

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Pelo Prof. Raul Ventura

SUMARIO

1. Propósito deste estudo.
- I. DIREITOS ESTRANGEIROS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS MULTILATERAIS.
2. Forma escrita da convenção de arbitragem. Bosquejo de disposições internas e internacionais.
3. Natureza da forma exigida: ad solemnitatem ou ad probationem.
4. Assinatura das partes. Exemplo da Convenção NY 1958.
5. Confirmações de negócios.
6. Convenção de arbitragem por referência a cláusulas contratuais gerais.
A) Orientação geral.
7. Idem. B) Problemas surgidos quanto à Convenção NY 1958.
8. Outro caso corrente de incorporação; cartas de fretamento e conhecimento da carga.
9. Inalegabilidade do vício de forma.
- II. O ACTUAL DIREITO PORTUGUES
10. Observações gerais. A) Problemas de forma e problemas de consentimento.
11. Idem. B) Inserção das cláusulas gerais nos contratos singulares.
12. Forma da convenção de arbitragem, conforme o art. 2.º do DL n.º 243/84. O «escrito».
13. Natureza da forma exigida.
14. Assinatura das partes.
15. Documentos de confirmação do negócio.
16. Alterações de convenção de arbitragem e alterações do contrato.
17. Referências a documentos onde figura um regulamento de arbitragem ou uma convenção de arbitragem.

18. Deveres de comunicação e de informação, quanto a convenções de arbitragem constantes de cláusulas contratuais gerais.
19. Referências sucessivas.
20. Consequências da exclusão de convenção de arbitragem proposta em cláusulas contratuais gerais.
21. Inelegabilidade do vício de forma.
22. Convenções de arbitragem contrárias à boa fé.
23. Convenções de arbitragem e foro inconveniente.
24. Aplicação no espaço do DL n.º 446/85 e convenções de arbitragem.
25. Convenções internacionais ratificadas por Portugal.

1. *Propósito deste estudo.*

Foram recentemente publicados dois Decretos-Lei que, no ponto que me proponho tratar, se relacionam.

Um deles é o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, com o qual o Governo diz esperar que «seja dado um passo importante para que a arbitragem ocupe em Portugal o lugar que lhe é devido» (*).

O outro é o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais.

A experiência mostra que, muito frequentemente, convenções de arbitragem (cláusulas compromissórias) figuram entre as condições gerais de contratos. A prática estrangeira e internacional mostra que esse relacionamento tem suscitado numerosos e importantes problemas.

Ao estrangeiro vou buscar essa problemática e por isso divido este pequeno estudo em duas partes: uma primeira, em que procuro definir problemas debatidos e soluções encontradas para além das nossas fronteiras; uma segunda, em que, perante os citados dois novos diplomas portugueses, aprecio as

(*) Refiro-me a este Decreto-Lei sem tomar posição quanto a questões graves que ele tem suscitado, como a da sua inconstitucionalidade e a das suas relações com o Livro IV do Código de Processo Civil.

Muito menos me pronuncio sobre a qualidade do diploma, a não ser quanto a disposições de que trato no texto.

dificuldades que no exterior já se verificaram e outras que a imaginação do jurista pode desde já descobrir.

Não se estranhe o relevo dado à *forma* da convenção de arbitragem. Nesse campo se situam ou a ele têm sido reconduzidas as grandes dificuldades do relacionamento entre convenções de arbitragem e cláusulas contratuais gerais.

I. DIREITOS ESTRANGEIROS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS MULTILATERAIS

2. *Forma escrita da convenção de arbitragem. Bosquejo de disposições internas e internacionais* (*).

A maior parte das legislações internas e das convenções internacionais prescinde da tradicional distinção entre cláu-

(*) São os seguintes os países cujas legislações foram examinadas: Alemanha (República Federal), Austrália, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Coreia, Dinamarca, Egipto, Espanha, Estados Unidos Am. do Norte, Finlândia, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Indonésia, Israel, Japão, Jugoslávia, Kuwait, Luxemburgo, México, Noruega, Paquistão, Síria, Suíça, Suécia.

Foram directamente consultadas as leis da Alemanha, Espanha, França, Grécia, Grã-Bretanha, Itália, Suíça.

Os direitos dos outros países europeus foram conhecidos pelos relatórios nacionais publicados em «Le droit de l'arbitrage en Europe», Paris, 1981 (publicação da Chambre de Commerce Internationale). O conhecimento das disposições legais de países não europeus proveio dos relatórios nacionais publicados nos dez volumes de «Yearbook-Commercial Arbitration», editado pelo Prof. SANDERS.

As convenções internacionais são abreviadamente citadas:

CONVENÇÃO NY 1956 — Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards) — Nova York, 10 de Junho de 1956, entrada em vigor em 7 de Junho de 1959.

CONVENÇÃO GENEBRA 1961 — Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international (European Convention on International Commercial Arbitration) — Genebra, 21 de Abril de 1961, entrada em vigor em 7 de Janeiro de 1964.

sula compromissória e compromisso, falando apenas em convenção de arbitragem. A natureza das coisas impõe que continue a distinguir-se o instrumento pelo qual as partes se

CONVENTION WASHINGTON 1965 — Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States) — Washington 18 de Março de 1965, entrada em vigor em 14 de Outubro de 1968.

L.U. STRASBOURG — Convention Européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage (European Convention providing a uniform law on arbitration) — Strasbourg, aberta à assinatura em 20 de Janeiro de 1966; ainda não entrou em vigor.

CONVENTION PANAMA — Convención Interamericana sobre arbitraje comercial (Inter-American Convention on International Commercial Arbitration) — Panamá, 30 de Janeiro de 1975, entrada em vigor em 16 de Junho de 1976.

A Convenção de Moscovo (Convention sur la solution par voie d'arbitrage des litiges civils et de droit decoulant des relations de la coopération économique, scientifique et technique, Moscovo, 26 de Maio de 1972, entrada em vigor em 13 de Agosto de 1972) não é citada no texto, porque o seu sistema é diferente e não contém requisitos de convenções de arbitragem.

M.L. UNCITRAL-MODEL LAW on International commercial arbitration, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985.

Os documentos das Nações Unidas abreviadamente citados no texto, são:

COMPILATION A/CN.9/263 — Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international — Rapport du Secrétaire Général — Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International — Doc. A/CN.9/263, de 19 de Março de 1985 (e addendum n.º 1, de 15 de Abril de 1985).

COMMENTAIRE A/CN.9/264 — Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international — Rapport du Secrétaire Général — Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International — Doc. A/CN.9/264, de 25 de Março de 1985.

As principais obras doutrinárias e colectâneas citadas no texto são:

BOISSÉSON-JUGLART — Matthieu de Boisséson et Michel de Juglart — Le droit Français de l'arbitrage, Paris, 1983.

JOLIDON — Pierre Jolidon — Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage — Berne, 1994.

comprometem a submeter a arbitragem os litígios que venham no futuro a surgir de determinado acto ou facto jurídico e o instrumento pelo qual os interessados submetem a arbitragem um concreto litígio já surgido a propósito de relação jurídica entre eles estabelecida. A convenção de arbitragem é um género que compreende as duas espécies, mas a diferença relativamente ao sistema antigo consiste em poder hoje, na maioria das legislações, o tribunal arbitral ser constituído com base na convenção de arbitragem que prevê futuros litígios (cláusula compromissória), sem necessidade de prévia outorga de um compromisso.

Mesmo em matéria de forma, a distinção ainda subsiste nalguns países, como adiante se verá.

São poucas as legislações que admitem total liberdade de forma da convenção de arbitragem: Dinamarca, Japão, Suécia. Essa liberdade importa a validade de convenções escritas ou orais, expressas ou tácitas.

Embora exijam certa forma para o compromisso, aceitam liberdade de forma para a cláusula compromissória a Espanha, a Holanda e a Indonésia.

Na Alemanha, o art. 1027.º ZPO declara não ser aplicável a exigência de forma escrita, quando a convenção incide sobre um negócio comercial para as duas partes e nenhuma delas pertence às profissões comerciais indicadas no art. 4.º do Código Comercial.

Em França e pelo que respeita à arbitragem internacional, entende-se que a convenção não necessita de forma especial

LALIVE — Pierre Lalive — Répertoire de Droit International Privé Suisse — L'Arbitrage International — Berne, 1982.

LEE — Eric Lee — Encyclopedia of Arbitration Law — London, 1984.

RUSSEL — Russel on the Law of Arbitration — 20.ª edição — London, 1982.

LE DROIT DE L'ARBITRAGE EN EUROPE — Chambre de Commerce Internationale — Paris, 1981.

YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION — General Editor PIETER SANDERS.

(com base na actual redacção do art. 1493.º CPC; BOISSESON-JUGLART, pag. 409; MOREAU-BERNARD, *Droit interne et international de l'arbitrage*, pag. 94).

Na Grã-Bretanha e no Canadá, é necessário distinguir, conforme se trata de arbitragem sujeita à *common law*, ou arbitragem regulada pelos diplomas especiais sobre arbitragem (na Grã-Bretanha, *Arbitration Acts*). No primeiro caso, a forma é livre.

Exigem que a convenção de arbitragem revista forma escrita: Alemanha (em regra, 1.º tr. art. 1027 ZPO, Austrália, Bélgica, Brasil (para a cláusula compromissória, com o reduzido efeito ali atribuído; o compromisso deve ter forma judicial ou notarial ou ser assinado pelas partes e duas testemunhas), Coreia, Canadá (excepto *common law*), China (*Foreign Trade Arbitration Commission* e *Maritime Arbitration Commission*), Egipto, Espanha (compromisso, por forma notarial), Estados Unidos América do Norte (*Federal Arbitration Act* e *Uniform Arbitration Act*), Finlândia, França, Grã-Bretanha (*Arbitration Acts 1950* e *1979*), Grécia, Indonésia (compromisso), Israel, Itália (arbitragem ritual), Jugoslávia, Kuwait, Luxemburgo, México, Noruega, Paquistão, Síria, Suíça.

Quanto a convenções internacionais, transcrevo os textos relevantes, que também interessam para outros problemas adiante considerados.

Convenção NY 1958, art. 1.º:

«1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration».

«2. The term «agreement in writing» shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams».

(Para a interpretação da expressão «shall include» no n.º 2, comparem-se os textos francês e espanhol — todos com igual força — «*On entend* par «convention écrit»; «*La expression* «acuerdo por escrito» *denotará...*»).

L. U. Strasbourg, art. 2:

«1. Toute convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit signé des parties ou d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage».

«2. Si dans la convention d'arbitrage, les parties se sont référées à un règlement d'arbitrage, celui-ci est considéré comme inclus dans la convention».

Convenção Genebra 1961, art. 1.º (2) (a):

«Aux fins de la présente Convention, on entend par (a) «convention d'arbitrage», soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par téléscripteur et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois».

Convention Washington 1965, art. 25 (1):

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant) qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le rétirer unilatéralement».

Convention Inter-Americana, Panamá, art. 1.º

(texto inglês): An agreement in which the parties undertake to submit to arbitral decision any differences

that may arise or have arisen between them with respect to a commercial transaction is valid. The agreement shall be set forth in an instrument signed by the parties or in the form of an exchange of letters, telegrams, or telex communications.

ML UNCITRAL, art. 7 (2):

The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunications which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

3. *Natureza da forma exigida: ad solemnitatem ou ad probationem.*

A forma escrita é umas vezes considerada formalidade *ad substantiam* e outras vezes formalidade *ad probationem*.

Assim, no Luxemburgo e pelo que se refere ao compromisso, apesar de o art. 1005.º CPC dizer que ele pode ser feito «par procès-verbal devant les arbitres choisis ou par acte devant notaire ou sous seing-privé», a jurisprudência decide que ele não é um acto solene, pode resultar da confissão das partes ou da sua comparência perante o árbitro e, embora verbal, é válido se as partes o reconhecerem. O alcance do referido art. 1005.º seria apenas de poder ser exigido um escrito, como prova, quando a existência do compromisso é contestada (Rel. Lux.).

Em França e quanto à cláusula compromissória, autores sustentavam o carácter meramente probatório da forma escrita (ROBERT, Arbitrage Civil et Commercial, Paris, 1967, n.º 31

e 140). Regem hoje os arts. 1443.º e 1449.º CPC, na redacção dada pelo Decreto n.º 81-500, de 12/5/81. O primeiro deles ocupa-se da cláusula compromissória, determinando *sob pena de nulidade*, que ela seja *estipulada* por escrito; o segundo dispõe que o compromisso *est constaté par écrit*. Donde parece resultar que a cláusula compromissória é um acto solene, enquanto o escrito de compromisso é exigido *ad probationem*.

Na Suíça, com base no art. 6 CIA, o respeito das exigências formais é considerado condição de validade da convenção de arbitragem (JOLIDON, pag. 174).

No que respeita à Convenção NY 1958, VAN DEN BERG, pag. 180 e segs. — embora reagindo contra o uso das expressões técnicas *ad substantiam* e *ad probationem* que considera perigosas — conclui que a convenção de arbitragem não pode ser provada por outros meios que não sejam os previstos no art. II (2) e afirma ser essa a opinião da maioria dos comentadores.

4. *Assinatura das partes. Exemplo da Convenção NY 1958.*

Pode hoje considerar-se assente nos comentadores e quase geralmente aceite pelas jurisprudências que o art. II (2) Convenção NY 1958 contém duas alternativas:

- 1.ª — «an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties»;
- 2.ª — «or contained in an exchange of letters or telegrams».

A primeira alternativa distingue a cláusula compromissória («arbitration clause» = «clause compromissoire», na versão francesa) e o compromisso («arbitration agreement» = «compromis» na versão francesa). Ambos devem ser assinados pelas partes. No caso de cláusula compromissória bastará que o *contrato* onde ela se contenha seja assinado, não sendo necessário assinar também a cláusula.

A segunda alternativa não está literalmente subordinada à assinatura das partes e, com esse fundamento e ainda invocando a intenção de abranger meios informais (ressalvado o

escrito) utilizados na prática comercial, generalizou-se a opinião de nesse caso ser desnecessária a assinatura de uma ou das duas partes (YB, X, pag. 357; VAN DEN BERG, pag. 193 e segs.).

A segunda alternativa do art. II (2) não refere o telex, ao contrário do que faz a Convenção de Genebra 1961: «ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécriteur». Valendo-se desta segunda para interpretar a primeira Convenção e invocando, além dos usos comerciais, a igualdade de razão, não se duvida hoje, quanto àquele art. II (2), da validade da convenção arbitral celebrada por telex.

Mais longe vai a M.L. UNCITRAL, art. 7.º (2), que se refere a «exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement». Parece, pois, ter sido adoptada e explicitada a proposta da delegação dos U.S.A. que admitia qualquer processo electrónico e informático que deixe rasto escrito (Compilation A/CN.9/263, pag. 20).

Pode parecer estranho que seja aceite a validade de uma convenção arbitral *entre certas partes*, quando os documentos não provem, pela assinatura, a respectiva origem. Uma decisão de um tribunal italiano (YB, X, pag. 358) concorre para esclarecer esse ponto (o sublinhado é nosso): «na falta de assinatura das partes o requisito da forma escrita na Convenção de Nova York é satisfeito se a origem pessoal das declarações escritas trocadas entre as partes for provada por outro modo».

5. *Confirmações de negócios*

O enquadramento das confirmações escritas de compras ou vendas internacionais no art. II (2) Convenção NY 1958 também tem sido discutido nos tribunais, como já o tinha sido na elaboração da Convenção; foi proposto e rejeitado um aditamento àquele artigo «confirmation in writing by one of the

parties (which is kept) without contestation by the other party.» (YB, X, pag. 358; VAN DEN BERG pag. 206).

A confirmação escrita e assinada pelas partes enquadra-se na primeira alternativa do art. II (2). Para enquadrar a confirmação na troca de cartas, basta interpretar latamente a palavra «carta»; «troca» existe desde que uma parte remeta a outra um exemplar da confirmação e essa o devolva à primeira. Uma terceira hipótese mista é também aceite, embora não com absoluta segurança: uma parte remete à outra um exemplar da confirmação e a segunda *refere-se-lhe* posteriormente noutra espécie de escrito (verdadeira carta, telex, telegrama).

6. *Convenção de arbitragem por referência a cláusulas contratuais gerais. A) Orientação geral.*

Há leis internas e convenções internacionais onde se prevê que a convenção de arbitragem figure não no «contrato ou convenção principal», mas «noutros documentos». É o caso por exemplo, do art. 1443.º, 1.º tr. do Cód. de Proc. Civ. francês — «La clause compromissoire doit, sous peine de nullité, être stipulée dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère»; L.U, Strasbourg, art. 2.º n.º 1 — «...ou d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage»; da M.L. UNCITRAL, art. 7.º (2) *in fine* — «the reference in a contract containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract».

Saber se os «documentos» mencionados em textos legislativos desse género incluem ou não as condições ou cláusulas gerais de contratos constitui questão de interpretação desses textos. Parece que, em princípio, a resposta deve ser afirmativa, se olharmos os comentários que tal admitem, sem discussão (por ex. na edição de JEAN-LOUIS DÉVOLVE, *Arbitration in France*, a singela nota ao art. 1443.º 1.º tr.: «La

convention peut également résulter d'un échange de lettres ou de télex ou figurer dans des conditions générales de contrat»; COMPILATION A/CN.9/264, pag. 23: «...Elle porte sur le cas relativement fréquent où les parties, au lieu d'inclure une clause compromissoire dans leur contrat, se réfèrent à un document (par exemple des conditions générales ou un autre contrat), etc».

Nas legislações que examinei, quer directamente, quer pelos referidos relatórios, só encontrei menção expressa de convenções de arbitragem contidas em cláusulas gerais de contratos no art. 471.º do Código de Processo Civil da Jugoslávia (relatório do Prof. Goldstajn, YB, x, pag. 5, no sentido de a cláusula de arbitragem contida em condições gerais constituir uma válida convenção de arbitragem) e no Código Civil italiano.

O art. 1341.º do Cod. Civile italiano 1.º trecho estabelece que «as condições gerais de contrato predispostas por um dos contraentes são eficazes relativamente ao outro, se no momento da conclusão do contrato, este a conhecia ou teria devido conhecê-la usando a diligência ordinária».

O art. 1342.º, n.º 1.º 1.º trecho, dispõe: «Nos contratos celebrados mediante a subscrição de módulos ou formulários, predispostos para disciplinar de maneira uniforme determinadas relações contratuais, as cláusulas acrescentadas ao módulo ou formulário prevalecem sobre as do módulo ou formulário quando incompatíveis com essas, mesmo se estas últimas não tiverem sido canceladas».

As diferenças entre estas duas hipóteses foram várias vezes explicadas pela Cassazione (por exemplo, 22 de Março de 1949, Foro Italiano, 1949, 134; 5 de Outubro de 1953, Foro Italiano, 1953, 609): a primeira hipótese é a de contratos de adesão a condições gerais propostas por um dos contraentes; na segunda hipótese os módulos e formulários são genericamente predispostos para disciplinar de maneira uniforme determinadas relações contratuais.

Os arts. 1341.º e 1342.º contêm uma norma comum expressa no 2.º trecho do primeiro deles e aplicável ao segundo mediante remissão. Aí se dispõe em «Em qualquer caso não têm efeito,

se não forem especificadamente aprovadas por escrito /.../ cláusulas compromissórias ou derrogação à competência da autoridade judiciária».

Assim, a cláusula compromissória, quando conste de condições gerais de contratos ou de formulários tem a sua eficácia *inter partes* condicionada por «dupla assinatura»: a geral para o contrato e a da sua aprovação específica.

Autores italianos têm buscado nas cláusulas compromissórias alguma faceta «vexatória», capaz de justificar a sua inclusão no elenco de cláusulas previstas no art. 1341.º, 2.º trecho. Assim, DOSSETO, Nov. Dig. Ital., *Condizioni Generali di Contratto*, pag. 1114, não conseguindo descobrir vexame na cláusula compromissória, em si mesma e nas intenções de quem a estipula, acaba por encontrá-lo no facto de essa cláusula dever conter, por força do art. 809.º Cod. Proc. Civ. a nomeação dos árbitros ou o modo de os nomear e neste ponto poder ser criado favor para um contraente e desfavor para o outro.

Menção expressa às cláusulas gerais de contratos existia também nas primitivas redacções da M.L. UNCITRAL (então, art. 3.º, 2), 2.º período: «La référence dans un contrat, à des conditions générales contenant une clause compromissoire vaut une convention d'arbitrage, à condition que le contrat soit par écrit» — RAPPORT A/CN.9/232, de 10/11/82, pag. 10). Posteriormente, a tendência parece ter sido para a previsão de uma referência a documentos, sem mencionar especificamente as condições ou cláusulas gerais — v. comentário ao art. 7.º, em COMPILATION A/CN.9/263 — e assim ficou no texto definitivo do art. 7.º (2), acima transcrito.

7. *Idem. B) Problemas surgidos quanto à Convenção NY 1958.*

A aplicação do art. II (2) Convenção NY 1958 aos contratos que referem cláusulas gerais onde está contida uma convenção de arbitragem tem produzido numerosa jurisprudência em vários países.

Os casos discutidos podem, numa primeira linha, ser divididos em dois grupos. O primeiro — com menor interesse para este estudo, mas importantíssimo para o sucesso da Convenção NY — inclui os casos em que foi discutida a prioridade entre os requisitos formais estabelecidos pela Convenção e os exigidos pelas leis internas («municipal laws», na terminologia dos comentadores de língua inglesa).

O grande escolho à aplicação geral do art. II (2) tem aparecido em Itália, por causa dos arts. 1341.º e 1342.º do Codice Civile. A jurisprudência italiana parece ter evoluído, desde a necessidade dos requisitos mais exigentes (dupla assinatura) do seu Código para a suficiência dos requisitos do Art. II (2) (YB, X, pag. 356, e segs.; VAN DEN BERG, pags. 211 e segs.). A aplicação daqueles artigos do Código Italiano pressupõe que, no caso, o tribunal considera haver um conflito de leis e que este é resolvido a favor da lei italiana; reflexamente, se o conflito for resolvido — segundo as regras de conflitos do direito internacional privado italiano — a favor de uma lei estrangeira, o tribunal italiano aplicará esta, no caso de ser mais exigente do que o art. II (2) Convenção NY 1958, o qual tem, portanto, o seu papel limitado à exigência de condições formais *mínimas*.

Contra essa tendência nacionalista, os comentadores internacionais e alguns tribunais têm reagido sustentando o carácter de «Lei Uniforme» do art. II (2), uma de cujas consequências seria a suficiência, mas necessidade, dos requisitos exigidos por esse artigo, ou seja, este contém os requisitos únicos e não requisitos mínimos ou máximos (VAN DEN BERG pag. 173 e segs.; YB, X, pag. 355). Não vou alargar-me na justificação e nas consequências desta «Lei Uniforme», cujos efeitos eventuais em Portugal indicarei adiante.

O segundo grupo de casos respeita às condições necessárias, segundo o mencionado art. II (2) para que a convenção de arbitragem contida em cláusulas gerais se torne aplicável aos litígios nascidos de um contrato.

Os internacionalistas que procuram fazer «interpretação autónoma» do artigo da Convenção (autónoma, relativamente

às *municipal laws*, cuja intervenção para este efeito é afastada) distinguem três hipóteses: cláusulas gerais no corpo do contrato, no verso do contrato e em documento separado.

Considera-se indispensável que as cláusulas gerais sejam contidas no próprio contrato ou nele referidas; se não há pelo menos referência, não pode dizer-se que a convenção de arbitragem se encontra *no* contrato, conforme a letra do art. II (2) (an arbitral clause *in* a contract). As dúvidas respeitam aos termos da referência.

Se as cláusulas gerais estão impressas no verso do contrato, jurisprudência e doutrina contentam-se com uma referência geral (como «subject to the conditions on the reverse side»), dispensando, pois, referência específica à convenção de arbitragem. Por maioria de razão, aceitam uma sintética referência à arbitragem, desenvolvida depois nas cláusulas gerais (como «Arbitration: London»; «Arbitration Rotterdam» — VAN DEN BERG pág. 216 e segs., citando decisões de um tribunal de Nova York, de tribunais italianos e de um tribunal alemão).

Se as cláusulas gerais constituem um documento separado do contrato principal, fazem-se funcionar duas distinções: conforme a referência é específica ou genérica, conforme as cláusulas gerais são ou não comunicadas à outra parte.

A referência específica à convenção de arbitragem incluída nas cláusulas gerais é considerada suficiente, pois chama a atenção para a convenção. Contrariamente, uma referência genérica não basta, a não ser que as cláusulas gerais tenham sido comunicadas à outra parte ou sejam bem conhecidas no comércio internacional. Note-se, porém, que um acórdão do Supremo Tribunal austríaco, de 2 de Maio de 1972, e um acórdão do Supremo Tribunal alemão, de 10 de Maio de 1984, julgaram ser necessário que as cláusulas gerais sejam comunicadas juntamente com o contrato ou como anexo deste (YB. X, pág. 417 e pág. 428)

8. *Outro caso corrente de incorporação; cartas de fretamento e conhecimento de carga.*

A jurisprudência inglesa mostra vários casos em que se discute a incorporação, em conhecimentos de carga, de convenções de arbitragem contidas na carta de fretamento (ou carta-partida, na sinonímia usada pelo art. 541.º do nosso Código Comercial).

Assim: em *Hamilton & CO v Mackie and Sons* (1888) 5 TLR 677, CA, o conhecimento de carga tinha apostado impresso: «All other terms and conditions as per charterparty» e o caso foi decidido no sentido de que «The arbitration clause of the charterparty must be read with the bill of lading as though it is there permitted *in extenso*, subject to it being consistent and sensible». Em *TW Thomas & Co Ltd v. Portsea Steamship Co Ltd* (1912) AC 1, HL, no conhecimento de carga estava escrito a tinta «and all other terms and conditions and exceptions of charter to be per charterparty, including negligence clause»; a decisão foi «Arbitration clause in the charterparty cannot be incorporated into the bill of lading by reference; more specific and distinct words are needed». Em *The Njegos* (1935) Sel ER Rep 863, lia-se no conhecimento de carga: «All the terms, conditions and exceptions of which charterparty, including negligence clause, are incorporated herewith» e também foi negada a incorporação no conhecimento da carga da convenção arbitral constante da carta de fretamento. Em *the Annefield* (1971) 1 All ER 394, o Juiz Brandon fez um sumário de hipóteses e soluções: «Primeiro, a fim de decidir se uma cláusula de um conhecimento incorpora uma cláusula de arbitragem de uma carta de fretamento é necessário ver tanto as precisas palavras do conhecimento de carga onde a incorporação é alegada, como também os precisos termos da cláusula de arbitragem na carta de fretamento cuja incorporação é alegada. Segundo, não é necessário, para que a incorporação se efectue, que a cláusula incorporadora se refira expressamente à cláusula de arbitragem. Palavras gerais podem ser bastante, dependendo dos termos da dita cláusula. Terceiro, quando a cláusula

de arbitragem é pelos seus termos, aplicável só a litígios relativos à carta de fretamento, palavras gerais não a incorporam no conhecimento de carga, de modo a torná-la aplicável a litígios relativos ao contrato contido nesse documento ou provado por ele. Quarto, quando à cláusula de arbitragem é aplicável pelos seus termos a litígios relativos à carta de fretamento e a litígios relativos ao conhecimento de carga, palavras gerais de incorporação trazem a cláusula para o conhecimento de carga, de modo a tornarem-na aplicável a litígios relativos a este documento». Em *Rena K*, (1979) 1 AII ER 397, QBD, o conhecimento de carga estipulava: «All terms, clauses, conditions and exceptions including the arbitration clause (in the charter-party are) hereby incorporated» e isto foi julgado suficiente para efectuar a incorporação. (Casos reportados em *LEE, Enc. of Arb.*).

9. *Inalegabilidade do vício de forma.*

Pode suceder e tem sucedido que, embora a convenção de arbitragem tenha sido celebrada verbalmente, uma das partes venha a invocá-la para efeito da constituição do tribunal arbitral e a outra parte não só não se lhe oponha, como participe na constituição e no funcionamento desse tribunal, nomeadamente mantendo silêncio sobre o possível vício da convenção até a sentença ser pronunciada.

Nesse caso, pergunta-se se esta segunda parte deve ser impedida de mais tarde — ou para obter a anulação da sentença ou para evitar o exequatur — invocar o vício formal da convenção.

O problema ficaria resolvido se um texto legal, usando algum processo técnico adequado, equiparasse essa conduta das partes à forma escrita da convenção. Parece ser nesse sentido a tendência internacional, a avaliar pela nota (91) do *Commentaire analytique A/CN, 9/264*: «/.../ il est suggéré qu'une exception soit faite pour les cas où il a été remédié à un vice de forme par renonciation ou soumission, par exemple lorsque

la procédure arbitral se fonde sur une convention orale invoquée par une partie et à laquelle l'autre partie ne s'oppose pas. Dans de tels cas, la présentation de la sentence, faisant état de la renonciation ou de la soumission, devrait suffire».

Nas observações governamentais ao projecto de lei tipo da UNCITRAL (Compilation A/CN. 9/263 Add. 1, de 15 de Abril de 1985, pág. 7, a Jugoslávia propôs que o art. 7.º § 2 seja completado de tal modo que as partes fiquem habilitadas, mesmo que a exigência do escrito não tenha sido respeitada, a validar a convenção de arbitragem, por exemplo, pela participação em audiência sobre o fundo do litígio sem apresentar objecto ou declaração do demandado, incorporada no processo de arbitragem, pela qual aceita a competência do tribunal arbitral.

O art. 7.º (2) acabou por dizer «or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another.»

A Convenção NY 1958 não prevê o caso, que igualmente não está previsto na generalidade das leis internas.

Na Suíça, o Kassationgericht de Zurich, 21/8/74, citado por LALIVE, pág. 261, julgou que a falta da forma escrita exigida pelo § 359 ZPO — o Cantão de Zurich não aderiu ao CIA — é suprida pela apresentação das partes, sem reserva, perante o tribunal arbitral.

A jurisprudência, no que respeita a casos regidos por aquela Convenção está dividida: VAN DEN BERG, pág. 182 e segs. cita decisões do tribunal de Dusseldorf e da Cassazione italiana, no sentido da rigorosa exigência da forma escrita, e decisões de um tribunal holandês e do tribunal de Hamburgo, dando prevalência à conduta posterior das partes (o caso alemão tinha a circunstância interessante de a parte — inglesa — que invocou o vício de forma da convenção de arbitragem contra a execução na Alemanha da sentença de um tribunal arbitral em Londres, ter primeiro arguido, com base na mesma convenção de arbitragem, a incompetência do tribunal ordinário alemão).

A solução preferida por VAN DEN BERG, apenas no âmbito da Convenção NY 1958, é no sentido de a questão do impedimento («estoppel») ser considerada como um princípio fundamental de boa fé — princípio dominante de toda a Convenção — que prevalece sobre as formalidades requeridas pelo art. II (2).

II. O ACTUAL DIREITO PORTUGUÊS

10. *Observações Gerais. A) Problemas de forma e problemas de consentimento.*

Importa notar que os problemas tratados na lei e pelos tribunais como problemas de *forma* da convenção de arbitragem entrecruzam-se com problemas de consentimento quanto à dita convenção. (BOISSÉRON-JUGLART, pág. 68) Teoricamente, a distinção faz-se conforme a questão incide sobre a forma que legalmente deve revestir uma convenção indiscutivelmente existente ou incide sobre a própria existência da convenção. O primeiro cruzamento aparece quando se trata de saber se a exigência legal de certa forma impede a prova da existência da convenção. A dificuldade específica surge, porém, quando se trata de referências a cláusulas contidas noutros documentos.

Se no caso concreto a convenção de arbitragem figura no próprio contrato principal (no sentido que atribuo a esta expressão) o problema é apenas de forma; o mesmo sucede quando apenas se discute a forma da convenção para a qual o contrato principal remete. Já assim não sucede, porém (ou pelo menos não sucede necessariamente), se a questão surgida respeitar à relação entre o contrato principal e um instrumento ao qual esse se refere e porventura outros, em referências sucessivas. O aspecto da *forma* ressalva a existência do consentimento, porque sem as ligações formalmente necessárias entre os vários instrumentos, o consentimento não poderá ser admitido (como válido), mas não esgota os problemas relativos a tal existência, porque pode ser determinado por qualquer

meio de prova que entre os vários instrumentos não existe a ligação indispensável para existência de uma convenção arbitral inserta no contrato principal.

11. *Idem. B) Inserção das cláusulas gerais nos contratos singulares.*

11. O art. 4.º do DL n.º 446/85 determina: «As cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação, com observância do disposto neste capítulo».

A frase final está colocada de maneira que torna o entendimento do texto algo difícil; não se percebe bem se «a observância do disposto neste capítulo» se reporta à inclusão, aos efeitos ou à aceitação. Parece, contudo verdade, que as cláusulas gerais só se inserem nos contratos singulares se for observado o disposto nesse capítulo.

«Neste capítulo» e não «neste diploma». Ficam, portanto, fora do conteúdo do contrato singular as cláusulas excluídas por força do art. 8.º. Quanto às cláusulas nulas por força do disposto noutros capítulos, na técnica do diploma parece que se inserem no contrato singular e depois (se assim pode dizer-se) são nulas.

Suscita-se aqui uma questão de terminologia. Depois da inserção das cláusulas gerais — o que vem afinal a suceder logo que o contrato nasce como tal — o conteúdo concreto do contrato singular fica (pelo que respeita a estipulações das partes, pois há que contar também com o conteúdo legal) composto pelas cláusulas gerais e pelas cláusulas particulares. Não há, pois, rigorosamente, um contrato ou convenção principal e um documento ao qual aquele se refira ou que ele incorpore.

A distinção entre o contrato principal e as cláusulas gerais só tem, pois, cabimento como descrição do processo de formação do contrato, tal como globalmente ele vem a ser composto. Parece-me que também só por esta maneira devem ser entendidos os textos legais estrangeiros acima referidos e passos

semelhantes dos livros doutrinários. Por outro lado e como se verá, esta observação concorre para esclarecer a distinção entre referência e incorporação, acima mencionada.

A convenção de arbitragem constante de cláusulas gerais é escrita, pois dificilmente se concebem cláusulas *gerais* orais. Nada impede, porém, que num contrato celebrado oralmente sejam inseridas cláusulas gerais escritas; hipótese ainda mais provável é a de proposta escrita de contrato completo — cláusulas particulares e cláusulas gerais — e aceitação verbal. Em meu entender, o facto de parte do conteúdo do contrato não revestir forma escrita ou o facto de faltar tal forma numa das declarações negociais leva a considerar o contrato totalmente celebrado pela forma mais simples.

Pelo que respeita à convenção de arbitragem, constante dessas cláusulas gerais, embora o restante contrato possa ser válido, não pode nesses casos ser considerada respeitada a exigência de forma escrita. Não estamos perante uma hipótese configurada pelo DL n.º 446/85 como de exclusão de cláusula e também não perante uma hipótese de nulidade prescrita pelo mesmo diploma. A nulidade é provocada pela violação do disposto no art. 2.º, n.º 1, do D.L. n.º 243/84.

A inclusão ocorre «pela aceitação». Em bom rigor, não pode haver «inclusão» de cláusulas — convenção de arbitragem ou outra — num contrato, sem que haja contrato e não existe contrato sem haver aceitação. Afigura-se, porém, que o art. 4.º visa especialmente a aceitação das cláusulas contratuais gerais, mas isso não significa a necessidade ou possibilidade de aceitação *autónoma* das cláusulas gerais. O artigo tem um efeito geral, mas cobre uma gama de hipóteses, quanto à extensão das cláusulas gerais relativamente às condições particulares, nomeadamente aquela em que se verifica total e exclusiva adesão às cláusulas gerais. Em todas elas, o contrato só está concluído desde que tenham sido aceites condições particulares e condições gerais. Enquanto isso não suceder, mantém-se um processo de formação do contrato, mas este ainda não existe, ou, reflexamente, se o contrato tiver que se considerar concluído antes de as condições gerais serem propostas ou aceites, estas

cláusulas não fazem parte do conteúdo do contrato, sem prejuízo de mais tarde virem a ser-lhes aditadas por um novo acordo complementar.

Nada diz o artigo sobre os modos de aceitação, quanto à parte do contrato constituída por condições gerais. Terão, portanto, de ser aplicados os modos gerais de aceitação, tal como disposto no Código Civil, mas não vou investigar se tais modos, dispostos para a hipótese clássica de aceitação de proposta contratual completa e individual, necessitam de alguma adaptação quando parte do conteúdo do contrato esteja pré-formado.

Apenas me interessa agora saber se, relativamente à convenção de arbitragem, existem regras especiais de aceitação e até de proposta.

Deixando o caso extremo — embora corrente — de adesão total a cláusulas gerais, a inclusão de cláusulas gerais em contratos singulares opera-se por meio de *referência*; normalmente, logo no início do contrato declara-se que este é composto pelas cláusulas ou condições particulares e pelas condições gerais.

Já acima vimos as dificuldades causadas pela *referência*, em leis internas e convenções internacionais. Vou apreciá-las perante os nossos diplomas legais.

12. *Forma da convenção de arbitragem, conforme o art. 2.º do DL n.º 243/84. O «escrito».*

12. Em Portugal, o art. 2.º do DL n.º 243/84, de 17 de Julho é epigrafado «Forma», palavra que isoladamente não indica a matéria a que a forma se aplica, mas que pela leitura do artigo se vê ser «forma de convenção de arbitragem».

Na realidade, da *forma* apenas se ocupa a primeira oração do art. 2.º n.º 1, pois o resto desse número e os n.ºs 2 e 3 respeitam mais ao conteúdo da convenção.

A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, assinado pelas partes. Depois de todos os problemas que acima se viu terem surgido, perante leis estrangeiras e convenções

internacionais, é lamentável que o legislador português se tenha limitado àquelas poucas palavras.

Falando em «convenção de arbitragem», o art. 2.º abrange tanto a modalidade «cláusula compromissória» como a modalidade «compromisso», uma vez que o art. 1.º, n.º 1, diz que «Todo o litígio, actual ou eventual relacionado com a jurisdição interna que não incida sobre direitos indisponíveis pode ser objecto de convenção de arbitragem» (actual — compromisso; eventual — cláusula compromissória).

«Reduzida a escrito». «Escrito» é neste caso um substantivo, pois se lhe apõe um adjectivo — *assinado* pelas partes. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a *um* escrito. Parece assim condenada a convenção celebrada por troca de cartas (*dois* escritos).

A dificuldade é removível por meio de recurso à analogia, pois as razões do preceito são igualmente satisfeitas por escritos separados, cada um deles assinado por uma das partes e necessariamente comunicado à outra. Cada um dos dois escritos tanto poderá ser redigido sob forma de carta, como de anexo a uma carta, como expedido sem nada mais. É manifesto que os conteúdos dos dois escritos devem coincidir integralmente para haver convenção, podendo essa coincidência resultar da reprodução do texto da convenção ou da declaração incondicionada de aceitação de proposta de convenção.

O texto deste artigo exclui, porém, a troca de cartas, no sentido da segunda alternativa do art. II (2) da Convenção NY, visto esta alternativa dispensar a assinatura pelas partes.

O escrito donde consta a convenção de arbitragem não é necessariamente aquele onde estão consignadas outras cláusulas do contrato. Se as partes, depois de celebrado um contrato por escrito, estipularem, noutro escrito, uma cláusula compromissória para os litígios resultantes daquele contrato, esta é válida e possivelmente deverá considerar-se integrada no conteúdo geral desta.

A forma — legal, voluntária, ad hoc — do contrato não altera os requisitos formais da convenção de arbitragem, pois estes derivam do preceito especial do art. 2.º, n.º 1. Assim, é

válida uma convenção de arbitragem celebrada por escrito e reportada a litígios derivados de um contrato oral. Pelo princípio da autonomia da convenção arbitral — do qual agora não trato — a forma escrita privada da convenção de arbitragem é bastante, embora o contrato vítima dos litígios previstos, seja celebrado — ou o deva ser — por escritura pública ou outra forma solene, como a judicial.

13. *Natureza da forma exigida.*

13. «Reduzida a escrito». Nem «por escrito», nem «celebrada ou feita por escrito», nem «provada por escrito»: «reduzida a escrito».

Os termos como hoje entre nós se coloca a distinção entre formalidades *ad substantiam e ad probationem* retira-lhe a maior parte do interesse prático. O art. 364.º, n.º 2, Cód. Civil só permite a substituição do documento quando se verifique um rigoroso conjunto de circunstâncias: a) resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração; b) confissão expressa, judicial ou extrajudicial; c) no caso de confissão expressa extrajudicial, constar ela de documento de igual ou superior valor probatório.

A expressão «reduzida a escrito» é equívoca; dela não «resulta claramente» que o escrito é exigido *apenas* para fins probatórios. A sua falta importa, pois, nulidade da convenção e o escrito não pode ser substituído por qualquer outro meio de prova (art. 364.º, n.º 1).

Apesar disso, parece-me que a expressão usada pelo art. 2.º, n.º 1 do DL pode ser interessante para alguns efeitos.

Começo por voltar ao reduzido alcance da substituição de documento por confissão permitida pelo art. 364.º, n.º 2. A confissão extrajudicial deve constar de documento de igual ou superior valor probatório, documento da espécie validante do negócio, se tivesse sido inicialmente utilizada. Como a confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto (art. 352.º Cod. Civil), o segundo documento não contém

o negócio mas apenas o reconhecimento da realidade de um negócio anterior.

Ora, a frase «reduzida a escrito» permite alcançar um efeito contrário a este. Se se entender que a convenção deve estar *reduzida a escrito* no momento em que nela se pretende fundar a constituição de um tribunal arbitral, não é essencial que ela nasça revestida da forma escrita, podendo adquiri-la posteriormente, ficando — ao contrário do que ficou visto com a confissão — o efeito da reprodução a escrito, conforme as circunstâncias em que ocorrer, ou reportado à data da reprodução ou à data da convenção oral. Adiante se verão duas aplicações desta ideia.

14. *Assinatura das partes.*

14. «Assinado pelas partes». Saber quando o escrito se considera assinado pela parte ou em que consiste a assinatura decide-se perante o art. 373.º do Código Civil. Deixando a assinatura a rogo, que pouco interessará para este caso, a assinatura é aposta normalmente pelo autor do documento. A assinatura — nesse estrito sentido — só pode ser substituída por reprodução mecânica nos títulos emitidos em grande número ou nos demais casos em que o uso o admita. Nesta segunda hipótese podem incluir-se condições gerais de contratos, dependendo do uso existente.

A reprodução mecânica respeita à assinatura; é esta que deve ser reproduzida, por exemplo por carimbo ou impressão tipográfica. Não constitui assinatura o nome de uma pessoa escrito normalmente com simples intenção indicativa ou dactilografado ou impresso.

As dificuldades causadas pela exigência de assinatura das partes no respeitante a convenções estipuladas por telegrama e telex não impressionaram o legislador português, que omitiu estas formas de comunicação. Nem uma nem outra comportam assinatura, no sentido acima referido. O expediente de considerar o telegrama assinado quando o impresso entregue ao ser-

vigo telegráfico tenha sido assinado pelo expedidor é muito duvidoso, pois a assinatura não é transmitida. Sujeita à admissão da interpretação acima proposta para a redução a escrito, é válida a convenção de arbitragem escrita no papel de telegrama ou de telex, desde que este papel venha a ser assinado pelas duas partes.

15. *Documentos de confirmação do negócio.*

15. A confirmação do negócio tem a natureza de negócio reprodutivo, na parte em que o seu conteúdo coincida com o conteúdo já acordado verbalmente entre as partes (sentido, portanto, diverso do da confirmação de negócios inválidos — art. 288.º Cod. Civil — embora, como adiante se verá, os dois sentidos se entrecruzem). Na verdade, só pode, por definição, haver negócio confirmativo desde que anteriormente haja um negócio *concluído* com outra forma, mas é compreensível que, na forma oral, o negócio se limite à definição de alguns elementos essenciais, sem o estendal de cláusulas que virá a assumir na posterior forma escrita. Assim, parte do conteúdo definitivo do negócio só virá a constar da «confirmação», por vezes até na modalidade de cláusulas gerais.

Pelo que respeita à cláusula compromissória, a lógica e a experiência indicam ser pouco natural o seu aparecimento logo no negócio oral.

Tendo em conta esta distinção, a hipótese de *adição*, no negócio dito confirmativo, da cláusula compromissória reconduz-se às hipóteses de estipulação originária da cláusula.

A hipótese de verdadeiro negócio reprodutivo — o contrato verbal já continha a cláusula compromissória — suscita um problema de teoria geral: a validade da *reprodução* escrita de uma cláusula nula por ter sido estipulada verbalmente. A solução final deste problema não pode deixar de ser a validade da cláusula na sua (segunda) forma escrita, nem que para isso tenhamos de reconhecer que nesse caso não há verdadeira *con-*

firmação, mas sim *adição*, isto é, que afinal voltamos a estar perante a primeira hipótese.

A letra do art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 243/84 mostra que a convenção de arbitragem, depois de reduzida a escrito, é válida. Afigura-se-me que tal letra torna dispensável o problema acima tratado, pois um preceito legal pode excepcionalmente permitir a verdadeira confirmação da cláusula nula por falta de forma.

O regime estabelecido para o escrito, quanto a assinaturas das partes, é aplicável tanto quanto a convenção de arbitragem é logo celebrado por escrito, como quando a forma escrita só aparece em «confirmação», no sentido acima referido.

16. Alterações de convenção de arbitragem e alterações do contrato.

16. Numerosas questões podem ser colocadas quando é alterada uma convenção de arbitragem (sem, no entanto, ser alterada a modalidade, passando de cláusula compromissória a compromisso). Uma respeitam ao conteúdo da alteração (ou cláusula alterada) e que por isso não nos interessam agora; outras são relativas aos problemas de forma iguais aos que podem surgir com a redacção originária de qualquer convenção de arbitragem e que, portanto, não preciso de repetir aqui.

Em linha geral, deve dizer-se que as prescrições de forma aplicam-se tanto a uma convenção de arbitragem inserta num contrato como aos instrumentos pelos quais essa convenção for alterada.

Hipótese diferente é a de um contrato, onde figura uma convenção de arbitragem, ser alterado, nada se dizendo sobre arbitragem no documento de alteração do contrato.

Desde que se parta do princípio de que realmente se trata de alteração do contrato (e não de um *novo* contrato), os litígios que surjam relativamente às cláusulas alteradas estão sob o alcance da convenção de arbitragem (RUSSEL, pág. 49, duvidoso).

O litígio pode, porém, surgir sobre o próprio facto da alteração. Afigura-se que, embora o documento de alteração não contenha convenção de arbitragem, a convenção constante do primitivo contrato abrange todos os litígios em que se discuta se esse contrato foi ou não posteriormente alterado, género esse de questões a que parece serem reconduzíveis todas as que se suscitarem quanto à validade e efeitos do acto alterador.

17. *Referências a documentos onde figura um regulamento de arbitragem ou uma convenção de arbitragem.*

17. Os n.º 2 e 3 do art. 2.º do DL n.º 446/85 prevêem referências feitas em convenções de arbitragem. Relacionam-se com a forma da convenção de arbitragem apenas por mostrarem que o conteúdo da convenção pode estar distribuído, nesse caso, formalmente por dois documentos, a convenção propriamente dita e um regulamento de arbitragem.

Trata-se de regulamentos normalmente de arbitragens institucionalizadas, especializadas ou não, sobre os quais não é ocasião de falar. Enquanto não houver arbitragens institucionalizadas portuguesas, lembro as frequentes remissões para o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e aqueles muitos casos em que os contraentes portugueses se sujeitam a Regulamentos estrangeiros em negócios relativos a certas mercadorias. Como exemplos de arbitragens institucionalizadas não especializadas, lembro os negócios com países de Leste, onde quase sempre uma cláusula compromissória remete para a arbitragem segundo as regras da Câmara de Comércio dalgum desses países.

Noto, por curiosidade, a dificuldade de descobrir diferenças substanciais entre os mencionados n.º 2 e 3. O resultado final de um e de outro é semelhante: inclusão (igual a ser considerado como parte integrante) do regulamento na convenção. O pressuposto no n.º 2 é «ser na convenção de arbitragem feita referência a um determinado regulamento de arbitragem» e n.º 3, «a convenção arbitral» (aqui flecte a terminologia: «arbitral» em vez de «arbitragem») «remeter a disciplina do

litígio para certo regulamento de arbitragem». Parece que a *remissão* já está contida na *referência*. Há mistério, mas talvez não haja prejuízo para ninguém.

O n.º 2 do art. 2.º (e o n.º 3, se tiver algum significado útil) ocupa-se de hipóteses em que o conteúdo de uma convenção de arbitragem é *completado* por meio de referência ou remissão para um regulamento de arbitragem institucionalizada. Diferentes são as hipóteses em que a (eventual) ligação entre o contrato principal e as cláusulas gerais está feita de tal modo que se duvida se a cláusula de arbitragem estabelecida nas cláusulas gerais, constitui ou completa a convenção de arbitragem do contrato. Pode, portanto, estar em causa a própria existência de convenção de arbitragem, por esta figurar num documento que não é o contrato originador do litígio ou, para não adiantar soluções, no corpo principal desse contrato.

Na doutrina estrangeira costumam aparecer como distintas as hipóteses de convenção de arbitragem *incorporada* no contrato e de convenção de arbitragem *referida* no contrato. Talvez nalguns casos caiba melhor uma ou outra das qualificações, mas em princípio, a distinção parece arbitrária. Prefiro, pois, analisar o quadro das hipóteses possíveis sem antecipada vinculação àquela distinção.

Procurando seriar as hipóteses possíveis, deparamos *primeiro* a de um contrato ser desprovido de convenção de arbitragem e bem assim de qualquer referência a outro contrato ou documento onde conste uma convenção de arbitragem. Manifestamente, em tal caso e pretensão de uma das partes consistirá em fazer aplicar a esse contrato uma convenção de arbitragem estipulada noutro contrato entre as mesmas partes (supondo que nenhuma questão de validade formal surge quanto à convenção, relativamente ao contrato onde está incorporada) quer estipulada directamente quer por meio de cláusulas gerais.

Tal pretensão é inviável, logo à primeira vista, quando se trate de contrato esporádico ou de natureza diferente entre as duas partes ou não haja uniformidade das próprias convenções de arbitragem. As hipóteses práticas mostram, porém, séries

de contratos de natureza e conteúdos idênticos, contendo a convenção de arbitragem, e depois um desprovido dela. Por exemplo, no caso James Allen (Ireland) Ltd/Marca Producten B.V., julgado pelo Tribunal de Recurso de Haia, 17/2/84 (YB, X, págs. 485), discutia-se a aplicação a outro contrato, que não continha tal cláusula, de uma convenção de arbitragem, segundo o regulamento da Grain and Feed Trade Association (GAFTA), estipulada em 25 outros contratos semelhantes entre as mesmas partes. Reportando-se ao art. II (2) da Convenção NY 1958, o Tribunal holandês decidiu que esse uso contínuo não pode ser invocado perante a exigência de «acordo escrito».

A mesma solução deve ser adoptada no direito português. Por um lado, o uso das partes, em si mesmo, não é uma convenção de arbitragem «reduzida a escrito». Por outro lado, cada convenção de arbitragem tem o seu âmbito limitado a certos litígios, que se definem pelo contrato a que a convenção se reporta. Uma vontade implícita, deduzida da série de convenções estipuladas entre as mesmas partes, está também condenada, por ser implícita.

A *segunda* hipótese consiste em certo contrato, desprovido de convenção de arbitragem, fazer referências ou remissões para outro contrato, provido de tal convenção, mas não expressamente para esta.

O problema básico é a extensão de referência, remissão ou incorporação, problema, portanto, de determinação da vontade das partes. Se a conclusão for no sentido de que nem todo o anterior contrato é abrangido no posterior e que a convenção de arbitragem figura na parte não incorporada, retor-namos à primeira hipótese acima considerada; no caso contrário, estamos perante a terceira hipótese, a seguir considerada.

Em *terceiro* lugar, figuro a hipótese de uma convenção de arbitragem ser estipulada por meio de total referência a outra convenção de arbitragem contida noutro contrato, como por ex.: «SOLUÇÃO DE LITÍGIOS: Como no contrato de...» Considero a cláusula válida; ela própria é estipulada por escrito e remete para uma convenção, também escrita.

Por maioria de razão, o mesmo se concluirá quando a remissão for parcial.

Afigura-se-me que nesta hipótese a cláusula é válida — ressalvadas eventuais questões de anulabilidade por erro — mesmo que o contrato onde figura a convenção de arbitragem incorporada tenha sido celebrado entre partes total ou parcialmente diferentes.

Em abono das soluções adoptadas pode ser invocado o n.º 2 (e 3) do art. 2.º do DL n.º 243/84. Admitida por lei a referência ou remissão para um determinado regulamento de arbitragem, verifica-se que a convenção de arbitragem pode, no texto do contrato, deixar de ser completa. Se ela vem a ser completada por meio de um regulamento de arbitragem especializada (aliás, a remissão do primeiro contrato, pode levar, em segunda mão, à remissão para um regulamento de arbitragem se tal for o conteúdo de convenção referenciada) ou por uma estipulação específica de arbitragem *ad hoc*, é irrelevante.

A quarta hipótese consiste em o contrato referir ou incorporar cláusulas contratuais gerais, entre as quais figura uma convenção de arbitragem.

Uma dúvida inicial consiste em saber se, no nosso actual sistema, é legal a estipulação de convenção arbitral por meio dessa referência. Não pode ser agora invocada a analogia com o disposto no art. 2.º n.ºs 2 e 3, porque são diferentes as situações de preenchimento de lacunas da convenção de arbitragem indiscutivelmente estipulada no contrato principal e a própria estipulação desta cláusula.

Vimos acima as dificuldades com que a jurisprudência de vários países tem lutado nos casos em que o litígio começa por incidir sobre a própria convenção de arbitragem estipulada por incorporação ou referência a cláusulas gerais. A doutrina, procurando determinar um critério geral diz que a questão consiste em poder-se estar seguro de que uma parte está consciente de que está a dar o seu acordo à arbitragem; para determinar quando este propósito deve considerar-se satisfeito, o *test* poderá ser se a referência pode ser verificada por uma

parte razoavelmente diligente «(exercising reasonable care»; VAN DEN BERG, págs. 210; YB, X, págs. 360).

Note-se que o art. 2.º da LU Strasbourg, acima citado, já não fala em referência (como ainda faz o novo art. 1443.º C.P.C. francês), mas sim em «document qui engage les parties». E na M.L. UNCITRAL art. 7.º (2), a qualificação da referência é sinteticamente indicada: «and the reference is such as to make that clause part of the contract».

Em meu entender, o problema não é diverso do que pode surgir quanto à inserção de qualquer outra das cláusulas gerais. Trata-se, quanto à convenção de arbitragem ou outra cláusula geral, de saber se ela foi proposta e aceite ou, por outras palavras, se a vontade das partes incidiu sobre tal convenção ou cláusula.

O DL n.º 243/84 é omissivo sobre esse ponto. Designadamente, se ele se inspirou no art. 2.º L.U. Strasbourg (e avento esta hipótese por este me parecer o texto estrangeiro mais próximo do nosso; veja-se, por exemplo, que o n.º 2 do nosso art. 2.º coincide com o n.º 2.º do art. 2.º da L.U.) há uma diferença importante. Enquanto o texto da L.U. fala em «écrit signé des parties OU d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage», o texto português eliminou a menção de outros documentos e ligou a vontade de recurso à arbitragem ao escrito assinado pelas partes.

Parece-me isto, contudo, pouco para se concluir que o art. 2.º, n.º 1, impede a estipulação da convenção de arbitragem por meio de referência. Afigura-se-nos até, que deixou mais livre o campo para a referência, pois não estabelece qualquer condicionamento específico.

A lei portuguesa não estabelece qualquer requisito especial para a inserção da convenção de arbitragem; nomeadamente não adoptou o sistema italiano da dupla assinatura.

Em contra-partida, adoptou quanto às cláusulas gerais cauteladas que concorrem para ser conseguido aquele *test* proposto pela doutrina internacional.

18. *Deveres de comunicação e de informação, quanto a convenções de arbitragem constantes de cláusulas contratuais gerais.*

18. Determina o art. 5.º, n.º 1 do DL n.º 446/85, que as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las e, por força do n.º 2, a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência. Além disso, o art. 6.º estabelece que o contraente determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos neles compreendidos cuja aclaração se justifique e (n.º 2) devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.

Os efeitos da falta de comunicação nos termos no n.º 5 e da comunicação com violação do dever de informações, de modo que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo, estão fixados no art. 8.º: essas cláusulas consideram-se excluídas dos contratos singulares. Se bem compreendo este artigo, ele significa que as cláusulas contempladas nas suas quatro alíneas não chegam a fazer parte do conteúdo dos contratos singulares, por impedimento legal. Tais cláusulas não são nulas, nem antes nem depois de integradas no conteúdo dos contratos singulares (nem algumas das hipóteses seriam enquadráveis na figura da nulidade); simplesmente, não chegam a inserir-se no contrato. Talvez a linguagem usada nos arts. 8.º e 9.º não exprima claramente esta construção jurídica, mas apesar disso, parece-me a mais curial.

Uma convenção de arbitragem constante de cláusulas gerais só será inserida no contrato se os requisitos dos arts. 5.º e 6.º forem observados.

Desta maneira, o contraente que use de comum diligência recebe do outro contraente, por iniciativa de um ou outro, as informações que lhe permitem o conhecimento completo e efec-

tivo da convenção de arbitragem e a subsequente formação da sua vontade de a aceitar. Quando assim não aconteça, apesar da vontade manifestada, a convenção não se insere no contrato.

Pelo ângulo da informação-exclusão consegue-se, pois, o resultado pretendido com as discutidas qualificações da referência-incorporação.

Os deveres de comunicação e informação criados pelos arts. 5.º e 6.º do DL n.º 446/75 devem ser também observados quando a convenção de arbitragem constante de cláusulas contratuais gerais remeta para algum Regulamento de Arbitragem.

Por um lado, pode dizer-se que as cláusulas contratuais gerais são comunicadas *na íntegra* aos aderentes se o seu texto, onde está contida remissão para o regulamento de arbitragem (ou qualquer outra remissão) forem comunicadas tal como estão redigidas. Por outro lado, dir-se-á, que, no caso da cláusula compromissória, a intenção do art. 5.º é a apresentação ao aderente *de tudo* quanto este necessite saber para poder determinar-se sobre a aceitação da cláusula (ou, quanto a remissões em geral, para ter conhecimento completo e efectivo da proposta formulada). Neste segundo sentido, acrescentar-se-á que o uso indiscriminado de remissões forçará o aderente a buscas e consultas, muitas vezes fora do seu alcance ou demoradas e onerosas.

Limitando-me à questão da cláusula compromissória, afigura-se-me que o problema não pode ser solucionado no âmbito do art. 5.º, mas deve ser situado no campo do art. 6.º.

Admito que a comunicação na íntegra, exigida pelo art. 5.º, é satisfeita se o texto total das condições gerais foi comunicado sem transcrição das regras ou regulamentos de arbitragem para os quais haja remissões. Já, porém, o dever de informar — art. 6.º — pode existir, «de acordo com as circunstâncias».

Suponho que a remissão para um diploma legal português regulador da arbitragem não justifica a clarificação e informação e bem assim que não seriam razoáveis pedidos de esclareci-

mento a tal respeito. Daí para diante, aceito que *em princípio* a cláusula compromissória pode cair sob a alçada do art. 6.º, mas que a efectiva sujeição a este preceito depende das circunstâncias do caso. A título meramente exemplificativo, não parecem justificadas informações nem razoáveis pedidos de esclarecimento quando a remissão é feita para um Regulamento de arbitragem especializada em função do negócio normal do aderente; justificadas seriam as informações e razoáveis os pedidos de esclarecimento se a remissão fosse para um Regulamento institucional não especializado e normalmente afastado da prática do aderente. Igualmente tendo a afastar o dever de informação quando o aderente conheça efectivamente o Regulamento por já ter sido parte em litígios a ele submetidos.

19. *Referências sucessivas.*

19. Nem todas as referências se limitam a um primeiro grau; algumas dilatam-se por dois ou mais. Tal como no primeiro grau, pode ainda suceder que as referências tenham por objecto a própria existência da convenção de arbitragem ou apenas o preenchimento de parte desta.

Tomando à letra o disposto no art. 2.º, n.º 2 (e duvidoso n.º 3) do DL n.º 243/84, dir-se-ia que só releva a referência de primeiro grau quanto ao preenchimento da cláusula. «Se na *convenção de arbitragem* for feita referência a um determinado regulamento de arbitragem, etc.) donde se concluiria que, por maioria de razão, também só relevaria a referência de primeiro grau, quanto à própria existência da convenção. Afigura-se-me que, em princípio, a admissão da referência em primeiro grau não exclui intencionalmente as referências de graus ulteriores, mas que será preciso verificar se o distanciamento das referências ou outras circunstâncias não forçam a reconhecer que o consentimento das partes não cobre a distância existente até à convenção de arbitragem ou seu preenchimento. Assim, por exemplo, no caso julgado pelo Tribunal de Recurso de Rouen, 15/12/72 (BOISSERON-JUGLART, págs. 69: um contrato entre

contraentes franceses e filipinos mandava aplicar um contrato-tipo da General Produce Brokers Association of London, o qual por sua vez remetia para um regulamento de arbitragem, não transcrito) não me parece certa a decisão no sentido de que a vontade das partes não estava claramente expressa.

20. *Consequências da exclusão de convenção de arbitragem proposta em cláusulas contratuais gerais.*

Quando uma cláusula compromissória for excluída por força do art. 8.º, o contrato singular mantém-se, como determina o art. 9.º, n.º 1, mas tecnicamente não haverá que aplicar regras legais supletivas nem que recorrer às regras de integração do negócio jurídico. Excluída a cláusula compromissória, a competência para os litígios relativos ao contrato pertence — como regra não supletiva — aos tribunais estaduais.

Idêntica observação faço quanto à subsistência dos contratos singulares prevista no art. 13.º, n.º 2, para a nulidade de cláusula geral, nos termos do art. 12.º.

21. *Inalegabilidade do vício de forma.*

21. Vimos acima o tratamento dado por jurisprudência estrangeira, no âmbito da Convenção NY 1958, ao eventual «estoppel» da alegação do vício de forma da convenção de arbitragem, em hipóteses de participação dos dois interessados no processo arbitral, sem prévia alegação de tal vício.

Se atendermos apenas ao disposto no art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 243/84, devemos decidir que o vício existe porque pelo menos uma das partes não manifestou por escrito a vontade de submissão à arbitragem, e que tal vício pode ser alegado, pois o preceito não contempla a sanção do vício pela participação no processo nem substitui esta à forma escrita da convenção.

Não ponho, contudo, de parte a possibilidade de a conduta das duas partes na constituição e funcionamento do tribunal

arbitral ter englobado peças escritas que possam ser qualificadas como compromisso arbitral; nesse caso, não haverá que atender à cláusula compromissória nula, mas apenas ao compromisso escrito e válido.

Por outro lado, importa saber se entre nós a inalegabilidade do vício de forma pode ser determinada pela boa fé, como para a Convenção NY 1958 propõe VAN DEN BERG.

O conflito entre a rigidez dos requisitos legais de forma e os ditames de boa fé não tem passado despercebido à nossa doutrina (resumo em MOTA PINTO, «Teoria Geral do Direito Civil», págs. 347 e segs.; desenvolvidamente, MENESES CORDEIRO, «Da boa fé no direito civil», págs. 771 e segs.).

Olhando o nosso problema pelo lado da inalegabilidade do vício de forma de convenção (não excluo que nalgum caso ele seja melhor encarado pelo ângulo do *venire contra factum proprium*) e observando que neste lugar não é possível discutir em pormenor e no campo da teoria geral questões tão delicadas, começo por concordar com MENESES CORDEIRO, quando este afirma que a aplicação dos arts. 220.º e 286.º do Código Civil, bem como de todos aqueles que para certos actos jurídicos prescrevem formas legais não pode ser bloqueada. Daí para diante e sem discutir as ideias expostas por aquele autor, observo que estas não têm possibilidade de aplicação à falta de forma da convenção de arbitragem.

Na verdade, da nulidade da convenção de arbitragem, não resulta uma situação subjacente de que uma das partes pretenda tirar proveito em contradição com a boa fé. A parte que, apesar da nulidade da convenção, pretenda fundar-se nela para excluir a competência do tribunal estadual, ou depara a incompetência do tribunal arbitral, declarada por este, ou verá a decisão dele anulada por força do art. 31.º do DL n.º 243/84.

Na posição contrária, aquela parte que, antes ou depois de iniciado o processo arbitral, invoca a nulidade da convenção de arbitragem, pretende aproveitar uma situação subjacente, mas que lhe é imposta por lei, ou seja, pelas regras de competência do tribunal estadual, que só podem ser afastadas por uma *válida* convenção de arbitragem.

Vejam, porém, se o DL n.º 243/84 nos fornece elementos seguros quanto à alegação do vício de forma por litigante interviniente no processo arbitral.

O art. 31.º do DL n.º 243/84 permite que a decisão arbitral seja anulada, perante o tribunal judicial, por ser nula a convenção de arbitragem — n.º 1, alínea a). Um vício determinante da referida nulidade é a falta de forma legal. Assim, e em princípio, a anulação da decisão judicial pode ocorrer quando a nulidade não tiver sido arguida perante o tribunal arbitral ou quando este não a tenha declarado *ex officio* ou a requerimento de uma parte.

Há, contudo, que ponderar o disposto no n.º 2 do mesmo artigo. Em primeiro lugar a nulidade da convenção de arbitragem não pode ser alegada pela parte que dela teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, a não invocou no momento oportuno. O preceito é estreitamente inspirado no art. 26.º, n.º 4, da LU de Strasbourg, segundo o qual «Ne sont pas retenus comme cause d'annulation de la sentence les cas prévus au paragraphe 2, alinéas (c) et (f), lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoqués».

Tanto o preceito português como o da LU falam em conhecimento no decurso da arbitragem ou processo arbitral, o que — quanto à nulidade da convenção de arbitragem — é difícil de compreender.

No respeitante ao conhecimento da nulidade antes do decurso do processo, é incompreensível que seja irrelevante. Talvez assim não fosse, no caso de haver, antes do início do processo arbitral, alguma possibilidade de o demandado deduzir oposição a tal início, com fundamento na nulidade, mas tal não acontece no nosso actual direito, pois o art. 16.º, n.º 1, na sua bizarra redacção, declara que «a instância arbitral inicia-se com a entrada na secretaria do tribunal da petição do requerimento inicial».

Ainda no decurso do processo arbitral deve a nulidade ter sido invocada. O preceito da LU diz apenas *alors*, sem precisar

qualquer momento desse processo, o nosso preceito diz «no momento oportuno». o que não constitui precisão, mas pressuposição de, no processo, haver um momento oportuno para o efeito.

A letra do citado n.º 2 não impede que a nulidade seja invocada como fundamento da anulação, se o conhecimento daquela for posterior ao termo do processo.

Assim, temos lei especial a regular a questão da inalegabilidade do vício de forma, por causa do procedimento do alegante durante o processo arbitral.

De passagem, noto a difícil conciliação entre os arts. 31.º, n.º 1, al. d) e 23.º, n.º 3, 2.ª parte do DL n.º 243/84.

A primeira parte do art. 23.º, n.º 3, provém do art. 18.º, n.º 3, LU Strasbourg: «La decision por laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent, ne peut être attaquée devant l'autorité judiciaire qu'en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie». A segunda parte não tem correspondência na LU.

Se a palavra «recurso», que substitui a expressão francesa «être attaqué», for entendida em sentido técnico, a segunda parte do art. 23.º, n.º 3 está em conflito com o art. 31.º, n.º 1, al. d), porque este não prevê um recurso mas sim uma anulação. O assunto só pode, contudo, ser melhor esclarecido, quando especificamente se estudem os meios de impugnação das decisões arbitrais.

22. *Convenções de arbitragem contrárias à boa fé.*

22. O art. 16.º do DL n.º 446/85 determina que são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé e o art. 17.º concretiza esse princípio, formulando critérios para a sua aplicação.

Pode haver convenções de arbitragem cujo conteúdo seja em parte contrário à boa fé.

O DL n.º 243/84 estabelece algumas regras que, só por si, garantem a boa fé, nos principais aspectos da arbitragem, de

modo que a convenção violadora de tais regras será nula por esse facto, sem necessidade de recurso ao citado art. 16.º. Destaco: art. 3.º, 1. O tribunal arbitral deve assegurar às partes iguais condições de defesa dos seus direitos. 2. O tribunal garantirá, em todas as fases do processo, a estreita observância do princípio do contraditório; art. 4.º: É nula a convenção de arbitragem que confira a uma das partes qualquer situação de prestígio relativamente à designação de árbitros; art. 32.º: O direito de requerer anulação de decisão dos árbitros é irrenunciável.

23. *Convenções de arbitragem e foro inconveniente.*

23. Segundo o art. 19.º do DL «São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado» — seja o que for que estas sonoras palavras signifiquem — «designadamente, as cláusulas gerais que:... g) Estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem».

O relacionamento deste preceito com as cláusulas compromissórias constantes das cláusulas gerais de contratos suscita-me duas dúvidas.

A primeira consiste em saber se «estabelecimento de um foro competente» abrange a estipulação de cláusula compromissória, de modo que relativamente ao tribunal arbitral estipulado possam ser investigados os «graves inconvenientes» do mesmo modo que o seriam quanto a uma jurisdição ordinária. Pronuncio-me no sentido de uma interpretação lata de «foro competente», pois afigura-se a expressão bastante ampla para compreender as duas hipóteses.

Observo que, na hipótese de esta interpretação extensiva não ser admitida, a cláusula compromissória causadora dos inconvenientes previstos na alínea g) poderá ainda ser relativamente proibida, visto que a enumeração feita no art. 19.º não é taxativa e a analogia imporia a mesma solução.

A segunda respeita ao próprio tribunal arbitral como foro competente que, apenas pela sua natureza, possa causar graves inconvenientes. Em teoria — quero dizer, se as vantagens atribuídas aos tribunais arbitrais correspondessem à prática — a substituição da jurisdição ordinária por um tribunal arbitral só traria vantagens às partes.

24. *Aplicação no espaço do DL n.º 446/85 e convenções de arbitragem.*

24. O art. 33.º do DL n.º 446/85 ocupa-se da sua aplicação no espaço e determina que ele se aplica aos *contratos* apontados nas suas alíneas.

Todavia, quando se trata de convenções de arbitragem, constantes de cláusulas gerais, a aplicação do DL no espaço não pode reportar-se ao contrato, antes deve reportar-se à convenção.

Não é esta a oportunidade para tratar nem da autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem nem da lei reguladora dos aspectos formais e substanciais dessa convenção. Basta notar que, segundo princípios que hoje podem considerar-se assentes, a convenção de arbitragem pode, para vários efeitos, ser separada do restante conteúdo do contrato a que um desses efeitos é a possibilidade da convenção ser regida por uma lei diferente daquela que reja o restante contrato.

Sendo assim, o art. 33.º, n.º 1 é susceptível, em princípio, de duas interpretações: ou manter rigidamente a letra — «contratos» — e, portanto, entender-se que, quando o contrato for regido pela lei portuguesa, mas a convenção de arbitragem não o for, o DL não é aplicável à convenção de arbitragem, ou entender-se que a palavra «contrato» deve ser interpretada amplamente e abrangerá não só o contrato global mas também a convenção de arbitragem quando esta se autonomize para o efeito de determinação da lei que a rege.

Como o facto relevante para a aplicação do DL é a submissão à lei portuguesa de cláusulas contratuais *gerais* e a con-

venção de arbitragem é uma delas, prefiro a segunda interpretação.

O DL n.º 446/85 aplica-se, portanto, em primeiro lugar, às convenções de arbitragem, constantes de cláusulas contratuais gerais, regidas pela lei portuguesa (alínea a)).

Em segundo lugar, aplica-se a convenção de arbitragem celebrada a partir de propostas ou solicitações feitas ao público em Portugal, quando o aderente resida habitualmente no País e nele tenha emitido a sua declaração de vontade (alínea b)).

Esta alínea b) não significa que qualquer proposta ou solicitação, onde sejam incluídas cláusulas contratuais gerais, é submetida ao DL (ressalvada a verificação dos outros requisitos). A expressão «ao público» limita o âmbito do preceito à *promessa pública*, de que trata o art. 419.º do Código Civil. Excluídas estão, portanto, as propostas individuais ou particulares de contratos.

A argumentação acima desenvolvida para solucionar vários problemas parcelares baseou-se na conjugação de disposições dos DL n.ºs 446/85 e 243/84. Quando, por força do art. 33.º do DL 446/85, este for aplicável a uma convenção de arbitragem, ainda resta saber se o DL n.º 243/84 também lhe é aplicável, para aquela argumentação se manter.

A aplicação no espaço do DL n.º 243/84 está assinalada no seu art. 1.º, pelas palavras «relacionado com a jurisdição interna» («Todo o litígio, actual ou eventual, relacionado com a legislação interna, etc.»). Não é crível que a «relação» considerada para este efeito consista simplesmente em poder ser colocada a questão de ser o litígio submetido à jurisdição interna portuguesa; isso pode suceder com inumeráveis litígios e não é factor potencialmente determinante da aplicação duma legislação. Suponho, pois, que são tidos em vista litígios que, se não fora a convenção de arbitragem, seriam julgados pelos tribunais estaduais portugueses. Isto abrange duas situações: litígios sem qualquer conexão internacional e litígios em que a jurisdição pertence a tribunais portugueses por força das regras de competência internacional do C.P.C.

Tenciono noutra oportunidade tratar da distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna. Limitando-me agora à estrita interpretação do mencionado art. 1.º, penso que ele contempla apenas a segunda das referidas hipóteses, visto que especifica jurisdição *interna* portuguesa e isso opõe-se à competência internacional dos tribunais portugueses.

Deste modo, não haverá coincidência entre os casos abrangidos pelo art. 33.º, n.º 2 do DL n.º 446/85 e a aplicação do DL n.º 243/84. Donde decorre que, quando o DL n.º 446/85 for aplicável, mas o DL n.º 243/84 não o for, a argumentação baseada em disposição deste último — a começar pela forma escrita da convenção de arbitragem — não terá cabimento. Onde ir buscar as soluções dos mesmos problemas nessas circunstâncias não me é possível agora resolver.

25. *Convenções internacionais ratificadas por Portugal.*

25. Segundo o art. 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, as normas internacionais constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

No campo da arbitragem, o Estado Português, na data em que escrevo, ratificou as seguintes Convenções (reporto-me a Convenções cujo objecto seja a arbitragem e não a convenção multilaterais com outros objectos mas que contenham cláusulas de arbitragem, como, por exemplo, a *Convention Internationale Concernant le Transport de Marchandises par Chemins de Fer*, Berne, 25 de Fevereiro de 1961, ratificada por Portugal e cujo art. 61.º estabelece que, na medida em que não possam ser resolvidos pelas partes, os litígios que tenham por objecto a interpretação ou a aplicação da Convenção, por um lado /.../ podem, a pedido das partes, ser submetidos a tribunais arbitrais cuja composição e processo constituem o objecto do Anexo X à Convenção; idem quanto à *Convention Internationale concernant le Transport des Voyageurs et des Bagages*

par Chemin de Fer) : Protocole Relatif aux Clauses d'Arbitrage (Protocole on Arbitration Clauses) — Genebra, 24 de Setembro de 1923, entrado em vigor em 28 de Julho de 1924; Convention ou pour l'Execution des Sentences Arbitrales Étrangères (Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards) — Genebra, 26 de Setembro de 1927, entrada em vigor em 25 de Julho de 1929; Règlement d'Arbitrage et de Conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un État, La Haye 1962; Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States) — Washington, 18 de Março de 1965, entrada em vigor em 14 de Outubro de 1968.

O Protocolo e a Convenção de Genebra não interessam para este efeito, pois não disciplinam a convenção de arbitragem. O Regulamento de Haia, 1962 e a Convenção de Washington 1965 nada têm a ver com cláusulas contratuais gerais.

Mais dia menos dia, Portugal ratificará alguma ou algumas das Convenções multilaterais sobre arbitragem, mas nessa altura é de esperar que o nosso direito interno sobre arbitragem tenha sido corrigido e as relações entre convenções de arbitragem e cláusulas contratuais gerais tenham sido clarificadas.

Oxalá.