

A validade da convenção de arbitragem oral: “nihil fit ex nihilo”?

Na grande maioria de legislações estaduais, a convenção de arbitragem deve ser celebrada por escrito. No direito angolano, o artigo 3.º, n.º 1 da LAV, determina a forma da convenção de arbitragem, consagrando a obrigatoriedade de esta ser celebrada por escrito. A exigência de forma é prescrita ad *validitatem*, visto que o artigo 4.º da LAV considera nula a convenção de arbitragem que não revista a forma prevista por lei. Trata-se, por conseguinte, de uma ex-

internacionais, bem como da doutrina e da jurisprudência, sobre a questão da validade da convenção de arbitragem oral?

A Lei-Modelo da CNUDCI revista em 2006

Em 7 de Julho de 2006, no âmbito da sua 61.ª sessão, a Assembleia-Geral da CNUDCI adoptou uma versão revista do artigo 7.º da Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial interna-

sibilitar a realização de arbitragens em relação a contratos financeiros, designados “sem papéis” (contratos digitais, contratos verbais ou através de internet)².

O Regulamento de Arbitragem da CNUDCI de 2010

O Regulamento da CNUDCI (UNCITRAL) de 2010, contrariamente ao Regulamento de 1976,



Lino Diamvutu
Mestre em Direito
Docente da
Faculdade
de Direito da
Universidade
Agostinho Neto

“

Na grande maioria de legislações estaduais, a convenção de arbitragem deve ser celebrada por escrito. No direito angolano, o artigo 3.º, n.º 1 da LAV, determina a forma da convenção de arbitragem, consagrando a obrigatoriedade de esta ser celebrada por escrito

”

cepção ao princípio da consensualidade previsto no artigo 219.º do CC.

Conjecturemos agora o seguinte exemplo: A e B convencionaram oralmente que determinado litígio existente entre eles seria resolvido por C, na qualidade de árbitro. D, E e F testemunharam o compromisso assumido por A e B¹. Porque razão não se pode dar efeito à convenção celebrada pelas partes, quer no âmbito de uma arbitragem interna quer no domínio da arbitragem internacional?

Qual o ponto de situação à luz de alguns os instrumentos nacionais e

cional que prescinde da exigência da forma escrita como condição de validade da convenção de arbitragem. A segunda opção do artigo 7.º limita-se a definir a convenção de arbitragem, suprimindo qualquer exigência de forma. De acordo com o referido artigo: “ ‘Convenção de arbitragem’ é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”. A solução apresenta a vantagem de pos-

já não exige que as partes tenham previamente convencionado por escrito a sua aplicabilidade³. De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento da CNUDCI de 2010: “Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree”. O n.º 1 do artigo 1.º

1 - Veja-se: BORN, Gary B., *International Arbitration – Cases and Materials*, Second Edition, Wolters Kluwer Law and Business, 2015, 384

2 - DEGOS, Louis, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, sous la direction de Alexis Mourre, vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 22.

3 - CARON, David D.; CAPLAN, Lee M., *The Uncitral Arbitration Rules, A Commentary*, Second Edition, Oxford University Press, 2013, p. 18.



do Regulamento de 1976 tinha a seguinte redacção: “Where the parties to a contract have agreed **in writing** ...” (o negrito é nosso).

O direito inglês

O *Arbitration Act* inglês exige que a convenção de arbitragem, sob pena de nulidade, seja escrita, sem no entanto obrigar a que a mesma seja assinada pelas partes (n.º 1 *in fine* do artigo 5.º). A singularidade deste diploma reside no facto de o mesmo reconhecer a existência de uma convenção arbitral não escrita (oral) quando foi gravada por uma das partes ou por terceiro com a autorização da outra parte (n.º 4, artigo 5.º). Considera-se que a autorização foi dada quando as partes tinham conhecimento de que a conversa entre elas estava a ser gravada⁴. Também se admite a convenção arbitral não escrita quando a existência desta é afirmada pela parte requerente na sua petição e que a requerida, respondendo, não contestou tal afirmação, constituindo esta troca um

acordo escrito das partes (n.º 5 do artigo 5.º).

Lew, Mistelis e Kroll⁵ afirmam que o formalismo nem sempre reflete as práticas comerciais, reconhecendo que existem domínios em que elas permitem a celebração oral de contratos multi-milionários em dólares americanos. Não há, segundo estes autores, nenhuma justificação para sujeitar a convenção de arbitragem a exigências formais mais rigorosas que quaisquer outras disposições contratuais. “This all supports the complete abolition of the “in-writing” requirement”⁶.

O direito alemão

De acordo com o n.º 1 do parágrafo 1031.º do ZPO alemão, a convenção de arbitragem deve constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telefaxes, telegramas ou outros meios de comunicação de que fique prova escrita. Este

No n.º 2 do referido parágrafo, considera-se satisfeito o requisito da

forma escrita quando a convenção de arbitragem conste de um documento transmitido por uma das partes à outra ou por um terceiro a ambas as partes, e que valha de acordo com os usos comerciais aceites, convenção, em caso de não haver qualquer objecção feita em tempo útil.

Peter Schlosser⁷, sobre este segundo ponto, refere que as duas modalidades de confirmação escrita previstas na lei alemã não se equiparam aos requisitos da forma escrita da convenção de arbitragem previstos na Lei-Modelo da CNUDCI, quer de 1985, quer de 2006 (1ª opção). O n.º 2 do parágrafo 1031.º do ZPO aborda a situação que ocorre quando após uma série de comunicações orais, escritas ou por meios electrónicos entre as partes, um dos negociadores recebe a confirmação escrita do outro, dando por celebrado o contrato contendo uma cláusula compromissória. De acordo com a denominada doutrina alemã de “kaufmännisches Bestätigungsschreiben” (*comercial letter of confirmation*) e a jurisprudência assente nesta matéria, tal confirmação quando não for contestada, implica a existência do acordo de vontades das partes desde que seja possível provar a efectividade das negociações e a ausência de má fé da parte que confirma a celebração do contrato. Outra situação a que se refere o n.º 2 do parágrafo 1031.º do ZPO é a da confirmação do mediador (*broker's confirmation*). Acontece que o mediador negocie contratos entre as partes, cabendo-lhe a confirmação do acordo de vontades das partes e os termos por elas aceites. Em regra, o mediador pede que as partes assinem o contrato e lho devolvam. Não raras vezes tem acontecido que uma das partes falhe em confirmar o contrato. Nesta situação, a confir-

4 - KAUFMANN-KOLHER; RIGOZZI, *Arbitrage internationale – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2ème édition revue et augmentée, Weblaw, 2010, p. 115, nota de rodapé n.º 140.

5 - LEW, D.M. Julian; MISTELIS, Loukas A. e KROLL, Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer law International, 2003, pp. 130-131

6 - LEW, D.M. Julian; MISTELIS, Loukas A. e KROLL, Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration* ..., p. 131.

7 - SCHLOSSER, Peter F., “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, p. 126.

“ Parece-nos existir uma tendência que irá cada vez mais se afirmando no século XXI em relação ao reconhecimento da validade da convenção de arbitragem oral. O caso *Profura v. Blomgren*, o Tribunal de Apelação da Suécia-Oeste (Court of Appeals for Western Sweden), por decisão datada de 19 de Março de 2008, admitiu a validade da convenção de arbitragem

”

mação não contestada do mediador obriga ambas as partes⁸.

O direito francês

O legislador francês, no âmbito da revisão do direito da arbitragem em 2011, recusou-se a seguir a proposta do *Comité français d'Arbitrage*⁹, favorável ao abandono do requisito formal da convenção de arbitragem na arbitragem interna. O requisito da forma escrita só não se aplica em relação à arbitragem internacional. Nos termos do artigo 1507.º do Código de Processo Civil francês em vigor, “la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme”.

O direito português

O n.º 5 do artigo 2.º da LAVP inova ao estabelecer que se deve considerar cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista a troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra. Ora, Esteves de Oliveira¹⁰ e outros,

comentando esta disposição da lei portuguesa, referem que “para que se legitime por esta via a falta de apresentação de convenção de arbitragem escrita, é necessário, então, que a existência de uma convenção de arbitragem escrita (ou, mesmo, de uma **convenção oral**) e o seu conteúdo essencial – quanto ao objeto do litígio e à eventual existência de outros compromitentes – sejam invocados na petição.” (o negrito é nosso). Por conseguinte, mesmo no direito português, a convenção de arbitragem oral não é automaticamente nula e pode surtir efeitos se as partes assim o acordarem. Sobre o referido n.º 5 do artigo 5.º da LAVP, Moura Vicente reconhece que a exigência de forma escrita foi assim mitigada¹¹.

O direito belga

Conforme já referimos, a actual legislação belga em matéria de arbitragem já não exige que a convenção de arbitragem seja escrita tal como o requeria o anterior artigo 1667.º do CJu. A convenção arbitral pode ser verbal, se a prova desta puder ser estabelecida, v.g., por testemunhas¹².

A flexibilidade é impressionante e vai além dos preceitos do *Arbitration Act* inglês. Os trabalhos preparatórios referem que, nalguns sectores da economia, a escrita não é necessária, citando expressamente o transporte marítimo e o sector diamantífero¹³.

A doutrina suíça

Kaufmann-Kolher e Rigozzi¹⁴ admitem dever, contrariamente à tese que defendiam no passado, reconhecer a validade de uma convenção de arbitragem oral que venha a ser confirmada por um texto mesmo que provenha apenas de uma das partes ou então quando se verifique a retranscrição da convenção resultante de uma videoconferência ou de uma conversa telefónica.

Na mesma ordem de ideias, Pierre Karrer¹⁵ contraria o argumento segundo o qual a exigência da forma escrita serve para proteger as partes contra a sua própria inconsciência, prevenindo-as de prescindir, com ligeireza, do seu juiz estadual **natural**. Segundo este autor, esta visão de coisas está completamente ultrapassada.

Em Conclusão

Parece-nos existir uma tendência que irá cada vez mais se afirmando no século XXI em relação ao reconhecimento da validade da convenção de arbitragem oral. No caso *Profura v. Blomgren*¹⁶, o Tribunal de Apelação da Suécia-Oeste (Court of Appeals for Western Sweden), por decisão datada de 19 de Março de 2008, admitiu a validade da convenção de arbitragem oral. *Adesse ad diem!*

8 - SCHLOSSER, Peter F., “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law” ..., p. 126.

9 - GAILLARD, Emmanuel, “Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international” in *Recueil Dalloz*, n.º 3, 20 janvier, 2011, p. 177.

10 - OLIVEIRA, Mário Esteves de et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, p. 75

11 - VICENTE, Dário Moura, “Convenção de arbitragem: problemas actuais”, in *O Direito*, Ano 147.º, II, Almedina, 2015, p. 309..

12 - PHILIPPE, Denis, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, in *DAOR*, 2014, Liv. 109, p. 9; CAPRASSE, Olivier, “Le nouveau droit belge de l'arbitrage” ..., p. 959.

13 - PHILIPPE, Denis, “Modernisation of the Belgian law on arbitration” ..., p. 9; CAPRASSE, Olivier, “Le nouveau droit belge de l'arbitrage” ..., p. 959, nota de rodapé n.º 16.

14 - KAUFMANN-KOLHER; RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., pp. 115 e ss.

15 - KARRER, Pierre A., “La convention d'arbitrage en droit suisse – Forme, validité, portée?”, in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, 2005, p. 184.

16 - HOBÉR, Kaj, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford, 2011, p. 110.