

# **ARBITRAGEM E OUTROS MEIOS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS NO DIREITO MOÇAMBICANO\***

*Dário Moura Vicente*

*Professor da Faculdade de Direito de Lisboa*

## I

Vamos ocupar-nos nesta exposição da arbitragem e dos demais meios extrajudiciais de resolução de litígios à luz do Direito moçambicano. Tema este, sem dúvida, da maior actualidade e relevância para Moçambique. Demonstra-o, nomeadamente, a circunstância de o legislador deste País se ter ocupado dele várias vezes nos últimos anos. Assim sucedeu na Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, que rege a arbitragem, a conciliação e a mediação como meios de resolução de conflitos; mas também em diplomas legais sobre outras matérias, como a Lei do Trabalho de 1998, o Código da Propriedade Industrial de 1999 e a Lei sobre os Direitos de Autor de 2001, nos quais se prevê a resolução por via extrajudicial de certas categorias específicas de litígios, que constituem objecto desses diplomas. Outro tanto ocorreu com a revisão do Código de Processo Civil, levada a cabo em 2005. E é ainda esse o caso da nova Constituição moçambicana, de 2004, cujo artigo 223.º, n.º 2, consagrou expressamente a possibilidade da existência de tribunais arbitrais, o que não sucedia na anterior lei fundamental.

---

\* Texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, em 6 de Novembro de 2006, a convite da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

## II

São três, a nosso ver, as características fundamentais da arbitragem que se desprendem da Lei n.º 11/99.

Em primeiro lugar, esse instituto é, como declara o artigo 1 da Lei, um meio de resolução de *conflitos* ou *litígios*. Mas não é só isso, pois a arbitragem também pode ter por objecto *conflitos de interesses sem carácter contencioso*, por lhes faltarem os elementos constitutivos de um litígio: uma pretensão e uma resistência. É esse o caso das questões a que se refere o artigo 4, n.º 3, da Lei: a revisão de contratos, por exemplo, pode ser confiada a árbitros, ainda que nenhum contencioso exista a esse respeito.

Em segundo lugar, a arbitragem é um instituto que implica a subtracção de litígios aos tribunais estaduais e a atribuição a particulares da competência para decidilos. Esses particulares tanto podem ser designados pelas partes como por terceiros (v.g. uma instituição de arbitragem por eles escolhida ou um tribunal judicial). Não prejudica esta característica a circunstância de o tribunal arbitral ser integrado por juízes, como nos parece admitir o artigo 19 da Lei n.º 11/99, contanto que os mesmos exerçam a função de árbitros à margem da sua condição oficial.

Uma terceira nota distintiva do conceito de arbitragem é o facto de a eficácia da decisão proferida pelos árbitros ser – em Moçambique tal como em Portugal – idêntica à da sentença proferida pelo tribunal judicial (artigo 43: a decisão arbitral, depositada nos termos do artigo 42, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo).

## III

Tentaremos agora delimitar a arbitragem relativamente a institutos afins, começando pela *conciliação ou mediação*.

Esta tem vindo a ganhar relevância como meio de composição de litígios, o que explica o facto de a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) ter adoptado, em 2002, uma Lei-Modelo sobre a Conciliação Comercial Internacional. Por outro lado, várias instituições de arbitragem, nacionais e internacionais oferecem hoje também serviços de conciliação ou mediação.

Compreende-se esse fenómeno: dados os elevados custos que qualquer processo – arbitral ou judicial – sempre implica, às partes pode interessar uma tentativa de conciliação antes de se abalançarem a um pleito perante tribunais arbitrais ou judiciais.

Observe-se que, a nosso ver, não existe diferença fundamental entre a conciliação e a mediação, pois ambos os termos designam a mesma realidade substantiva. A prova de que assim é encontra-se, nomeadamente, no facto de o regime das duas figuras ser o mesmo no Direito moçambicano: atente-se, por exemplo, o artigo 61 da Lei, que estabelece os princípios específicos da conciliação e da mediação. Entre essas figuras haverá, quando muito, uma *diferença de grau*, mas não de natureza, na actuação do terceiro chamado a auxiliar as partes na resolução do litígio: ao mediador cabe, em Moçambique, apresentar propostas de solução do conflito; ao conciliador, aparentemente tão-só facilitar a comunicação e o relacionamento entre as partes, em ordem a que estes cheguem a acordo (artigo 60, n.ºs 2 e 3).

E o que distingue o conciliador ou mediador do árbitro? O conciliador ou mediador não julga o litígio; limita-se, quando muito, a propor uma solução, que as partes aceitarão ou não, conforme entenderem. Diferentemente, o processo arbitral culmina, no Direito moçambicano, numa decisão, que é susceptível de ser executada coactivamente pelos tribunais judiciais nos termos do artigo 49, n.º 2; há, pois, nesse processo uma *heteroregulação* de um litígio, que não se verifica na conciliação ou mediação. A conciliação ou mediação baseia-se integralmente na vontade das partes. Qualquer das partes pode pôr-lhe termo unilateralmente, o que não é possível na arbitragem. A conciliação ou mediação é, assim, um meio de *auto-regulação* de litígios.

Uma figura intermédia entre a arbitragem e a conciliação ou mediação é a *decisão arbitral por acordo das partes*. Está prevista no artigo 38 da Lei n.º 11/99: as partes chegam a acordo quanto à solução do litígio e os árbitros proferem uma decisão nos termos acordados pelas partes. A decisão proferida nestes termos tem a mesma eficácia que a decisão arbitral comum. Contudo, ela difere fundamentalmente dessa decisão, pois não são os árbitros que decidem o litígio, antes são as partes que lhe põem termo mediante um acordo – se bem que o árbitro possa ter de apreciar a conformidade desse acordo com a ordem pública.

Do árbitro distingue-se também o *perito*, a que alude o artigo 31 da Lei. Ambos podem, é certo, dar o seu contributo à resolução de um litígio. Todavia, ao passo que o árbitro exerce um poder jurisdicional, decidindo – não raro em termos definitivos – a causa que lhe foi cometida, o perito limita-se, pelo menos quando designado por um

tribunal, a informar ou a dar o seu parecer acerca de determinado ponto de facto (ou de facto e de Direito). Por outro lado, enquanto que a decisão arbitral vincula as partes e os tribunais, assistindo-lhe força de caso julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário e cabendo-lhe, como se disse acima, a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de primeira instância, a eficácia das conclusões dos peritos é livremente fixada pelo tribunal, quando estes hajam sido chamados a coadjuvá-lo, ou pelas partes, nos demais casos.

Na fronteira entre a arbitragem e a perícia encontram-se diversas situações em que a um terceiro é cometida a resolução, em termos vinculativos, de questões que não se reconduzem a verdadeiros litígios. Será esse o caso, por exemplo, da determinação da prestação contratual por um terceiro, admitida pelo artigo 400.º, n.º 1, do Código Civil. Também essas questões podem ser submetidas *ex voluntate* ao regime comum da arbitragem, nos termos do artigo 4, n.º 3, da Lei.

Uma palavra, finalmente, a respeito da chamada *composição amigável*. O *amiable compositeur*, a que alude o artigo 54, n.º 3, da Lei, julga também um litígio; mas deve procurar uma solução aceitável para ambas as partes, capaz de favorecer a prossecução, no futuro, das relações comerciais entre elas. Não se trata, pois, de uma figura distinta da arbitragem, mas de um *modo possível* de o árbitro julgar o mérito da causa. E também não se confunde com a *equidade*, que a nosso ver envolve um juízo acerca da solução mais justa do caso concreto, o qual está para além das atribuições do *amiable compositeur*.

#### IV

Consideremos agora as modalidades possíveis da arbitragem.

Uma primeira distinção é a que pode estabelecer-se entre *arbitragem voluntária* e *arbitragem necessária*.

Na primeira, a instituição do tribunal arbitral depende da *vontade das partes* e dá-se por meio de uma convenção de arbitragem, consoante prevê o artigo 4, n.º 1, da Lei. É fundamentalmente desta modalidade de arbitragem que se ocupa a Lei.

Na segunda, a que se referem os artigos 1526.º e 1528.º do Código de Processo Civil (alterados pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, aprovado pelo Conselho de Ministros em 27 de Dezembro de 2005), os poderes do tribunal arbitral decorrem de uma norma legal, que impõe a sujeição a árbitros de certa categoria de litígios.

O critério da distinção consiste, pois, na influência da vontade dos interessados na instituição de um tribunal arbitral para julgar certo litígio.

*De jure condendo*, é muito questionável a arbitragem necessária: a sujeição de litígios a árbitros e a sua subtracção à jurisdição dos tribunais judiciais, dado que contendem com o direito fundamental de acesso à justiça, só devem, em princípio, ter lugar quando as partes nisso convenham. A arbitragem necessária é, nesta medida, uma figura anómala. Bem andaria, por conseguinte, o legislador moçambicano caso se abstivesse de a prever em diplomas legais específicos.

Outra distinção possível é a que separa a *arbitragem institucionalizada* da *arbitragem ad hoc*. A primeira está prevista no artigo 69 da Lei, e consiste na arbitragem que se processa no âmbito e de acordo com as regras de instituições especializadas, denominados centros de arbitragem (como o *Centro de Arbitragem, Conciliação e Mediação* sediado em Maputo); a segunda decorre à margem de tais instituições, perante árbitros adrede escolhidos pelas partes.

Podem ainda autonomizar-se a *arbitragem privada* e a *arbitragem pública*.

O critério determinante da qualificação numa ou noutra destas categorias é o da natureza das partes e da qualidade em que intervêm no processo arbitral: a arbitragem privada tem lugar entre particulares ou entre particulares e entes públicos actuando sem poderes de autoridade; a arbitragem de Direito Público – contemplada no artigo 3 da Lei n.º 5/92, a que o artigo 70, n.º 4, da Lei n.º 11/99 deu nova redacção – é a que opõe particulares a órgãos da Administração Pública agindo *iure imperii* e obedece, pelo menos em parte, a um regime próprio.

Encontra-se, pois, superada na ordem jurídica moçambicana a proibição de o Estado de se comprometer em árbitros, que subsiste nalguns países, pelo menos no tocante aos litígios de índole exclusivamente interna (como sucede, por exemplo, em França). As garantias de imparcialidade que a arbitragem oferece ao investidor estrangeiro – aspecto crucial nas relações entre particulares e entes públicos de países diversos, em que por via de regra as partes ocupam posições muito desiguais e os riscos económicos são por isso também muito elevados – justificam plenamente esta opção do legislador moçambicano.

Temos, finalmente, a distinção entre *arbitragem interna* e *arbitragem internacional*.

A arbitragem internacional é uma categoria especial de arbitragem, sujeita, quanto a certos aspectos (v.g. lei aplicável, recursos, admissibilidade de composição amigável), a regras próprias.

Há dois critérios determinantes da qualificação da arbitragem como internacional, que a Lei n.º 11/99 consagrou no artigo 52: o do objecto do litígio e o do processo.

De acordo com o primeiro, uma arbitragem é internacional se tiver por objecto uma *relação que ponha em jogo interesses do comércio internacional* (artigo 52, n.º 1, proémio) ou uma *relação plurilocalizada*, v.g. porque as partes têm domicílio em países diferentes (artigo 52, n.º 1, alínea a)).

Em conformidade com o segundo, é internacional a *arbitragem em cujo processo se verifiquem elementos de extraneidade*, v.g. porque o lugar da arbitragem se situa em país diverso daquele em que se encontra o estabelecimento das partes (artigo 52, n.º 1, alínea b), subalínea i)).

## V

E qual a importância actual da arbitragem?

A arbitragem constitui hoje um modo fundamental – e nalgumas matérias é mesmo o modo normal – de resolução dos litígios emergentes de relações comerciais e de consumo. Demonstram-no, para além de qualquer dúvida, as estatísticas publicadas pelos principais organismos internacionais de arbitragem, entre os quais sobressaem a *Cour d'arbitrage* da Câmara de Comércio Internacional (de Paris) e o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (com sede em Genebra).

Por outro lado, tem-se registado nas últimas décadas um importante movimento no sentido da celebração de convenções internacionais em matéria de arbitragem, às quais os Estados têm aderido em número significativo. Por exemplo, a Convenção de Nova Iorque de 1958 Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – uma das mais importantes neste domínio – encontra-se em vigor, presentemente, em 138 países. Nenhuma outra convenção internacional no domínio do Direito Internacional Privado logrou até hoje obter um número semelhante de adesões. De tal sorte que é actualmente mais fácil obter o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira do que de uma sentença judicial estrangeira.

Esse movimento tem também passado pela reforma das legislações nacionais sobre arbitragem. Assim, em 1985, a CNUDCI aprovou uma *Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial internacional*. Até hoje, mais de três dezenas de países adoptaram leis sobre a arbitragem que incorporam maioritariamente as regras dessa Lei-Modelo.

Moçambique não ficou à margem desse movimento. A Lei n.º 11/99 instituiu um novo e pormenorizado regime para a arbitragem, que acolhe em muitos aspectos as soluções da Lei-Modelo da CNUDCI. E já anteriormente, em 11 de Junho de 1998, o País aderira à Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, tendo a Convenção entrado em vigor nele a 9 de Setembro do mesmo ano.

Mas o instituto em apreço releva ainda noutro plano, que cumpre referir. É que ele põe em evidência a importância actual do *pluralismo jurídico e judiciário*: a resolução de conflitos nas sociedades contemporâneas não se faz apenas sujeitando-os ao Direito estadual e aos órgãos estaduais de administração da justiça. Há outras fontes – mormente os usos e o costume –, bem como outras instâncias jurisdicionais, emanadas da sociedade civil, a que tais conflitos podem também ser submetidos.

Esta é, aliás, uma matéria em que o Direito moçambicano se revela hoje um dos mais progressivos dos países africanos de língua oficial portuguesa, pois a Constituição de 2004 dispõe, no artigo 4.º, sob a epígrafe *pluralismo jurídico*, que: «O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição».

Semelhante reconhecimento corresponde a uma necessidade social inelutável. Ele é conforme com o *princípio da adequação*, o qual constitui um corolário da finalidade precípua a que se dirigem as regras jurídicas. Na medida, com efeito, em que estas visam disciplinar a vida em sociedade segundo certa ordem de valores, importa que se adequem ao sentimento de justiça dos seus destinatários, sob pena de serem rejeitadas pelo corpo social que visam conformar – o que, em última análise, conduz (como tantas vezes ocorre) à sua ineficácia.

Ora bem: a Lei n.º 11/99, ao consagrar nos artigos 34, n.º 4, e 54, n.º 4, a aplicabilidade pelos árbitros, mesmo na arbitragem interna, dos usos e costumes mercantis, acolhera já, antes da Constituição de 2004, a ideia de pluralismo jurídico.

Cabe ainda perguntar quais as razões que explicam o acréscimo contemporâneo da importância da arbitragem e de outros meios de resolução extrajudicial de litígios.

Elas prendem-se, a nosso ver, com as vantagens que este modo de composição de litígios apresenta relativamente ao recurso às instâncias judiciais comuns para a resolução dos diferendos entre agentes económicos (incluindo-se nestes quer os fornecedores de bens e serviços quer os próprios consumidores).

Entre essas vantagens podem apontar-se a confidencialidade do processo arbitral, de particular importância para a salvaguarda da imagem comercial das empresas; a possibilidade de se confiar a resolução dos diferendos a pessoas dotadas de conhecimentos técnicos especiais; a dispensa do patrocínio judiciário; a salvaguarda da continuação das relações comerciais entre as partes através do recurso à composição amigável; no plano dos diferendos internacionais, a *neutralidade* do foro arbitral, sobre o qual não recai – visto que não decide em nome de qualquer Estado – a suspeita de favorecer os interesses dos nacionais de determinado país; e a maior facilidade do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras por confronto com as sentenças emanadas dos tribunais judiciais.

Refere-se também, por vezes, como vantagem do recurso à arbitragem a maior rapidez do processo arbitral. Numa época, como a nossa, de acentuada crise das instituições judiciárias do Estado, caracterizada pela morosidade dos processos que perante elas correm, é evidente a relevância que este aspecto assume. A experiência revela, porém, que nem sempre essa suposta vantagem é real, sobretudo nos Estados mais generosos na consagração legal de fundamentos de anulação das sentenças arbitrais pelos tribunais judiciais.

## VII

Mas qual o significado da arbitragem e dos demais meios de resolução extrajudicial de litígios para Moçambique?

Para o desenvolvimento de qualquer país são fundamentais o investimento estrangeiro e as transferências de tecnologia. Ora, a efectivação destes depende largamente de se darem às empresas e aos particulares estrangeiros garantias de resolução célere e justa dos litígios de que porventura venham a ser partes. O amplo reconhecimento, nos artigos 4 e 5 da Lei n.º 11/99, da liberdade de as partes cometerem a árbitros a decisão dos seus litígios, desde que os mesmos incidam sobre direitos



disponíveis e não devam ser submetidos exclusivamente a tribunal judicial, desempenha, pois, um papel de primordial importância no desenvolvimento económico do País.

## VIII

Uma palavra agora a respeito da relação entre a arbitragem, a conciliação ou mediação e os tribunais judiciais.

Alude-se por vezes, a propósito destes institutos, a «meios alternativos» de resolução de litígios (do inglês *alternative dispute resolution*). Esta ideia encontrou algum eco na própria lei moçambicana: é ver, por exemplo, o artigo 1, onde se refere que «[a] presente Lei rege a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, como meios alternativos de resolução de conflitos, que os sujeitos jurídicos podem adoptar antes ou em alternativa a submeter os seus litígios ao poder judicial».

Mas, salvo melhor opinião, em rigor nenhuma alternatividade existe entre as figuras de que a Lei trata e o recurso aos tribunais judiciais. Basta ter presente, a este propósito, que nem todas as questões suscitadas perante o tribunal arbitral podem ser resolvidas por ele. A intervenção dos tribunais judiciais no processo arbitral é, com efeito, indispensável em certas situações – como, por exemplo, para suprir a falta de acordo entre os litigantes quanto à constituição do tribunal arbitral (artigo 18, n.º 2), para as diligências instrutórias que importem o exercício de poderes de autoridade (artigo 32, n.º 2) ou para a decisão de certas questões prejudiciais (artigo 37, n.º 4).

Melhor se diria, pois, estarmos perante meios de resolução de litígios *adicionais* ao recurso às jurisdições estaduais. Estas continuam, por isso, a ser imprescindíveis na resolução dos litígios cometidos a árbitros ou conciliadores – quanto mais não seja como jurisdições de apoio.

Um ponto-chave da regulamentação legal da arbitragem e da conciliação ou mediação é, por isso, a intervenção do tribunal judicial na arbitragem: um regime excessivamente liberal pode deixar uma das partes à mercê da outra ou dos árbitros; mas um regime demasiado intervencionista pode sufocar a arbitragem.

Essa intervenção tem, pois, de ser cuidadosamente ponderada pelo legislador, sobretudo no que toca a duas questões: a determinação do objecto do litígio e a impugnação judicial da sentença arbitral.

Ora, qual a orientação seguida em Moçambique a este respeito?

Relativamente à primeira questão, é notório que o legislador moçambicano procurou evitar a intervenção do tribunal judicial, ao cometer a determinação do objecto do litígio, na falta de acordo entre as partes, a um organismo institucionalizado de arbitragem: *vide* o artigo 17, n.º 4, da Lei. Mas se as partes não tiverem escolhido esse organismo, restará o recurso ao tribunal judicial, previsto para a hipótese contemplada no artigo 18, n.º 7; o que poderá enterrar o processo arbitral.

Preferível seria, pois, que a determinação do objecto do litígio fosse deixada aos próprios árbitros, que a ela procederiam na base das pretensões formuladas nas peças processuais apresentadas pelas partes. Foi, por exemplo, a solução adoptada pelo legislador português na revisão a que submeteu, em 2003, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto de 1986, sobre a arbitragem voluntária.

No tocante à segunda questão, a Lei adoptou um regime restritivo, que se nos afigura inteiramente adequado: na esteira do que dispõe a Lei-Modelo da CNUDCI, da decisão arbitral apenas é admitido, nos termos do art. 44 da Lei n.º 11/99, um recurso de anulação, o qual apenas pode fundar-se nos vícios tipificados neste preceito, consistentes em deficiências particularmente graves do processo ou da sentença arbitral.

## IX

A ordem jurídica moçambicana encontra-se hoje dotada de um regime moderno e bastante minucioso de resolução extrajudicial de litígios, o qual vem dar resposta a uma relevante necessidade social.

Para além, no entanto, deste aspecto, importa salientar que esse regime, embora adoptado passados quase vinte e cinco anos sobre a independência do País, é em larga medida convergente, na forma e no conteúdo, com aqueles que encontramos noutros países e territórios de língua oficial portuguesa, do Brasil até Macau.

Assim se reforçou a comunhão de institutos, de valores e de soluções para os mesmos problemas jurídicos hoje existente entre esses países e territórios.

Não haverá, ao menos por enquanto, uma família jurídica lusófona, entendida como um conjunto de sistemas jurídicos que professam uma particular concepção do Direito: a concepção do Direito que vigora nos países de expressão oficial portuguesa é fundamentalmente a mesma que se desprende dos demais sistemas jurídicos integrados na família jurídica romano-germânica.

Mas isso não quer dizer que não se possa falar, a respeito dos países de língua oficial portuguesa, de uma *comunidade jurídica*, entendida como uma realidade simultaneamente mais restrita e mais profunda do que uma família jurídica: mais restrita, porque há entre os sistemas que a integram uma comunhão de institutos, valores e soluções para determinados problemas jurídicos, que não corresponde a uma particular concepção de Direito; mais profunda, porque essa comunidade reflecte laços culturais mais intensos do que aqueles que normalmente existem entre os membros de uma família jurídica.

Eis aqui, a nosso ver, outro motivo por que os institutos de que nos ocupámos na presente exposição se afiguram merecedores da atenção dos juristas moçambicanos.