

JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL
NA LEI DE ARBITRAGEM ESPANHOLA
APÓS A REFORMA DE 2011

Separata da Obra

*“IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
(Centro de Arbitragem Comercial)”*

ALMEDINA – COIMBRA 2011

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA LEI DE ARBITRAGEM ESPANHOLA APÓS A REFORMA DE 2011¹

JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO²

1. Introdução

1.1. *Panorâmica geral*

A) *Função da arbitragem internacional*

As últimas décadas têm sido marcadas por um aumento do comércio e das relações económicas internacionais. Uma das características mais surpreendentes deste processo é o facto de a globalização da economia não ter sido acompanhada, pelo menos até à data, por uma “globalização da justiça”. Com efeito, inexistente uma via judicial internacional para resolver disputas entre empresários de países distintos. Não há a possibilidade de litigar perante o Tribunal Internacional de Justiça de Haia, uma vez que a legitimidade para recorrer a este Tribunal encontra-se exclusivamente reservada aos Estados³.

Os privados estão limitados a litigar nos tribunais nacionais, seja no de uma das partes, ou, em alternativa, num terceiro país neutro. Nenhuma

¹ Quero agradecer à Dra. Ana Serra e Moura a valiosa colaboração na preparação deste artigo.

² Árbitro. Armesto & Asociados, Madrid, Espanha.

³ Artigo 34.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

destas soluções é especialmente atractiva, desde logo, porque escolher o tribunal judicial de uma das partes deixará uma delas em desvantagem relativamente à outra. Por outro lado, escolher a jurisdição de um terceiro país, colocará ambas numa situação de risco, porquanto o juiz local não terá incentivo algum em resolver uma disputa, na qual não é parte nenhum nacional, e muito possivelmente, onde deverá aplicar um Direito desconhecido.

A via judicial não coloca apenas problemas de imparcialidade e eficiência. Proferida a sentença judicial – o que inevitavelmente exigirá observar o processo de recursos que a jurisdição tenha consagrado – esta só poderá ser executada com a proficuidade que se exige no país em que foi proferida. Em qualquer outro país a execução da sentença judicial exigirá o *exequatur* da jurisdição nacional, sendo certo que os níveis da unificação internacional nesta matéria continuam a ser muito limitados. De facto, existem tratados que facilitam o reconhecimento das sentenças estrangeiras dentro de âmbitos geográficos limitados. Regra geral, o reconhecimento e a execução de uma sentença judicial proferida no estrangeiro ter-se-á que submeter às normas processuais internas do país da parte condenada (uma vez que será onde, por norma, existirão bens penhoráveis). A esta situação acresce o facto de, em certos países, o ordenamento jurídico ter um carácter notoriamente proteccionista, o que dificulta enormemente que sentenças judiciais estrangeiras possam chegar a ter força coerciva contra o devedor local.

A arbitragem internacional vem, desta forma, cobrir um vazio legal criado pela inexistência de um sistema judicial internacional, que fosse capaz de dirimir – com imparcialidade e eficiência – as contendas entre empresas situadas em países diferentes.

A arbitragem, como meio voluntário de resolução de litígios, é um sistema imparcial, porque o lugar, o idioma, o direito aplicável e as características do processo e dos árbitros, ao terem sido livremente escolhidos pelas partes, são neutros⁴.

A arbitragem não só é imparcial, como também é eficaz: uma vez que a sentença arbitral é proferida pelos árbitros, a sua decisão relativa-

⁴ Isto supõe que ambas as partes tenham um poder de negociação análogo – requisito que se cumpre na contratação entre empresários, mas não entre consumidores e empresários. Por isso, a arbitragem comercial internacional não é uma instituição apropriada para resolver conflitos com consumidores.

mente ao fundo não pode ser objecto de recurso nem perante outra instância arbitral, nem perante nenhuma jurisdição nacional⁵. Mas não é só isso: não existe um Tratado internacional que de forma geral facilite a execução de sentenças judiciais, existindo, no entanto, um para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais. Trata-se da Convenção de Nova Iorque⁶ [de ora em diante apenas a “CNI”], um tratado internacional que tem sido descrito como “*a pedra angular*” da arbitragem internacional. Tudo isto radica em que uma sentença arbitral internacional possa ser executada em qualquer um dos 146 países aderentes⁷, sem que o poder judicial nacional possa rever o mérito da decisão.

A arbitragem internacional tem vindo a construir um sistema imparcial e eficaz para que os empresários resolvam as suas disputas supranacionais, surgidas de contratos de comércio ou de investimento. O próprio *Tribunal Supremo* Espanhol reconheceu “*o êxito [da arbitragem internacional], devido à sua necessidade, resultado de que o comércio internacional exige uma segurança e rapidez nas transacções, assim como a urgente solução dos conflitos mediante simples e ao mesmo tempo eficazes técnicas iludindo a complicação e a lentidão das jurisdições estaduais*”⁸.

Este êxito levou a que o mesmo método de solução de conflitos se tenha estendido progressivamente a novos tipos de conflitos.

O âmbito da arbitragem estendeu-se à resolução de conflitos entre investidores estrangeiros e Estados receptores do investimento. Este tipo de arbitragem tornou-se possível graças à Convenção de Washington [de ora em diante apenas a “CW”]⁹ e a cerca de 2.700 Acordos de Protecção Recíproca de Investimentos¹⁰ subscritos entre os que o no momento da

⁵ Pelo menos em todos os países que adoptaram a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional de 21 de Junho de 1985, alterada em 2006 [de ora em diante apenas a “Lei-Modelo”] – ver o artigo 34.º.

⁶ De 10 de Junho de 1958; instrumento de ratificação espanhol de 29 de Abril de 1977 e instrumento de ratificação português de 18 de Outubro de 1994.

⁷ Entre os países aderentes estão praticamente todos os que têm peso económico significativo. A lista dos países signatários pode ser consultada em www.uncitral.org.

⁸ Sentença do *Tribunal Supremo* 23.7.2001; (Ref. La Ley 8359/2001); com comentário de Fernández-Armesto/Bergel in La Ley, 15.4.2002, pág. 1.

⁹ De 18 de Março de 1965, instrumento de ratificação de Espanha 20 de Julho de 1994. Neste momento há 157 Estados aderentes à CW. Destes, 146 Estados depositaram os seus instrumentos de ratificação, aceitação e aprovação.

¹⁰ O acrónimo em inglês, muito utilizado na prática, é BIT (*Bilateral Investment Treaty*).

sua assinatura eram países exportadores e receptores de capital. Numa arbitragem de investimento o demandante é sempre um investidor estrangeiro e o demandado o Estado receptor do investimento – sem que tenha de existir uma relação contratual entre os dois. As causas de reclamação circunscrevem-se ao tratamento justo e equitativo, à expropriação e a outros prejuízos semelhantes, definidos no APRI correspondente e que o investidor estrangeiro alega ter sofrido como consequência da actuação do Estado. Os Estados têm preferido que este tipo de disputas, de carácter público e sem natureza contratual, sejam dirimidos através de autênticas arbitragens internacionais – e não mediante processos judiciais perante uma jurisdição nacional ou internacional. E os investidores internacionais que se sentem prejudicados ou discriminados tendem, em número crescente, a procurar justiça nestes procedimentos, normalmente administrados pelo Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos [de ora em diante apenas o “CIADI”], o centro de arbitragem criado no seio do Banco Mundial¹¹.

O comércio internacional e o investimento estrangeiro – motores de criação de riqueza a nível mundial – não podem crescer sem segurança jurídica. E para o bem e para o mal o único instrumento jurídico que *hic et nunc* pode cobrir essa necessidade é precisamente a arbitragem internacional. É o único método conhecido que permite que conflitos comerciais ou de investimento, entre empresários ou investidores e Estados, possam ser resolvidos num processo razoavelmente breve e institucionalmente imparcial, que termine com uma decisão arbitral, inatacável quanto ao mérito e facilmente executável numa multiplicidade de países (e, em especial, no da parte perdedora).

B) *A progressiva aceitação da arbitragem internacional*

A arbitragem é uma manifestação da autonomia da vontade das partes: o Estado respeita a decisão, livremente negociada entre os particulares, de dirimir as suas disputas, não através dos tribunais – o serviço público de resolução de conflitos – mas sim através de um procedimento de natureza

¹¹ O CIADI, até ao dia 31 de Dezembro de 2010, administrou mais de 331 arbitragens. www.worldbank.org/icsid.

privada. Por isso, existe uma intensa correlação entre democracia e arbitragem: maior democracia, maior respeito da liberdade do cidadão e maior apoio à força e, eficácia do pacto arbitral; no caso da arbitragem internacional, acrescenta-se uma segunda correlação que radica na maior abertura ao comércio internacional e ao investimento estrangeiro, maior aceitação e mais fiel aplicação dos Tratados em que se fundamenta a sua eficácia.

Espanha é um magnífico exemplo destas correlações. A Lei de Arbitragem de 1953¹², de “influência autoritária”, simplesmente desconhecia a instituição da arbitragem internacional. A doutrina e a jurisprudência da arbitragem internacional viam-na com grande desconfiança.

Instaurada a democracia, Espanha aderiu em 1977 à CNI (20 anos depois da sua assinatura). Mas foi só em 1981 que o *Tribunal Supremo* realmente interiorizou o seu espírito num famoso Acórdão de 11 de Fevereiro do mencionado ano, que finalmente abriu caminho a que todas as sentenças arbitrais estrangeiras se pudessem executar em Espanha.

A Lei de Arbitragem de 1988 [de ora em diante apenas a “LAE de 1988”]¹³ constitui a primeira lei interna que regulava, ainda que de forma não inteiramente feliz, a arbitragem com elementos internacionais.

Em paralelo a esta progressiva aceitação da arbitragem internacional comercial, em 1994 produziu-se finalmente – depois de longas reticências políticas – a incorporação de Espanha na CW e com esta ao sistema de arbitragem de investimento do Banco Mundial.

A Lei de Arbitragem de 2003 [de ora em diante apenas a “LAE”]¹⁴ reformada em alguns aspectos acessórios no ano de 2011, representou o último passo na aceitação da arbitragem internacional.

Como é sabido a LAE está baseada na Lei-Modelo¹⁵. Mas além disso assume este modelo regulatório, pensando nas suas origens para a arbitragem internacional e estende-o à arbitragem nacional, tanto comercial como inclusivamente civil.

¹² Lei de 22 de Dezembro de 1953; para uma análise detalhada da história ver Verdera Tuells: “*La Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje entre tradición e innovación*” (2005) pág. 25.

¹³ Lei 36/1988, de 5 de Dezembro.

¹⁴ Lei 60/2003, de 23 de Dezembro, reformada segundo o projecto aprovado pelo Congresso no dia 19 de Maio de 2011.

¹⁵ A Exposição de Motivos [de ora em diante apenas a “EdM”] da LAE declara que a Lei-Modelo foi “o seu principal critério inspirador”.

A LAE rompe com o histórico modelo de regulação dualista, desta forma deixa de existir uma lei específica para a arbitragem doméstica e outra para a arbitragem internacional. Neste contexto, a LAE declara-se monista: sempre que o lugar da arbitragem seja Espanha, será esta a lei que se aplica a todas as arbitragens, sejam estas de carácter doméstico ou internacional. Assim se declara expressamente no artigo 1º da citada Lei. E o mais surpreendente é que esta normativa está inspirada num modelo legislativo internacional, pensado originariamente para a arbitragem comercial internacional e que por essa razão “*não responde ... plenamente aos cânones tradicionais do nosso ordenamento*”¹⁶. Apesar disso, o legislador impõe-no a todo o tipo de arbitragens, por entender que o esquema internacional da Lei-Modelo é o que oferece mais “*vantagens ou incentivos às pessoas singulares e colectivas para que optem por esta via de resolução de conflitos*”¹⁷.

Desta forma, verificou-se, em menos de 25 anos, uma mudança de paradigma na aceitação da arbitragem internacional em Espanha. Há 25 anos, a legislação desconhecia as arbitragens internacionais. A doutrina mais qualificada advertia, desde uma concepção nacionalista do Direito, dos riscos da sua aceitação. Os Tribunais negavam-se sistematicamente a executar sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro. A mudança dificilmente poderia ter sido mais radical: Espanha não só ratificou, sem reservas, todos os Tratados internacionais, como além disso o legislador adoptou o modelo da arbitragem internacional, consagrado na Lei-Modelo, convertendo-o no padrão pelo qual se regulam todas as arbitragens domésticas (inclusivamente as que não têm natureza comercial).

1.2. Diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional

A LAE contém, no seu artigo 1º número 3, uma cuidada definição do que se deve entender por arbitragem internacional. Fazia realmente falta? A necessidade de definição explica-se facilmente num sistema dualista, como aquele que foi desenhado pela Lei-Modelo, no qual a regulação difere, segundo a arbitragem seja doméstica ou internacional. Num sistema monista puro, no qual a normativa aplicável é sempre a

¹⁶ I, IV EdM da LAE.

¹⁷ I, VI EdM da LAE.

mesma, não faz sentido realçar um conceito de “arbitragem internacional”. Foi o que ocorreu na lei de arbitragem alemã¹⁸.

A solução adoptada na LAE é, contudo, diferente. Ainda que a sua concepção da arbitragem seja essencialmente monista, e as suas disposições se apliquem a todas as arbitragens que tenham lugar em Espanha, a LAE inclui uma definição de arbitragem internacional, influenciada pela Lei-Modelo (e pelo Direito francês, de carácter dualista como a própria Lei-Modelo). Porquê? A razão encontra-se no facto de existirem certas matérias, algumas com relevância, nas que a LAE introduz significativas distinções entre arbitragem doméstica e internacional.

O artigo 3 número 1 da LAE é o encarregado de definir em que casos é que a arbitragem vai ter carácter internacional; tê-lo-á sempre que concorra qualquer uma das seguintes três circunstâncias, as quais apresentam carácter alternativo entre si:

A) *Domicílio das partes*

O primeiro critério de internacionalização exige que, no momento da celebração da convenção de arbitragem, as partes tenham os seus domicílios em Estados diferentes. O critério – que é o domicílio, e não a nacionalidade¹⁹ – está claramente inspirado pelo artigo 1 (3) (a) da Lei-Modelo, com a única diferença que a Lei-Modelo usa o conceito de “*establecimiento*”²⁰, e a LAE o do “*domicílio*”.

A primeira dúvida que se levanta é o que se entende por domicílio. A LAE não o define tornando-se, assim, necessário recorrer às normas gerais. Para as pessoas singulares, o artigo 40º do Código Civil [de ora em diante apenas o “CC”] não deixa margem para dúvidas: trata-se do lugar da residência habitual. No caso de pessoas colectivas, a questão vem determinada pela lei que permite a sua criação (artigo 41º do CC). No caso das sociedades de capital (de responsabilidade limitada, anónima ou em comandita por acções), o domicílio será o centro da sua efectiva

¹⁸ § 1025 ZPO, que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1998.

¹⁹ Diferentemente do que ocorre, p.e. no artigo 1.º do Protocolo de Genebra de 24 de Setembro de 1923, ratificado por Real Decreto Lei [de ora em diante apenas o “RDL”] de 6 de Maio de 1926.

²⁰ A versão em castelhano usa o termo “*establecimiento*”.

administração e direcção, ou, à escolha da própria sociedade, naquele em que radique o seu principal estabelecimento (artigo 9º da Lei das Sociedades de Capital)²¹. Em qualquer caso o domicílio deve constar nos estatutos e no registo da sociedade.

É preciso levar em linha de consideração que para que este critério encontre aplicação, não é suficiente que os estabelecimentos ou sucursais das partes estejam localizados em Estados diferentes – o critério relevante é o do domicílio. Assim, uma arbitragem entre uma empresa espanhola e outra andorenha será internacional, enquanto que outra entre duas sucursais na Turquia de duas sociedades espanholas não o seria, pelo menos segundo este critério – é mais provável que o carácter internacional resultasse da aplicação de algum dos restantes critérios alternativos.

O artigo 3º número 2 da LAE oferece duas regras adicionais para clarificar o conceito de domicílio. Estabelece que se uma das partes tem mais que um domicílio ter-se-á em conta aquele que guarde uma relação mais estreita com a convenção de arbitragem e, se uma parte não tem nenhum domicílio, ter-se-á em conta a sua residência habitual. Este artigo é um decalque literal do artigo 1º (4) da Lei-Modelo, mudando apenas o termo “*estabelecimento*” por “*domicílio*”. Na Lei-Modelo, o artigo está dotado de muito sentido. Uma empresa pode ter vários estabelecimentos ou pode não ter nenhum. O mesmo critério, aplicado ao domicílio, carece de sentido – pelo menos em Direito espanhol. Uma pessoa colectiva espanhola só terá um domicílio, constante dos seus estatutos e inscrito no registo comercial correspondente. As regras do artigo 3º número 2 da LAE só encontrarão aplicação relativamente a pessoas físicas ou a partes estrangeiras, cuja norma observe o pressuposto fáctico que o artigo regula.

B) *Lugar da arbitragem*

O segundo critério de internacionalização radica em que, ainda que ambas as partes tenham o domicílio no mesmo Estado, o lugar da arbitragem, “*determinado na convenção de arbitragem, ou com referência a esta*”, se encontre situado num Estado diferente (artigo 3º número 1 (b) da LAE). A LAE utiliza a expressão “*lugar da arbitragem*”, mantendo a

²¹ Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de Julho.

mesma terminologia que já se utilizava na LAE de 1988²²; lugar da arbitragem e sede da arbitragem são sinónimos.

O lugar da arbitragem pode resultar de acordo expresso inserido na convenção de arbitragem. A LAE deixa assim à autonomia das partes que, mesmo quando ambas se encontram domiciliadas no mesmo Estado e o litígio tenha carácter iminentemente interno, possam acordar que a arbitragem se celebre num terceiro Estado, revestindo-se, desta forma, de carácter internacional.

Quid se a convenção de arbitragem nada refere relativamente à sede arbitral? Neste caso cabe distinguir duas situações: (i) que as partes tenham pactuado que a arbitragem seja administrada, e o regulamento da instituição preveja que deva ser esta quem determine o lugar da arbitragem²³; ou (ii) que não se tenha pactuado uma arbitragem institucional, ou que tendo-se pactuado este tipo de arbitragem, o regulamento ao qual as partes se submeteram, não autorize a instituição a fixar a sede arbitral. Nestes últimos casos, a determinação do lugar da arbitragem tem que ser adoptada pelos próprios árbitros (artigo 26º número 1 da LAE).

Na minha opinião, em todos estes casos, quando a instituição administradora ou os árbitros fixam a sede da arbitragem num Estado diferente do domicílio comum de ambas as partes, estão a atribuir à arbitragem carácter internacional, uma vez que o lugar da arbitragem ter-se-á determinado “*com referência à convenção de arbitragem*”, tal como exige o artigo 3º número 1 (b) da LAE: no caso da determinação institucional, porque a instituição actua por autorização explícita das partes (que se submeteram ao seu regulamento), e no da determinação arbitral, porque os árbitros exercem uma autorização implícita das partes (a ausência de acordo implica uma procuração *ex lege* a favor dos árbitros)²⁴.

C) *Relação jurídica internacional*

É igualmente internacional a arbitragem na qual ambas as partes estejam domiciliadas no mesmo Estado e o lugar da arbitragem seja nesse

²² Ver artigo 24.º da LAE 1988; o artigo 2.º do Protocolo de Genebra também utiliza o conceito “*lugar da arbitragem*”.

²³ Como p.e. estabelece o artigo 14.º (1) do Regulamento da CCI; a validade deste artigo encontra-se confirmada pelo artigo 4.º (a) da LAE.

²⁴ Contra: Esplugues Mota *in* AAVV: “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, (Barona Vilar, Coordenadora) (2004) pág. 159.

mesmo Estado, se a relação jurídica da qual emana a controvérsia tem natureza internacional, por reunir algum dos três requisitos:

- porque uma parte substancial das obrigações, que surgem dessa relação jurídica, tem que ser cumprida num terceiro Estado (p.e.: arbitragem entre duas empresas construtoras espanholas, lugar da arbitragem Madrid, lugar da realização da obra em Portugal) (artigo 3º número 1 (b) da LAE), ou
- porque a controvérsia tem uma relação mais estreita com o terceiro Estado (p.e. por tratar-se de uma controvérsia que afecta a um imóvel situado nesse terceiro Estado) (artigo 3º número 1 (b) da LAE), ou finalmente
- porque a relação jurídica afecta a interesses do comércio internacional (artigo 3º número 1 (c) da LAE).

Dos três critérios de internacionalização enunciados pela LAE, o mais conflituoso quiçá seja o último, relativo à relevância do comércio internacional. Neste ponto, a LAE separou-se da proposta da Lei-Modelo. No seu artigo 1º número 3 (c) a Lei-Modelo simplesmente permite que as partes acordarem o carácter internacional da arbitragem. A LAE, sem embargo, não acolheu este critério, provavelmente porque entende que se as partes desejam pactuar a internacionalização, já têm a alternativa de determinar o lugar da arbitragem num terceiro Estado. O que a LAE fez foi copiar literalmente o critério de internacionalização estabelecido na lei francesa²⁵. Com uma importante diferença: na lei francesa, o critério da relevância do comércio internacional é o único existente, enquanto que no sistema espanhol é o último de três.

Dado que o legislador espanhol copiou uma norma francesa, parece razoável assumir como válida a interpretação dada pela jurisprudência do país de origem da mencionada norma. O critério francês de interpretação judicial é marcadamente economicista. O comércio internacional vê-se afectado, se a relação jurídica da qual deriva a controvérsia afecta a economia dos Estados, isto é, implica a transferência de bens, serviços ou fundos através de fronteiras nacionais²⁶. No entanto, não são relevantes os

²⁵ Artigo 1492.º CPC: “uma arbitragem é internacional quando esta afecte os interesses do comércio internacional”.

²⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman: “*International commercial arbitration*” (1999) pág. 58, citando várias sentenças da *Cour d’appel* de Paris, referendadas em 1997 por uma sentença da *Cour de Cassation*.

elementos internacionais de natureza jurídica, como por exemplo a nacionalidade dos accionistas, das partes ou a natureza internacional da instituição administradora. Parece razoável aceitar estes mesmos critérios para interpretar o artigo 3º número 1 c) da LAE²⁷.

1.3. Diferenciação entre arbitragem com sede em Espanha e com sede no estrangeiro

A LAE não só diferencia a arbitragem doméstica da internacional, como também a arbitragem, cujo lugar se encontre em Espanha daquela cuja sede se encontre no estrangeiro. Toda a arbitragem cuja sede se encontre no estrangeiro será, adicionalmente, uma arbitragem internacional (artigo 3º número 1 (b) da LAE). As arbitragens com sede em Espanha serão, segundo os casos, domésticas ou internacionais. O critério da sede é estritamente jurídico: é o lugar pactuado pelas partes, e na ausência do aludido pacto, o determinado pela instituição arbitral, ou pelos próprios árbitros (artigos 4º (a) e 26º da LAE) – as audiências, actuações e deliberações *de facto* podem ter lugar noutra local, ainda que as decisões se considerem sempre proferidas na sede²⁸.

A sede exerce uma grande influência no desenvolvimento jurídico da arbitragem: o procedimento arbitral rege-se, subsidiariamente, pela lei arbitral da sede e a sua jurisdição é o lugar natural para exercer as acções de anulação contra a sentença arbitral (artigo 5º (1) (e) da CNI). Além disso, as arbitragens com sede no estrangeiro terminam com a promulgação de sentenças arbitrais estrangeiras (segundo o artigo 46º da LAE, “*entende-se por sentença arbitral estrangeira a proferida fora do território espanhol*”²⁹), e estas, para serem reconhecidas e executadas em

²⁷ Consequentemente, uma arbitragem entre duas empresa espanholas, com sede na Corunha, cujo objecto seja um acordo parassocial de outra sociedade espanhola, será doméstica, ainda que os accionistas das duas partes sejam estrangeiros, a instituição administradora seja a CCI e o idioma seja o alemão; bastará, no entanto, mudar o domicílio de qualquer uma das partes, da sociedade objecto da arbitragem, ou incluir no objecto da litis uma importação ou exportação para que esta adquirisse carácter internacional.

²⁸ Com consulta prévia às partes e salvo acordo em contrário de ambas, os árbitros podem celebrar reuniões em qualquer lugar geográfico que considerem apropriado (artigo 26.º número 2 da LAE).

Espanha, devem obter *exequatur*, de acordo com a CNI. O critério delimitador para a aplicação da CNI não é tanto que a sentença arbitral seja internacional, por pôr fim a uma arbitragem internacional, mas sim que a sentença arbitral seja estrangeira ao ser proferida num procedimento cuja sede está fora de Espanha.

2. A Convenção de Arbitragem

Sem convenção não há arbitragem. São as partes que decidem que as controvérsias que tenham surgido entre elas, ou as que possam vir a surgir no futuro, sejam resolvidas através de arbitragem e não através de um processo judicial. A convenção de arbitragem pode consistir num contrato específico (em cujo caso a controvérsia já nasceu, e pode ter carácter contratual ou extracontratual), ou pode consistir numa cláusula incorporada num contrato principal (em cujo caso, as controvérsias serão todas as que possam surgir no futuro em relação a esse contrato)³⁰. Ao pactuar a convenção de arbitragem, as partes têm uma vasta faculdade para determinar a classe, o lugar, o procedimento e os restantes elementos da arbitragem, de forma a que esta se ajuste às suas necessidades e preferências e a neutralidade seja garantida.

Se o conteúdo da convenção de arbitragem fica sujeito à livre determinação das partes, os seus efeitos vêm pre-determinados pela lei: a jurisdição está excluída, todas as controvérsias são resolvidas pelos árbitros mediante uma sentença arbitral, que, ainda que baseada num poder que tem uma legitimidade originada *ex contractu*, produz os mesmos efeitos que uma sentença judicial, transitada em julgado e exequível.

O Título II da LAE é dedicado à convenção de arbitragem e aos seus efeitos. O artigo 9º, no seus números 1 a 5, analisa a sua forma enquanto que artigo 11º os seus efeitos. Quanto à forma, a LAE adopta uma posição moderna e favorável à arbitragem, ainda que mantenha a exigência de

²⁹ Para uma análise extensa deste artigo, ver González Soria: “Comentario al artículo 46.º” en AAVV “Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre” (Coordenador González Soria) (2004), pág. 499.

³⁰ Em estruturas com contratos múltiplos e complexos, pode ocorrer que a cláusula arbitral se converta num contrato independente, que cubra as disputas futuras que possam surgir entre eles.

forma escrita, inspirada na CNI, facilita que se cumpra através da incorporação por referência ou pela utilização de novas tecnologias. Quanto aos efeitos, a LAE mantém-se dentro do que é a mais absoluta ortodoxia no Direito comparado.

A norma transcrita não levanta dificuldades específicas para a arbitragem internacional. Os problemas centram-se num tema clássico do Direito internacional privado, determinar qual é a lei aplicável (2.1.), em analisar a capacidade e representação das partes, especialmente as de direito público (2.2.) e em ressaltar alguns aspectos específicos da convenção de arbitragem (2.3.).

2.1. Lei aplicável à convenção de arbitragem

A LAE veio introduzir importantes novidades no que concerne à lei aplicável à convenção de arbitragem³¹. Em primeiro lugar, não se encontra norma alguma que estabeleça expressamente qual é o ordenamento jurídico aplicável à convenção de arbitragem (como acontecia na LAE 1988).³² O artigo 9º número 6, dispõe que nas arbitragens internacionais, a convenção de arbitragem “*será válida...se cumpre os requisitos estabelecidos pelas normas jurídicas escolhidas pelas partes para reger a convenção de arbitragem, ou pelas normas jurídicas aplicáveis ao mérito da controvérsia ou pelo Direito espanhol*”. Este artigo não tem equivalente na Lei-Modelo, pois esta não estabelece expressamente qual deve ser o ordenamento jurídico pelo qual se deve reger a convenção de arbitragem. Tem a sua origem no artigo 178 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, cuja redacção é praticamente igual à do artigo 9º número 6 da LAE³³.

O artigo 9º número 6 da LAE é o último estágio num processo que pretende dotar a convenção de arbitragem de uma reforçada validade, e de afastar as idiossincrasias das leis nacionais e das tentativas de minar a

³¹ Para uma análise pormenorizada ver Verdura Tuells: ob. cit. nota n.º 12, pág. 78.

³² A Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980, sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais [de ora em diante apenas “CR”], não é aplicável às convenções de arbitragem – artigo 1.º (2) (d).

³³ Artigo 178.º número 2: “*Relativamente ao mérito, uma convenção de arbitragem é válida se se ajusta ou à lei escolhida pelas partes, ou à lei que reja o mérito do litígio, em especial a lei que reja o contrato principal, ou se se ajusta ao Direito suíço*”.

sua eficácia e o seu carácter autónomo. A CNI e a Convenção Europeia sobre Arbitragem Internacional [de ora em diante apenas a “CEA”] já colocaram a primeira pedra neste processo, ao prever que a validade se submetesse à lei pactuada ou, na ausência desta, à da sede da arbitragem – em geral um lugar neutro, com uma elevada probabilidade de que a sua regulação favorecesse a validade da arbitragem. A LAE levou esta ideia até às suas últimas consequências: a convenção é válida sempre que cumpra os requisitos estabelecidos no direito pactuado, no Direito aplicável ao fundo da questão ou no Direito espanhol – sendo suficiente que se reúnem os critérios de qualquer um destes sistemas. Tendo isto relevância tanto para os árbitros (ao determinarem a sua própria competência), como para os juízes (ao decidirem sobre a nulidade de sentenças arbitrais ou *exequatur*).

O artigo 9º número 6 da LAE foi, portanto, uma norma inovadora, que pôs o ordenamento jurídico espanhol na vanguarda da defesa da validade das convenções de arbitragem e que tem vindo a actuar como um poderoso argumento para escolher Espanha como local de arbitragens internacionais.

2.2. A capacidade e representação das partes

O CC regula o estado e a capacidade das pessoas. Assim se estabelece no seu artigo 9º números 1 e 11.

Na arbitragem internacional, a aplicação destas normas de conflito dá lugar a dois tipos de problemas. O primeiro prende-se com a possibilidade do Estado ou de uma empresa pública poderem tentar escapar-se à arbitragem, alegando o incumprimento de algum requisito de capacidade ou de representação. Já uma segunda hipótese tem que ver com a alegação por parte de uma empresa privada de que o mandatado que subscreveu a convenção de arbitragem carecia de poderes suficientes para actuar de forma válida. Destes dois problemas, a LAE regula especificamente o primeiro (A), mas não o segundo, ainda que este possa ser resolvido induzindo a solução de princípios gerais (B).

A) Arbitragens com Estados ou empresas públicas

O artigo 2º número 2 estabelece uma regra especial de capacidade que afecta os Estados e as empresas controladas por um Estado³⁴: estes não podem negar a validade da convenção de arbitragem, “[invocando] *exceções do seu próprio direito*”. Mas o artigo 2º número 2 vai, inclusivamente, mais além: estas exceções do próprio ordenamento jurídico não podem ser alegadas para que se possam “*subtrair-se às obrigações que dimanam da convenção de arbitragem*”³⁵. A EdM da LAE (II, VIII) explica a finalidade prosseguida por este preceito: “*Pretende-se com isto que, para estes efeitos, o Estado seja tratado exactamente como um particular*”.

O artigo 2º número 2 da LAE não procede da Lei-Modelo, nem parece que seja recolhido do Direito comparado; a sua origem tem como fundamento o princípio de *lex mercatoria*, em virtude do qual “*um Estado ou uma entidade controlada por um Estado não pode invocar a sua soberania ou a sua lei interna para repudiar o seu consentimento contratual*”³⁶. Foi confirmado por numerosas sentenças arbitrais e converteu-se num dos poucos “*principles of truly international public policy in international arbitration law*”³⁷. O princípio é uma aplicação específica do brocardo *pacta sunt servanda*: se um Estado pactuou dirimir as controvérsias com um particular estrangeiro através de arbitragem internacional, actuaria de má fé se, posteriormente, tentasse amparar-se em requisitos específicos do seu Direito ou invocasse a sua imunidade soberana para iludir o seu compromisso.

O artigo 2º número 2 entrará em jogo, sempre que o ordenamento jurídico aplicável seja o espanhol, quer seja por ser a lei aplicável à

³⁴ Ainda que o artigo tenha o título “*Matérias objecto de arbitragem*”, a norma realmente é uma questão de capacidade e de conflito de leis, estaria melhor no Título II.

³⁵ A proposta da nova lei de arbitragem portuguesa consagra no seu artigo 47.º uma solução idêntica: “*Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às obrigações decorrentes daquela convenção*”.

³⁶ “*List of Principles, Rules and Standards of the Lex Mercatoria*”, número 38, ver Berger: “*The creeping codification of Lex Mercatoria*”, (1999), pág. 296; também em www.tldb.de

³⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26, pág. 328.

convenção de arbitragem, quer seja porque a acção se desenrola perante os Tribunais espanhóis ou mesmo porque a arbitragem tem lugar em Espanha³⁸.

O âmbito subjectivo do artigo 2º número 2 da LAE é muito amplo, uma vez que abarca tanto os Estados e as empresas públicas estrangeiras, como o Estado espanhol e as suas empresas. O artigo 2º número 2 não distingue, e não seria aconselhável que o Direito espanhol outorgasse um tratamento que discriminasse os Estados estrangeiros e privilegiasse o nacional. Estado é um termo amplo, que inclui tanto o Estado central, como qualquer organização ou circunscrição territorial (como Províncias, Regiões, Estados federais...). O artigo 2º número 2º não se refere, apenas, a Estados, mas também a “*sociedade, organização ou empresa controlada por um Estado*”.

O primeiro efeito do artigo 2º número 2 da LAE é que o Estado ou o ente público não poderá aduzir a nulidade ou qualquer outro vício que alegadamente pudesse afectar a validade da convenção de arbitragem e que não pudesse ser também utilizado por um particular. Em especial, não poderá excepcionar que a convenção de arbitragem é nula por violar preceitos constitucionais ou legais, ou ineficaz por não se ter obtido autorizações ou seguido os procedimentos estabelecidos no seu próprio ordenamento jurídico.

Mas o artigo 2º número 2 da LAE não só preclui que o Estado alegue falta de arbitrabilidade subjectiva. Note-se que a norma não se limita a dizer que o Estado não pode repudiar a convenção de arbitragem ou invocar a sua incapacidade para arbitrar³⁹. O artigo 2º número 2 da LAE vai

³⁸ Importa ressaltar que o princípio do artigo 2.º número 2 da LAE é exactamente o contrário do estabelecido no artigo 36 número 1 (2). da *Ley de Enjuiciamiento Civil* [de ora em diante apenas a “LEC”] para os processos judiciais em Espanha. Se se demanda um “*sujeito que goza de imunidade de jurisdição ou de execução conforme as normas de Direito Internacional Público*”, os tribunais espanhóis “*abster-se-ão de acontecer os assuntos que lhes sejam submetidos*”. O TC (STC 107/1992 de 1 de Julho de 1992, FJ IV), no entanto, clarificou que a imunidade soberana só pode abarcar os actos de Estados estrangeiros que tenham sido realizados em virtude do *ius imperii*, mas não os submetidos a regras ordinárias do tráfico privado.

³⁹ O Institute of International Law, na sessão que celebrou em Santiago de Compostela em 1989, adoptou uma resolução mais limitada que a LAE em virtude da qual “*um Estado, uma empresa estadual ou uma entidade estadual não podem invocar a sua incapacidade para arbitrar, de modo a subtraírem-se à arbitragem à qual se tinham comprometido*”.

mais além, pois estabelece que o Estado ou o ente público deve cumprir “*as obrigações resultantes da convenção de arbitragem*” “*exactamente da mesma forma que um particular*” (EdM, II, VIII). A principal obrigação que resulta da convenção de arbitragem é a de cumprir com a sentença arbitral, sob pena de sofrer a execução forçosa do mesmo (ver artigo 44º da LAE). O Direito internacional público reconheceu tradicionalmente aos Estados a imunidade de execução além da imunidade de jurisdição⁴⁰. O artigo 2º número 2 da LAE implica uma renúncia *ex lege* a este privilégio: quando um Estado ou ente público voluntariamente aceita a submissão a arbitragem internacional, não só não pode subtrair-se a ser demandado numa arbitragem, como não pode escudar-se na sua imunidade soberana para evitar a execução de uma hipotética sentença arbitral.

B) *Alegação de falta de capacidade ou representação por empresa privada*

A arbitragem internacional, mecanismo comum para dirimir disputas no comércio internacional, forma parte do giro ou do tráfico ordinário empresarial. Todo o empresário, pelo simples facto de sê-lo, tem capacidade para celebrar convenções de arbitragem e a legitimidade que lhe confere capacidade para contratar, também lhe permite incluir uma cláusula arbitral ou submeter disputas a arbitragem. Além disso, o princípio da boa fé obsta a que uma parte alegue a sua própria incapacidade ou a insuficiência de poderes do seu representante, salvo se a contraparte tenha conhecido o vício ou tivesse ignorado em virtude de imprudência sua⁴¹. Seria profundamente injusto que a parte que criou a aparência de estar vinculada pela convenção de arbitragem, pudesse depois desligar-se dela, alegando a sua própria falta de diligência⁴².

Em Direito espanhol tem-se vindo a exigir que a procuração para assinar uma convenção de arbitragem seja expresso. A exigência induz-se do artigo 1713º do CC, que estabelece no seu parágrafo II que “*para transigir... é necessário mandato expresso*”, e acrescenta num terceiro pará-

⁴⁰ Ver artigo 36.º número 2 (1ª) LEC.

⁴¹ O princípio também está presente no artigo 11.º da CR.

⁴² Este princípio encontra-se reconhecido na *lex mercatoria*; ver “*List of Principles, Rules and Standards of the Lex Mercatoria*” 23 e 25, ob. cit. nota n.º 36.

grafo que “a *faculdade de transigir não autoriza para submeter matéria a arbitragem*”⁴³. O CC, elaborado em 1889, reflecte nesta regra a tradicional desconfiança do Direito espanhol perante a arbitragem. A jurisprudência tradicional tem vindo a realizar uma interpretação extensiva do artigo 1713º do CC, exigindo que exista “*uma procuração inequívoca, que por escrito e de uma forma directa e literal autorize submeter matéria a arbitragem*”⁴⁴.

A norma do CC carece hoje de sentido, à luz da actual LAE, cujo objectivo é garantir a eficácia e o cumprimento da convenção de arbitragem. O artigo 1713º do CC deve ser objecto de interpretação restritiva.

2.3. *Efeitos da convenção de arbitragem*

Já analisámos que a convenção de arbitragem internacional é considerada válida em Espanha, sempre que reúna os requisitos exigidos por qualquer uma das leis mencionadas no artigo 9º número 6 da LAE. Os efeitos da outorga válida da convenção de arbitragem vêm definidos no artigo 11º da LAE:

- as partes “*estão obrigadas a cumprir o estipulado*” (o que se conhece como efeito positivo – (A)), e além disso
- os tribunais estão impedido de conhecer as controvérsias submetidas a arbitragem (efeito negativo – (B)).

A) *Efeitos positivos*

As partes que assinaram uma convenção de arbitragem têm uma obrigação positiva de cumprir o pactuado, obrigação que, interpretada a luz do artigo 1258º do CC implica, pelo menos, o seguinte:

- o dever de resolver as suas disputas através de arbitragem,
- o dever de participar lealmente no processo, e finalmente
- o dever de cumprir voluntariamente a sentença arbitral, que se venha a proferir.

⁴³ O artigo 25.º número 2 (1) da LEC também exige que a procuração para submeter determinada questão a arbitragem tenha poderes especiais.

⁴⁴ Sentença do *Tribunal Supremo* 22.9.1987 (Refª. La Ley 115-1/1987); em sentido idêntico Sentença do *Tribunal Supremo* 31.10.1986 (Refª. La Ley 80530-NS/0000).

O dever positivo de resolver as disputas através da arbitragem implica também uma obrigação de não suscitar a controvérsia perante a jurisdição ordinária⁴⁵.

A anterior conclusão não implica que qualquer das partes deixe de poder comparecer perante o tribunal competente, demandando a outra relativamente a uma controvérsia submetida a uma determinada convenção de arbitragem. A demanda constituirá uma oferta para extinguir, por acordo, a convenção de arbitragem em vigor e a contraparte deverá reagir, comparecendo perante o tribunal, para solicitar a suspensão da ação judicial e a remissão para arbitragem.

Esta regra deriva do artigo 3º (3) da CNI⁴⁶, foi acolhida no artigo 8º (1), da Lei-Modelo e no artigo 11º número 1 da LAE, que acrescenta qual é o mecanismo processual específico que o demandando deve seguir para formalizar a oposição (“*a convenção de arbitragem...impede que os tribunais conheçam das controvérsias submetidas a arbitragem, sempre que a parte a quem lhe interesse o invoque mediante declinatória*”).

O tratamento processual que prevê o artigo 11º número 1 da LAE não é adequado à arbitragem internacional. A exceção dilatória de incompetência deve ser deduzida pelo demandado num prazo muito curto (10 dias)⁴⁷, preclusivo, não ampliável pelo juiz, e além disso, prévio à contestação sobre o mérito (para a qual a lei concede um prazo de 20 dias). Este inusitado rigor processual pode favorecer comportamentos perigosos, em prejuízo de terceiros de boa fé.

Por exemplo: uma parte espanhola, unida a outra estrangeira mediante uma convenção de arbitragem válida, poderia cair na tentação de tentar aproveitar-se do rigorismo formal do artigo 11º número 1 da LAE, formulando uma demanda em Espanha, com a esperança que o estrangeiro, desconhecedor do Direito espanhol, deixasse passar o prazo de 10 dias sem alegar a exceção, e alegar de seguida que a convenção de arbitragem estaria extinta abrindo-se, desta forma, o caminho ao procedimento judicial espanhol.

Não se pode admitir que uma conduta deste tipo, que pretende subverter o princípio fundamental de *pacta sunt servanda*, produza os efeitos

⁴⁵ Arias: “*Comentario al art. 11*” em AAVV “*Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*” (Coordenador D. Arias) (2005), pág. 103.

⁴⁶ No mesmo sentido já se expressava o artigo 4.º do Protocolo de Genebra de 1923.

⁴⁷ Artigo 11.º número 1; o artigo foi reformado em 2011, mas infelizmente o tratamento processual continua a ser o mesmo.

desejados. A convenção de arbitragem vincula as partes e “*obriga-as a cumprir o estipulado*” (artigo 11º número 1 da LAE), enquanto ambas as partes não expressem com clareza a sua vontade comum de extinção da convenção de arbitragem. Para isto é imprescindível, que uma parte promova uma demanda judicial, e que a contraparte compareça e se submeta à jurisdição. Não pode entender-se que um estrangeiro vinculado a um espanhol pela convenção de arbitragem válida, que simplesmente deixa de comparecer perante a justiça espanhola ou que alega a exceção mas não o faz mediante escrito específico prévio, alegando-a no seu primeiro escrito de contestação relativo ao mérito, que consente na extinção do pacto de arbitragem⁴⁸. O pacto seguirá em vigor e permitirá a iniciação da arbitragem⁴⁹.

B) *Efeitos negativos*

As partes devem cumprir a convenção de arbitragem, uma vez que tem força vinculativa “*ex contractu*”. Os tribunais devem respeitar e restringir o âmbito da sua própria jurisdição porque assim estabelece a lei. O artigo 11º número 1 da LAE “*impede que os tribunais conheçam as controvérsias submetidas a arbitragem*” e o artigo 7º da citada lei remata estabelecendo que “*nos assuntos que se rejam por esta lei não intervirá nenhum tribunal, salvo nos casos em que esta assim o dispunha*”. As funções de “*apoio e controlo*” que os tribunais possam exercer estão por sua vez enumeradas no artigo 8º (nomeação de árbitros, assistência na prática de provas, medidas cautelares, execução forçosa, anulação e *exequatur*).

O âmbito de actuação jurisdicional, em relação à arbitragem internacional, levanta duas questões fundamentais: a primeira de saber se os tribunais espanhóis podem decidir sobre a validade de uma convenção de arbitragem, e a segunda, se podem declarar a sua nulidade.

⁴⁸ Assim o estabelece artigo 6.º (1) da CEA, que recolhe o mesmo princípio que o artigo 8.º (1) da Lei-Modelo e permite que a oposição se articule até ao “*momento de apresentar o primeiro escrito de alegações sobre o mérito do litígio*”.

⁴⁹ No mesmo sentido, Arias, ob. cit. nota n.º 45, pág. 106; a norma existente no artigo 11.º número 1 da LAE não é aplicável à arbitragem internacional; nesta reje o princípio de que a declinatória pode ser apresentada até ao momento de apresentar alegações sobre o fundo (artigo 6.º (1) CEA)

A primeira dúvida levantar-se-ia se, existindo uma cláusula arbitral, uma parte acudisse aos tribunais pedindo, uma simples declaração de que a cláusula é válida e que obriga a contraparte a resolver as controvérsias precisamente através deste instrumento. Este tipo de acções não são meramente teóricas, uma vez que ocorrem com alguma frequência na prática internacional, quando, na fase negocial da controvérsia, uma parte ameaça em acudir aos seus próprios tribunais para obter uma declaração de nulidade da convenção. A contraparte pode reagir preventivamente, acudindo à sua própria jurisdição ou à do lugar da arbitragem, pedindo a declaração de validade da convenção de arbitragem, acompanhada de medidas cautelares, que proíbam a contraparte de socorrer-se da via judicial ou de realizar determinadas actuações.

Este tipo de actuações tem amparo no Direito espanhol? A faculdade de determinar a “*existência ou validade*” da convenção de arbitragem e/ou de “*ou quaisquer outras [excepções] cuja procedência impede entrar no mérito da controvérsia*”, corresponde exclusivamente aos árbitros (artigo 22º da LAE). À luz dos artigos 7º e 8º da LAE, não parece que seja possível interpor uma acção judicial cuja finalidade seja a assumpção por um juiz de uma faculdade que, por lei, foi confiada aos árbitros. A via apropriada para obter uma declaração de validade da convenção de arbitragem consiste em iniciar uma arbitragem, acompanhada, se se quiser, do pedido de adopção de medidas cautelares via judicial ou via arbitral.

A dúvida sobre se os tribunais espanhóis podem ou não decretar a nulidade ou inexistência da convenção de arbitragem, é uma questão mais delicada.

É legítimo que, ainda que existindo aparentemente uma convenção de arbitragem, uma parte demande a outra perante os tribunais judiciais espanhóis alegando simultaneamente a nulidade da convenção de arbitragem. A contraparte deverá reagir – tal como já vimos – alegando uma excepção de competência declinatória (artigo 11º número 1 da LAE). Pode o tribunal considerar a excepção alegada improcedente, se considera que a convenção de arbitragem é nula ou inexistente?

A esta pergunta, a CNI dá uma resposta afirmativa: o tribunal remeterá as partes à arbitragem “*salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inxequibilidade ou insusceptibilidade de aplicação*”. A mesma solução é imposta pela Lei-Modelo: de acordo com o seu artigo 8º número 1 o tribunal retém jurisdição se o acordo arbitral “*caducou ou se tornou insusceptível de ser executado*”.

A LAE, pelo contrário, omitiu estas limitações no artigo 11º número 1 e a intenção do legislador parece clara: o juiz deve remeter à arbitragem, para que sejam os próprios árbitros, no exercício da sua *Kompetenz-Kompetenz*, os que decidam se a convenção de arbitragem é nula. Só desta forma se logra atribuir eficácia real ao pacto de arbitragem, e se imuniza a convenção contra a tentativa de uma das partes de subtrair-se ao pactuado⁵⁰.

Esta conclusão deve, no entanto, ser matizada: no caso excepcional de inexistência de convenção de arbitragem, que possa ser considerada procedente *prima facie*, sem necessidade de ulteriores indagações pelo próprio juiz⁵¹, este poderá considerar a excepção de incompetência improcedente. Se o juiz está convencido da inexistência da convenção, não é razoável que tenha de ordenar a posta em marcha do processo arbitral.

A LAE chega expressamente ao mesmo resultado num caso muito similar: no caso da designação judicial de árbitros. De acordo com o artigo 15º número 5 da LAE, o tribunal “*unicamente poderá recusar o pedido formulado quando aprecie que, dos documentos aportados não resulta a existência de uma convenção de arbitragem*”. E as secções IV, II *in fine* da EdM, clarificam que o juiz deve limitar-se a uma revisão *prima facie* da existência da convenção de arbitragem. O mesmo critério pode estender-se, sem dificuldade alguma, ao regime declinatorio de competência.

A interpretação do artigo 11º número 1 aqui propugnada é plenamente aceite pelas legislações mais inovadoras em matéria de arbitragem⁵². É também o critério que, em geral, assumem as instituições administradoras de arbitragens, para decidir se admitem ou não uma determinada demanda arbitral⁵³.

⁵⁰ De opinião idêntica, Arias, ob. cit. nota n.º 45, pág. 108; em contra Verdera Server em AAVV “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, n.º 26 pág. 468.

⁵¹ P.e. porque falta a assinatura de uma das partes.

⁵² P.e. na francesa e na suíça; ver Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26, pág. 407; o artigo VI (3) CEA apresenta a mesma conclusão, mas limitando-a a casos em que a parte demandada já tivesse iniciado um procedimento arbitral com anterioridade à demanda judicial da contraparte.

⁵³ O artigo 6 (2) do Regulamento da CCI permite que, ainda que a parte demandada não conteste ou deduza alguma excepção de inexistência ou nulidade da convenção de arbitragem, a arbitragem continua sempre que a Corte da CCI esteja convencida *prima facie* da possível existência de um acordo de arbitragem. A Corte da CCI desenvolveu uma extensa jurisprudência – cfr. Derains/Schwarz: “*A guide to the new ICC Rules of Arbitration*” (1998) pág. 83.

3. A Arbitrabilidade das Controvérsias

A finalidade de qualquer arbitragem é que os árbitros decidam, mediante sentença arbitral, uma determinada controvérsia surgida entre as partes⁵⁴. No entanto, nem toda a controvérsia é arbitrável. Em primeiro lugar é necessário que surja de um contrato com cláusula arbitral válida, ou que as partes tenham validamente acordado dirimi-la mediante arbitragem. E em segundo lugar é necessário que o ordenamento jurídico que resulte de aplicação permita que as controvérsias dessa natureza se resolvam mediante arbitragem. A arbitrabilidade objectiva varia de ordenamento para ordenamento, dependendo da confiança que estes ponham na arbitragem como sistema voluntário de resolução de conflitos, e das faculdades de auto-composição que queiram conceder aos cidadãos⁵⁵. Em geral, o catálogo de matérias excluídas do âmbito da arbitragem tem-se vindo a reduzir, à medida que se tem reforçado a aceitação deste mecanismo alternativo de resolução de litígios.

Na arbitragem internacional, a arbitrabilidade coloca um problema prévio concernente à determinação do ordenamento jurídico aplicável para dirimir uma determinada questão de fundo. O tema dista de estar resolvido de forma geral. O artigo 5º (2) (a) da CNI e o artigo 6º (2) *in fine* da CEA permitem que os tribunais neguem o reconhecimento de uma sentença arbitral ou de um compromisso arbitral, se a matéria, de acordo com a sua própria *lex fori*, não for arbitrável. Contudo, noutras circunstâncias, e em especial quando os árbitros têm que determinar a sua própria competência, não está tão claro qual é o ordenamento que devem aplicar para determinar a arbitrabilidade. Foi proposto que devem ser todas as leis possíveis para reger o caso: a lei que rege a convenção, a do contrato ou a lei do local onde a sentença arbitral será executada⁵⁶.

⁵⁴ A LAE utiliza o conceito de “*controvérsia*”, que já aparecia no artigo 1820.º do CC e que também se usa na tradução castelhana do artigo 7.º número 1 da Lei-Modelo; o conceito é sinónimo de “*questão litigiosa*” que se utilizava no artigo 1 da LAE de 1988 ou dos “*pontos litigiosos*” do artigo 18.º número 1 do Regulamento da CCI – ver Perales Viscasillas “*Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*” (2005) pág. 89.

⁵⁵ No direito belga, p.e. as controvérsias derivadas de contratos de distribuição em exclusividade não pode ser objecto de arbitragem – Lei de 27.7.1961, modificada pela Lei de 13.4.1971; em Direito espanhol, as controvérsias laborais não são arbitráveis, artigo 1.º número 4 LAE.

⁵⁶ Ver *in extenso* Artuch: “*El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*” (1997) pág. 182.

O artigo 9º número 6 da LAE veio clarificar esta matéria.

Este artigo, como já vimos antes, tem a sua origem no Direito suíço, cujo objectivo é facilitar a validade das convenções de arbitragens internacionais. Mas a norma espanhola não fica por aqui, uma vez que aplica a mesma regra à arbitrabilidade da controvérsia. Esta extensão não está prevista em Direito suíço, e foi uma autêntica inovação da LAE. Na sua virtude, uma controvérsia é susceptível de arbitragem internacional sempre que assim o permitam as normas jurídicas⁵⁷ pactuadas para reger a convenção de arbitragem, as aplicáveis ao mérito (por pacto ou por decisão dos árbitros) ou o Direito espanhol.

Em que casos se aplicará a regra do artigo 9º número 6 da LAE em matéria de arbitrabilidade?

Um primeiro caso que não oferece dúvida dá-se quando a arbitragem internacional tenha a sua sede em Espanha, e os árbitros tenham de decidir sobre a arbitrabilidade da controvérsia que se lhes pretende submeter (artigo 1º número 1 da LAE)⁵⁸.

Sempre que exista arbitrabilidade de acordo com qualquer um dos ordenamentos mencionados na norma, os árbitros deverão afirmar a sua competência. A regra reforça a atracção de Espanha como sede de arbitragens internacionais, e sem dúvida esta foi a razão pela qual o legislador a promulgou.

Um segundo caso de aplicação do artigo 9º número 6 é o do momento em que a sentença arbitral proferida em Espanha que ponha fim a uma arbitragem internacional, seja objecto de acção de anulação (artigo 40º da LAE). Um dos motivos que a permite é precisamente que os árbitros tenham decidido sobre controvérsias não arbitráveis (artigo 41º número 1 (e) da LAE). O juiz deverá decidir sobre esta questão, aplicando a “cascata” normativa consagrada no artigo 9º número 6.

Um terceiro caso tem lugar quando um tribunal espanhol tenha de outorgar um *exequatur*: o artigo 46º da LAE remete à CNI, e o seu artigo

⁵⁷ Por coerência interna, a LAE utiliza aqui o conceito de “normas jurídicas” e não o de “ordenamento jurídico”. Normas jurídicas é um conceito mais amplo, que inclui também a *lex mercatoria* – vide *infra* capítulo 4.1. No âmbito da arbitrabilidade, no entanto, não parece que a “*lex mercatoria*” possa ser utilizada para ampliar o elenco de questões susceptíveis de arbitragem.

⁵⁸ De acordo com o artigo 22.º número 1 da LAE, os árbitros têm faculdades – *rectius* obrigados – a decidir sobre qualquer excepção cuja procedência impeça entrar no mérito da controvérsia.

5º (2) (c) permite negar o reconhecimento, se segundo a lei do país do foro, a controvérsia não é arbitrável. Para que norma remete o artigo 5º (2) (c) da CNI? Para o artigo 2º número 1 da LAE, que estabelece a regra da arbitragem doméstica? Ou para a cascata normativa que impõe o artigo 9º número 6 da LAE, com o resultado que, ainda que a matéria não seja arbitrável em Direito espanhol, sempre que o seja de acordo com o ordenamento que reja a convenção de arbitragem ou o mérito, ou o *exequatur*, se deve conceder?

Deve prevalecer esta segunda solução, uma vez que não seria coerente que o Direito espanhol adoptasse soluções diversas para situações juridicamente análogas⁵⁹.

Em Direito espanhol, são hoje arbitráveis todas as controvérsias que versem sobre “*matérias de livre disposição conforme o direito*” (artigo 2º número 1 da LAE). O âmbito de arbitrabilidade não vem assim definido pela imperatividade da norma mas sim pela disponibilidade do direito. Questões relativas às quais a norma é imperativa mas o direito disponível (contrato de agência, arrendamentos, sociedades, defesa da concorrência) são perfeitamente arbitráveis.

4. Normas Aplicáveis ao Fundo da Controvérsia

Os árbitros têm que aplicar determinadas normas ao mérito da controvérsia; maior parte das vezes, serão as normas que as partes pactuaram para reger o contrato que incorpora a cláusula arbitral. O mais frequente é que esse pacto simplesmente declare que o contrato se regerá pela lei de um determinado ordenamento. Assim, esta lei aplicar-se-á tanto ao mérito do assunto, como à convenção de arbitragem⁶⁰.

⁵⁹ Pode ser útil um exemplo: assumamos que um contrato de alta direcção entre uma empresa espanhola e um director americano, empregado na sucursal de Nova Iorque, submetido a Direito de Nova Iorque, que permite a arbitrabilidade; o contrato, no entanto, não é arbitravel segundo a LAE; se o lugar da arbitragem é Madrid, os árbitros afirmarão a sua própria competência e o juiz espanhol recusará a acção de nulidade; por coerência, não pode ser que o juiz do *exequatur* o recuse, por uma aplicação literalista do artigo 5º (2) (a) CNI relativamente aos artigos 1.º número 4 e 2.º número 1 da LAE.

⁶⁰ Na prática, as cláusulas que estabelecem um ordenamento específico para a convenção de arbitragem são muito pouco frequentes.

Na arbitragem doméstica, a determinação do ordenamento aplicável ao mérito formula poucas dificuldades. Em geral será o Direito espanhol. Em virtude deste facto, a LAE não dedica atenção especial a esta matéria, para além de mencionar que os árbitros poderão julgar segundo a equidade se as partes expressamente o autorizaram (artigo 34º número 1 da LAE)⁶¹.

Em arbitragem internacional, ao contrário, esta problemática apresenta uma importância não despreciable. A principal vantagem e a razão de ser da arbitragem internacional é que cria um sistema neutro para resolver controvérsias entre empresas situadas em diversos países. A luta por impôr os próprios tribunais resolve-se nomeando os árbitros. Todavia, permanece o conflito relativo à lei aplicável. Cada parte desejará impor a sua própria, pois é a que melhor conhece e aquela que considera que melhor defenderá os seus interesses.

A arbitragem em si não resolve este conflito. Tanto os árbitros, como os juízes, devem aplicar um determinado ordenamento jurídico – normalmente o de uma das partes. Ao fazê-lo, estão *volens nolens* a desequilibrar a balança da neutralidade a favor de referida parte. Para resolver esta dificuldade, desde os anos sessenta que um grupo de autores promoveu a aceitação de uma arbitragem “supranacional”, não sujeita a nenhum ordenamento nacional, mas sim a um conjunto de regras e usos de comércio internacional, a uma “*nova lex mercatoria*”⁶². Este corpo de princípios costuma cumprir uma dupla função:

- se as partes expressamente se submetessem a ele, ou inclusivamente se guardassem silêncio sobre o ordenamento aplicável, impediria a aplicação de uma lei nacional,
- se as partes expressamente se submetessem a um direito nacional reduziria a sua aplicação, moderando regras internas contraditórias com os usos do comércio internacional.

⁶¹ As partes numa arbitragem doméstica podem obviamente escolher que se aplique uma lei diferente da espanhola; mas, ao estarem localizados todos os elementos da situação em Espanha – se não fosse assim a arbitragem seria internacional – o acordo não permitirá derrogar as disposições imperativas espanholas – artigo 3.º da CR.

⁶² A *nova lex mercatoria*, conceito de B. Goldman nos anos sessenta, continua a ser uma matéria altamente controversa; para uma análise dogmática e histórica é fundamental Berger ob. cit. nota n.º 36; para uma recompilação de decisões arbitrais nesta matéria cfr. Fernández-Armesto: “*Observation to award rendered in SCC Case 117/1999*”, en Stockholm Arb. Rep. 2002: 1, pág. 71.

Apesar das dúvidas de carácter doutrinal, certo é que nos últimos trinta anos temos vindo a assistir a uma aceitação crescente da arbitragem “transnacional”. Esta aceitação tem sido propiciada porque as diferentes legislações nacionais têm vindo a incorporar um conceito de origem francês: o de “*règles de droit*”. O conceito foi introduzido em 1981 no artigo 1496 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, ao estabelecer que as partes eram livres de escolher as *règles de droit* aplicáveis à sua controvérsia; e interpretou-se o conceito como englobando não só os ordenamentos jurídicos estaduais, mas também as regras transnacionais e a *lex mercatoria*⁶³. A terminologia foi posteriormente, aceite por várias leis nacionais⁶⁴, pelo artigo 42º (1) da CW e pelos regulamentos de arbitragem das principais instituições arbitrais⁶⁵.

O artigo 34º número 2 da LAE acolheu o conceito de *règles de droit*, para definir as normas aplicáveis ao mérito do litígio numa arbitragem internacional (ao contrário do que permite para as arbitragens domésticas). A LAE traduziu o conceito como “*normas jurídicas*”, clarificando na EdM (VII, I) que engloba não só as normas de um ou vários ordenamentos, mas também as “*regras comuns do comércio internacional*”, isto é, a *lex mercatoria*⁶⁶. O artigo 34º número 2 é um canto ao princípio da autonomia da vontade. As partes têm plena liberdade para definir qual deve ser a fórmula jurídica aplicada pelos árbitros para resolver o mérito da controvérsia. Só subsidiariamente, na ausência de acordo, a faculdade de decisão se translada aos árbitros. Por isso, na exposição da matéria, devem distinguir-se duas grandes situações: que as partes tenham escolhido um sistema de fontes no seu contrato (4.1.) ou caso não o tenham feito, que esta tarefa recaia sobre os árbitros (4.2.). A LAE, finalmente, impõe aos árbitros um dever de decidir com referência às estipulações do contrato, tendo em conta os usos aplicáveis (4.3.).

⁶³ Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26, pág. 802.

⁶⁴ Artigo 1054.º Código holandês de Procedimento Civil, artigo 187.º Estatuto suíço de Direito Internacional Privado, § 1051 ZPO.

⁶⁵ Artigo 17.º número 1 do Regulamento da CCI, artigo 22.º número 3 do Regulamento da LCIA.

⁶⁶ É discutível se “*normas jurídicas*” é a melhor tradução para o conceito francês; os ingleses, penso que com melhor acerto, fizeram uma tradução literal e falam de “*rules of law*”, que em castelhano equivaleria a “*reglas de derecho*”; na CW e na Lei-Modelo refere-se a “*normas de direito*”; seja qual for a fórmula de tradução, o conceito em qualquer caso é o mesmo.

4.1. Escolha pelas partes das normas jurídicas aplicáveis ao mérito

Numa arbitragem internacional, as partes podem acordar livremente – no contrato original ou mediante um acordo posterior – quais as normas aplicáveis ao mérito da controvérsia, determinando um ou vários ordenamentos jurídicos (A), escolhendo as regras comuns do comércio internacional ou a *lex mercatoria* (B), ou autorizando os árbitros a que julguem segundo a equidade (C).

A) Ordenamento jurídico

As partes podem pactuar que a sua relação jurídica se reja por um determinado ordenamento jurídico – que pode ser ou o de uma parte, ou o da outra ou mesmo o de um terceiro Estado neutro. Não é necessário que esse ordenamento escolhido tenha uma conexão com o negócio jurídico principal⁶⁷. Neste ponto, o artigo 34º número 2 da LAE é congruente com a regulação geral de direito internacional privado contida no artigo 3º da CR. A LAE acrescenta que a referência ao direito de um determinado Estado, entender-se-á, salvo acordo em contrário, ao direito substantivo desse mesmo Estado e não às suas normas de conflitos de leis⁶⁸.

À margem desta referência à exclusão de reenvio, a regulação da LAE é extraordinariamente parca. Por isso deve ser integrada com a normativa geral espanhola em matéria de direito internacional privado, e em especial com a CR. Esta Convenção regulará

- os casos de escolha implícita (artigo 1º),
- e escolha simultânea de vários ordenamentos (artigo 1º),
- o consentimento e a validade do mérito (artigo 8º),
- o âmbito da lei acordada (artigos 10º e 14º),
- a cessão de crédito (artigo 12º).

As partes podem submeter o contrato não só a uma lei, mas a várias, de forma a que cada uma regule diferentes aspectos (“*dépeçage*”). Tal possi-

⁶⁷ A exigência histórica de uma determinada conexão, ainda presente no artigo 62.º da LAE de 1988, desapareceu.

⁶⁸ A LAE, neste ponto, copiou o artigo 28.º (1) da Lei-Modelo; no fundo a norma é redundante, à luz do artigo 15.º da CR.

bilidade induz-se sem dificuldade de uma interpretação conjunta dos artigos 34º número 1 da LAE e 3º (1) da CR (que permite que se pactue a lei aplicável “*a uma parte do contrato*”). Ainda que o “*dépeçage*” legalmente seja possível⁶⁹, na realidade formula numerosas dificuldades no deslinde e frequentemente produz efeitos imprevistos e indesejados. Por isso, a sua aplicação prática é muito escassa.

As partes, ao submeterem-se a um determinado ordenamento jurídico, submetem-se na sua totalidade – incluindo leis dispositivas, leis imperativas⁷⁰ e leis de polícia⁷¹.

Quid as leis de polícia que tenham uma estreita vinculação com a controvérsia, por serem obrigatórias no domicílio de uma das partes, no lugar da sede ou no lugar do *exequatur*? Devem os árbitros tomá-las em conta ainda que as partes se tenham submetido a uma lei diferente? A resposta a esta pergunta constitui uma das questões mais debatidas da arbitragem internacional⁷².

Se o Direito espanhol resulta aplicável ao mérito, por ter sido pactuado pelas partes, é possível induzir uma regra do artigo 7 número 2 da CR⁷³; o

⁶⁹ Uma coisa é o “*dépeçage*” e outra as designações conjuntas múltiplas (“Direito comum a França e Inglaterra”), ou condicionadas (“Direito mexicano, na medida em que seja compatível com os princípios gerais do comércio internacional”); estas fórmulas põem os árbitros perante um problema e devem evitar-se.

⁷⁰ Não derogáveis por contrato – artigo 3.º (3) da CR.

⁷¹ No sentido do artigo 7.º da CR; são leis relativas às quais o legislador estabeleceu que devem ser aplicadas, qualquer que seja a lei que reja o contrato – p.e. defesa da concorrência, branqueamento de capitais e nulidade de actos corruptos.

⁷² Um bom exemplo da relevância prática da pergunta oferece a famosa arbitragem Hilmarton c. OTV, CCI nº 5622. OTV, uma sociedade francesa, tinha contratado em virtude de um contrato submetido ao Direito suíço com a Hilmarton, uma sociedad inglesa, a “*coordenação dos aspectos administrativos*” de um contrato público com a Argélia. Surgiu uma disputa sobre o pagamento da comissão. O árbitro chegou à conclusão que o contrato violava uma lei de polícia argelina – a proibição de uso de intermediários – e consequentemente era nulo por contrariar os *bonos mores*, no sentido do artigo 20.º número 1 do Código Suíço de Obrigações. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Federal Suíço a 17.4.1990.

⁷³ Contra Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26 pág. 848 que são contrários à aplicação do artigo 7.º da CR às arbitragens internacionais; a favor Gonzalo Quiroga: “*Orden público internacional en el marco de la globalización comercial*”, (2003), pág. 248.

árbitro pode (mas não está obrigado) a dar aplicação a uma lei de polícia de um terceiro país se se cumprem três condições:

- que a lei deste terceiro país apresente um “*vínculo estreito*” com a controvérsia (p.e. ser uma das partes nacional desse país, por ser o país do lugar do cumprimento do contrato ou o lugar natural de execução da sentença arbitral, ou por ver-se afectada a concorrência no seu mercado),
- que segundo a lei deste país, a norma de polícia seja aplicável, qualquer que seja o ordenamento convencionado no contrato,
- que a norma de polícia seja expressão de um princípio de ordem pública amplamente aceite pela comunidade internacional (como é a luta contra o narcotráfico, o branqueamento de capitais, a proibição de corrupção, ou a defesa da concorrência), de forma que uma sentença arbitral que não considerasse estas normas, violasse a ordem pública internacional e fosse, em consequência de impossível reconhecimento e execução, em outros países (e não só no Estado que promulga a norma de polícia) por imperativo do artigo 5º (2) (b) da CNI⁷⁴.

B) *Regras comuns ao comércio internacional*

As partes em determinadas ocasiões não logram alcançar um acordo sobre o ordenamento jurídico aplicável ao seu contrato, e acordam expressamente submetê-lo a regras comuns ao comércio internacional. A fórmula pode variar (“*direito internacional dos contratos*”, “*lei comum ao comércio internacional*”), mas em todos estes casos as partes pactuam a submissão à *lex mercatoria*. A validade deste tipo de acordo não oferece dúvidas, pois estas “*regras comuns ao comércio internacional*” (EdM VII, I *in fine*) constituem “*normas jurídicas escolhidas pelas partes*”, e serão consideradas pelos “*árbitros [que] decidirão a controvérsia*” (artigo 34º número 1 da LAE).

⁷⁴ O artigo 7.º (1) da CR prevê que “*para decidir se se deve dar efeitos a estas disposições imperativas [de polícia], ter-se-á em conta a sua natureza e objecto, assim como as consequências que se derivariam da sua inaplicação*”. No caso de uma arbitragem internacional, estes critérios legais devem interpretar-se defendendo a autonomia da vontade das partes, que unicamente cede perante exigências de autêntica ordem pública internacional e o dever dos árbitros de garantir a execução da sua decisão.

O principal problema que formula este tipo de acordo é o da prova das regras precisas que os árbitros terão de aplicar. O princípio “*iura novit curia*” não encontra aplicação e corresponde à parte provar a existência de uma determinada regra. Prova que levanta os mesmos problemas que o costume ou usos do comércio em direito interno: a parte que alegue deverá aportar um conjunto de sentenças judiciais, sentenças arbitrais, opiniões doutrinárias e de peritos que corroborem a regra. Esta tarefa, eivada de dificuldades, tem-se visto facilitada por duas codificações: a “Lista de princípios, regras e standards da *lex mercatoria*” preparada por CENTRAL e os Princípios sobre os Contratos Internacionais aprovados por Unidroit [de ora em diante apenas os “Princípios”].

O *Center for Transnational Law* da Universidade de Colónia preparou uma lista de 78 regras, sobre todos os aspectos da *lex mercatoria*, com um enunciado e uma indicação das fontes que justificam a sua existência⁷⁵.

A Unidroit é uma organização intergovernamental, re-estabelecida em 1940, resultante de um Tratado multilateral. Em 1994 publicou os seus Princípios – a última versão é do ano 2004. O conteúdo, a estrutura e o estilo dos Princípios são similares à parte geral de obrigações e contratos de um Código Civil continental.

A finalidade dos Princípios vem claramente definida no seu preâmbulo: as partes podem acordar a sua aplicação em contratos internacionais, e neste caso tornam-se obrigatórios (*ex lege contractus*). Os tribunais e os árbitros “podem” aplicá-los, quando o acordo das partes é no sentido de que “*os seus contratos se rejam por princípios gerais de direito, pela lex mercatoria ou similares*”, quando “*se torne impossível estabelecer a norma concreta de direito aplicável*” ou quando seja necessário “*interpretar ou suplementar a legislação uniforme internacional*”.

É impossível enquadrar os Princípios – uma codificação privada de Direito Civil, aprovada por uma organização intergovernamental – dentro das fontes tradicionais de Direito. Os Princípios não constituem nem um tratado, nem uma recompilação de usos⁷⁶, nem condições gerais de

⁷⁵ A lista pode ser consultada em www.tldb.de; sobre a sua origem e compilação ver Berger n 89, pág. 213, que, por certo, cita como um dos precedentes do seu empenho o “Libro del Consulado del Mar” de Barcelona; o sistema de listas não está isento de críticas; ver Gaillard: “*The Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*” em *Arbitration International* (2001), pág. 17.

⁷⁶ Nem todos os artigos dos Princípios cumprem as exigências tradicionais para a existência de uso: “*repetitio*” e “*opinio iuris*”, ainda que seja possível que alguns

contratação. São uma fonte de direito transnacional, um exemplo – quiçá o mais amplamente aceite – da crescente tendência a codificar a *lex mercatoria*⁷⁷.

C) *Julgamento segundo a equidade*

Finalmente, as partes podem prever na convenção de arbitragem que os árbitros julguem segundo a equidade⁷⁸ – para isto é necessário um pacto expresse⁷⁹. Na ausência dele, os árbitros carecem desta prerrogativa.

Que a arbitragem seja de equidade não quer dizer que fique totalmente desligado de um sistema de fontes: o acordo de autorização deve ser unido a um pacto em virtude do qual as partes determinem as normas jurídicas que vão servir de substrato à decisão (seja o ordenamento de um Estado ou a *lex mercatoria*). Na ausência de pacto expresse, serão os próprios árbitros os que determinarão as normas jurídicas aplicáveis ao mérito da controvérsia (artigo 34º número 2 *in fine* LAE).

Que impacto terá que as partes autorizem os árbitros a julgar segundo a equidade? Os limites precisos desta autorização – para a qual não existe equivalente em Direito processual – dista de ser preciso. Por isso é mais fácil responder a esta pergunta ressaltando aqueles aspectos em que os poderes dos árbitros não resultam modificados:

- os árbitros “*em qualquer caso decidirão tendo em conta as estipulações do contrato*” (artigo 34º número 4 da LAE); portanto, é vedado ao árbitro desconhecer o contrato, mitigando os direitos e obrigações criados pelas partes ou substituindo as cláusulas pactuadas por outras⁸⁰,
- a sentença arbitral tem que estar devidamente fundamentada⁸¹,

cumpram; para uma análise mais detalhada, com jurisprudência, ver Fernández-Armesto ob. cit. nota n.º 62.

⁷⁷ A recepção dos Princípios tem sido muito positiva e existe um número importante de sentenças arbitrais internacionais que os invocam.

⁷⁸ “*Amigables componedores*”, “*ex aequo et bono*” são termos equivalente usados no artigo 28.º (3) da Lei-Modelo.

⁷⁹ Artigo 34.º número 1 da LAE, artigo 42.º (3) da CW.

⁸⁰ Desviar-se gratuitamente do princípio *pacta sunt servanda* é tudo menos equitativo.

⁸¹ Artigo 37.º número 4 da LAE: o facto de que a arbitragem seja de equidade não implica uma renúncia implícita à necessidade de motivação.

- o procedimento deve pautar-se pelos mesmos princípios de igualdade, audiência e contraditório aplicáveis também à arbitragem de direito⁸²,
- os árbitros não podem desatender as leis imperativas que resultem de aplicação,
- o regime de aplicação das leis de polícia é o mesmo descrito *supra* para as arbitragens de direito.

No fundo, o que a arbitragem de equidade permite é que os árbitros dêem às normas uma interpretação flexível e anti-formalista (mais além, ou inclusivamente, em contradição, com decisões da jurisprudência) e que avaliem a prova conforme o seu leal saber e entender, muito especialmente em matéria de danos e prejuízos.

À primeira vista poderia parecer atractivo outorgar este tipo de poderes aos árbitros. Mas acaba por não ser assim. A estrita aplicação da lei dota a arbitragem de um elemento de previsibilidade, que a equidade se encarrega de difuminar. Numa arbitragem de direito, as partes poderão duvidar sobre qual é a interpretação da lei ou qual é a realidade fáctica que resultará provada, mas uma vez determinados estes pontos, os efeitos jurídicos não são discricionários, não dependem do pessoal sentido jurídico do árbitro e, portanto, são economicamente previsíveis. Isto permite que durante a arbitragem as partes continuem a avaliar o resultado económico previsível da arbitragem, e frequentemente mantenham conversações para alcançar uma transacção. Todo este processo apaga-se na arbitragem de equidade, e por isso na prática internacional é uma opção raramente pactuada e pouco recomendável.

4.2. Escolha pelo árbitros das normas jurídicas aplicáveis ao mérito

Ocorre com frequência que as partes não incluam no seu contrato referência alguma ao direito aplicável ao mérito – em alguns casos por esquecimento, mais frequentemente por incapacidade de chegar a um acordo.

Históricamente, nestes casos a lei obrigava os árbitros a determinar o ordenamento jurídico mais apropriado às circunstâncias quer fosse

⁸² O artigo 24.º da LAE não estabelece excepção para a arbitragem de equidade.

directamente (“*voie directe*”) quer fosse com base nas normas de conflito de leis que considerassem aplicáveis⁸³.

Neste ponto, a LAE actual volta a ser inovadora ao permitir que, na ausência de pacto, os árbitros apliquem “*as normas jurídicas ... que considerem apropriadas*”. Os árbitros terão assim a possibilidade de escolher um ou vários ordenamentos jurídicos, ou, se o consideram mais apropriado, a *lex mercatoria* ou regras comuns do comércio internacional. Se se decantam por um ordenamento, não estarão vinculados por nenhuma norma de conflito (e em especial pela da sede da arbitragem), mas poderão escolher livremente a lei “*apropriada*”. Segundo as circunstâncias, esta pode ser a lei que apresente os vínculos mais estreitos com o contrato, mas também uma lei neutra. Nada se opõe, inclusivamente, a que se inclinem por um *dépeçage*. Alternativamente, são livres de escolher a *lex mercatoria*, na sua forma mais tradicional de princípios abertos, ou na mais moderna de codificações privadas (Unidroit, CENTRAL ...).

É inquestionável que a fórmula seguida pelo legislador é de grande flexibilidade e demonstra uma notável confiança em que os árbitros exercerão razoavelmente os amplos poderes conferidos pela lei – em especial porque a decisão dos árbitros não pode ser objecto de revisão pelos tribunais⁸⁴.

Ainda que a LAE permita aos árbitros escolher qualquer “*norma jurídica*”, como direito substantivo e inclusivamente a *lex mercatoria*, ainda assim as partes omitiram qualquer referência a esta possibilidade, um uso inapropriado ou pouco meditado destes poderes pode pôr em risco a execução do sentença arbitral: em muitos países, com legislação menos avançada que a espanhola, podem surgir dificuldades para lograr o *exequatur* de uma sentença arbitral baseada exclusivamente em Direito transnacional. Um bom exemplo deste risco é o famoso caso *Norsolor*⁸⁵, em que os árbitros, na falta de acordo sobre o direito aplicável ao mérito, fundamentaram a sua sentença arbitral exclusivamente na *lex mercatoria*. A decisão foi anulada em primeira instância pelo Tribunal de Apelações de Viena, ainda que posteriormente tenha sido confirmado pelo Supremo Tribunal austriaco. O resultado foi similar noutro caso famoso, *Compañia*

⁸³ Ver o artigo 62.º da LAE (1988), artigo 8.º da CEA, artigo 28.º (2) da Lei-Modelo.

⁸⁴ Ver motivos de anulação da sentença arbitral estipuladas no artigo 41.º da LAE.

⁸⁵ CCI n.º 3131; para um bom resumo, Craig/Park/Paulsson, “*International Chamber of Commerce Arbitration*” (2000) pág. 234.

Valenciana de Cementos Pórtland c. Primary Coal, no qual os árbitros aplicaram a *lex mercatoria*, a sua decisão foi questionada, ainda que tenha sido posteriormente confirmada pelos Tribunais de Apelação e de Cassação franceses⁸⁶. Sem embargo, também há casos em que a aplicação da *lex mercatoria* é a única fórmula verdadeiramente neutra para solucionar a controvérsia⁸⁷.

4.3. As estipulações do contrato e os usos aplicáveis

O artigo 34º número 3 da LAE termina com a imposição de um dever duplo aos árbitros: seja qual for a “*norma de direito*” que apliquem, estejam ou não autorizados a julgar segundo a equidade, os árbitros deverão em qualquer caso:

- decidir considerando as estipulações do contrato,
- tendo em conta os “*usos aplicáveis*”.

Esta regra resulta de aplicação tanto se a arbitragem é doméstica como se é internacional⁸⁸.

A imposição legal, exigindo aos árbitros que decidam com referência às estipulações do contrato, realmente acrescenta pouco: onde, eventualmente, terá mais transcendência é nas arbitragens de equidade, uma vez que preclui que nestes casos os árbitros possam mitigar os efeitos do contrato ou novar o acordado. Quanto ao resto a obrigação de *pacta sunt servanda* constitui o primeiro dos princípios da *lex mercatoria* e do direito contratual espanhol, e todo o árbitro que não o tivesse em consideração estaria a incumprir o seu mandato.

A LAE também obriga os árbitros a que tenham em conta os “*usos aplicáveis*”. A referência aos “*usos aplicáveis*” não remete para as regras

⁸⁶ Para um resumo: Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26, pág. 880.

⁸⁷ Para um exemplo, veja-se a sentença arbitral parcial na arbitragem 117/1999 da Câmara de Comércio de Estocolmo, ob. cit. nota n.º 62; as partes eram chinesa e luxemburguesa, o contrato assinado na China, carecia de prestação característica; o lugar da arbitragem era Estocolmo; o tribunal decidiu aplicar como “*normas de derecho*” os Princípios Unidroit e subsidiariamente o Direito sueco.

⁸⁸ O artigo 34.º número 3 da LAE está copiado literalmente do artigo 33.º (3) da Lei-Modelo.

comuns do comércio internacional que formam parte das “*normas jurídicas*”, mas sim para os usos do comércio interno, fonte de direito no ordenamento jurídico que resulte de aplicação.

A aplicar-se o ordenamento jurídico espanhol, os usos do comércio “*observados geralmente em cada lugar*” deverão ser tidos em conta “*em lugar*” da lei comercial⁸⁹. A sua natureza é puramente dispositiva e subsidiária. Na prática internacional, a relevância é mínima – umas vezes ao ser excluído por minuciosas estipulações acordadas pelas partes, outras ao ter sido substituídos por regulações legais expressas.

5. O Procedimento

A primeira questão a abordar é a determinação da lei aplicável ao procedimento numa arbitragem internacional (5.1). Caso seja relevante o Direito espanhol, a LAE não contém especificidades significativas, ainda que tenha algumas particularidades em matéria de nomeação de árbitros, de duração do procedimento e de prazos para pedir a correcção, esclarecimentos e complemento da sentença arbitral (5.2).

5.1. Lei aplicável ao procedimento

A lei aplicável ao procedimento pode ser, e na prática frequentemente é, diferente das normas jurídicas que os árbitros aplicam ao mérito⁹⁰. Já o artigo 2º do Protocolo de Genebra de 1923 estabeleceu que “*o procedimento de arbitragem, inclusivamente a constituição do Tribunal arbitral, se regerá pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território tenha lugar a arbitragem*”. A mesma ideia subjaz ao artigo 5º (1)

⁸⁹ Artigo 2.º do C.Com, que prevê que subsidiariamente se aplicará o Direito comum; o artigo 50.º do C.Com., no entanto, exclui desta regra os requisitos, modificações, excepções e extinção e capacidade aos contratos comerciais.

⁹⁰ Um problema que se coloca com certa frequência é o da delimitação do alcance da lei aplicável ao mérito perante as normas de carácter processual; o tema encontra-se tratado no artigo 10.º da CR, em virtude do qual a lei aplicável ao mérito rege também a interpretação, o cumprimento, a avaliação do dano, a extinção, a prescrição e outros modos de extinção e as consequências da nulidade.

(d) da CNI, que permite negar o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral se o procedimento violou o acordo das partes ou a *lex fori*. O artigo 25º da LAE recolhe a mesma ideia, ao estabelecer que “*as partes poderão acordar livremente o procedimento ao que se tenham de ajustar os árbitros nas suas actuações*”.

Nas arbitragens administradas, as partes invariavelmente pactuam submeter-se aos regulamentos da instituição arbitral (cuja validade é reconhecida pelo artigo 15º número 1 da LAE). Estes regulamentos contêm uma regulação pormenorizada do procedimento. Nas arbitragens *ad hoc*, é frequente a submissão a um Regulamento aprovado pela UNCITRAL para estas situações⁹¹. Em certas ocasiões, as partes, adicionalmente, acordam regras específicas para determinados aspectos do procedimento⁹². Os pactos contidos na cláusula arbitral frequentemente são complementados ou desenvolvidos durante a fase prévia ao início do procedimento, ou durante o mesmo. Nesta fase é habitual que as partes alcancem acordos concretos sobre os trâmites, prazos e formas de realizar as actuações processuais.

O pacto entre as partes é, desta forma, o princípio supremo do procedimento – perante ele devem ceder inclusivamente as potestades dos árbitros, pois de acordo com o artigo 25º número 2 da LAE estes unicamente têm faculdades para “*dirigir a arbitragem do modo que considerem apropriado*” “*na falta de acordo*”. A grande vantagem da arbitragem é precisamente que as partes sejam os donos do processo, e possam, de mútuo acordo, adaptá-lo às suas necessidades específicas⁹³. A conclusão anterior tem uma excepção: os árbitros não estão obrigados a aceitar pactos que constituam violações de normas procedimentais imperativas, porque caso o fizessem, a sentença arbitral poderia ser anulada judicialmente⁹⁴ – e a obrigação principal do árbitro é a de garantir a validade da sua sentença arbitral.

⁹¹ Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, aprovado pela Resolução n.º 31/98, Assembleia Geral das Nações Unidas de 15 de Dezembro de 1976, revisto no ano de 2010.

⁹² P.e. as “*IBA Rules on the taking of evidence in International Commercial Arbitration*”, aprovados pela International Bar Association para regular a apresentação de prova.

⁹³ Contra, no entanto, Guzmán Fluja em AAVV “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, pág. 929 que pretende restringir a liberdade de acordos depois de começar o processo.

⁹⁴ Ver artigo 41.º número 1 (d) que se refere expressamente à violação de “*norma imperativa*” da LAE como causa de anulação.

Na falta de acordo entre as partes, os árbitros exercitarão o seu poder de “*dirigir a arbitragem do modo que considerem mais apropriado*” (artigo 25º número 2 da LAE); se a sede da arbitragem é em Espanha, aplicarão subsidiariamente os preceitos gerais de natureza processual contidos na LAR⁹⁵.

Existe além disso uma área em que a aplicação da *lex fori* não pode ser excluída: trata-se das normas processuais de carácter imperativo, que têm de ser respeitadas pelas partes e pelos árbitros, sob pena de nulidade da sentença arbitral (artigo 41º número 1 (d) da LAE). Ora bem, estas normas processuais são geralmente muito escassas. No ordenamento jurídico espanhol, só se refere a uma: o artigo 25º número 1. da LAE que limita a liberdade das partes para acordar que o procedimento se desenvolva “*conforme ao disposto no artigo anterior*”; e o artigo anterior estabelece que “*os princípios de igualdade, audiência e contraditório*”: “*Deverá tratar-se as partes com igualdade e dar-se a cada uma delas suficiente oportunidade para fazer valer os seus direitos*” (artigo 24º número 1 da LAE)⁹⁶.

Existem outras normas processuais de carácter imperativo em Direito espanhol?

Em primeiro lugar, a LAE contém uma série de preceitos, que são concretizações dos princípios de audiência, igualdade e contraditório, e que portanto não podem ser modificados por acordo das partes. Entre eles estão os seguintes:

- a intervenção judicial, em todos aqueles caso em que a Lei a preveja (e em especial, a renúncia a exercer a acção de anulação),
- a criação de novos casos de intervenção judicial, além dos que já se encontram previstos no artigo 7º da LAE,
- a renúncia tácita às facultades de impugnação do artigo 6º da LAE,

⁹⁵ Segundo estabelecem o artigo 2.º do Protocolo de Genebra de 1923 e o artigo 5.º (1) (d) da CNI. Note-se que a aplicação subsidiária refere-se à LAE, não à LEC; as regras processuais estabelecidas na LEC, pensadas para processos judiciais internos, não são aplicáveis, nem por analogia, às arbitragens internacionais.

⁹⁶ O teor literal do artigo 25.º número 1 exclui da liberdade de acordo todo o artigo 24.º, incluindo o seu parágrafo 2, que regula a confidencialidade da informação que se obtenha através da arbitragem; a interpretação literalista deve recusar-se, uma vez que não existe inconveniente algum em que as partes acordem limitar ou excluir a confidencialidade da arbitragem.

- a igualdade no procedimento de nomeação de árbitros (artigo 15º número 2 da LAE),
- a exigência de que os árbitros sejam e permaneçam independentes e imparciais, e a possibilidade de recusa em caso de dúvidas justificadas (artigo 17º da LAE)⁹⁷,
- a potestade dos árbitros para decidir sobre a sua própria competência em virtude do artigo 22º da LAE (uma vez que esta competência está intimamente implicada com os poderes e proibições da intervenção judicial na arbitragem),
- o direito das partes a serem citadas para todas as audiências com suficiente antecedência e a intervir nas mesmas (artigo 30º número 2 da LAE),
- o traslado de todas as peças processuais e documentos à contraparte, nos termos do artigo 30º número 3 da LAE.

Em segundo lugar, existem certos requisitos relativos à sentença arbitral, que são imprescindíveis para a sua existência e validade. Trata-se da sua forma escrita, da assinatura dos árbitros, da possibilidade de votos particulares, da indicação do lugar e data, da emissão da sentença arbitral dentro do prazo, assim como da necessidade da sua notificação e da possibilidade das partes de pedir correcções, esclarecimentos e complementos (artigos 37º números 2, 3, 5 e 7 e 39º da LAE). As partes podem definir estes requisitos (p.e. estabelecendo a possibilidade de assinatura electrónica ou ampliando os prazos para pedir correcções), mas não podem excluir por pacto, sob pena de desnaturalizar a sentença arbitral e privá-lo dos seus efeitos jurídicos. Também não podem excluir por pacto que expiração do prazo sem que se tenha sentença arbitral implique o término das actuações – o que sim se pode acordar é a forma e o momento em que se entende expirado o prazo⁹⁸.

Fora destas categorias, não existem normas imperativas de carácter processual em Direito arbitral espanhol, que actuem como barreiras às faculdades de livre disposição das partes.

⁹⁷ As partes podem aceitar que um determinado facto não constitua motivo para duvidar da imparcialidade do árbitro, e podem renunciar a recusá-lo por essa causa; o que não se permite é uma renúncia geral ao requisito da independência ou da imparcialidade, nem à possibilidade de recusação.

⁹⁸ As partes poderiam p.e. acordar que para que o prazo se considere expirado deve caber denúncia escrita de uma das partes e ter transcurrido um prazo de graça dentro do qual os árbitros ainda podem proferir a sentença arbitral.

5.2. Especialidades processuais da arbitragem internacional

A LAE prevê unicamente ligeiras especificidades processuais aplicáveis às arbitragens internacionais com sede em Espanha. Estas afectam a designação dos árbitros (A), a duração do procedimento (B) e os prazos para pedir a correcção da sentença arbitral (C).

A) A nomeação dos árbitros

Um problema específico que se levanta nas arbitragens internacionais, é o da nacionalidade dos árbitros. A sua independência e imparcialidade pode, pelo menos aparentemente, ficar limitada, se o árbitro único ou o presidente compartem a nacionalidade de alguma das partes. Esta é a razão pela qual um bom número de regulamentos arbitrais estabelece o princípio geral de que o árbitro será de uma nacionalidade distinta da das partes⁹⁹.

A LAE nesta matéria não seguiu um modelo tão exigente, optando por reproduzir a solução da Lei-Modelo que se concretiza em dois preceitos:

Em primeiro lugar, o artigo 13º da LAE *in fine* estabelece que a nacionalidade de uma pessoa “*não é obstáculo*” para que actue como árbitro. A regra implica que todo o estrangeiro pode actuar como árbitro em Espanha, tanto em arbitragens domésticas como internacionais, sempre que seja pessoa singular e se encontre no pleno exercício dos seus direitos civis (como exige o próprio artigo 13º da LAE). O mesmo critério já tinha sido antecipado pelo artigo 3º da CEA¹⁰⁰ e pelo artigo 27º do CC¹⁰¹. Mas o artigo 13º da LAE tem uma segunda implicação: não existe obstáculo em Direito espanhol, a que numa arbitragem internacional o árbitro dirimente seja da mesma nacionalidade que uma das partes (ou que num tribunal arbitral vários árbitros sejam da mesma nacionalidade). As exigências de independência e imparcialidade que impõem o artigo 17º da LAE não se incumprem, pelo simples facto, da haver coincidência de nacionalidades¹⁰².

⁹⁹ Artigo 9.º (5) do Regulamento da CCI, artigo 6.º (1) do Regulamento da LCIA.

¹⁰⁰ “*Os súbditos estrangeiros poderão ser nomeados árbitros*”.

¹⁰¹ Ver Martí Mingarro: “*Comentario al art. 13*”, en AAVV “*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*” ob. cit. nota n.º 29, pág. 143.

¹⁰² Note-se que o artigo 13.º da LAE limita-se a afirmar que a nacionalidade “*não é obstáculo*” para a actuação como árbitro; a nacionalidade comum, no entanto, pode ser

Em segundo lugar, o artigo 15º número 6 da LAE, também inspirado pela Lei-Modelo, oferece uma recomendação ao juiz espanhol ao designar árbitro. A LAE prevê que seja o juiz quem exerça essa função quando não seja possível fazê-lo através do procedimento pactuado pelas partes (artigo 15º número 3 da LAE). Para isso deverá elaborar-se uma lista com três candidatos por cada lugar a preencher, escolhendo-se dentro da mencionada lista por sorteio. Ao elaborar a lista, o juiz “*tomará as medidas necessárias para garantir a sua independência e imparcialidade*” e “*terá também em conta a conveniência de nomear um árbitro de nacionalidade distinta da das partes, e, em certos casos, da dos árbitros já designados*”. É de ressaltar que neste último ponto a lei recomenda, mas não impõe: o juiz pode nomear um árbitro da mesma nacionalidade que as partes ou os co-árbitros, sempre que a independência esteja garantida; no entanto, a lei recorda que, em circunstâncias normais, o “*conveniente*” é que sejam de nacionalidade distinta. A LAE outorga aos juizes uma grande liberdade pelo que é de esperar que os tribunais saibam administrar os poderes conferidos com responsabilidade, e em regra geral se atenham à sábia recomendação do legislador¹⁰³.

Ainda que o artigo 14º número 6 da LAE esteja dirigido aos juízes, a sua recomendação deve aplicar-se também, ainda com maior ênfase, a aqueles casos nos quais a designação de árbitro dirimente seja realizada por uma instituição arbitral espanhola, e a cujo regulamento se tenham submetido as partes.

B) *Duração do procedimento*

Uma das especialidades da arbitragem doméstica espanhola tem sido a brevidade dos prazos para proferir sentença arbitral (seis meses desde a contestação, apenas com uma prorrogação pelos próprios árbitros nunca superior a dois meses – artigo 37º número 2 da LAE). Esta preclusão é geralmente considerada como uma virtude da arbitragem doméstica espanhola, uma vez que permite que as partes conheçam de antemão

um indício que, em conjunto com outros, dêem lugar a dúvidas justificadas sobre a imparcialidade ou independência de um árbitro.

¹⁰³ Seria um fraco favor ao sucesso da arbitragem internacional em Espanha se os tribunais sistematicamente nomeassem a árbitros espanhóis, quando uma das partes também o seja.

quanto tempo medeia até à resolução da controvérsia¹⁰⁴. O sistema, no entanto, não se revela apropriado para a arbitragem internacional, onde a distância entre as partes, a diferença de idiomas e sistemas jurídicos e as complexidades técnicas da maioria das controvérsias, exigem prazos mais dilatados e muito mais flexíveis¹⁰⁵. Boa prova disto é que a Lei-Modelo não contém regra que limite a duração do procedimento, deixando que este aspecto se acorde entre as partes ou se determine pelos próprios árbitros, e que os regulamentos das principais instituições arbitrais internacionais prevêem regimes de grande flexibilidade. Assim o artigo 24º do Regulamento da CCI prevê um prazo de seis meses para proferir a sentença arbitral, mas permite que a Corte de Arbitragem (não os próprios árbitros) prorrogue o mencionado prazo, após pedido fundamentado do tribunal arbitral ou inclusivamente de ofício. Os Regulamentos da LCIA e da UNCITRAL, ao contrário, não fixam prazos máximos para proferir a sentença arbitral. O artigo 22º (1) (b) do Regulamento LCIA inclusivamente permite que os próprios árbitros prorroguem qualquer período temporal fixado na convenção de arbitragem para a duração do procedimento.

Como é que se deve aferir da validade e eficácia destes regulamentos à luz do artigo 37º número 2 da LAE? O princípio orientador fundamental em toda esta matéria é o da autonomia da vontade das partes. O artigo 37º número 2. começa precisamente por explicar a sua própria aplicação, “*salvo acordo em contrário das partes*”. As partes podem estender ou prorrogar os prazos previstos na lei, ou inclusivamente pactuar uma arbitragem de duração indefinida.

A autorização de extensão ou prorrogação pode ser outorgada pessoalmente pelas partes, mas estas também podem autorizar os árbitros ou a instituição arbitral a que o façam¹⁰⁶ (como ocorre nos artigos 24º do Regulamento da CCI ou 22 (1) (b) do Regulamento da LCIA)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Hierro Hernández-Mora/Hinojosa Segovia: en AAVV “*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*”, ob. cit. nota n.º 29, pág. 393.

¹⁰⁵ Ver p.e. Redfern/Hunter: “*Law and Practice of internacional Arbitration*”, (1999), pág. 393, que defendem a inexistência de limites temporais fixos.

¹⁰⁶ Assim o permite expressamente o artigo 4 (a) da LAE, ao estabelecer que quando uma disposição da lei “*deixe às partes a faculdade de decidir livremente a ... esta faculdade compreenderá a de autorizar um terceiro, incluída uma instituição arbitral, a que adopte esta decisão*”.

¹⁰⁷ A validade deste tipo de autorizações em Direito espanhol não oferece dúvida; à mesma conclusão chegaram os tribunais franceses – ver Fouchard/Gaillard/Goldman, ob. cit. nota n.º 26, pág.754.

O pacto que estabelece a duração indefinida não tem porquê ser explícito. Na arbitragem internacional de duração indefinida é a regra, e os prazos preclusivos a exceção. Se as partes se submetem a um regulamento arbitral que não estabeleça expressamente um prazo para proferir a sentença arbitral (como p.e. o Regulamento da UNCITRAL, ou o Regulamento da LCIA ou o Regulamento da AAA), por esse facto as partes alcançaram “*acordo em contrário*” para efeitos do artigo 37º número 2 da LAE, e portanto o prazo de seis meses previsto nesse preceito, e o seu sistema de prorrogação, não resultam de aplicação.

C) *Prazos para pedir a correcção da sentença arbitral*

O artigo 39º da LAE prevê um sistema de correcção, esclarecimento, complemento e rectificação de extralimitação inspirado no artigo 33º da Lei-Modelo. O legislador espanhol decidiu encurtar os prazos contidos na Lei-Modelo, reduzindo-os de 30 a 10 dias, e de 60 a 20 dias. Estes prazos tão breves não são apropriados para arbitragens internacionais, nas que o afastamento das partes, a diferença de idiomas e a complexidade das matérias claramente exigem períodos superiores. Por isso, o artigo 39º número 5 da LAE contém uma regra especial, aplicável unicamente às arbitragens internacionais:

- o prazo para solicitar a correcção é de um mês desde a notificação da sentença arbitral,
- o prazo dos árbitros para resolver, será de um mês para o pedidos de correcção de erros e de esclarecimento e de dois meses para as de complemento e rectificação de extralimitação; este prazo começará a correr desde que finalize o trâmite de audiência, que de acordo com o artigo 39º número 2 da LAE, os árbitros terão de conceder à contraparte¹⁰⁸.

A possibilidade de que as partes solicitem a correcção, esclarecimento, complemento ou rectificação de extralimitação da sentença

¹⁰⁸ Esta é a interpretação razoável do preceito, que neste ponto não é demasiado claro; o prazo dos árbitros para decidir não pode começar a correr até que tenham ouvido os argumentos da contraparte; com outra opinião, Barona Vilar en AAVV “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, ob. cit. nota n.º 24, pág. 1324.

arbitral é uma questão de direito processual imperativo, que não pode ser excluída por acordo. No entanto, todos os aspectos procedimentais e todos os prazos previstos no artigo 39º da LAE são livremente disponíveis e podem ser modificados por acordo entre as partes – incluindo através do regulamento da instituição arbitral.