

Impugnação de medidas cautelares arbitrais (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro)
(NOTAS BREVES)

Falar sobre impugnação de medidas cautelares arbitrais implica falar, de forma um pouco mais abrangente,

do controlo das medidas cautelares arbitrais (que não se esgota numa eventual impugnação) – tendo como ponto de referência a Nova Lei da Arbitragem Voluntária (nLAV).

1. Todos conhecemos, em geral, a controvérsia sobre a possibilidade de os tribunais arbitrais voluntários decretarem medidas cautelares

- têm o seu fundamento no consenso e na vontade das partes...
- não têm poderes de autoridade e, portanto, não têm competência executiva...
- não são adequados a decretar medidas sem contraditório prévio
- pode haver urgência dificilmente compatível com a constituição do tribunal arbitral...e mais

E todos sabemos, em particular, que a LAV anterior (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto) não tratava da hipótese de os tribunais arbitrais poderem (ou não) decretar providências cautelares

e que havia divergências sobre a questão de saber se era ou não possível atribuir-lhes tal competência,

ou, admitindo que sim, como ela se harmonizava com a competência dos tribunais estaduais

2. As dúvidas foram ultrapassadas pela nLAV, que em grande medida seguiu, também neste domínio, a Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional relativo à Arbitragem Comercial Internacional, e

1- **atribuiu expressamente aos tribunais arbitrais competência para decretarem providências cautelares**,

2- delimitou o âmbito da liberdade de modelação dessa competência pelas partes

3- definiu a relação dos tribunais arbitrais com a competência dos tribunais estaduais, também em matéria cautelar

-quer para decretar medidas, nomeadamente em relação a litígios atribuídos a tribunais arbitrais,

-quer para executar medidas cautelares decididas por tribunais arbitrais, mas carecidas de execução,

-quer para reconhecer medidas decretadas por tribunais arbitrais estrangeiros que se pretendam executar em Portugal)

4- e regulou o controlo que os tribunais estaduais podem exercer sobre essa competência dos tribunais arbitrais (teoricamente, por via de recurso, de anulação da decisão arbitral ou de controlo exercido a propósito da execução ou do reconhecimento).

Assim, e em síntese:

3. Os tribunais arbitrais voluntários têm competência para decretar medidas cautelares:

- É uma competência fundada na lei – pode ser excluída por acordo das partes (20º, nº 1 “*estipulação em contrário*”)

- Pode ser **mais ou menos extensa** – pode incluir ou não a possibilidade de, *simultaneamente* com a determinação de uma providência cautelar requerer uma **ordem preliminar** para que “*não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada*”, sem *prévia audição do requerido* (22º, nº 1) –

- As providências cautelares arbitrais têm necessariamente contraditório prévio (20º, nº 1)

4. Mas os tribunais estaduais têm competência cautelar concorrente com os tribunais arbitrais, que (a meu ver) não pode ser afastada, nem por convenção das partes (tb limitadamente? Em áreas totalmente sobrepostas de competência cautelar?)

ou seja:

-mantêm a competência que lhes cabe para decretar providências cautelares, ainda que respeitantes a litígios submetidos a arbitragens (29º),

(em virtude da Constituição e das leis respectivas, por ex. Código de Processo Civil, e segundo os seus termos)

-esclarecendo-se que não é incompatível com uma convenção de arbitragem, nem requerer medidas cautelares aos tribunais estaduais, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento dessas providências.

Isto é: o efeito negativo da convenção de arbitragem (exclusão da competência dos tribunais estaduais para apreciar o litígio correspondente, devendo absolver o réu da instância se a acção for proposta – nCPC, incompetência absoluta) não exclui a competência para decretar medidas cautelares.

Justificação da competência concorrente:

1-não coincide o âmbito das medidas cautelares previstas na nLAV e no Código de Processo Civil (este tem figuras nominadas mas tem depois figura geral)

2-Os tribunais arbitrais não podem determinar medidas cautelares que impliquem coercibilidade (exercício de poderes de autoridade – história do arresto)

3- nem sem contraditório prévio...

4- pode haver urgência, não sendo viável por exemplo esperar pela constituição do tribunal arbitral

DIFICULDADES: da existência de competência concorrente:

- se simultaneamente pedidas? Não é admissível.

- podem revogar-se mutuamente? Devem respeitar-se. Mas o tribunal arbitral, pelo menos quando profere a decisão sobre o litígio, tem de poder revogar a decisão cautelar do tribunal estadual...

5. A competência cautelar não coincide, como disse: vejamos (cfr. com Código de Processo Civil):

-Âmbito da competência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar:

Pese embora a afirmação de que os tribunais arbitrais podem decretar “as providências cautelares que considerem necessárias em relação ao objecto do litígio”, 20º,

A lei define os tipos de medidas admissíveis (nº 1),

(a) - medidas que mantenham ou restaurem a situação anteriormente existente, enquanto o litígio não for resolvido

(b) – medidas que impliquem a prática de actos que previnam danos ou a abstenção de praticas actos que provavelmente causem dano, quanto ao litígio arbitral

(c) – medidas que assegurem a preservação de bens sobre os quais a sentença possa ser executada

(d) - Ou, diferentemente, medidas destinadas a preservar meios de prova (lembra produção antecipada de prova, mas é diferentes; pode ser preservar docs., por ex.)

Eventualmente acompanhados das *ordens preliminares*...sem contraditório prévio, se o tribunal entender que põe em causa a eficácia da medida (22º)

Não coincide com Código de Processo Civil:

figura cautelar genérica (requisitos gerais de justiça cautelar) e **providências nominadas**

Requisitos semelhantes para serem decretadas (probabilidade séria da existência do direito /fundado receio de lesão, ponderação de prejuízos sofridos e evitados (21º)

5. Há uma Regra importante para **enquadrar o âmbito** da colaboração, ou assistência, e do controlo dos tribunais estaduais sobre os arbitrais: 19º: “*Extensão da intervenção dos tribunais estaduais*”:

“*Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê*”.

Suponho que o objectivo imediato desta regra é esclarecer que o âmbito da intervenção dos tribunais estaduais em matéria de arbitragem voluntária é o que se encontra previsto nesta lei, que prevalece sobre quaisquer outras potencialmente aplicáveis; até por razões de certeza e segurança.

É claro, no entanto, que a regra vale o que vale: consta de uma lei ordinária e não consegue evitar que leis posteriores alterem ou acrescentem casos de intervenção de tribunais estaduais.

Suponho, todavia, que se pode retirar deste preceito um outro significado, vendo nele uma regra de interpretação muito relevante no estabelecimento de fronteiras entre o âmbito de intervenção dos tribunais estaduais e dos tribunais arbitrais,

no sentido da limitação do âmbito de intervenção dos tribunais estaduais e de evitar interpretações “expansionistas”.

No que agora particularmente nos interessa, suponho que relevará para interpretar as normas relativas

- à **assistência** aos tribunais arbitrais, quanto à execução coerciva das medidas arbitrais, ao reconhecimento e execução de decisões cautelares arbitrais

- ao **controlo** das decisões arbitrais pelos tribunais estaduais - eventualidade de recurso (que está excluído) ou de anulação das mesmas decisões arbitrais (não expressamente prevista: aplica-se?).

6. Assim:

a) No que respeita à ***execução coerciva*** das medidas cautelares (23º, 27º) –

1- Os tribunais arbitrais só têm competência para as decretar, não para executar, se for necessário

2 - As medidas cautelares são obrigatórias para as partes e, se for necessário, podem ser coercivamente executadas mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente (tribunal de 1ª instância, 59º, nº 4)

3- que pode exigir **caução**, se o tribunal arbitral não exigiu (27º, nº 3)

b) As **ordens preliminares** são obrigatórias, mas insusceptíveis de execução coerciva pelos tribunais estaduais (23º, nº 5) e portanto escapam ao controlo exercido sobre as providências.

Aliás, caducam em 20 dias; ou são espontaneamente acatadas, ou são ineficazes

c) Se tiver sido decretada no estrangeiro, pode ser requerido o reconhecimento e a execução coerciva

- Em ambos os casos, **que controlo pode exercer o tribunal estadual sobre a providência?**

Existe uma lista de fundamentos de recusa de reconhecimento ou execução coerciva, 28º, alguns coincidentes com os fundamentos de recusa de reconhecimento e de execução de sentença (pex., inarbitrabilidade do litígio) (56º), outros específicos (pex, falta de prestação da caução exigida), mas

- a decisão que o tribunal estadual tomar só vale para efeitos de reconhecimento ou execução

- o tribunal não pode em caso algum fazer uma revisão de mérito da providência cautelar; MAS

- o tribunal estadual pode alterar a providência se for incompatível com os seus próprios poderes, de acordo com a lei que lhe é aplicável, de modo a adaptá-la à sua

competência; se não for possível, recusa (de fácil compreensão: o tribunal está a intervir para executar a medida cautelar)

7. Recurso:

A nLAV afasta expressamente a possibilidade de RECURSO em decisões relativas a providências cautelares, 27º, nº 4 [nota: usa o termo *sentenças...*]

- quer decidam sobre uma ordem preliminar,
- quer decidam sobre uma providência cautelar,
- quer se trate de decisão do tribunal estadual sobre reconhecimento ou execução coerciva.

IRRECORRIBILIDADE LEGAL

Mas recorde-se:

- o tribunal arbitral pode **modificar, suspender ou revogar**, ele próprio, a providência ou a ordem preliminar que tiver decretado – 24º - a pedido das partes (excepcionalmente oficiosamente, com audição prévia)

Não há recurso, mas é modificável (cfr. com Código de Processo Civil);

– A exclusão de recurso não vale, naturalmente, para as **decisões proferidas pelos tribunais estaduais** que decretam (ou neguem) providências cautelares relativas a litígios que estão a ser apreciados por tribunais arbitrais: são decisões sujeitas ao regime normal do Código de Processo Civil (há recurso até à Relação, segundo o regime normal)

É injustificada a diferença? Podem incidir sobre medidas que poderiam ter sido determinadas pelo tribunal arbitral.

Não é injustificada: a justificação material para a limitação ou exclusão de recursos de tribunais arbitrais para tribunais estaduais não vale para recursos de decisões de tribunais estaduais: preservar a decisão dos árbitros escolhidos para decidir o litígio, retirá-lo dos

tribunais do Estado (lógica que explica a inversão da regra da admissibilidade de recurso das decisões arbitrais em geral, da Lei anterior para a actual).

Acresce, repito, que as ordens preliminares e as providências cautelares podem ser modificadas pelo próprio tribunal arbitral que as decidiu...

- **A irrecorribilidade legal não exclui o Recurso para o Tribunal** Constitucional – MAS há que recordar a jurisprudência constitucional sobre o âmbito possível do objecto do recurso de constitucionalidade, quando se trata de decisões sobre providências cautelares.

8. E anulação? O regime de anulação das sentenças arbitrais aplica-se às decisões dos tribunais arbitrais que decretam providências cautelares? Directamente ou por analogia?

Deixo de fora as ordens preliminares (trata-se de medidas transitórias, nem sequer susceptíveis de execução coercitiva)

O Dr. Pedro Caetano Nunes, por exemplo, entende que sim; aplica por analogia o regime da anulação da decisão arbitral,

quanto aos fundamentos (46°),

ao prazo,

ao processamento,

ao tribunal competente

Ora:

– Alguns dos fundamentos, a ocorrerem, são simultaneamente fundamentos de anulação da decisão sobre o litígio e da providência (pex., incapacidade de uma das partes da convenção, inarbitrabilidade do litígio...)

– mas outros poderão afectar apenas a decisão cautelar (violação de princípios fundamentais no processamento da própria providência, como o princípio do contraditório ou da igualdade, ou prova):

SÓ estes ficariam sem solução, se o tribunal arbitral não revogasse ou alterasse a providência.

Suponho, PELO MENOS, que dentro destes haverá um mínimo de motivos que deverão poder ser apreciados: por exemplo, a violação de princípios fundamentais básicos (igualdade, proporcionalidade, contraditório...) Talvez se possa invocar o princípio do artigo 19º (limitação da intervenção dos tribunais estaduais ao que está previsto na lei

.. e sustentar uma solução restrita, limitada aos motivos específicos que apenas afectam a providência cautelar, sempre com a exigência de que o *vício* tenha tido influência decisiva na providência decretada

No entanto, o prazo parece ser excessivo,

e haverá que ponderar as consequências da anulação, em particular a respectiva compatibilização com o processo arbitral “principal”.

Modificabilidade, recorde-se.....

Com este âmbito limitado, suponho que se poderá aplicar o regime de anulação, com as devidas adaptações.