

# ESTUDOS EM MEMÓRIA DO CONSELHEIRO

ARTUR MAURÍCIO



### ÍNDICE

	Pags.
Apresentação	11
ANA LUÍSA PINTO — O direito de propriedade na jurisprudência constitucional portuguesa — con- teúdo e caracterização	13
ANA RITA GIL — A adoção de filho do cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo — o direito vigente à luz dos princípios constitucionais	49
ANTÓNIO ARAÚJO/ANTÓNIO MACEDO DE ALMEIDA — A revisão constitucional de 1982.  Apontamentos para a história do semipresidencialismo português	77
ANTÓNIO CLUNY — A Independência da Procuradoria Europeia: Um Marco na Cultura Judiciária da Europa	157
ANTÓNIO E. DUARTE SILVA — A Primeira República e a Constituição Colonial Portuguesa	179
António Henriques Gaspar — Justiça; Obrigação (im)possível	217
ARMINDO RIBEIRO MENDES — A Arbitragem e a Jurisprudência do Tribunal Constitu-	233
CARLA AMADO GOMES — A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto	269
CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA — O problema do significado na filosofia e nas ciências da linguagem (síntese de um jurista para juristas)	287
CARLOS LOPES DO REGO — A Reforma do Processo Civil e o Processo Constitucional	301
CRISTINA MÁXIMO SANTOS, A Agência de Gestão de Tesouraria e da Dívida Pública — IGCP, E. P. E.: a nova instituição de crédito do Estado Português	331
EDUARDO MAIA COSTA — Ações encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões)	357
Estrela Chaby — Averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade e averiguação para impugnação da paternidade presumida: tudo como antes?	371

indice

Estuaos em Memoria do Conselheiro Artur Mauricio

	Págs.
RUI MANUEL MOURA RAMOS — Competência judicial e execução das decisões na União Euro- peia. A Reformulação do Regulamento Bruxelas I pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012	1269
RUI MEDEIROS — Arbitragem necessária e Constituição	1301
Rui Pinto Duarte — O equilíbrio contratual como princípio jurídico	1331
Rui Tavares Lanceiro — A inconstitucionalidade de normas legais habilitantes da actuação administrativa "em branco" — breve nota relativa ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 296/2013	1347
Toma Birmontiene — The Features of the Constitutional Doctrine of the Independence of Courts as Formulated in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania	1377

### **APRESENTAÇÃO**

A presente coletânea de textos dá execução à decisão unânime do Plenár do Tribunal Constitucional, de homenagear e honrar a memória, por este mei do Juiz Conselheiro Artur Maurício, que foi Presidente do Tribunal, entre Outub de 2004 e Abril de 2007.

Nos vários campos em que exercitou a sua atividade profissional, Artur Marício destacou-se como prestigiado jurista de grande mérito. O número e qualidados trabalhos recebidos, para dar corpo a esta homenagem, atestam bem que, ni obstante o tempo já decorrido após o seu falecimento, continuam vivos o apree e admiração que suscitou.

Chamado, por eleição dos seus Pares, a desempenhar funções de Presider do Tribunal Constitucional, em circunstâncias imprevistas e difíceis, o Conselhei Artur Maurício deu abundantemente mostras, no exercício do cargo, para alé do seu destacado saber, de um apurado sentido institucional, com uma perm nente, ainda que discreta, liderança integrativa e estabilizadora.

O bom acolhimento desta iniciativa muito deve, também, ao empenho até, entusiasmo com que a Senhora Conselheira Maria João Antunes, encarrega de dirigir as tarefas de organização, levou a cabo esse mandato, bem coadjuva pela Senhora Dr.<sup>a</sup> Marta Cavaleiro, assessora do meu Gabinete.

O Presidente do Tribunal Constitucional

Joaquim de Sousa Ribeiro

#### OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL: PROBLEMAS DE DIREITO APLICÁVEL

JOANA NEVES Advogada

#### I. INTRODUÇÃO

Num estudo publicado em 1998, PHILIPE FOUCHARD assinalava as tensões existentes entre a arbitragem e a insolvência e concluía que o processo arbitral estava inexoravelmente destinado a sujeitar-se à natureza e fins específicos do processo falimentar, como expressão daquilo a que chamou o *imperialismo do Direito da insolvência* (1).

Esta tensão é comummente associada ao conflito entre, por um lado, o caráter coletivo e centralizado do processo de insolvência e, por outro lado, a abordagem descentralizada da arbitragem para a resolução de disputas, enquanto processo tendencialmente bilateral e de fonte contratual.

A finalidade primacial do processo de insolvência consiste na satisfação da totalidade dos credores, assente num princípio de igual tratamento dos credores da mesma classe, pela forma prevista num plano de insolvência, sustentado nomeadamente na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e na repartição ordenada do produto obtido pelos credores. A insolvência é entre nós definida no art. 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ("CIRE") como um processo multilateral e de execução tendencialmente universal.

<sup>(1)</sup> Philippe Fouchard, "Arbitrage et faillite", *in Revue de l'Arbitrage*, vol. 1998, Issue 3, pp. 471-494. Tal como aquele autor, utilizaremos o termo "insolvência" num sentido amplo, abrangendo quaisquer processos coletivos tendentes à definição, sobre o controlo do Estado, do destino do conjunto dos bens do devedor a favor de um ou mais credores.

Quando o património do devedor se encontre disperso por vários países ou as relações contratuais de que o devedor seja parte encontrem conexões com diferentes ordenamentos jurídicos, a prossecução desta finalidade reclama a observância, ainda que tendencial, de dois princípios do Direito falimentar. Em primeiro lugar, o princípio da *unicidade*, que pressupõe que contra cada devedor seja instaurado apenas um processo de insolvência ou que, no mínimo, os vários processos de insolvência intentados contra o mesmo devedor em diferentes países estejam coordenados entre si. Em segundo lugar, o princípio da *universalidade*, que pressupõe que o processo de insolvência compreenda todo o património do devedor, independentemente da localização dos bens ou do país de residência ou de estabelecimento dos credores, e que seja regulado por uma única lei (2).

Desde o momento em que se inicia, o processo de insolvência exerce uma pressão sobre a arbitragem tendente à centralização da resolução dos conflitos com impacto no valor da massa insolvente. Mas como também destacava PHILIPE FOUCHARD, esse *imperialismo do Direito da Insolvência* não é necessariamente obstrutivo do processo arbitral.

São de diversa ordem as questões que se suscitam em face da declaração de insolvência de uma parte numa convenção de arbitragem, esteja ou não em curso um processo arbitral. Em abstrato, esta situação pode suscitar questões respeitantes à natureza das matérias que podem ser submetidas a arbitragem, à capacidade das partes e a outros requisitos de validade e eficácia do acordo arbitral. Além destes problemas associados à convenção de arbitragem como fonte da competência dos árbitros, a insolvência de uma parte no acordo arbitral pode ainda afetar a condução do processo arbitral pelos árbitros e, bem assim, a análise da questão de mérito controvertida.

A abordagem a estas questões num contexto transfronteiriço, a que se soma uma maior dispersão dos vários interesses atendíveis, é ainda mais complexa, sobretudo em atenção à relativa disparidade de soluções consagradas nos ordenamentos jurídicos nacionais e, por outro lado, à inexistência de normas de conflitos de aplicação universal ou de um estatuto substantivo único sobre esta matéria. Embora no plano do direito comparado se verifique, como tendência generalizada, o reconhecimento quer da validade e eficácia da convenção de arbitragem celebrada antes da declaração de insolvência quer da sua oponibilidade à massa insolvente

(e ao seu administrador) <sup>(3)</sup> <sup>(4)</sup>, e não obstante a emergência de instrumentos de uniformização dos regimes substantivo e de conflitos em matéria de insolvência, de que são bons exemplos o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, relativo a processos de insolvência ("Regulamento n.º 1346/2000") <sup>(5)</sup> e a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre insolvências transfronteiriças, adotada em 1997 <sup>(6)</sup>, é ainda difícil identificar princípios que integrem a ordem pública internacional dos Estados aptos a resolver com segurança as questões suscitadas.

Bons exemplos das dificuldades advenientes da insolvência de uma parte numa convenção de arbitragem internacional e da consequente concorrência de regimes falimentares distintos dão-nos as divergentes soluções consagradas na jurisprudência suíça e inglesa nos célebres casos *Elektrim v. Vivendi*. Nos referidos casos discutiram-se, no contexto de duas arbitragens sedeadas, uma na Suíça e a outra no Reino Unido, os efeitos da norma de Direito falimentar polaco que determina a ineficácia das convenções de arbitragem de que sejam partes pessoas insolventes. No processo suíço, o Supremo Tribunal Federal considerou que a disposição pertinente da lei de insolvência polaca — aplicável, em face das normas de conflitos previstas na Lei Suíça de DIP, como a lei pessoal da sociedade

<sup>&</sup>lt;sup>(2)</sup> Dário Moura Vicente, "Insolvência internacional: Direito aplicável", in Revista O Direito, Ano 138, IV, 2006, pp. 793-815, at. p. 795; Luís Menezes Leitão, "Direito da Insolvência", 2.ª Ed. Almedina, 2009, pp. 18-21.

<sup>(3)</sup> É o caso da Alemanha, Bélgica, França, Reino Unido e Suíça. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurent Lévy et. al., "The Survival of the arbitration agreement and arbitration proceedings in cases of cross-border insolvency: an analysis from the Swiss perspective", in Paris Journal of International Arbitration, 2010, Vol 2, pp. 371-390, at. p. 387, nota 70; Vesna Lazić, "Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings Should be Given Effect in Arbitration?" in Stefan Michael Kröll, Loukas A. Mistelis, et al. (eds.), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, 2011, Kluwer Law International, pp. 337—362, at p. 343. Para uma análise comparativa das soluções consagradas nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais veja-se Jean François Poudret e Sébastien Besson, "Droit Comparé de l'Arbitrage International", 2002, pp. 328 e ss.

<sup>(4)</sup> Em Espanha, até 2011, o art. 52.º da lei de insolvência espanhola previa uma solução semelhante à do art. 87.º do CIRE: "1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. 2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior". A referida norma foi alterada com a Lei 11/2011, de 20 de Maio, passando a dispor: "1. La declaración de concurso, por si sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un prejudicio para la tramitación del concurso, podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin prejuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales."

<sup>&</sup>lt;sup>(5)</sup> O Regulamento n.º 1346/2000 é aplicável a todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (considerando 33).

<sup>(6)</sup> Disponível in http://www.uncitral.org.

Elektrim — resultava na incapacidade da sociedade Elektrim e concluiu pela incompetência do tribunal arbitral <sup>(7)</sup>. No processo inglês, o Supremo Tribunal inglês baseou a sua decisão no Regulamento n.º 1346/2000 e aplicou a lei inglesa à convenção de arbitragem, tendo concluído pela competência do tribunal arbitral <sup>(8)</sup>.

Jumim x 10000

Mais recentemente, num acórdão de 16 de Outubro de 2012, o Supremo Tribunal Federal suíço julgou válida e eficaz uma convenção de arbitragem celebrada por uma sociedade portuguesa declarada insolvente antes do início do processo arbitral. No referido acórdão, o Supremo Tribunal Federal suíço afastou a aplicação da norma do art. 87.º, n.º 1 do CIRE, que determina a suspensão da eficácia das convenções de arbitragem após a declaração de insolvência, por considerar que a mesma não afeta a capacidade da sociedade insolvente, tendo concluído que, à luz da lei da sede da arbitragem, o tribunal arbitral era competente para resolver o litígio entre as partes ("caso *Insolvente Portuguesa*") <sup>(9)</sup>.

Em face das dificuldades práticas ilustradas pela jurisprudência que acabámos de descrever, a questão que se coloca e que pretendemos estudar é, pois, a de saber qual ou quais os direitos nacionais que regulam os efeitos da insolvência sobre a arbitragem, em especial sobre os diversos aspetos da convenção de arbitragem, do processo arbitral e do próprio mérito da sentença a proferir.

Sendo ponto assente que os árbitros e os tribunais estaduais podem ser chamados a aplicar leis nacionais distintas para problemas distintos, as leis nacionais potencialmente aplicáveis a estas matérias abrangem a lei da sede da arbitragem, a lei aplicável ao mérito da causa, a lei pessoal do insolvente e a lei do lugar de possível ou provável execução da sentença.

A resposta à questão que nos propomos estudar terá de buscar-se no direito conflitual que for aplicável, verificando-se, no caso de estarem envolvidas ordens jurídicas comunitárias, um potencial concurso entre as normas de conflitos próprias da arbitragem internacional, de que são exemplos as que resultam do art. V da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ("Convenção de Nova Iorque"), e as normas de conflitos próprias da insolvência transfronteiriça, previstas no Regulamento n.º 1346/2000.

Decisão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 31 de Março de 2009, Vivendi et. al. 4A\_428/2008. O texto está disponível em inglês in www.bger.ch.

## II. A ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS CONEXOS COM O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

A tensão entre a insolvência e a arbitragem levanta desde logo um problema de arbitrabilidade.

Embora a sentença de declaração de insolvência não comporte necessariamente a inarbitrabilidade de todos os litígios com ela relacionados, a maioria das ordens jurídicas nacionais, por razões fundamentalmente relacionadas com a natureza e os objetivos específicos do processo de insolvência, estabelece áreas de competência exclusiva dos tribunais estaduais. Mais do que associada à imperatividade das normas do Direito da Insolvência ou à sua natureza de ordem pública, a inarbitrabilidade de determinadas matérias de insolvência resulta essencialmente da incompatibilidade prática entre, por um lado, a eficácia relativa da arbitragem decorrente da sua natureza contratual e, por outro lado, o caráter universal e centralizado do processo de insolvência tendente à tutela do interesse do universo de credores do insolvente (10).

A inarbitrabilidade resultará, como salienta ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, da natureza específica da ligação entre a questão decidenda e o processo de insolvência, apontando-se como critério distintivo dos litígios inarbitráveis a sua ligação íntima à tramitação própria do processo de insolvência (11). O tribunal arbitral CCI no caso Casa vs. Cambior resumiu este entendimento da seguinte forma: "The only disputes which are excluded are those which have a direct link with the bankruptcy proceedings, namely those disputes arising from the application of rules specific to those proceedings" (12).

De entre estes designados "core insolvency issues" destaca-se, antes de mais, a declaração de insolvência. Assim entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa num acórdão de 25 de Junho de 2009 (13), ao declarar estar manifestamente vedado ao tribunal arbitral, à luz do n.º 1 do art. 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária ("LAV") de

<sup>(8)</sup> Syska v. Vivendi Universal SA et. al. [2009] 28 EG 84, [2009] EWCA Civ 677, decisão de 9 de Julho de 2009. Esta decisão veio confirmar a sentença proferida em primeira instância a 2 de Outubro de 2008, Syska v. Vivendi Universal SA et al. [2008] EWHC 2155 (Com).

<sup>(9)</sup> Decisão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 16 de Outubro de 2012, 4A\_50/2012. O texto está disponível em inglês *in* <u>www.bger.ch</u>.

Philipe Fouchard, "Arbitrage et faillite cit.", pp. 474 e 479; Stavros Brekolakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern" e Christoph Liebscher, "Insolvency and Arbitrability", ambos in Arbitrability: International and Comparative Perspectives", Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds), Kluwer Law International, 2009, pp. 19-46 e pp. 165-178. Na doutrina nacional, Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional", Almedina, 2005, p. 110.

Sampaio Caramelo, "A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio", in Revista da Ordem dos Advogados, 2006, Ano 66, vol. III, pp. 1233-1265, at. p. 1264.

Caso CCI n.º 6697 de 26.12.1990 citado por Fouchard/Gaillard/Goldman, "On International Commercial Arbitration", 1999, Kluwer Law International, pp. 355-356.

<sup>(13)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.06.2009 (Silva Santos).

1986 <sup>(14)</sup>, a apreciação de um pedido de declaração de insolvência, tendo-se aí julgado improcedente a exceção de preterição de tribunal arbitral invocada pela sociedade ré <sup>(15)</sup>. Embora da leitura do acórdão não seja possível afirmar com segurança se a Relação de Lisboa fundou a sua decisão na competência exclusiva dos tribunais estaduais ou na indisponibilidade do direito subjacente, entendemos que a inarbitrabilidade da declaração de insolvência resulta de se tratar de matéria submetida exclusivamente aos tribunais do Estado <sup>(16)</sup>, pelo que a resposta a esta questão em nada se altera com a adoção do critério de patrimonialidade no n.º 1 do art. 1.º da nova LAV <sup>(17)</sup>.

De entre as matérias falimentares inarbitráveis podem enunciar-se igualmente a nomeação de administrador de insolvência, a deliberação de liquidação ou de recuperação, a definição dos poderes do devedor insolvente, a decisão sobre a verificação e graduação dos créditos reclamados, a verificação da responsabilidade criminal dos administradores e os incidentes de qualificação de insolvência (18).

Diferente é a situação dos litígios relativos à eventual separação da massa de bens que se conclua não pertencerem àquela, ou à verificação de créditos reclamados por um ou mais credores do insolvente, de um modo geral consideradas arbitráveis (19).

Contudo, a afirmação da arbitrabilidade destas matérias não resolve definitivamente as dificuldades inerentes à coexistência entre a arbitragem e a insolvência, suscitando-se, como ilustrado pelos casos *Vivendi v. Elektrim* e pelo caso *Insolvente Portuguesa*, outras questões que respeitam à capacidade da parte insolvente, à validade e eficácia da convenção de arbitragem, à condução do processo arbitral e ao poder dos árbitros quanto à decisão de mérito.

#### III. DIFICULDADES PRÁTICAS NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

#### 1. Os casos Vivendi v. Elektrim

Na pendência de duas arbitragens internacionais — uma sedeada em Genebra e sujeita às regras da CCI, outra sedeada em Londres e sujeita às regras da

LCIA — uma das demandadas, sociedade de direito polaco denominada Elektrim, foi declarada insolvente pelo Tribunal Comercial de Varsóvia. O administrador de insolvência entretanto nomeado interveio nas duas arbitragens para invocar a incompetência dos árbitros, sustentando que a sociedade Elektrim perdera a capacidade para ser parte nas respetivas convenções de arbitragem por força do art. 142.º da lei de insolvência polaca, nos termos do qual a declaração de insolvência determina a ineficácia das convenções de arbitragem celebradas pela insolvente e a extinção das ações arbitrais pendentes que a envolvam. As partes acordaram na seguinte tradução do art. 142.º da lei de insolvência polaca:

"Any arbitration clause concluded by a bankrupt shall lose its legal effect as at the date of bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued".

Os árbitros e os tribunais estaduais nas duas jurisdições chegaram a conclusões distintas acerca das consequências jurídicas do art. 142.º da lei de insolvência polaca nas arbitragens internacionais em curso.

No processo inglês, o tribunal arbitral declarou-se competente para decidir o litígio, tendo esta decisão sido confirmada pelo Supremo Tribunal inglês com base no art. 15.º do Regulamento n.º 1346/2000. Segundo esta norma, os efeitos do processo de insolvência numa ação pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida ação se encontra pendente. Concluiu o Supremo Tribunal inglês que os efeitos da insolvência da Elektrim na ação arbitral pendente seriam determinados pela lei inglesa, porquanto era em Inglaterra que se encontrava sedeada a arbitragem. Em sustento desta decisão o Supremo Tribunal inglês invocou resumidamente os seguintes argumentos:

a) O termo "processos pendentes" utilizado no art. 4.º, n.º 2, alínea f) e no art. 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 é suficientemente amplo para abranger todo o tipo de ações individuais iniciadas por credores do insolvente, incluindo ações arbitrais tendentes à determinação da existência, validade, conteúdo e quantum de um crédito sobre o insolvente, porquanto a função e os efeitos das decisões proferidas por árbitros são análogos aos das sentenças dos tribunais estaduais dos Estados-Membros (20). Nem teria sentido que o legislador comunitário fizesse uma

<sup>(14)</sup> Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

Relator Silva Santos, proc. n.º 984/08.0TBMR.L1-8, in www.dgsi.pt.

<sup>(16)</sup> Neste sentido Carlos Ferreira de Almeida, "Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos", in I Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP" Almedina, 2008, p. 85.

<sup>(17)</sup> Aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>(18)</sup> Christoph Liebscher, op. cit., pp. 166-167.

<sup>(19)</sup> Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional cit.", p. 110; Sampaio Caramelo, "A disponibilidade cit.", pp. 1264-1265; e Poudret e Besson, op. cit., p. 326.

Na interpretação da expressão "processos pendentes", o tribunal inglês socorreu-se ainda do art. 20.º, n.º 1, alínea a) da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre insolvências transfronteiriças,

distinção na escolha da lei aplicável aos "processos pendentes" apenas com base na fonte contratual ou legal da competência dos tribunais.

b) Existindo um processo pendente, a norma do art. 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 prevalece sobre a alínea e) do n.º 2 do art. 4.º, mesmo que se considere a convenção de arbitragem como um "contrato em vigor no qual o devedor seja parte".

c) A aplicação da lei do Estado-Membro onde a ação se encontra pendente aos efeitos da insolvência nos processos pendentes é consistente com a intenção do legislador comunitário, expressa nos considerandos 23 e 24 do Regulamento n.º 1346/2000, de proteger as legítimas expectativas dos contraentes e de garantir a segurança do comércio internacional, sendo também atendíveis as expectativas das partes numa ação arbitral pendente, na qual investiram consideráveis quantias, em aí obter uma sentença que resolva o litígio.

 Esta solução não prejudica a eficiente administração do processo de insolvência, nem permite que um credor ganhe vantagem sobre os outros.

e) Assim, a lex fori concursus (lei polaca) seria aplicável a arbitragens a instaurar, ao passo que a lex arbitri (lei inglesa) é a lei aplicável às arbitragens pendentes, pelo que, não determinando a lei inglesa a paralisação do processo arbitral, o tribunal arbitral é competente.

Proferida a sentença arbitral sobre o mérito da causa, condenando a Elektrim no pagamento de uma indemnização por incumprimento contratual, o pedido de reconhecimento dessa decisão na Polónia foi recusado em primeira instância com fundamento no art. V, n.ºs 1/a) e 2/b) da Convenção de Nova Iorque. Esta decisão viria, no entanto, a ser revogada pelo tribunal de recurso de Varsóvia, em 16 de Novembro de 2009, o qual confirmou a jurisprudência inglesa quanto à aplicação do art. 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 a ações arbitrais pendentes e quanto à apreciação da validade da convenção de arbitragem de acordo com a lei da sede da arbitragem. No que respeita à capacidade da sociedade Elektrim, o

tribunal de recurso polaco entendeu que a primeira parte da alínea a) do n.º 1 do art. V da Convenção de Nova Iorque deveria ser lida no sentido de apenas permitir a recusa de reconhecimento de sentenças arbitrais nos casos em que a incapacidade já existia à data da celebração da convenção de arbitragem. Mais entendeu que a sentença proferida contra uma parte declarada insolvente não viola a ordem pública polaca se a lei da sede da arbitragem permitir a continuação da ação arbitral (21).

Diferentemente, o tribunal arbitral no **processo suíço** qualificou o problema como de falta de capacidade da Elektrim para ser parte na convenção de arbitragem e declarou-se incompetente para resolver o litígio, tendo esta decisão sido confirmada pelo Supremo Tribunal Federal suíço, que julgou inválida a convenção de arbitragem com base em três argumentos fundamentais:

a) A lei de insolvência polaca, enquanto lex incorporationis da sociedade insolvente, é a lei segundo a qual a capacidade da Elektrim para ser parte na convenção de arbitragem deverá ser aferida. Esta é a lei designada pelas normas de conflitos previstas nos arts. 154.º e 155.º/c) da Lei Suíça de DIP, sendo este, com efeito, o entendimento da doutrina (22) e jurisprudência arbitral predominantes (23), em particular no contexto do art. V/1/a) da Convenção de Nova Iorque.

b) Como única exceção a esta regra, a Lei Suíça de DIP estabelece no seu art. 177.º, n.º 2 que o Estado ou uma organização por este controlada não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade

que prevê a suspensão dos processos individuais que possam influenciar o acervo patrimonial do insolvente. Cumpre notar que a razão desta referência prende-se com o facto de o Reino Unido ter adotado a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre insolvências transfronteiriças no seu *Cross Border Insolvency Regulations 2006*. Segundo as orientações da UNCITRAL para a interpretação e adoção desta Lei-Modelo no direito interno dos Estados, a citada norma não faz distinção entre a multiplicidade de ações possíveis, devendo ser interpretada no sentido de atingir igualmente ações arbitrais e de limitar, portanto, a eficácia das convenções de arbitragem (*UNCITRAL Guide to enactment and interpretation* disponível in <a href="http://www.uncitral.org">http://www.uncitral.org</a>).

Decisões relatadas por Gabrielle Nater-Bass e Olivier Mosimann, "Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration" in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, 2011, pp. 163-180, at. pp. 167 e 168.

<sup>(22)</sup> Gary B. Born, "International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 2009, pp. 754-755. Também neste sentido Fouchard/Gaillard/Goldman, "On International Commercial Arbitration cit.", 984-985, embora admitindo que o art. V/1/a) da Convenção de Nova Iorque, que optou por uma regra de conflitos em lugar de uma regra substantiva, não estabelece uma solução clara quanto à lei aplicável à capacidade das partes. Segundo estes autores, "the Convention does not exclude the possibility of the legal system of the country where the review is performed considering the question of capacity in the light of its own substantive rules, since the aim of such review is precisely to decide whether the award can be admitted into the legal order reviewing the award".

<sup>(23)</sup> Fernando Mantilla-Serrano, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", in Arbitration International, 1995, vol. 11(1), Kluwer Law International, pp. 51-74, at. pp. 64-65; e Martin Aebi e Harold Frey, "Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings — A Special Case Does not Make a General Rule: Note — 31 March 2009 — Swiss Supreme Court", in ASA Bulletin vol. 28(1), 2010, Kluwer, p. 118, citando uma decisão do Supremo Tribunal Federal suiço de 22:12:1992 (ASA Bull. 4/1996, 646).

546

do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem (24). Esta exceção não tem, porém, aplicação a empresas privadas como a Elektrim.

c) De acordo com a doutrina polaca invocada pelas partes, o art. 142.º da lei de insolvência polaca deve ser interpretado no sentido de a insolvente perder a capacidade para ser parte numa convenção de arbitragem após a declaração de insolvência.

Cumpre notar que esta decisão não foi unânime, tendo uma parte minoritária dos juízes do Supremo Tribunal Federal entendido que da análise global da lei de insolvência polaca retira-se que a sociedade insolvente não perde a capacidade para ser parte de uma convenção de arbitragem, podendo inclusivamente iniciar novas arbitragens com o consentimento da comissão de credores (25). Segundo esta tese, o art. 142.º da lei de insolvência polaca levantaria um problema de validade substancial da convenção de arbitragem, para cuja regulação o art. 178.º, n.º 2 da Lei Suíça de DIP designa a lei da sede da arbitragem. Esta viria a ser a tese consagrada pelo coletivo dos juízes do Supremo Tribunal Federal suíço no caso *Insolvente Portuguesa*.

#### 2. O caso Insolvente Portuguesa

No recente caso 4A\_50/2012, o Supremo Tribunal Federal suíço foi chamado a analisar os efeitos da declaração de insolvência de uma sociedade portuguesa numa convenção de arbitragem inserta num contrato Sales Purchase Agreement celebrado entre esta e uma sociedade chinesa. Nos termos dessa cláusula arbitral quaisquer disputas resultantes do referido contrato seriam dirimidas por arbitragem sedeada em Genebra e de acordo com as regras da CCI. A ação arbitral havia sido intentada pela sociedade chinesa, após a declaração de insolvência da sociedade portuguesa, com fundamento na ilegalidade do acionamento de uma garantia bancária determinado pelo administrador de insolvência.

Na sua resposta ao requerimento inicial, o administrador de insolvência invocou a incompetência do tribunal arbitral, sustentando que a sociedade demandada

Refira-se que esta norma inspirou o art. 50.º da nova LAV.

havia perdido a capacidade para ser parte na convenção de arbitragem, por força do n.º 1 do art. 87.º do CIRE, nos termos do qual fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte e que respeitem a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis.

Esta argumentação foi rejeitada pelo tribunal arbitral numa sentença interlocutória proferida em 2011 e, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal suíço no seu acórdão de 16 de Outubro de 2012. Sendo ponto assente na jurisprudência suíça que a capacidade das partes é regulada pela sua lei pessoal, entendeu o Supremo Tribunal Federal que quaisquer limitações da lei portuguesa que ditassem uma "incapacidade arbitral" para ações futuras seriam irrelevantes para a aferição da capacidade da sociedade insolvente numa arbitragem internacional sedeada na Suíça, desde que essa sociedade mantivesse a personalidade jurídica ao abrigo da lei portuguesa. A circunstância de, durante o processo de liquidação, a insolvente manter a personalidade jurídica nos termos conjugados dos arts. 5.º e 146.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais (26), bastaria para que se considerasse pessoa capaz na Suíça, pois, aí, uma pessoa coletiva tem capacidade quando possa ser sujeito de relações jurídicas. Isto é, segundo o Supremo Tribunal Federal suíço, embora a capacidade da parte na convenção de arbitragem internacional se afira à luz da lei pessoal, a delimitação do conteúdo do conceito de capacidade faz-se à luz do direito da sede da arbitragem, neste caso o direito suíço.

Nesta ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal suíço concluiu que a norma do art. 87.º, n.º 1 do CIRE não levanta, na perspetiva da lei suíça (*lex arbitri*), um problema de incapacidade da parte insolvente, mas antes um problema de validade substancial da convenção de arbitragem, a qual, segundo as normas de conflitos da Lei Suíça de DIP, é regulada pela lei suíça enquanto lei da sede da arbitragem.

Quanto a este aspeto, dispõe o art. 178.º, n.º 2 da Lei Suíça de DIP que as convenções de arbitragem internacionais são válidas se forem conformes com os requisitos seja da lei que as partes escolheram para regular a convenção, seja da lei aplicável ao fundo da causa, seja, finalmente, da lei da sede da arbitragem. Esta regra da Lei Suíça de DIP — transportada para o Direito português no atual art. 21.º da LAV — estabelece uma norma de conflitos materialmente orientada,

Conforme relatado por Georg Naegeli, "Bankruptcy and Arbitration — What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings", in Austrian Yearbook on International Arbitration, 2010, pp. 193-207, at. 199-200. Neste sentido também Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurent Lévy et. al., "The Survival cit.", p. 379, destacando ainda que o art. 185.°, n.° 2 da lei de insolvência polaca dispõe expressamente que a sociedade insolvente mantém, em termos gerais, a sua capacidade após a declaração de insolvência.

O art. 146.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais dispõe que a sociedade em liquidação mantém a personalidade jurídica e, salvo quando outra coisa resulte das disposições subsequentes ou da modalidade da liquidação, continuam a ser-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas.

combinando a referência ao método conflitual clássico (que abrange as diversas soluções acima descritas) com uma norma de carácter substantivo favorável à validade da convenção de arbitragem (in favorem validatis), permitindo aos árbitros e aos tribunais estaduais afastar, em última instância, a lei que as próprias partes escolheram para a regular. Uma vez que, à luz da lei suíça, a convenção de arbitragem mantinha a sua validade apesar da declaração de insolvência da sociedade portuguesa anterior a propositura da ação arbitral, o Supremo Tribunal Federal suíço considerou que o tribunal arbitral era competente para dirimir o litígio entre as partes.

Embora as circunstâncias subjacentes às três ações acima descritas não coincidam inteiramente — uma vez que a questão da capacidade não foi suscitada perante os tribunais ingleses e a questão da aplicabilidade do Regulamento n.º 1346/2000 não se punha nos processos suíços, porquanto a Suíça não é um Estado-Membro da União Europeia —, a solução preconizada pela jurisprudência inglesa no caso Elektrim v. Vivendi e pelo Tribunal Federal Suíço no caso Insolvente Portuguesa apresenta maior proximidade com a prática da arbitragem internacional, que, como revela o estudo de MANTILLA-SERRANO, tende a aplicar a lei da sede aos efeitos da insolvência na arbitragem e a prosseguir o processo arbitral, não obstante a insolvência de uma das partes (27).

#### IV. DIREITO APLICÁVEL

#### 1. Um problema de qualificação

Apesar da divergência das soluções alcançadas pelos tribunais arbitrais e estaduais nos casos *Elektrim v. Vivendi* e *Insolvente Portuguesa*, elas têm em comum o facto de resultarem de uma análise do impacto da insolvência na arbitragem numa perspetiva de Direito de Conflitos e não por referência a regras ou princípios materiais uniformes (método substantivo) (28) ou por referência a uma presunção

(27) Mantilla-Serrano, Fernando, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", in Arbitration International, vol. 11(1), 1995, Kluwer Law International, pp. 51-74, at. pp. 57-58.

que, segundo sugerido por alguma doutrina, propenderia para a validação da convenção de arbitragem (29).

Como ficou ilustrado no sumário dos casos *Elektrim v. Vivendi* e *Insolvente Portuguesa*, o método conflitual levanta um problema prévio de qualificação, entendida, numa aceção estrita, como a operação pela qual se subsume uma situação da vida ou um aspeto do comércio internacional no conceito técnico-jurídico utilizado na norma de conflitos, com vista à determinação do objeto da sua remissão. Numa aceção ampla, a qualificação em Direito Internacional Privado trata de resolver os problemas de interpretação e aplicação da norma de conflitos que dizem respeito aos conceitos técnico-jurídicos utilizados na sua previsão (30).

São exemplos desses conceitos técnico-jurídicos delimitadores do objeto das normas de conflitos os conceitos de "capacidade", "arbitrabilidade", "validade substancial" e "processo pendente". A primeira questão que aí se põe é a de saber qual o direito aplicável à interpretação desses conceitos-quadro utilizados na previsão das normas de conflitos.

Segundo a tese clássica e ainda dominante, a determinação do conteúdo desses conceitos haverá de obter-se recorrendo ao direito material da ordem jurídica do foro. Os conceitos-quadro das normas de conflitos têm, assim, o mesmo valor e significado que lhes é dado pela *lex fori* (31). É neste prisma que se compreende que, no caso *Insolvente Portuguesa*, o Supremo Tribunal Federal suíço tenha recorrido à noção de capacidade da lei suíça para concluir que a questão jurídica regulada no art. 87.º do CIRE não se enquadra na previsão da norma de conflitos suíça que manda aplicar a lei pessoal do litigante às questões concernentes à sua capacidade.

No direito português, a regra do art. 15.º do Código Civil não é, porém, integralmente coincidente com esta tendência, ao mandar definir os conteúdos jurídicos estrangeiros também à luz do sistema de regras materiais em que se achem integrados. Como explica FERRER CORREIA, a referência da citada disposição à

Associado à regra da autonomia da convenção de arbitragem, no sentido que lhe é dado na doutrina e jurisprudência francesas (designando tal expressão a independência da convenção de arbitragem em relação às leis nacionais), o exame dos diversos aspetos da convenção de arbitragem segundo o "método substantivo" faz-se à luz das noções fundamentais reconhecidas universalmente nas ordens jurídicas dos países civilizados. Veja-se neste sentido Fouchard, Gaillard, Goldman "On International Commercial Arbitration cit.", p. 233, para. 442: "The arbitration agreement is not a contract without a governing law, but a contract without a choice of law".

Gary B. Born, op. cit., 2009, p. 474; Klaus Peter Berger, "Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law — Consensus or Confusion?", in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, 2006, vol. 13, pp. 301-334, at. pp. 312-313. Estes autores notam a emergência, na prática da arbitragem internacional e nas jurisdições nacionais, de um princípio "in favorem validatis" que imporia uma presunção da validade da convenção de arbitragem.

Lima Pinheiro, "Direito Internacional Privado", vol. I, Almedina, 2003, pp. 391-392.

<sup>(31)</sup> Ferrer Correia, "O problema da qualificação segundo o Novo Direito Internacional Privado Português", in Boletim da Faculdade de Direito, vol. XLIV, Coimbra, 1968, pp. 39-81, at. p. 62; Lima Pinheiro, "Direito Internacional Privado cit.", p. 396; Kaufmann-Kohler e Lévy, "The survival cit", p. 377; Dicey & Morris, "The Conflict of Laws", 3.ª Ed., 2000, p. 35.

"função que os preceitos tidos em vista assumem no sistema a que pertencem («nessa

"função que os preceitos tidos em vista assumem no sistema a que pertencem («nessa lei») exprime com clareza bastante a ideia (...) segundo a qual as normas que se oferecem devem ser caracterizadas do ponto de vista da própria lex causae" (32).

#### 2. O art. 87.º do CIRE e a sua qualificação

O art. 87.º do CIRE, sob a epígrafe "convenções de arbitragem", prevê o seguinte:

«Fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis.

Os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão porém os seus termos, sem prejutzo, se for o caso, do disposto no n.º 3 do artigo 85.º e no n.º 3 do artigo 128.º»

Ao autonomizar a arbitragem, o legislador do CIRE veio dar respostas a questões que, no âmbito do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência ("CPEREF"), eram resolvidas por alguma jurisprudência com recurso ao instituto da alteração das circunstâncias (art. 437.º do Código Civil) (33).

À luz do art. 87.º do CIRE, a declaração de insolvência de uma das partes na convenção de arbitragem não acarreta necessariamente a ineficácia ou invalidade da mesma. A interpretação e aplicação da norma em apreço reclamam uma distinção relevante entre os processos arbitrais pendentes e os casos em que não existe ainda uma ação arbitral em curso.

Por um lado, a insolvência de uma das partes na convenção não prejudica a continuação dos processos arbitrais pendentes à data da declaração de insolvência, sem prejuízo da substituição do insolvente pelo administrador da insolvência. Tomando por referência o disposto no n.º 1 do art. 33.º da LAV, existirá um processo arbitral pendente para estes efeitos, salvo convenção das partes em contrário, quando o pedido de submissão do litígio haja sido recebido pelo demandado.

Não obstante a ressalva do n.º 3 do art. 85.º do CIRE, está naturalmente afastada a hipótese de apensação das ações arbitrais pendentes ao processo de insolvência, quer porque não existe no art. 87.º, n.º 2 remissão para os n.º 1 e 2

(32) Ferrer Correia, op. cit., pp. 61-62.

do art. 85.º, quer em virtude da própria natureza da arbitragem <sup>(34)</sup>. Por outro lado, se quiser ser pago à custa da massa insolvente, o credor parte na ação arbitral não fica dispensado, nos termos do n.º 3 do art. 128.º do CIRE, de reclamar os créditos no processo de insolvência, ainda que entretanto reconhecidos pela sentença arbitral.

Diferentemente, na hipótese de ainda não se ter iniciado um processo arbitral, vigora o regime da suspensão da eficácia da convenção que impede, pelo menos temporariamente, a instauração de novos processos arbitrais.

Trata-se de uma norma que visa concentrar no processo de insolvência a apreciação de todas as ações com relevo patrimonial na massa insolvente e garantir a posição de igualdade dos credores, impedindo que algum deles obtenha, fora do processo de insolvência, satisfação mais célere e completa do seu crédito. A limitação da instauração de novos processos arbitrais através da suspensão da convenção de arbitragem tem, portanto, paralelo nas demais normas do CIRE relativas aos *efeitos processuais* da insolvência com impacto em ações individuais relevantes para a massa insolvente, a saber (35):

- a) Proibição de instauração de novas ações executivas pelos credores da insolvência (art. 88.º/1) e das ações executivas para pagamento das dívidas da massa insolvente nos três meses seguintes à declaração de insolvência (art. 89.º/1);
- b) Suspensão das ações executivas e de quaisquer diligências executivas ou outras providências promovidas pelos credores da insolvência que atinjam os bens da massa insolvente (art. 88.º/1);
- c) Apensação, por iniciativa do administrador de insolvência, com fundamento na conveniência para os fins do processo, (i) das ações declarativas que tenham por objeto bens compreendidos na massa insolvente e cujo resultado possa influenciar o valor da massa, assim como (ii) das ações declarativas de natureza exclusivamente patrimonial intentadas pelo devedor (art. 85.9/1);
- d) Apensação oficiosa das ações declarativas pendentes nas quais se tenha efetuado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens compreendidos

<sup>(33)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.02.2009 (Pinto dos Santos).

<sup>(34)</sup> Carvalho Fernandes e João Labareda, "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa Anotado", Reimpressão, Quid Juris, pp. 360-361; Luís Menezes Leitão, "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado", 7.ª ed., 2013, p. 123.

<sup>(35)</sup> Catarina Serra, "O Regime Português da Insolvência", 5.ª Ed., 2012, Almedina, pp. 86-87; Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões, "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado", 2013, Almedina, p. 266; Luís Menezes Leitão, "Direito da Insolvência cit.", p. 167.

na massa insolvente (art. 85.º/2) e das ações relativas a dívidas da massa, com exceção das execuções por dívida de natureza tributária (art. 89.º/2);

e) Apensação, por iniciativa do administrador de insolvência, de processos de insolvência conexos (art. 86.º).

No que respeita em particular às ações declarativas pendentes nos tribunais estaduais e que visem o reconhecimento de um crédito sobre o insolvente ou que, por qualquer outra razão, influenciem o valor da massa insolvente, não é automática a sua apensação ao processo de insolvência, estando esta dependente do requerimento do administrador de insolvência e do preenchimento de certos pressupostos. Nos casos em que tais ações não sejam apensadas, discute-se se o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência importa a inutilidade superveniente da lide (36).

Em sentido afirmativo pronunciou-se recentemente o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 8 de Maio de 2013, com o argumento de que, na pendência do processo de insolvência, os credores só podem exercer os seus direitos "em conformidade com os preceitos do Código" (art. 90.º do CIRE), devendo lançar mão da reclamação de créditos no processo de insolvência no prazo fixado para o efeito na sentença declaratória da insolvência (art. 128.º do CIRE) (37).

Em sentido diverso — e que a nós parece mais acertado — entendia-se que as ações declarativas tendentes à verificação de um crédito sobre o insolvente apenas perderiam o seu efeito útil após o proferimento da sentença de verificação de créditos, pois a partir desse momento é essa a sentença que reconhece e define os direitos dos credores (38). Antes dessa decisão, a ação declarativa conserva a sua utilidade, na medida em que a sentença a proferir nessa ação poderá ser invocada para instruir o requerimento de reclamação do crédito na insolvência e, nas situações em que o processo de insolvência é encerrado sem que o credor obtenha título comprovativo do seu crédito — como sucederá na hipótese de encerramento do processo por insuficiência da massa (art. 232.º e 233.º/2/b do CIRE) ou caso

No caso da arbitragem, este problema não se coloca, como vimos, porquanto o n.º 2 do art. 87.º do CIRE manda expressamente prosseguir o processo arbitral — o que, em nosso ver, constitui mais um argumento no sentido de a ação declarativa que corre nos tribunais do Estado não perder a sua utilidade com o mero trânsito em julgado da sentença que declara a insolvência, não se vendo razão para aqui distinguir a utilidade de um processo arbitral da utilidade do processo estadual.

Voltando ao n.º 1 do art. 87.º do CIRE, aplicável a ações arbitrais iniciadas após a data da declaração de insolvência, verifica-se que são afetadas pela regra da suspensão da eficácia da convenção de arbitragem aquelas que sejam suscetíveis de influenciar o valor da massa, relevando essa influência na massa insolvente quer no sentido de a valorizar, quer no sentido de a reduzir (39).

Questão distinta é a de saber quando e em que circunstâncias cessa a suspensão da eficácia da convenção de arbitragem. Com efeito, não se estabelece na disposição citada que a convenção de arbitragem perde a validade ou a sua eficácia, mas sim que os seus efeitos ficam suspensos com a declaração de insolvência. A presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados basta para que se conclua que está em causa uma paralisação temporária (40).

Numa leitura mais restritiva do preceito, à resolução do litígio por via arbitral exigir-se-ia o encerramento do processo de insolvência, podendo os credores, a partir do trânsito em julgado da sentença que o determine (art. 230.º do CIRE), exercer os seus direitos contra o devedor sem restrições (exceto as constantes do plano de insolvência aprovado, do plano de pagamentos e do art. 242.º n.º 1 do CIRE), e os credores da massa reclamar do devedor os seus direitos não satisfeitos (art. 233.º/1/c e d do CIRE). Não parece, contudo, ser esta a solução querida pelo legislador, sobretudo se se considerar a convenção de arbitragem como um negócio em curso, entendendo alguma doutrina que o juízo sobre a cessação da suspensão dos efeitos da convenção de arbitragem competirá ao administrador de insolvência, embora sujeito à fiscalização da comissão de credores (41).

Nos termos do art. 287.º, alínea e) do antigo Código de Processo Civil, correspondente ao atual art. 277.º, alínea e) do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.05.2013 (Fernandes da Silva).

<sup>(38)</sup> Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.06.2010 (Paula Sá Fernandes) e de 15.02.2011 (Manuel Marques) e Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 17.12.2008 (Maria Catarina), de 22.09.2009 (Ana Lucinda Cabral), de 02.03.2010 (Marques de Castilho) e de 25.10.2010 (António Ramos). Neste sentido também Maria do Rosário Epifânio, "Manual do Direito de Insolvência", 2012, 4.ª Ed., Almedina, pp. 151-155.

Pedro Metello de Nápoles, "Efeitos da Insolvência cir", p. 145.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>(41)</sup> Pedro Metello de Nápoles, "Efeitos da Insolvência cit", p. 146. Esta solução encontra paralelo nos n.º 1 e 2 do art. 102.º do CIRE, segundo o qual, "sem prejuizo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o

Admitindo-se a instauração de novos processos arbitrais, impõe o elemento sistemático na interpretação da lei que se aplique a norma do n.º 2 do art. 87.º do CIRE sobre os processos arbitrais pendentes, exigindo-se, assim, a substituição do devedor pelo administrador de insolvência e a reclamação dos créditos discutidos na ação arbitral no processo de insolvência.

Em face do regime do art. 87.º, n.º 1 do CIRE acima exposto, verifica-se que esta norma não interfere com a capacidade da parte insolvente, colocando antes um problema de eficácia da convenção de arbitragem. Neste sentido aponta não só o argumento literal — fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais — como o de ordem sistemática — a norma do art. 87.º do CIRE está inserida no capítulo dos efeitos processuais da declaração de insolvência e não nos efeitos desta sobre o devedor, concluindo-se da leitura atenta dos arts. 85.º a 89.º do CIRE que, não obstante as manifestações dos princípios da universalidade do processo de insolvência e da igualdade dos credores que aí se observam, no direito português, tais princípios não determinam que todas as questões com relevo para a insolvência ou que atinjam o valor da massa insolvente tenham de ser resolvidas no processo de insolvência.

A convenção de arbitragem continua assim a integrar a medida de direitos e obrigações de que uma pessoa insolvente pode ser titular e a que pode estar adstrita (42); conclusão que se retira quer do facto de a insolvência não interferir com as ações arbitrais pendentes (art. 87.º/2 do CIRE), quer do facto de, mesmo no caso de não se ter ainda iniciado uma ação arbitral, o legislador ter optado por não paralisar de forma definitiva os efeitos da convenção de arbitragem (art. 87.º/1 do CIRE). A isto acresce que já no CPEREF se admitia que o liquidatário judicial pudesse celebrar convenções de arbitragem (art. 144.º do CPEREF) (43), já aí se reconhecendo a hipótese de o recurso à arbitragem se revelar útil à defesa dos interesses da massa (44).

administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento", podendo a outra parte "fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera a recusa do cumprimento".

<sup>(42)</sup> Falamos aqui da capacidade de gozo, enquanto medida dos direitos e das vinculações que uma pessoa pode exercer e cumprir por si, pessoal e livremente (Luís Carvalho Fernandes, "Teoria Geral do Direito Civil", vol. I, 2.ª Ed., LEX Lisboa, 1995, pp. 109-111).

(43) O art. 144.º do CPEREF dispunha que o liquidatário judicial podia ser autorizado pelo juiz, ouvida a comissão de credores e, se necessário, o próprio falido, a conceder reduções de créditos, realizar transações, aceitar liberalidades, celebrar convenções de arbitragem e extinguir penhores, hipotecas ou outras garantias a favor do falido. Esta disposição já apontava para a compatibilidade entre a insolvência e a arbitragem, mesmo relativamente a processos novos.

(44) Carvalho Fernandes e João Labareda, "Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência Anotado", 3.ª Reimpressão, Quid Juris, pp. 384.

Isto dito, na perspetiva da arbitragem internacional, o problema que se coloca é o de saber qual a relevância da lei portuguesa na análise da convenção de arbitragem internacional, quer no contexto de arbitragens iniciadas após a declaração de insolvência, quer no contexto de arbitragens pendentes à data da declaração de insolvência.

Antes de avançar, importa quanto a este aspeto atentar no significado prático da exceção dos tratados internacionais prevista no n.º 1 do art. 87.º do CIRE.

Alguma doutrina vem defendendo que o regime da suspensão da eficácia da convenção de arbitragem previsto no n.º 1 do art. 87.º do CIRE não tem aplicação aos casos que envolvam uma parte portuguesa e uma contraparte oriunda de um Estado signatário da Convenção de Nova Iorque, desde que a convenção seja anterior à insolvência e independentemente de se tratar de arbitragem sedeada em Portugal ou no estrangeiro (45). Socorre-se esta doutrina do n.º 3 do art. II da Convenção de Nova Iorque, nos termos do qual o "tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexequibilidade ou insusceptibilidade de aplicação" (46).

Não se vê, contudo, como da citada norma da Convenção de Nova Iorque se possa retirar, sem mais, o afastamento da suspensão da eficácia da convenção de arbitragem prevista no CIRE, pois, como LIMA PINHEIRO, entendemos que a referência à inexequibilidade da convenção deve ser lida no sentido de ineficácia da convenção (47), havendo ainda que perguntar à luz de que lei deverá o tribunal do Estado Contratante apreciar a eficácia da convenção de arbitragem. Esta era, aliás, a leitura que a jurisprudência espanhola fazia da exceção dos tratados internacionais prevista no art. 52.º da lei de insolvência que vigorou em Espanha até 2011, o qual determinava a cessação dos efeitos da convenção de arbitragem salvo o disposto em tratados internacionais (48).

A referida exceção dos tratados internacionais valerá igualmente, ainda que não indicado expressamente, para as hipóteses do n.º 2 do art. 87.º (ações arbi-

<sup>(45)</sup> Pedro Metello de Nápoles, "Efeitos da Insolvência cit", p. 147.

<sup>(46)</sup> Na versão inglesa, que, na realidade, expõe mais adequadamente o sentido da exceção prevista na parte final deste preceito, "null and void, inoperative or incapable of being performed". Neste sentido, Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional cit", pp. 201-202.

<sup>(47)</sup> Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional cit", pp. 201-202. Também neste sentido Alan Redfern e Martin Hunter, "On International Arbitration", 5.ª Ed., Oxford Press, 2009, p. 148.

<sup>&</sup>lt;sup>(48)</sup> Licensing Projects, S.L. v. Pirelli & C.S.P.A., Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), 86/2009, 29.04.2009 in Evelio Verdera Y Tuells and José Carlos Fernández Rozas (eds), Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (IproLex 2010, Vol.3/3) pp. 875-881.

trais pendentes), por força do art. 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

#### 3. A norma de conflitos aplicável

#### 3.1. Direito conflitual da arbitragem

Embora a norma do art. II da Convenção de Nova Iorque acima discutida não dê qualquer indicação quanto ao direito aplicável à convenção de arbitragem, a alínea a) do n.º 1 do art. V oferece algumas diretrizes, consonantes aliás com a opção consagrada em grande parte das leis nacionais (49), ao mandar examinar a validade da convenção de arbitragem "ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram, ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que foi proferida a sentença". Com efeito, é possível inferir do art. V da Convenção de Nova Iorque uma norma de conflitos para todos os aspetos da convenção de arbitragem que não estejam diretamente regulados (50), como seja a eficácia da convenção de arbitragem no sentido do n.º 1 do art. 87.º do CIRE, assim se evitando decisões conflituantes que decorram da aplicação de leis distintas a diferentes aspetos da convenção de arbitragem.

A regra da suspensão da eficácia da convenção valerá, assim, plenamente nas arbitragens internas e, quanto às arbitragens internacionais, apenas quando as partes hajam escolhido a lei portuguesa como a lei aplicável à convenção de arbitragem ou, na falta dessa escolha, quando a sede se localize em Portugal (51).

Não é certo, porém, que, localizando-se a sede em território português, a norma do art. 87.º/1 do CIRE possa ser afastada por aplicação do princípio in favorem validatis previsto no art. 51.º da LAV se, por exemplo, a lei aplicável ao mérito da causa determinar a produção dos efeitos da convenção de arbitragem. Sobre esta questão entende a doutrina suíça que a norma correspondente do art. 178.º, n.º 2 da Lei Suíça de DIP, que inspirou o art. 51.º da LAV, ao referir-se à validade da convenção de arbitragem quanto à substância, regula matérias concernentes à formação, interpretação, execução e cessação do acordo, incluindo também as causas de suspensão da sua eficácia (52).

# 3.2. Direito conflitual da insolvência: Regulamento n.º 1346/2000 e a sua aplicação à arbitragem

A nível comunitário, a insolvência plurilocalizada é disciplinada pelo Regulamento n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, que entrou em vigor a 31 de Maio de 2002.

O Regulamento n.º 1346/2000 compreende no seu âmbito de aplicação material os processos coletivos em matéria de insolvência do devedor que determinem a inibição parcial ou total desse devedor da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico (art. 1.º, n.º 1), com exceção das instituições financeiras, que estão sujeitas a um regime específico. Estão apenas incluídos os processos de insolvência internacional, ou seja, aqueles que "produzem efeitos transfronteiriços" (considerando 2).

No que respeita ao seu âmbito de aplicação espacial, determina o considerando 12 do Regulamento n.º 1346/2000 que as normas nele previstas aplicam-se exclusivamente aos processos em que o centro de interesses principais do devedor, entendido como o local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses (considerando 13) (53) esteja situado num Estado-Membro (com exceção da Dinamarca) (54).

Quanto às matérias nele abrangidas, o Regulamento n.º 1346/2000 visa estabelecer regras uniformes sobre conflitos de leis que substituam, dentro do respetivo âmbito de aplicação, as normas internas de Direito Internacional Privado. Em face da constatada impraticabilidade da adoção de um processo de insolvência de alcance universal no espaço europeu, tendo em conta a grande variedade de legislações de natureza substantiva existentes (55), esta foi a solução encontrada pelo legislador comunitário para promover a eficiência dos processos de insolvência internacional, preservando a igualdade de credores, protegendo as legítimas expectativas das partes e salvaguardando a certeza das transações.

Para esse efeito, o art. 4.º do Regulamento n.º 1346/2000 prevê, como lei primariamente competente para regular o processo de insolvência e os seus efeitos, a lei do "Estado de abertura do processo" (lex fori concursus), a cuja aplicação introduz uma série de derrogações decorrentes seja de regras materiais específicas seja de normas de conflitos especiais para certas questões suscitadas na insolvência

<sup>(49)</sup> Klaus Peter Berger, "Re-examining the Arbitration Agreement cit", pp. 322.

<sup>(50)</sup> Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional cit.", pp. 206 e 604.

Neste sentido a jurisprudência espanhola no caso Licensing Projects, S.L. v. Pirelli & C.S.P.A., Audiencia Provincial de Barcelona acima citado.

<sup>(52)</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler et. al., "The Survival cit.", p. 25. Em sentido semelhante Klaus Peter Berger, "Re-examining the Arbitration Agreement cit.", p. 306.

Quanto à interpretação do conceito de "centro de interesses principais do devedor", vejam-se nomeadamente Carvalho Fernandes e João Labareda, "Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho (Anotado)", Quid Juris, 2003; e Pedro Pidwell, "A Insolvência e a Arbitragem" in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra 2011, pp. 765-800.

Este âmbito de aplicação espacial extrai-se igualmente do art. 3.º, n.º 1.

<sup>(55)</sup> Considerando 11.

internacional, como sejam as ações individuais pendentes à data da abertura do processo de insolvência (56).

São de diversa ordem as razões justificativas da aplicação da *lex fori concursus* aos efeitos da insolvência; desde o facto de ser no Estado-Membro de abertura do processo de insolvência que presumivelmente se encontrarão a maioria dos bens do devedor e dos seus credores, à coincidência entre o foro competente e o direito material aplicável, bem como a unidade e coerência do processo resultantes da sujeição da verificação de todos os créditos à mesma lei, colocando, assim, todos os credores em pé de igualdade e evitando decisões contraditórias <sup>(57)</sup>.

As matérias abrangidas no processo de insolvência e nos seus efeitos para efeitos de aplicação da lex fori concursus compreendem as condições de abertura, a tramitação e o encerramento do processo, bem como o elenco exemplificativo constante do n.º 2 do art. 4.º, nele se incluindo designadamente, com especial pertinência para o nosso estudo, os efeitos do processo de insolvência "nos contratos em vigor nos quais o devedor seja parte" e "nas acções individuais, com excepção dos processos pendentes" [alíneas e) e f)].

De entre as regras limitativas da competência geral da *lex fori concursus*, estabelece o art. 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 que os efeitos do processo de insolvência sobre *ações pendentes* relativas a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor esteja inibido regem-se exclusivamente pela **lei do "Estado-Membro em que a referida acção se encontra pendente"** (*lex fori processus*).

Importa quanto a este aspeto notar que as ações individuais abrangidas por este art. 15.º abrangem apenas ações de natureza declarativa. Com efeito, como enfatizado por VIRGOS e SCHMIT no seu relatório explicativo (58), o Regulamento n.º 1346/2000 distingue os efeitos do processo de insolvência sobre ações individuais executivas (sujeitando-os à *lex fori concursus*, segundo o art. 4.º/2/f) dos efeitos sobre as ações declarativas pendentes (sujeitando-os, por seu turno, à *lex fori processus*, quando se relacionem a bens ou direitos do património do insolvente, segundo o art. 15.º).

Assim, é a lei processual do Estado em que ação declarativa individual está pendente que determina se o processo deve ou não ser suspenso, se mantém ou perde a sua utilidade e em que termos deve prosseguir, sendo essa a lei competente para determinar as alterações processuais adequadas que reflitam a perda ou limi-

tação do poder de disposição e administração do devedor e a intervenção do administrador de insolvência em seu lugar <sup>(59)</sup>. A razão subjacente a este desvio à regra da *lex fori concursus* reside não só na especial conexão existente entre o Estado em que a ação individual se encontra pendente e a lei processual desse Estado, mas também na ideia de que o princípio da ação coletiva subjacente aos processos de insolvência não fica prejudicado quando a ação pendente não tenha natureza executória <sup>(60)</sup>.

É, porém, a lex fori concursus que regula os efeitos da insolvência em ações intentadas após a abertura do processo de insolvência.

Ao contrário do CIRE, o Regulamento n.º 1346/2000 não contém uma norma diretamente direcionada a convenções de arbitragem ou a ações arbitrais em curso.

Na doutrina nacional, a aplicabilidade das normas de conflitos do Regulamento n.º 1346/2000 no contexto da arbitragem é rejeitada por LIMA PINHEIRO, com o argumento de que os árbitros não estão normalmente submetidos à lei processual comum e, no caso da arbitragem internacional, não estão submetidos exclusivamente a uma determinada ordem jurídica estadual. Na perspetiva deste autor, o Regulamento n.º 1346/2000, à semelhança de outros regulamentos no domínio do Direito Internacional Privado, só tem em vista unificar o Direito conflitual privado aplicável pelos tribunais estaduais, não criando, por conseguinte, obrigações para os árbitros (61).

Este não foi, como acima se viu, o entendimento das instâncias inglesas (confirmada pela jurisprudência polaca) no caso *Elektrim v. Vivendi*, tendo-se aí concluído pela aplicabilidade do Regulamento n.º 1346/2000 à arbitragem internacional e, em especial, pela aplicabilidade da regra do art. 15.º às ações arbitrais pendentes.

As instâncias inglesas, suportando-se na doutrina de VIRGÓS e GARCIMARTÍN, entenderam que o termo "processos pendentes" utilizado nos arts. 4.º/2/f) e 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 é suficientemente amplo para abranger todo o tipo de ações individuais iniciadas por credores do insolvente, incluindo ações arbitrais tendentes à determinação da existência, validade, conteúdo e quantum de um crédito sobre o insolvente, porquanto a função e os efeitos das decisões proferidas por árbitros são análogos aos dos tribunais estaduais dos Estados-Membros. No seu comentário ao art. 15.º do Regulamento, VIRGÓS e GARCIMARTÍN assinalam que não existem razões substantivas ou processuais para distinguir a arbitragem

<sup>&</sup>lt;sup>(56)</sup> Dário Moura Vicente, "Insolvência internacional cit", pp. 808-809.

<sup>&</sup>lt;sup>(57)</sup> *Ibidem*, p. 805.

Miguel Virgós e Etienne Schmidt, "Report on the Convention on Insolvency proceedings", 1996, disponível in http://globalinsolvency.com, p. 91. Embora tratando-se de um estudo explicativo da Convenção sobre os Procedimentos de Insolvência, aberta à assinatura dos Estados-Membros em Bruxelas, em 23 de Novembro de 1995, mas que nunca chegou a entrar em vigor, este relatório constituiu uma importante fonte de interpretação do Regulamento n.º 1346/2000.

<sup>(59)</sup> Ibidem.

<sup>(60)</sup> Miguel Virgos e Francisco Garcimartin, "The European Insolvency Regulation: Law and Practice", Kluwer 2004, paras. 255-256.

<sup>(61)</sup> Lima Pinheiro, "O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, vol. III, 2006, disponível in www.oa.pt.

560

das ações pendentes nos tribunais dos Estados-Membros <sup>(62)</sup>. Ademais, como salientado na decisão proferida pela primeira instância inglesa no caso *Elektrim v. Vivendi*, o legislador comunitário quando quer excluir a arbitragem do âmbito de aplicação de determinada legislação fá-lo expressamente, como sucede no art. 1.º/2/e do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), e no art. 1.º/2/d do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Também a doutrina dominante nesta matéria é favorável à aplicação das regras de conflitos previstas no Regulamento n.º 1346/2000 à arbitragem (63).

Esta conclusão não é, porém, isenta de dificuldades.

Em particular, o uso do método conflitual previsto no Regulamento n.º 1346/2000 e a aplicação de regimes diferentes às ações arbitrais pendentes e às novas ações arbitrais potencia a tomada de decisões contraditórias face às regras de conflitos específicas da arbitragem internacional como aquelas que decorrem do art. V da Convenção de Nova Iorque. Será, por exemplo, o caso de uma ação arbitral iniciada depois da declaração de insolvência e o país da sede da arbitragem e o país da abertura do processo de insolvência não coincidam. Segundo o art. 4.º/2/f do Regulamento n.º 1346/2000 a validade e eficácia da convenção de arbitragem seriam analisadas à luz da lex fori concursus, ao passo que as regras de conflitos próprias da arbitragem reclamariam a aplicação da lei da sede da arbitragem, na falta de convenção em contrário.

#### 4. A ordem pública internacional

A vinculação dos árbitros às regras do Regulamento n.º 1346/2000 tem sido por vezes erradamente defendida com fundamento na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Eco Swiss vs. Benetton*, segundo a qual as

(62) Miguel Virgos e Francisco Garcimartin, "The European cit.", paras. 121 e 245-261: "Arbitration is not excluded from the general effects of the lex concursus under Article 4 and the literal wording of Article 15 is broad enough to include them in its exception to the application of that law. Arbitration proceedings are equivalent substitutes to ordinary legal proceedings in all Member states, and there is no substantive or procedural reason justifying a different solution."

Os Ejenos au insomentiu nu invinuzem international

No entanto, é certo que a observância da lex fori processus, da lex fori concursus ou da lei do país provável de execução da sentença (estas duas últimas tenderão a coincidir) pode impor-se quando estas integrem princípios de ordem pública internacional reconhecidos pelos Estados com os quais a relação jurídica apresente conexões relevantes, tais como o princípio do processo equitativo, na ação arbitral, ou o princípio do igual tratamento dos credores no processo de insolvência.

Os árbitros devem observar as regras e princípios fundamentais comuns às ordens jurídicas dos Estados envolvidos, ainda que tal imperativo os obrigue a desviarem-se do direito escolhido pelas partes para regular a convenção de arbitragem, o processo arbitral ou o mérito da causa (65). Por outro lado, e para lá das arbitragens institucionalizadas tramitadas de acordo com as regras da CCI, que expressamente preveem a obrigação dos árbitros de empenhar os esforços necessários ao proferimento de decisões exequíveis (66), na prática internacional, os árbitros tendem, em face da regra estabelecida no art. V/2/b da Convenção de Nova Iorque, a considerar a ordem pública internacional do Estado onde previsivelmente a sentença se destine a produzir efeitos, quando conhecido, incluindo em matéria de Direito falimentar (67).

Em França, determinadas regras fundamentais do seu Direito falimentar integram a ordem pública internacional.

<sup>(63)</sup> Redfern and Hunter "On International Arbitration cit.", p. 130; Georg Naegeli, "Bankruptcy and Arbitration cit.", pp. 197-199; Christian Koller, "The effects of insolvency proceedings on a pending arbitration proceedings in another Member State", in A contribution by the ITA Board of Reporters, 2009/66, 52, Kluwer Law International. Na doutrina portuguesa, em sentido aparentemente semelhante, sustentando que "a expressão processo pendente abrange o procedimento arbitral em curso", Pedro Pidwell, "A Insolvência e a Arbitragem cit.", p. 793-794.

<sup>(64)</sup> Acórdão do TJUE de 01.06.1999, proc. C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV, in http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm. Como exemplos da mencionada doutrina vejam-se Domitille Baizeau, "Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law", in C Müller/A Rigozzi (Eds.), New Developments in International Commercial Arbitration, 2009, Schulthess, pp. 97-120, at. pp. 108-109; e Dominique Vidal, "Arbitration and Insolvency Proceedings: Comments on ICC awards and other recent decisions" in ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 20/1, 2009, pp. 51-69, at. p. 61.

<sup>(65)</sup> Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional cit", pp. 469-474.

<sup>(66)</sup> Art. 41.º do Regulamento de Arbitragem da CCI.

<sup>(67)</sup> Sentença interlocutória CCI n.º 6697 de 26.12.1990, caso Casa v. Cambior, Rev. Arb. 1992, pp. 142-143; Domitille Baizeau, op. cit., p. 118; Fouchard/Gaillard/Goldman, "On International Commercial Arbitration cit", p. 644.

Em primeiro lugar, integra a ordem pública internacional do Estado francês a limitação do poder dos árbitros à declaração da existência de determinada obrigação pecuniária do insolvente e à sua quantificação. Esta jurisprudência foi confirmada mais recentemente pela Cour de cassation francesa, numa decisão de 6 de Maio de 2009, que recusou o reconhecimento de uma sentença arbitral de natureza condenatória proferida contra um devedor insolvente, apesar de, no caso concreto, o credor ter expressamente renunciado ao direito de executar a sentença e declarado que apenas pretendia fazer uso da mesma no processo de insolvência como prova da existência do seu crédito (68). No referido aresto, a Cour de cassation reiterou que esta limitação ao poder dos árbitros quanto ao exame da questão de mérito controvertida impõe-se por forma a assegurar o igual tratamento dos credores do insolvente. Segundo esta jurisprudência, o princípio par conditio creditorum é, portanto, incompatível com tentativas de determinados credores de executar os bens do devedor fora do processo de insolvência, designadamente nos casos em que o devedor tenha bens numa jurisdição diferente da do Estado de abertura do processo de insolvência. Em circunstâncias semelhantes, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) reconheceu, porém, uma sentença arbitral de natureza condenatória como prova do crédito reclamado no processo de insolvência, apenas na parte em que declarava a existência do crédito e determinava o seu montante (69).

Em segundo lugar, as ações arbitrais intentadas individualmente contra o devedor e que tenham por objeto bens compreendidos na massa insolvente suspendem-se automaticamente com a declaração de insolvência do devedor até que a parte demandante reclame o seu crédito no processo de insolvência (70). Este interregno no processo arbitral visa sobretudo dar a oportunidade ao administrador de insolvência de se familiarizar com o objeto do processo e assim defender de forma mais avisada os interesses da massa insolvente, podendo posteriormente a ação retomar os seus termos sem necessidade de uma ordem judicial para esse efeito. Impõe-se, assim, que os árbitros, ainda que sedeados no estrangeiro, respeitem esta regra para que a decisão a ser proferida possa ser reconhecida e possa produzir os seus efeitos em território francês (71).

(68) Acórdão da Cour de cassation de 06.05.2009, caso n.º 08-10281, Jean X. v. International Company For Commercial Exchanges (Income).

(69) Vesna Lazic, op. cit., pp. 360, nota 64.

Fora do contexto francês, admite-se uma solução idêntica como exigência do processo equitativo, entre nós expresso no art. 30.°, n.º 1 da LAV e nas exigências de que a) o demandado seja citado para se defender, que b) às partes seja conferido tratamento igual e dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos antes de ser proferida sentença final, e que c) em todas as fases do processo seja garantida a observância do princípio do contraditório. A "exigência de um processo equitativo como vertente do direito de acesso aos tribunais traduz-se, no essencial, no direito das partes a desfrutarem de iguais condições com vista à obtenção dos seus direitos ou interesses; as normas processuais hão-de proporcionar uma situação de paridade entre as partes na dialéctica que elas protagonizam na defesa dos seus respectivos direitos (72).

Ora, pode-muito bem dar-se o caso de a suspensão do processo arbitral ou, no mínimo, uma prorrogação dos prazos que estejam em curso para a prática de atos processuais pela parte insolvente, revelar-se a forma adequada a assegurar o tempo necessário à nomeação do administrador de insolvência, à substituição formal do devedor por este, e sobretudo ao estudo do processo e preparação da defesa por parte do administrador de insolvência (73). Esta solução — que a nós parece impor-se independentemente da lei aplicável à convenção de arbitragem ou ao processo arbitral — permite um equilíbrio razoável entre o processo equitativo, que integra a ordem pública internacional do Estado português, e a eficiência e celeridade do processo arbitral.

Poudret e Besson, op. cit., pp. 306-308; Acórdãos da Cour de Cassation de 05.02.1991, caso n.º 89-14382, Almira v. Ema Films; de 02.06.2004, caso n.º 02-13.940, Industry et al. v. Alstom Power Turbomachines.

<sup>(7)</sup> Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris de 02.02.1994, Rev. Arb. 1998, pp. 577-578, Société Intertradex France v. Société Romanian Shipping Company. Também Philippe Fouchard, "Arbitrage et faillite cit.", p. 481.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/99 de 17.11.99 (Conselheiro Artur Maurício).

Fin sentido semelhante Metello Nápoles an cit. p. 150. Também Domirille Baixeau.

<sup>(73)</sup> Em sentido semelhante, Metello Nápoles, op. cit., p. 150. Também Domitille Baizeau, op. cit., p. 101.