

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Pelo Prof. Doutor Raúl Ventura

SUMARIO (*)

1. Definição.
2. Modalidades: compromisso e cláusula compromissória.
3. Natureza jurídica.
 - 3.1. Natureza dos direitos e vinculações resultantes da convenção de arbitragem.
 - 3.2. Convenção de arbitragem e convenções sobre jurisdição e competência dos tribunais.
4. Requisitos gerais da convenção de arbitragem.
 - 4.1. Convenção e actos unilaterais.
 - 4.2. Capacidade e legitimidade das partes.
 - 4.2.1. Regras gerais.
 - 4.2.2. Menor.

(*) Depois de o Livro IV, Título I, «Do Tribunal Arbitral Voluntário», do Código de Processo Civil, ter vigorado durante dezenas de anos, sucederam-se, no curto espaço de dois anos, dois diplomas reguladores da arbitragem voluntária: o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, e Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

O Decreto-Lei n.º 243/84 teve uma vida infeliz. Fortemente criticado quanto ao seu conteúdo, foi julgado orgánicamente inconstitucional por Acórdão do Tribunal Constitucional, de 8 de Julho de 1986.

A Lei n.º 31/86 aparece como um diploma autónomo, quando poderia ter sido integrada no Código de Processo Civil. Mas não será certamente isso que lhe empanará o futuro, do qual se espera um rejuvenescimento da arbitragem *ad hoc* e o despontar de arbitragens institucionalizadas portuguesas.

- 4.2.3. Interditos e inabilitados.
- 4.2.4. Cônjuges.
- 4.2.5. Mandatários.
- 4.2.6. Grupos de Sociedades.
- 4.2.7. Representantes de pessoas colectivas.
- 4.2.8. O Estado e outras pessoas colectivas de direito público.
- 4.3. Forma. Remissão.
- 4.4. Tempo para a celebração.
- 4.5. Arbitrabilidade do litígio.
 - 4.5.1. Considerações gerais.
 - 4.5.2. Disponibilidade dos direitos.
 - 4.5.3. Questões relativas à ordem pública.
 - 4.5.4. Acções executivas.
 - 4.5.5. Conflitos de formação.
 - 4.5.6. Corrupção e tráfico de influências.
 - 4.5.7. Litígios individuais de trabalho e outros, sujeitos à competência dos tribunais de trabalho.
 - 4.5.8. Litígios relativos a sociedades.
- 4.6. Conteúdo.
 - 4.6.1. Núcleo fundamental.
 - 4.6.2. Conteúdo facultativo previsto na lei.
 - 4.6.3. Elementos acessórios da convenção.
- 5. Requisitos especiais do compromisso.
 - 5.1. Necessidade de determinar o objecto do litígio.
 - 5.2. Modo de determinar o objecto do litígio.
 - 5.3. Modificação objectiva da instância.
 - 5.4. Pré-fixação judicial do objecto do litígio.
- 6. Requisitos especiais da cláusula compromissória.
 - 6.1. Especificação da relação jurídica a que o litígio respeita.
 - 6.2. Modos de especificação.
 - 6.3. Litígios anteriores e posteriores ao contrato.
 - 6.4. Unilaterabilidade e reciprocidade.
 - 6.5. Opção pela arbitragem.
 - 6.6. Veto da arbitragem.
 - 6.7. Não globalidade.
- 7. Interpretação.
 - 7.1. Critérios aplicáveis.
 - 7.2. Convenções ambíguas e contraditórias.
- 8. Autonomia da convenção de arbitragem.
 - 8.1. Colocação do problema e relações com a *Kompetenz-Kompetenz*.
 - 8.2. Nulidade da cláusula compromissória.
 - 8.3. Nulidade do contrato principal.
 - 8.4. Inexistência.
 - 8.5. Ineficácia.

- 8.6. Caducidade.
- 8.7. Resolução.
- 9. Efeitos.
 - 9.1. Efeito positivo.
 - 9.2. Efeito negativo.
 - 9.3. Outros efeitos.
- 10. Transmissão.
 - 10.1. Transmissão por morte ou extinção de parte.
 - 10.2. Transmissão entre vivos.
- 11. Extinção da convenção de arbitragem ou do seu efeito para o litígio.
 - 11.1. Observações gerais.
 - 11.2. Revogação.
 - 11.3. Renúncia.
 - 11.4. Elementos da convenção de arbitragem.
 - 11.5. Preenchimento da finalidade.
 - 11.6. Casos legais de caducidade, em especial o prazo para a decisão arbitral.
 - 11.6.1. Questões gerais quanto ao prazo para a decisão arbitral.
 - 11.6.2. Tratamento dessas questões nos diplomas legais portugueses.

1. Definição

Suponho que a mais recente definição não doutrinária de *convenção de arbitragem* é a contida no art. 7.º (1) da M. L. UNCITRAL: «Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise, between them, in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not».

Semelhante mas não exactamente igual é a definição deductível do artigo II, 1. da Convenção Nova York 1958: «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».

Na Convenção de Genebra de 1961, art. 1.º (2) (a), convenção de arbitragem significa «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».

A LU Strasbourg não define formalmente convenção de arbitragem, mas o art. 1.º e o art. 2.º 1, contêm os seus elementos necessários: «Tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage /.../ toute convention 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».

Sem usar a expressão, a Convenção Panamá 1975, art. 1.º, define convenção de arbitragem, ao dispor que: «Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil».

Sistema diferente seguiu o legislador francês na reforma do Code de Procédure Civile, de 1981, pois, embora o título 1.º do Livro IV seja epígrafado «Les conventions d'arbitrage», aparecem separadamente as definições de *cláusula compromissória* (art. 1442: La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat) e *compromisso* (art. 1447.º: Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes»).

A Lei n.º 31/86, nos arts. 1.º e 2.º, inspirou-se na LU STRASBOURG e por isso não apresenta uma definição de convenção de arbitragem, mas menciona os seus elementos essenciais.

Pondo agora de lado requisitos de forma e de licitude de objecto e, bem assim, características específicas de modalidades da convenção de arbitragem, a essência desta reside na mani-

festação de vontade de cometer à decisão de árbitros a solução de um litígio entre as partes da convenção.

2. *Modalidades: compromisso e cláusula compromissória*

Em todos os textos acima transcritos ou citados onde se contém ou donde se deduzem definições de convenção de arbitragem, menção é feita — por essas ou outras palavras — ao carácter *actual* ou *eventual* do litígio para cuja solução a convenção é celebrada.

Esse elemento distingue as duas modalidades de convenção de arbitragem: o compromisso, se a convenção tem por objecto um litígio actual; a cláusula compromissória, se a convenção tem por objecto litígios eventuais. Claro a esse respeito é o artigo 1.º, n.º 2, da Lei.

Como a distinção é feita através da actualidade ou eventualidade do litígio, importa saber quando o litígio é actual, já nascido ou já surgido. Para este efeito e por natureza, é irrelevante a definição de direito litigioso dada no art. 579.º, n.º 3, C. C., a qual supõe que o direito já tenha sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral.

Normalmente, o litígio existe desde que as partes manifestam posições divergentes quanto a algum aspecto duma relação jurídica entre elas, mas isso não é sempre necessário, bastando em muitos casos que uma das partes pretenda exercer um direito, para cujo exercício é indispensável ou permitida a intervenção do tribunal; por exemplo, o litígio sobre a resolução de um contrato existe quando um contraente propõe a respectiva acção, embora desconheça a posição que a tal respeito tomará o outro contraente. Uma vez, porém, que o compromisso é uma convenção sobre a solução de um litígio, a sua outorga supõe e reconhece uma divergência de posições, sem que interesse conhecer se esta existia há mais ou menos tempo; logicamente, basta que a divergência se tenha manifestado um momento antes da outorga do compromisso.

No plano das qualificações, a interpretação da convenção outorgada mostrará se as partes tiveram em vista uma divergência já manifestada ou apenas a eventualidade duma divergência, assim se qualificando a convenção ou como compromisso ou como cláusula compromissória.

Aspecto diferente, e que não interessa agora, é o de saber *se há litígio* para efeito de constituição do tribunal quando esta se baseie em cláusula compromissória; é a hipótese de lide desnecessária, cuja consideração tem lugar a propósito da referida constituição.

Num outro estudo, que se ocupará de aspectos gerais da arbitragem, farei uma pequena história do compromisso e da cláusula arbitral, tanto isoladamente, como nos tempos mais recentes, em que se acentuou a tendência para as reunir na chamada «convenção de arbitragem». Agora apenas sublinho que, nos textos internacionais e nacionais modernos, desapareceu uma diferença quanto aos efeitos, que em tempos anteriores separava radicalmente aquelas duas figuras; esse desaparecimento tornou possível a figura unitária da «convenção de arbitragem».

Tomando o nosso Código de Processo Civil, Livro IV, Título I, a arbitragem assentava ou num compromisso ou numa decisão do tribunal que excepcionalmente substituíra um compromisso; a cláusula compromissória nunca era bastante, por si só, para a constituição de tribunal arbitral.

Dai, que ao compromisso fossem assinadas duas funções: ou uma função autónoma, quando ele era celebrado sem prévia relação com uma cláusula compromissória, ou uma função complementar, quando ele era celebrado em cumprimento de uma anterior cláusula compromissória.

Seguindo as orientações modernas, a Lei n.º 31/86 prescinde quanto possível da distinção entre compromisso e cláusula compromissória e centra-se na «convenção de arbitragem». Designadamente, os efeitos, relativamente à constituição do tribunal arbitral, são unitários — art. 11.º, quanto às notificações para instauração do litígio no tribunal arbitral, e art. 12.º, quanto à nomeação de árbitros pelo tribunal.

A cláusula compromissória não é, pois, completada por um compromisso e dá directamente acesso à constituição do tribunal arbitral. Adiante veremos, em vários aspectos, consequências deste novo regime básico.

O compromisso, tem, pois, hoje apenas a primeira das duas funções acima referidas; ele *não depende*, em caso algum, da prévia existência de cláusula compromissória válida. Nem por isso o compromisso deixa de poder estar *relacionado* com uma cláusula compromissória, tanto quando esta é nula como quando esta é válida.

Se uma cláusula compromissória é nula, ela não pode ser *convertida* em compromisso, porque lhe falta necessariamente um requisito deste: a actualidade do litígio. Contudo, desde que não existam para o compromisso os vícios determinantes da nulidade da cláusula compromissória, um compromisso pode ser celebrado quanto a um litígio que estaria abrangido pela cláusula nula, sem que a nulidade desta afecte o valor daquele.

Se uma cláusula compromissória é válida, não é necessário, quando se concretize algum litígio, celebrar um compromisso; daí ler-se que nesse caso o compromisso é supérfluo (BOISSESON-JUGLART, págs. 133). Este qualificativo não é, contudo, bastante para descrever a situação. Uma vez que coexistem, para um litígio concretizado, cláusula compromissória e compromisso, há que determinar qual deles produz efeitos. Não parece bastante admitir que o efeito caberá àquele instrumento que a parte-demandante invocar, antes se afigura que a celebração do compromisso derroga, para esse caso, a cláusula compromissória. Determinar a extensão exacta dessa derrogação é problema de interpretação dos dois instrumentos (*).

(*) A redacção da cláusula compromissória deve revestir-se de especiais cuidados, dada a sua influência sobre o desenvolvimento do processo arbitral «lato sensu».

Por isso os institutos de arbitragem propõem, para as arbitragens que lhes venham a ser submetidas, fórmulas de cláusulas compromissórias. Cito algumas, de carácter geral.

— *International Chamber of Commerce*: All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the

3. *Natureza jurídica*

3.1. *Natureza dos direitos e vinculações da convenção de arbitragem*

No domínio do Código de Processo Civil, a doutrina portuguesa inclinava-se para qualificar a cláusula compromissória como um contrato-promessa (não interessa agora distinguir conforme a cláusula apareça formalmente incluída no texto de um contrato ou separada dele). Como escrevia GALVÃO TELLES, *Cláusula compromissória*, «O Direito», ano 89, pág. 264, «pela cláusula compromissória, convenção-promessa, as partes ficam obrigadas a celebrar no futuro, eventualmente, um ou mais *compromissos*, convenções definitivas, onde individualizarem os litígios suscitados e o árbitro ou árbitros incumbidos da sua decisão». No mesmo sentido, PALMA CARLOS, *La procédure arbitrale en droit comparé*, Jornal do Foro, n.º 154,

Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

— *American Arbitration Association*: Any controversy or claim arising out or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association or such other Rules and judgement upon any award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof.

— *Comité suisse de l'arbitrage*: Tout différend relatif au présent contrat ou à tout accord connexe, notamment quand à leur existence, validité, interprétation, exécution ou inexécution, qu'il survienne avant ou après l'expiration du contrat, sera définitivement réglé par l'arbitrage.

— *Chambres de Commerce Euro-Arabs*: Tous différends découlant de, ou en relation avec, la présente convention seront tranchés définitivement suivant les dispositions relatives à l'arbitrage du Règlement de conciliation, d'arbitrage et d'expertise des Chambres de commerce euro-arabes, soit par un arbitre unique, soit par plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.

— *Centro Espanhol de Arbitragem*: Tout différend entre les parties concernant la matière objet de ce contrat, sera réglé moyennant arbitrage, suivant les dispositions de la loi et du règlement du Centre espagnol d'arbitrage, qu'elles déclarent connaître. Les parties s'engagent à nommer les arbitres d'accord avec ledit règlement.

pág. 23, afirmava que a cláusula compromissória tem a natureza jurídica de um contrato-promessa; quem a subscreve obriga-se a realizar o compromisso arbitral no caso de controvérsia que, por força dessa cláusula, deva ser levada ao tribunal arbitral. E também outros autores de nomeada, bem como arestos dos tribunais — que hoje não vale a pena citar — assim concebiam a dita cláusula.

Em nosso entender, essa tese não era isenta de dúvidas, mas deve reconhecer-se que, pelo menos aparentemente, tinha um certo apoio nos textos legais, sobretudo no 2.º trecho do art. 1513.º (antigo artigo 1565.º) C.P.C.: «Estipulada a cláusula compromissória, se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, pode a outra parte requerer, ao tribunal da comarca do domicílio daquela, que se designe dia para a nomeação de árbitros». Indubitável era que, apesar da existência duma cláusula arbitral, a lei exigia a celebração de um compromisso, como, aliás, decorria logo do art. 1508.º, que, ao introduzir, no Livro IV, Título I, toda a sua matéria de tribunal arbitral, determinava: «É admissível o compromisso pelo qual determinado litígio, ainda que affecto ao tribunal, deva ser decidido por um ou mais árbitros». Dessa necessária passagem pelo compromisso induziam a doutrina e os tribunais que a cláusula compromissória tinha carácter *preliminar* e criava a obrigação de celebrar o compromisso.

Dessa qualificação como contrato-promessa resultavam numerosas consequências — algumas das quais nem todos aceitavam de bom grado, como, por exemplo, as que seriam naturais quanto à forma da cláusula. Agora acentuamos apenas que o mecanismo criado pelo art. 1513.º para atribuir relevância à cláusula compromissória, no caso de uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, era considerado o meio, especial para este caso, de conseguir a execução específica da promessa contratada. Voltando a palavras de GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pág. 217, «outorgou-se ao interessado a possibilidade de obter o resultado *específico* pretendido, isto é, o *compromisso*, porque se o remisso mantiver a recusa de o estabelecer,

estabelecê-lo-á em sua substituição o *tribunal*, definindo o litígio e nomeando o árbitro ou árbitros». Em bom rigor, o tribunal não *estabelecia um compromisso*; não substituía a parte remissa, para a celebração do compromisso, mas substituía o compromisso por uma sentença, naquilo que convencionalmente figuraria no compromisso, convenção das partes. Por isso a doutrina insistia em que só o disposto nesse artigo do Código de Processo Civil permitia que a cláusula compromissória levasse sempre à constituição do tribunal arbitral; não fora o dito artigo, a violação por uma das partes da obrigação de outorgar o compromisso arbitral acarretaria apenas a sanção normal (nesse tempo) das violações de contratos-promessa: indemnização de perdas e danos (muito difficilmente determináveis nesta hipótese).

Sobre a natureza jurídica do compromisso, a nossa doutrina nada adianta: definições mais ou menos coincidentes; descrição dos seus efeitos, mas nenhuma tentativa de precisar, em conceitos técnico-jurídicos, os seus traços essenciais.

Como acima ficou dito, a convenção de arbitragem, na nossa legislação e em legislações estrangeiras, reúne, em duas espécies do mesmo género, as duas antigas figuras, autónomas mas vizinhas. Nenhuma delas depende da outra, quanto à sua eficácia; ambas produzem efeitos jurídicos idênticos. Parece, pois, que uma investigação mais profunda terá de se concentrar sobre os elementos *comuns*, só num segundo plano interessando as diferenças específicas.

Indiscutível é o elemento essencial: manifestação concordante de vontades, *convenção*. Não vale a pena discutir — pelo menos não há desde já dados para isso — se esta convenção é tecnicamente um contrato, pois, mesmo que não o seja, ser-lhe-ão applicáveis as regras gerais dos contratos. Se, além da convenção, a arbitragem pode fundar-se num acto singular de vontade, ver-se-á adiante.

Em seguida, indiscutível é também que essa convenção é *adjectiva* relativamente à relação jurídica a que respeita. Não afecta *directamente* essa relação jurídica, seja ela de que natu-

reza for; não modifica o seu conteúdo, pois é-lhe *exterior*, embora *envolvente*. Nem sequer pode ter sobre uma relação jurídica o efeito jurídico eventualmente resultante duma correspondente relação processual, pois a convenção de arbitragem não soluciona nem pretende solucionar qualquer litígio, mas apenas providenciar sobre *meios* de solução.

Uso a palavra «adjectiva» para evitar estéreis discussões de palavras quanto ao emprego para o mesmo efeito do termo «processual», que alguns (REDENTI, Voce Compromesso, NDI) dizem inadequado, por ser mais correcto reservá-lo para actos que respeitem aos pressupostos do processo civil ordinário ou a algumas das suas vicissitudes, para os quais a lei confere importância determinante à vontade das partes. Mas se a convenção arbitral não coubesse num sentido restrito de «processo», seria abrangida por um conceito lato, que alcançasse a organização dos tribunais.

Perante os textos legais vigentes, não pode dizer-se que a convenção de arbitragem, seja ela compromisso ou cláusula compromissória, institui ou instaura um tribunal arbitral. Basta reparar em que a nomeação dos árbitros não é parte obrigatória do conteúdo da convenção. A letra do art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86 parece implicar que o tribunal arbitral pre-existe à instauração *nele* do litígio, por meio da notificação dele à parte contrária; a propósito da constituição do tribunal arbitral, ver-se-á que não é assim.

Nem uma palavra na Lei n.º 31/86 aponta para algum efeito obrigacional da convenção de arbitragem. Nalguns textos estrangeiros são usados termos que poderiam indicar um efeito dessa natureza: Convenção NY, 1958, art. II, 1, «an agreement in writing under which the parties *undertake to submit...*»; C.P.C. francês, art. 1442.º quanto à cláusula compromissória, «...*s'engagent à soumettre à l'arbitrage...*» (mas, na doutrina, ROBERT, pág. 10, fala-se, para todas as convenções de arbitragem, de uma «*exécution en nature*» duma «*obligation de faire*»); Convenção Panamá, 1975, art. 1.º, «en virtud del cual se obligan a someter...».

Note-se, em primeiro lugar, que a antiga ideia de contrato-promessa, aplicada à cláusula compromissória não tem hoje viabilidade. Essa cláusula não pode ter por objecto a futura celebração de um compromisso, uma vez que se passa directamente da cláusula compromissória para a constituição do tribunal arbitral, sem o passo intermédio do compromisso. Por outro lado, não fora tentada — nem nessa linha podia ser tentada — construção semelhante para o compromisso, que a doutrina afirmava ser a convenção *definitiva*. Natureza obrigacional da convenção só poderá ser pensada se às obrigações das partes for atribuído um objecto diferente da promessa de contrato e se esse objecto for adequado tanto para a cláusula compromissória como para o compromisso. De passagem, noto que, além dos defeitos que lhe eram próprios, também hoje não têm fundamento antigas teses que na cláusula compromissória viam um compromisso sob condição suspensiva, um compromisso em via de formação ou um núcleo central de uma série de futuros compromissos.

Retomando as expressões usadas nos textos estrangeiros acima citados, parece que as partes se obrigariam (obrigação em sentido técnico) a submeter o litígio, actual ou futuro, a arbitragem. Tal ideia é, contudo, ainda muito vaga. Liminarmente é de excluir que as partes se obriguem a submeter o litígio a arbitragem, no sentido de ficarem obrigadas a propor a acção, pois, não obstante a convenção de arbitragem, nenhuma das partes é forçada a manter o litígio ou a fazê-lo solucionar; a completa inactividade de ambas as partes quanto ao litígio abrangido pela convenção não viola qualquer obrigação por elas tomada.

Mais provável objecto da «obrigação» convencional parece ser a utilização do meio arbitral, no caso de alguma das partes pretender submeter um litígio a um tribunal ou, reflexamente, as partes «s'engagent à soustraire un litige (déterminé) aux juridictions ordinaires» (BOISSESON, pág. 163). Nesta construção, ou as partes cumprem voluntariamente as respectivas obrigações ou uma delas força a outra ao cumprimento espe-

cífico, provocando, como a lei permite, a constituição e o funcionamento do tribunal arbitral.

Não duvido de que, pela convenção de arbitragem, as partes ficam vinculadas a fazer julgar pelo tribunal arbitral o litígio, actual ou futuro, se quanto a este quiserem recorrer a algum tribunal, mas afigura-se-me que essa vinculação não se traduz em *obrigações*, em sentido técnico.

Da convenção de arbitragem nasce um *direito potestativo* para cada uma das partes, cujo conteúdo consiste na faculdade de fazer constituir um tribunal arbitral para julgamento de certo litígio, que, à data da convenção, tanto pode ser actual como futuro. Correlativamente, cada uma das partes fica sujeita a uma *vinculação*.

A criação desses direitos potestativos é permitida pelas leis que admitem os tribunais arbitrais. Essas mesmas leis criam o efeito negativo ou reflexo — exclusão da competência dos tribunais estaduais para o conhecimento do mesmo litígio. A excepção de convenção de arbitragem — ou, no nosso CPC, de preterição do tribunal arbitral —, arguida contra a parte na dita convenção que proponha a acção no tribunal estadual, não sanciona o incumprimento de uma obrigação do demandante, antes efectiva o direito potestativo do demandado. A efectivação de direito potestativo, mas agora do demandante, destinam-se os preceitos legais que permitem vencer a resistência do demandado quanto à constituição do tribunal arbitral.

3.2. *Convenção de arbitragem e convenções sobre jurisdição e competência dos tribunais*

O art. 99.º, n.º 1, C.P.C., permite que as partes convencionem que um litígio determinado ou os litígios eventualmente decorrentes de certo facto sejam decididos pelos tribunais de uma delas ou por tribunais internacionais. O art. 100.º, n.º 1, do mesmo Código permite que as partes, por convenção expressa, afastem a aplicação das regras de competência em razão do valor e do território.

Estas convenções, sobre a jurisdição ou sobre a competência, têm por efeito último a fixação, para um litígio actual e determinado ou para litígios eventuais, da competência de um tribunal que não seria aquele que, segundo as regras legais da jurisdição e competência dos tribunais portugueses, deveria conhecer do litígio. Pouco importa, para este efeito, que a atribuição de competência seja concorrente ou exclusiva (arts. 99.º, n.º 2, e 100.º, n.º 3).

A convenção de arbitragem aproxima-se das referidas convenções, antes de mais por ser também uma convenção, isto é, uma manifestação de autonomia privada. Em segundo lugar, a proximidade é patente quanto ao efeito, consistente em ter jurisdição e competência para o litígio um tribunal escolhido pelas partes.

Olhando apenas estas semelhanças, há quem junte num só género todas essas convenções, tratando a convenção de arbitragem como uma espécie de prorrogação convencional do foro (por exemplo, ROBERT, pág. 3). Não basta, contudo, apontar semelhanças, devendo ser acentuada uma diferença capital: num caso, a convenção atribui competência a um tribunal de um Estado (o mesmo Estado ou outro), enquanto a convenção de arbitragem *cria ex novo* um tribunal exclusivamente competente para o julgamento do litígio. Diferença esta que sucessivamente se repercute nas regras de constituição do tribunal arbitral, no processo arbitral, no valor da sentença arbitral, nos modos de impugnação desta.

Acresce que: se, num ordenamento jurídico que não disciplinasse a arbitragem já seria muito duvidoso extrair, para a licitude desta, argumento das convenções de foro, nos ordenamentos em que a arbitragem é disciplinada a utilidade da aproximação limitar-se-ia ao recurso analógico para suprimento dalguma lacuna dessa disciplina, como, aliás, foi feito entre nós a respeito da forma da cláusula compromissória. Não é de excluir a analogia, baseada naquilo que há de comum entre os dois institutos, mas, por outro lado, não há que esquecer as diferenças essenciais para tentar à força unificar os institutos.

4. *Requisitos gerais da convenção de arbitragem*

4.1. *Convenção e actos unilaterais*

A convenção de arbitragem é um negócio jurídico bilateral, no sentido corrente de que, para a sua formação, concorrem concordantemente duas vontades. Contento-me agora com esse caso normal, deixando para outra altura os problemas suscitados pela arbitragem entre mais do que duas partes.

Este estudo limita-se a tratar das especialidades deste negócio jurídico; tudo o que constitua regime geral dos negócios jurídicos não tem aqui cabimento.

Na Suíça há quem entenda (JOLIDON, pág. 116), apesar de a CIA subordinar a arbitragem a uma convenção ou à adesão a estatutos, que um processo arbitral pode basear-se numa *declaração unilateral de vontade*, ressalvada sempre a disponibilidade do direito litigioso pelo declarante. Evidentemente, essa declaração unilateral deverá revestir a forma mínima exigida para a convenção. Seria assim possível, designadamente: o testador dispor que as pretensões dos herdeiros e dos legatários, em caso de litígio (incluindo as questões relativas à nulidade ou anulação do testamento e as acções de redução), sejam julgadas por um tribunal arbitral; o intituidor de uma fundação estipular que os destinatários das prestações da fundação devem, em caso de contestação, fazer valer os seus direitos por meio de arbitragem; incluir numa promessa pública uma cláusula compromissória para todos os litígios relativos à execução da promessa.

Pelo contrário, em Inglaterra, tanto tribunais como doutrina (RUSSEL, págs. 23 e 82) têm-se pronunciado no sentido da invalidade de cláusulas testamentárias que impunham aos beneficiários a arbitragem de litígios que pudessem nascer do testamento; o principal fundamento desta opinião é que essa cláusula constituiria uma tentativa para retirar ao tribunal (*to oust*) a sua jurisdição.

Pendo para a solução inglesa. Não excluo que nalguns casos possa haver, ao encontro da vontade manifestada por uma pessoa, uma aceitação capaz de levar, no conjunto, a uma

convenção. Quando assim aconteça, saiu-se do problema agora considerado, que respeita a actos unilaterais, embora talvez surjam questões de forma da convenção.

Consideradas estas hipóteses, na sua pureza, o acto unilateral constitui uma *imposição* por uma pessoa a outra, ou até a várias, da arbitragem para solução de litígios. Não é por acaso que, no nosso direito, se falou e fala em compromisso, como contrato, e em cláusula compromissória, como parte de um contrato. O acordo dos litigantes é essencial para que possa ser constituído um tribunal arbitral *competente para ambos*, com a reflexa exclusão da jurisdição estadual. É permitido que *voluntariamente* sejam produzidos esses efeitos positivo e negativo, mas não que um só constitua um tribunal competente quanto a outrem ou o force a abandonar a jurisdição estatal de que pode socorrer-se.

Assente este princípio, por ele se resolve também a questão da cláusula compromissória em letras de câmbio — sem necessidade de recorrer a aspectos de dificuldade formal no preenchimento da letra ou de intenção dos vários intervenientes — pelo menos para quem tenha por unilaterais os actos desses intervenientes. Evidentemente, não há dificuldade na inserção de convenção de arbitragem no contrato criador da relação causal, nem pode pensar-se em que tal convenção se transmude, sem mais, para a relação cambiária.

4.2. *Opacidade e legitimidade das partes*

4.2.1. *Regras gerais*

O C.P.C., art. 1509.º ocupava-se da capacidade para a celebração de compromissos, começando por estabelecer uma regra geral: os compromitentes não-de ser pessoas hábeis para contratar. Em seguida, ocupava-se dos representantes das pessoas colectivas, sociedades, incapazes ou ausentes, dizendo que eles só podem celebrar compromissos nos precisos limites das suas atribuições ou precedendo autorização especial de quem deva concedê-la. Finalmente dispunha que o mandatário necessita de procuração com poderes especiais.

A Lei n.º 31/86 é omissa quanto a capacidade de entidades privadas para celebrar convenções de arbitragem. Quanto ao Estado e pessoas colectivas de direito público, veja-se adiante. Portanto, a capacidade de entidades privadas, singulares ou colectivas para a celebração de convenção de arbitragem não está sujeita a regime específico. Resta, pois, determinar se, nos regimes especiais de incapacidades ou situações aproximadas, há preceitos legais que abranjam estas convenções.

4.2.2. *Menor*

Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos (C.C., art. 123.º) e a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela (C.C., art. 124.º). Existem, contudo, excepções à incapacidade dos menores, enumerados no art. 127.º do C.C.. No Código de Processo Civil, o art. 9.º, n.º 2, determina que a capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos e o art. 10.º, n.º 1, dispõe que os incapazes só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, ou autorizados pelo seu curador, excepto quanto aos actos que possam exercer pessoal e livremente.

A celebração de convenções de arbitragem não cabe literalmente nas excepções enumeradas no art. 127.º e não parece que a capacidade judiciária, quanto a actos cujo exercício é pessoal e livre, envolva, só por si, a faculdade de celebrar tais convenções.

As convenções de arbitragem celebradas pelo menor aplica-se o regime de anulabilidade estabelecido nos arts. 123.º e 126.º

A representação do filho pelos pais está condicionada a autorização do tribunal, nos casos previstos no art. 1889.º, n.º 1, C.C., cuja alínea o), na sua actual redacção, contempla «comprometer-se em árbitros relativamente a actos referidos nas alíneas anteriores».

Redigida numa época em que a cláusula compromissória conduzia necessariamente a um compromisso, a alínea o) tinha o efeito de impedir (no âmbito das alíneas anteriores) a celebração do compromisso, quer este fosse, quer não fosse, precedido da cláusula compromissória.

Num regime em que a convenção de arbitragem, mesmo na modalidade de cláusula compromissória, conduz imediatamente à constituição do tribunal arbitral, a expressão «comprometer-se em árbitros» deve abranger as duas modalidades de convenção.

Sendo o menor representado por tutor, o art. 1938.º, n.º 1, alínea a), torna necessária a autorização do tribunal de menores para o tutor «praticar qualquer dos actos mencionados no n.º 1 do art. 1889.º» e, portanto, quanto a convenções de arbitragem, é aplicável o acima dito quanto à representação do menor pelos pais.

4.2.3. *Interditos e inabilitados*

Os interditos por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira são equiparados ao menor, sendo-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal (C.C., art. 139.º).

Remetemos, pois, quanto às convenções de arbitragem, para o acima dito a respeito do menor.

Igual remissão se faz, por força do art. 156.º, quanto aos inabilitados, com base no art. 152.º C.C. Também aqui me abstenho de problemas de ordem geral, bastando notar que, quanto às convenções de arbitragem, não parecem necessárias adaptações diversas daquelas que houver a fazer para os ditos problemas de ordem geral.

4.2.4. *Cônjuges*

Desaparecida do nosso direito actual a incapacidade da mulher casada, nesta qualidade, mudam de colocação os pro-

blemas que anteriormente se collocavam quanto à celebração por ela de convenções de arbitragem. Em França, onde uma evolução semelhante se deu quanto à situação jurídica da mulher casada, passou a aferir-se a sua legitimação para celebrar convenções de arbitragem pela sua faculdade de administrar e dispor de bens (ROBERT, págs. 14 e 15).

Uma primeira consequência da reforma do direito matrimonial patrimonial consiste, quanto aos problemas agora considerados, em que estes não devem ser collocados apenas quanto à mulher, mas igualmente quanto a ambos os cônjuges. Feita esta ressalva, parece certo o caminho apontado pela doutrina francesa: conforme, para o acto a que a convenção de arbitragem respeitar, estiverem legitimados ou um só ou ambos os cônjuges, assim estarão legitimados ou um só ou ambos para a celebração da respectiva convenção.

Assim: se cada um dos cônjuges administra (livremente) os seus bens próprios (C.C., art. 1678.º, n.º 1); se cada um dos cônjuges tem ainda a administração dos bens referidos no n.º 2 do art. 1678.º (mas para a convenção de arbitragem applicar-se-ão as regras do mandato para tal convenção, no caso de administração ao abrigo da alínea g)) — o cônjuge administrador terá legitimidade para celebrar convenções de arbitragem para litígios respeitantes a actos integrados nessa administração. Quando se trata de actos de administração extraordinária, sujeitas ao princípio da direcção conjunta, sempre que se refiram a bens comuns, ou de outros actos, cuja realização depende do consentimento de ambos os cônjuges, para as respectivas convenções de arbitragem será necessária a intervenção de ambos.

Nos termos do art. 1678.º, n.º 3, C.C., fora dos casos previstos no número anterior, cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal; os restantes actos de administração só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges.

Nas hipóteses cobertas pela primeira parte deste n.º 3 (e remeto para as obras da especialidade a determinação dos

«actos de administração ordinária»), aplicando-se o princípio de transposição acima referido, cada um dos cônjuges, disjuntivamente, teria legitimidade para celebrar as respectivas convenções de arbitragem. Afigura-se-me, porém, não ser correcta esta conclusão.

Na verdade, não me parece que uma convenção de arbitragem relativa a um acto de administração ordinária seja, *em si mesma*, um acto de administração ordinária. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, pág. 311, nota (8), escreve que «entre os poderes compreendidos na administração ordinária caberá a legitimidade (processual) para intervir nas acções correspondentes aos poderes substantivos do administrador, com ressalva dos actos processuais que envolvam disposição de bens ou contracção de obrigações, cuja validade requeira o consentimento de ambos os cônjuges, e também das acções capazes de acarretar a perda ou oneração de bens que só por ambos eles possam ser alienados ou onerados (art. 18.º Cód. Proc. Civil)». A legitimidade para intervir *em tribunais estaduais*, nas acções correspondentes aos poderes substantivos do administrador, é, porém, diferente da legitimidade para afastar a jurisdição estadual, criando, por convenção, um tribunal arbitral para algum ou alguns litígios. A meu ver, a convenção de arbitragem não é susceptível de ser qualificada nem como acto de administração ordinária nem como acto de administração extraordinária, porque esta distinção baseia-se em critérios de directa incidência dos actos sobre os bens comuns e, não cabendo a convenção de arbitragem na «administração ordinária», o *interesse comum* dos cônjuges exige que ambos intervenham nessas convenções.

No respeitante a actos de alienação ou oneração (C.C., arts. 1682.º, 1682.º-A e 1682.º-B) aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, o dito para convenções de arbitragem relativas a actos de administração.

O art. 1690.º, n.º 1, C.C. determina que tanto o marido como a mulher têm legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro cônjuge. Em seguida, os arts. 1691.º a 1694.º indicam as dívidas que responsabilizam ambos os côn-

juges ou que são da responsabilidade de um dos cônjuges, e por fim os arts. 1695.º e 1696.º mencionam os bens que respondem pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges ou da responsabilidade de um deles. O art. 19.º C.P.C. manda propor contra o marido e a mulher as acções emergentes de facto praticado por ambos os cônjuges, as acções emergentes de facto praticado por um deles, mas em que pretenda obter-se decisão susceptível de ser executada sobre bens comuns ou sobre bens próprios do outro, e, ainda, as acções compreendidas no artigo antecedente.

Estas regras têm de ser observadas, mesmo que o litígio esteja submetido a um tribunal arbitral, mas não se reflectem na legitimidade para a celebração de convenções de arbitragem. O seu efeito produz-se na acção que vier a ser proposta no tribunal arbitral. Assim, se por exemplo o credor celebrar um compromisso só com o marido e depois propuser a acção contra marido e mulher, o tribunal será incompetente no respeitante à mulher; se, com base no dito compromisso, propuser a acção só contra o marido, devendo a acção ser proposta também contra a mulher, sujeita-se à respectiva excepção.

4.2.5. *Mandatários*

Em princípio não há obstáculo legal à celebração de convenção de arbitragens, por um mandatário com representação, em nome do mandante. Dúvidas podem, contudo, surgir quanto à extensão do mandato a essas convenções, quer quando o mandato seja geral, quer quando seja especial, uma vez que a Lei n.º 31/86 não contém preceito semelhante ao do art. 1509.º, n.º 3 C.P.C.

Nos termos do art. 1159.º, n.º 1, do C.C. o mandato geral só compreende os actos de administração ordinária. Como já se disse a propósito dos cônjuges, a celebração de convenção de arbitragem não é um acto de administração ordinária e, portanto, essa faculdade deve ser conferida especialmente ao mandatário (sem importar que o seja no mesmo instrumento de mandato geral ou separadamente).

Tratando-se de mandato especial, a convenção de arbitragem não pode ser considerada «acto necessário à sua execução», que, por força do art. 1159.º, n.º 2, C.C. seja abrangido naquele; terá, pois, de ser especificada na procuração.

Saber se a celebração de convenções de arbitragem está ou não abrangida no conteúdo de certo mandato especial, é questão de interpretação deste contrato.

O mandato forense com poderes gerais não abrange tais convenções, pois o seu conteúdo é definido nos arts. 36.º e 37.º C.P.C., onde tais convenções não são mencionadas. A concessão de poderes especiais para confessar a acção, transigir sobre o seu objecto e desistir do pedido ou da instância também não autorizam o mandatário a celebrar essas convenções.

Mais delicada é a questão de saber se a celebração de convenção de arbitragem está incluída no mandato para delebrar um contrato, mesmo que na procuração seja usada a fórmula usual «podendo estipular as cláusulas que tiver por conveniente». A resposta não pode ser única; de modo geral, afigura-se que o mandante não prevê mais do que o conteúdo específico do contrato a celebrar, sem ter pensado na cláusula que afastará as jurisdições estaduais, mas à conclusão contrária pode chegar-se por circunstâncias do caso e pelos usos.

Importa ainda distinguir, conforme a espécie de convenção de arbitragem, ou seja determinar se, no caso concreto, a faculdade concedida abrange tanto a cláusula compromissória como o compromisso ou só alguma destas modalidades. A dúvida pode respeitar ou à interpretação de cláusulas que visem especificamente convenções de arbitragem, ou à interpretação de mandatos que abranjam convenções de arbitragem, nos termos gerais acima referidos. Por exemplo, é pouco plausível que no mandato para a celebração de um contrato esteja abrangida a faculdade de celebrar *compromissos* para litígios dele decorrentes.

Para o mandato comercial, a extensão deste, segundo o art. 233.º C.Com., leva a conclusões iguais às acima referidas para o mandato civil.

Já a extensão, muito ampla, do mandato do gerente de comércio, segundo o art. 249.º C.Com., abrange as convenções de arbitragem, ao referir «todos os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado».

4.2.6. Grupos de sociedades

No tempo em que escrevemos, não existe em Portugal disciplina legislativa dos grupos de sociedades, a qual está, porém, prevista no Projecto de Código das Sociedades, publicado pelo Ministério da Justiça em 1983 (*).

Nem no direito actual nem no actualmente projectado, um grupo de sociedades goza de personalidade jurídica. É, pois, impossível que *um grupo de sociedades*, como tal, seja parte numa convenção de arbitragem.

Não é, contudo, nesse aspecto, que têm surgido dúvidas no estrangeiro — em Portugal não têm, pelo menos, aparecido em público — quanto a grupos de sociedades e convenções de arbitragem.

Na Suíça, um acórdão do Tribunal Federal de 10 de Outubro de 1979, decidiu um caso em que uma pessoa «qui était l'animateur d'un group de sociétés, sur lequel il avait la mainmise», pretendia ter comprometido todas as sociedades do grupo para um processo arbitral (JOLIDON, pág. 121; LALIVE, pág. 259). A decisão foi no sentido de que o «animador» ou «dominador» de todas as sociedades do grupo não podia vincular qualquer destas, visto que, não sendo nem órgão nem procurador especial de nenhuma delas, não podia outorgar por elas uma convenção de arbitragem. Esta solução é a única aceitável no direito português, actual ou projectado.

Igualmente é de aceitar entre nós a opinião de JOLIDON, *ibidem*, quanto à hipótese de extensão às sociedades filiais,

(*) O Código das Sociedades Comerciais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, e não altera o exposto no texto.

de uma convenção de arbitragem celebrada com a sociedade-mãe.

Nem hoje nem no referido Projecto está uma sociedade, participante ou mesmo dominante doutra, autorizada, sem mais, a celebrar negócios jurídicos em nome, em representação ou por conta desta outra. As sociedades que entre si tenham estabelecido relações de grupo mantêm as suas próprias e inconfundíveis personalidades jurídicas, bem como os seus próprios órgãos de administração e representação.

4.2.7. Representantes de pessoas colectivas

As sociedades, as associações, as fundações podem celebrar convenções de arbitragem, por meio das pessoas que legal e/ou estatutariamente as representam. Nas enumerações de matérias sujeitas a deliberações dos sócios ou de competência necessária da assembleia geral não está incluída aquela convenção (LSQ, art. 25.º; C.C., art. 172.º).

Dúvidas levantadas noutros países, quanto ao liquidatário de sociedades dissolvidas, não têm razão de ser entre nós, onde a competência do liquidatário é igual à dos administradores ou gerentes.

Quanto a pessoas colectivas de direito público, haverá que investigar os diplomas que regem a sua representação.

4.2.8. Estado e outras pessoas colectivas de direito público

Nos nossos dias, é prática corrente a celebração de convenções de arbitragem, nas suas duas modalidades, por parte do Estado e de outras pessoas colectivas de direito público. Isso resulta, em grande parte, da intervenção dessas pessoas no comércio interno e internacional, bem como de outros actos de natureza económica, por exemplo, concessões de bens públicos.

No que respeita aos Estados, há mesmo convenções internacionais pelas quais eles se obrigam a submeter à arbitragem certos litígios em que são partes: *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, Washington, 18 de Março de 1985 (sobre os dois efeitos duma cláusula de arbitragem CIRDI — impossibilidade de objectar à competência de um tribunal arbitral CIRDI, com fundamento na imunidade de jurisdição; regra de abstenção — DELAUME, *Le CIRDI, et l'immunité des États*, Rev. Arb. 1983, pág. 143).

A Convenção de Genebra 1961, art. II, (1), estabelece que «dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente Convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de «personnes morales de droit public», ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage».

É, no entanto, ainda notável a relutância em admitir abertamente a arbitragem em litígios em que intervenham pessoas de direito público. Como observou ROBERT, pág. 28, a propósito do art. 2060.º do Código Civil francês: «motivo desta interdição, especialmente evidente em França onde é proeminente a noção do poder público, resulta de que a ordem pública se liga aos actos de qualquer organismo que detém uma parte daquele. Por isso mesmo, a matéria «interessa à ordem pública». Mas vejamos as críticas de MOTULSKY, págs. 84 e segs., ao descabido tradicionalismo da jurisprudência francesa (Code Civil, art. 2060.º: «On ne peut compromettre... sur les contestations intéressants des collectivités publiques et les établissements publics. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre»), e os trabalhos da Journée du Comité Français de l'Arbitrage, sobre «Les États et l'arbitrage international», Rev. Arb. 1985, n.º 4.

Nalguns países pressupõe-se uma capacidade geral para a celebração de convenções de arbitragem, mas exigem-se especiais requisitos de autorização: IRÃO, art. 139.º da Lei Constitucional (redacção de 15-11-79 — aprovação em Conselho de Ministros e comunicação ao Parlamento — *Majlis* — ou apro-

vação deste); ARÁBIA SAUDITA, art. 3.º (consentimento do Presidente do Conselho de Ministros).

Em Portugal foi discutido se, no domínio dos contratos administrativos, eram lícitas as convenções de arbitragem. A questão foi resolvida pelo art. 2.º, n.º 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 128/84, de 27 de Abril, que admite tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso.

O art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86 tem o seguinte teor: «O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado». Desdobra-se a norma em dois condicionamentos: *ou* autorização por lei especial, *ou* respeitar o objecto do litígio a relações de direito privado. Talvez bastasse o segundo requisito, pois as leis especiais não necessitam de antecipações noutras leis, mas a redacção adoptada tem — além da vantagem de tornar claro que o objecto privado do litígio não esgota a capacidade daquelas entidades para a celebração destas convenções — a consequência de submeter ao mesmo regime todas as convenções de arbitragem, autorizadas por lei especial ou por este preceito geral.

Lei especial e de carácter internacional existe hoje no Tratado de Roma. O art. 181.º declara o Tribunal de Justiça competente para estatuir em virtude de uma cláusula compromissória contida num contrato de direito público ou de direito privado outorgado pela Comunidade ou por conta desta; trata-se, pois, de relações em que, a Comunidade, dotada de personalidade jurídica internacional, é parte. O art. 182.º atribui competência ao Tribunal de Justiça para estatuir sobre qualquer litígio entre Estados-membros em conexão com o objecto do presente Tratado, se esse litígio lhe for submetido em virtude de um compromisso.

É, no entanto, duvidoso se as expressões «cláusula compromissória» e «compromisso» estão usadas em sentido técnico rigoroso. Parece que, uma de duas: *ou* o sentido dessas expressões é o técnico usual — e nessa hipótese o Tribunal de Justiça deve operar como um verdadeiro tribunal arbitral; *ou* não houve intenção de alterar para essas hipóteses o funcionamento do Tribunal — e «cláusula compromissória» e «compromisso» não passam de meras convenções do foro (BURST, *L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés Européennes*, Rev. Arb., 1979, págs. 106 e segs.).

4.3. *Forma; remissão*

Num estudo já publicado (ROA, 1986, págs. 5 e segs.) tratei de problemas de forma da convenção de arbitragem.

Aproveito para reproduzir o art. 2.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 31/86, que segue o art. 7.º da ML UNCITRAL: «1. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. 2. Considera-se reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante ou de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses instrumentos contenham directamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida».

4.4. *Tempo para a celebração*

Já se viu que, por natureza, o compromisso arbitral tem um limite mínimo temporal: o momento da existência de um litígio. A cláusula compromissória refere-se a litígios eventuais e, portanto, futuros; tem um limite temporal máximo (mas relativo, pois respeita a cada litígio): o mesmo — existência de um litígio — mas em sentido contrário. Por outras palavras: não é possível celebrar um compromisso antes de

existir um litígio, nem é possível outorgar uma cláusula compromissória depois da existência do litígio que se pretende submeter-lhe.

Está expressamente prevista no art. 290.º C.P.C. a hipótese de a convenção de arbitragem ser celebrada no decurso de um processo judicial. Em qualquer estado da causa podem as partes acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros da sua escolha. Esse acordo é, pelo seu objecto, uma convenção de arbitragem e, dentro desta, é um compromisso, visto que incide sobre um litígio existente, aquele que já fora submetido a um tribunal do Estado. Aliás, o n.º 2 do mesmo artigo fala em «compromisso arbitral» e só causaria inúteis confusões substituir essa expressão por «convenção de arbitragem», para depois deixar aos tribunais e à doutrina o cuidado de explicar qual a modalidade desta verificável no caso.

O formalismo estabelecido no n.º 2 do art. 290.º, em nada contende com o disposto na Lei n.º 31/86. O compromisso arbitral será lavrado ou em termo do processo ou num documento que a este será junto; nos dois casos está ressalvada a forma escrita; também o está a assinatura das partes (ou seus mandatários) no referido termo; no caso de documento separado, será de exigir a assinatura das partes, o que o juiz terá de verificar, em aditamento à fiscalização do objecto e da qualidade das pessoas, expressamente referidas no mesmo número.

Sendo válido o compromisso, a instância finda. Há, neste caso um efeito especial da convenção de arbitragem: a extinção da instância.

A partir do momento em que se concretiza um litígio entre as partes, a única convenção logicamente possível para o submeter a arbitragem é o compromisso. Isso decorre da própria distinção entre compromisso e cláusula compromissória. Assim, se, depois de existir um litígio relativamente a certo contrato, as partes introduzirem neste uma convenção de arbitragem, em princípio esta terá a natureza de cláusula compromissória e contemplará apenas litígios futuros: a preexistência de um litígio apenas terá servido para as partes acordarem na forma de

solução de litígios futuros. Nem sempre, porém, será assim. Não é de excluir a hipótese de a vontade das partes se ter manifestado de maneira a satisfazer os requisitos formais e substanciais do compromisso e, portanto, a convenção valer simultaneamente como compromisso, para o litígio existente, e como cláusula compromissória para os litígios futuros (neste sentido, uma decisão da Cassation francesa, de 13 de Janeiro de 1947, citada por BOISSÉSON, pág. 87).

4.5. *Arbitrabilidade do litígio*

4.5.1. *Considerações gerais*

Pode considerar-se regra geral, tanto em legislações internas como em textos internacionais, que nem todos os litígios podem ser decididos por meio de arbitragem voluntária. Uso, por ser cómodo, o neologismo «arbitrabilidade» para exprimir uma «qualidade» do litígio, que é simultaneamente um requisito da validade da convenção de arbitragem, da constituição do tribunal arbitral e da validade da sentença proferida por este: a licitude da sua solução por via arbitral.

Pelo art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86, para um litígio poder ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros, é indispensável:

- que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária;
- que não respeite a direitos indisponíveis.

É evidente que, mesmo quando a lei disciplinadora da arbitragem não o refere expressamente, não são susceptíveis de decisão por arbitragem voluntária aqueles litígios que, por lei especial, estão exclusivamente submetidos a tribunal judicial ou a arbitragem necessária. É efeito dessas leis especiais, por um lado, derrogar a lei que reconhece a autonomia da vontade nesta matéria e, por outro e reflexo lado, limitar a dita auto-

nomia. A lei tem de ser *especial*, visto que a lei geral sobre a jurisdição dos tribunais estaduais está, por sua vez, derogada pela lei permissiva da arbitragem voluntária.

Uma lei que pretenda submeter certos litígios exclusivamente a arbitragem necessária tem que literalmente exprimir-se nesse sentido; ela exclui tanto os tribunais estaduais como as arbitragens voluntárias, e *impõe* a decisão por meio de árbitros. A afectação de litígios à jurisdição exclusiva de tribunais estaduais pode ser expressa por formas diversas: ou dizendo-o directa e positivamente; ou proibindo para esses litígios a arbitragem voluntária; ou actuando sobre os requisitos da arbitragem voluntária, como por exemplo tornando indisponíveis certos direitos ou impedindo que sobre eles seja celebrada transacção. Adiante, quando se tratar especialmente da arbitrabilidade de certos litígios, ver-se-á como a lei pode proceder para estes efeitos.

Na Proposta de Lei n.º 34/4, limitava-se a arbitragem voluntária a litígios em matéria cível ou comercial, o que era útil porque afastava logo outras matérias que, sem isso, acabariam por ser afastadas por utilização de outros motivos e com maior esforço.

A expressa menção da «matéria cível», na Proposta de Lei, evitava que, para este efeito, pudessem entre nós ser estabelecidas distinções, como as feitas em França, entre compromisso e cláusula compromissória, por força dos arts. 2059.º, 2060.º e 2061.º Code Civil. Os dois primeiros estabelecem o domínio do compromisso e o terceiro determina que «La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi», de modo que (ressalvados os casos em que excepcionalmente a lei permita a cláusula compromissória em matérias cíveis e o carácter relativo da nulidade da cláusula compromissória nessas matérias) a cláusula compromissória é circunscrita a litígios comerciais, visto que o art. 631.º Code de Commerce (redacção da Lei de 31-12-1925) permite que as partes, no momento em que contratarem, submetam a árbitros as contestações enumeradas no mesmo artigo. Tal limitação não

aparece na Lei, sem que, por isso, possa ser seguido o exemplo do direito francês.

Na Convenção NY 1958, art. II.1. a definição de convenção de arbitragem contém uma referência ao carácter contractual ou não contratual da relação jurídica a que a convenção respeita: «au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel»; «in respect of a defined legal relationship, wheter contractual or not». A história dessa parte do preceito, tal como aparece em VAN DEN BERG, pág. 148, é a seguinte: na conferência de 1958, o delegado italiano observou que a arbitragem não é limitada a relações contratuais, pois existem também relações não contratuais que podem ser cobertas por convenção de arbitragem, tal como no caso dos danos resultantes de uma colisão no mar; embora a redacção proposta pelo referido delegado não tenha sido aceite, o princípio foi aprovado, sendo a redacção afinada pela respectiva comissão. A extensão da convenção de arbitragem às relações não contratuais aparece também na ML UNCITRAL, 7 (1).

A Lei n.º 31/86, art. 1.º, n.º 2, diz: «A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)».

Não tenho relutância em admitir que um litígio surgido a respeito de uma relação jurídica extracontratual possa ser objecto de um *compromisso* (com reserva de todos os outros requisitos de arbitrabilidade), mas dificilmente concebo que uma cláusula compromissória tenha por objecto litígios resultantes de relações extracontratuais. É certo que na jurisprudência inglesa aparecem casos em que o tribunal considera a letra de uma cláusula compromissória tão ampla que abrange também «claims in tort», desde que estes estejam em estreita conexão com pretensões baseadas no contrato (VAN DEN BERG, pág. 149; RUSSEL, pág. 90), mas duvido de que a intenção das partes, ao inserirem num contrato uma cláusula

compromissória, seja a de nela abranger relações extracontratuais.

Por este último facto parece-me infeliz a redacção deste preceito da Lei. Nos textos internacionais acima citados, a referência a relações contratuais ou extracontratuais está feita relativamente às convenções de arbitragem em geral e, portanto, pode entender-se que as relações extracontratuais respeitam àquela modalidade da convenção de arbitragem — compromisso — que tecnicamente as podem abranger. A Lei coloca as palavras «contratual ou extracontratual» apenas a propósito da cláusula compromissória, onde as relações extracontratuais não têm cabimento ou, quanto muito, têm reduzido cabimento.

4.5.2. *Disponibilidade dos direitos*

Para que o litígio possa ser sujeito a arbitragem, não pode incidir sobre direitos indisponíveis. Já o art. 1510.º C.P.C. dispunha não ser válido o compromisso sobre relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes.

Para atingir resultados semelhantes, usam-se no estrangeiro várias técnicas.

Um primeiro grupo de leis internas procede por exclusão expressa e singular de várias matérias, acrescentando ou não um critério de ordem geral: — França: questões sobre o estado e a capacidade das pessoas, sobre divórcio e separação de pessoas, ou sobre contestações interessando as colectividades públicas e os estabelecimentos públicos e mais geralmente todas as matérias que interessem à ordem pública; Itália: litígios abrangidos pelos arts. 409.º 409.º e 442.º, (litígios individuais de trabalho e de segurança social), estado das pessoas, separação de cônjuges e outros não susceptíveis de transacção; Luxemburgo: separação de pessoas e divórcio, alimentos, estado das pessoas, litígios que seriam submetidos ao Ministério Público; México: alimentos, divórcio, e não ser em matérias puramente monetárias, validade do casamento, estado civil das pessoas.

Quando utilizam um critério geral de arbitrabilidade, as leis adoptam um de dois: ou a susceptibilidade de transacção

entre as partes sobre o litígio — por ex.: Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Áustria, Bélgica, Finlândia, Itália, Japão, Suécia e também LU Strasbourg —, ou a disponibilidade do direito sobre que versa o litígio — por ex.: Coreia, Espanha, Grécia, Holanda, Indonésia, Noruega.

A Lei n.º 31/86 utiliza o critério da disponibilidade dos direitos e a escolha parece acertada, não porque o critério da transigibilidade conduza a resultados diversos, mas sim porque chega ao mesmo resultado só indirectamente. Pelo menos em países, como o nosso (C.C., art. 1249.º, C.P.C., art. 299.º), em que as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, é inútil intercalar a transigibilidade para alcançar a disponibilidade. Pessoalmente, nutro dúvidas sobre este requisito da arbitrabilidade, porque não descubro ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos juízes dos seus litígios, mas conformo-me com o sentir comum, tão largamente manifestado. Seja-me, contudo, permitido notar que, por exemplo, quando leio que a arbitragem não é possível quando a transacção não o é, pois esta exige a faculdade de dispor, visto ser constituída por abandonos recíprocos (MOTULSKY, *Études et notes sur l'arbitrage*, pág. 55), compreendo que a transacção não possa, pelo citado motivo, incidir sobre direitos indisponíveis, mas continuo a duvidar da igualdade, para este efeito, entre transacção e convenção de arbitragem, ou, por outras palavras, duvido de que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre o direito disponível afecte a indisponibilidade do direito.

4.5.3. *Questões relativas à ordem pública*

Disponibilidade de um direito é conceito de teoria geral, de que não me ocupa agora. Dada a importância de que a matéria se tem revestido noutros países e os seus possíveis reflexos entre nós, vou, embora resumidamente, tratar de ordem pública como impedimento à arbitrabilidade de litígios.

O art. 2059.º do Código Civil francês dispõe que: «Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition». Em seguida, o art. 2060.º, 1.º tr., na redacção que lhe foi dada em 1972, declara que não podem ser celebrados compromissos sobre as questões de estado e capacidade das pessoas, sobre as relativas ao divórcio e a separação de pessoas ou sobre as contestações interessando as colectividades públicas e os estabelecimentos públicos, «et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public».

A doutrina francesa tem feito grandes esforços para racionalizar a jurisprudência que se tem pronunciado sobre a validade de convenções de arbitragem em função da ordem pública. Todos os autores começam por considerações sobre o conceito de ordem pública interna e as suas modalidades — aspectos que não nos interessam agora — e tentam abrir caminho por entre arestos dos tribunais, pelo menos aparentemente contraditórios. Grande importância é atribuída a um acórdão da Cour d'appel de Paris, de 12 de Fevereiro de 1963, segundo o qual: «Pour arguer le compromis de nullité dans de telles conditions, il faut établir qu'il a um object relatif a l'ordre public et qu'il lui porte directement atteint» Como resumo do estado actual da jurisprudência e doutrina francesas, um livro de divulgação (MOREAU et BERNARD, pág. 28) cita esse acórdão e diz: «só as convenções de arbitragem cujo objecto respeita a uma disposição de ordem pública, que deve ser aplicada depois de ter sido interpretada, são susceptíveis de ser anuladas»; «convém, pois, atender-se ao objecto da convenção de arbitragem; se ele apenas implica a aplicação duma regra de ordem pública, a sua validade será admitida».

À primeira vista, parece simples e claro, mas basta pensar um pouco para se ver que não é assim. Em 1984, o Prof. GOLDMAN (*L'action complémentaire*, p. 283) chegou à conclusão de que as soluções jurisprudenciais francesas não são nem claras nem satisfatórias. Permito-me traduzir o resumo de tais soluções, donde aquela conclusão é extraída: a jurisprudência francesa «oscilou entre duas soluções extremas: uma

consistia em excluir a arbitragem cada vez que a solução do litígio implicava a aplicação duma disposição imperativa; a outra, em deslocar inteiramente a intervenção da ordem pública do nível da concepção de arbitragem para o da sentença, decidindo que o árbitro podia ocupar-se de qualquer questão de ordem pública, mas não devia desconhecer a ordem pública. Entre estes dois extremos, diversas soluções intermédias foram propostas: em particular, limitar a não arbitrabilidade aos casos em que seria pedido ao árbitro que pronunciasse uma decisão contrária à ordem pública (quando, por exemplo, uma parte num contrato restritivo da concorrência, ou ambas, pediam ao árbitro que applicasse este contrato, por hipótese diferentemente interpretado); ou então, numa concepção mais limitativa da arbitrabilidade, proibir o árbitro de se pronunciar a título principal, sobre a validade ou nulidade de um contrato ao qual disposições de ordem pública são applicáveis, mas autorizá-lo a examinar o contrato sob a prisma dessas disposições, para decidir se ele é ou não competente, ou, indo mais longe, a examinar a nulidade do contrato quando é apresentada como meio de defesa, e a deduzir as consequências (designadamente quanto à reparação do prejuízo) quanto à inexecução do contrato».

Em seguida GOLDMAN aprecia especialmente as convenções de arbitragem em matéria de direito da concorrência e da corrupção; não vou seguir toda a sua exposição — bastante pessimista, do ponto de vista da arbitragem —, mas transcrevo uma passagem em que sinteticamente são feitas observações cuja importância não pode ser ignorada: «Em particular, nada permite considerar que a competência dos árbitros deveria ser admitida quando lhes é submetida a questão de validade ou nulidade do acordo por via de excepção, quando assim não aconteceria se perante eles fosse levada uma acção de nulidade. Da mesma maneira, para decidir se a execução ou inexecução dum acordo pode dar direito a indemnização, é indispensável pronunciar-se sobre a sua validade ou nulidade; e aí também não se percebe por que os árbitros poderiam fazê-lo para fun-

damentar ou recusar uma reparação, se não o podem a título principal».

O Prof. NORDENSON (idem, págs. 318 e segs.), encarando especialmente o direito da concorrência, considera pessimistas as conclusões feitas *de lege lata* pelo Prof. GOLDMAN e, reportando-se ao direito sueco, afirma que o facto de um tribunal arbitral não ser competente para aplicar sanções penais ou administrativas não o impede, necessária e automaticamente, de exercer a sua competência e examinar o pedido quando este respeita à validade ou nulidade de um contrato comercial e este contrato é declarado nulo por contrariar certas disposições imperativas do direito da concorrência. É somente no que respeita aos motivos da sua sentença que o tribunal deverá decidir se o facto de executar as obrigações, nascidas de um contrato, acarreta ou não uma violação de disposições imperativas do direito da concorrência; se tal for o caso, seria impossível, segundo o direito civil, executar a sentença. E insiste depois na distinção entre a decisão, que faz *res iudicata*, e os motivos daquela, que o não fazem; mesmo se o tribunal entendeu, como motivo da decisão, haver incompatibilidade entre as obrigações contratuais e disposições de direito da concorrência, as autoridades competentes para fazer respeitar estas disposições poderiam ulteriormente reexaminar essas questões e proferir uma decisão contrária à opinião expressa pelo tribunal arbitral.

Entre nós, é de afastar a tese extrema afirmada pela Cassation francesa; a impossibilidade de um tribunal arbitral interpretar e aplicar qualquer disposição legal imperativa levaria a resultados muito inconvenientes: ou os árbitros deveriam «esquecer» nos seus julgamentos as normas imperativas, ou os árbitros deveriam dar-se por incompetentes logo que, por iniciativa de alguma das partes ou *ex officio*, surgisse uma questão de interpretação ou aplicação de norma imperativa. Para usar palavras de XAVIER DE MELLO, *Arbitrage et droit communautaire*, Rev. Arb., 1982, pág. 358, aquela interpretação rígida esqueceria o princípio «donner et retenir ne vaut», pois, simultaneamente, atribuiria competência ao árbitro

e proibiria o seu exercício no seu domínio de eleição, a vida económica, que é «impregnada de ordem pública». (Veja-se um Acórdão do Tribunal Supremo dos U.S.A., de 2 de Julho de 1985, caso *Mitsubishi v. Soler*, que julgou ser arbitrável — internacionalmente — um litígio respeitante à legislação anti-trust; Rev. Arb. 1985, pág. 273).

Importante é decidir se a questão da ordem pública se coloca ao nível da convenção de arbitragem ou ao nível da sentença arbitral; no primeiro caso, ela afecta, através da convenção, a competência do tribunal arbitral, enquanto no segundo caso o tribunal é competente e a sentença só será impugnável — se o for, no ordenamento considerado — por vício de fundo.

A Lei n.º 31/86 nenhuma referência faz à ordem pública, como limitação à convenção de arbitragem, mas afigura-se-me que no plano desta deve o problema ser colocado. Se o tribunal arbitral *não puder* pronunciar-se sobre questões que interessam à ordem pública, está em causa a competência e não o mérito da sentença que chegar a ser pronunciada.

Uma vez colocada a questão no plano da convenção de arbitragem, há que decidir-se se esta é nula por respeitar a litígios resultantes de um contrato nulo por contrariar a ordem pública. Em princípio, a resposta é negativa, visto que a convenção de arbitragem é autónoma (Lei n.º 31/86, art. 21.º, n.º 2), mas, por outro lado, como há vícios da convenção de arbitragem, que directamente a tornam nula, a autonomia não responde completamente à questão.

A indisponibilidade dos direitos que se pretende fazer valer em tribunal arbitral constitui, na lei portuguesa, o único vício relativo ao objecto da convenção de arbitragem que torna esta directamente nula. Nem pode supor-se que o legislador ignorava a problemática da ordem pública quanto a convenções de arbitragem, tendo deixado, por esquecimento, uma lacuna a preencher pelo intérprete. Portanto, a questão transmuda-se para saber se a indisponibilidade dos direitos cobre também as referidas hipóteses de ordem pública.

Admito que seja indisponível um direito que, validamente constituído, não seja renunciável pelo seu titular, caso em que a indisponibilidade não está ligada à constituição do direito mas sim ao seu termo.

Também aceito que um direito que não foi validamente constituído (por ex. nulidade por falta de forma de contrato que o originaria) e, *por não existir*, não é disponível, pode ser objecto de convenção de arbitragem; isso nada tem a ver com a disponibilidade que se apura perante a *categoria* de direitos considerados e não perante cada direito concreto.

Quando, porém, a lei limita a autonomia da vontade, por motivos de ordem pública, e não permite que, por isso, certas categorias de eventuais negócios criem validamente direitos, os direitos que de tais negócios nasceriam devem ser tidos por indisponíveis, para este efeito.

A intenção da lei, ao colocar a disponibilidade do direito como requisito da convenção de arbitragem, é ligar esta à possibilidade de o interessado manifestar a sua vontade quanto às vicissitudes desse direito. Não discuto agora se essa ligação é ou não justificada; talvez o legislador devesse ter maior confiança nos tribunais arbitrais (*vide* a latitude do art. 3.º do Code Djibutien de l'Arbitrage International, Lei de 13-2-84 — Rev. Arb., 1984, pág. 534: «Quelle que soit la loi applicable à la convention d'arbitrage, la convention d'arbitrage est obligatoire même si les règles, par l'application desquelles le litige doit être résolu, présentent un caractère d'ordre public»), mas manifesta não a ter quando estabelece tal requisito. Ora a situação é ainda mais grave, no respeitante à autonomia da sua vontade, quando o direito não pode ser criado do que quando o direito não pode ser extinto por vontade do seu titular.

Um aceno ainda à ordem pública comunitária, mas aceno ligeiro, uma vez que não podem ser aqui tratados os problemas básicos de direito comunitário que interessam para questões relativas à arbitragem. Assim, dou como assente a existência de uma «ordem pública comunitária», sem tentar definir

os seus limites, e, bem assim, que os tribunais nacionais são juízos de direito comum do Tratado de Roma.

Definida num certo direito a atitude a tomar por um tribunal arbitral perante a ordem pública puramente interna, pergunta-se se deve ser igual a atitude a tomar por ele perante questões de ordem pública comunitária. Por outro lado, pergunta-se se um tribunal arbitral tem ou não certos poderes e certos deveres concedidos ou impostos pelo art. 177.º do Tratado de Roma às jurisdições ordinárias.

Já no Congresso Internacional de Arbitragem realizado em Rotterdam em 1966, foi votada uma conclusão no sentido de

«que, sob reserva das competências exclusivas atribuídas às autoridades comunitárias, cabe aos árbitros chamados a julgar litígios que põem em causa o direito comum comunitário, verificar a sua competência e estatuir sobre o fundo, com respeito da ordem pública comunitária, sob a fiscalização das autoridades competentes;

«que os termos dos arts. 177.º C.E.E. e 150.º C.E.E.A. não retiram aos árbitros qualidade, se uma das questões prejudiciais previstas nos ditos artigos for levantada perante eles e se eles consideram que uma decisão sobre esse ponto é necessária para a sua sentença, para solicitar ao Tribunal de Justiça que estatua sobre tal questão».

A doutrina (GOLDMAN, *Droit Commercial Européen*, n.º 358; BURST cit., págs. 111 e segs.; XAVIER DE MELLO, *Arbitrage et droit communautaire*, Rev. Arb., 1982, págs. 350 e segs., com larga bibliografia) manifesta preponderantemente uma opinião liberal sobre as duas questões. Quanto à primeira, afigura-se-me de aceitar a assimilação do árbitro ao juiz, mas tendo em atenção as limitações que para o árbitro resultam da influência que se decida ter a ordem pública interna sobre a validade da convenção de arbitragem; melhor será, pois, falar em igualdade de atitude dos árbitros quanto à ordem pública interna e quanto à ordem pública comunitária.

Quanto à segunda questão, convirá lembrar que o art. 177.º do Tratado de Roma atribui competência ao Tribunal de Justiça para estatuir, a título prejudicial, a) sobre a interpretação do Tratado; b) sobre a validade e interpretação dos actos das instituições da Comunidade; c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, quando estes estatutos o prevejam. No caso de tal questão ser suscitada perante uma jurisdição de um Estado membro, esta jurisdição *pode*, se considera que uma decisão sobre esse ponto é necessária para pronunciar a sua sentença, solicitar ao tribunal de Justiça que estatua sobre a questão. No caso de tal questão ser suscitada numa causa pendente perante uma jurisdição nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso jurisdicional de direito interno, esta jurisdição *é obrigada* a dirigir-se ao Tribunal de Justiça.

Se um tribunal arbitral for considerado «jurisdição de um estado membro» ou «jurisdição nacional», terá esse direito e esse dever. O caso *Nordsee*, julgado pelo Tribunal de Justiça, em 23 de Março de 1982 (texto do acórdão na Rev. Arb., 1982, págs. 473 e segs.; comentário de XAVIER DE MELLO, acima citado), tem a particularidade de ser o primeiro em que o árbitro se dirige ao Tribunal de Justiça para obter uma interpretação ao abrigo do art. 177.º, acrescentando que esse árbitro teve o cuidado de, antes de concretizar o pedido de interpretação, colocar uma primeira questão: «Um tribunal arbitral alemão, que não deve julgar em equidade mas sim segundo a lei e cuja sentença tem, entre as partes, os efeitos de uma declaração judiciária com força de caso julgado (art. 1040.º do Código de Processo Civil alemão) é competente para se dirigir ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a título prejudicial em virtude do artigo 177.º, alínea 2 do Tratado CEE?».

O Tribunal de Justiça declarou-se incompetente, o que vista a redacção do dito art. 177.º — o qual começa por falar em competência do Tribunal de Justiça para os referidos efeitos — significa que não considerou um tribunal arbitral habilitado para o interpelar. Acrescentou, porém, uma sugestão: a interpelação poderia ser feita, em vez do tribunal arbitral,

pelas jurisdições nacionais (assim, entendidas em sentido restrito, excluindo os tribunais arbitrais), quando estas interveham nas suas funções de assistência e de fiscalização.

Se esta sugestão é exequível, depende das funções de assistência e fiscalização que, em cada direito nacional, forem atribuídas às jurisdições estaduais relativamente aos tribunais arbitrais. Em qualquer caso, a sugestão presta-se a uma crítica de base: impedir que o tribunal arbitral recorra ao Tribunal de Justiça, quando disso precisaria para proferir sentença, para depois admitir que os tribunais estaduais o podem fazer, a fim de auxiliar os árbitros na pronúncia da sentença ou fiscalizar esta, é complicar o sistema, em nome de um preconceito.

4.5.4. *Acções executivas*

O tribunal arbitral não tem competência para a execução das suas próprias decisões, como resulta do art. 30.º da Lei n.º 31/86. Não tem igualmente competência para qualquer outra acção executiva, fundada em sentença de tribunal judicial ou em diferente título executivo. Não vale a pena argumentar com o facto de um litígio só estar decidido quando efectivamente está satisfeito o direito violado. É convencimento geral que o Estado não confia senão aos seus próprios órgãos o exercício dos poderes sobre bens e pessoas que a acção executiva pressupõe.

Mais duvidoso é saber se pode ser confiada a árbitros a decisão do litígio declarativo enxertado na acção executiva por meio de embargos de executado. A resposta negativa parece preferível por os embargos aparecerem sempre como uma opposição à pretensão do exequente de exercício pelo Estado dos referidos poderes, e, sob esse ângulo, não caber ao tribunal arbitral decidir se o órgão do Estado pode ou não proceder a tal exercício.

4.5.6. *Conflitos de formação*

Os relatórios nacionais contidos no YB ocupam-se de uma questão relativa à possibilidade de os árbitros preencherem lacunas deixadas voluntariamente no contrato («to fill the gaps», entendendo-se como «gap», termos de um contrato que as partes deliberadamente deixaram em aberto ao celebrá-lo).

As respostas variam, dando a impressão de que a questão não foi uniformemente entendida.

Há respostas decididamente negativas, como a do México, que argumenta não serem os árbitros representantes das partes nem de outra fonte receberem poderes para completar contratos. Negativas podem ainda considerar-se as respostas que acentuam haver nesse caso um desvio de noção tradicional de convenção de arbitragem (relatório do Japão) ou que logo caracterizam a hipótese em instituto jurídico diferente do da arbitragem (Itália, qualificando-a como *expertise conventionnelle irrévocable*).

A maior parte das respostas é no sentido de ser lícito aos árbitros «to fill the gaps», se para tanto forem especialmente autorizadas pelas partes.

Sobre esta matéria incidiram os trabalhos do V Congresso Internacional da Arbitragem, 4.º Grupo de Trabalho, cujas conclusões pouco adiantam. (Rev. Arb., 1975, 1).

Parece conveniente colocar o problema com precisão, distinguindo para isso algumas hipóteses.

A primeira delas consiste na *integração* do contrato, de harmonia com o disposto no art. 239.º C.C. Tal como o juiz, o árbitro pode e deve integrar a declaração negocial de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditâmes da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. Esta é a hipótese encadrada, por exemplo, no relatório da Suécia, quando diz ser lícito ao árbitro completar o contrato «by implying terms which are necessary but have not been expressed therein».

A segunda hipótese consiste na *modificação* do contrato, nos casos e termos previstos e admitidos na lei. Também nesta hipótese o árbitro deve ser equiparado ao juiz. Por exemplo, pode ser sujeito a arbitragem um litígio em que uma parte pretende a resolução ou modificação dos contratos, por alteração das circunstâncias, nos termos do art. 437.º C.C.

Essas duas hipóteses não extravasam do domínio de arbitragem. Já assim não acontece com as hipóteses em que as partes deliberadamente deixam incompleto o conteúdo de um contrato e atribuem a pessoas a que chamam «árbitros» o poder de o completar. Em tal hipótese não há um litígio a decidir pelos árbitros mas, sim, uma actividade de formação de parte de um contrato atribuída pelas partes a terceira(s) pessoa(s).

Sem pôr em dúvida a importância actual de contratos de colaboração ou de cooperação entre empresas de um ou vários países, e sem discutir aqui o papel que a arbitragem pode ter para a estabilidade e a harmonia das relações assim criadas (HOLTZMANN, *Arbitration in cases arising out of long-term collaboration agreements between companies from different countries*, in *Coopération entre organismes d'arbitrage*, pág. 469), afigura-se que casos como o posto em relevo por este autor não cabem no âmbito da arbitragem. Tratava-se de uma sociedade que procurava descobrir um novo material plástico e de outra sociedade que deveria receber uma licença para o novo plástico; não sendo possível determinar logo a *royalty* a pagar pela segundo à primeira, foi essa determinação remetida para arbitragem segundo as regras da American Arbitration Association.

A distinção rigorosa entre a (verdadeira) arbitragem e outros institutos mais ou menos vizinhos daquela deve também ser mantida quando se trate de relações duradouras que vão sendo sucessivamente integradas por novos contratos entre as mesmas partes. Lógica e praticamente haverá um primeiro contrato, de conteúdo genérico, onde são definidos os objectivos a atingir pelas partes e os meios jurídicos previstos para a

sua realização, designadamente a celebração de futuros contratos, de uma só ou várias naturezas.

É manifesto que, sendo o contrato-base um contrato perfeito, pode conter uma cláusula compromissória (verdadeira) para os litígios que surjam da sua interpretação ou execução. Do mesmo modo, cada um dos contratos específicos que vierem a ser celebrados no futuro, em ligação com o contrato-base, pode conter uma (verdadeira) cláusula compromissória destinada aos litígios que de cada um possam surgir. O problema consiste em saber se é possível, «logo na estipulação do contrato-base, instaurar uma convenção compromissória regendo as estipulações sucessivas quando, por causa da elasticidade de negociação deixada às partes, estas se esforçam por explorar, cada uma em seu benefício, a evolução ulterior da relação contratual, o que não deixará de ser prejudicial à definição normal da relação instaurada pelo contrato-base». (CUTRERA, *La convention compromissoire dans les accords de coopération à formation successive*, in *Arbitrage Commercial*, pág. 97).

Não interessa agora colocar o problema com essa amplitude, mas apenas observar que, tanto na hipótese de as partes simplesmente confiarem aos chamados «árbitros» a formação, no todo ou em parte, do conteúdo de futuros contratos, como ainda na hipótese de a intervenção dos ditos «árbitros» estar prevista apenas quanto a divergências entre as partes sobre aquele conteúdo, não pode haver verdadeira arbitragem e, conseqüentemente, a cláusula do contrato-base que cubra tais hipóteses não é uma verdadeira cláusula compromissória. O modo de exprimir essa realidade é indiferente: dizer que adequada para essas hipóteses é a «arbitragem contratual» e não a «arbitragem jurisdicional», que há um litígio «económico» e não um «litígio jurídico», etc., são maneiras diversas de dizer que os conflitos de formação de contratos não constituem objecto juridicamente possível de *arbitragem*, no sentido técnico e rigoroso dela.

Veja-se como a *Chambre de Commerce Internationale* encarou o problema. Ao lado da *Cour d'Arbitrage* e respectivo regulamento, para as verdadeiras arbitragens criou um *Règle-*

ment d'adaption des contrats, cujo art. 1.º, n.º 1 declara: «Il existe au sein de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) un organisme qui, sous le nom de Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles, a pour mission d'assurer, en vue de faciliter les opérations économiques internationales, l'intervention d'un tiers pour remplir le rôle que les parties lui auront confié dans le cadre de leurs relations contractuelles».

A opinião que deixo expressa parece insustentável perante os claros dizeres do art. 1.º, n.º 3, da Lei n.º 31/86: «As partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem». Tratarei primeiro de algumas questões de interpretação e depois do enquadramento do preceito.

Note-se em primeiro lugar a técnica utilizada pelo legislador: um alargamento do conceito de litígio. À letra, pareceria necessário que as partes declarassem na convenção de arbitragem que «o conceito de litígio é alargado», até certos limites. Isso seria, porém, um formalismo exagerado; indispensável será apenas que a convenção especifique quais os objectos das questões — genericamente definidos, no sentido de que, por se tratar de cláusula compromissória, não pode o objecto ser perfeitamente definido — que pretendem cometer aos árbitros.

Em segundo lugar, é indispensável que as partes acordem sobre esse alargamento do conceito de litígio. Não basta, pois, que a cláusula compromissória seja redigida nos termos normais; quando assim aconteça, a cláusula só cobre o que o preceito chama «as questões de natureza contenciosa em sentido estrito». Temos, pois, a possibilidade de alargamento voluntário do conceito de litígio, mas ao mesmo tempo, a necessidade de este ser claramente expresso.

O alargamento pode ser estipulado para «quaisquer outras» questões; «outras», por contraposição a questões de natureza contenciosa em sentido estrito. Seguem-se exemplificativamente — «designadamente» — certo número de questões. Duas dúvidas se suscitam: «questões» e «outras».

Quanto ao termo «questão» — e ao chamado conceito de litígio — o problema praticamente importante é o de saber se o recurso à arbitragem depende ou não de primeiramente ter sido manifestada alguma divergência entre os interessados, ou se, pelo contrário, estes podem remeter para os árbitros, na convenção de arbitragem, alguma das referidas tarefas, sem que os interessados tenham tido, sequer, necessidade de se pronunciar sobre elas. Não quero dizer que os árbitros possam ser as únicas entidades competentes para tais tarefas, com exclusão das próprias partes; se estas quiserem resolver entre elas a «questão», nada poderá impedi-lo. A dúvida consiste em saber se, existindo convenção de arbitragem alargada, uma parte pode instaurar o tribunal arbitral, embora a outra parte não tenha manifestado qualquer discordância sobre o assunto que a este vai ser submetido.

Talvez pudessem ser alinhados argumentos literais para defender o sentido mais restrito, como por exemplo *um mínimo* do conceito de litígio, mas verdadeiramente isso nada interessa. Desde que as partes acordam que aos chamados árbitros ficam competindo determinadas tarefas, ou atempadamente se antecipam, tornando inútil a tarefa do árbitro, ou cada um poderá desencadeá-la, nos termos convencionados.

Obviamente, nada impede que as partes redijam a convenção de arbitragem, de modo a que só uma das hipóteses fique clara, ou o fiquem ambas.

Quaisquer questões que não sejam de natureza contenciosa em sentido estrito, é muitíssimo amplo. Desconheço o género de questões que o legislador teve em vista, além das exemplificativamente enumeradas, mas é óbvio que não pode ser atribuída competência aos árbitros para procedimentos

que só a poderes do Estado podem competir, como as homologações que a lei atribua a tribunais judiciais.

A gama de exemplos dados neste n.º 3 mostra a intenção de abranger todas as possíveis modalidades de conflitos de formação; nem sequer falta um caso em que o legislador deve ter suposto que a extensão seria duvidosa, se não fosse expressa: «*ou mesmo rever*».

A parte final do n.º 3 parece inculcar que o alargamento do conceito de litígio só é permitido em cláusula compromissória. Não vejo, contudo, motivo para isso, embora aquele caso seja o mais natural. Dogmaticamente, se uma das convenções de arbitragem pode ter aquela extensão, também a outra o poderá, visto que a natureza do compromisso não o impede. Concebe-se que as partes, tendo em vista uma concreta actualização ou revisão de um seu contrato, a cometam a árbitros e essa convenção qualificar-se-á como compromisso e não como cláusula compromissória.

Passando ao enquadramento da hipótese, deverá antes de mais assentar-se em que o preceito tem o alcance prático de validar as alargadas convenções de arbitragem e, bem assim, de submeter estas e os eventuais processos delas derivados a um regime unitário. Nem por isso é alterada a natureza das instituições, embora fique reduzido o alcance da diferença.

As «questões de natureza contenciosa em sentido estrito» constituem o objecto da verdadeira arbitragem, ou arbitragem própria, ou arbitragem em sentido estrito, porque só elas são equiparadas à função judicial do Estado. Duvidamos da curialidade de uma «natureza contenciosa em sentido estrito». A não ser que «contencioso» signifique a simples eventual sujeição, para qualquer efeito, a um tribunal, estadual ou não, não vemos lugar para «natureza contenciosa em sentido amplo».

Assim, entendo que o alargamento do conceito de litígio não faz alargar o conceito técnico de arbitragem; ele representa apenas a reunião, no mesmo rito processual, de duas instituições diferentes: a que se destina à solução de verda-

deiros litígios, tendo verdadeira natureza contenciosa, e a que substitui as partes na formação das suas relações jurídicas.

Só o futuro mostrará se esta inovação legislativa, que não se recomenda pelos fundamentos, se justificará pelos resultados.

4.5.6. *Corrupção e tráfico de influências*

Embora seja pouco previsível a propositura de acções para fazer valer pretensões resultantes de factos destinados ao uso por uma das partes de corrupção ou de tráfico de influências, a prática tem mostrado, sobretudo no campo internacional, acções desse género, quer para obtenção dos benefícios prometidos quer para reclamações dos resultados pretendidos ou, na falta destes, libertação das obrigações assumidas. É claro que tais questões não aparecem assim «desnudas», antes cobertas por qualquer «diáfano véu» de fantasia jurídica.

Duas sentenças de tribunais arbitrais ilustram as duas posições que — quanto ao aspecto, agora considerado, do valor da cláusula compromissória — é possível tomar (sentenças e comentários em KOSHERI e LÉBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption ou et aux trafics d'influence*, Rev. Arb., 1984, págs. 3 e segs.). Na sentença mais antiga, de 1963, o árbitro único, depois de ter adquirido a convicção, por meios que não interessam agora, de que o negócio disfarçava corrupção e tráfico de influências, invocou a ordem pública internacional, considerou que a violação desta tornava nula a cláusula compromissória e terminou julgando-se incompetente. Na sentença mais recente, de 1983, o árbitro também único, partindo de factos semelhantes e também de violação de ordem pública internacional, baseou-se na autonomia da cláusula compromissória para se considerar competente e julgar, quanto ao fundo, evidentemente no sentido da nulidade do contrato principal.

Pelos motivos acima referidos, tratando-se de ordem pública interna, é preferível a primeira solução. A autonomia da convenção de arbitragem não impede a nulidade desta havendo vício que directamente a afecte, como é a não-arbitrabilidade do litígio.

4.5.7. *Litígios individuais de trabalho e outros, sujeitos à competência dos tribunais de trabalho*

Em *A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho*, Rev. Fac. Dir. Lisboa, vol. XVIII, págs. 187 e segs., enumerei os diplomas legais portugueses que se têm ocupado da arbitrabilidade de litígios surgidos de relações individuais de trabalho e de outros litígios para os quais são normalmente competentes os tribunais do trabalho.

Lembro que o art. 11.º, § único do Código de Processo nos Tribunais de Trabalho, de 1941, não permitia submeter a arbitragem voluntária as questões referidas nos n.ºs 3 e 7 do corpo do artigo (questões emergentes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais, e questões referentes ao contencioso das instituições de previdência). Seguiu-se-lhe o Código de Processo do Trabalho, de 30 de Dezembro de 1963, art. 15.º, do seguinte teor: «1. Nas causas abrangidas pelas alíneas a) e g) do artigo anterior só são válidos o compromisso arbitral pelo qual se convencione que certo litígio seja decidido por uma comissão corporativa à qual a lei atribui competência para intervir na respectiva conciliação e as cláusulas compromissórias em que o mesmo se convencione quanto à generalidade dos litígios emergentes dos contratos individuais de trabalho em que sejam incluídas. Nestes casos a causa será julgada nos termos do processo sumário.

2. Nas causas abrangidas pelas restantes alíneas do artigo anterior é aplicável o art. 1510.º do Código de Pr. Civil.

3. Valerá como compromisso arbitral a declaração feita por ambas as partes perante a comissão corporativa no sentido de que esta julgue o respectivo litígio».

As causas abrangidas pelas alíneas a) e g) do art. 14.º eram, respectivamente, «as questões emergentes de relações de trabalho subordinado e bem assim das relações que tenham sido estabelecidas com vista à celebração de contratos de trabalho, sem prejuízo da competência das autoridades marítimas», e «as questões emergentes de contratos de aprendizagem e de tirocínio».

No meu estudo acima citado procurei determinar o fundamento da limitação da arbitragem voluntária, neste campo, e rejeitei opiniões da doutrina espanhola, que o colocam na irrenunciabilidade do próprio direito de acção perante os tribunais do trabalho, e de um autor brasileiro, CAMPOS BATALHA, que o vê na preocupação de evitar que, através das arbitragens voluntárias, desapareça o carácter protector do direito substantivo do trabalho. Aquelas primeiras opiniões nada explicam, pois limitam-se a enunciar o facto evidente de o trabalhador, ao outorgar uma convenção de arbitragem, afastar a jurisdição estadual especializada, mas não indicam a causa da proibição de tal facto. A segunda tese só seria válida se os tribunais arbitrais tivessem, na aplicação do direito substantivo do trabalho, uma liberdade de que não dispões os tribunais estaduais; como isso não é verdade, pois os tribunais arbitrais devem julgar segundo direito estrito (e se o risco estivesse na possibilidade de autorização convencional de julgamento *ex aequo et bono* bastaria proibir tais convenções), a tese falha.

Entre teses da doutrina italiana, umas que reconduzem o disposto no art. 806.º Codice Civile à indisponibilidade dos direitos e outras que invocam o princípio da tutela do contraente mais débil (respectivamente, NAPOLETANO, *Diritto Processuale del Lavoro*, págs. 391 e segs. e GINO GIUGNI, *I limite legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Riv. Dir. Lavoro, 1958, 3), manifestei-me no sentido da segunda: «O Estado organizou e oferece aos interessados em conflitos individuais de trabalho jurisdição e processo especiais adaptados à realização dos correspondentes direitos substantivos; se pela arbitragem voluntária o trabalhador pudesse conseguir melhor, nenhum impedimento deveria ser levantado, mas não se vê circunstância alguma em que a arbitragem voluntária melhore a situação do trabalhador; nem a especialização do órgão, nem a conveniência do rito processual, nem a rapidez, nem o custo. Faltando tais vantagens, é quase de presumir que o compromisso ou a cláusula compromissória se destinam a colocar o trabalhador em situação de inferioridade perante a entidade patronal, ou seja, a produzir efeito contrário ao

pretendido pelo legislador, ao criar os tribunais de trabalho e ao regulamentar o respectivo processo».

O art. 56.º, n.º 1, da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, enumera, entre os possíveis tribunais de competência especializada, os tribunais de trabalho, dos quais o art. 65.º da mesma Lei diz que «exercem jurisdição social nos termos dos artigos seguintes». Reflexo do carácter «social» da jurisdição é a intervenção de juizes sociais, nos termos do art. 68.º Ao contrário do que sucedia no CPT de 1963, acima citado, a competência dos tribunais do trabalho em matéria cível é agora limitada — art. 66.º — sem que menção seja feita da arbitrabilidade de causas ali abrangidas.

Manifestamente, a Lei de 1977 não podia forçar a arbitragem à utilização de comissões corporativas, como fora legislado em 1963. O silêncio da lei actual sobre a arbitrabilidade de tais litígios não significa um regresso pleno à autonomia da vontade nesta matéria, mas pelo contrário um reforço — por afastamento da única via de excepção — da proibição do seu exercício normal.

Em meu entender, «jurisdição social» não significa mais do que o agrupamento, sob um só adjectivo, das várias matérias que o legislador submeteu à competência dos tribunais de trabalho, seleccionadas estas pelo critério expresso também naquele adjectivo. Não há, portanto, um *modus* de exercício da jurisdição — ressalvado o efeito da composição do tribunal — que a distinga, como «social». Daí, talvez pudesse extrair-se argumento para sustentar a arbitrabilidade dos referidos litígios.

Não vejo, contudo, motivo para que o legislador de 1977 invertesse o sentido de marcha já definido em 1963 e franqueasse, neste campo, a porta à arbitragem voluntária. As razões justificativas da muito restrita permissão de 1963 — que acima apreciei — mantêm-se e reforçam-se para fazer considerar os tribunais do trabalho como *únicos* órgãos competentes para os litígios de «jurisdição social» enumerados naquela Lei.

A exclusão da arbitragem abrange não só os litígios que sejam julgados durante a vigência de contrato de trabalho, como também aqueles cujo julgamento ocorra depois daquela vigência (tentando interpretar em sentido contrário a este a supressão, em 1982, da frase «à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur au contrat de travail», existente numa Lei 79-44, de 17-1-79, ROBERT, *Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la Loi du 6 Mai 1982*, Rev. Arb., 1982, pág. 169).

4.5.8. Litígios relativos a sociedades

Em Portugal existem contratos de sociedade que contêm uma cláusula compromissória para os litígios entre a sociedade e sócios e/ou entre sócios. Não têm, contudo, a difusão verificada em Itália (SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, apresenta interessantes estatísticas, pelas quais se vê que, em certos sectores económicos, os pactos sociais com cláusula compromissória atingem 60 %).

Não temos preceito legal a legitimar a cláusula neste campo, ao contrário do que sucede em França, onde o art. 631.º Code de Commerce, permite a submissão a árbitros das «contestations entre associés pour raison d'une société de commerce», princípio este que a jurisprudência tem alargado aos litígios que opõem os sócios à própria sociedade (BOISSESSON-JUGLART, pág. 49).

Também em Itália pode hoje considerar-se doutrina pacífica a validade da cláusula compromissória no contrato de sociedade (por todos, SILINGARDI, cit., págs. 4 e segs., com larga bibliografia na nota 4).

Tanto em França como na Itália, subsistem, contudo, dúvidas quanto à arbitrabilidade de certos litígios neste campo, como adiante se verá; quanto à Bélgica, V. MOURY et MATRAY, *L'arbitrage et le droit des sociétés*, Rev. Arb. 1978, págs. 130 e segs.

A falta de texto legal expresso não constitui entre nós obstáculo à aceitação, em termos genéricos, desta aplicação

da cláusula compromissória. Evidentemente, são de exigir os requisitos gerais e há que atender à relação jurídica a que ela respeita e que é a derivada do contrato de sociedade; a cláusula não abrange litígios respeitantes a relações da sociedade com uma pessoa que é sócia mas interveio noutra qualidade. Por outro lado, abrangerá litígios relativos a direitos que, na terminologia corrente se chamam «aquiridos» ou «concretos» e que eu prefiro chamar «efectivados» ou «activados» (RAÚL VENTURA, *Reflexão sobre direitos de sócios*), pois tais direitos derivam ainda do contrato de sociedade.

Quanto a questões relativas à *nulidade do contrato de sociedade*, há quem entenda (ROBERT, pág. 63 e jurisprudência francesa aí citada) que se trata de um problema de ordem pública, porque essa nulidade não produz efeitos apenas em relação a sócios, mas interessa os terceiros que contactaram com a sociedade.

Discordo dessa opinião. A questão da nulidade do contrato de sociedade pode suscitar-se entre a sociedade e um terceiro interessado, com legitimidade para tanto, e nesse caso a cláusula compromissória não é obviamente aplicável. Quando, porém, a questão seja suscitada por um sócio, o facto de haver terceiros que estabeleceram relações com a sociedade, não impede que ela seja julgada pelo tribunal arbitral, como não impede que ela seja julgada no tribunal estadual, sem intervenção desses terceiros. Por outro lado, a opinião contrária pressupõe que a sentença proferida na acção entre a sociedade e o sócio prejudica interesses de terceiros, quando na realidade tais interesses podem vir a ser prejudicados na fase da liquidação subsequente à declaração de nulidade e não por esta.

Quanto às acções relativas à *dissolução da sociedade*, quando propostas por sócios, a arbitrabilidade é igualmente admitida. Também assim entendo, quer esteja em causa apenas o reconhecimento da dissolução operada extrajudicialmente, quer a dissolução seja constitutivamente ordenada pelo tribunal, com fundamento em facto previsto na lei ou no contrato de sociedade.

As acções de *anulação de deliberações sociais* suscitam problemas mais delicados. Em primeiro lugar, há que notar não ter o tribunal arbitral competência para o processo cautelar de *suspensão de deliberações sociais*, porque — salvo raras excepções — não tem competência para nenhuma medida preventiva e conservatórias. Complementarmente, observa-se que a aplicação a este procedimento cautelar, do disposto no art. 384.º, n.º 2, C.P.C. não obsta, por si só, à arbitrabilidade da acção de anulação de deliberações sociais, pois ele terá de ser adaptado para todos os casos em que a acção de que o procedimento cautelar é dependência deve ser conhecida por tribunal arbitral.

Em Itália, além das naturais teses extremas, uma negando e outra aceitando, em bloco, a arbitrabilidade destes litígios, parece fazer carreira uma tese intermédia, baseada em jurisprudência recente da Cassazione, segundo a qual, «do âmbito da operatividade da cláusula compromissória, devem ser excluídas apenas as controvérsias relativas à impugnação de deliberações da assembleia que respeitem a direitos de terceiros ou ao interesse geral da sociedade no regular desenvolvimento das actividades sociais em conformidade com as previsões normativas ou estatutárias» (SILINGARDI, pág. 77).

Poderia parecer que o problema poderia resolver-se pela aplicação, no presente aspecto, duma solução adoptada para outras matérias duvidosas. Assim como, relativamente à arbitrabilidade de litígios relativos a direito a alimentos, há quem sustente que não pode ser cometido a árbitros um litígio em que seja discutido esse direito em si mesmo, mas podem-no ser os litígios relativos a questões concretas (por ex. montantes, datas) surgidas quanto a um direito indiscutido, assim agora se distinguia o direito abstracto de impugnar deliberações sociais, o qual não seria nem disponível nem arbitrável, e as manifestações concretas desse direito, livres para serem renunciadas e arbitradas.

Afigura-se-me, porém, que as situações não são comparáveis. Um litígio sobre a existência do direito de impugnação de deliberações sociais não pode ser sujeito a arbitragem, por tal direito ser indisponível, tal como no exemplo *supra* o direito

a alimentos; enquanto, porém, no caso dos alimentos, uma vez reconhecido o direito surjem apenas questões relativas ao seu exercício, no caso das impugnações há mais um outro aspecto a considerar — o do objecto da deliberação — que, em princípio, pode ser também apreciado quanto à arbitrabilidade, como faz a Cassazione italiana.

Entrando-se no caminho dessa segunda apreciação, torna-se muito difficil fixar um critério para apurar uma distinção dentro dos objectos das deliberações impugnáveis. Na verdade, não só o critério como até a possibilidade de abrir distinções ligam-se com problemas graves da construção jurídica das deliberações sociais e do direito de as impugnar, problemas esses que não posso discutir aqui.

Limito-me, pois, a indicar a minha inclinação para a solução da Cassazione.

A *acção de responsabilidade* proposta pela sociedade contra administradores, gerentes ou liquidatários depende, quanto à sua arbitrabilidade, de vários factores. Em primeiro lugar, depende da cláusula compromissória que for invocada: cláusula estatutária *geral* relativa a litígios entre a sociedade e sócios; cláusula estatutária *especial* relativa a estas acções; cláusula particular em contratos de administradores, gerentes ou liquidatários. As cláusulas do primeiro tipo não são applicáveis quando o administrador, gerente ou liquidatário não for sócio; se elas são applicáveis quando o administrador, gerente ou liquidatário for sócio, depende de a relação entre a sociedade e essas pessoas ser incluível nas relações derivadas do contrato de sociedade ou ser autónoma, questão que não pode ser discutida neste lugar, mas que, se dever ser resolvida no sentido da separação das duas relações, prejudica a applicação dessa cláusula compromissória.

As cláusulas do segundo tipo não podem vincular administradores, gerentes, liquidatários que não sejam sócios, sem aceitação destes; colocar-se-ão problemas da forma de aceitação, visto que deverá ser sempre respeitada a forma legal da convenção de arbitragem.

Para administradores, gerentes, liquidatários que forem sócios, volta-se à questão da natureza das relações, mas agora porque, no caso de as relações deverem ser consideradas distintas, a cláusula compromissória não respeitará a uma relação jurídica *existente* à data da cláusula, mas sim a uma relação eventual futura.

O terceiro tipo de cláusulas pressupõe um acto específico criador das referidas relações, onde possa ser inserida uma cláusula compromissória.

Em qualquer dos casos, a arbitrabilidade destes litígios depende também do efeito que neste campo tenha o art. 19.º, n.º 2, do D.L. n.º 49 381, de 15-11-69, segundo o qual «a sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele, mediante deliberação expressa da assembleia geral, sem voto contrário de uma minoria de accionistas que represente pelos menos a décima parte do capital social». Perante o art. 2393.º, último trecho, do Codice Civile, a doutrina italiana tem seguido dois caminhos opostos: uns aproveitam a primeira parte do preceito, que admite a renúncia e a transacção, concluindo que também a arbitragem será lícita; outros fazem sobressair o condicionamento exigido pela segunda parte, para só admitirem um compromisso e não uma cláusula compromissória.

O nosso preceito — como o correspondente italiano — mostra que o direito da sociedade à indemnização não é, em si mesmo, indisponível, pois a sociedade pode renunciar e transigir. Essa disponibilidade está, contudo, sujeita a um condicionamento da formação da vontade da sociedade, destinado a proteger os accionistas minoritários contra abusos da maioria. Se a lei da arbitragem liga a arbitrabilidade do litígio à disponibilidade do direito — volto a dizer que não é de discutir agora essa ligação — os requisitos da disponibilidade do direito constituem também requisitos da arbitrabilidade.

A autorização para a renúncia ou transacção é dada pela assembleia geral sem o voto contrário da minoria acima referida. Nesses casos, por natureza, a assembleia pronuncia-se sobre um certo direito já concretizado. Isso é também essencial

para a protecção da minoria, sendo inconcebível que uma cláusula estatutária possa autorizar renúncias e transacções, neste campo. Portanto, a autorização, condicionante da convenção de arbitragem também só poderá ser dada por autorização da assembleia geral perante o litígio concreto, o que me leva a concordar com a opinião italiana que só admite o compromisso (VECCHIONE, pág. 247).

4.6. *Conteúdo*

A propósito do conteúdo da convenção de arbitragem há que fazer duas distinções. Por um lado, distinguem-se a parte essencial, o núcleo fundamental, para que exista convenção de arbitragem, e a parte facultativa do conteúdo. Por outro lado, separam-se o conteúdo geral de qualquer convenção de arbitragem e o conteúdo específico das modalidades desta.

4.6.1. *Núcleo fundamental*

Na Lei n.º 31/86, art. 1.º, o conteúdo essencial e geral da convenção de arbitragem é definido pelas palavras *cometer à decisão de árbitros*.

Essencial é manifestar a vontade de constituir um tribunal arbitral para a decisão de um litígio. Não há palavras sacramentais, nem mesmo é preciso repetir as palavras de qualquer preceito legal; por exemplo, «arbitragem», «tribunal arbitral» substituem perfeitamente a referência a «X árbitros». Desnecessário é mencionar na convenção o efeito desta quanto à exclusão da competência dos tribunais estaduais; se tal menção figurar na convenção, *non nocet*, e pode ser útil para afastar dúvidas quanto ao objecto da vontade.

A convenção de arbitragem deve manifestar uma vontade *actual* de submeter à arbitragem litígio presente ou litígios futuros. Não há convenção de arbitragem se as partes se reservam a decisão (futura) sobre se submeterão a arbitragem um litígio presente ou litígios futuros (JOLIDON, pág. 134).

Discute-se em Itália se é lícito um pacto preliminar de cláusula compromissória (ANDREOLI, *Sul preliminare de clausola compromissoria*, Riv. Dir. Proc. 1944-1946, II, 88; SCHIZZEROTTO, pág. 64). Não se trata agora de qualificar a cláusula compromissória como pacto preliminar ou contrato-promessa de cláusula compromissória, nem de confundir cláusula compromissória e pacto preliminar desta; trata-se de uma convenção pela qual as partes se obrigam a, no futuro, outorgar uma cláusula compromissória.

Que tal contrato-promessa é lícito (ressalvados todos os outros requisitos legais que não respeitam ao objecto), parece-me claro. E deles se faz uso quando num contrato-promessa é estipulado o futuro conteúdo de um contrato, incluindo a cláusula compromissória.

Questões diferentes são as de saber se esse contrato-promessa é susceptível de execução específica, designadamente dos meios que para a cláusula compromissória valem como execução específica, ou seja, a constituição do tribunal arbitral com árbitro nomeado pelo tribunal estadual. Aí, a resposta tem de ser negativa. O tribunal arbitral pode ser constituído — mesmo sem colaboração de um dos interessados — com base num compromisso ou numa cláusula compromissória. Nada permite que o tribunal arbitral seja constituído com base num pacto cujo objecto não consiste em criar o direito a essa constituição, mas apenas em exigir a celebração de uma convenção que passe a permiti-lo.

Como já dissemos, a propósito da natureza jurídica das convenções de arbitragem, o efeito negativo não constitui conteúdo destas. A vontade das partes não se dirige a excluir a jurisdição estatal, mas sim a constituir um tribunal arbitral; a exclusão das jurisdições estaduais resulta — quanto à vontade das partes — implicitamente do conteúdo positivo e é sancionada pela lei, através de meio técnico que, como veremos, entre nós é a excepção de preterição de tribunal arbitral.

Para completar a descrição do núcleo fundamental da convenção de arbitragem é necessário definir «arbitragem»

ou «árbitros», palavras usadas nos preceitos acima referidos. Disso espero ocupar-me noutro estudo dedicado aos aspectos gerais da arbitragem.

Fazem parte do conteúdo essencial do compromisso e da cláusula compromissória os requisitos objectivos específicos acima enumerados e que seria agora ocioso repetir.

4.6.2. Conteúdo facultativo previsto na lei

O conteúdo facultativo da convenção é constituído por todas as estipulações que, respeitando à arbitragem, não sejam impostas por lei como conteúdo essencial ou obrigatório.

Tais estipulações podem estar *previstas* nos diplomas reguladores da arbitragem, quando estes remetam para a convenção. Podem, porém, não estar previstas nesses diplomas e pertencer a um de dois grupos, que adiante distinguirei.

Na Lei n.º 31/86 estão previstas estipulações na convenção de arbitragem para:

- consequência da morte ou extinção de parte — art. 4.º, n.º 2;
- remunerações e despesas — art. 5.º;
- fixação do número de árbitros — art. 6.º, n.º 2;
- designação ou modo de escolha de árbitros — art. 7.º, n.º 1;
- designação do presidente — art. 14.º, n.º 1;
- regras de processo — art. 15.º, n.º 1;
- prazo para a decisão — art. 19.º, n.º 1;
- maioria qualificada para a decisão — art. 20.º, n.º 1;
- voto de qualidade de presidente — art. 20.º, n.º 2;
- direito a aplicar pelos árbitros — art. 22.º;
- julgamento segundo a equidade — art. 22.º;
- dispensa de depósito da decisão — art. 24.º, n.º 2;
- renúncia a recursos — art. 29.º, n.º 1.

Além destas estipulações previstas na lei, é vulgar as convenções de arbitragem conterem estipulações sobre outros assuntos, tais como: auxiliares do tribunal, v.g. secretário deste; papel respectivo das partes no processo arbitral (demandante e demandado); domicílios das partes, para o efeito da arbitragem.

4.6.3. *Elementos acessórios da convenção*

Um grupo de estipulações eventuais diferente das acima enumeradas é constituído pelos elementos acessórios aponíveis à generalidade dos negócios jurídicos: condição ou termo, suspensivos ou resolutivos. Não me preocupo agora com a aplicação à convenção de arbitragem do regime geral desses elementos acessórios do negócio jurídico, limitando-me a focar algumas hipóteses de maior relevância.

É relativamente frequente prever em contratos que, antes de alguma das partes recorrer à arbitragem, sejam feitos esforços para se encontrar uma solução amigável do litígio. A variante de tais cláusulas é grande; por exemplo e esquematicamente: «se não for possível solucionar o litígio amigavelmente, será ele decidido, etc.»; «antes de alguma das partes recorrer à arbitragem, devem ambas, e durante X dias, tentar resolver o litígio por acordo»; «antes do recurso à arbitragem, haverá uma fase de conciliação (confiada a certas pessoas ou a uma instituição especializada)»; «a parte que invocar violação do contrato notificará a outra para, no prazo de..., remediar essa violação e se esta não o fizer, haverá recurso à arbitragem».

Não me parece que toda e qualquer cláusula desse género possa ser qualificada como condição suspensiva da convenção de arbitragem. Será indispensável em cada caso, pelos meios normais de interpretação dos negócios jurídicos, determinar com exactidão a vontade das partes. Admito que, em muitos casos, as partes tenham considerado desejáveis esses esforços

de conciliação, mas não tenham querido fazer depender a arbitragem do resultado deles.

O art. 27.º Arbitration Act, 1950, inglês, trata do poder do Tribunal para prorrogar o prazo para começo do processo de arbitragem e dispõe o seguinte: «Where the terms of an agreement to refer future disputes to arbitration provide that any claims to which the agreement applies be barred unless notice to appoint an arbitrator is given or an arbitrator is appointed or some other step to commence arbitration proceedings is taken within a time fixed by the agreement, and a dispute arises to which the agreement applies, the High Court, if it is of opinion that in the circumstances of the case undue hardship would otherwise be caused, and notwithstanding that the time so fixed has expired, may, on such terms, if any, as the justice of the case may require, but without prejudice to other provisions of any enactment limiting the time for the commencement of arbitration proceedings, extend the time for such period as it thinks proper».

Não interessam agora nem a possibilidade de extensão do prazo nem os requisitos para o tribunal a ordenar, mas sim o reconhecimento implícito neste preceito de que é lícito estipular uma cláusula compromissória em termos tais que, se o processo de arbitragem não for iniciado dentro de certo tempo, as pretensões a que as partes se julguem habilitadas se consideram extintas. Exemplos dessas cláusulas (RUSSEL, pág. 67; LEE, págs. 3-61 e segs.): The Atlantic shipping clause (do caso Atlantic Shipping v. Trading Co v. Louis Dreyfus Co, 1922, All ER Rep 559) — o árbitro do demandante devia ser nomeado dentro de três meses a contar da descarga final e «where this provision is not complied with, the claims shall be deemed to be waived and absolutely barred»; «...such difference shall be referred to arbitration... Any claim shall be made within 14 days from the final discharge of the goods»; «Notice of arbitration shall be given and arbitrator appointed in writing by the party claiming arbitration, as stated below... b) in respect of the quality or condition of goods sold for shipment

and delivered not later than 21 working days after final discharge of vessel declared against the contract».

RUSSEL, pág. 66, faz a este respeito uma série de distinções nem todas com o mesmo interesse. A distinção fundamental consiste em separar cláusulas compromissórias que limitam o tempo para ser requerida a arbitragem, mas não afectam a possibilidade de, passado esse tempo, o litígio ser submetido à jurisdição estadual; cláusulas compromissórias que, pelo tempo fixado, impedem posteriormente o conhecimento do litígio por qualquer jurisdição, arbitral ou não.

Partindo do princípio de que é lícito às partes de um negócio estipular prazos de caducidade para o exercício de um direito e, bem assim, que esse propósito pode ser conseguido pela estipulação de um prazo para a propositura da referida acção (art. 332.º, n.º 1, C.C.), a distinção acima referida tem cabimento no nosso direito e pode sintetizar-se dizendo que, na prática, podem aparecer cláusulas compromissórias sujeitas a um termo final e cláusulas que, a respeito da arbitragem, estipulam um prazo de caducidade do próprio direito subjectivo.

A primeira hipótese manifesta-se sempre em ligação com a cláusula compromissória sujeita a caducidade; a segunda hipótese tanto pode aproveitar a cláusula compromissória («a arbitragem deve ser iniciada dentro de 30 dias sob pena de o direito invocado caducar»), como aparecer desdobrada no contrato: a propósito do direito nascido do contrato, dizer que ele deve ser levado a juízo no prazo de 30 dias e depois estabelecer uma cláusula compromissória para todos os litígios nascidos do contrato.

Um outro caso do termo final, mas infixo (*dies certus an, incertus quando*), está previsto no art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86: a convenção de caducidade da convenção de arbitragem por morte de alguma das partes.

Quanto à caducidade da convenção de arbitragem pelo decurso do prazo, legal ou convencionado, para a decisão arbitral, *vide* adiante.

5. *Requisitos especiais do compromisso*

5.1. *Necessidade de determinar o objecto do litígio*

O artigo 1511.º C.P.C. considerava requisitos do compromisso «individualizar com precisão o litígio a decidir e o árbitro ou árbitros a quem é cometida a decisão».

Já vimos que a designação do árbitro ou árbitros passou a fazer parte do conteúdo *facultativo* de qualquer convenção de arbitragem; Lei, art. 7.º, n.º 1.

No respeitante ao objecto do litígio, no C.P.C., além do citado art. 1511.º, o art. 1513.º respeitante à cláusula compromissória, n.º 4, falava em uma das partes «não se conformar com o objecto do litígio», e o n.º 5 do mesmo artigo mandava que, no acto da nomeação dos árbitros, as partes fixassem com precisão o objecto do litígio, com a consequência de, se não chegassem a acordo, resolver o juiz, havendo recurso da resolução tomada. A Lei n.º 31/86 retomou esses termos no art. 2.º, n.º 3: «O compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio».

Intencional ou não, entre os arts. 1511.º e 1513.º, n.º 4, C.P.C., havia a diferença de o primeiro falar em «litígio» e o segundo em «objecto do litígio». Em bom rigor, o compromisso deve mencionar o *litígio* e não apenas o *objecto do litígio*. O litígio só fica completamente definido quando todos os seus elementos são mencionados, e entre estes incluem-se os de carácter subjectivo. Parecerá isto dispensável no compromisso, pressupondo-se que as partes outorgantes do compromisso são as partes do litígio, mas a justeza dessa pressuposição depende da solução doutro problema: a nulidade do compromisso ou a improcedência da acção arbitral, quando o compromisso outorgado entre duas pessoas respeite a um litígio alheio. Além de que será sempre indispensável verificar se a instituição do tribunal arbitral, quando e como requerida, se destina à solução do litígio para o qual o compromisso foi outorgado; e para isso há também que contar com as partes do litígio.

5.2. *Modo de determinar o objecto do litígio*

O nosso Código de Processo Civil não contém disposição semelhante à do art. 4.º dos princípios directores do processo do Código francês, onde se diz que «o objecto do litígio é determinado pelas pretensões das partes», mas do art. 268.º, sobre a estabilidade da instância, e do art. 498.º, sobre os requisitos da litispendência e do caso julgado, deduz-se que objectivamente o litígio se define pela causa de pedir e pelo pedido.

Assente que no decurso do processo arbitral *lato sensu* haverá necessariamente um momento em que o objecto do litígio estará perfeitamente definido, ressalvadas eventuais modificações objectivas da instância, de que adiante se falará, essa definição completa pode, em princípio, ocorrer no compromisso (por natureza, não pode ocorrer na cláusula compromissória), na instauração do tribunal arbitral, no articulado (ou peça semelhante, conforme o processo adoptado no caso concreto) apresentado ao tribunal arbitral. A dificuldade consiste em determinar o grau de precisão exigível nos dois primeiros momentos, uma vez que no terceiro só pode ser consentida a imprecisão, admissível também nas causas submetidas ao tribunal estadual (por exemplo, formulação de pedidos alternativos, subsidiários ou genéricos).

No que respeita à causa de pedir, afigura-se necessária a sua indicação precisa no compromisso e, quando o tribunal arbitral seja instaurado com base em cláusula compromissória, no requerimento de instauração. Sem ela, o litígio fica totalmente indefinido. Isto não exclui a indicação de mais de uma causa de pedir, quando tecnicamente isso se justifique em função do pedido.

Já quanto ao pedido, afigura-se de admitir maior maleabilidade, naqueles dois referidos momentos, tudo dependendo da controvérsia existente. Por exemplo, sendo pedida uma indemnização, será, em regra, desnecessário quantificá-la, mas a quantificação deverá ser indicada (pelo menos, pela referência a «montante») quando só quanto a ela houver divergência. O mesmo se diga quanto ao efeito pretendido; por exemplo,

será lícito estipular que o tribunal arbitral decidirá sobre «as consequências da violação de um contrato», mas deverá ser invocada a «consequência» se apenas sobre esta incidir a controvérsia.

A indicação do objecto do litígio, no compromisso ou no requerimento de instauração do tribunal arbitral, não limita os meios de defesa do réu. O assunto tem melhor cabimento a propósito do processo perante o tribunal arbitral, mas desde já dizemos que, em nosso entender, essa é uma regra essencial, decorrente da lei e não da vontade das partes. Queremos com isto significar que a parte eventualmente demandada com base no compromisso não necessita explicitar neste os meios de defesa que tenciona usar no processo arbitral, por impugnação, por excepção ou por reconvenção; e bem assim, por outro lado, que a posterior admissão destes meios não se funda numa vontade das partes implícita no compromisso, ampliativa do conteúdo expresso deste. Além de que seria pouco plausível tal vontade por parte do eventual demandante, a questão consiste em saber se a lei, ao permitir que a solução de um litígio seja confiada a um tribunal arbitral em vez das jurisdições estaduais, simultaneamente permite o enfraquecimento da defesa do réu quanto aos meios normalmente utilizáveis para esta. Ora, entre uma e outra coisa não existe laço lógico: ser um litígio julgado por um tribunal arbitral não implica que o réu esteja impedido de utilizar qualquer meio de defesa admissível perante o tribunal do Estado.

5.3. *Modificação objectiva da instância*

No processo civil estadual está prevista a modificação objectiva da instância, por alterações da causa de pedir e do pedido — art. 273.º C.P.C. Ao apreciar a eventual transposição deste regime para o tribunal arbitral, haverá que tomar em conta aspectos de oportunidade processual, de que não nos ocupamos agora. De momento, apenas interessa saber se este regime geral colide ou não com as limitações que à instância arbitral são colocadas pela convenção de arbitragem.

O acordo das partes sobre a alteração elimina dificuldades substanciais; suscita, porém, a questão puramente técnica, de saber se esse acordo, quando a alteração extravase da convenção de arbitragem, modifica esta. Se a resposta por afirmativa, como se nos afigura, o acordo deverá revestir os requisitos do compromisso, mesmo que inicialmente a convenção tenha a natureza de cláusula compromissória, pois posteriormente passou a haver um litígio actual e individualizado.

Na falta de acordo, há quem distinga, consoante o tribunal arbitral foi constituído com base em compromisso ou em cláusula compromissória (ROBERT, pág. 83). No primeiro caso, a alteração não pode ser imposta, desde que exceda o objecto do compromisso; no segundo caso, a alteração seria mais fácil, pois cada parte pode forçar a outra à arbitragem, dentro da previsão geral da cláusula, quanto a quaisquer litígios nascidos de certa relação jurídica.

Em bom rigor, o problema básico é idêntico nos dois casos, pois em ambos devem ser respeitados os limites impostos pela convenção de arbitragem; varia apenas a área contida dentro desses limites. No segundo caso, porém, há um outro problema a considerar: se o âmbito da cláusula compromissória pode ser invocado para alterar um litígio que já foi fixado no decurso do processo arbitral. À primeira vista a resposta é afirmativa, argumentando-se que o processo já em curso deve poder ser aproveitado para outro litígio, desde que ele se contém na cláusula compromissória e se relaciona com o primeiro, em termos de poder ser considerado uma modificação ou alteração deste.

Há, porém, na arbitragem, uma circunstância que não se verifica nas acções submetidas ao juízo estadual: a interferência da vontade das partes na própria constituição do tribunal. Afigura-se-nos que o demandado deve poder opor-se à alteração objectiva do litígio, quando demonstre que, para o litígio tal como posteriormente o demandante pretende configurá-lo, não teria nomeado ou aceite os árbitros em funções.

5.4. Pré-fixação judicial do objecto do litígio

Relativamente à cláusula compromissória, o citado art. 1513.º, n.º 4, C.P.C., previa que, na falta de acordo sobre o objecto do litígio, este fosse fixado pelo tribunal, havendo recurso da decisão da 1.ª e 2.ª instâncias.

Já se tem assistido em Portugal a aplicações do art. 1513.º, n.º 5, em que as partes se digladiam, até ao Supremo Tribunal de Justiça, para que seja determinado o litígio que entre elas existe. Demoras e encargos de litigância, antes de se entrar no litígio, ou seja um novo inconveniente da arbitragem ou — para ser mais brando — um desconto nas suas vantagens.

Perante as jurisdições estaduais, o litígio é definido pelo demandante — e salvo quanto a vícios da petição susceptíveis de provocar ineptidão ou irregularidade — a posição que o demandado venha a tomar quanto às pretensões do demandante não altera o objecto do litígio. Designadamente, se a acção não for contestada, não deixa de ter havido litígio, nem o demandado pode pedir ao tribunal, antes de ele se pronunciar sobre as pretensões deduzidas, que reduza, amplie ou modifique tais pretensões.

Requerida a constituição do tribunal arbitral, no sistema do Código de Proc. Civil, ou, no actual sistema, notificado para designação de árbitro, o requerido ou manifesta a sua concordância com o pedido ou nomeia o árbitro; neste segundo caso, há litígio, cujo objecto é a pretensão do demandante.

Insensível a estas razões, que tão claras me parecem, a Lei n.º 31/86, art. 12.º, n.º 4, determina que: «Se no prazo referido no n.º 2 as partes não chegarem a acordo sobre a determinação do objecto do litígio, caberá ao tribunal decidir. Desta decisão cabe recurso de agravo, a subir imediatamente». Não será, pois, o autor a saber o que pretende do réu; o tribunal judicial dirá ao autor *o que ele pretende*, já que não pode dizer logo o que ele *pode pretender!*

Para aumentar a sua infelicidade, neste ponto, a Lei esqueceu que não existe no Código de Processo Civil nenhum processo adequado a esta determinação do objecto do litígio.

Enquanto vigorou o Livro IV, Título I, daquele Código, tal determinação fazia-se nos autos do tribunal judicial onde o processo de constituição do tribunal arbitral tinha obrigatoriamente início. Revogado o Livro IV, Título I, passando o tribunal arbitral a constituir-se por notificação directa do demandante ao demandado e nomeação por este (ou pelo tribunal) do respectivo árbitro, qual o processo a usar para a determinação do objecto do litígio? Segundo as boas regras processuais, terá de ser o processo comum de declaração. Se as partes da convenção de arbitragem souberem isto, só por teimosia insistem em efectivá-la.

Na prática aparecem casos em que o próprio tribunal arbitral define preliminarmente o objecto do litígio; tal sucede quando regulamentos de arbitragem institucionalizada mandam que os árbitros redijam um *acte de mission*. Por exemplo, o Regulamento da Cour d'arbitrage da C.C.I., art. 13.º, n.º 1, determina que «avant de commencer l'instruction de la cause, l'arbitre établit, sur pièces ou en présence des parties, en l'état des derniers dires de celles-ci, un acte précisant sa mission. Il contiendra notamment les mentions suivantes:... e) exposé sommaire des prétensions des parties; d) détermination des points litigieux à résoudre...». Por muito preciso que o *acte de mission* possa ser nessa parte, não o é totalmente, pois o demandado não fica impedido de deduzir excepções nem de reconvir.

O *acte de mission* não é um compromisso; pode até suceder que uma das partes se recuse a assiná-lo e, apesar disso, prossiga o processo arbitral (Regulamento citado, art. 13.º, n.º 1, *in fine*: «Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement dudit acte ou de le signer, la Cour, si elle constate qu'il s'agit d'un des cas visées à l'article 8, alinéas 2 et 3, se prononcera sur l'acte de mission en vue de l'approuver. Elle impartira en suite à cette partie un délai pour signer ledit acte, à l'expiration duquel la procédure arbitrale se poursuivra et la sentence sera rendue»). Hipóteses há, contudo, em que, pelo menos do ponto de vista de uma das partes, o *acte de mission* funciona como compromisso arbitral; o demandado,

tendo inicialmente impugnado a validade, existência ou âmbito da convenção de arbitragem e declarando manter essa opinião, aceita a arbitragem, no mesmo tribunal arbitral e com o objecto definido naquele acto.

6. *Requisitos especiais da cláusula compromissória*

6.1. *Especificação da relação jurídica a que o litígio respeita*

O art. 1513.º, n.º 1 do nosso Código de Processo Civil declarava: «É também válida a cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes, *contanto que se especifique o acto jurídico de que as questões possam emergir*».

Leis estrangeiras acentuam a especialidade da convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória (na modalidade de compromisso, a convenção está necessariamente ligada a um especial litígio) quanto à relação jurídica da qual podem provir os litígios previstos. Assim, o C.P.C. francês, art. 1442.º, ao definir cláusula compromissória, acentua que os litígios são os relativos a um contrato de que os litigantes são partes; CIA, art. 4.º, 3: «La clause compromissoire ne peut se rapporter qu'aux contestations futures qui peuvent naître d'un rapport de droit déterminé». Mais forte ainda é a redacção do art. 1026.º ZPO, alemão, pois começa por prever — e condenar — uma cláusula que simplesmente preveja a solução arbitral dos litígios entre as partes e depois excepçiona o caso de a cláusula incidir sobre uma relação jurídica bem precisa e sobre os litígios que desta possam resultar.

A exigência da especificação da fonte dos eventuais litígios aparece ainda noutros países: Itália, Luxemburgo, Holanda, Suécia, Finlândia. Nas convenções internacionais, a Convenção NY 1958, art. II (1), fala em «any differences... or which may arise between them in respect of a defined legal relationship»; a Convenção Genebra 1961, art. 1.º, (2), (a), fala em «clause compromissoire insérée dans un contrat»; a L.U. Strasbourg diz «tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport

de droit déterminé»; a ML UNCITRAL retoma a frase da Convenção NY 1958: «disputes... in respect of a defined legal relationship».

A Lei n.º 31/86 distingue, no art. 1.º, n.º 2, as duas modalidades de convenção de arbitragem e, no art. 2.º, n.º 3, dispõe que a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

Na maior parte dos casos não haverá problema, quanto a este aspecto, porque ou a convenção expressamente se auto-relaciona com o contrato onde é inserida («todos os litígios que possam resultar deste contrato») ou, quando assim não aconteça («todos os litígios») a interpretação da convenção leva a concluir que as partes a limitaram aos litígios que possam resultar do contrato onde ela se insere.

A doutrina estrangeira prevê, contudo, a hipótese extrema de uma cláusula do género «Todos os litígios que possam surgir entre nós», sem limitação alguma, mesmo implícita, e outras hipóteses ainda de grande latitude, como «todos os litígios que possam surgir das nossas relações de importação e exportação».

Para justificar o art. 3.º CIA acima transcrito, lê-se num autor que uma cláusula com essa amplitude violaria os direitos fundamentais da personalidade, e a doutrina, para determinar a medida de precisão do requisito daquele preceito, utiliza o art. 27.º, alínea 2 C.C. segundo o qual «nul peut aliéner sa liberté, ni s'interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux moeurs». (JOLIDON, pág. 112).

A determinação, pela parte, dos litígios que as partes querem submeter à arbitragem afigura-se-me tão axiomática que é difícil justificá-lo. Essas amplíssimas cláusulas seriam contrárias aos bons costumes (C.C., art. 280.º, n.º 2), porque retiram excessivamente aos interessados (ou a um deles, contra o outro) a possibilidade de apreciar a vantagem da solução arbitral ou estadual. A condenação delas é clara no citado art. 2.º, n.º 3, da Lei, cabendo ao intérprete, em cada caso, verificar se o grau de especificação satisfaz a intenção do preceito.

6.2. *Modos de especificação*

Apesar das fórmulas de convenções de arbitragem recomendadas para arbitragens institucionalizadas, nem para estas nem para arbitragens *ad hoc* foi ainda descoberta uma redacção que, inquestionavelmente, defina o âmbito das cláusulas compromissórias concebidas em termos amplos.

A dificuldade começa pela definição da situação que irá provocar a arbitragem. «Litígio» é a palavra portuguesa mais usada, mas outras aparecem, como «questão», «reclamação», «diferendo», sem que se perceba a razão da preferência por uma ou outras ou pelas cautelosas junções de várias (por exemplo, uma pretensa diferença entre «question» e «dispute» no caso *Samitri v. Utah International*, US Court of Appeals, Second Circuit, 10 Outubro 1984, YB, XI, pág. 574).

Mais difícil é definir o relacionamento do litígio com o normalmente chamado «contrato». «Litígio nascido do contrato», «resultante do», «relativo ao», «respeitante ao», «provocado por» e outras muitas expressões são usadas mais ou menos internacionalmente (como em Inglaterra, «arising out», «in respect», «under the», «in connection with» e outras expressões; ou em França, «à propos de», «à l'occasion de»; «en suite ou à l'occasion», «découlant de», etc.).

A tentativa de descoberta de diferenças entre as fórmulas usadas tem afadigado tribunais estrangeiros (v. em RUSSEL, págs. 82 e segs., larga casuística), para determinar se certo litígio concreto está ou não abrangido pela cláusula. Fadiga que se afigura bastante escusada, pois parte do princípio de serem intencionais (no sentido diferencial) as redacções das cláusulas, o que se me afigura — em geral, pois não quero excluir a possibilidade de algum caso diferente — irrealista. Sob pena de se ingressar em congeminções sem base séria, a questão tem de ser posta em termos mais genéricos: houve ou não houve intenção de estabelecer um relacionamento amplo entre o litígio e a sua fonte. Ressalvada alguma cláusula cujos termos não tenham a amplitude aparente à primeira vista, a intenção geral fará abranger todos os litígios que tenham a

ligação *essencial* com a fonte. Importante é, pois, definir essa ligação.

Em Inglaterra tem sido discutido qual das expressões, «arising out of a contract» e «under a contract», tem significado mais amplo, mas no caso *The Evje*, 1974, um dos juizes reconheceu que, embora as palavras sejam diferentes, ele era incapaz de descobrir qualquer diferença no seu conteúdo (RUSSEL, pág. 86). Muitas vezes tem sido decidido que as expressões «arising out of» e «relating to» possuem um amplo alcance, mas numa cláusula acordada em 1984 entre a American Arbitration Association e a Câmara de Comércio Húngara, para uso em contratos comerciais USA-Hungria, aparece «Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or validity thereof...», contrapondo, portanto, os litígios relativos a violação, termo e validade do contrato aos litígios nascidos do contrato (YB, X, pág. 141; «arising out» e «arising under», no caso *Samitri v. Utah International*, acima citado; «relating to», no caso *McDonnell Douglas Corporation v. Kingdom of Denmark*, US District Court, Eastern District of Missouri, 9 Abril 1985, YB, XI, pág. 581).

Uma importante observação respeita ao sentido a atribuir à palavra «contrato» ou outra usada para indicar o negócio ao qual a cláusula compromissória está ligada. Não se trata apenas das cláusulas estipuladas concretamente entre as partes, quer estas respeitem a elementos essenciais ou a elementos acidentais do negócio; aquelas expressões significam todo o conteúdo do negócio, qualquer que seja a sua fonte, legal ou convencional. Equivalem, portanto, à relação jurídica nascida do acto a que as partes deram vida (ou ao efeito total, modificativo ou extintivo de uma relação jurídica, se só a acordo desta natureza estiver ligada a cláusula compromissória).

Dai decorre que o litígio arbitrável pode consistir na interpretação de normas legais aplicáveis a essa relação jurídica ou a efeitos legais de actos ou factos.

Feita esta observação, a ligação entre o litígio e a fonte reside em o litígio incidir sobre alguns dos elementos da rela-

ção jurídica estabelecida entre certas pessoas por efeito de certo acto.

6.3. *Litígios anteriores e posteriores ao contrato*

A relação jurídica inicia-se em determinado momento. Um litígio relativo à fase anterior a esse início está em princípio fora do âmbito da cláusula compromissória. Assim, a responsabilidade pré-contratual está normalmente fora de tal âmbito, pois nem se concebe uma cláusula compromissória destinada especialmente a litígios relativos a essa responsabilidade, nem esta é abrangida pela cláusula compromissória que venha a ser estipulada no contrato. Quando, porém, o contrato não chegue a ser validamente celebrado, a cláusula compromissória abranja os litígios relativos à nulidade e esta envolva responsabilidade de uma das partes, deverão os litígios sobre esta responsabilidade ser submetidos à arbitragem, pois respeitam a uma das consequências da prevista nulidade.

Terminada aparentemente a relação jurídica, pode suceder que, por causa dela, subsistam ainda algumas obrigações de alguma das partes, como por exemplo, uma obrigação de não concorrência, uma obrigação de restituição de documentos. Havendo no negócio donde nasceu essa relação jurídica convenção de arbitragem, pergunta-se se esta cobre ainda os litígios respeitantes a essas obrigações. Se — como para outros efeitos tenho entendido — não há nesses casos uma nova relação jurídica, mas apenas uma vicissitude da mesma relação jurídica, a resposta deve ser afirmativa.

6.4. *Unilateralidade e reciprocidade*

Outras possíveis características da cláusula compromissória têm sido discutidas em pleitos e livros estrangeiros, dos quais me sirvo para base de estudo.

Uma primeira questão consiste em saber se as posições das duas partes na convenção de arbitragem devem necessa-

riamente ser recíprocas, isto é, se é necessário que ambas as partes possam fazer constituir o tribunal arbitral em caso de litígio, ou se é lícito convencionar que essa faculdade cabe apenas a uma das partes. Uso este circunlóquio para evitar terminologias que possam apontar para o efeito obrigacional da cláusula compromissória, que rejeito. Manifestamente, o problema agora considerado é diverso do da bilateralidade ou unilateralidade da convenção de arbitragem, quanto ao número de vontades necessário para a sua formação.

No sentido da reciprocidade (*mutuality* na terminologia inglesa) julgaram o High Court de Londres e o High Court de Delhi. No caso inglês foi dito que «é um ingrediente essencial duma cláusula de arbitragem que qualquer das partes pode, no caso de surgir um litígio, submetê-lo (*refer it*), na maneira prescrita, à arbitragem. Por outras palavras, a cláusula deve dar direitos bilaterais de arbitragem» (Baron v. Sunderland Corpn [1966] 2 Q.B., citado por RUSSELL, pág. 38, o qual não o considera *leading case*, por se tratar de um *obiter dictum*).

A cláusula sobre a qual se pronunciou o tribunal indiano (Union of India v. Bharat Engineering Corpn [1977], citado por RUSSELL, pág. 39) tem um duplo interesse; no aspecto da reciprocidade (quanto a outro aspecto, v. adiante) o tribunal julgou que a convenção tem de ser «mutual» (Texto da cláusula: «In the event of any dispute or difference between the parties... the Contractor, after 90 days of his presenting his final claim on disputed matters, may demand in writing that the dispute or difference be referred to arbitration, such demand for arbitration shall specify the matters which are in question, dispute or difference, and only such dispute or difference of which the demand has been made and no other, shall be referred to arbitration»).

RUSSELL, págs. 40 e segs., alinha 12 argumentos para contrariar a regra da reciprocidade estabelecida no caso Union of India. Sem entrar nesse pormenor, afigura-se-me que, no nosso direito, não é necessária a reciprocidade.

No plano geral dos negócios jurídicos, podem estes atribuir direitos apenas a uma das partes. Na Lei n.º 31/86 não

encontro preceito especial que force a atribuir às duas partes da cláusula compromissória igual direito a fazer constituir o tribunal arbitral. Dir-se-á que, em cláusulas como a do caso Union of India, fica a existir uma desigualdade entre as partes, o que é verdadeiro, mas não contraria nem a boa fé nem os bons costumes. Uma das partes prefere que os litígios por ela trazidos à apreciação judicial sejam resolvidos por um tribunal arbitral, enquanto a outra manifesta preferência, em circunstâncias paralelas, pelo tribunal estadual; se cada uma aceita a preferência da parte contrária, não vejo obstáculo a essa vontade comum. Dada a natureza que hoje tem a cláusula compromissória, é inutilizável o argumento que, no direito anterior, poderia ser retirado da licitude do contrato-promessa unilateral (contra, JOLIDON, pág. 124, para o direito suíço).

6.5. *Opção pela arbitragem*

A cláusula do caso Union of India, acima transcrita, suscita ainda uma outra questão (pelo menos, do modo como tal cláusula foi interpretada pelo tribunal de Dehli): a da possível *opção*, ou seja, se é lícito convencionar que uma das partes tem a faculdade de optar, quando o litígio surja, entre submetê-lo à arbitragem ou utilizar a jurisdição estadual.

Sempre que uma convenção de arbitragem é estipulada relativamente a litígios eventuais (cláusula compromissória) existe a possibilidade de uma das partes levar um litígio, já concretizado, ao conhecimento do tribunal estadual, em vez de propor a acção no tribunal arbitral. Seja qual for a consequência desse facto, é possível também que a outra parte aceite a situação assim criada, desde que a convenção de arbitragem ou preterição do tribunal não constitua excepção de conhecimento *ex officio* pelo tribunal.

O alcance da cláusula de opção consiste em a parte contrária não poder arguir a excepção de convenção de arbitragem ou preterição do tribunal arbitral, quando uma parte resolva propor a acção no tribunal estadual, em vez de seguir a via da arbitragem. Ver-se-á adiante que alguns Estados

admitem, para certos casos, jurisdições concorrentes, arbitrais e estaduais; agora a concorrência resulta da própria convenção de arbitragem.

No direito suíço, JOLIDON, pág. 124 aprova este género de cláusulas, que não vejo razão para invalidar no direito português.

6.6. *Veto da arbitragem*

RUSSELL, pág. 313, considera lícita e insere, nos formulários propostos, uma cláusula de veto de uma das partes à arbitragem prevista numa convenção. Estando certos litígios cobertos, em princípio, por uma convenção de arbitragem, uma das partes poderia — até certo momento — vetar a arbitragem (texto do formulário: «Provided always that the first named party only, in his sole discretion, may at any time before the preliminary meeting with the arbitrator give notice to the other party in writing that he vetoes the arbitration of each of the disputes identified in his said notice»).

A cláusula está redigida de modo unilateral, pois o veto é atribuído apenas a uma das partes; em teoria é concebível que tal faculdade seja concedida a ambas as partes. Lembro esta hipótese, pois nela ainda mais claramente se vê que a força vinculativa da cláusula é nenhuma. Se uma ou ambas as partes podem livremente (*in his sole discretion*) impedir que a outra faça constituir o tribunal arbitral para o julgamento de certo litígio, nenhuma delas fica tendo o direito de constituir o tribunal e, reflexamente, nenhuma fica tendo a correspondente vinculação. A vontade de submeter litígios à arbitragem não fica manifestada no momento da convenção, mas remetida para um momento ulterior.

6.7. *Não globalidade*

O compromisso, por natureza, incide sobre um litígio determinado; a cláusula compromissória abarca *indeterminados*

litígios eventuais. Pode, pois, perguntar-se quanto à cláusula, se ela necessariamente abrange todos os litígios relativos à relação jurídica à qual se reporta, ou se pode abranger apenas parte deles, definidos por algum critério objectivo.

Na Lei n.º 31/86 não é estabelecida alguma regra de globalidade dos litígios que possam surgir da relação jurídica a que a cláusula compromissória se reporta. As partes, dentro da esfera de litígios definidos pela dita relação jurídica, podem escolher, como entendam, os litígios a decidir por arbitragem, desde que concretamente os definam na cláusula.

Podem, contudo, surgir questões de prejudicialidade entre litígios abrangidos e não abrangidos pela cláusula, questões essas de que espero tratar noutra oportunidade.

7. *Interpretação*

7.1. *Crítérios aplicáveis*

As previsíveis dúvidas de interpretação duma convenção de arbitragem podem ser arrumadas em dois grupos: dúvidas respeitantes à existência da convenção; dúvidas relativas ao conteúdo da convenção. Quanto ao primeiro grupo, quando se trata de cláusula compromissória, talvez fosse mais rigoroso dizer que a dúvida respeita à *interpretação do contrato*, pois trata-se de saber se uma sua cláusula é ou não uma cláusula compromissória ou se uma cláusula compromissória pertence ou não a esse contrato. Lembrado este facto, por comodidade, falarei apenas em interpretação da convenção.

Em princípio e quanto aos dois grupos de dúvidas acima referidos, a interpretação da convenção de arbitragem faz-se nos termos gerais prescritos no art. 236.º C.C.: a declaração vale com o sentido que um declarante normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

As disposições da parte final dos n.ºs 1 e 2 do art. 236.º podem no nosso caso ter especial importância, pelo uso de expressão com sentidos especiais em outros ramos de comércio ou resultantes de anteriores relações entre as partes.

O principal problema suscitado pela interpretação da convenção de arbitragem consiste em saber se ela deve ser encaminhada num sentido restritivo ou amplificativo.

Há quem distinga entre a interpretação (do contrato) quanto a dúvidas sobre a própria arbitragem e quanto a dúvidas sobre a extensão da arbitragem. Para o primeiro caso, a interpretação deveria ser restritiva, porque a convenção implica uma derrogação ao direito comum; para o segundo caso, a interpretação seria normal (JOLIDON, págs. 132 e segs., no sentido de a cláusula compromissória dever ser interpretada restritivamente, por constituir excepção relativamente à competência dos órgãos estaduais, SCHIZZEROTTO, págs. 61 e segs. com citação da jurisprudência italiana).

Por outro lado, há quem conclua em *favor* da arbitragem, o que empurraria para, em caso de dúvida, considerar existente a convenção e atribuir-lhe a máxima extensão possível. Por exemplo, a jurisprudência norte-americana, citada no caso *Gates v. Yuasa*, pelo U.S. District Court, District of Colorado, 9 Setembro 1983, in YB, XI, pág. 567.

A Lei não fornece qualquer orientação sobre especiais critérios de interpretação, pelo que considero deverem ser aplicados os critérios normais.

Para este efeito, em meu entender, não deve fazer-se distinção entre a existência de convenção de arbitragem e a extensão desta, pois em ambos os casos se trata de saber se determinado litígio está ou não sujeito a arbitragem, sem que interesse saber se nenhum o está ou outros o estão. Curiosa é uma observação do tribunal de recurso de Paris: «La clause compromissoire équivoque doit être interprétée en considérant que, si les parties n'avaient pas voulu soumettre leur différend à l'arbitrage, elles se seraient bornées à passer sous silence la possibilité de recours aux arbitres (16-10-79, cit. BOISSÉ-SON-JUGLART, pág. 77, que parece não aceitar o argumento).

7.2. *Convenções ambíguas e contraditórias*

Sob o nome da «cláusulas de arbitragem patológicas», EISEMANN recolheu um *musée noir* de convenções de arbitragem, cuja redacção não lhes permite preencher as funções essenciais da arbitragem (*La clause d'arbitrage pathologique, Arbitrage Commercial*, págs. 129 e segs.). Muitos outros autores e tribunais têm apreciado convenções de arbitragem ambíguas ou contraditórias.

É evidente que, por muito boa vontade que se tenha, não podem deixar de ser consideradas nulas, por ambiguidade, duas cláusulas do mesmo contrato, onde se diz que «any dispute and/or claim» é sujeita a arbitragem em Inglaterra e «any other dispute» é sujeita a arbitragem na Rússia (Lovelock v. Exportles (1968), cit. RUSSELL, pág. 43). Outro destino não pode ter a cláusula «Tout litige ou tout enfreinte au présent accord sera du ressort de la Chambre de Commerce Française à São Paulo», pois não só não existia tal Câmara, como não se sabe o significado de «être du ressort» (EISEMANN, pág. 159).

Um caso que considero resolúvel por um pequeno esforço interpretativo é o da cláusula: «Tous litiges susceptibles d'opposer les parties à ce contrat seront réglés par la Chambre de Commerce Internationale». O sentido da cláusula é manifestamente atribuir competência à *Cour d'arbitrage* da C.C.I.

Quanto à própria existência da convenção de arbitragem, os casos patológicos mais vulgares são aqueles em que simultaneamente é instituída uma arbitragem e é atribuída competência a um tribunal estadual (em EISEMANN, pág. 188, uma cláusula que remete para a lei espanhola sobre arbitragem, com vários expressos pormenores, e termina dizendo «En toute hypothèse, les parties se soumettent à la juridiction des tribunaux de Barcelona»; na Rev. Arb. 1981, pág. 411, um acórdão da Cassation francesa, de 19-11-80, considerando ambígua uma convenção de arbitragem, onde se previa que na falta de designação do árbitro pela parte demandada, dentro de

certo prazo, o litígio poderia ser julgado pelo Tribunal de Paris).

Se há possibilidade de, por motivos gerais, fazer prevalecer uma cláusula sobre a outra, o problema fica resolvido; por exemplo, a cláusula de arbitragem encontra-se nas condições particulares de um contrato e a cláusula de foro, nas condições contratuais gerais impressas. O mesmo sucederá quando for possível atribuir às duas cláusulas campos de aplicação distintos, conforme os litígios previstos (exemplos em BOISSÉSON-JUGLART, pág. 76). Quando não for possível desfazer a contradição, a cláusula de arbitragem é equívoca e nula.

Quanto à extensão da cláusula compromissória, os casos duvidosos mais vulgares respeitam às usuais palavras «interpretação» e «execução» do contrato.

A cláusula que apenas se refere a litígios relativos à «interpretação» do contrato não é equívoca quanto a saber se abrange litígios relativos à validade do contrato ou à condenação em indemnização por inexecução deste. Ressalvada a vontade real e conhecida do declarante, o destinatário normal não entende «interpretação» em tão amplo sentido.

Pelo contrário, a palavra «execução» pode e deve ser interpretada no sentido de abranger os litígios respeitantes à *inexecução* do contrato, isto é, o próprio facto da inexecução e as consequências legais e contratuais deste. Execução e inexecução são verso e averso da mesma medalha, não se pode apreciar uma sem olhar a outra. Também não é preciso grande esforço para incluir, nos litígios relativos à execução, aqueles em que uma parte reclama contra a resolução ilegal do contrato pela outra parte, pois essa resolução implica a inexecução.

É claro que isto não impede as partes de expressamente separarem alguns elos de que possa chamar-se uma cadeia natural de litígios ou partes de litígios; por ex., no caso de resolução ilegal do contrato, podem ser separados a ilegalidade da resolução (submetida a arbitragem) e a eventual indemnização (submetida à jurisdição estadual).

8. *Autonomia da convenção de arbitragem*

8.1. *Colocação do problema e relações com a Kompetenz-Kompetenz*

Desde que se entenda — como já vimos dever entender-se — que a cláusula compromissória é parte integrante de certo contrato, parece contraditório falar em *autonomia* ou *separabilidade* da cláusula. *Grosso modo* essas expressões significam que a cláusula compromissória não sofre necessariamente as vicissitudes que atinjam a parte restante do contrato ou, como por comodidade costuma dizer-se, o contrato principal.

A autonomia da convenção de arbitragem aparece normalmente ligada à Kompetenz-Kompetenz, tomando-se esta como uma consequência secundária daquela. Teoricamente, porém, trata-se de questões distintas, pois é concebível que o reconhecimento da autonomia não implique a atribuição ao tribunal arbitral de competência para decidir sobre a sua própria competência; quando fosse arguida a nulidade da convenção de arbitragem (por motivos específicos ou por motivos do contrato principal, extensivos à convenção de arbitragem), poderia a respectiva decisão caber ao tribunal estadual (GOLDMAN, *L'action complémentaire*, pág. 286. Sobre a chamada «acção preventiva» no direito francês, antes de 1981, RUBEL-LIN-DEVICHI, págs. 217 e segs.).

No respeitante às relações convenção de arbitragem-contrato principal, a ML UNCITRAL, art. 16.º, 1, adopta um expediente técnico que pode prestar-se a confusões. Depois de declarar que o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo quaisquer objecções a respeito da existência ou validade da convenção de arbitragem, continua: «For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract» («A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme convention distincte des autres clauses du contrat.»)

Este texto acentua, por um lado, que a cláusula compromissória *faz ou forma parte de um contrato*, mas logo a seguir diz que é considerada ou deve ser tratada como se não fizesse parte dele. A versão inglesa é mais incisiva do que a francesa, pois usa a palavra «independente», enquanto a outra diz «distinta». Embora o expediente seja limitado ao efeito da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, na medida em que essa decisão implique o conhecimento da existência ou da nulidade da convenção de arbitragem («A cette fin»; «For that purpose»), essa consideração como «acordo independente» é tecnicamente incorrecta e dispensável.

Sobre a consagração da autonomia na jurisprudência internacional *vide* larga exposição na sentença do árbitro Bernhard GOMARD no caso ELF-AQUITAINE IRAN v. NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY, Rev. Arb., 1984, pág. 401.

8.2. Nulidade da cláusula compromissória

Supondo que a cláusula compromissória é nula — e só ela, portanto, por vício que lhe é próprio — o problema da extensão da nulidade é regulado pelo art. 292.º C.C. e não é nulo *todo o negócio*, «salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada».

A excepção da parte final do artigo pode verificar-se neste caso como em qualquer outro, pois pode suceder que as partes tenham atribuído primordial importância à convenção de arbitragem; certos contratos internacionais justificam esta suposição.

Uma segunda hipótese consiste em *todo o contrato* ser directamente afectado por um vício determinante da nulidade. A cláusula é nula, como o é a parte restante do contrato, por causa de um vício que a invalidaria, mesmo que não invalidasse o restante contrato. Em tal hipótese, não há problema de extensão da nulidade, nem da convenção para o restante contrato, nem vice-versa.

O princípio da redução opera também dentro da própria cláusula compromissória. Se apenas uma parte desta é contrária à lei, não se segue forçosamente a sua nulidade total. A regra e a excepção do art. 292.º aplicam-se ao caso. Com maior acuidade talvez do que na hipótese de nulidade doutras cláusulas, será, contudo indispensável verificar se a parte válida da cláusula — porventura acompanhada pelos preceitos legais supletivos aplicáveis — ainda preenche os requisitos essenciais de uma cláusula compromissória.

8.3. *Nulidade do contrato principal*

Em bom rigor, deparam-se dois grupos de hipóteses: a) extensão da nulidade *de uma cláusula viciada* a todo o restante contrato, sem apreciação da cláusula compromissória; b) extensão da nulidade de todo o restante contrato à cláusula compromissória. Normalmente, a questão da autonomia da cláusula é só posta quanto à hipótese b), mas a primeira também pode tocar a autonomia.

Se é nula uma cláusula do contrato, mas se conclui pela validade, ao abrigo do art. 292.º C.C., de todas as restantes cláusulas do contrato principal, a cláusula compromissória é também válida (exceptuada alguma especialíssima hipótese em que a convenção de arbitragem só tivesse sido querida em função da cláusula viciada) e pode ser utilizada quanto a litígios relativos à invalidade da cláusula viciada e à extensão da nulidade a todo o contrato principal.

Quando todo o contrato principal for nulo e se aprecie a validade da respectiva cláusula compromissória, em princípio deverá atender-se também ao disposto no art. 292.º C.C. Contra essa aplicação não pode argumentar-se com a falta de objecto da cláusula. É certo que, sendo nulo o contrato principal, não podem surgir litígios quanto a nenhum aspecto dalguma relação jurídica que dele tivesse validamente nascido, mas nem por isso ficam esgotadas as possibilidades de litígios quanto a esse contrato: mantém-se a possibilidade de litígios quanto

à validade ou nulidade do contrato e quanto às consequências desta.

A questão da autonomia, no respeitante à nulidade do contrato principal, resume-se à aplicabilidade da convenção de arbitragem aos litígios relativos à nulidade do contrato principal e à eventual incompetência do tribunal arbitral, por esse motivo. Questão essa que, no nosso direito e noutros onde vigoram preceitos semelhantes aos do nosso art. 292.º C.C., pode receber em teoria uma de duas soluções: ou são pura e simplesmente aplicáveis aqueles preceitos, ou eles são alterados nalgum sentido, por se tratar de convenção de arbitragem.

Em primeiro lugar, a questão pode ser resolvida expressamente pelas partes, ao estipularem a convenção de arbitragem, incluindo nesta os litígios relativos à validade do contrato principal. Essa convenção implica necessariamente a vontade de a separar ou autonomizar relativamente ao contrato principal, pois sem isso não haveria possibilidade de validamente pronunciar a invalidade deste.

Em segundo lugar, a propósito da convenção de arbitragem ou da competência dos árbitros, podem aparecer preceitos legais especiais, que prevalecerão sobre as regras gerais acima referidas.

O Règlement Genève 1966, art. 18.º, dispõe: «Sous réserve des contrôles prévus para la loi applicable à l'arbitrage, les arbitres dont la compétence est contestée ne doivent pas se dessaisir de l'affaire; ils ont le pouvoir de statuer sur leur propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie».

Règlement Bangkok, 1966, art. VI, 3: «L'arbitre ou les arbitres ont qualité pour statuer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, aussi que sur leur propre compétence et leur ressort, et pour interpréter le présent Règlement».

L.U. Strasbourg, art. 18.º: «1. Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d'examiner la validité de la convention d'arbitrage. 2. La cons-

tation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient».

A ML UNCITRAL, art. 16.º (1), propõe: «Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

A Lei n.º 31/86, art. 26.º, n.º 1, começa por afirmar que: «O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência». Continua: «mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção». O n.º 2 do mesmo artigo aborda o problema da extensão da nulidade do contrato principal: «A nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção».

Tratando por enquanto apenas da validade — o preceito da Lei abrange um leque vasto de hipóteses, dando a impressão de se ter procurado enumerar todas as que, respeitando à convenção de arbitragem ou ao contrato principal, são susceptíveis de influir na competência do tribunal arbitral — os preceitos estrangeiros indicam que o poder de examinar a validade do contrato e/ou da convenção de arbitragem é concedido *para o fim* de o tribunal se pronunciar sobre a própria competência. A Lei n.º 31/86 talvez seja ainda mais clara, ao dizer «mesmo que para esse fim». Foram, pois, encarados casos em que o demandante fez instaurar o tribunal arbitral e o demandado contestou a competência deste, com fundamento na nulidade da cláusula compromissória, baseada ou não na nulidade do contrato onde ela se insere.

O exame efectuado pelo tribunal arbitral pode conduzir às naturais consequências opostas: se ele se julga incompetente,

surge o problema de saber se tal questão pode ser reexaminada pelo tribunal judicial — questão que, em meu entender, deve ser decidida no sentido negativo; se ele se julga competente, o problema situa-se no momento em que o tribunal judicial pode reexaminar a decisão — Lei n.º 31/86, art. 21.º, n.º 4 («A decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa e pelos meios especificados nos arts. 27.º e 31.º»). Ora, se o tribunal arbitral pode e deve, desde que se julgue competente, conhecer do fundo da causa, tal conhecimento ficará dependente da posição assumida pelo tribunal quanto aos pressupostos da sua competência; por exemplo, se ele se considerou competente por a convenção de arbitragem ser válida, apesar de o contrato principal ser nulo, esta nulidade importará a improcedência dos pedidos que pressuponham a validade desse contrato.

É viável a proposição em tribunal arbitral de uma acção destinada directamente à declaração da nulidade ou à anulação do contrato principal, pois a convenção de arbitragem pode ser válida. Necessário será, contudo que a própria convenção de arbitragem tenha esse âmbito.

8.4. *Inexistência*

Existem cláusulas compromissórias que expressamente abrangem litígios relativos à *existência* do contrato principal; veja-se, por ex., a fórmula recomendada pelo Comité Suisse d'Arbitrage: «Tout différend relatif au présent contrat ou à tout accord connexe, notamment quant à leur existence, etc.». Existem regulamentos de arbitragem onde o mesmo sucede — *vide* Règlement Genève 1966, acima transcrito; de «existência e validade» fala o art. 16.º, 1, ML UNCITRAL.

O género de dificuldade lógica é da natureza já vista a propósito da nulidade, mas reforçado, a ponto que vozes doutrinárias em vários países sustentam não poder haver autonomia de cláusula contratual quando o contrato é inexistente, embora a admitam quando o contrato é nulo.

Sem querer entrar aqui na complexa distinção entre inexistência jurídica e nulidade, eu, por motivos expostos noutras ocasiões, não a aceito. Admito, porém, que as pessoas não cheguem a dar vida aos elementos de facto necessários para que o direito possa receber uma realidade fáctica como produtora de efeitos jurídicos. O exemplo mais claro é o de um chamado contrato, que não existe como contrato, porque não chegaram a ser emitidas ou uma ou as duas manifestações de vontade que formariam o contrato.

Um dos modos aventados para distinguir inexistência jurídica e nulidade consistiria em, no primeiro caso, ser inconcebível a necessidade de uma declaração judicial. Tal afirmação é irrealista, pois é sempre concebível um litígio sobre a *existência* de um negócio. Desde que tal litígio é concebível, algum tribunal deverá ser competente para o dirimir, seja ele objecto principal ou prejudicial da pretensão deduzida em juízo.

O tribunal estadual não tem para isso qualquer dificuldade. O tribunal arbitral tem a dificuldade da existência do contrato, da convenção de arbitragem e dele próprio.

A não ser que, por erro grosseiro, alguém pretenda instaurar uma acção em tribunal arbitral sem nada existir que, mesmo só à primeira vista, possa constituir uma cláusula compromissória aplicável àquela acção, o autor invocará alguma cláusula desse género. Alguém há-de apreciar esse pedido. Nas arbitragens institucionalizadas pode o respectivo Regulamento permitir que algum órgão verifique se há um mínimo de fundamento para ser constituído o tribunal arbitral específico; por ex. art. 7.º do Regulamento da Cour d'Arbitrage da C.C.I.

Em arbitragem *ad hoc* e em Portugal, a primeira entidade a pronunciar-se é a parte demandada; esta, uma vez notificada nos termos legais, pode não nomear árbitro. Se, porém, tiver receio de que, apesar da inexistência de contrato e de convenção de arbitragem, o árbitro venha a ser designado pelo tribunal judicial, nomeá-lo-á, possivelmente, sob reserva. Os árbitros também podem apreciar preliminarmente a existência da convenção, para o efeito de aceitarem ou não o cargo.

Se apesar de tudo quanto até lá pode suceder, como vimos, o tribunal chega de facto a constituir-se — situamo-nos sempre na hipótese de inexistência da convenção —, a sua competência só pode resultar ou de uma convenção existente que preveja os litígios sobre a inexistência do contrato, ou de preceito legal que se substitua à convenção faltosa.

A Lei n.º 31/86, art. 21.º, n.º 1, abre campo largo, pois admite a competência dos árbitros para apreciação da existência da convenção de arbitragem ou do contrato onde esta se insira.

Recentemente foram produzidas judiciosas observações, sobre a questão da inexistência de convenção de arbitragem, que ponho em relevo para sublinhar as suas dificuldades (ULF NORDENSON, Comentário ao Relatório de B. GOLDMAN, in *Arbitrage Commercial, 60 ans après*, pág. 316). Partindo do princípio de que a inexistência de convenção arbitral será alegada pelo réu no processo arbitral, observa-se que esta excepção e indirectamente a Kompetenz-Kompetenz dos árbitros ficam em princípio dependentes das alegações de uma das partes. Convirá, contudo, separar nitidamente as hipóteses de alegação de inexistência e as de alegação de nulidade da convenção de arbitragem; a segunda tem as consequências minoradas pela autonomia da convenção e pela competência dos árbitros; a primeira levaria o tribunal a declarar-se incompetente para conhecer da própria excepção, a qual deveria ser decidida pelo tribunal judicial. Em seguida, nota-se a dificuldade prática de distinguir as duas hipóteses, uma vez que as alegações das partes a tal respeito podem aparecer em modalidades mais ou menos complexas e confusas. Termina por uma recomendação de prudência, que transcrevo por — talvez defeito de composição — não ser inteiramente clara: «Dans ces conditions il pourrait être plus prudent d'admettre qu'un tribunal arbitral exerce sa «Kompetenz-Kompetenz»; dès que lui est soumise une convention d'arbitrage valable dont l'existence est constatée *prima facie*, on ne tiendrait par compte des arguments invoqués par le défendeur pour contester la com-

pétence du tribunal, que cette partie allègue l'inexistence ou la nullité de la convention d'arbitrage».

Uma solução, como a proposta por NORDENSON, consistente em não tomar em conta os argumentos apresentados pelo réu (embora desde que haja um mínimo de verosimilhança da existência de convenção de arbitragem), significa que a questão da existência da convenção de arbitragem vai ser decidida por um tribunal ao qual uma só das partes — o autor — atribui competência para o litígio. Sacrifício idêntico é, porém, exigido ao autor, no caso de se entender que a simples alegação de inexistência da convenção pela outra parte determina a incompetência do tribunal arbitral e a consequente competência do tribunal estadual para o conhecimento dessa exceção.

Afigura-se, pois, que, tal como faz a Lei, se o tribunal arbitral chegar a constituir-se deverá ter competência para as questões de existência como a tem para as de validade.

Além da inexistência absoluta de convenção de arbitragem, pode haver uma inexistência relativa, isto é, falta de cláusula compromissória, *relativamente ao litígio ao qual uma das partes pretende aplicá-la*. Pelo menos, em princípio, nada interessa que entre as partes exista *alguma* cláusula compromissória, que não cubra o litígio concretamente surgido; donde se seguiria que, no caso de a cláusula compromissória, devidamente interpretada, não abranger o referido litígio, deveria concluir-se pela inexistência de cláusula compromissória, com as respectivas consequências.

A questão perde interesse quando a lei nacional ou a convenção internacional deva ser interpretada no sentido da competência do tribunal arbitral para conhecer da própria existência-inexistência da convenção de arbitragem. Em linha geral, parece que devem ser mantidas distintas as questões da existência de convenção de arbitragem e do âmbito desta. Na prática, a distinção será difícil, não podendo basear-se na maior ou menor dificuldade de determinação da cobertura do litígio pela convenção. Afigura-se que a questão é de simples âmbito (não de inexistência) da cláusula compromissória, quando esta

exista para certa relação jurídica e apenas se discuta se o litígio concreto repeita a essa relação jurídica.

A Lei n.º 31/86, art. 21.º, n.º 1 — «ou a aplicabilidade da referida convenção» — mantém para esta hipótese a competência-competência dos árbitros.

8.5. *Ineficácia*

A ineficácia do contrato, quer inter partes quer para terceiros, suscita o problema da eficácia da cláusula compromissória nele contida. Por exemplo, para quem admita arbitragem de litígios nascidos de contrato de sociedade, pode duvidar-se da eficácia de cláusula compromissória, antes de registado o respectivo contrato, se o registo for constitutivo.

Afigura-se que neste caso se justifica a autonomia da cláusula, tal como na hipótese de nulidade do contrato. Assim expressamente prevê o art. 21.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86.

8.6. *Caducidade*

Também aqui haverá que distinguir os litígios que poderiam surgir no normal desenvolvimento da relação e aqueles que respeitam à anormal situação criada, neste caso, ao facto extintivo e suas consequência. A autonomia da convenção de arbitragem deve revelar-se para estes últimos, como para os litígios concernentes à nulidade.

Nestes casos, porém, uma outra espécie de litígios é possível: aqueles que respeitam a factos ocorridos enquanto o contrato não caducou e para os quais manifestamente a convenção mantém a sua força.

A caducidade pode respeitar apenas à convenção de arbitragem. Quando assim aconteça, o tribunal arbitral poderá conhecer dessa caducidade (RUSSELL, pág. 92).

8.7. *Resolução*

Litígios relativos à resolução do contrato principal podem surgir perante árbitros em duas circunstâncias: ou o contraente requer ao tribunal arbitral que ordene a resolução do contrato; ou é discutido o facto de o contrato ter sido resolvido por uma das partes e/ou alguma consequência de tal facto.

Deixando agora problemas de interpretação do âmbito da convenção de arbitragem, pode suscitar-se a questão da manutenção da convenção de arbitragem, visto que o contrato vai ser ou foi resolvido.

Ainda a este respeito deve vigorar a regra da autonomia, ficando separados os destinos do contrato e da convenção.

9. *Efeitos*

9.1. *Efeito positivo*

Os efeitos da convenção de arbitragem decorrem do seu conceito, natureza e conteúdo. Usando uma terminologia bastante significativa (JOLIDON, pág. 136) e atendo-nos aos efeitos principais, correspondentes ao seu núcleo essencial, a convenção produz um efeito positivo e um efeito negativo.

O efeito positivo de uma convenção de arbitragem válida consiste em facultar a qualquer das partes a constituição de um tribunal arbitral competente para o julgamento de litígios nela previstos. É criado, como acima disse, um direito potestativo, a que corresponde uma vinculação da outra parte.

9.2. *Efeito negativo*

Além deste efeito positivo, a convenção de arbitragem produz um efeito negativo, a que também poderia chamar-se reflexo, pois constitui a outra face do efeito positivo.

Uma vez que, com o beneplácito do Estado, os interessados criam, pela sua convenção, um tribunal para conhecimento de um certo ou de eventuais litígios, segue-se, como consequência natural, que os tribunais do Estado devem ficar excluídos, temporária ou definitivamente, do conhecimento do mesmo litígio.

Como disse a propósito da natureza jurídica da convenção de arbitragem, o efeito negativo não constitui conteúdo desta. A vontade das partes não se dirige a excluir a jurisdição estatal, mas sim a constituir um tribunal arbitral; a exclusão da jurisdição estadual resulta — quanto à vontade das partes — só reflexamente e é sancionada pela lei, através de meio técnico que, como veremos, entre nós é a excepção de preterição de tribunal arbitral.

É, no entanto, concebível que, até certo momento, seja permitido ao interessado escolher entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estadual, ou, por outras palavras, que as duas jurisdições sejam concorrentes, sujeitas a uma escolha das partes. Disso são exemplos: na Áustria, certos litígios relativos a cartéis que podem ser submetidos a um tribunal ordinário salvo se o demandante já iniciou o processo de arbitragem; na Alemanha, o art. 91.º da *Gesetz gegen Wettbewerbschränkungen*, 1984, que declara nula uma convenção para arbitragem de litígios que, no futuro, possam surgir relativamente a práticas comerciais restritivas, a não ser que essa convenção permita às partes escolher entre o tribunal arbitral e o tribunal ordinário no momento em que o litígio efectivamente surgir.

Ressalvados pormenores, alguns dos quais abaixo considerados, o efeito negativo é reconhecido (mesmo quando a lei não o expressa; é o caso da Suíça, JOLIDON, págs. 31 e 311) em países tão diversos como Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Áustria, Bélgica, China, Coreia, França, Grécia, Holanda, Indonésia, Japão, Síria, Suécia.

O efeito negativo é normalmente expresso nas leis, mediante declaração de admissibilidade da defesa do réu, em acção proposta no tribunal estadual, baseada na existência de válida convenção de arbitragem que sujeita a decisão arbitral

o litígio *sub iudice*. Outro modo de o exprimir consiste em relacionar esse efeito com o próprio direito de acção — lei da Coreia, art. 3.º: «A suit may be filed to a court of law only where the said arbitration agreement is not valid or of forfeited effect or incapable of execution» (DONGWON CHO, YB, 1982, pág. 20; também art. 253 (1) da Lei de Proc. Civ. do Iraque, YB, 1979, pág. 166). A diferença é, mesmo processualmente, irrelevante, pois também nesses casos é indispensável a invocação pelo réu da válida convenção de arbitragem.

É regra geral que o efeito negativo da convenção de arbitragem só se produz se tal for pedido por uma das partes. De todas as leis consultadas, só uma admite o conhecimento *ex officio* da excepção de arbitragem: a lei do Kuwait (ABU ZAYYAD, YB, 1979, pág. 141). A iniciativa da parte pode aparecer nas leis sem ou com algum revestimento técnico, nomeadamente qualificada como excepção: por exemplo, ML UNCITRAL, «si l'une d'entre elles le demande»; LU STRASBOURG, «a la demande d'une partie»; Convenção NY «à la demande d'une d'elles»; Convenção GENEVE, 1961, «Exception prise de l'existence d'une convention d'arbitrage... soulevée par le défendeur»; ALEMANHA, «se uma das partes o pedir, invocando a existência da convenção arbitral»; FRANÇA, «La jurisdiction ne peut relever d'office son incompetence»; INGLATERRA, «any party... may apply to the Court».

O Arbitration Act inglês (e leis da mesma cepa) quando se refere às partes do «arbitration agreement», (quer a demandante quer a demandada em acção proposta no tribunal estadual) acrescenta «or any person claiming through or under him.» É uma cautela, destinada a abranger, além das partes iniciais da convenção, aquelas pessoas que se lhes tenham substituído, ou que, por outros motivos, possam invocar a convenção (RUSSELL, pág. 169). O princípio é válido, mesmo que a lei não o expresse; trata-se de mera legitimidade processual — resultante de vicissitudes da relação substantiva — para a acção proposta no tribunal estadual e para a arguição da excepção de arbitragem.

A referência, em vários textos, a *partes* que podem arguir esta defesa, só pode ser entendida como destinada aos casos em que a acção é proposta no tribunal estadual contra várias partes, todas ou só algumas das quais (e nesta última hipótese, haverá um problema a decidir quando se estude a «multiparty arbitration») vinculadas pela convenção de arbitragem.

Como se trata de defesa contra uma acção proposta em certo tribunal estadual, é manifestamente a este que a parte dirige o seu pedido de relevância da convenção de arbitragem. No entanto, algumas leis acentuam esse aspecto, por exemplo: ML UNCITRAL, «Tribunal saisi»; Convenção NY, «le tribunal d'un État contractant saisi»; Alemanha, «o tribunal perante o qual este processo é levado».

Preocupação generalizada de leis e doutrinas é que a defesa baseada na convenção de arbitragem seja deduzida *in limine litis*, antes ou o mais tardar no momento em que a parte apresenta a sua defesa quanto ao fundo. Por exemplo: ML UNCITRAL, «au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend»; AA inglês, 1956, «before delivering any pleadings or taking other steps in the proceedings»; mais especificamente, Convenção GENEVE 1961, «à peine de forclusion avant ou au moment de présenter ses défences sur le fond, selon que la loi du tribunal saisi considère l'exception d'incompétence comme une question de procédure ou de fond».

É também de elementar lógica que a defesa baseada numa convenção de arbitragem só possa ser deduzida se o litígio, que uma parte pretende submeter ao tribunal estadual, estiver abrangida naquela convenção. Os textos internacionais e nacionais não deixam de o acentuar: ML UNCITRAL, «question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage», LU STRASBOURG, «un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage»; Convenção NY, «litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article»; Alemanha, «litígio para a resolução do qual as partes celebraram uma convenção»; Inglaterra, «in respect of

any matter agreed to be referred»; USA (FAA e UAA), «the issue is covered by an agreement to arbitrate».

Para que um tribunal inglês possa deferir o pedido, «to stay the proceedings», o AA 1950, art. 4 (1) exige que «the applicant was, at the time when the proceeding were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration». Além de leis derivadas da lei inglesa, preceito do mesmo género aparece na lei de Israel (OTTOLENGHI, YB, 1977): «The Act states that the Court shall stay the proceedings, provided that the applicant has been and still is prepared to do everything required for the institution and continuation of the arbitration».

À primeira vista, compreende-se que a parte invocante da convenção de arbitragem para evitar que uma acção proposta no tribunal estadual aí seja julgada, deve estar «pronta e disposta» a que o litígio seja julgado no tribunal arbitral, pois no caso contrário parece que conseguiria paralisar a acção num e noutra foro. Não se vê, contudo, motivo para exigir esta «disposição» da parte como requisito da sua defesa, uma vez que, no sistema jurídico considerado, existam meios para forçar uma parte recalcitrante a cooperar na arbitragem ou a submeter-se à decisão do tribunal arbitral.

Outros condicionamentos da procedência da excepção de arbitragem, relativos à respectiva convenção, aparecem em vários textos: ML UNCITRAL, «à moins qu'il (o tribunal) ne constate que la dite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée»; LU STRASBOURG, «à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin»; Convention NY, «à moins qu'il ne constate que la dite convention est caduque, inopérant ou non susceptible d'être appliquée»; Convention de Genève 1961, «pourra ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage». Não sei por que motivo, a versão francesa da Convenção NY emprega a palavra «caduque», enquanto a versão inglesa diz «null and void» e a espanhola «nulo».

Estes e outros textos partem de uma ideia básica indiscutível: para que o tribunal estadual julgue procedente a defesa do réu baseada numa convenção de arbitragem não basta a simples invocação desta, devendo o tribunal investigar o valor jurídico actual da convenção. A primeira investigação respeita à validade da convenção, como se lê nalguns dos preceitos acima citados e noutros mais, como o art. 1458.º C.P.C. francês («à moins que la convention d'arbitrage ne soi manifestement nulle»).

Mais delicadas são as ressalvas relativas à inoperância e não exequibilidade da convenção de arbitragem. Mesmo admitindo que as três ressalvas devem ser interpretadas em conjunto, sem fronteiras perfeitamente definidas entre cada uma delas, é evidente que cada uma delas deve ter um núcleo, correspondente a certas hipóteses, à volta do qual podem existir zonas cinzentas, talvez em parte coincidentes. Para determinar esses núcleos, talvez servissem os trabalhos preparatórios dos respectivos textos, mas não os vejo utilizados pela doutrina. No que respeita à Convenção NY 1958, não há também jurisprudência esclarecedora e, por isso, a doutrina apresenta as suas versões. Assim, VAN DEN BERG, págs. 158 e segs., agrupa como «inoperative» os casos em que a convenção de arbitragem deixou de produzir efeitos, ou porque as partes a revogaram, ou por já haver caso julgado sobre o litígio, ou porque um acórdão arbitral foi anulado, ou porque já houve uma transacção entre as partes. Quanto à impossibilidade de execução, há que fazer uma observação prévia: trata-se de execução da convenção de arbitragem e não da sentença arbitral. Designadamente, os receios que possam existir sobre as dificuldades de executar uma sentença arbitral, que venha a ser proferida pelo tribunal formado em execução duma convenção de arbitragem, provam — por haver ou se pressupor que haja sentença — que a convenção de arbitragem pode ser executada (neste sentido, *The Renak* (1978) 3 WLR 431. QBD, em que uma parte alegava que a convenção não podia ser executada porque, no caso de sentença contra ela, não estaria em posição financeira de pagar; o tribunal, *inter alia*, lembra

que o argumento falha até por ser possível que a sentença final seja proferida contra a outra parte). Quais sejam esses casos, não é claro na doutrina; VAN DEN BERG aventa casos em que a cláusula arbitral seja redigida em termos muito vagos ou outras cláusulas do contrato contradigam a intenção das partes quanto à arbitragem; casos em que o árbitro nomeado se recuse a aceitar a nomeação, ou a autoridade competente para a designação do árbitro se recuse a fazê-lo. Em termos negativos, há jurisprudência dalguns países no sentido de que os custos da arbitragem, nomeadamente quanto à obtenção das divisas necessárias, não se enquadram nesta ressalva (em VAN DEN BERG, pág. 160, duas decisões de tribunais da Índia relativamente a arbitragens a realizar em Moscovo e em Londres).

O Arbitration Act inglês 1950, art. 4 (1) não força o tribunal estadual a extinguir a instância (ao contrário do AA 1979, para arbitragens internacionais); permite-lhe que o faça («*may make an order staying the proceedings*»), se estiver convencido (*satisfied*) de que não há razão bastante para que o assunto não seja submetido a arbitragem de harmonia com os termos da convenção. O tribunal goza, pois, de um poder de apreciação das circunstâncias («*discretion of the Court*»).

Faculdade idêntica é atribuída ao tribunal estadual por outras leis: África do Sul, YB, 1977, pág. 79; Austrália, YB, 1977, pág. 7; Canadá YB, 1977, pág. 18; Índia, YB, 1977, pág. 35; Nigéria, YB, 1977, pág. 67.

O julgamento da procedência da defesa baseada na convenção de arbitragem acarreta a extinção do processo no tribunal estadual, facto este expresso tecnicamente em conformidade com as leis processuais locais ou, nalgumas convenções internacionais, de forma ampla que não prejudique as técnicas locais: «*renvoyer les parties à l'arbitrage*», «*se déclarer incompetent*», «*se dessaisir de l'affaire*».

No entanto, existem leis — Síria, Iraque, YB, 1982 — em que o efeito negativo da convenção de arbitragem consiste numa *suspensão* da acção judicial, e o tribunal não pode considerar-se incompetente.

No sistema inglês as partes não podem, por contrato (convenção de arbitragem) excluir («*to oust*») a jurisdição dos tribunais. Podem, contudo, convencionar que não haverá direito de acção, perante o tribunal judicial, a respeito de um litígio que possa surgir entre elas até que tal litígio tenha sido julgado por um árbitro. É a cláusula conhecida por *Scott v. Avery clause* (do caso *Scott v. Avery* (1856)); sobre esta cláusula, RUSSELL, págs. 199 e segs., LEE, págs. 3-33, BRUNELLI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Inghilterra*, Riv. Tri. Dir. Proc. Civ., 1985, pág. 368), tecnicamente construída como criando uma condição suspensiva («*condition precedent*») à acção judicial.

Nem mesmo, porém, a cláusula *Scott v. Avery* garante absolutamente a efectivação da arbitragem. Além de casos em que o tribunal judicial considera ter havido renúncia à cláusula (por ex., acção proposta no tribunal judicial, defendendo-se o demandado quanto ao mérito, sem logo invocar a cláusula), o art. 25.º, n.º 4, do Arbitration Act 1950 dispõe que, quando tiver sido estipulado que uma sentença ao abrigo de uma convenção de arbitragem constituirá condição suspensiva para a propositura de uma acção a respeito de algum assunto ao qual a convenção se aplique, o High Court ou o Court of Appeal, no caso de ter ordenado que a convenção deixe de ter efeito para algum particular litígio, pode além disso ordenar que a estipulação, que torna uma sentença arbitral condição suspensiva para a propositura de uma acção, deixe de ter efeito pelo que respeita a esse litígio.

Até aqui considereei apenas a hipótese de a acção dirigida ao fundo do litígio ser proposta no tribunal estadual antes de ter sido instaurado o processo arbitral. Pode, porém, suceder que uma das partes proponha acção no tribunal estadual depois de ter sido iniciado o processo arbitral.

A hipótese é expressamente prevista nalguns textos. O art. VI (3) Convention Genève 1961, dispõe: «Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale». Mais incisivo, quanto à solução do caso, é o art. 1458.º, 1.º tr. (o 2.º tr. trata da hipótese de ainda não ter sido instaurado o tribunal arbitral) do C.P.C. francês: «Lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage, est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente» (pressuposto de que não pode haver conhecimento officioso, como, para as duas hipóteses, determina o 3.º tr. do mesmo artigo).

O citado preceito da Convenção de Genève distingue, embora para lhes atribuir o mesmo tratamento, duas sub-hipóteses, atendendo ao objecto da acção proposta no tribunal estadual, e essas duas hipóteses são realmente de distinguir mesmo quando o texto legal não o faça (BOISSÉSON-JUGLART, pág. 88).

A *primeira sub-hipótese* consiste em ser proposta no tribunal estadual uma acção que, quanto ao fundo, coincide com o litígio já submetido a um tribunal arbitral e neste ainda pendente. O caso pode ser considerado *por dois lados*: o da competência do tribunal estadual para conhecer uma causa que deve ser afecta a um tribunal arbitral (independentemente de já o estar ou não estar); o da repetição da mesma causa no tribunal arbitral e no tribunal estadual.

Logicamente, o primeiro problema consiste em saber se a excepção de preterição do tribunal arbitral (qualificada de excepção de incompetência ou de excepção autónoma, pormenor que não interessa agora) pode ser arguida na citada hipótese. A resposta é afirmativa, em teoria e perante o nosso direito constituído. Desde que exista convenção de arbitragem, a refe-

rida excepção é o meio técnico para garantir a eficácia da convenção e, para este efeito, tanto faz que a acção no tribunal judicial tenha sido proposta antes ou depois da instituição do tribunal arbitral; em ambos os casos, é igual a razão para ser atribuída prioridade àquele tribunal que as partes convençionaram.

Por outro lado, haveria que resolver um segundo problema consistente na possibilidade de arguição da excepção de litispendência entre causas affectas a tribunal arbitral e tribunal estadual — sem levar em conta, para este problema, o aspecto que estamos agora a discutir. Dou este problema como resolvido afirmativamente, apenas para o efeito de colocar devidamente as questões que interessam agora.

Das soluções destes dois primeiros problemas resulta que, em princípio, na hipótese considerada, o réu dispõe de duas excepções possíveis: a de preterição do tribunal arbitral e a de litispendência. Há quem afirme que deve ser usada a excepção de arbitragem e não a de litispendência, (JOLIDON, pág. 136), mas parece que caberá ao réu escolher aquela, de entre as duas, que prefere arguir.

A excepção de arbitragem paralisa a jurisdição estadual, se for arguida oportunamente. É indubitável que o réu pode argui-la e também que, se não o fizer, a causa continuará os termos na jurisdição estadual. O mesmo pode suceder com a litispendência que no direito português é de conhecimento officioso. Mas, o réu pode preferir não utilizar a excepção de arbitragem e servir-se da excepção de litispendência.

A *segunda sub-hipótese* pressupõe que o objecto da acção proposta no tribunal estadual respeita à convenção de arbitragem e não ao fundo do litígio: (in)existência, (in)validade, eficácia ou caducidade da convenção.

Ressalvada a hipótese de acção arbitral com esse restrito pedido (sobre cuja licitude me pronuncio noutra altura), não há neste caso litispendência a considerar. A única excepção possível é a de arbitragem, a qual por sua vez se funda na competência do tribunal arbitral para conhecer da sua própria competência. Como a convenção de arbitragem atribui ao tri-

bunal arbitral esse poder, deixa ele de pertencer ao tribunal estadual, ressalvada a necessária arguição da excepção.

Esta solução é válida não só quando a acção tiver directa e exclusivamente por pedido a declaração de inexistência ou invalidade da convenção de arbitragem mas, também, quando estas são invocadas para justificar a introdução do pedido quanto ao fundo do litígio (no mesmo sentido, quanto ao direito grego, FOUSTOUCOS, YB, 1980, pág. 64).

A ML UNCITRAL, art. 8.º (2) estabelece que: «Where an action referred to in paragraph (1) of this article» — ou seja, uma acção sobre matéria que é objecto de uma convenção de arbitragem — «has been brought, arbitral proceeding may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court». Está, pois, admitida a faculdade («may») de a instância arbitral ser iniciada ou continuada e terminada, apesar de uma das partes ter proposto no tribunal estadual acção com o mesmo objecto. Caberá ao tribunal arbitral «decidir do recebimento ou da suspensão do processo arbitral» e tal entendimento «deixa-lhe as mãos livres para julgar da consistência e da razoabilidade dos motivos que terão levado uma das partes a recorrer ao Tribunal judicial [...]» (MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e R. M. MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, pág. 354). Outras considerações que este preceito justifica têm melhor cabimento a propósito das questões relativos a litispendência.

Entre as excepções dilatórias nominadas no nosso Código de Processo Civil, conta-se a «preterição do tribunal arbitral» (art. 494.º, n.º 1, alínea *h*)).

Com ressalva do que adiante se dirá quanto ao âmbito da excepção arguível, há, pois, na nossa lei, reconhecimento do efeito negativo da convenção de arbitragem.

É logo de acentuar a tipicidade da excepção. Ao contrário do que acima vimos suceder noutras leis, esta excepção não é subsumida na excepção de incompetência do tribunal. A incompetência — quer absoluta, quer relativa — do tribunal é excepção prevista na alínea *f*) do art. 494.º, n.º 1, enquanto a prete-

rição do tribunal arbitral está autonomamente prevista na alínea *h*). Mesmo que doutrinariamente a exceção seja de incompetência (CASTRO MENDES, *Manual de Processo Civil*, pág. 207; outros autores — REDENTI, NDI, *voce Compromesso* — entendem que as relações árbitros-juizes não podem exprimir-se em termos de competência e, portanto, a exceção não é de incompetência, embora essa ideia esteja de tal modo arreigada que não vale a pena combatê-la) a lei autonomiza-as e atribui-lhes efeitos diferentes quanto ao conhecimento oficioso (salvo o caso de incompetência relativa).

A doutrina e a jurisprudência portuguesas tinham-se dividido quanto ao âmbito da exceção de preterição do tribunal arbitral. Uma dessas teses considerava arguível a exceção tanto com fundamento em compromisso arbitral como em cláusula compromissória (J. A. REIS, VAZ SERRA, ANTUNES VARELA, ANSELMO DE CASTRO); a outra tese abrangia na exceção apenas o compromisso arbitral e para o caso de cláusula compromissória entendia que o réu devia requerer a suspensão da instância, só arguindo a exceção depois de celebrado o compromisso arbitral ou substituído este por decisão judicial (PALMA CARLOS, CASTRO MENDES).

Eu acompanhava a primeira corrente, mas não vale agora a pena discutir os respectivos argumentos, pois apenas interessa saber se na vigência do D.L. n.º 243/84 e também no âmbito da Proposta de Lei a controvérsia tem alguma justificação. A resposta é manifestamente negativa. No respeitante à constituição do tribunal arbitral, o regime é idêntico seja qual for a modalidade de convenção de arbitragem. O compromisso arbitral não institui, só por si, o tribunal arbitral; este é instituído pela mesma forma, quer as partes invoquem convenção de arbitragem celebrada depois da existência do litígio, quer invoquem convenção anterior que o preveja. Designadamente, entre a cláusula compromissória e a constituição do tribunal arbitral não medeia um compromisso arbitral.

A nomenclatura da exceção poderia levar a supor que esta só seria arguível, se o tribunal arbitral já estivesse constituído; isso nunca ninguém sustentou mesmo no domínio do

C.P.C. (salvo quem entenda que o tribunal arbitral é *constituído* pelo compromisso, o que não aceito). O tribunal arbitral é preterido quando não é respeitada a convenção de arbitragem que permita constituf-lo.

O tribunal estadual não goza de qualquer poder discricionário na apreciação da excepção. Verificados os respectivos pressupostos, deve julgar a excepção procedente e absolver da instância.

A excepção só pode ser arguida por quem for parte na convenção de arbitragem e na acção proposta no tribunal estadual. Não vale a pena entrar em mais pormenores, que aparecem a propósito das vicissitudes subjectivas da convenção de arbitragem. O art. 495.º C.P.C. determina que o tribunal deve conhecer officiosamente de todas as excepções dilatórias, salvo — entre outras — da preterição do tribunal arbitral.

O tempo para deduzir esta excepção é idêntico ao de toda e qualquer outra excepção não de conhecimento officioso: a contestação do réu.

A procedência da excepção depende da existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Na existência incluo não só a sua estipulação inicial mas, também, a sua subsistência no momento em que é invocada (isto é, não ter caducado, no sentido que attribuo a esta expressão.)

9.3. *Outros efeitos*

Numa Subsecção dedicada à interrupção da prescrição, o Código Civil, art. 324.º, distingue conforme há compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Se há compromisso arbitral, a celebração deste interrompe a prescrição relativamente ao direito que se pretende tornar efectivo (n.º 1); se há cláusula compromissória (ou sendo o julgamento arbitral determinado por lei — arbitragem necessária), a prescrição considera-se interrompida quando se verifique algum dos casos previstos no art. 323.º

A Lei n.º 31/86 não revogou nem alterou expressamente este artigo. Não pode ele também considerar-se alterado taci-

tamente, pois não existe incompatibilidade entre o que ele dispõe e algum preceito do citado diploma.

Para adaptar terminologias, podemos dizer que, quando a convenção de arbitragem respeite a um litígio actual (compromisso) se aplica o art. 324.º, n.º 1, C.C., e quando a convenção de arbitragem respeite a litígios eventuais aplica-se o n.º 2 do mesmo artigo.

A distinção é logicamente indispensável. Formado um litígio concreto sobre um certo direito, o compromisso sobre esse litígio revela inequivocamente a vontade de o respectivo titular exercer esse direito. Tal não pode suceder com a cláusula compromissória estipulada, logo no início da relação jurídica, antes de qualquer litígio.

O art. 323.º, n.º 1, para o qual remete o art. 324.º, n.º 2, determina que a prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer acto que exprima, directa ou indirectamente, a intenção de exercer o direito, seja qual for o processo a que o acto pertence e ainda que o tribunal seja incompetente. No caso de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, a prescrição deve considerar-se interrompida quando for efectuada a notificação prevista no art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86.

É esse o momento que melhor corresponde à celebração do compromisso, o qual também antecede a notificação de que a parte instaura o litígio no tribunal arbitral. Poderá contra-argumentar-se que essa notificação não é *judicial*, como diz o art. 323.º, n.º 1, mas não poderá negar-se que ela é um acto destinado à constituição de um tribunal e, bem assim, não poderá esperar-se por uma notificação a fazer pelo tribunal depois de constituído, pois esta poderá não existir, em conformidade com o rito processual que vier a ser escolhido pelas partes ou pelo próprio tribunal; e, além disso, não pode sujeitar-se a interrupção da prescrição às dificuldades que o demandado criasse para evitar a rápida constituição do tribunal arbitral. Não há comparação com a notificação prevista no art. 1513.º, n.º 3, C.P.C. — à qual a doutrina ligava a interrup-

ção no caso de cláusula compromissória — pois o tribunal judicial não intervém normalmente na constituição do tribunal arbitral.

Segundo o art. 326.º, C.C., a interrupção inutiliza para a prescrição todo o tempo decorrido anteriormente, começando a correr novo prazo a partir do acto interruptivo, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo seguinte. O art. 327.º, n.º 1, dispõe que: «Se a interrupção resultar de citação, notificação ou acto equiparado, ou de compromisso arbitral, o novo prazo de prescrição não começa a correr enquanto não passar em julgado a decisão que puser termo ao processo».

Este art. 327.º, n.º 1, não necessita de adaptação aos novos moldes da convenção de arbitragem, desde que, no caso de cláusula compromissória, a interrupção da prescrição resulte da notificação prevista no art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86.

O mesmo, porém, não acontece quanto aos n.ºs 2 e 3 do art. 327.º, na parte em que estes se referem a ficar sem efeito o compromisso arbitral. No antigo sistema, em que a arbitragem se fundava sempre em compromisso arbitral (isolado ou consequente a cláusula compromissória), só o compromisso arbitral poderia ficar sem efeito; no novo sistema, pode ficar sem efeito qualquer convenção de arbitragem. Naqueles dois preceitos, deve passar-se a ler «convenção de arbitragem» em vez de compromisso arbitral ou entender-se que o mesmo regime se aplica à hipótese de a cláusula compromissória ficar sem efeito.

Correlativamente deve ser interpretado o art. 332.º n.º 1, que remete para o art. 327.º, n.º 3.

Nos termos do art. 331.º C.C., só impede a caducidade a prática, dentro do prazo legal ou convencional, do acto a que a lei ou convenção atribua efeito impeditivo; quando, porém, se trate de prazo fixado por contrato ou disposição legal relativa a direito disponível, impede também a caducidade o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido.

No caso de uma acção, o que impede a caducidade é a proposição da mesma — e ela considera-se proposta logo que seja

recebida na secretaria a respectiva petição inicial; C.P.C., art. 267.º, n.º 1.

O compromisso arbitral não impede a caducidade, nem nos termos do n.º 1, do art. 331.º C.C., porque não constitui proposição de acção, nem nos termos do n.º 2 do mesmo artigo porque, por definição, não importa reconhecimento do direito. Inconcebível seria que a cláusula compromissória, respeitante a litígios eventuais futuros, pudesse, por si só, impedir a caducidade.

Estando o litígio sujeito a arbitragem, por força do compromisso ou de cláusula compromissória, parece decorrer dos princípios expostos, que a caducidade só se considerará impedida quando for praticado o acto que, no processo arbitral *lato sensu*, corresponda à propositura da acção perante o tribunal estadual. A tal respeito surgem as mesmas dúvidas que, no respeitante à interrupção da prescrição, vimos existirem na hipótese de cláusula compromissória, e penso ser de solucioná-las do mesmo modo.

As partes que para um litígio, cuja acção está sujeita a um prazo de caducidade, legal ou convencional, resolvem celebrar um compromisso arbitral, podem ponderar se haverá tempo para constituir o tribunal arbitral e perante ele propor a acção. Tal ponderação concreta não é possível no caso de cláusula compromissória. Uma vez, porém, que para este segundo caso se decida no sentido de o acto impeditivo da caducidade ser a diligência do demandante para a constituição do tribunal arbitral, o mesmo regime deve ser aplicado ao caso de compromisso.

Contra a solução que preconizo poderá argumentar-se que o acto impeditivo da caducidade é, nos casos agora considerados e pela letra dos respectivos preceitos legais ou estipulações contratuais, a proposição da acção e que esta só pode ocorrer *depois* de o tribunal estar constituído. E, contudo, esse paralelismo entre as acções a propor no tribunal estadual — sempre constituído — e o tribunal arbitral — a constituir *ad hoc* — que se me afigura errado. Por exemplo, supor que, uma acção coberta por cláusula compromissória, sujeita a um

prazo de caducidade de 20 dias, pode ser «proposta» dentro desse prazo no tribunal arbitral a constituir, excede o optimum razoável e esquece que, como acima disse, a simples passividade do demandado poder fazer gorar esses prazos.

10. *Transmissão*

10.1 *Transmisso por morte ou extinção de parte*

A Lei n.º 31/86, art. 4.º, n.º 2, dispõe que: «Salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância no tribunal arbitral».

Relegando para o estudo do processo arbitral a hipótese final daquele preceito, aflora nele um princípio de impessoalidade da convenção de arbitragem; se esta, em regra, não caduca por morte ou extinção de uma parte, não é celebrada *intuitu personae*.

A morte — de pessoa física — ou a extinção — de pessoa colectiva — de uma das partes (manifestamente o preceito não prevê a morte ou extinção das duas partes, mas sim de uma delas) não tem o efeito *legal* de fazer caducar a convenção de arbitragem; pode, contudo, ter esse efeito *convencional*. Está, pois, expressamente reconhecido o efeito da convenção de arbitragem limitado às pessoas, físicas ou jurídicas, nela intervenientes, por vontade destas.

Se — exceptuada a hipótese de estipulação das partes em contrário — a convenção de arbitragem não caduca por morte ou extinção de parte, há uma transmissão para quem suceder ao outorgante falecido ou extinto. É óbvio que esta transmissão acompanha a transmissão da relação jurídica a que a convenção respeita, pois uma transmissão isolada de convenção de arbitragem é impensável.

O art. 2.º do Arbitration Act inglês, de 1950, que também consagra a transmissão da convenção de arbitragem por morte de um outorgante, especifica «either as respects the deceased

or any other party thereto». O mesmo alcance tem o preceito português: não só os sucessores do outorgante defunto, como também a outra parte da convenção de arbitragem, continuam vinculados a esta.

O mesmo art. 2.º, n.º 3, esclarece que «Nothing in this section shall be taken to affect the operation of any enactment or rule of law, by virtue of which any right of action is extinguished by the death of a person». A regra é de perfeita clareza: o facto de a convenção de arbitragem poder ser transmitida para os sucessores da parte defunta não afecta de maneira alguma aquilo que estiver estipulado ou resultar de norma legal quanto à extinção, por morte de parte, da relação jurídica a que a convenção respeita.

Pode, porém, suceder que a morte de uma das partes da relação jurídica e da respectiva convenção de arbitragem produza sobre aquela relação jurídica um efeito extintivo; a convenção de arbitragem ficará assim desprovida de objecto, salvo quanto à verificação e às consequências do próprio facto extintivo.

10.2. *Transmissão entre vivos*

A consagração legal da impessoalidade da convenção de arbitragem, no caso de morte ou extinção de parte, estende-se à transmissão por acto *inter-vivos*, pois quanto a esta a lei nada dispõe e não se vê motivo para que a impessoalidade seja limitada à transmissão por morte ou extinção da parte.

Assim, a convenção de arbitragem pode ser transmitida no quadro de cessão da posição contratual de uma das partes. A posição contratual abrange tanto a convenção de arbitragem como as restantes estipulações e toda ela é transmitida.

Nenhum prejuízo existe para a parte contrária, uma vez que já se sujeitara à convenção de arbitragem e não se vê como a mudança de pessoa justifique a alteração dessa intenção; além disso, a eficácia da transmissão depende do consentimento da parte contrária, nos termos do art. 424.º C.C. Nada impede que, por imposição do cessionário ou do outro con-

traente, a convenção de arbitragem seja previamente excluída do contrato.

Manifestamente, as partes na cessação de posição contratual podem estipular uma convenção de arbitragem para os litígios que nasçam desse negócio de cessão; a convenção de arbitragem relativa ao contrato cuja posição é cedida não abrange tais litígios nem é afectada por aquela outra convenção, celebrada entre partes diferentes.

O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor (art. 577.º C.C.). Só por si, a cessão tem por objecto o crédito ou parte dele e, portanto, não abrange a posição do cedente quanto à convenção de arbitragem estipulada para a relação jurídica onde o crédito se insere. Determina, porém, o art. 582.º, n.º 1 C.C. que, na falta de convenção em contrário, a cessão de créditos importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. O problema consiste, pois, em saber se a convenção de arbitragem pode considerar-se um acessório do direito cedido (em sentido afirmativo, VON THUR, cit. por VAZ SERRA, *Cessão de crédito*, pág. 118; também um acórdão do Tribunal Federal Suíço, de 25-1-77, baseado no art. 170.º, alínea 1 do Code des Obligations, de redacção muito semelhante ao nosso artigo 582.º, n.º 1, em BUDIN, *Nature et cessibilité d'une convention d'arbitrage en droit suisse*, Rev. Arb., 1979, pág. 435).

Há factores contraditórios a considerar. Por um lado, dir-se-á que a transmissão da convenção de arbitragem, nesse caso, envolve não apenas a transmissão de uma posição activa, mas também de uma posição passiva, o ónus a que o cedente está sujeito relativamente ao direito potestativo da outra parte (a objecção mantém-se para quem adopte a ideia dos efeitos obrigacionais da convenção de arbitragem). Por outro lado, afigura-se que um negócio de cessão entre duas pessoas, a que o outro sujeito da relação jurídica principal e da convenção de arbitragem é alheio, pois a lei prescinde do seu consentimento, não pode eliminar o direito que para esse outro sujeito

resulta da dita convenção. Parece mais forte este segundo aspecto.

Quanto à sub-rogação, as soluções estrangeiras são no sentido de manutenção da convenção de arbitragem: em França, BOISSÉSON-JUGLART dão notícia de um acórdão da Cassation, de 13 de Maio de 1960, segundo o qual «a cláusula compromissória incluída num contrato de transporte é válida para com o segurador do transportador, que se encontra sub-rogado nos direitos deste último», e em Inglaterra, para um caso em que a apólice de seguro de automóveis continha uma cláusula compromissória, foi remetida para a arbitragem uma acção proposta no tribunal estadual pelo sinistrado (RUSSELL, pág. 170). Em Portugal, a solução corre parelhas com a proposta para a cessão de crédito, uma vez que o art. 594.º manda aplicar o art. 582.º, acima analisado, quanto a este aspecto.

Para a transmissão singular de dívidas, determina o art. 599.º C.C. que «com a dívida transmitem-se para o novo devedor, salvo convenção em contrário, as obrigações acessórias do antigo devedor que não sejam inseparáveis da pessoa deste». Admitindo que, por força deste preceito, interpretando latamente a palavra «obrigação» como «posição passiva», o ónus do antigo devedor resultante da convenção de arbitragem recaísse sobre o novo devedor, não se vê como para este se transmitiria a posição activa resultante da mesma convenção. A solução negativa que para este caso preconizo não tem inconvenientes graves, visto que a transmissão singular da dívida depende de ratificação ou consentimento do credor, e este pode exigir a celebração de nova convenção de arbitragem com o novo devedor.

11. *Extinção da convenção de arbitragem ou do seu efeito para o litígio*

11.1. *Observações gerais*

A Lei n.º 31/86 refere expressamente duas espécies de factos que fazem terminar a convenção de arbitragem ou que

determinam que a cláusula compromissória fique sem efeito quanto ao litígio considerado: o acordo revogatório (art. 2.º, n.º 4) e os factos produtores de caducidade (art. 4.º).

Antes de mais convirá atentar na distinção feita no corpo do art. 4.º da Lei: «caducar o compromisso arbitral» e «ficar sem efeito, quanto ao litígio considerado, a cláusula compromissória». O compromisso arbitral tem por objecto um só litígio, para cuja decisão é constituído o tribunal arbitral. Pode, pois, dizer-se que, em certas circunstâncias, o compromisso *caduca*; deixa de ter efeito para aquele litígio e já não o tinha para nenhum outro litígio.

Quando se trate de cláusula compromissória, não é curial usar a mesma técnica, visto que a cláusula abrange um número indefinido de litígios e mantém-se em vigor para o eventual aparecimento de outros, só perdendo a sua força para aquele determinado litígio. Só poderia falar-se em caducidade de cláusula compromissória, nessas circunstâncias, se o facto de ela ser usada para um litígio impedisse a sua futura utilização para outros futuros litígios, o que, em meu entender, não é o caso.

Desta primeira distinção resulta uma segunda: um grupo de factos que atingem a convenção de arbitragem — seja compromisso, seja cláusula compromissória — fazendo-a terminar; outro grupo de factos que apenas fazem cessar o efeito da cláusula compromissória para o caso considerado.

Por outro critério, haverá que separar os factos das partes e as vicissitudes do processo arbitral *lato sensu*.

11.2. Revogação

O art. 2.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86 permite que a convenção de arbitragem seja revogada, até à pronúncia da decisão arbitral, por escrito assinado pelas partes.

Com ou sem texto expresso, a autonomia da vontade das partes manifestada na celebração pode manifestar-se também na revogação da convenção, e é da natureza das coisas que a revogação tenha por limite temporal a pronúncia da decisão

arbitral. O alcance útil do preceito reside, pois, na forma especial exigida.

11.3. *Renúncia*

É precisamente essa exigência formal que me leva a separar da revogação os casos em que a vontade, pelo menos de uma das partes, é manifestada tacitamente; casos esses que autores estrangeiros reúnem num género — «renonciation», «accord des parties» — onde distinguem a espécie expressa e a espécie tácita.

Trata-se sobretudo do caso de acção proposta por uma das partes da convenção de arbitragem no tribunal estadual, a que a outra parte não opõe (oportunamente) a excepção de preterição do tribunal arbitral, mas defende-se quanto ao fundo do litígio.

Aliás, duvido de que a falta de arguição da excepção de preterição do tribunal arbitral possa *sempre* constituir uma vontade tácita. Por exemplo, quando o demandado não conteste a acção, não há lei, uso ou convenção que permita atribuir a esse silêncio o valor de declaração negocial (C.C., art. 218.º). Talvez seja preferível entender que a renúncia de uma das partes à convenção de arbitragem é bastante para fixar a competência do tribunal judicial, se a outra parte não exigir cumprimento daquela, através da arguição da excepção.

11.4. *Elementos accidentais da convenção de arbitragem*

É ainda a vontade das partes, quanto ao termo da convenção de arbitragem, que funciona quando a esta é aposta uma condição resolutiva ou um termo final. Na verdade, o facto, certo ou incerto, previsto na convenção de arbitragem, retira o seu efeito da força da convenção.

O funcionamento desses elementos ocorre nos termos gerais.

11.5. *Preenchimento da finalidade*

A convenção de arbitragem tem a finalidade de permitir às partes a constituição de um tribunal arbitral destinado à decisão de um ou mais litígios. Decidido o litígio, está esgotada aquela finalidade e a convenção deixa de ter efeito (com a ressalva, acima referida, quanto à cláusula compromissória).

Assim sucede sem dúvida quando o litígio for solucionado por decisão dos árbitros sobre o fundo da causa, da qual não tenha havido recurso nem tenha sido requerida anulação, nem a respectiva execução tenha sido embargada com algum dos fundamentos da anulação. Analiso sucessivamente as situações diferenciadas pelas variações desses factores, embora certamente algumas hipóteses tenham escapado a esta análise.

A decisão arbitral pode consistir numa absolvição da instância. Esta não obsta a que se proponha outra acção sobre o mesmo objecto (C.P.C., art. 289.º, n.º 1); excepto quando a absolvição da instância tenha ocorrido por incompetência do tribunal arbitral, correspondente à procedência da excepção de incompetência absoluta prevista no art. 288.º, n.º 1, C.P.C., é duvidoso se nova acção sobre o mesmo litígio deve ser proposta no tribunal arbitral ou no tribunal judicial, o que dependerá de, por força da sentença de absolvição da instância, terminar ou não a convenção de arbitragem.

O art. 25.º da Lei n.º 31/86 determina que: «O poder jurisdicional dos árbitros finda com a notificação do depósito da decisão que pôs termo ao litígio ou, quando tal depósito seja dispensado, com a notificação da decisão às partes». Preceito correspondente figura no C.P.C., art. 666.º, n.º 1 — «Proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa». Eventuais questões quanto à rectificação de erros materiais, suprimento de nulidades, esclarecimento de dúvidas e reforma quanto a custas, não nos interessam agora.

Casos há em que a instância se renova — C.P.C., art. 269.º, n.º 1 — mas não parece que tais casos possam ser transportados para o juízo arbitral, visto que implicam o chamamento

à intervenção de uma pessoa que não estava e devia estar em juízo, e a isso se opõe a inoponibilidade da convenção de arbitragem a terceiros (a não ser na hipótese, pouco provável, de esse terceiro ser também parte na mesma convenção de arbitragem).

A correspondência entre o citado artigo da Lei e o artigo 666.º, n.º 1 C.P.C. pode levar a pensar que o primeiro não tem em vista o valor da convenção de arbitragem, nomeadamente a sua extinção, pois esse problema não existe no âmbito do art. 666.º, n.º 1. Em contrário, dir-se-á que o referido preceito, no quadro do tribunal arbitral, pode ter um alcance mais longo do que o art. 666.º, n.º 1, limitado forçosamente a tribunais judiciais. Por outro lado, não é claro se a expressão «pós termo ao litígio» abrange apenas o julgamento sobre o mérito da causa ou mais do que isso.

Perante essas dúvidas de interpretação, é mais curial apreciar o tratamento dado pelas leis de arbitragem a hipóteses em que o tribunal arbitral não chega a pronunciar-se sobre o mérito da causa, tais como as previstas nas alíneas *a*), *b*) e *c*) do art. 4.º, n.º 1 da Lei n.º 31/86. Verificado que nesses casos a convenção de arbitragem é afectada, pois caduca, parece que tratamento semelhante deve ser dado à hipótese de absolvição da instância.

Extingue-se também a convenção de arbitragem (ou deixa de ter efeito para esse litígio), quando a instância se extingue por desistência ou confissão totais (a desistência ou a confissão parciais deixam uma parte livre para a manutenção da convenção), ou por transacção. Neste último caso, a transacção pode conter uma *nova* cláusula compromissória ou pode vir a ser objecto de compromisso algum litígio que dela surja.

Se a desistência, confissão ou transacção vier a ser declarada nula ou anulada, mantém-se o litígio que por esse meio se pensava ter sido extinto. Afigura-se, contudo, que, para esse litígio deixou de vigorar a antiga convenção de arbitragem, a qual também não se *renova*, pois não há nem lei nem vontade das partes nesse sentido.

A decisão arbitral sobre o mérito da causa pode vir a ser anulada nos termos do art. 27.º da Lei n.º 31/86. Como nota ROBERT, pág. 182, o árbitro foi investido para o fim de pronunciar a sentença e esta foi proferida, de modo que o fim da convenção foi preenchido e ela terminou (no sentido de que, anulada a sentença arbitral, uma nova acção sobre o mesmo litígio deve seguir a via arbitral — por efeito da mesma cláusula compromissória ou até do pedido dirigido, na primeira acção, a uma instituição de arbitragem; Cour d'appel de Paris, 8-1-81, com nota concordante de MOREAU, Rev. Arb., 1982, págs. 62 e segs.).

11.6. *Casos legais de caducidade, em especial o prazo para a decisão arbitral*

O art. 4.º da Lei n.º 31/86 enumera três casos em que o compromisso arbitral caduca e a cláusula compromissória fica sem efeito, quanto ao litígio considerado;

a) se algum dos árbitros designados falecer, se escusar ou se impossibilitar permanentemente para o exercício da função ou se a designação ficar sem efeito, desde que não seja substituído nos termos previstos no art. 13.º;

b) se, tratando-se de tribunal colectivo, não puder formar-se maioria na deliberação dos árbitros;

c) se a decisão não for proferida no prazo estabelecido de acordo com o disposto no artigo 19.º.

A análise das duas primeiras alíneas tem lugar mais apropriado quando se trate do processo arbitral. Da terceira trato em seguida.

11.6.1. *Questões gerais quanto ao prazo para a decisão arbitral*

Pode considerar-se regra geral, nos ordenamentos jurídicos que regulamentam a arbitragem, a admissão de fixação ou a directa fixação de prazo para os árbitros proferirem a decisão.

Esse prazo, em princípio, pode ser fixado ou pela lei, ou por acordo das partes, ou pelo tribunal judicial.

Nas leis consultadas, não encontrei alguma que fixasse um prazo imperativo (no sentido de não derogável por acordo das partes, para distinguir dos casos em que o prazo, convencional ou legal, não pode ser prorrogado).

Há leis que não fixam qualquer prazo, nem imperativo nem supletivo: Alemanha, Áustria, Espanha, Finlândia, Grã-Bretanha, Grécia, Noruega, Nova Zelândia, Suíça.

Não quer isto dizer que seja lícito aos árbitros retardar indefinidamente a pronúncia da decisão. Por exemplo, o art. 13.º (3) do Arbitration Act 1950 inglês, dispõe que: «The High Court may, on the application of any party to a reference, remove an arbitrator or umpire who fails to use reasonable dispatch in entering on and proceeding with the reference and making an award, and an arbitrator or umpire, who is removed by the High Court under this subsection shall not be entitled to receive any remuneration in respect of his services». O art. 17.º do CIA Suíço dispõe que: «Les parties peuvent en tout temps recourir à l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 pour retard injustifié du tribunal arbitral»; mas ele é interpretado (JOLIDON, pág. 254) como não permitindo que o tribunal judicial aplique qualquer sanção aos árbitros, nem que os remova, nem que lhes fixe qualquer prazo; a parte requerente apenas conseguirá do tribunal um convite (*invitation*) aos árbitros para que procedam diligentemente, o qual poderá mais tarde — no caso de não ser eficaz — ser útil para efeitos de remoção ou de indemnização.

A fixação do prazo por acordo das partes, nomeadamente na convenção de arbitragem é geralmente admitida: Bélgica, Brasil, Colômbia, Finlândia, França, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Indonésia, Israel, Itália, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Suécia.

A faculdade de fixação do prazo por acordo das partes corresponde normalmente um prazo legal supletivo: Brasil (20 dias depois da apresentação das alegações das partes), Colômbia (seis meses depois da constituição do tribunal arbitral), França, (seis meses a contar da aceitação pelo último árbitro), Indonésia (seis meses depois da aceitação pelos árbi-

tros), Itália (90 dias a contar da aceitação pelo último árbitro), Israel (três meses), Índia (4 meses desde a aceitação pelos árbitros), Luxemburgo (3 meses a contar da assinatura do compromisso), Holanda (6 meses a contar da aceitação pelos árbitros), México (60 dias a contar da aceitação), Suécia (6 meses a contar do pedido de arbitragem), Venezuela (prazos iguais aos dos tribunais judiciais).

Na falta de prazo convencional ou legalmente supletivo, admitem que ele seja fixado pelo tribunal as leis da Bélgica (se tiverem decorrido 6 meses e os árbitros continuarem a demorar a decisão) e Finlândia.

Várias leis prevêm e permitem a prorrogação dos prazos inicialmente fixados. Divergem, contudo, quanto à competência para a ela proceder: as leis da Índia, da Itália, de Israel e da Nigéria atribuem competência aos próprios árbitros; as partes, por acordo, têm essa competência segundo as leis da França, da Índia, da Itália, do Luxemburgo, da Suíça; a prorrogação pode ser pedida ao tribunal judicial por uma das partes em França (também pelos árbitros), na Índia, em Israel (também pelos árbitros), na Nigéria, na Nova Zelândia, na Suécia, na Suíça.

Também Leis Uniformes e Regulamentos internacionais prevêm prazos para a pronúncia da sentença:

— Règlement La Haye 1962, art. 26.º: La sentence arbitrale doit être, en principe, prononcée dans le délai fixé par les parties, mais le Tribunal, s'il lui est impossible de se prononcer dans ce délai, peut le proroger.

— Règlement CEEONU, Genève 1966, art. 34.º: La sentence doit être rendue dans un délai de neuf mois à compter de la désignation de l'arbitre président ou de l'arbitre unique. Art. 35.º: Le délai dans lequel la sentence arbitrale doit être rendue peut être prorogé par les arbitres dans la mesure où cette prorogation est justifiée soit par le remplacement d'un arbitre, soit par la nécessité d'entendre des témoins ou de demander l'avis d'experts, soit par d'autres raisons valables.

— Règlement CEAEIO, art. VII, 1: La sentence arbitrale est rendue dans un délai de neuf mois, à compter de la désigna-

tion de l'arbitre président ou de l'arbitre unique. Ce délai peut être prorogé par les parties d'un commun accord, ou par l'arbitre ou les arbitres s'ils estiment que la prorogation est indispensable.

— Règlement de procédure du CIRDI, art. 46.º: La sentence est rédigée et signée dans les 60 jours qui suivent la clôture de l'instance. Le Tribunal peut cependant proroger ce délai de 30 jours s'il lui est autrement impossible de rédiger la sentence.

— L.U. Strasbourg, art. 19.º, n.º 3 e 4: 3. La mission des arbitres prend fin si la sentence arbitrale n'est pas rendue dans les délais, à moins que ceux-ci ne soient prorogés par un accord entre les parties. 4. Lorsque les arbitres ont été désignés nommément dans la convention d'arbitrage et que la sentence n'est pas rendue dans les délais, la convention d'arbitrage prend fin de plein droit, à moins que les parties n'en soient autrement convenues.

A ML UNCITRAL não contém disposição alguma sobre o prazo para a decisão ser proferida.

No que toca à sanção por pronúncia da sentença depois de terminado o prazo que no caso for aplicável, de modo geral, a sentença é ou pode vir a ser desprovida de valor jurídico.

Radical é a lei da Finlândia, que comina a nulidade absoluta (em contraposição à anulação, que está prevista para outros casos). Na Suécia, a sentença pode ser recusada. Mais vulgar é considerar a sentença anulável (ou podendo ser «set aside») como por exemplo em França, na Holanda, no Luxemburgo, em Israel, na Itália (contanto que a parte que pretende anular, o tenha comunicado à outra parte e ao árbitro antes da pronúncia da sentença).

11.6.2. *Tratamento dessas questões nos diplomas legais portugueses*

Como regra, o art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86 permite que: «Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, as partes fixem o prazo para a decisão do tribunal arbitral ou o modo de estabelecimento desse

prazo». Em seguida (n.º 2), é fixado o prazo supletivo de seis meses. Indica-se, depois (n.º 3), o início da contagem dos prazos previstos nos n.ºs 1 e 2: a data da designação do último árbitro, salvo convenção em contrário.

Quanto à prorrogação, apenas é admitido (n.º 4) que o prazo seja prorrogado, por acordo escrito das partes, até ao dobro da sua duração inicial — preceito que parece ser aplicável tanto ao prazo convencional como ao prazo supletivo.

Lamento que a Lei seja tão parcimoniosa no tocante a prorrogação. Em primeiro lugar, se as partes estão de acordo na duração da prorrogação, não se vê motivo para a lei a limitar; os litígios devem ter um fim, mas também não devem ser forçados a um fim prematuro. Em segundo lugar, a recusa de acordo de prorrogação por alguma das partes faz terminar o processo arbitral, sem que a parte contrária se lhe possa opor, com a consequente inutilidade do processo arbitral e os encargos que serão suportados pelo autor. No direito comparado havia bem por onde escolher para evitar tais inconvenientes.

O Código de Processo Civil, art. 1512.º, n.º 1, alínea b) determinava que o compromisso fica sem efeito, se os árbitros não proferirem a decisão dentro do prazo fixado no compromisso ou em escrito posterior ou, quando não tenha sido fixado, dentro do prazo de seis meses, salvo se as partes acordarem na prorrogação. Fizeram aplicação deste preceito, falando em *caducidade* do compromisso, os Acórdãos da Rel. Lx., 22-5-74, B.M.J., 237, pág. 288, e do STJ, 27-6-75, B.M.J., 248, pág. 390.

O C.P.C. não podia encarar hipótese semelhante para a cláusula compromissória, visto que esta não bastava para a constituição do tribunal arbitral, sendo sempre necessária a celebração de compromisso, ao qual acabaria por se reconduzir a caducidade.

A Lei n.º 31/86, art. 4.º, n.º 1, alínea c), acima transcrito, é clara no sentido da caducidade (ou falta de efeito da cláusula compromissória, para o caso considerado). Tal caducidade não está expressamente enumerada como fundamento de anu-

lação da decisão arbitral, mas está abrangida pela alínea b) do art. 27.º, pois o tribunal arbitral, depois de decorrido aquele prazo, tornou-se incompetente para proferir a decisão.

Convém, todavia, esclarecer melhor várias hipóteses, para o que me servirei da análise feita por SCHIZZEROTO, págs. 101 e segs.

A primeira hipótese, colocada por este autor, consiste em uma das partes ter notificado a outra parte e os árbitros de que terminou o prazo para a decisão ser proferida; se apesar disso os árbitros proferem a decisão, segundo o mesmo autor a convenção de arbitragem não cessou, primeiro porque chega a existir, embora anormalmente, uma decisão arbitral; e, segundo, porque aquele facto constitui um fundamento de impugnação da sentença. Se bem compreendo esta argumentação, ela baseia-se numa eventual incompatibilidade entre, por um lado, caducar a convenção de arbitragem, e, por outro lado, a decisão arbitral proferida depois de a convenção caducar, ser mantida se a sua anulação não for requerida no prazo e termos legais. A escolha do legislador, entre a nulidade absoluta da sentença e a sua anulabilidade, torna possível que uma decisão proferida nas referidas circunstâncias se mantenha e até seja executada, mas isso resulta de a parte vencida o ter consentido deixando de propor a acção de anulação ou de embargar em qualquer tempo a execução da sentença. Isso significa que a caducidade da convenção não tem um efeito automático; mas não significa que não haja caducidade, pois se assim fosse, a sentença não podia ser impugnada, por via de acção ou excepção, com o fundamento de a sentença ter sido proferida depois de decorrido o respectivo prazo.

A segunda hipótese consiste em nenhuma das partes ter invocado no processo arbitral o decurso do prazo, convencional ou legal, e os árbitros terem proferido a sentença. Há resposta directa no art. 27.º, n.º 2 da Lei: a caducidade da convenção não pode ser invocada pela parte que dela teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, não a alegou oportunamente.

A terceira hipótese consiste em o decurso do prazo ter sido alegado por uma das partes e os árbitros, por esse motivo, não proferirem a decisão. SCHIZZEROTO sustenta que a convenção de arbitragem não caduca e os árbitros poderão ser substituídos, ao contrário da opinião da Cassazione, que julgou no sentido de a cláusula compromissória ter ficado sem efeito, e de RONCAGLIA (por aquele citado, pág. 102), que considera o termo essencial, por considerar ser vontade das partes derogar a jurisdição ordinária, se e enquanto os árbitros proferirem a sentença dentro de determinado prazo.

Em meu entender, os árbitros, terminado o prazo para a decisão, *devem* abster-se de decidir o litígio, desde que alguma das partes tenha, por qualquer forma, manifestado vontade de se prevalecer daquele prazo. Isto não contradiz o exposto quanto às outras hipóteses. Não é função do árbitro proferir decisões anuláveis, mas sim decisões válidas; e o facto de a sentença proferida fora do prazo poder, por causa da passividade da parte, vir a produzir efeitos, não autoriza o árbitro a esperar que tal passividade ocorra e a sentença seja eficaz.

Note-se finalmente que a caducidade é impedida — e só pode ser impedida — *pela pronúncia da sentença* dentro do prazo convencional ou legal; designadamente a notificação e o depósito da sentença podem ser posteriores ao prazo (veja-se em Rev. Arb., 1982, pág. 264, um acórdão da Cour d'Appel de Paris, 22-5-80, num caso em que o compromisso mandava que a sentença fosse levada ao conhecimento das partes dentro do prazo fixado, e, apesar disso, aquele tribunal mandou atender à data da pronúncia da sentença).

PRINCIPAIS TEXTOS INTERNACIONAIS CITADOS:

CONVENÇÃO NY 1958 — 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 1958, entrada em vigor em 7 de Junho de 1959.

CONVENÇÃO GENEVRA 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.

CONVENTION WASHINGTON 1965 — 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.

LU 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 arbitrage commercial (Interamerican Convention on international commercial arbitration) — Panamá, 30 de Janeiro de 1975, entrada em vigor em 16 de Junho de 1976.

ML UNCITRAL — Model Law on international commercial arbitration, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985.

OBRAS ABREVIADAMENTE CITADAS NO TEXTO:

ANDREOLI — *Sul preliminare de clausola compromissoria*, Riv. Dir. Proc. 1944/46.

BOISSÉSON-JUGLART — *Matthieu de Boisséson et Michael de Juglart — Le droit français de l'arbitrage*, Paris, 1983.

BRUNELLI — *La nuova disciplina del arbitrato in Inghilterra*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1986.

BUDIN, R. PH. — *Nature et césibilité d'une convention d'arbitrage en droit suisse*, Rev. Arb., 1979.

CARLOS, ADELINO DA PALMA — *La procédure arbitrale en droit comparé*, Jornal do Foro, 154 e segs.

CUTRERA, ALFREDO — *La convention compromissaire dans les accords de coopération à formation successive*, in Arbitrage Commercial, Torino, 1974.

DELAUME, GEORGES — *Le CIRDI et l'immunité des États*, Rev. Arb., 1983.

EISEMANN, FRÉDÉRIQUE — *La clause d'arbitrage pathologique*, in Arbitrage Commercial, Torino, 1974.

GLOSSNER, OTTOARNDT, *Commercial arbitration in the Federal Republic of Germany*, Deventer, 1984.

GOLDMAN, BERTHOLD — *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, in Arbitrage International, 60 ans après, Paris, 1984.

— *Droit Commercial Européen*, Paris, 1975.

GIUGNI, GINO — *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Ri. Dir. Lav., 1958.

HOLTZMANN, HOWARD — *Arbitration in cases arising out of long-term collaboration agreements between companies from different countries*, in *Coopération entre organismes d'arbitrage*, Milano, 1970.

JOLIDON, PIERRE — *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Bern, 1984.

KOSHERI e LÉBOULANGER — *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence*, Rev. Arb., 1984.

LALIVE, PIERRE — *Répertoire de droit international privé suisse — L'arbitrage international*, Bern, 1982.

LEE, ERIC — *Encyclopedia of arbitration law* — London, 1984.

MELLO, XAVIER DE — *Arbitrage et droit communautaire*, Rev. Arb., 1982.

MENDES, JOAO DE CASTRO — *Manual de Processo Civil*, Lisboa.

MOREAU, BERTRAND et BERNARD, THIERRY — *Droit interne et droit international de l'arbitrage*.

MOTULSKY, HENRI — *Écrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974.

MOURY ET MATRAY — *L'arbitrage et le droit des sociétés*, Rev. Arb., 1978.

NORDENSON, ULF — *Commentaire au rapport de GOLDMAN, Arbitrage International, 60 ans après*, Paris, 1984.

REDENTI, voce *Compromesso*, in N.D.I.

ROBERT, JEAN — *Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la Loi du 6 mai, 1982*, Rev. Arb., 1982.

- *L'arbitrage — Droit interne — Droit International Privé*, Paris, 1983.
- RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE — *L'arbitrage, Nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, 1965.
- RUSSELL — *On the law of arbitration*, 20.^a ed., London, 1982.
- SCHIZZEROTTO, GIANNI — *Dell arbitrato*, Milano, 1958.
- SERRA, ADRIANO VAZ — *Cessão de créditos*, Lisboa, 1955.
- SILINGARDI, GABRIELE — *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979.
- SOARES, M. A. e RAMOS, R. M. — *Contratos internacionais*, Coimbra, 1986.
- TELLES, INOCENCIO GALVAO — *Cláusula compromissória*, in «O Direito», ano 89.
- VARELA, J. ANTUNES — *Direito da Família*, Lisboa, 1982.
- VAN DER BERG, ALBERT JAN — *The New York Arbitration Convention, of 1958*, The Hague, 1981.
- VECCHIONE, R. — *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.
- VENTURA, RAÚL — *A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho*, Rev. Fac. Dir. Lisboa, vol. XVIII, 1964.
- *Reflexões sobre direitos de sócios*, Colectânea de Jurisprudência, 1986, II.

COLECTANEAS:

- Le droit de l'arbitrage en Europe* — Chambre de Commerce Internationale — Paris, 1981.
- Yearbook Commercial Arbitration* — General Editor Pieter Sanders.