



Arbitragem e insolvência
Os efeitos da declaração de insolvência sobre a
arbitragem
(Direitos português e internacional)

Catarina Serra¹

Introdução

O tema “arbitragem e insolvência”², entendido em sentido amplo, suscita, pelo menos, cinco grandes questões: a arbitrabilidade ou inarbitrabilidade dos litígios relacionados com a insolvência; os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes; os efeitos da abertura do processo especial de revitalização (PER) – e, já agora, do processo especial para acordo de pagamento (PEAP) – sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes; a inclusão de cláusula arbitral no plano de recuperação;

¹ Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² O tema corresponde ao título da intervenção que efectuei por ocasião do Congresso de Direito Comercial, realizado em Lisboa, nos dias 17 e 18 de Novembro de 2017. Ao atribuir-me este tema, o Senhor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, coordenador científico do Congresso, abriu-me um “admirável mundo novo” que fiquei com vontade de conhecer mesmo para lá das estritas relações com a insolvência. Através do presente texto expresso, por isso, ao Senhor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos o meu reconhecimento.



e, por fim, as consequências da insuficiência económica de alguma das partes na arbitragem.

Por imperativos de tempo e de espaço, trata-se aqui uma única questão: os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções arbitrais e os processos arbitrais pendentes (por ser aquela que corresponde mais rigorosamente ao tema escolhido).

Aquilo que se procura saber é o que acontece quando uma das partes na convenção de arbitragem ou na acção de arbitragem já iniciada se torna insolvente. Consoante a resposta, a arbitragem terá um valor maior ou menor na economia global de recursos. Os custos de transacção associados à negociação de uma convenção arbitral são, por vezes, muito elevados; se a declaração de insolvência fizer decair tudo aquilo que as partes acordaram, a negociação deste tipo de convenções poderá não se justificar. Por outras palavras: perante o risco cada vez mais habitual da insolvência, valerá ainda a pena, na perspectiva das partes, negociar uma convenção arbitral?

Quanto às questões excluídas, diga-se que a hipótese de insuficiência económica no quadro da arbitragem levanta questões interessantes, designadamente a da admissibilidade de recurso (alternativo) aos tribunais judiciais e de não pagamento das



despesas do processo arbitral³. No presente contexto, a sua análise não é, porém, uma questão fundamental⁴.

No que toca à relação entre a arbitragem e o PER (e o PEAP), pode adiantar-se que, no silêncio do Código da Insolvência e da

³ Há já algumas decisões dos tribunais superiores sobre a questão. Cfr., por exemplo, o Acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, Proc. 1212/14.5T8LSB.L1.S1 (Relatora: ANA PAULA BOULAROT). Entre outras coisas, o tribunal deparou-se com a questão de saber se a circunstância de uma sociedade comercial se encontrar em PER significa que ela não tem meios económicos para suportar as despesas com um procedimento arbitral. A resposta dada foi negativa, acrescentando-se que, mesmo nos casos de insolvência, como deflui do artigo 87.º, n.º 2, as acções arbitrais pendentes na data da declaração de insolvência, prosseguem os seus termos normais, dependendo sempre a alegação de ausência de possibilidades económicas para suportar os custos com a propositura de uma acção judicial ou arbitral da prova dos respectivos factos consubstanciadores. Cfr. ainda o Acórdão do TRL de 22 de Setembro de 2015, Proc. 1212/14.5T8LSB.L1-7 (Relator: ROQUE NOGUEIRA), em que se afirma que da circunstância de a recorrente ter sido admitida a PER não resulta, só por si, a impossibilidade de custear as despesas relativas à arbitragem.

⁴ Cfr., para o tratamento (sintético) da hipótese e das possíveis consequências, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, “Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, in: *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 151 e s. Analisando várias decisões do Tribunal Constitucional, conclui o autor que as convenções arbitrais não se tornam ineficazes por efeito (e apesar) da insuficiência económica de uma das partes, ficando, assim, vedado o recurso aos tribunais judiciais e sendo equacionável a dispensa de pagamento das despesas do processo mesmo no caso de sociedades comerciais. Cfr. ainda, no panorama da arbitragem internacional KLAUS SACHS, *Insolvency Proceedings and International Arbitration – Collected courses of the international academy for arbitration law year 2011, 2013*, Volume 1, pp. 21 e s. (disponível em <http://www.arbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2014/01/Arbitration-Academy-Klaus-Sachs.pdf>).



Recuperação de Empresas (CIRE)⁵, ou seja, sendo o art. 17.º-E (e o art. 222.º-E) aplicável às acções *judiciais* e não sendo o art. 87.º aplicável por analogia⁶, a abertura do processo não tem, em princípio, efeitos sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes⁷.

Finalmente, quanto à questão da arbitrabilidade da insolvência⁸, deve dizer-se que se adopta o pressuposto – aliás, pacífico na

⁵ Todos os artigos sem referência serão do CIRE.

⁶ Sem se debruçar directamente sobre a questão, o STJ manifestou, no (já referido) Acórdão de 26 de Abril de 2016, Proc. 1212/14.5T8LSB.L1.S1 (Relatora: ANA PAULA BOULAROT), fortes reservas à aplicabilidade do art. 87.º ao PER, atentos os fins específicos deste último.

⁷ Deve, contudo, ter-se presente o princípio de que, se o plano de recuperação for homologado, o crédito de que o sujeito seja titular pode vir a ser afectado mesmo que ele não o tenha reclamado e não tenha participado no PER ou no PEAP (cfr., respectivamente, art. 17.º-F, n.º 10, e art. 222.º-F, n.º 8). Assim será quando o crédito tenha sido incluído por iniciativa do administrador judicial provisório na lista de créditos.

⁸ Nos termos da lei portuguesa vigente – a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro –, é arbitrável o litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária e ainda o que não envolva interesses de natureza patrimonial desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido (art. 1.º, n.ºs 1 e 2, da LAV). Sobre a questão da arbitrabilidade cfr., por exemplo, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio. Reflexões *de jure condendo*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III, pp. 1233 e s., e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, in: *IV Congresso de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 13 e s.



doutrina e na jurisprudência portuguesas⁹ – de que a generalidade dos litígios respeitantes à insolvência não é susceptível de ser submetida a arbitragem¹⁰.

⁹ Cfr., entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2004, I / II, pp. 125 e s., ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio. Reflexões *de jure condendo*”, cit., pp. 1233 e s., e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, cit., pp. 40-42, e JOANA GALVÃO TELES, *A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, 2009, pp. 14 e s. (disponível em

http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/Trabalho_joana_galvao_teles.doc.)

Cfr., para um exemplo na jurisprudência, no quadro da anterior LAV (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, revogada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro), o Acórdão do TRL de 25 de Junho de 2009, Proc. 984/08.0TBRMR.L1-8 (Relator: SILVA SANTOS). O tribunal entendeu que o processo de insolvência não podia ser objecto de convenção arbitral. A inarbitrabilidade não se fundaria apenas na competência exclusiva da jurisdição estatal, mas essencialmente na natureza dos interesses em causa na insolvência (interesses colectivos e públicos), inconciliáveis com a arbitragem.

¹⁰ Explica JOANA GALVÃO TELES (*A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, cit., p. 3) que a exclusão de certas matérias da arbitragem “atende, principalmente, a razões de ordem política e legislativa que, pela natureza dos interesses prosseguidos – de ordem pública (por afectarem direitos fundamentais ou princípios estruturantes da ordem jurídica portuguesa) – e pela maior eficiência e aptidão dos tribunais judiciais nessas matérias, impõem ou aconselham a resolução de determinados litígios pelos últimos, mas também, ainda que indirectamente, à própria natureza contratual da arbitragem, quanto à sua fonte, e às inerentes limitações daí decorrentes, as quais acabam por influenciar directamente a determinação da forma mais adequada de prossecução dos interesses políticos e legislativos referidos, nalguns casos, conduzindo à conclusão de que aquele meio de resolução alternativa de litígios não permite eficientemente a salvaguarda e a



Impõem-se, contudo, dois esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, a inarbitrabilidade da insolvência não significa inarbitrabilidade de todas as questões em apreciação no processo de insolvência. De facto, se há muitos litígios que são centrais para a realização dos fins do processo de insolvência (*core issues* ou *core claims*¹¹), como o litígio principal, relacionado com a verificação e a declaração da insolvência¹² e os relacionados com a resolução /

garantia dos mesmos (como, por exemplo, acontece no caso do processo de insolvência)". Traduzindo e adaptando um pouco a frase de JONATHAN SUTCLIFFE e JAMES ROGERS ("Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times", in: *Arbitration*, 2011, p. 278), dir-se-ia, em síntese, que os processos de insolvência são processos centralizados e públicos relativamente aos quais se considera que só Estado está devidamente posicionado, sendo o único que pode regulá-los e tramitá-los de forma expedita e ponderar os interesses colidentes dos sujeitos que na ausência do processo de insolvência não se cruzariam.

¹¹ Na definição de VESNA LAZIĆ ["Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors", in: *European Journal of Company Law*, 1999, 3, p. 20 (disponível em <https://www.ejcl.org/33/abs33-2.html>)], os pedidos da generalidade dos credores da insolvência são *core issues* típicos. Não se trata de estarem relacionados com a insolvência mas de serem determinantes para a insolvência e de só se resolverem através do processo de insolvência. Segundo JONATHAN SUTCLIFFE e JAMES ROGERS ["Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times", cit., p. 282 (disponível em <http://www.nortonrosefulbright.com/files/us/images/publications/CharteredArbit-SutcliffeRogersMay2010.PDF>)], a distinção entre *core* e *non-core issues* (ou *core* e *non-core proceedings / claims*) decorreria de uma decisão do *United States Supreme Court*, que conduziu a alterações legislativas em matéria de competência dos tribunais especializados de insolvência. A decisão em causa é a *Northern Pipeline Construction Co v Marathon Pipeline Co* 458 U.S. 50 (1982) (disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/458/50.html>).

¹² Para o qual a lei atribui, como se sabe, competência exclusiva aos tribunais judiciais. Estes são, em regra, as secções de competência especializada (secções



impugnação dos actos prejudiciais à massa¹³, outros há que não o são (*non-core issues* ou *non-core claims*), como a verificação de certo crédito ou do direito à separação de certo bem da massa insolvente, e, portanto, podem ser objecto de arbitragem¹⁴. Isto não obstante escapar necessariamente aos poderes do tribunal arbitral a execução das respectivas sentenças (*the enforcement of the arbitral awards*)^{15 16}.

de comércio) das instâncias centrais dos tribunais de comarca (cfr. art. 81.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Organização do Sistema Judiciário).

¹³ Quanto a estes, pode dizer-se que um dos obstáculos à inarbitrabilidade é o facto de envolverem terceiros (que não estão vinculados à convenção arbitral). Desde que o CIRE eliminou a “*pauliana colectiva*”, o interesse colectivo dos credores perdeu parte da sua relevância como fundamento da inarbitrabilidade.

¹⁴ Em contraste, na Alemanha, os tribunais têm entendido, ao abrigo do § 1030 (1) da *Zivilprozessordnung (ZPO)*, que qualquer litígio que envolva interesses patrimoniais é arbitrável, não sendo, por princípio, relevante que algum dos sujeitos tenha sido / seja declarado insolvente. A convicção generalizada é, como explicam JONATHAN SUTCLIFFE e JAMES ROGERS (“*Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times*”, cit., pp. 283-284), a de que os direitos de terceiros (restantes credores do insolvente) ficam acautelados com a participação do administrador da insolvência no processo arbitral. A grande excepção à arbitrabilidade dos litígios na Alemanha respeita às acções de impugnação dos actos prejudiciais à massa (*Anfechtungsklagen*).

¹⁵ Cfr., neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “*Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)*”, cit., pp. 125 e s., ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “*A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio. Reflexões de jure condendo*”, cit., pp. 1233 e s., e “*Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*”, cit., pp. 40-42, e JOANA GALVÃO TELES, *A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, cit., p. 18.

¹⁶ Não se é tão rigoroso como a jurisprudência francesa, que exclui dos poderes do tribunal arbitral o poder de condenar ao pagamento ou à prática do acto (*the order to pay or to act*). Refira-se, a propósito, a decisão da *Cour de Cassation* no



Em segundo lugar, a arbitrabilidade de certas questões relacionadas com o processo de insolvência significa apenas que elas *podem ser* sujeitas à arbitragem e não que o são necessariamente. Por maioria de razão, não é afectado o poder (fundamental) de requerer a declaração de insolvência. Não deve haver nenhuma dúvida quanto ao facto de um sujeito que seja parte numa convenção de arbitragem poder requerer a declaração de insolvência da contraparte ainda que o seu crédito não tenha sido (nem venha a ser) reconhecido pelo tribunal arbitral¹⁷.

caso (internacional) *Liquidateurs de Sté Jean Lion v Sté International Company for Commercial Exchange Income (Arrêt n° 509 du 6 mai 2009 (08-10.281)*, disponível em

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_56/8/509_6_12674.html). Rejeitou a *Cour de Cassation* o pedido de *exequatur* apresentado pelo credor num processo arbitral, argumentando que o tribunal arbitral tem o poder de reconhecer o montante da dívida do insolvente mas não tem – não tem sequer – o poder de condenar este ao seu pagamento. Acrescentou o Supremo Tribunal francês que uma sentença de condenação do tribunal arbitral violaria o disposto no art. L. 621-41 do *Code de Commerce* (hoje art. L. 622-22) e o princípio da igualdade dos credores no processo de insolvência, logo o seu reconhecimento na ordem jurídica francesa seria contrário os princípios da ordem pública nacional e internacional pois destes fazem parte os princípios fundamentais de Direito da insolvência.

¹⁷ Vale a pena recordar aqui o caso *Salford Estates (No.2) Ltd v Altomart Ltd [2014] EWCA Civ 1575 (8 December 2014)* (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1575.html>). A *Salford Estates* havia arrendado à *Altomart* um conjunto de imóveis que faziam parte de um centro comercial. O contrato de locação continha uma cláusula de arbitragem. A certa altura, surgiu um diferendo relacionado com a obrigação de pagamento de taxas e prestações derivadas do seguro de renda, ao abrigo do contrato de locação, tendo o árbitro singular decidido que a *Altomart* (locatária) deveria pagar determinados montantes à *Salford Estates* (locadora). A *Altomart* não



1. O regime dos efeitos da declaração da insolvência sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes segundo o art. 87.º do CIRE

O Direito português é dos poucos que tem uma norma expressa sobre os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções arbitrais e os processos arbitrais pendentes. Isso não quer dizer que

pagou imediatamente e a Salford Estates ameaçou pedir a declaração de insolvência a não que ser que aquela lhe pagasse o montante das taxas e do seguro de renda bem como outros montantes que haviam sido declarados em dívida pelo tribunal arbitral. A Altomart procedeu ao pagamento do primeiro montante mas contestou o segundo, sendo que a Salford Estates pediu a declaração de insolvência da Altomart. Esta alegou que, nos termos da *Arbitration Act 1996*, o processo de insolvência deveria ser suspenso até que os montantes em dívida fossem definitivamente fixados pelo tribunal arbitral. O *High Court* foi favorável à alegação mas a *Court of Appeal* discordou. Das conclusões atingidas e apresentadas nesta decisão destacam-se duas. Sustentou, primeiro, a *Court of Appeal* que o pedido de declaração de insolvência não equivale a uma reclamação de créditos (*claim*), sendo o seu fundamento a insolvência do devedor e não um qualquer litígio entre particulares, logo não está sujeito e nem depende de arbitragem prévia. Advertiu, em segundo lugar, a *Court of Appeal* que o processo de insolvência não pode ser usado pelos credores com o fito exclusivo de obter pagamento, sendo que, no caso contrário, qualquer credor poderia violar a convenção arbitral eventualmente existente e extorquir o pagamento ao devedor sob a ameaça de recurso ao processo de insolvência. Nos casos em que se prove ser esta a única intenção do credor, cabe ao tribunal da insolvência exercer o seu poder discricionário e suspender, eventualmente, o processo de insolvência até o litígio ser decidido nos tribunais próprios (arbitrais ou judiciais). Esta orientação da *Court of Appeal* foi, aparentemente, seguida pelo *High Court* no caso *Eco Measure Market Exchange Ltd v Quantum Climate Services Ltd* (unreported, 18 May 2015) mas não já no caso *Richard Philpott & Mark Orton (as liquidators of WGL Realisations 2010 Ltd) v Lycee Francais Charles de Gaulle School* [2015] EWHC 1065 (Ch) (6 March 2015) (disponível <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2015/1065.html>).



a solução não suscite dúvidas ou seja isenta de críticas, como se ilustrará adiante.

Diga-se, para já, que o preceito em causa – o art. 87.º – representa uma novidade do CIRE, não existindo nenhuma norma sobre a matéria nos dois códigos em que antes se encontrava contida a disciplina da falência / insolvência [primeiro, o Código de Processo Civil (CPC) e, depois, o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF)].

É verdade que o CPEREF se referia, no art. 144.º, à possibilidade de o liquidatário judicial celebrar, mediante autorização judicial¹⁸, (novas) convenções de arbitragem¹⁹. Mas nada se dispunha quanto às convenções celebradas antes da declaração de insolvência. No silêncio da lei, propendiam doutrina²⁰ e jurisprudência²¹ para a

¹⁸ Exigia-se autorização judicial por não estar em causa um acto de administração ordinária. Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 1999 (3.ª edição), pp. 383-384.

¹⁹ Chama também atenção para a norma do art. 144.º do CPEREF, notando a sua ausência no CIRE, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, cit., pp. 125 e s.

²⁰ Cfr., na doutrina, PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, volume II, Coimbra, Almedina, 1968, p. 112. Afirmo o autor que “[o] princípio da universalidade do procedimento prevalece sobre a competência convencional, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória. O interesse de ordem pública que dita aquele princípio não pode ser afastado pela vontade dos clausulantes”.

²¹ Cfr., na jurisprudência, o Acórdão do TRP de 3 de Fevereiro de 2009, Proc. 0826756 (Relator: M. PINTO DOS SANTOS). Nesta sentença conclui-se que “[a] declaração de falência d[a] empresa não deixa de ser uma circunstância anormal com a qual, certamente, nenhuma das sociedades (promitentes-vendedoras e promitente-compradora) que interveio naquele contrato (incluindo a própria ora falida), contaria. Não tem aqui aplicação o requisito de que a imposição do



genérica sucumbência das convenções arbitrais / perda de autonomia dos processos arbitrais perante o processo de insolvência.

O art. 87.º é composto de dois números: o n.º 1, sobre as convenções arbitrais, e o n.º 2, sobre os processos arbitrais pendentes.

Há quem destaque as diferenças e diga que no n.º 1 se consagra uma norma de Direito material enquanto no n.º 2 se consagra uma norma de Direito transitório²². Mas talvez seja preferível acentuar os aspectos comuns e dizer que tanto o n.º 2 como o n.º 1 versam sobre efeitos processuais / efeitos sobre processos (o disposto no

cumprimento da mencionada cláusula à autora afectaria gravemente os princípios da boa fé. Deste modo, por verificação dos requisitos do n.º 1 do citado art. 437.º [do Código Civil (CC)] (e não há aqui lugar à aplicação da excepção prevista no art. 438.º do mesmo corpo de normas), a autora não podia continuar vinculada à referida cláusula compromissória e podia propor a presente acção no Tribunal recorrido”. Como esta sentença exemplifica, para resolver os problemas da relação entre a arbitragem e a insolvência, a jurisprudência apoiava-se frequentemente no mecanismo do art. 437.º do CC, ou seja, na resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Outro exemplo é o Acórdão do STJ de 18 de Janeiro de 2000, Proc. JSTJ00040053 (Relator: ARAGÃO SEIA), embora, nesta decisão, o art. 347.º do CC tenha sido invocado para fundamentar o recurso aos tribunais judiciais na hipótese de impossibilidade de pagamento das despesas da arbitragem.

²² Segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2015 (3.ª edição), p. 433], o art. 87.º, ao regular os efeitos da declaração de insolvência na jurisdição arbitral, compreende, na realidade, duas normas: uma, no n.º 1, de direito material (sem o processo ter sido instaurado) e outra, no n.º 2, de direito transitório (para os processos já em curso).



n.º 1, sobre convenções arbitrais, atinge o poder de instaurar o processo arbitral, portanto, o poder de acção). Integrando-se a norma na disciplina geral dos efeitos da declaração de insolvência (cfr. arts. 81.º e s.) e, mais exactamente, no regime dos efeitos processuais (sobre os processos em curso e a propor pelo e contra o insolvente) (cfr. arts. 85.º e s.), torna-se mais fácil compreender o seu objectivo (a realização do princípio da igualdade dos credores²³) e o princípio subjacente (a *vis attractiva concursus*²⁴).

O que dispõe exactamente a norma do art. 87.º?

1.1. Os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções arbitrais

O n.º 1 do art. 87.º determina que a eficácia das convenções arbitrais²⁵ se suspende sempre que elas respeitem a litígios

²³ Sobre a relevância do princípio da igualdade dos credores (*par conditio creditorum*) – o seu alcance e a função que desempenha no processo de insolvência – cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 152 e s. e pp. 389 e s.

²⁴ É presumível que a generalidade das acções (sobretudo as acções para cobrança de dívidas) perturbe a administração e a liquidação da massa insolvente ou comprometa a recuperação da empresa. Consequentemente, depois da declaração de insolvência, os credores só podem, por norma, exercer os seus direitos através do processo de insolvência e nos termos regulados na lei da insolvência (cfr. art. 90.º).

²⁵ A convenção arbitral / convenção de arbitragem é o acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem. Esta é a noção adoptada na Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958) (cfr. art.



susceptíveis de influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis. Significa isto que, nos casos em que o resultado do litígio possa influenciar o valor da massa, as partes (insolvente ou contraparte) estão impedidas de propor acções arbitrais e são obrigadas a dirimir os seus litígios através do processo de insolvência²⁶.

A norma suscita duas observações (conclusões) e uma pergunta central.

Primeiro, estão fora do alcance da norma os casos em que a propositura da acção se enquadra nos casos de arbitragem

2.º, n.º 1) e que tem acolhimento generalizado [cfr., por exemplo, art. 7.º, n.º 1, da Lei-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) sobre arbitragem comercial internacional (1985)]. A convenção arbitral é uma figura unitária mas que, em rigor, se desdobra em duas modalidades; o compromisso arbitral (se tem por objecto um litígio actual) e a cláusula compromissória (se tem por objecto litígios eventuais). Sobre a convenção de arbitragem cfr., entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, cit., pp. 125 e s. Para uma comparação das definições (não doutrinárias) mais relevantes de convenção arbitral e o tratamento das duas modalidades do acordo (compromisso arbitral e cláusula compromissória) cfr. RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, I, pp. 289 e s.

²⁶ Consciente do disposto no art. 87.º, n.º 1, diz LUÍS DE LIMA PINHEIRO (“Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, cit., pp. 125 e s.) que “[n]o plano dos princípios, não se justifica a caducidade da convenção de arbitragem em caso de insolvência das partes”.



necessária²⁷ ²⁸. As razões que justificam o carácter necessário da arbitragem impor-se-ão, em princípio, no processo de insolvência, podendo ser propostas as acções arbitrais que, por força da lei, devam ser propostas.

Segundo, nem sempre a eficácia das convenções arbitrais se suspende. Existem duas ressalvas à suspensão contidas na norma: uma, implícita, abrangendo os casos em que a convenção não se relaciona com litígio susceptível de influenciar o valor da massa²⁹;

²⁷ Aproveitando as palavras de DÁRIO MOURA VICENTE (*Da arbitragem comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 27), dir-se-á que arbitragem necessária é aquela em que “os poderes do juízo arbitral decorrem de uma disposição legal, que impõe a obrigação de submeter a árbitros certos litígios”. Exemplos de litígios submetidos a arbitragem necessária são os litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos (cfr. Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro), os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados (cfr. art. 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho) e os litígios emergentes dos actos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina (cfr. art. 4.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro).

²⁸ A norma refere-se exclusivamente à convenção arbitral, que é a base da arbitragem voluntária.

²⁹ O exemplo apresentado por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, cit., p. 433] é o de uma acção em que se aprecia a prevalência de um contrato de arrendamento transmissível.



outra, explícita (cfr. art. 87.º, n.º 1, *in fine*), abrangendo os casos sujeitos a disposição contrária resultante de tratado internacional³⁰.

Um dos tratados internacionais mais relevantes (entre outras coisas, pelo seu alcance) é a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958)^{31 32}. Não se referindo expressamente à insolvência, ela determina, no art. II (3), que, sempre que exista uma convenção arbitral, o tribunal deve remeter as partes, a pedido de qualquer delas, para a arbitragem, excepto quando considere que a convenção é inválida, inexecutável ou insusceptível de aplicação³³.

³⁰ PEDRO METELLO DE NÁPOLES (“Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, cit., p. 146) entende que a ressalva é dispensável, atenta a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito interno.

³¹ Vigora na ordem jurídica portuguesa desde 16 de Janeiro de 1995. Sobre a sua aplicação em Portugal cfr. DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “A Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 1958 na jurisprudência portuguesa” (disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/convencao-nova-iorque-1958--duarte-gorjao-henriques.pdf>).

³² Além da Convenção de Nova Iorque e da Lei-modelo da CNUDCI sobre arbitragem comercial internacional (1985) (que são os tratados mais abrangentes), pode referir-se a Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional (conhecida como “Convenção de Genebra”) (1961) e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (conhecida como “Convenção do Panamá”) (1985).

³³ O texto da norma em inglês é: “[t]he court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”.



Quanto à pergunta central, ela é a seguinte: quanto tempo dura a suspensão? Não estando definido nem termo nem condição, deve entender-se que a suspensão se mantém durante a pendência do processo de insolvência³⁴. Mas será / deverá ser assim em todos os casos?

Olhando para os regimes homólogos no estrangeiro, verifica-se que não existe uma rigorosa convergência de soluções. Os sistemas variam entre a regra da eficácia e a regra da ineficácia das convenções arbitrais. Porém, mesmo nos Direitos deste último grupo, admite-se que as convenções continuem a produzir efeitos em certas circunstâncias ou a título excepcional.

Na Alemanha, o regime dos efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem não deriva tanto da *Insolvenzordnung (InsO)* mas da disciplina da *Zivilprozessordnung (ZPO)* e da interpretação que dela fazem os tribunais. Fundamentalmente, a jurisprudência tem decidido que a declaração de insolvência não afecta a eficácia das convenções arbitrais. Mais do que isso, o administrador da insolvência está vinculado às convenções arbitrais celebradas antes da declaração de insolvência, podendo ser propostas novas acções arbitrais, não obstante dever a contraparte do insolvente propô-las contra o administrador da insolvência. Em caso algum o credor está

³⁴ PEDRO METELLO DE NÁPOLES (“Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, cit., p. 146 e p. 150) admite que a suspensão possa cessar, por iniciativa do administrador da insolvência (e sem necessidade de autorização judicial), sempre que este considere o prosseguimento benéfico para os interesses da massa insolvente. Invoca, em favor da tese, a (já referida) norma do art. 144.º do CPEREF, que permitia ao liquidatário celebrar novas convenções de arbitragem e, no entendimento do autor, por maioria de razão, dar execução às que já existissem.



dispensado de reclamar o seu crédito no processo de insolvência se quiser obter pagamento.

Em Espanha, a lei estava, inicialmente, mais próxima da lei portuguesa, determinando-se a suspensão da eficácia das convenções. Hoje, no entanto, o art. 52 (1) da *Ley Concursal (LC)* dispõe que a declaração de insolvência não afecta, por si só, as convenções arbitrais. O tribunal da insolvência pode, no entanto, suspender a convenção arbitral se entender que ela implica algum prejuízo para o andamento do processo.

Em França, a suspensão de todos os processos é considerada um princípio de ordem pública interna e internacional, entendendo a jurisprudência que a eficácia da convenção arbitral deve ficar suspensa, pelo menos até que o sujeito apresente a reclamação do seu crédito³⁵.

Em Itália, a regra geral que vem sendo aplicada pela jurisprudência é a de que as convenções arbitrais se tornam inoperativas por efeito da declaração de insolvência. Existe, contudo, na lei italiana uma referência expressa à arbitragem, prevendo-se no art. 83 (*bis*) da *Legge Fallimentare (LF)* que, se for recusado, ao abrigo da disciplina dos contratos em curso, o cumprimento de um contrato contendo uma cláusula arbitral, o

³⁵ Cfr., por exemplo, a decisão da *Cour de Cassation* no caso *Industry SA et a. v Alstom Power Turbomachines SA* [Arrêt n^o 874 du 2 juin 2004 (02-18.700)], disponível em https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/arrret_n_913.html].



processo arbitral não pode prosseguir³⁶. Alguns autores têm defendido, *a contrario sensu*, que o processo arbitral prossegue nos casos restantes (quando o cumprimento do contrato não é recusado)³⁷. Consequentemente, também a convenção arbitral deveria continuar a produzir os seus efeitos.

No Reino Unido, a eficácia das convenções arbitrais depende, em regra, de uma decisão do administrador, entendendo-se que este pode, ao abrigo da convenção arbitral, dar início a novas acções e intervir nas que sejam propostas contra o insolvente [cfr., para o processo denominado “*administration*”, a *section 1 (5) e (6)*, do *Schedule 1*, e a *section 43 (6)*, do *Schedule B1 do Insolvency Act (IA)1986* e, para o processo denominado “*voluntary winding up*, a *section 165 (3)* e o *Schedule 4, Part II (4)* do *IA 1986*]. A única excepção respeita ao caso em que o processo de insolvência em curso corresponde a um processo judicial de tipo liquidatório (*compulsory winding up* ou *winding up by the court*), no qual se torna necessário obter autorização judicial (*leave of the court*) [cfr. a *section 130 (3)* do *IA 1986*]³⁸.

³⁶ O texto da norma é: “[*s*]e il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito”.

³⁷ Cfr., neste sentido, KLAUS SACHS, *Insolvency Proceedings and International Arbitration – Collected courses of the international academy for arbitration law year 2011*, cit., p. 20.

³⁸ “[*N*]o action or proceeding shall be commenced or proceeded with against the company or its property or any contributory of the company, in respect of any debt of the company, except by leave of the court, and subject to such terms as the court may impose”. Cfr. ainda a *section 167 (1) (a)* e o *Schedule 4, Part II (4)* do *IA 1986*.



Nos Estados Unidos da América, o problema da coordenação entre a arbitragem e a insolvência equaciona-se em termos diversos. A admissibilidade de acções arbitrais depende sempre – e essencialmente – da distinção entre *core claims* e *non-core claims*³⁹, propendendo os tribunais da maioria dos Estados norte-americanos para respeitar as convenções arbitrais sempre que – e desde que – não estejam em causa *core claims*.

1.2. Os efeitos da declaração de insolvência sobre as acções arbitrais pendentes

O n.º 2 determina que a declaração de insolvência não impede o prosseguimento dos processos arbitrais pendentes. Significa isto que as acções prosseguem os seus termos, independentemente da posição processual que ocupe o insolvente (sujeito activo ou passivo)⁴⁰.

Cumpre salientar três particularidades.

Em primeiro lugar, por força de remissão para o n.º 3 do art. 85.º e de remissão deste para o n.º 1, o administrador da insolvência deve substituir o insolvente em três situações: quando a acção arbitral tenha sido proposta contra o insolvente e se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente; quando a acção arbitral tenha sido intentada contra terceiros mas o resultado possa influenciar o valor da massa; e quando a acção

³⁹ Disponibiliza-se uma lista (não exaustiva) de *core proceedings* / *core claims* no § 157 do *Judicial Code, US Code, Title 28*.

⁴⁰ O mesmo vale, com força superior, para os processos arbitrais necessários.



tenha sido intentada pelo insolvente e seja de natureza exclusivamente patrimonial.

Em segundo lugar, não obstante a norma remetida dispor que, naquelas três situações, as acções são apensadas ao processo de insolvência mediante requerimento fundamentado do administrador da insolvência, a apensação não pode, evidentemente, ter lugar no que às acções arbitrais diz respeito⁴¹.

Em terceiro lugar, por força de (outra) remissão do art. 87.º, n.º 2, para o art. 128.º, n.º 5, em todos os casos em esteja em causa um crédito contra o insolvente, o respectivo titular não está dispensado de o reclamar no processo de insolvência.

Dizem alguns que esta última é uma regra evidente e, portanto, dispensável⁴². A verdade é que ela torna claro que não existe uma

⁴¹ Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, cit., p. 433, e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017 (7.ª edição), p. 180 (embora este último autor pareça menos assertivo noutra obra: *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Almedina, 2017 (9.ª edição), p. 163). O entendimento é perfilhado por ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS [*Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2016 (2.ª edição), p. 158 (nota 41)] e ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 266). Aparentemente sem opinião, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO [*Manual de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014 (6.ª edição), p. 168 (nota 535)] apenas se refere à posição dos dois autores acima mencionados.

⁴² Cfr., por exemplo, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, cit., p. 433, e ANA PRATA / JORGE MORAIS CARVALHO / RUI SIMÕES, *Código da Insolvência e*



divergência fundamental entre a disciplina dos processos arbitrais e a disciplina aplicável à generalidade dos processos. Por um lado, todos os processos enumerados no art. 85.º, sejam judiciais ou arbitrais, prosseguem, com a única diferença (já indicada) de os processos arbitrais não serem – não poderem ser, pela sua natureza – apensados ao processo de insolvência. Por outro lado, nenhum credor granjeia de tratamento privilegiado, devendo todos os credores reclamar o crédito, esteja ou não pendente um litígio que o envolva fora do processo de insolvência.

A final, o juízo sobre a solução consagrada no art. 87.º, n.º 2, é globalmente positivo. Para ela terão contribuído, entre outros, motivos de economia processual. Especialmente nos casos em que já se realizaram diligências importantes ou em que o processo arbitral está prestes a terminar, mal se compreenderia o desaproveitamento do processado. A sentença arbitral pode, além disso, ser um elemento decisivo para esclarecer ou reforçar a posição das partes no processo de insolvência. Pense-se na sentença arbitral que declara a existência de créditos a favor do insolvente ou a favor da contraparte.

Refuta-se, por insuficiente, o argumento de que o processo arbitral importa sempre custos elevados, que o insolvente (*rectius*: a massa insolvente) não pode, presumivelmente, suportar⁴³.

da Recuperação de Empresas, cit., p. 266. Dizem os primeiros autores que esta ressalva se compreende por mera cautela do legislador e que a solução sempre se imporia pelo elemento sistemático na interpretação da lei. Dizem os segundos que o art. 128.º é claro quanto ao facto de o credor, mesmo que tenha o seu crédito reconhecido por decisão definitiva, ter de o reclamar.

⁴³ Como salienta PEDRO METELLO DE NÁPOLES (“Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, cit., p.



Quando muito, o argumento justificará que se admita o *opt-out* do administrador da insolvência nos casos em que o prosseguimento do processo arbitral pendente se revele manifestamente insuportável para os interesses da massa.

No Direito comparado encontram-se, mais uma vez, soluções variadas, nem sempre coincidentes com a opção do legislador nacional. Existem seja ordenamentos em que os processos arbitrais pendentes não são afectados pela declaração de insolvência, seja ordenamentos em que a regra é a de que a declaração de insolvência produz a suspensão de todos os processos pendentes, incluindo os arbitrais. Admite-se, no entanto, nestes últimos, que a suspensão cesse em determinadas circunstâncias⁴⁴.

152), o pressuposto de que as custas do processo arbitral são incomportáveis nem sempre se confirma, sendo frequente os sujeitos suportarem uma despesa maior com o patrocínio judiciário do que com o próprio processo (judicial ou arbitral). Por outro lado, segundo o mesmo autor, para concluir que os custos dos processos arbitrais são incomportáveis, o que é preciso demonstrar é, não simplesmente que estes custos são superiores aos custos dos processos judiciais, mas que a diferença torna inviável o recurso à arbitragem. Entendendo que a insuficiência económica não deve ser motivo para afastar a convenção arbitral, o autor conclui que a imposição de um dever de os tribunais arbitrais atenderem à situação real das partes é uma condição indispensável para a insolvência não afectar de facto a arbitragem.

⁴⁴ Comparando vários ordenamentos, DOMITILLE BAIZEAU [“Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law”, in: CHRISTOPH MÜLLER ET AL. (Hrsg.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Zürich, Schulthess Verlag, 2009, pp. 101-102] explica que a suspensão tende a cessar quando são praticados determinados actos, designadamente quando o crédito é reclamado no processo de insolvência (França) ou a segunda assembleia de credores se realiza (Suíça), quando o administrador ou o tribunal da insolvência assim decide (Estados



Na Alemanha, a declaração de insolvência não impede os processos arbitrais de prosseguir os seus termos, entendendo a maioria da doutrina e da jurisprudência que o § 240 da *ZPO* (norma que impõe a suspensão dos processos pendentes no caso de abertura de processo de insolvência) não se aplica aos processos arbitrais. O administrador da insolvência substitui-se ao insolvente, devendo o tribunal arbitral, em conformidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva, conceder-lhe um prazo razoável, para ele se familiarizar com os factos e o estado do processo e ter a oportunidade de se pronunciar sobre as questões de facto ou de direito relevantes. Seja como for, nenhum credor está dispensado de reclamar o seu crédito no processo de insolvência se quiser obter pagamento.

Em Espanha, o art. 52 (2) da *LC* determina que os processos arbitrais pendentes prosseguem após a declaração de insolvência e até ao trânsito em julgado. E o art. 8 (4) da *LC* exclui do âmbito de competência do tribunal da insolvência as questões relacionadas com as providências cautelares ordenadas pelos tribunais arbitrais, sem prejuízo do poder de decidir a sua suspensão quando considere que possam implicar prejuízo para o andamento do processo.

Em França, os processos arbitrais pendentes suspendem-se por força da declaração de insolvência, nos termos do art. L. 621-40 do *Code de Commerce (CComm)*. A suspensão dos processos é, como disse, considerada um princípio de ordem pública interna e internacional. Os processos podem, porém, ser retomados logo que o credor reclame o seu crédito no processo de insolvência, como se

Unidos e Reino Unido) ou quando se encerra a fase de verificação de créditos (Holanda e Itália).



determina no art. L. 621-40 do *CComm*⁴⁵. Têm, apesar de tudo, um alcance limitado, podendo o tribunal arbitral reconhecer o crédito mas não condenar ao pagamento⁴⁶.

Em Itália, a regra geral consagrada no art. 51 da *LF* é a de que, depois da declaração de insolvência, nenhuma acção pendente pode prosseguir. Mas, como se viu, é possível entender que o art. 83 (*bis*) da *LF* deixa margem ao prosseguimento de certas acções (as acções abertas ao abrigo de convenções contidas em contratos em curso cujo cumprimento não seja recusado)⁴⁷.

No Reino Unido, a continuação dos processos arbitrais depende, em regra, da decisão do administrador, entendendo-se que, se ele assim decidir, pode intervir neles em nome e por conta do insolvente [cfr., para o processo denominado “*administration*”, a *section 1 (5) e (6)*, do *Schedule 1*, e a *section 43 (6)*, do *Schedule B1* do *IA 1986* e, para o processo denominado “*voluntary winding up*”, a *section 165 (3)* e o *Schedule 4, Part II (4)* do *IA 1986*]. Só existe necessidade de autorização judicial (*leave of the court*) quando o processo de insolvência em curso corresponde a um processo judicial de tipo liquidatório (*compulsory winding up* ou *winding up by the court*) [cfr. a *section 130 (3)* do *IA 1986*].

⁴⁵ “[J]usqu’à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le représentant des créanciers et, le cas échéant, l’administrateur dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant”.

⁴⁶ Como ficou ilustrado no caso *Liquidateurs de Sté Jean Lion v Sté International Company for Commercial Exchange Income*.

⁴⁷ Cfr., neste sentido, KLAUS SACHS, *Insolvency Proceedings and International Arbitration – Collected courses of the international academy for arbitration law year 2011*, cit., p. 20.



Por fim, nos Estados Unidos, a regra geral consagrada na *section* 362 do *BC* é a da suspensão imediata dos processos (incluindo os arbitrais) pendentes contra o insolvente. No entanto, ao abrigo do disposto na mesma norma [cfr. d) (1)] as partes podem requerer fundamentadamente a dispensa de suspensão, sendo os fundamentos mais usuais a economia ou a celeridade, a inexistência de prejuízo para os credores ou, ao contrário, a existência de prejuízo decorrente de uma remissão do litígio para os tribunais judiciais.

1.3. O que resulta da norma. A necessidade de uma interpretação sistemática

Não há dúvida de que a regra disposta pela lei portuguesa em matéria de arbitragem é útil.

Mas, primeiro, não pode esquecer-se que a norma só resolve as situações domésticas. Deixa de fora, como não podia deixar de ser, as situações mais complicadas, que são as internacionais. Delas se falará adiante.

Depois, o que se diz— o que se *declara* — na norma não corresponde à melhor solução possível.

É certo que se dá soluções diferentes a hipóteses diferentes, determinando-se a suspensão das convenções arbitrais apenas quando respeitem a litígios susceptíveis de influenciar o valor da massa e deixando-se prosseguir as acções arbitrais pendentes que contendam com a massa insolvente apenas com a garantia de uma ligação ao processo de insolvência.



Ainda assim, talvez seja, por um lado, *demasiado rigoroso* suspender-se irrestritamente a eficácia daquelas convenções arbitrais e, por outro lado, *um tanto leviano* deixar que prossigam imediatamente todas as acções arbitrais.

No que toca às convenções arbitrais, recorde-se que, no quadro normativo pregresso, o liquidatário podia ser autorizado pelo juiz a celebrar novas convenções de arbitragem (cfr. art. 144.º do CPEREF). Entendia-se, então, *a maiori ad minus* (por razões de economia processual), que o administrador tinha também o poder de dar execução às convenções que já existissem, sempre que considerasse que isso era mais benéfico para os interesses da massa⁴⁸.

Atribuindo carácter decisivo aos interesses da massa, o entendimento era – e continua a ser – o mais conforme aos fins do processo de insolvência. Assim, apesar de não existir no CIRE uma norma com o teor do art. 144.º do CPEREF, é razoável pressupor que o administrador da insolvência tem o poder-dever (o poder funcional) de praticar todos os actos susceptíveis de favorecer os interesses da massa, mesmo que a lei não os especifique. Inclui-se aqui o poder de dar execução às convenções arbitrais⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. PEDRO METELLO DE NÁPOLES, “Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, cit., p. 146.

⁴⁹ O mesmo raciocínio está na base do reconhecimento da possibilidade de o administrador da insolvência ratificar os actos que o devedor pratique com violação do disposto no art. 81.º, n.º 1, mas que sejam benéficos aos interesses da massa. Tão-pouco há referência no CIRE à possibilidade de “confirmação” que o art. 155.º, n.º 2, do CPEREF atribuía ao liquidatário judicial. Mas, se a ideia é o favorecimento dos interesses da massa, assim como se justifica repelir os actos



Acresce que, excepcionalmente, a execução das convenções arbitrais pode ser a única solução que satisfaz as exigências de tutela mínima dos interesses de terceiros. Como se sabe, o administrador da insolvência tem, em regra, o poder de cumprir ou recusar o cumprimento dos negócios em curso celebrados pelo insolvente (cfr. art. 102.º)⁵⁰ e, por vezes, o dever de os cumprir (cfr.,

com efeitos prejudiciais à massa, justificar-se-á aproveitar os actos com efeitos benéficos.

⁵⁰ No n.º 1 do art. 102.º fixa-se o princípio da suspensão do cumprimento dos negócios em curso. Declarada a insolvência – dispõe-se aí –, o cumprimento dos negócios em curso suspende-se até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou pela recusa de cumprimento. Os “negócios em curso” (adoptando a expressão do título do Capítulo em que a norma do art. 102.º se integra) ou “negócios ainda não cumpridos” (adoptando a expressão da epígrafe da norma) são os contratos bilaterais em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento por qualquer das partes. O direito de dar ou recusar cumprimento aos contratos é um direito perfeitamente enquadrado no conjunto de funções típicas do administrador da insolvência – enquanto representante da massa insolvente e defensor dos seus interesses e enquanto “órgão funcional” da insolvência, ou seja, enquanto órgão dotado de funções adequadas à realização prática dos valores tutelados pelo Direito da Insolvência. Apesar de potestativo, não é um direito de exercício livre ou acriterioso, devendo o administrador optar, em cada caso, pela solução que melhor servir as finalidades do processo de insolvência – o que equivale a dizer: a solução que maximizar o valor da massa insolvente e, dessa forma, as probabilidades de satisfação dos credores. Trata-se, em última análise, de mais uma manifestação do princípio *par conditio creditorum*, no sentido de que o processo de insolvência deve perseguir, não uma satisfação individual ou selectiva, mas sim uma satisfação colectiva e paritária – a satisfação mais completa possível do maior número possível de credores.



por exemplo, o art. 104.º, n.ºs 1 e 2⁵¹, e o art. 106.º, n.º 1⁵²). Se, por decisão do administrador ou por força da lei, o contrato houver de ser cumprido, ele há-se ser cumprido na sua totalidade, ou seja, incluindo a cláusula compromissória, quando exista⁵³. Não seria, de facto, razoável impor à contraparte o cumprimento de um contrato diferente daquele que foi por ele celebrado, amputado da cláusula arbitral. Em certas situações seria particularmente injusto destituir a contraparte do insolvente da possibilidade de exercer o poder que lhe é conferido pela convenção arbitral: quando o administrador está legalmente vinculado ao cumprimento do contrato⁵⁴ e, não obstante, não cumpre.

Em síntese, no que toca às convenções arbitrais respeitantes a litígios susceptíveis de influenciar o valor da massa, é defensável

⁵¹ A contraparte do insolvente pode exigir o cumprimento do contrato de compra e venda com reserva de propriedade em que o vendedor seja o insolvente, se a coisa já lhe tiver sido entregue na data da declaração de insolvência. O mesmo vale para o contrato de locação financeira e o contrato de locação com a cláusula de que a coisa locada se tornará propriedade do locatário depois de pagas as rendas convencionadas quando seja o locador o insolvente.

⁵² O administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia real em que o insolvente seja o promitente-vendedor e tendo havido tradição da coisa objecto do contrato prometido.

⁵³ Como se viu, em Itália, entende-se, numa interpretação *a contrario sensu* do art. 83 (*bis*) da LF, que o processo arbitral prossegue sempre que o cumprimento do contrato em curso não seja recusado.

⁵⁴ Trata-se, por exemplo, dos casos (já referidos) de contrato de compra e venda com reserva de propriedade (cfr. art. 104.º, n.º 1), de contrato de locação financeira ou de contrato de locação com a cláusula de que a coisa locada se tornará propriedade do locatário depois de pagas as rendas convencionadas (cfr. art. 104.º, n.º 2) e de contrato-promessa com eficácia real e tradição da coisa (cfr. art. 106.º, n.º 1).



que a suspensão da sua eficácia cesse / não se aplique em dois grupos de casos: quando o administrador judicial considere que os interesses da massa não exigem (ou até desaconselham) tal suspensão e quando, excepcionalmente, as necessidades de tutela dos interesses da contraparte imponham a eficácia das convenções arbitrais (destacando-se, neste último grupo, os casos em que, por força da lei ou opção do administrador da insolvência, o contrato contendo a convenção arbitral deva ser cumprido). Isto com uma particularidade, comum às duas hipóteses: as novas acções devem ser propostas, já não contra o devedor, mas contra o administrador da insolvência, uma vez que é ele quem representa o insolvente para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (cfr. art. 81.º, n.º 4).

É oportuno reparar que nos casos em que o cumprimento do contrato resulta de decisão do administrador da insolvência só aparentemente a eficácia da cláusula compromissória é independente dos interesses da massa, uma vez que a ponderação que o administrador faz para tomar aquela decisão deve ter em conta todo o contrato, ou seja, ponderando o interesse / o risco que representa o cumprimento da cláusula compromissória.

Relativamente aos processos arbitrais pendentes, propugna-se quase o contrário daquilo que se defendeu para as convenções arbitrais – propugna-se a suspensão temporária de alguns dos processos. Nos casos em que o administrador da insolvência deva substituir o insolvente, o prosseguimento imediato dos processos é, de facto, contraproducente. Se a função do administrador é defender o melhor possível os interesses da massa, ele precisa de se familiarizar com o processo antes de assumir a posição processual que legalmente lhe cabe. Assim, em consonância com o



princípio da tutela jurisdicional efectiva, o tribunal arbitral deve suspender o processo pelo período de tempo considerado razoável para satisfazer aquela necessidade⁵⁵.

Tentando induzir do exposto algumas linhas orientadoras, dir-se-ia, a terminar o capítulo, que a coordenação do processo de insolvência com os outros processos, incluído o arbitral, deverá ser norteadada por duas ideias. A primeira é a de que o processo de insolvência é um processo com fins especiais, que, por serem especiais, tendem a prevalecer sobre os restantes⁵⁶. A segunda é a de que um dos fins especiais do processo de insolvência é, por excelência, o tratamento igualitário dos credores. Justificar-se-ão, assim, *todas as providências necessárias – mas não mais do que as necessárias* – ao tratamento igualitário dos credores.

É visível que a leitura proposta aproxima a solução do Direito português da adoptada pela jurisprudência alemã. Tendo em consideração que, tal como ilustra o caso alemão, nem todas as regras estão exactamente *declaradas* na lei, é legítimo esperar que aqueles resultados possam ser alcançados por interpretação e que aquilo que é declarado (e omitido) no art. 87.º não seja visto como

⁵⁵ Globalmente neste sentido PEDRO METELLO DE NÁPOLES, “Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, cit., p. 145.

⁵⁶ Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., *passim*.



obstáculo. O sistema jurídico dá – tem de dar – ao tribunal liberdade “*to do what is right and fair in all the circumstances*”⁵⁷.

2. O que o art. 87.º do CIRE não regula. As situações internacionais ou plurilocalizadas

Mais do que as situações domésticas, levantam dificuldades as situações internacionais ou plurilocalizadas, isto é, aquelas que estão ligadas pelos seus elementos a mais do que um Estado ou em que estão envolvidas duas ou mais ordens jurídicas) e de que é (paradigmático) exemplo a situação em que o processo de insolvência decorre em Portugal mas a acção arbitral está pendente no estrangeiro ou vice-versa.

Cabe descobrir a lei a que deve ser atribuída a função de regular os efeitos da declaração de insolvência sobre o processo arbitral, o que convoca, antes de mais, o Direito Internacional Privado.

Atendendo aos elementos de conexão habitualmente relevantes, são visíveis duas leis “interessadas”⁵⁸: a *lex fori concursus* ou, abreviadamente, *lex concursus* (a lei do Estado de

⁵⁷ Cfr., em alusão à jurisprudência inglesa, JONATHAN SUTCLIFFE / JAMES ROGERS (“Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times”, cit., p. 280).

⁵⁸ A expressão é de ANTÓNIO FERRER CORREIA (“O problema da autonomia do direito internacional privado no sistema jurídico português”, in: *Revista de Direito e Economia*, 1986, 12, p. 35). Diz o autor que “toda a situação da vida internacional traça por si mesma o círculo das leis ‘interessadas’ e não existe *a priori* razão para excluir nenhuma delas: pois deve admitir-se que possivelmente todas essas leis, dada a sua conexão com a situação jurídica em causa, impregnaram dalgum modo os factos, influenciaram as partes, engendraram expectativas”.



abertura do processo de insolvência) e a *lex loci arbitri* (a lei do Estado em que o tribunal arbitral tem a sede)⁵⁹. A verdade, porém, é que a resposta à questão da lei aplicável não é unívoca; varia consoante a norma de conflitos aplicável em concreto⁶⁰.

Deve distinguir-se entre os casos em que os Estados envolvidos estão sujeitos ao Regulamento (UE) n.º 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (reformulação) (todos os Estados-membros da União Europeia excepto a Dinamarca) e os casos restantes.

⁵⁹ Afirma DOMITILLE BAIZEAU (“Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law”, cit., p. 98) que não existe *lex fori* correspondente ao tribunal arbitral. Este é normalmente chamado a aplicar diversas leis nacionais a diversas questões: a lei do local da sede do tribunal arbitral (*lex loci arbitri*), a lei aplicável ao fundo (*lex causae* ou *lex contractus*) e regras de conflitos.

⁶⁰ Note-se que a norma de conflitos não dirime o litígio mas apenas o conflito de leis, destacando de entre as leis em conflito uma como aplicável. Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Aplicação das leis no espaço, direitos dos estrangeiros e conflitos de leis (Apêndice)”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 1964, n.º 136, pp. 47 e s. Por esta razão se diz que o Direito Internacional Privado é autónomo face ao Direito material. Isto não quer dizer que não haja algumas regras de Direito Internacional Privado material. Um exemplo é o da arbitragem internacional, domínio em que, como diz RUI MOURA RAMOS (*Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1987, p. 23), em comentário à disciplina da anterior LAV correspondente, *grosso modo*, aos arts. 19.º a 54.º da LAV vigente, “o legislador optou por criar directamente normas materiais especiais para alguns casos em que as situações a reger apresentavam elementos de extraneidade”.



2.1. O regime do art. 18.º do Regulamento (UE) 2015/848

Se tanto o tribunal arbitral como o tribunal da insolvência se localizarem em Estados sujeitos ao Regulamento (UE) n.º 2015/848, existe um regime / uma regra de conflitos aplicável: o art. 18.º do Regulamento.

A norma tem a epígrafe “[e]feitos do processo de insolvência sobre ações judiciais ou processos de arbitragem pendentes” e determina que “[o]s efeitos do processo de insolvência sobre uma ação judicial ou sobre um processo de arbitragem pendente relativamente a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida ação se encontra pendente ou em que o Tribunal arbitral tem a sua sede”.

O art. 18.º vem ocupar o lugar do (revogado) art. 15.º do Regulamento 1346/2000, de 29 de Maio. Nesta última não havia referência expressa aos processos arbitrais, dizendo-se apenas que “[o]s efeitos do processo de insolvência numa acção 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 acção se encontra pendente”.



O texto (pouco claro) da norma suscitava várias dúvidas, mas foi aquela lacuna que provocou as maiores discussões⁶¹ ⁶². Ela esteve, inclusivamente, na origem de decisões jurisprudenciais

⁶¹ Segundo determinada corrente, os processos arbitrais não eram (justificadamente) contemplados no (na norma do art. 15.º do) Regulamento 1346/2000. Cfr., por exemplo, em Portugal, PEDRO PIDWELL, “A insolvência internacional e a arbitragem”, in: *Boletim da Faculdade de Direito*, 2011, volume 87, p. 791. Dizia o autor que “[e]m bom rigor, a questão dos efeitos sobre um processo arbitral não se coloca do mesmo modo que relativamente às acções pendentes nos tribunais estaduais, na medida em que, por via de regra, os tribunais arbitrais não estão (normalmente) sujeitos a lei processual ordinária e, no caso de se tratar de uma arbitragem transnacional, não estão submetidos a uma determinada ordem jurídica estadual. Esta circunstância avulta do facto de o Regulamento, ter em vista unificar o DIP aplicável pelos tribunais estaduais, e portanto, sem qualquer vocação para criar obrigações aos árbitros”. Apesar disso, conclui o autor, a final (pp. 793-794), que “[t]endo presente que é a lei do EAP (*lex fori concursus*) que regula os efeitos sobre as acções judiciais individuais, com excepção dos processos pendentes (art. 4.º, n.º 2, alínea f), do Reg. 1346/2000) e que, em contrapartida, os efeitos da declaração de insolvência sobre as acções pendentes (relativas a bens ou direitos de cuja administração ou disposição o insolvente está inibido) se regem pela *lex causae* (art. 15.º, do Reg. 1346/2000), será possível trazer luz a questão *sub iudice*. Porquanto, em boa medida os princípios normativos referidos resolvem a questão, pois que parece incontroverso que a expressão *processo pendente* abrange o procedimento arbitral em curso e, nessa medida sempre ser a lei da causa, ou seja, a *lex arbitri* a regular os efeitos da declaração de insolvência de uma das partes intervenientes. Esta conclusão é razoável e admissível sem forçar os conceitos normativos em referência”.

⁶² Sobre a norma do art. 15.º do Regulamento 1346/2000 e as (outras) dúvidas que suscitava cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2003, pp. 68 e s.



controversas, de que é exemplo o debatido caso *Elektrim v Vivendi*⁶³.

O caso é fácil de descrever. A Elektrim era uma empresa polaca que, na pendência de dois processos arbitrais (um no Reino Unido e outro na Suíça) que envolviam também uma empresa francesa (Vivendi), foi declarada insolvente na Polónia. Na arbitragem pendente na Suíça, não se aplicando o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça, o tribunal entendeu, ao abrigo dos arts. 154.º e 155.º do *Private International Law Statute (PILS)*, que a lei aplicável era a lei do Estado de abertura do processo de insolvência (a lei polaca), devendo, conseqüentemente, pôr-se imediato termo à acção⁶⁴. Quanto à arbitragem pendente no Reino Unido, o caso foi levado, em 2008, ao *High Court* e, em 2009, ao *Court of Appeal*. Este último, ao abrigo do disposto no art. 15.º do Regulamento 1346/2000, decidiu que a lei aplicável era a *lex loci arbitri* (a lei inglesa) e por isso a acção podia prosseguir⁶⁵. A verdade é que a

⁶³ Para uma síntese mais precisa e uma breve apreciação do caso cfr., entre muitos outros, KLAUS SACHS, *Insolvency Proceedings and International Arbitration – Collected courses of the international academy for arbitration law year 2011*, cit., pp. 36 e s. Diga-se que daqui a pouco tempo já não será certo que os tribunais ingleses decidam neste sentido, uma vez que, por força do Brexit, o Reino Unido deixará de estar sujeito ao Regulamento europeu.

⁶⁴ Analisa criticamente a decisão do tribunal suíço, por exemplo, LAURENT LEVY [“Arbitration and Bankruptcy: Bankruptcy of Arbitration”, in: *Dispute Resolution International*, 2011, 5 (1), pp. 103 e s.].

⁶⁵ A referência da decisão do *High Court* é *Syska v Vivendi Universal SA & Ors [2008] EWHC 2155 (Comm) (02 October 2008)* (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html>). A referência da decisão do *Court of Appeal* é *Syska & Anor v Vivendi Universal S.A. & Ors [2009] EWCA Civ 677 (9 July 2009)* (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/677.html>). Analisa criticamente



execução da decisão do tribunal inglês deparou com resistência na Polónia, por contrariar a regra interna (ineficácia das convenções arbitrais e cessação dos processos arbitrais pendentes por efeito da declaração de insolvência). O caso contribuiu para consolidar a ideia de que a suspensão determinada no art. 15.º do Regulamento devia estender-se às acções arbitrais.

Afastando todas as dúvidas, a norma vigente do art. 18.º refere-se aos processos arbitrais. Dela resulta que a lei que regula os efeitos da declaração de insolvência sobre o processo arbitral pendente é a lei do Estado em que o tribunal arbitral tem a sede (*lex loci arbitri*), o que configura uma concessão ao territorialismo e um desvio ao universalismo do processo de insolvência – um desvio à regra geral de que a lei aplicável ao processo e reguladora dos seus efeitos é a lei do Estado de abertura do processo (*lex concursus*) (cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento)⁶⁶.

a decisão do *Court of Appeal*, entre outros, RICHARD MILLETT [“Cross-Border Insolvency and Arbitration: A Collision of Spheres”, in: *Dispute Resolution International*, 2011, 5 (1), pp. 113 e s.].

⁶⁶ Para proteger as legítimas expectativas dos credores e a segurança do tráfico jurídico em geral existe uma série de exceções à concepção universalista e à aplicabilidade da *lex fori concursus*. As mais paradigmáticas são as regras de carácter substantivo ressaltando os direitos reais (*rights in rem*) de terceiros bem como a reserva de propriedade do vendedor (*reservation of title*) dos efeitos da abertura do processo de insolvência sempre que tais direitos incidam sobre bens situados em Estados-membros diversos do Estado de abertura (cfr., respectivamente, art. 8.º, n.º 1, e art. 10.º, n.º 1). Encontram-se ainda outros desvios (mais atenuados) à *lex fori concursus*, que assentam na regra de que os efeitos do processo são determinados pela lei de outros Estados-membros que não a lei do Estado de abertura. Em alguns casos exclui-se absolutamente a aplicação da *lex fori concursus*, como acontece, por exemplo, quanto aos



Os processos arbitrais pendentes em determinado Estado-membro ficam, assim, sujeitos aos mesmos efeitos a que ficariam sujeitos se a insolvência tivesse sido declarada por um tribunal interno, sendo (também aqui) absolutamente irrelevante, como decorre *a silentio* da norma, a posição processual que ocupe o insolvente na acção arbitral (sujeito activo ou passivo)⁶⁷.

Apreciando o alcance da norma, observe-se, em primeiro lugar, que ela regula apenas os efeitos da declaração de insolvência sobre os processos pendentes⁶⁸, nada dispendo quanto aos efeitos sobre

contratos relativos a bens imóveis, aos direitos e às obrigações dos participantes num sistema de pagamento ou de liquidação ou num mercado financeiro, aos contratos de trabalho e às acções judiciais ou aos processos de arbitragem pendentes (cfr., respectivamente, art. 11.º, art. 12.º, art. 13.º, art. 18.º); noutros a aplicação daquela lei depende do que dispõe a lei de outro Estado-membro, como sucede no que toca à compensação e à impugnação de actos prejudiciais (cfr., respectivamente, art. 9.º e art. 16.º).

⁶⁷ Cfr. no mesmo sentido, FRANCISCO GARCÍMARTIN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 302.

⁶⁸ Segundo FRANCISCO GARCÍMARTIN (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 300-301) a norma concentra-se na estrita questão da suspensão ou do prosseguimento das acções, deixando quase na sombra a questão da sua eventual apensação, por força do princípio da *vis attractiva concursus*. Circunscreve-se ainda às acções que tenham por objecto questões de mérito (*litigation on the merits of a case*), incluindo os litígios sobre a existência, a validade, o conteúdo ou o montante de créditos, não regulando as execuções (*individual enforcement actions*), que ficam sujeitas, nos termos do art. 7.º, n.º 2 (f) do Regulamento, à lei do Estado de abertura do processo (*lex concursus*). Com a mesma posição no que toca a este último ponto cfr. MIGUEL VIRGÓS / ETIENNE SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, EC Council Document 6500/96, 1996, p. 91 (disponível em http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf).



as convenções arbitrais. Quanto a estes, não haverá, portanto, desvio à regra geral consagrada no Regulamento: a lei aplicável aos efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções arbitrais será, em princípio, a lei do Estado de abertura do processo (*lex concursus*)⁶⁹ (cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento)⁷⁰. A solução dependerá, então, do disposto nesta última e, quando for o caso, do disposto nos tratados internacionais a que estejam simultaneamente sujeitos os Estados envolvidos⁷¹.

⁶⁹ Na decisão do tribunal inglês sobre o caso *Elektrim v Vivendi* sugeriu-se que o Regulamento 1346/2000 regularia estes efeitos na norma do art. 4.º, n.º 2 (e), que se referia aos efeitos sobre os contratos em vigor (*pending contracts*) e dispunha que eles eram determinados pela lei do Estado de abertura do processo de insolvência. A referência continua a existir em termos muito semelhantes no art. 7.º, n.º 2 (e) do Regulamento em vigor.

⁷⁰ No art. 3.º, n.º 1, do Regulamento fixa-se o critério para determinar o Estado em que o processo de insolvência deve ser aberto: o centro dos interesses principais (CIP). Isto tem consequências ao nível da lei aplicável: salvo nos casos em que o Regulamento disponha diversamente, a lei aplicável ao processo e aos seus efeitos é a lei do Estado de abertura do processo.

⁷¹ Chegados a este ponto, há duas observações a fazer. Primeiro, a norma do art. 18.º é uma pura norma de conflitos, não devendo em caso algum retirar-se da referência à *lex fori processus / loci arbitri* consequências para efeitos do tribunal competente, designadamente, concluindo que, em concretização da *vis attractiva concursus*, é sempre competente o tribunal da insolvência. Segundo, não obstante o silêncio da norma sobre as convenções arbitrais, o princípio da *vis attractiva concursus*, subjacente ao Regulamento e manifestado (muito limitadamente) na regra do art. 6.º (a competência exclusiva do tribunal da insolvência sobre as ações que decorram directamente do processo de insolvência e que com este se encontrem estreitamente relacionadas, como sucede com as ações de impugnação pauliana), produz um efeito indirecto sobre a validade / eficácia das convenções. Sendo esta validade / eficácia regulada pelas leis nacionais e não pelos instrumentos da União Europeia, muitas leis recusam



Note-se, depois, que ela não se aplica – o que bem se compreende – a todos os processos de arbitragem pendentes, aplicando-se apenas aos que respeitam a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor e que estejam pendentes à data da abertura do processo de insolvência.

Sobre a referência a “um bem ou direito pertencente à massa insolvente” impõem-se duas notas. Primeiro, a expressão deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a acomodar direitos reais e direitos de crédito, como os respeitantes a obrigações contratuais

aquela validade / eficácia no caso de insolvência por entender que isso implicaria um desvio à regra da competência exclusiva do tribunal da insolvência para julgar todas as acções que contendem com a massa insolvente. A verdade, porém, é que isto não vale no contexto do Regulamento, uma vez que o tribunal do Estado de abertura do processo de insolvência não tem competência para julgar as acções em matéria civil ou comercial. Mesmo quando, nos termos da *lex concursus*, a declaração de insolvência provoca a caducidade ou a suspensão da convenção arbitral, isso não significa que estes litígios sejam dirimidos no processo da insolvência, tendo de ser observadas as regras gerais sobre competência internacional, em particular o Regulamento Bruxelas I [o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial]. Concluem, por isso, alguns autores que, se a principal justificação para o não reconhecimento de validade / eficácia às convenções arbitrais se esgotar na necessidade de concentrar os litígios no tribunal da insolvência, a justificação não vale, uma vez que, nos termos do Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça, nem todas as acções são susceptíveis de ser apreciadas pelo tribunal do Estado de abertura do processo. Cfr. GABRIEL MOSS / TOM SMITH / MIGUEL VIRGOS / FRANCISCO GARCÍMARTIN, in: GABRIEL MOSS / IAN F. FLETCHER / STUART ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (third edition), pp. 461-462, e FRANCISCO GARCÍMARTIN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 304-305.



ou obrigações de indemnização por responsabilidade civil, exigindo-se unicamente que eles representem uma pretensão legítima a uma parte da massa insolvente⁷². Segundo, para determinar, em concreto, os bens que pertencem à massa insolvente, deve atender-se à *lex concursus* e não à *lex loci arbitri*⁷³, uma vez que trata de um pressuposto de aplicabilidade da norma.

Quanto ao elemento temporal, diga-se que a data da abertura do processo é definida no art. 2.º, n.º 8, do Regulamento como a data em que a declaração de insolvência produz efeitos, ainda que não tenha transitado em julgado⁷⁴. Ao que tudo indica, o objectivo da norma é o de tutelar os interesses dos sujeitos que recorreram, nos termos da *lex loci arbitri*, ao instrumento arbitral antes de saber / poder saber da abertura do processo de insolvência, pelo que deve entender-se que “processo pendente” é aquele para o início do qual foram já praticados os actos necessários⁷⁵.

Atendendo ao considerando 73 do Regulamento, advirta-se, por fim, que o disposto na norma não afecta as regras nacionais aplicáveis ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais, o que significa que o reconhecimento e a execução destas sentenças se produzirá nos termos (e nos limites) definidos pela lei que se

⁷² Para este entendimento contribuiu a decisão no caso *Elektrim v Vivendi*.

⁷³ Cfr. no mesmo sentido, FRANCISCO GARCÍMARTIN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 302.

⁷⁴ Desconsidera-se aqui a tradução oficial portuguesa pois ela não tem um sentido claro na linguagem jurídica (“momento em que a decisão de abertura do processo de insolvência produz efeitos, independentemente de essa decisão ser final ou não”).

⁷⁵ Cfr., neste sentido, FRANCISCO GARCÍMARTIN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 303.



conclua ser aplicável no Estado em que a questão do reconhecimento e da execução se ponha (o disposto na lei nacional ou nos tratados internacionais aplicáveis).

2.2. O (indeterminado) regime aplicável aos casos restantes

Nos casos restantes (em que não é possível recorrer à norma de conflitos do art. 18.º do Regulamento), é bem mais difícil encontrar uma solução satisfatória.

O recurso mais evidente – mas nem por isso infalível – é a Lei-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) sobre insolvência transfronteiriça (1997), em cujo art. 20.º, n.º 1 (a), se prevê que o reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro implica a suspensão de todas as diligências que possam ter impacto na massa insolvente, designadamente a propositura ou o prosseguimento de acções que tenham por objecto bens ou direitos do insolvente⁷⁶.

Não existe na norma uma referência explícita às acções arbitrais mas esclarece-se, na nota explicativa 180, que, ao não discriminar entre os vários tipos de acções, ela compreende também as acções que corram perante um tribunal arbitral, disto resultando que as acções arbitrais não podem continuar⁷⁷. A acção arbitral suspende-

⁷⁶ O texto da norma em inglês é: “[u]pon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding: (a) Commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor’s assets, rights, obligations or liabilities is stayed (...)”.

⁷⁷ Na mesma nota, reconhece-se, no entanto, que é difícil, em situações plurilocalizadas, pôr em prática a suspensão. Admite-se, por outro lado, que o interesse das partes pode, por vezes, justificar o prosseguimento da acção. Veja-



se, então, por efeito do reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro no Estado em que decorre a acção arbitral.

O grande problema é que a Lei-modelo da CNUDCI sobre insolvência transfronteiriça não está transposta para a maioria dos ordenamentos europeus [com a relevante excepção do Reino Unido, cujas *Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (CBIR)* consubstanciam tal transposição]⁷⁸. Como qualquer documento do

se, além disto, o que se diz na anotação à norma no Anexo III da CNUDCI *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, p. 344 (nota 144).

⁷⁸ Um exemplo interessante da aplicação das *CBIR* é o caso *Cosco Bulk Carrier Co Ltd v Armada Shipping SA & Anor [2011] EWHC 216 (Ch) (11 February 2011)* (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/216.html>). Defrontavam-se neste caso três empresas: a Armada Shipping SA, a Cosco, a STX. A Armada Shipping SA havia alugado um navio à Cosco, sub-alugado o mesmo navio à STX e sido, entretanto, declarada insolvente. Nos termos do contrato inicial, a Armada Shipping assumia a posição de garante de qualquer sub-locatária do navio. A STX omitiu o pagamento de certas taxas e a Cosco tomou a iniciativa de as pagar para impedir o arresto do navio. Punha-se a questão do reembolso, que, nos termos dos contratos celebrados, devia ser resolvida por arbitragem e aplicando-se o Direito inglês. Iniciou-se, pois, um processo arbitral entre a Cosco e a STX. Durante a pendência deste, o administrador da massa insolvente da Armada Shipping SA vem reclamar o pagamento do sub-aluguer à STX. Instando a pronunciar-se, o *High Court* reconhece, com fundamento nas *CBIR*, o processo de insolvência suíço contra a Armada Shipping SA. A decisão era, contudo, omissa quanto aos efeitos da declaração de insolvência da Armada Shipping SA no processo arbitral entre a Cosco e a STX. Estas solicitaram, então, ao tribunal inglês que se pronunciasse sobre se o reconhecimento do processo de insolvência suíço implicava a suspensão automática do processo arbitral pendente, não obstante a empresa suíça insolvente (Armada Shipping SA) não ser parte neste. A Armada Shipping SA alegava que, ao abrigo das *CBIR*, o processo arbitral devia ser automaticamente suspenso porque o seu fim era o de condená-la ao pagamento de uma quantia a outra empresa. A não entender-se assim, a Armada Shipping SA pedia, subsidiariamente, ao *High Court* que declarasse a suspensão, de forma



tipo, a Lei-modelo é, com efeito, um texto legislativo cuja transposição é apenas recomendada, sendo os Estados livres de acolher ou não, total ou parcialmente, as regras e de as modificar como bem entenderem.

O certo é que, na falta de um tratado internacional que seja vinculativo para todas as partes, fixando seja regras de conflitos seja normas materiais, é pouco provável que elas convirjam, em concreto, numa resposta unívoca, pelo que sempre surgirão, a final, obstáculos ao reconhecimento e à execução das sentenças⁷⁹.

Torna-se visível, ainda para mais na sequência de factos “desagregadores” como o *Brexit*, a necessidade de adoptar instrumentos que realizem uma harmonização internacional alargada das regras da insolvência e procedam à sua coordenação

a que todas as questões relevantes pudessem ser decididas pelo tribunal da insolvência suíço. O *High Court* não se pronunciou directamente sobre a eventual suspensão automática ao abrigo das *CBIR* mas afirmou que as questões relevantes não envolviam a aplicação da lei da insolvência suíça e que a arbitragem era a sede mais adequada para decidir do litígio. Decidiu, por isso, que se aplicava a lei inglesa (*lex loci arbitri*), devendo o processo arbitral prosseguir os seus termos e o administrador da massa insolvente da Armada Shipping SA ser convidado a participar.

⁷⁹ Chama a atenção para as dificuldades acrescidas com que se deparam os árbitros nestas situações FERNANDO MANTILLA-SERRANO [“International Arbitration and Insolvency Proceedings”, in: *Arbitration International*, 1995, 11 (1), pp. 51 e s. (disponível em https://www.trans-lex.org/126300/_/mantilla-serrano-fernando-international-arbitration-and-insolvency-proceedings-arbit%27-1995-at-51-et-seq/)].



com os regimes que, como o da arbitragem, têm, por si próprios, propensão para se aplicar em contextos internacionais⁸⁰.

Catarina Serra

⁸⁰ A mesma convicção terá levado SAMUEL L. BUFFORD (“Arbitration in International Insolvency – III Proposal to UNCITRAL”, International Insolvency Institute, Sixteenth Annual International Insolvency Conference, Columbia University, Tokyo, Japan, 2016) a apresentar uma proposta à CNUDCI. Diz ele que a Convenção de Nova Iorque, a Lei-modelo sobre arbitragem comercial internacional e os outros tratados internacionais são eficazes, respeitados universalmente e mantêm-se válidos. Aquilo que falta é a coordenação entre a Convenção de Nova Iorque, entre o sistema de resolução de litígios respeitante à Convenção de Nova Iorque, à Lei-modelo da CNUDCI sobre arbitragem comercial internacional e aos outros tratados internacionais e o sistema da insolvência. Será também a ideia que, atendendo ao título (num dos seus significados possíveis), preside ao estudo de PHILIPP WAGNER: “Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law”, in: *Dispute Resolution International*, 2011, 5 (1), pp. 189 e s.