializadas, e à formação de verdadeiras escolas de arbitragem que, obviamente, não obedecem aos pressupostos do complexo judicativo dos tribunais. Algumas dessas associações constituem mesmo verdadeiras instâncias arbitrais de grande prestígio no domínio da arbitragem institucionalizada, como sucede com o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, e com a American Arbitration Association.

Aliás, é curioso notar, ainda a propósito da necessidade de se garantir à arbitragem independência do poder judicial como condição do seu desenvolvimento que, no Reino Unido, apesar de constituir um País de forte divulgação e implantação da arbitragem, vigorou até ao Arbitration Act, 1979, uma importante limitação da autonomia dos árbitros. Na verdade, estes julgavam a matéria de facto, fixando os factos provados, mas, na matéria de direito, deveriam submeter ao juiz um ou mais de um projecto de sentença para sancionamento (*case stated*).

Sem dúvida resultante de pressões, provenientes especialmente de comerciantes estrangeiros e por forma a salvaguardar o tradicional prestígio do *forum* arbitral de Londres, o English Arbitration Act, 1979, revogou aquela subordinação, o que bem demonstra a necessidade marcante de separar, tanto quanto possível e conveniente, a arbitragem dos tribunais do estado.

2 — A arbitragem pode ser analisada em dois campos distintos da sua intervenção: na jurisdição interna, a que aliás o Decreto-Lei n.º 243/84, agora publicado, limita a sua aplicação, e na jurisdição internacional.

Na ordem interna, a sua necessidade não é tão sentida, pois, a não ser nos casos de inadequado funcionamento dos tribunais judiciais, como sem dúvida parece ser essa uma das razões importantes que levou o legislador português a refor-

mular agora a legislação da matéria, a função jurisdicional é desempenhada, e continuará a sê-lo, principalmente, pelos tribunais estaduais.

Porém, nas relações internacionais, com saliência para as de natureza comercial, diversas razões contribuem para a grande importância e popularidade da arbitragem.

Em primeiro lugar, pela circunstância determinante de as normas de conflito de cada estado se revelarem assaz diferentes entre si, o que significa que, em cada país, a mesma causa pode ser julgada por ordens jurídicas distintas e, assim, com soluções porventura díspares.

Por outro lado, cada parte pretende, compreensivelmente, não se subordinar à lei e aos tribunais da contraparte. E uma vez que a escolha de um tribunal e de uma *lex fori* de um terceiro estado não se basearia em factores de conexão fortes com a relação jurídica em questão, só o recurso à arbitragem, e nomeadamente atribuindo aos árbitros competência para julgarem segundo os usos internacionais comerciais (*lex mercatoria*), constitui a solução mais aceitável.

3 — Em Portugal, e apesar de alguns exemplos históricos em sectores limitados de recurso a arbitragem por disposição legal, como tem sido o caso das expropriações e da resolução de conflitos colectivos de trabalho, aliás de acentuado uso antes de Abril de 1974 e enquanto vigorou o Decreto-Lei n.º 49 212, de 28 de Agosto de 1969, a arbitragem privada não tem tradição nem história.

O que é, porém, mais grave, é que as autoridades governamentais, não só nada têm feito para a divulgação da arbitragem, como no domínio internacional têm descurado, não sabemos bem se por desconhecimento, se por insensibilidade, a adesão a convenções internacionais essenciais no comércio internacional.

Efectivamente, Portugal ainda hoje não aderiu à Convenção para o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de Junho de 1958, conhecida por Convenção de Nova Iorque, mantendo apenas a sua adesão ao Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitragem em Matéria

Comercial, assinado em Genebra em 24 de Setembro de 1923, e à Convenção sobre a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 26 de Setembro de 1927, conhecida por Convenção de Genebra, ambos os instrumentos publicados no «Diário do Governo» de 13 de Janeiro de 1931.

Enquanto estas últimas foram emanações da Sociedade das Nações, a Convenção de Nova Iorque, com o propósito de readaptar os instrumentos internacionais à nova ordem política e económica internacional pós-segunda guerra mundial e, simultaneamente, com a intenção de aperfeiçoar e tornar eficaz o mecanismo do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, surgiu por iniciativa das Nações Unidas e visou substituir as antiquadas convenções de Genebra.

A ela aderiram, desde há muito, os países mais importantes da vida económica internacional e sem dúvida aqueles com os quais o nosso País mantém relações comerciais mais estreitas.

Em Março de 1983, a Convenção vigorava em 64 países do Mundo.

É certo que a Convenção de Nova Iorque resultou em parte da actuação determinante dos novos estados descolonizados na nova cena da comunidade internacional pós-guerra e o nosso País não manteve relações muito cordiais com as Nações Unidas até 1974.

No entanto, decorridos que vão dez anos, ainda assim não se vislumbra a decisão do Governo em tão importante matéria do comércio internacional.

Na verdade, nem sequer razões de natureza técnica ou de preservação de domínios reservados da jurisdição interna podem explicar a não adesão, uma vez que a Convenção de Nova Iorque permite a formulação de duas importantes reservas, prevendo essas preocupações de soberania: a primeira consiste na possibilidade de qualquer estado limitar a eficácia da Convenção exclusivamente às sentenças arbitrais proferidas no território de um outro estado membro (isto pela razão de se tratar de uma convenção de eficácia multilateral aberta, ou seja, sem a formulação daquela reserva, os estados membros devem reconhecer qualquer sentença arbitral, seja ou não

proferida no território de outro estado membro). A segunda reserva respeita à possibilidade de os estados poderem igualmente limitar a sua adesão aos diferendos de natureza comercial, excluindo outros (acidentes de viação, de direito administrativo, etc.).

Todavia, o País aderiu recentemente a uma convenção que, por se referir a domínios específicos das relações económicas privadas internacionais, mais facilmente parece ter sido detectada a sua existência (há já vinte anos, na Ordem Jurídica Internacional) por organismos de competência especializada do Estado. Referimo-nos à Convenção de Washington, de 18 de Maio de 1965, elaborada sob a iniciativa do B.I.R.D. (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento), a que Portugal aderiu, por certo despertado pela sua actual política de cativação de investimentos externos, como se vê do depósito do instrumento de ratificação tornado conhecido pelo Aviso publicado no «Diário da República» de 4 de Setembro de 1984.

4 — Apesar de a arbitragem encontrar nas relações privadas internacionais campo mais fecundo, certo é que na jurisdição interna tal importância pode não ser inferior quando circunstâncias especiais facilitam a sua utilização.

Em Inglaterra, a organização judiciária vigente distingue entre *high courts* e *low courts*, reservando a estes últimos, como tribunais de 1.^a instância que são, uma função menos efectiva e determinante do que sucede na Europa continental. Com efeito, vários tribunais desta natureza, alguns mesmo constituídos por magistrados que não são de carreira, não se integram sequer na organização judicial do Estado, razão por que aos tribunais arbitrais, por tradição, é reservada uma função mais permanente, significativa e especializada, não só no campo do direito comercial marítimo, mas no do direito comercial em geral.

Noutros países de *common law*, como é o caso da maioria dos estados federados dos Estados Unidos da América, à arbitragem encontra-se mesmo reconhecida uma utilização superior à normal noutros países de grande divulgação dos tribunais

arbitrais (Grã-Bretanha, Alemanha, Holanda e países escandinavos), pois é frequente submeter a arbitragem acções emergentes de acidentes de viação ou a simples fixação de taxas de incapacidade para o trabalho e a graduação da indemnização consequente de qualquer causa que tenha originado aquela.

Noutros países, porém, procurou-se na arbitragem a solução para a incapacidade dos próprios tribunais judiciais.

Atendendo à reduzida consideração que o legislador português tem reservado à arbitragem em geral, até ao momento, e tendo sobremaneira em conta que o Decreto-Lei n.º 243/84 se cinge apenas à jurisdição interna, numa opção clara do incremento da arbitragem nesse domínio, sem denotar simultaneamente, a relevância que a jurisdição internacional naturalmente deveria merecer, sem dúvida que o Governo visou, com aquele diploma, obter da arbitragem auxílio para a resolução das endémicas e, dia a dia, mais graves carências da organização judicial do Estado.

Mas, mesmo em condições de funcionamento normal dos tribunais, isto é, em condições de suficiente resposta às necessidades dos cidadãos, o que não é infelizmente o caso português presente, ainda assim a arbitragem, quando correctamente administrada, sobreleva em vantagens as que os tribunais do Estado podem apresentar.

Na verdade, estes obedecem a uma jurisprudência de características hierarquizantes e, simultaneamente, encontram-se embrenhados no vasto complexo normativo do estado, do qual raramente se conseguem autonomizar, completa e livremente, e quase sempre assumem, de várias e distintas formas, o papel de representantes do interesse público, da moral pública ou da ordem social oficial que os estados prosseguem. Esta afirmação que fazemos não prejudica o conceito de independência dos tribunais, característica que, no entanto, contradiz a de eles constituírem, ao mesmo tempo, órgãos de soberania do Estado de que constitucionalmente fazem parte.

Para ilustrar vantagens significativas dos tribunais arbitrais sobre os tribunais judiciais são inúmeros os exemplos possíveis.

Na verdade, em quantos processos judiciais, na história dos tribunais cíveis em Portugal, se denegou justiça com fundamento na clássica questão, hoje felizmente quase resolvida, do conceito de legitimidade processual?! Em quantos e quantos processos, magistrados judiciais se filiaram na doutrina de José Alberto dos Reis para derrubar aquela outra de Barbosa de Magalhães, e vice-versa, fazendo triunfar, por meras razões de escola, uma tese sobre a outra, soçobrando as acções sem que o mérito da causa pudesse ser conhecido?!

Quantos legítimos interesses das partes, quantos dias, meses, anos de trabalho intenso de advogados generosos se consumiram em defesa de uma causa justa, mas, no Supremo Tribunal de Justiça, isto é, na instância máxima da aplicação da Justiça e do Direito, se minimizaram e, sem glória, se apagaram no altar da distinção entre questão de facto e questão de direito?!

Sem dúvida que é legítimo aceitar que o S.T.J. se deve limitar a constituir um tribunal de revista e que para delimitar essa competência é essencial estabelecer a distinção entre matéria de direito e matéria de facto.

Mas com que critério seguro e uniforme se foi estabelecendo a diferença? Que linha de guia clara e objectiva existe na lei, na jurisprudência ou na doutrina que não sejam construções muito elaboradas, abstractas e por isso frágeis?

Os exemplos poderiam ser multiplicados no campo das questões de interpretação da lei de processo, pressuposto e instrumento da aplicação da lei substantiva. Mas, na verdade, o que sucede é que, se as dificuldades interpretativas surgem na própria lei processual, como é o caso, ao ponto de se criarem escolas, muito distantes se encontram os tribunais judiciais de julgarem o mérito das acções.

Um episódio confrangedor é dado pelo caso a que se refere o recente acórdão do S.T.J. publicado no B.M.J. n.º 332, a páginas 447, que é bem elucidativo da ineficiência dos tribunais por meras questões sem interesse para as partes e de que só elas saem lesadas.

Os tribunais arbitrais, sem deixarmos de lhes poder apon-

tar alguns perigos que referiremos adiante, não são dominados por questões desta natureza.

Até mais do que isso: os tribunais arbitrais não têm de se confinar aos critérios judiciais de interpretação da lei, nem à estrutura de raciocínio que as instâncias judiciais utilizam para julgar, desde logo, como assinalámos atrás, pela razão de não se submeterem à hierarquia jurisprudencial. Igualmente, pelo facto de muito mais facilmente poderem combinar critérios pragmáticos com a lei, através do conhecimento, pelos árbitros, dos usos normativos do comércio ou da actividade envolvida na arbitragem, bem como, muito frequentemente, pela conjugação racional da lei com critérios de equidade e de justiça prática muito melhor sentida pelos árbitros do que por um magistrado que, por ofício, deve julgar, em linha contínua, questões tão diferentes como as de inquilinato, de direito comercial marítimo, divórcios, de direitos reais, sucessórios, etc.

A jurisprudenciação da arbitragem, no entanto, pode ocorrer pela via da atribuição do direito de recurso para os tribunais judiciais das decisões dos árbitros. Uma vez que tal faculdade, porém, depende das partes e ainda porque, numa fase embrionária como é a nossa, não é fácil conceber, na prática, a existência de tribunais de recurso igualmente arbitrais, nomeadamente institucionalizados, tal fenómeno poderá representar uma consequência para as partes, compensada, no entanto, com o simples direito de submeter o diferendo a nova instância de apreciação e de decisão.

Aquela consequência pode revestir facetas negativas se o julgamento arbitral acabar por perder a sua virtude no seio de alguns aspectos menos aceitáveis de certa jurisprudência, sem dúvida concebida e construída sob pressupostos menos consentâneos com a elasticidade e o pragmatismo que o critério do julgamento arbitral deve revestir.

Efectivamente, a «jurisprudência de conceitos» novecentista não está tão distante como poderá parecer e, mesmo nas ocasiões em que a jurisprudência se revela clarividente e útil à comunidade e aos cidadãos, ela tende, no entanto, permanentemente, para a formação e cristalização do «conceito»

e do «sistema», em bases abstractas, cuja construção não é, em regra, a que é pretendida pelas partes quando decidem o recurso a arbitragem.

§ — Resultado significativo daquela capacidade e superioridade relativa da arbitragem, reside no facto de ela apresentar, no campo comercial, possibilidades reais de utilização que excedem a preparação e a competência dos tribunais judiciais.

É o caso, antes de mais, da arbitragem supletiva de lacunas de contratos ou de simples revisão periódica destes.

Como é também o caso da denominada arbitragem de qualidade, isto é, a que é constituída para julgar da qualidade de um produto ou da prestação de um serviço e dos seus efeitos no cumprimento das obrigações.

Embora a acção de arbitramento regulada no artigo 1052.º e seguintes do Código de Processo Civil pudesse ser apta para resolver questões relativas ao preenchimento de lacunas de contratos ou à sua revisão periódica, previamente acordada pelas partes, o certo é que os tribunais judiciais não estão vocacionados para esse tipo de actividade, nem temos conhecimento que aquela acção especial tenha algumas vez sido adoptada para esse fim.

Se é certo que o processo civil comum pode ser utilizado para dirimir questões relativas à qualidade de um produto ou de um serviço e ao seu reflexo no cumprimento das obrigações, tal como sucede nas acções de arbitramento a principal e quase sempre decisiva tarefa compete, porém, a peritos nomeados no processo que, obviamente, sob o ponto de vista das suas qualificações técnicas para apreciar a matéria em discussão, muito mais se aproximam de árbitros do que de magistrados judiciais de carreira.

De qualquer modo, é manifesto que relativamente a tal tipo de questões como as que referimos, concernentes a preenchimento de lacunas de contratos, a revisão periódica de contratos de execução continuada e bem assim sobre questões relativas a qualidade, importaria muito mais que o legislador fosse expresso no propósito de privilegiar a arbitragem na

tarefa de responder a essas necessidades reais, em lugar de deixar na obscuridade a possibilidade de recurso a fórmulas processuais quase desconhecidas e de certo inadaptadas, como sucede com a referida acção de arbitramento.

Não vemos, de facto, que tenha sido essa a preocupação do legislador na lei-quadro da arbitragem agora publicada.

6 — A arbitragem pode ser encarada segundo diversos critérios diferenciados chamados a explicar a mesma realidade.

a) Antes de mais, até por lhe termos feito atrás referência, a arbitragem na jurisdição interna e a arbitragem na jurisdição internacional.

A primeira modalidade respeita às questões que lhe são submetidas, cujas partes residem no território nacional.

A arbitragem na jurisdição internacional, de definição bem mais complexa, refere-se às questões de índole internacional caracterizadas por elementos de exteraneidade que a lei interna de cada país e as convenções internacionais devem definir: ou pelo critério da diferente residência habitual das partes ou por qualquer outro.

Da arbitragem internacional se deve distinguir a dos tribunais constituídos por árbitros estrangeiros ou por árbitros que julgam no estrangeiro, pois nada impede que ela, nessas condições, se deva, ainda assim, caracterizar por arbitragem interna, uma vez que não são aspectos qualitativos relativos à pessoa dos árbitros que podem qualificar a arbitragem.

Esta distinção tem grande importância na definição do âmbito de aplicação do diploma legal ora publicado — Decreto-Lei n.º 243/84 —, competindo aos diplomas regulamentares a determinação do critério de distinção, uma vez que ele somente se aplica no âmbito de questões de jurisdição doméstica (artigo 1.º).

b) A arbitragem pode também assumir uma forma institucionalizada ou resumir-se a uma instância de julgamento «ad hoc», constituindo-se o tribunal arbitral para julgar certo litígio e para se dissolver logo que cumpre a sua

missão. Pretende aquela lei regular, primacialmente, a actividade deste tipo de tribunal arbitral.

Exemplo frisante de arbitragem institucionalizada e, aliás, de grande significado no comércio internacional, é, sem dúvida, a que o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional vem praticando desde há 62 anos, completados em Outubro de 1985.

Nos tribunais arbitrais institucionalizados vigora um regulamento orgânico de processo pré-determinado que as partes conhecem e que, de qualquer modo, é de observância obrigatória quando se tenha previsto o recurso ao tribunal.

Nos regulamentos contemplam-se formas compulsivas, apesar de se tratar de organismos arbitrais privados, para tornar eficaz e actuante o processo arbitral logo que iniciado por uma das partes, mesmo que a parte requerida, notificada para os termos do processo (que, em regra, se inicia ou com a convocação para uma tentativa prévia de conciliação, quando prevista, ou para a nomeação de árbitros de parte) não tenha colaborado na constituição do tribunal.

Em alguns países, prevêem-se, inclusivamente, instâncias de recurso para outros tribunais arbitrais e não para os tribunais do estado.

c) Noutro plano do estudo da arbitragem se situa a distinção entre arbitragem e formas próximas de dirimição de litígios.

Antes de mais, não é arbitragem propriamente dita a imposta por lei — a arbitragem obrigatória — como sucede no processo de expropriação litigiosa por utilidade pública, para fixação da indemnização.

Não passa, em verdade, de uma simples modalidade de decisão judicial de uma questão, mas em que se prefere o julgamento especializado de peritos ao julgamento do juiz, que, aliás, em tal matéria, teria de ser sempre baseado em prova pericial qualificada.

A conciliação constitui outra modalidade de resolução de litígios, quer na sua forma mais corrente, quer quando assume a sub-modalidade de mediação.

Em ambas, o conciliador não detém quaisquer poderes de decisão vinculativa.

Países há em que o código ético da honra se sobrepõe ao sentimento popular de jurisdição, ou seja ao fenómeno cultural que considera determinante na relação social a consciência da obrigatoriedade de observância de certas normas — as normas jurídicas.

Nelas, a conciliação ocupa um papel de grande importância, superior ao da função jurisdicional dos tribunais (judiciais ou arbitrais).

É o caso do Japão, país em que grande parte dos litígios são preferentemente resolvidos em conciliação e não em julgamento litigioso.

d) Interessante discussão é, sem dúvida, a que consiste em saber qual a natureza jurídica da arbitragem, propriamente dita, enquanto via voluntária de solução de um litígio.

Dadas as características deste trabalho, não interessa referir a longa discussão que se tem mantido sobre o tema, bastando tão-somente dizer que se têm degladiado duas teses fundamentais. Uma, que vê na arbitragem natureza estritamente contratualista e, outra, que entende assumir natureza jurisdicional. E ainda uma terceira, de certo a mais clarividente, que entende que a arbitragem tem natureza mista, semi-contratual e semi-jurisdicional. Contratual, enquanto provém de uma convenção arbitral, jurisdicional, na justa medida em que a lei atribui efeitos semelhantes ao do processo judicial, nomeadamente, quanto ao caso julgado e à obrigatoriedade de cumprimento da sentença arbitral.

7 — Se é certo que a arbitragem pode sobrelevar em importância relativa a qualidade de julgamento dos tribunais judiciais, não é menos certo que a sua proliferação indiscriminada pode constituir um grave perigo.

Na verdade, para que a arbitragem tenha possibilidade de manter a grande importância que se lhe reconhece, é mister continuar a reservar-lhe um papel de utilização selectiva e elitista, sob pena de se poder correr o risco de subversão da

ordem jurídica pelo desenvolvimento desordenado e sem critério do exercício da função jurisdicional, especialmente quando ela assumisse a forma de arbitragem não institucionalizada.

No entanto, colocados à distância estes aspectos negativos e posicionada a arbitragem, especialmente no âmbito interno, nos termos em que o fizemos, são quatro as virtudes sobresalientes da arbitragem sobre a ordem judicial do estado:

- Maior celeridade processual pela atenuação do formalismo;
- Melhores garantias de secretismo;
- Menor custo do processo;
- E, eventualmente, melhor administração de justiça, pelos motivos que atrás apontámos (especialização dos juízes, disponibilidade intelectual para uma melhor reflexão do julgamento; a própria contraditoriedade entre os árbitros, no caso de tribunais arbitrais constituídos por árbitros de parte, além de um terceiro árbitro, como é o mais frequente, sem prejuízo da independência dos árbitros relativamente às partes, claro está, e sem prejuízo da sua função jurisdicional).

Factores que, sem dúvida, constituem motivos aliantes.

8 — Antes de referirmos o panorama da arbitragem no plano interno de alguns países estrangeiros e no espaço internacional, interessa ainda reter o conhecimento de que a arbitragem não constitui uma forma recente de resolução de litígios.

Já no direito romano se previa a intervenção de árbitros na vida social contenciosa, muito embora, devido a ausência do princípio da liberdade contratual ou da autonomia da vontade, se tornasse necessário fixar cláusulas penais para coagir as partes faltosas ao cumprimento do compromisso arbitral ou para o próprio cumprimento das decisões arbitrais.

Distingua-se, por isso, entre a arbitragem promovida por um *arbiter*, baseada num contrato integrado de uma cláusula penal para tornar, pela via contratual, eficaz o julgamento,

e a arbitragem efectuada por um *arbitrator* no quadro da boa fé no contrato, fazendo apelo aos princípios da conciliação e da equidade.

No fundo, esta segunda forma encontrava-se na origem da arbitragem «*ex aequo et bono*» e a primeira na raiz da arbitragem «*ex jure stricto*».

Também na Idade Média, pelo desenvolvimento da amigável composição e da arbitragem *ex compromisso*, tanto nas igrejas e nas abadias, como nas corporações de mercadores, se foi desenvolvendo a prática de soluções quase-arbitrais ou mesmo arbitrais em obediência aos princípios da Moral Cristã.

Pelos séculos que se seguiram, a tradição arbitral continuou, ao ponto de ter sido consagrada, mais nos textos políticos do que na prática, durante a Revolução Francesa, como o meio mais razoável e natural de terminar os litígios entre os cidadãos, na sagrada subordinação ao princípio natural da livre vontade e do direito natural dos cidadãos de resolverem, como melhor entendessem, as suas controvérsias.

A segunda metade do século XIX, a exemplo do que se verificara anos antes no decurso do despotismo iluminado oitocentista, é teatro de uma forte restrição da arbitragem, que deixa de ser considerada um direito natural dos cidadãos, mas apenas uma excrescência sem justificação no mundo positivista da lei.

Idêntico fenómeno se observa com a centralização totalitária do poder político, após a Primeira Guerra Mundial, sempre porém com excepção dos países de «*common law*», que souberam preservar a arbitragem devido às estruturas democráticas das suas instituições e às tradições liberais da sua cultura.

Depois da Segunda Guerra Mundial, e como efeito directo do crescimento do comércio internacional, a arbitragem vem ocupando, mesmo na jurisdição interna dos estados mais evoluídos, um papel de grande relevo no consenso negocial dos agentes económicos e na solução pacífica, independente e racional dos litígios surgidos.

10 — Deixamos agora algumas notas sobre a importância da arbitragem no plano interno dos países estrangeiros economicamente mais desenvolvidos.

Como se disse, são os países de «*common law*» os de mais profundas tradições na prática fecunda da arbitragem.

Alguns ramos de direito, como é o caso do direito comercial marítimo, são dominados, em grande parte do seu comércio jurídico litigioso, pelo recurso ao julgamento arbitral.

Como já dissemos, a organização judiciária britânica favorece o aparecimento de tribunais arbitrais, pois, para além dos tribunais do Estado, que detêm o poder judicial — os *high courts* — existem os *low courts* que se limitam a administrar justiça sem deterem o poder judicial do Estado.

Compõem-no cidadãos das mais diversas origens que exercem a função para a Coroa, mas não em representação da Coroa, muitos deles apenas homens bons.

Os tribunais arbitrais não são, vistos como concorrentes da jurisdição dos tribunais do Estado, mas outros mais entre os tribunais que não detêm o poder judicial.

Um diferente aspecto extremamente importante, que facilita a existência de tribunais arbitrais, reside na diferente concepção do Direito que vigora nos países de «*common law*» relativamente aos países de tradição romano-germânica.

No pensamento jurídico puro e obviamente na prática quotidiana de exercício do poder de julgar, naqueles países anglo-saxónicos não interessa tanto o direito subjectivo de cada parte em disputa, mas mais as soluções, os remédios, para pôr termo a uma solução litigiosa (*remedies precede rights*), simultaneamente, de forma justa e utilitária.

Em consequência, a arbitragem tem na Grã-Bretanha tradição de vários séculos, constituindo o foro arbitral de Londres o de maior prestígio no comércio internacional. Para além do «*London Court of Arbitration*», são numerosas as associações e os institutos de arbitragem e os colégios de árbitros, com saliência para o «*London Institute of Arbitrators*» que, no entanto, se ocupa prevalentemente de litígios concernentes a contratos de investimento.

Assume grande relevo a arbitragem institucionalizada pelas câmaras de comércio e pelas associações comerciais, com o objectivo de julgar litígios surgidos no comércio interno ou internacional respectivo, como sucede no domínio do comércio do algodão, do café, de cereais, etc., etc.

Do mesmo modo, nos Estados Unidos e na República Federal Alemã são numerosas e muito activas as instituições sectoriais que se dedicam a arbitragem (Cotton Shipper's Association, Food Dealers National Association, National Cotton Seed Products Association, etc., nos Estados Unidos, e a Bolsa dos Algodões de Bremen — Bremer Baumwollhose — na Alemanha). Aliás, o foro arbitral de Hamburgo — Bremen tem gozado de uma certa expressão nos últimos anos, tal como sucede com Roterdão no campo da arbitragem comercial marítima, ambos em alternativa ao foro arbitral de Londres.

Na Grã-Bretanha, o Arbitration Act, publicado em 1889, reformou o regime da arbitragem, criando duas modalidades distintas: a *common law arbitration* e a *statutory arbitration*.

O Arbitration Act, 1979, actualmente em vigor, reformulou entretanto a legislação arbitral.

Nos Estados Unidos, o U. S. Arbitration Act constitui, por seu turno, a lei federal da arbitragem desde 1925.

Neste país, a complexidade de legislações existentes, de estado para estado, tem igualmente favorecido o desenvolvimento de uma arbitragem regulada pela mesma lei de processo em toda a Federação, muito embora sem prejuízo da existência paralela de normas reguladoras de arbitragem local.

Destaca-se a actividade do A.A.A., ou seja a American Arbitration Association, que, ao contrário do que poderia crer-se, se dedica primacialmente à dirimição de conflitos de trabalho e dos emergentes de acidentes de viação e menos aos de natureza comercial.

Também em França a arbitragem tem sofrido um grande impulso nos últimos anos, como atesta a recente reformulação da legislação respectiva ocorrida em 1980 e em 1981, com a publicação de dois diplomas legais, tornando mais operante e eficaz o julgamento arbitral, simplificando o processo e revendo o regime dos recursos e da execução das sentenças

arbitrais. Simultaneamente, prevêem disposições próprias relativas à especificidade da arbitragem internacional e de revisão e confirmação de sentenças estrangeiras.

Esta nova legislação foi integrada no Código de Processo Civil.

Igualmente em Itália, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Áustria, Suíça e países escandinavos e, de modo mais tímido, em Espanha, se nota a grande divulgação e popularidade de arbitragem.

Nos países do leste da Europa, a arbitragem é especialmente seguida no comércio internacional, como forma natural, aliás, de evitar que os agentes económicos desses países, pertencentes obviamente ao sector público, possam ser submetidos à jurisdição de um tribunal de outro estado.

No plano interno, a arbitragem ou está proibida ou, quando muito, limitadamente admitida, e não é mais do que uma forma de administração de justiça pelo estado.

11 — Nas relações jurídicas internacionais, a arbitragem constitui a forma lógica e naturalmente aceite de resolução de litígios.

Para além da sua utilização nas disputas entre estados, como é da história do direito internacional público, devem referir-se os planos da arbitragem internacional promovida por organizações privadas, enquanto matéria objecto de convenções internacionais multilaterais ou bilaterais.

No primeiro domínio de análise, situa-se, antes de todos, o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, já evidenciado nestas linhas.

A Câmara de Comércio Internacional (C.C.I.), muito embora se trate de uma associação privada constituída segundo o direito francês, é, na verdade, uma associação de organizações representativas de câmaras ou de associações comerciais de mais de quarenta países, assumindo indiscutivelmente verdadeira expressão própria de organização privada internacional.

O Tribunal Arbitral foi fundado em 1923. Dispõe de um corpo permanente de árbitros, de várias nacionalidades, sem prejuízo de as partes poderem livremente escolher outros.

A sua actividade tem-se alargado, nos últimos anos, aos seguintes aspectos na prevenção e na resolução de litígios:

* Na prevenção de litígios:

- A C.C.I. elaborou um Regulamento para a Peritagem Técnica, ao qual se pode recorrer em situações de mero aspecto técnico, com a finalidade de se averiguar ou de se determinar pontos da execução de um contrato não esclarecidos ou deficientes, com o propósito de evitar, mediante o seu esclarecimento, disputas jurídicas porventura mais complexas e morosas.

As partes podem ou não acordar vincular-se às recomendações ou às conclusões dos peritos, situação que se caracterizaria, então, por verdadeira arbitragem técnica ou de qualidade.

- Também tem a C.C.I. organizado um instrumento regulamentar destinado à Regulação das Relações Contratuais, visando permitir a adaptação de contratos ou a supressão de lacunas, especialmente tratando-se de contratos de longa duração, que, na actividade de fornecimento de matérias-primas, de construção de complexos industriais ou de transferência de tecnologia, entre outros, tem desempenhado importante papel na supressão de pontos não previstos pelas partes ou na revisão de cláusulas desactualizadas.

* Na resolução de litígios:

- Presta a C.C.I. serviços de conciliação, sob a forma de mediação ou de conciliação propriamente dita, preliminar ou não, para o que existe organizado um Comité de Conciliação.
- E também presta, obviamente, serviços de arbitragem. É de duzentos e cinquenta o número médio de pedidos de arbitragem submetidos em cada ano ao tribunal. Mais de metade respeitam a contratos de construção, de fornecimento de equipamentos industriais e de trabalhos públicos (cerca de 17 %), do comércio exterior em geral (cerca de 37 %) e de cooperação industrial

(cerca de 13 %). Os restantes litígios emergem de contratos de agência (produtos farmacêuticos, material de laboratório, produtos químicos, máquinas agrícolas, equipamentos eléctricos, etc.), propriedade industrial, transacções financeiras e outros.

A C.C.I. orgulha-se de afirmar que mais de 90 % das decisões do seu Tribunal de Arbitragem têm sido voluntariamente cumpridas pelas partes.

No entanto, se tal não sucede, por força da adesão às convenções relativas ao reconhecimento e à execução de decisões arbitrais (Convenção de Genebra de 1927 e Convenção de Nova Iorque de 1958), as decisões do Tribunal Arbitral são executáveis nos países aderentes, como as de qualquer outro tribunal arbitral em iguais condições de aplicação das convenções.

O Regulamento do Tribunal Arbitral prevê as fases processuais destinadas à realização de uma tentativa prévia de conciliação, a não ser que as partes dela abdicuem, nomeação de árbitros, direito aplicável, audição das partes, pedido e contestação, nomeadamente reconvenção, se for o caso, intervenção de peritos, prazo de conclusão dos trabalhos, sentença, custos da arbitragem e, em geral, todos os demais aspectos processuais relevantes.

De notar que, por forma a conservar e enriquecer a jurisprudência arbitral, o árbitro único ou os árbitros, antes de publicarem a sentença arbitral, devem submeter o seu projecto, para exame, ao Tribunal Arbitral que se pronuncia sobre ela.

É do seguinte teor a cláusula compromissória recomendada pelo C.C.I. para atribuir ao Tribunal competência para dirimir qualquer disputa:

«todos os litígios que resultem deste contrato serão resolvidos definitivamente de acordo com o Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados conforme o Regulamento».

— Também na arbitragem marítima internacional, a C.C.I. instituiu, não há muito, em conjugação com o Comité Marítimo Internacional (C.M.I.), um regulamento, denominado Regulamento C.C.I. — C.M.I. da Arbitragem Marítima Internacional, que tem tido especial actividade no domínio dos contratos de fretamento, de transportes marítimos multi-modais (combinados), de seguro marítimo, de salvação e de assistência, de avarias comuns, de construção e de reparação de navios, de contratos de venda e outros contratos constitutivos de direitos reais sobre navios.

Evidentemente que ao Tribunal Arbitral da C.C.I. encontra-se, na prática, reservado um papel dirimidor de litígios que demandam quantias significativas, até mesmo por não serem pouco dispendiosos os custos da arbitragem.

De facto, em 1982, 70 % dos litígios importaram montantes superiores a 200 000 dólares. Deles, 37 % dos casos eram de quantia superior a 1 000 000 de dólares, e 13 % do valor superior a 10 000 000 de dólares.

No âmbito da promoção da arbitragem internacional, através de organismos supranacionais, cabe destacar, antes de mais, o trabalho da CNUDCI, ou seja, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, de cuja iniciativa partiu a elaboração da Convenção de Nova Iorque de 1958.

A CNUDCI elaborou um Regulamento de Arbitragem, cujas directivas para a sua utilização estão neste momento em estudo. Também a CNUDCI decidiu recentemente elaborar uma lei-tipo sobre o processo arbitral no comércio internacional.

Igualmente o B.I.R.D. (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento) esteve na origem da Convenção de Washington, de 18 de Maio de 1965, visando a resolução de litígios entre investidores e estados membros nos quais tenham sido efectuados investimentos. Portugal aderiu recentemente a esta Convenção («Diário da República» de 4-9-84).

Em data mais próxima, tem avultado, por outro lado, a actividade de outra agência especializada das Nações Unidas,

com sede em Viena, a UNCITRAL, que elaborou e publicou um modelo de lei sobre a arbitragem comercial internacional que, muito embora não constitua uma convenção internacional, representa fonte inspiradora para a adopção de modelos legais de arbitragem, especialmente com interesse para os países do terceiro mundo.

As convenções sobre arbitragem comercial internacional mais importantes, pelo seu carácter multilateral, e englobando os países de maior expressão comercial internacional, são as seguintes:

- Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitragem em Matéria Comercial e a Convenção sobre a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinados em Genebra em 24-9-1923 e 26-9-1927, de que Portugal é parte;
- Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10-6-1958;
- Convenção Europeia sobre a Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra, em 24-4-1961, e Acordo relativo à sua aplicação, assinado em Paris, em 17-12-1962;
- Convenção de Washington destinada a regular os litígios entre Estados e nacionais de outros Estados, assinada em 18-3-1965, de que Portugal é parte, como se tem dito, relativa a investimentos;
- Convenção Europeia, que contém uma Lei Uniforme em Matéria de Arbitragem, assinada em Estrasburgo em 20-1-1966.

12 — Beneficiado agora o País com a nova lei-quadro da arbitragem, que dizer do seu texto?

Não diz obviamente respeito a este trabalho formular juízos críticos, pois eles representariam a análise de aspectos específicos de carácter técnico que não se poderiam conter no cariz mais genérico do artigo.

Todavia, importa realçar dois pontos:

Antes de mais, em nosso entender, a lei deveria ter alargado

o quadro legal da arbitragem, não só à resolução de litígios, mas também à revisão e adaptação de contratos, tanto mais que se trata de matéria que não pode ou não deve ser preenchida pelos tribunais.

Por outro lado, a lei-quadro deveria ter incluído normas sobre arbitragem comercial internacional, designadamente com relação a questões concernentes à qualificação de estrangeira ou de internacional das sentenças arbitrais. Na verdade, dada a liberalização da arbitragem, possibilitada pela própria lei, e, bem assim, o alargamento significativo do espaço económico comercial português com a adesão à C.E.E., é mister qualificar legalmente o que entende a Ordem Jurídica nacional por «jurisdição interna» (vidé artigo 1.º n.º 1) e por «jurisdição não interna».

Sem dúvida que este ponto, correlacionado com a necessidade de revisão da legislação relativa ao valor jurídico das decisões estrangeiras, não só para efeito de obtenção do *exequatur* (artigo 1094.º e segs. do C.P.C.), como também em matéria de regulamentação dos pactos privativos de jurisdição, justificariam o tratamento adequado, conferindo à arbitragem internacional o significado que merece.

Efectivamente, e só para nos referirmos a alguns aspectos deste assunto, a nova redacção do artigo 99.º do C.P.C. (introduzida pela Lei n.º 21/78, de 3-5-78), é infeliz, porque incompleta, equívoca e imperfeita.

Desde logo, não diz expressamente que, ao menos quando ao abrigo de convenções internacionais de que o País seja parte, os interessados podem determinar que o litígio seja julgado por tribunais arbitrais.

Pelo contrário, uma interpretação literal restrita, e a própria interpretação sistemática do preceito, quando cotejado com os artigos 494.º, n.º 1, al. b) e artigo 1094.º, n.º 1, faz mesmo concluir que o legislador não quis admitir, entre os pactos privativos de jurisdição, as convenções arbitrais.

Outro defeito que bem revela o pouco cuidado do legislador consiste na não alteração da epígrafe do artigo, pois, regulando a Lei n.º 21/78, na nova redacção que dá ao artigo 99.º do C.P.C., apenas matéria concernente a pactos

privativos, deixou inalterada a epígrafe anterior do artigo, que também previa pactos atributivos de jurisdição, mas que, com a nova redacção, deixam de ser contemplados, pela não reprodução do texto do n.º 2 da anterior versão do preceito.

Igualmente o legislador do Código de Processo Civil não foi expresso na regulamentação do processo da excepção dilatória de «preterição do tribunal arbitral». Na verdade, afirmando no artigo 101.º que ela não constitui um caso de incompetência absoluta, poderia parecer tratar-se de incompetência relativa dos tribunais judiciais. Todavia, o artigo 108.º não a contempla.

Mas, também outros pontos da nova lei-quadro merecem reparo, como é o do prazo, extremamente curto, para a marcação da audiência de discussão e julgamento, conhecidas que são as dificuldades de funcionamento regular dos serviços postais do País, não falando já na necessidade de as partes prepararem de modo conveniente a defesa das suas posições na audiência.

Também o estatuto dos árbitros não foi contemplado (posição dos árbitros, relação com as partes, nomeadamente do árbitro de parte, nacionalidade dos árbitros, honorários, etc.).

Para se reter a ideia de pontos, entre outros, que importa regulamentar por diploma legal posterior, são os seguintes aspectos a considerar:

- alcance relativo da cláusula compromissória e sua distinção do compromisso arbitral;
- produção de prova perante os árbitros;
- elaboração e forma da sentença;
- processo de interposição do recurso da sentença arbitral, etc.

Seja como for, encontra-se agora aberto um novo caminho aos juristas e a outros técnicos, no sentido de se organizarem em associações de estudo e de fomento da arbitragem,

nomeadamente mediante a criação de centros de arbitragem ou mediante a introdução, em associações comerciais de classe ou mais gerais já existentes, de regulamentos destinados a prever as normas de processo de dirimção institucionalizada de litígios entre associados ou entre associados e terceiros, ou apenas entre terceiros que a essa forma de resolução de disputas queiram recorrer.

A justiça em Portugal bem o necessita.