

A ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA EM PORTUGAL:

Dos «ricos homens» aos tribunais privados (*)

Francisco Cortez

VI. O início do período da autonomização

1. O primeiro regime legal autónomo da arbitragem voluntária:
o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho

Com o confessado propósito de ultrapassar o atraso de Portugal face à expansão da arbitragem voluntária no plano internacional foi publicado o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, que estabeleceu um novo estatuto legal dos tribunais arbitrais voluntários.

Este diploma instituiu um novo regime jurídico da arbitragem voluntária em substituição do previsto nos artigos 1508.º a 1524.º do Código de Processo Civil de 1961, que tacitamente revogou⁽¹¹⁰⁾. Com esta revogação, considerada «de sistema», o enquadramento legal da arbitragem voluntária deixou de estar previsto no Código de Processo Civil para passar a ser feito por um diploma autónomo.

(*) Continuação do número anterior.

⁽¹¹⁰⁾ Esta revogação não foi pacífica, tendo mesmo sido suscitada a dúvida sobre a «subsistência da disciplina constante do Código de Processo Civil sobre o tribunal arbitral voluntário» (cf. «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, discutida na Assembleia da República no dia 18 de Julho de 1986).

A autonomização assim operada integrou-se na primeira fase da revisão de todo o nosso direito processual civil iniciada no princípio dos anos 80 por força «da necessidade de adaptar o formalismo do processo ao novo condicionalismo judiciário, político, económico e social subsequente à revolução de 25 de Abril de 1974»⁽¹¹¹⁾. Com efeito, o anteprojecto de revisão do Código de Processo Civil, submetido à apreciação dos profissionais do foro através do «5.º Inquérito Acerca da Reforma do Código de Processo Civil»⁽¹¹²⁾, além de defender a «abolição do tribunal arbitral necessário, o funcionamento da arbitragem voluntária fora da órbita dos tribunais judiciais e sem o formalismo requerido pelas leis de processo», previa já a possibilidade de «o legislador optar, ou por um diploma autónomo desintegrado do Código de Processo Civil, ou pela nova redacção dos últimos preceitos do mesmo Código»⁽¹¹³⁾.

O legislador acabou por optar pela autonomização. E felizmente, será hoje possível dizer porque, apesar do primeiro resultado dessa autonomização não ter sido um diploma brilhante, a verdade é que se assim não fosse a reforma da arbitragem voluntária ainda estaria

⁽¹¹¹⁾ ANTUNES VARELA e outros, *ob. cit.*, p. 40. Não foi muito feliz, ou pelo menos foi muito contestada, a produção desta primeira fase da revisão de que resultaram o Decreto-Lei n.º 224/82, de 8 de Junho, a Lei n.º 3/83, de 26 de Fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 128/83, de 12 de Março. Teve também, como veremos, «uma vida infeliz», na expressão de RAÚL VENTURA, este Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho.

⁽¹¹²⁾ *Ministério da Justiça — Reforma do Código de Processo Civil — Lei n.º 3/83, de 26 de Fevereiro — Decreto-Lei n.º 128/83, de 12 de Dezembro — com notas justificativas e trabalhos preparatórios*, III, Lisboa, 1983, pp. 263 e ss.

⁽¹¹³⁾ Apesar da escassez de elementos disponíveis sobre os trabalhos preparatórios que conduziram à publicação do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, é possível deduzir que este se baseou em grande parte num «projecto de diploma elaborado pelo procurador-geral-adjunto, Dr. MILLER SIMÕES, na sequência de uma informação-parecer que prestou a respeito de um projecto de proposta de lei sobre a arbitragem em matéria comercial» (*ob. cit.* na nota anterior, p. 263). As considerações feitas por MILLER SIMÕES, acérrimo defensor da arbitragem voluntária «como emanção do princípio da autonomia da vontade das partes», nessa informação-parecer permitem ao intérprete compreender, em parte, as soluções que viriam posteriormente a ser consagradas tanto no Decreto-Lei n.º 243/84, como as que se mantiveram na Lei n.º 31/86. Infelizmente não se encontra publicado um parecer de RAÚL VENTURA, citado repetidamente por MILLER SIMÕES, sobre o mesmo projecto de diploma. Ao projecto elaborado pelo Dr. MILLER SIMÕES chamaremos, por uma questão de simplificação de linguagem, «Projecto Miller Simões».

por fazer. É que do novo Código de Processo Civil temos apenas publicado oficialmente o seu «Anteprojecto» ⁽¹¹⁴⁾.

Atendendo a que dois anos passados apenas sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 230/86 ⁽¹¹⁵⁾, declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de todas as normas desse diploma, vamos limitar-nos neste estudo a analisar sinteticamente as principais alterações por ele introduzidas, mas apenas na medida em que tal se mostre relevante para a compreensão do regime que lhe sucedeu e actualmente vigente em Portugal.

Estas alterações são, em resumo, as seguintes:

- a) Ampliação do âmbito de jurisdição dos tribunais arbitrais, que passou a abranger todo e qualquer domínio de «jurisdição interna» e não apenas os domínios do Código de Processo Civil (artigo 1.º, n.º 1 — «Todo o litígio, actual ou eventual, *relacionado com a jurisdição interna* que não incida sobre direitos indisponíveis pode ser objecto de convenção de arbitragem» (itálicos nossos) ⁽¹¹⁶⁾;
- b) Abolição, pelo menos formal, da distinção entre «compromisso» e «cláusula compromissória», que passaram a ser integrados numa categoria única, a «convenção de arbitragem» (artigo 1.º). Em rigor, tanto a cláusula compromissória como o compromisso continuaram a ser válidos, só que a distinção deixou de ser relevante porque o seu regime foi formalmente unificado ⁽¹¹⁷⁾;

⁽¹¹⁴⁾ *Código de Processo Civil (Anteprojecto)*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1988.

⁽¹¹⁵⁾ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 230/86, processo n.º 178/84 (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 210, de 12 de Setembro de 1986).

⁽¹¹⁶⁾ Esta alteração não constava do «Projecto Miller Simões» e não existe qualquer referência à sua justificação. Foi abandonada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

⁽¹¹⁷⁾ MILLER SIMÕES, *ob. cit.*, p. 270, justifica a eliminação da distinção afirmando que ela «não tem grande razão de ser pois quer o compromisso quer a cláusula compromissória integram a convenção de arbitragem que está na origem desta. Aliás, a tendência é para eliminar a distinção, como patenteia a já citada Convenção Europeia (sobre a Lei Uniforme em matéria de arbitragem, feita em Estrasburgo, em 20 de Janeiro de 1966) e também se verifica na lei belga sobre a matéria».

- c) Maior autonomização do tribunal arbitral em relação ao tribunal judicial, o que se revela a vários níveis: instalação do tribunal arbitral, em local diferente do tribunal judicial (artigo 15.º, n.º 1) ⁽¹¹⁸⁾; criação da figura do presidente do tribunal arbitral, a quem cabe «preparar o processo, dirigir a instrução, conduzir os trabalhos das audiências e ordenar os debates» (artigo 15.º, n.º 2); limitação da possibilidade de intervenção do tribunal judicial no processo arbitral às situações que dependem da intervenção da autoridade pública (artigos 5.º, 7.º, 9.º, 10.º, 22.º, 23.º, 24.º, 28.º, 31.º e 35.º); abolição do «juramento dos árbitros», e definição de um «processo arbitral» próprio desde a abertura da instância até à decisão arbitral, passando pela contestação, resposta à contestação e julgamento (artigos 16.º a 28.º);
- d) Substituição da regra da recorribilidade das decisões dos tribunais arbitrais pela regra de que estes decidem «definitivamente todas as questões compreendidas na convenção» (artigo 25.º). Trata-se do ponto final de uma longa evolução que começou com a «regra da irrenunciabilidade de recurso» nas *Ordenações (Manuelinas e Filipinas)*, passou pela «regra da recorribilidade das decisões arbitrais, salvo estipulação em contrário» da *Novíssima* e de todos os Códigos de Processo Civil e que, agora, terminou na «regra da irreacorribilidade das decisões arbitrais, salvo estipulação em contrário» ⁽¹¹⁹⁾;

⁽¹¹⁸⁾ O direito anterior, desde o Código de Processo Civil de 1876, previa a «instalação» do tribunal arbitral num tribunal judicial, numa das manifestações mais visíveis da subordinação da arbitragem voluntária à jurisdição estadual. O novo regime jurídico revogou essa regra.

⁽¹¹⁹⁾ O «Projecto Miller Simões», *ob. cit.*, p. 285, ia bastante mais longe: «Artigo 16.º (1523.º) 1. As partes podem estipular na convenção de arbitragem que da decisão final dos árbitros haverá recurso de apelação para uma segunda instância arbitral, a constituir nos termos em que o tenha sido a primeira». Ou seja, inadmissibilidade total e absoluta de recurso da decisão arbitral para os tribunais judiciais, com a possibilidade de recurso, se as partes o convencionarem, para «uma segunda instância arbitral». A justificação de MILLER SIMÕES é mais uma vez «o fundamento contratual da arbitragem», que não permite que «a decisão arbitral possa ser objecto de providência judiciária que aprecie não apenas os seus vícios específicos mas o próprio julgado em si».

- e) Introdução da figura da «anulação da decisão arbitral» pelo tribunal judicial (artigos 31.º e seguintes). Ponderando, por um lado, as implicações da regra da irrecorribilidade (salvo estipulação em contrário) da decisão arbitral e, por outro, não considerando suficiente a fiscalização a operar no processo de execução da decisão arbitral, o legislador veio atribuir às partes um direito (irrenunciável) de requerer a anulação da decisão arbitral, estipulando taxativamente os fundamentos do seu exercício ⁽¹²⁰⁾;
- f) Quanto aos árbitros, além de se ter criado a figura do presidente do tribunal arbitral, definindo-se as suas funções e competências (artigos 10.º e 15.º, n.º 2), abandonou-se a exigência de nacionalidade portuguesa (artigo 13.º) ⁽¹²¹⁾ e regulou-se de outra forma o caso de morte ou impossibilidade de qualquer árbitro, permitindo a sua substituição (artigo 11.º);
- g) Finalmente, prevê-se, pela primeira vez no nosso Direito, a arbitragem voluntária institucionalizada (artigos 2.º, 37.º e 38.º). Trata-se de uma importante inovação inspirada na experiência positiva observada noutros países de criação de centros permanentes de arbitragem voluntária. No entanto, o diploma limitava-se timidamente a dispor que os «regulamentos dos tribunais arbitrais», depois de aprovados pelo Ministro da Justiça, prevaleceriam, relativamente ao formalismo do processo, sobre as regras nele definidas e a

⁽¹²⁰⁾ Esta solução baseia-se, quase letra por letra, no «Projecto Miller Simões», que teve, por sua vez, por fonte o artigo 25.º da Convenção Europeia de 1966: «A decisão arbitral não pode ser atacada perante autoridade judicial senão por via de anulação e só pode ser anulada nos casos enumerados no presente artigo». A ideia que está na base desta solução é a de que o tribunal judicial só pode intervir ao nível da anulação da decisão arbitral por existir qualquer vício referente à instalação ou ao funcionamento do tribunal que paralise os efeitos dessa decisão como título executivo. Salta aos olhos a diferença fundamental do Decreto-Lei n.º 243/84 em relação ao projecto que lhe esteve na base: consagra a anulação, mas não afasta completamente o recurso.

⁽¹²¹⁾ Segundo MILLER SIMÕES, *ob. cit.*, p. 271, esta alteração justifica-se «uma vez que se trata apenas de fazer intervir na decisão de um litígio, no âmbito da autonomia da vontade das partes, pessoa da confiança destas e não no exercício da função jurisdicional ou de qualquer direito político, em princípio reservado pela Constituição aos cidadãos portugueses».

considerar qualquer regulamento automaticamente integrado na convenção de arbitragem que lhe fizesse referência.

2. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional

Pouco tempo passado sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, foi requerida pelo Presidente da Assembleia da República e pelo Provedor de Justiça ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de todas as normas desse diploma, alegando que este padecia, em primeiro lugar, de uma inconstitucionalidade orgânica, uma vez que, «constituindo a organização e competência dos tribunais matéria da exclusiva competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 168.º, n.º 1, alínea *q*) da Constituição, não podia o Governo emitir tal diploma sem prévia autorização parlamentar» ⁽¹²²⁾.

Em segundo lugar, alegavam que o mesmo diploma se encontrava ferido de uma outra inconstitucionalidade, «material» para o Presidente da Assembleia da República e «por omissão» para o Provedor de Justiça, «uma vez que, não prevendo tal diploma que as decisões dos tribunais arbitrais ali previstas sejam notificadas ao Ministério Público, fica este impedido de delas recorrer e, consequentemente, de defender a legalidade democrática e intervir no domínio da fiscalização concreta da constitucionalidade, funções que lhe cabem nos termos dos artigos 224.º, n.º 1, e 280.º, n.ºs 2 e 5, da Constituição» ⁽¹²³⁾.

O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 230/86, acabou por declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de todas as normas do Decreto-Lei n.º 243/84, uma vez que considerou organicamente inconstitucionais as normas nele previstas sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais (artigos 2.º, 4.º, 15.º, 37.º e 38.º), que feriam também de inconstitucionalidade as restantes, uma vez que estas não possuíam «nenhuma autonomia no

⁽¹²²⁾ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 230/86..., p. 2540.

⁽¹²³⁾ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 230/86..., p. 2540.

conjunto do diploma». Perante este resultado, o Tribunal Constitucional considerou prejudicado o conhecimento da questão das inconstitucionalidades, material e por omissão, alegadas, respectivamente, pelo Presidente da Assembleia da República e pelo Provedor de Justiça.

A fundamentação do Acórdão é linear, assentando em três premissas principais, que se passam a resumir. A primeira afirma que o Decreto-Lei n.º 243/84 consagra um novo estatuto legal dos tribunais arbitrais voluntários baseado em princípios substancialmente diferentes dos do regime previsto no Código de Processo Civil. A segunda considera que os tribunais arbitrais voluntários, apesar de não serem em alguns aspectos «tribunais como os outros», são, quer em doutrina pura quer perante o artigo 212.º, n.º 2, da Constituição ⁽¹²⁴⁾, «verdadeiros tribunais». E, por último, reservando o artigo 168.º, n.º 1, alínea *q*), da Constituição para a Assembleia da República o exercício da função legislativa no campo da organização e competência dos tribunais, sem fazer qualquer exclusão ou especificação de categorias, não pode ter deixado de abranger também os tribunais arbitrais voluntários ⁽¹²⁵⁾. Logo, em conclusão, o Governo, legislando sobre esta matéria sem autorização da Assembleia da República, invadiu a competência exclu-

⁽¹²⁴⁾ A Constituição de 1976, na sua primeira versão, e aliás como as duas anteriores, não fazia qualquer referência aos tribunais arbitrais. Com efeito, o seu artigo 212.º («Categorias de tribunais»), n.º 2, dispunha: «Poderá haver tribunais administrativos e fiscais», não referindo, neste como nos outros números, ou em qualquer outro artigo, os tribunais arbitrais. Esta omissão levantou a dúvida, quanto a nós infundada, sobre a constitucionalidade dos tribunais arbitrais. A revisão constitucional de 1982 fechou a polémica, dando nova redacção ao n.º 2 do artigo 212.º: «Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e tribunais fiscais.» Sobre a referida polémica, cf. MILLER DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 265 e ss.

⁽¹²⁵⁾ Contra esta premissa manifestaram-se os juízes MESSIAS BENTO e CARDOSO DA COSTA, que, em declaração de voto apresentada, a reserva de legislação parlamentar do artigo 168.º, n.º 1, alínea *q*), da Constituição «só faz sentido quanto aos tribunais estaduais» — quanto aos tribunais que, sendo «órgãos» de soberania, se enquadram na «organização» do Estado: quanto a esses é que fundamentalmente se compreende que seja retirada ao Executivo a faculdade «originária de legislar». No entanto estes juízes acabaram por aceitar a conclusão final do acórdão, uma vez que entenderam que a reserva se aplicava indirectamente, «na medida em que exige uma intervenção da Assembleia da República sempre que a legislação sobre aqueles tribunais afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais». Este segundo argumento não convenceu o juiz MAGALHÃES GODINHO, que, com base no primeiro, formulado mais desenvolvidamente, votou contra o acórdão.

siva desta, pelo que o Decreto-Lei n.º 243/84 não pode deixar de estar ferido de inconstitucionalidade orgânica.

**VI — O actual regime jurídico da arbitragem voluntária
em Portugal: a «Lei da Arbitragem Voluntária»
(Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto)**

1. A Proposta de Lei n.º 34/IV: a sua discussão na generalidade no plenário da Assembleia da República e a discussão na especialidade na Comissão de Assuntos Constitucionais

A «ambiguidade de algumas soluções»⁽¹²⁶⁾ do Decreto-Lei n.º 243/84 e sobretudo a sua «inconstitucionalização»⁽¹²⁷⁾ iminente, obrigaram o Governo a apresentar, mesmo antes de ter sido proferido o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional, à Assembleia da República uma proposta de lei sobre a arbitragem voluntária (n.º 34/IV).

Tendo recebido o parecer favorável da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que apesar de louvar «o seu bom nível técnico» lamentava que não se tivesse aproveitado a oportunidade para regulamentar os tribunais arbitrais necessários, a proposta de lei subiu ao plenário para discussão e votação na generalidade.

A discussão na generalidade, quer no que respeita à apresentação da proposta pelo Sr. Ministro da Justiça, quer no que se refere às questões levantadas pelos Srs. Deputados, fornece ao intérprete importantes informações sobre as soluções propostas, até porque algumas delas foram depois alteradas com base nesta discussão.

Das questões colocadas destacaremos três: 1) a dúvida sobre o mérito de se limitar o objecto da arbitragem voluntária aos litígios de natureza cível ou comercial, que a afastaria da resolução de litígios, como os de natureza laboral; 2) dúvida sobre a razão de ser do «arbítrio governamental» na definição das entidades que serão autorizadas a organizar a arbitragem institucionalizada; 3) e a dúvida, ou

⁽¹²⁶⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 3 e s.

⁽¹²⁷⁾ Intervenção do Sr. Ministro da Justiça na discussão da Proposta de Lei n.º 34/IV no plenário da Assembleia da República.

crítica, sobre a «oportunidade perdida» em se legislar em matéria de arbitragem necessária.

Da resposta do Sr. Ministro a esta última questão parece resultar que, por opção de política legislativa, não será elaborado um estatuto legal da arbitragem necessária, sendo o respectivo regime legal definido por cada uma das leis especiais que determinar tal arbitragem ⁽¹²⁸⁾.

As duas primeiras questões provocaram alterações na proposta de lei que viriam a ser introduzidas pela sua discussão na especialidade, que se seguiu à respectiva aprovação, em plenário, com votos favoráveis de todos os partidos políticos.

O relatório final, aprovado por unanimidade, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei n.º 34/IV introduziu-lhe, finalmente, as seguintes alterações:

- a) Alargamento da natureza do litígio susceptível de ser submetido à decisão de árbitros, através da eliminação da condição de respeitar a «matéria cível ou comercial» (artigo 1.º, n.º 1, da proposta de lei e da Lei n.º 31/86);
- b) Faculdade conferida às partes de alargarem a noção de litígio, para abranger, «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» (artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 31/86, inexistente na proposta de lei);
- c) Eliminação do «prazo de 30 dias» previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da proposta de lei, para a substituição do

⁽¹²⁸⁾ Isto mesmo parece ser confirmado pelo Anteprojecto do novo Código de Processo Civil, que não prevê disposições correspondentes às previstas no livro IV, título II (Do tribunal arbitral necessário) do actual Código, que aliás se resumem a quatro artigos, o último dos quais se limita a mandar aplicar subsidiariamente «o disposto no título anterior» (actualmente deverá ler-se «o disposto na Lei n.º 31/86»). Se se confirmar esta solução, poderão surgir alguns problemas delicados, como a determinação do direito subsidiário e a solução a dar aos problemas sobre nomeação de árbitros actualmente resolvidos pelo artigo 1526.º do Código de Processo Civil.

- árbitro que falecer, se escusar ou se impossibilitar permanentemente para o exercício da sua função;
- d) Alteração de pormenor na regra de designação dos árbitros quando a convenção de arbitragem for omissa a este respeito e as partes não chegarem a acordo: em vez de «...cada uma delas indicará um ou mais árbitros, em número igual...», passa a ser «...cada uma indicará um árbitro, a menos que acordem em que cada uma delas indique mais de um em número igual...» (artigo 7.º, n.º 2, da proposta de lei e da Lei n.º 31/86);
 - e) Substituição da autorização do Ministro da Justiça das entidades competentes para organizar arbitragens voluntárias institucionalizadas (artigo 34.º da proposta de lei) pela necessidade de definição governamental, por decreto-lei, do «regime de outorga de competência a determinadas entidades para realizarem arbitragens voluntárias institucionalizadas...» (artigo 38.º da Lei n.º 31/86) ⁽¹²⁹⁾;
 - f) Criação de um novo capítulo (VII), que reuniu todas as disposições relativas à arbitragem internacional, acrescentando-lhe duas sobre a mesma matéria não previstas na proposta de lei: a regra da irrecorribilidade da decisão arbitral (artigo 34.º da Lei n.º 31/86), e a possibilidade de o tribunal arbitral decidir o litígio por composição amigável (artigo 35.º da Lei n.º 31/86).

Com estas alterações, a lei foi promulgada e finalmente publicada, em 29 de Agosto de 1986, com o n.º 31/86, para entrar em vigor três meses depois, revogando expressamente, nos termos do seu artigo 39.º, o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, o artigo 55.º do Código das Custas Judiciais e o título I do livro IV, «Do tribunal arbitral voluntário», do Código de Processo Civil.

Analisando a «Exposição de motivos» da proposta de lei, a sua discussão no Parlamento e o regime legal finalmente consagrado na Lei n.º 31/86 em comparação com o Direito português anterior, será possível identificar os princípios fundamentais e as mais importantes inovações do novo estatuto legal da arbitragem voluntária em

⁽¹²⁹⁾ O resultado desta injunção foi o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, que analisaremos oportunamente.

Portugal. É o que faremos de seguida, e sempre que se justifique, numa perspectiva crítica que permita levantar os novos problemas da arbitragem voluntária na nossa ordem jurídica.

2. Os grandes princípios da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, e as suas mais importantes inovações em relação ao direito anterior

2.1. A autonomia privada como fundamento da arbitragem voluntária

O primeiro grande princípio do novo regime português da arbitragem voluntária consiste no reconhecimento, expresso com enorme destaque na «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 31/84, da autonomia privada com fundamento da arbitragem voluntária. *«Expressamente admitida pela Constituição, pode ler-se nesse texto, a existência de tribunais arbitrais, a par de tribunais judiciais (artigo 212.º, n.ºs 1 e 2), terá que reconhecer-se que a instituição da arbitragem voluntária assenta na autonomia privada: nela se funda a constituição e o funcionamento de órgãos a quem competem algumas das funções que a lei fundamental atribui aos tribunais (artigo 206.º da Constituição)»* ⁽¹³⁰⁾.

Culmina, desta forma, um longo processo evolutivo sofrido pela instituição arbitral no nosso Direito, caracterizado pelo abandono da concepção «estatizante» da arbitragem, baseada no dogma do monopólio estatal da função jurisdicional, e que atingiu a sua expressão mais pura, por estranho que pareça, no período liberal, com a *Novíssima Reforma Judiciária*, mantendo-se depois, de forma variável, nos vários Códigos de Processo Civil. Assistiu-se, finalmente, à adopção (ou recuperação, se entendermos a figura dos *boni hominis* como uma forma consuetudinária de arbitragem voluntária) de uma concepção mais liberalizadora e realista sobre a possibilidade de as partes submeterem a resolução dos seus litígios a árbitros. E se o ponto de viragem nesta evolução se pode situar no Decreto-Lei n.º 243/84, também é verdade que, por um lado, este ficou muito aquém do «Projecto Miller Simões» em que se inspirou,

⁽¹³⁰⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 5 e s.

e, por outro, que o seu infeliz destino lhe retirou grande parte do seu brilho e alcance.

Por tudo isto, a Lei n.º 31/86, não só pela referida afirmação solene, mas sobretudo pelas soluções do seu regime, constituiu um marco fundamental, integrado num movimento semelhante em direito comparado, atribuindo, ou melhor, reconhecendo à vontade das partes o estatuto de fundamento e essência da arbitragem voluntária.

Este primeiro princípio tem como primeira consequência prática, ao nível do regime legal, a desvinculação da constituição e funcionamento do tribunal arbitral de «toda a desnecessária ou desrazoável intervenção dos tribunais judiciais», que então foi reduzida a «hipóteses muito contadas».

Essas hipóteses são exactamente quatro: para suprir o acordo das partes que não conseguiu formar-se sobre a designação de árbitros [artigo 12.º, n.ºs 1 a 3 ⁽¹³¹⁾] ou sua substituição (artigo 13.º); para escolher o presidente do tribunal arbitral quando esta escolha não for feita pelas partes ou pelos árbitros (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2); para suprir o acordo das partes que não conseguiu formar-se na fixação do objecto do litígio (artigo 12.º, n.º 4), e para a produção de prova que dependa do uso de poderes de autoridade de que o tribunal arbitral não dispõe (artigo 18.º, n.º 2). Com excepção da terceira hipótese, em que, como veremos, se poderia ter ido mais longe (v. g., atribuindo, supletivamente, ao presidente do tribunal arbitral o poder de fixar o objecto do litígio), todas as restantes são indispensáveis para garantir a eficácia e viabilidade da constituição e funcionamento do tribunal arbitral voluntário.

Entre todas as intervenções do tribunal judicial agora abandonadas, é de destacar o depósito imperativo da decisão arbitral na secretaria do tribunal judicial, ainda previsto no Decreto-Lei n.º 243/84 (artigo 28.º, n.º 2). Este depósito, filho «ilegítimo» da antiga «homologação» prevista na *Novíssima*, é agora simplesmente facultativo, permitindo a lei (artigo 24.º, n.º 2) às partes dispensar tal depósito. Trata-se de uma inovação revolucionária e positiva, uma vez que não convencia a justificação dada para tal depósito, ou seja, atribuir força executiva à decisão arbitral. Na verdade, julgamos que tal função é plenamente cumprida pelo simples reconhecimento

⁽¹³¹⁾ Salvo indicação expressa em contrário, todos os artigos referidos nesta fase do estudo respeitam à Lei n.º 31/86.

expresso pela lei nesse sentido (artigo 26.º, n.º 2: «A decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal de 1.ª instância», que corresponde ao artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 243/84; artigo 1522.º do Código de Processo Civil de 1961; artigo 1574.º do Código de Processo Civil de 1939; artigo 54.º do Código de Processo Civil de 1876) (132).

Por outro lado, é ainda por força do fundamento da autonomia privada e da conseqüente redução da intervenção do tribunal judicial no processo arbitral que se atribui ao tribunal arbitral poder para se pronunciar sobre a sua própria competência (artigo 21.º, n.ºs 1, 3 e 4), tal como já havia sido feito, de forma inovadora, pelo artigo 23.º (n.ºs 1, 3 e 4) do Decreto-Lei n.º 243/84 (133).

Normalmente esta competência para decidir sobre a própria competência [*Kompetenz-Kompetenz* (134)] é entendida como uma conseqüência da regra da independência da convenção de arbitragem relativamente ao contrato em que ela se pode inserir, ou, mais rigorosamente, tal como a prevê a nossa lei (artigo 21.º, n.º 2), a regra de que «a nulidade do contrato em que se insere uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção».

Esta regra, por sua vez, tem origem num processo de autonomização, verificado no nosso Direito como noutros (135), da «cláusula

(132) A justeza desta alteração não pode ser contestada com base na possibilidade de importação de uma velha e polémica distinção formulada em Itália entre a arbitragem *rituale* e *irrituale* que parece passar hoje apenas pelo *deposito del lodo* que permite obter, no caso do *arbitrato rituale*, obter *dallo Stato l'esecutorietà* da decisão arbitral (sobre esta matéria, v. BIN, MARINO, «Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLV, n.º 2, Milão, Junho de 1991, pp. 373 e ss.). Isto porque esta distinção, que tende a aproximar a arbitragem *irrituale* da transacção, é exclusiva da evolução jurisprudencial e doutrinal da arbitragem em Itália, que não tem qualquer paralelo possível no Direito português.

(133) Existem disposições semelhantes em vários textos internacionais: artigo 16.º, n.º 1, da ML CNUDCI — «Model Law on international commercial arbitration, as adopted by United Nations Commission on International Trade Law», Viena, 21 de Junho de 1985; artigo 18.º da LU Strasbourg — «Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage (European Convention providing a uniform law on arbitration)», Estrasburgo.

(134) Sobre esta matéria v. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 369 e ss.

(135) Sobre a evolução no direito italiano, v. ZACCHEO, MASSIMO, «Contrato e clausola compromissoria», in *Rivista Trim. di Diritto e Proc. Civile*, 1987, p. 423.

compromissória» em relação ao contrato dito «principal», em que ela naturalmente se inseria, e em que o vocábulo «cláusula» foi perdendo o seu sentido próprio, passando a «cláusula compromissória» a ser entendida como um negócio jurídico autónomo, qualificado por uns como contrato-promessa e por outros como uma diferente modalidade de compromisso (contrato). Este processo teve então três consequências: a possibilidade de a cláusula compromissória não se inserir formalmente num contrato; a possibilidade de a cláusula compromissória (como também o compromisso) se referir a litígios emergentes de relações jurídicas não contratuais, e, finalmente, a intransmissibilidade da nulidade do contrato à cláusula compromissória, e vice-versa.

Na prática, esta última consequência, consagrada como vimos na nossa lei, permite às partes submeter ao tribunal arbitral litígios referentes à nulidade do contrato «principal», sendo esse tribunal competente para julgar tal tipo de litígios, uma vez que, em regra, a cláusula compromissória é válida.

Mais ainda, tendo em conta a regra da *Kompetenz-Kompetenz* do artigo 26.º, a parte demandada num tribunal arbitral pode contestar a competência deste com fundamento na nulidade da cláusula compromissória, baseando-se na nulidade do contrato em que ela se insere (artigo 26.º, n.º 2, *in fine*), ou em qualquer outra causa de nulidade dessa convenção de arbitragem (artigo 3.º). O tribunal arbitral competente para julgar tal questão poderá decidir pela sua incompetência (o que não pode, segundo RAÚL VENTURA, ser reexaminado pelo tribunal judicial) ou pela sua competência, caso em que deverá conhecer o fundo da causa (essa decisão pela competência poderá ser depois apreciada pelo tribunal judicial em acção de anulação — artigo 27.º — ou em oposição à execução — artigo 31.º).

2.2. Integração da arbitragem voluntária, por força da lei, no sistema de tribunais previsto na Constituição

Sem renegar o fundamento contratual da arbitragem voluntária, afirma-se o princípio da participação, tutelada pela lei, do tribunal arbitral voluntário na função jurisdicional. «*O reconhecimento da autonomia privada como fundamento da arbitragem voluntária [...]*,

afirma-se na «Exposição de motivos», *não pode fazer esquecer que o tribunal arbitral constitui um órgão participante na função jurisdicional.*»

Significa isto que se, por um lado, é inegável que a arbitragem tem como fundamento a vontade das partes, a autonomia privada, também não deixa de ser verdade que a sua função é jurisdicional. O árbitro não é um conciliador, a decisão arbitral não é uma transacção: o árbitro é um juiz e a sua decisão é uma sentença. Só que se a decisão arbitral tivesse efeitos meramente privados, entre as partes, a utilidade dos seus efeitos seria muito reduzida. É então que a lei, no nosso caso a Lei Fundamental, tendo em conta as reconhecidas vantagens da arbitragem, equipara essa função jurisdicional dos tribunais arbitrais à função jurisdicional dos tribunais judiciais. Desta forma, os tribunais arbitrais não deixam de ser instituições de natureza privada para se transformarem em órgãos do Estado. O Estado é que, reconhecendo a utilidade pública da arbitragem voluntária, quebra o monopólio do exercício da função jurisdicional pelos seus órgãos atribuindo à decisão os efeitos próprios da sentença judicial: a força de caso julgado e a força executiva.

Em suma, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado.

Na verdade, em primeiro lugar, o tribunal arbitral fundamenta-se na vontade das partes, de tal forma que é a autonomia privada que molda a sua constituição e funcionamento, considerando-se a intervenção do tribunal judicial neste domínio um «mal necessário» e por isso reduzida ao mínimo indispensável. Em segundo lugar, o tribunal arbitral é uma pessoa de direito privado, criado e constituído por particulares e desprovido de poderes de autoridade. Mas, por outro lado, exerce uma função jurisdicional, julgando litígios, de forma normalmente mais célere e menos dispendiosa que os órgãos do Estado que exercem tal função. E é, finalmente, por tudo isto que a lei reconhece ao seu resultado, ou seja, a decisão arbitral, a mesma força que à sentença dos tribunais estaduais. Fazendo participar os tribunais arbitrais no exercício da função jurisdicional, o Estado, através da lei, quebra o velho dogma do monopólio estatal, não da titularidade mas do exercício, da função jurisdicional.

Concretizando estas ideias, vemos que este segundo princípio se traduz, na nossa lei, no reconhecimento da força de caso julgado à

decisão arbitral (artigo 26.º, n.º 1) e na atribuição a esta da mesma força executiva que pertence à sentença do tribunal de 1.ª instância (artigo 26.º, n.º 2).

Quanto à força de caso julgado da decisão arbitral, o seu reconhecimento expresso pela lei constitui uma novidade em relação a todo o direito anterior. Evitando-se todas as dúvidas que eventualmente poderiam surgir, atribui-se à decisão arbitral o principal efeito da sentença dos tribunais judiciais: o caso julgado. Desta forma, logo que a decisão dos árbitros já não for, por decurso dos respectivos prazos, susceptível de impugnação, quer por via de recurso quer por via de acção de anulação, a decisão arbitral transita em julgado, tornando-se imodificável. Tal como uma sentença judicial, a decisão arbitral converte-se em caso julgado.

No que respeita à atribuição de força executiva à decisão arbitral, introduzida pelo Código de Processo Civil de 1876 (uma vez que na *Novíssima* só a sentença do juiz ordinário «extrahída» da decisão arbitral é que tinha força executiva), a novidade reside na possibilidade conferida às partes de dispensarem o depósito da decisão arbitral na secretaria do tribunal judicial. Trata-se de uma alteração imposta, como referimos, pelo reconhecimento da autonomia privada como fundamento essencial da arbitragem voluntária.

Ainda a propósito da execução da decisão arbitral, refira-se que a Lei n.º 31/86 alterou a redacção do artigo 814.º do Código de Processo Civil, considerando como fundamentos de oposição à execução da decisão arbitral, além dos fundamentos de oposição de execução de sentença do tribunal judicial, os fundamentos de anulação da decisão arbitral previstos no artigo 27.º, permitindo ainda ao tribunal judicial indeferir oficiosamente o pedido de execução se não se encontrassem preenchidas, à partida, as qualidades de «arbitrabilidade» do litígio ⁽¹³⁶⁾.

A atribuição de força executiva à decisão arbitral não significa naturalmente que o tribunal arbitral tenha competência para a execução das suas próprias decisões. A lei é muito clara ao dispor que

⁽¹³⁶⁾ Esta alteração corresponde, quase textualmente, ao artigo 814.º do «Projecto Miller Simões» para a parte referente à arbitragem no Código de Processo Civil (*ob. cit.*, p. 290). O artigo 814.º do actual Código de Processo Civil, com esta redacção, é mantido integralmente no Anteprojecto do Novo Código de Processo Civil, agora como artigo 666.º (*ob. cit.*, p. 280).

«a execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1.^a instância, nos termos da lei de processo civil» (artigo 30.^o). Nesta matéria, poder-se-ia ter aproveitado para esclarecer dúvidas antigas, oportunamente referidas, uma vez que em rigor o tribunal arbitral não tem competência, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, para qualquer acção executiva, seja fundada em decisão arbitral, por si proferida ou não, seja fundada em sentença de tribunal judicial ou qualquer outro título executivo. É boa a razão apontada por RAÚL VENTURA para defender tal doutrina: «o Estado não confia senão aos seus próprios órgãos o exercício dos poderes sobre bens e pessoas que a acção executiva pressupõe» (137).

2.3. Redefinição da arbitrabilidade do litígio

São duas as qualidades objectivas do litígio exigidas pelo artigo 1.^o, n.^o 1, da Lei n.^o 31/86 para que este possa ser submetido, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros: não estar submetido por lei especial exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária e não respeitar a direitos indisponíveis (138).

(137) RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 329, levanta a questão de saber se pode ser confiada a árbitros a decisão de litígio declarativo enxertado na acção executiva por meio de embargos de executado, optando pela resposta negativa porque os embargos aparecem sempre como uma oposição à pretensão do exequente de exercício pelo Estado dos poderes sobre bens e pessoas que a acção executiva pressupõe.

(138) A Proposta de Lei n.^o 34/IV previa, no seu artigo 1.^o, n.^o 1, uma terceira qualidade: tratar-se de um litígio «em matéria cível ou comercial». Esta qualidade do litígio «arbitrável» foi contestada, durante a discussão da proposta no plenário da Assembleia da República, pelo Sr. Deputado CAVALEIRO BRANDÃO (CDS) considerando tratar-se de uma «especificação afuniladora do âmbito anteriormente definido em relação ao diploma ainda vigente [...] da arbitragem ao falar-se agora em questão de natureza cível ou comercial». Desta forma, ficaria inviabilizado «o propósito de institucionalizar sistemas de arbitragem para dirimir litígios laborais individuais». Na resposta, o Sr. Ministro, apesar de considerar que «os conflitos individuais de trabalho podem revelar uma perspectiva publicista do direito, que poderá não encontrar total acolhimento nesta lei», admitiu a «eliminação da menção 'cível ou comercial' e assim se deixará de parametrar o campo de actuação deste diploma». A eliminação foi concretizada, como já referimos, na discussão da proposta de lei na especialidade. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 318, pronuncia-se contra esta eliminação, considerando a exigência formulada na proposta «útil porque afastava logo outras matérias que, sem isso, acabariam por ser afastadas por

A primeira qualidade existia já antes de ser, pela primeira vez no nosso Direito, expressamente estipulada pela Lei n.º 31/86. Isto porque a lei geral sobre jurisdição dos tribunais estaduais é derogada, em relação a certos litígios, pela lei que prevê e regula a arbitragem voluntária, e estas duas são, por sua vez, derogadas pelas leis especiais que impõem expressamente a resolução de litígios de determinada natureza por meio de arbitragem (necessária) ⁽¹³⁹⁾.

A segunda qualidade do litígio, esta já fundamental, de que depende a licitude da sua resolução por via arbitral, consiste na exigência de que este «não respeite a direitos indisponíveis». A Lei n.º 31/86 adoptou uma das várias técnicas possíveis para atingir o mesmo fim: a do «critério da disponibilidade dos direitos».

Apesar de, segundo RAÚL VENTURA, a escolha parecer «acertada» ⁽¹⁴⁰⁾, será necessário ter presente que não é esta a técnica mais comum em direito comparado, dividindo-se a lei entre a «exclusão expressa e singular de várias matérias» e o critério da «susceptibilidade de transacção entre as partes sobre o litígio» ⁽¹⁴¹⁾.

Por outro lado, o Direito português anterior começou, com a *Novíssima*, por indicar expressamente o tipo de causas («cíveis e nas penas civilmente intentadas») susceptíveis de resolução por via arbitral; adoptou depois, com o Código de 1876, o critério da susceptibilidade da transacção («questões sobre que possa transigir-se»), e acabou finalmente, com os Códigos de 1939 e 1961, por adoptar o critério da disponibilidade do direito, ainda que numa formulação diferente [«relações jurídicas (não) subtraídas ao domínio

utilização de outros motivos e com maior esforço». Por outro lado, apesar da alteração efectuada, é muito duvidosa, face à Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, a arbitralidade dos litígios individuais de trabalho que, segundo RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 337, são da competência exclusiva dos tribunais do trabalho.

⁽¹³⁹⁾ No mesmo sentido, cf. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 317 e 318.

⁽¹⁴⁰⁾ Isto porque, escreve RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 321, «em países como o nosso (Código Civil, artigo 1249.º; Código de Processo Civil, artigo 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».

⁽¹⁴¹⁾ Segundo RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 320 e ss., apenas as leis da Coreia, Espanha, Grécia, Holanda, Indonésia e Noruega adoptam o critério da disponibilidade dos direitos. França, Itália, Luxemburgo e México optaram pela exclusão expressa de várias matérias, enquanto o critério da susceptibilidade de transacção foi adoptado pelas leis da Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Áustria, Bélgica, Finlândia, Itália, Japão e Suécia.

da vontade das partes»] da actual, criada, aliás, pelo Decreto-Lei n.º 243/84 («litígio [...] não incida sobre direitos indisponíveis»).

Abandonou-se, por outro lado, a velha técnica introduzida, por inspiração no Direito francês, pelo Código de Processo Civil de 1876 de definir subjectivamente a arbitrabilidade do litígio, ou melhor, de classificar as pessoas que podem submeter litígios à arbitragem voluntária. Dispondo que a arbitragem voluntária se reporta a litígios sobre direitos indisponíveis, «não pareceu, ao legislador, necessário qualquer disposição especial sobre a capacidade de pessoas singulares ou colectivas de direito privado para celebrarem a convenção de arbitragem» ⁽¹⁴²⁾ ⁽¹⁴³⁾.

No entanto, especificaram-se as condições em que o Estado e demais pessoas de direito público podem recorrer à arbitragem voluntária: autorização por lei especial ou o litígio respeitar a relações de direito privado (artigo 1.º, n.º 3, da proposta de lei; artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86). Desta forma, vem a lei (tal como fez o Decreto-Lei n.º 243/86, com uma diferente fórmula) contrariar frontalmente a «relutância em admitir abertamente a arbitragem em litígios em que intervenham pessoas de direito público» ⁽¹⁴⁴⁾. Uma relutância, muito acentuada em França, mas que não parece justificar-se, sendo mesmo actualmente prática corrente a celebração de convenções de arbitragem, quer como cláusula compromissória quer como compromisso, pelo Estado e demais pessoas de direito público por força da sua intervenção no comércio interno e internacional. Existem, por outro lado, convenções de arbitragem que obrigam ⁽¹⁴⁵⁾, ou que permitem expressamente ⁽¹⁴⁶⁾, os Estados a submeter à arbitragem certos litígios de que são partes.

⁽¹⁴²⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 15 e s.

⁽¹⁴³⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 304 e ss., face a esta omissão da Lei n.º 31/86 sobre a capacidade das entidades privadas para celebrar convenções de arbitragem, tem o cuidado de analisar pormenorizadamente a capacidade do menor, do interdito, do inabilitado, dos cônjuges, dos mandatários, dos grupos de sociedades e dos representantes de pessoas colectivas para celebrarem, face às regras gerais do direito civil e processual civil, convenções de arbitragem.

⁽¹⁴⁴⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 312 e ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Como a «Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States», Washington, 18 de Março de 1985.

⁽¹⁴⁶⁾ Como a Convenção de Genebra de 1961 — «Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international».

Finalmente, ainda sobre esta matéria, importa analisar o significado e o alcance do n.º 3 do artigo 1.º, introduzido pela discussão na especialidade da Proposta de Lei n.º 34/IV. Parece ter sido intenção do legislador atribuir às partes a faculdade, concedida maioritariamente em direito comparado, de permitirem aos árbitros *to fill gaps*, ou seja, preencherem lacunas deixadas voluntariamente no contrato pelas partes.

Na verdade, a fórmula escolhida pelo legislador, contrapondo as «questões de natureza contenciosa em sentido estrito» a «quaisquer outras», de que dá alguns exemplos, impõe que sejam susceptíveis de resolução por árbitros, não apenas litígios propriamente ditos, mesmo que não «contenciosos», sobre a integração e modificação do contrato, mas também aquilo a que RAÚL VENTURA chama «conflitos em formação»: não se trata rigorosamente de litígios, mas de partes dos contratos, ou de relações jurídicas, sobre as quais as partes nada estipularam, preferindo desde logo atribuir a respectiva formação a árbitros ⁽¹⁴⁷⁾.

2.4. Reafirmação da concepção dualista da convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso

«A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto ao tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).» É este o teor literal do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 31/86.

No contexto da história do Direito português em matéria de arbitragem voluntária esta disposição da nova lei revela uma atitude de equilíbrio. Não elimina formalmente a distinção adoptada desde o Código de Processo Civil de 1939 entre compromisso e cláusula compromissória, como o diploma que a antecedeu, o Decreto-Lei

⁽¹⁴⁷⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 330 e ss., parece mostrar-se favorável ao primeiro alargamento (a litígios sobre a integração e a modificação dos contratos), mas contrário ao segundo (os conflitos em formação), considerando que não se está perante uma verdadeira arbitragem quando os árbitros se substituem às partes na formação das suas relações jurídicas.

n.º 243/86, havia feito. Mas, por outro lado, tal como este, cria uma figura unitária, a da «convenção de arbitragem», no seio da qual essa distinção passa a fazer sentido: o compromisso e a cláusula compromissória como as duas modalidades da convenção de arbitragem.

Pela atitude de resistência na defesa da distinção respondem, pelo menos, a lei francesa, resultante da reforma do *Code de Procédure Civile* de 1981⁽¹⁴⁸⁾, e a lei italiana de 9 de Fevereiro de 1983 (n.º 28), que alterou o *Codice di Procedura Civile*⁽¹⁴⁹⁾, e a Convenção de Genebra de 1961 (artigo 1.º, n.º 2)⁽¹⁵⁰⁾.

Pela opção de eliminação formal da distinção, substituindo o compromisso e a cláusula compromissória pela figura da convenção de arbitragem, alinham-se não só algumas das mais importantes convenções internacionais, como a Convenção de Nova Iorque de 1958 (artigo II, 1)⁽¹⁵¹⁾, a Convenção do Panamá de 1975 (artigo 1.º)⁽¹⁵²⁾ e ainda a Lei-Modelo de Estrasburgo de 1966

⁽¹⁴⁸⁾ Apesar do livro IV do Código francês ter como epígrafe «Les conventions d'arbitrage», a verdade ao compromisso e a cláusula compromissória são definidos, e depois regulados, separadamente: artigo 1442.º — «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»; artigo 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». Sobre a distinção entre compromisso e cláusula compromissória no direito francês, e em especial a evolução desta última, v. BOISSÉSON, MATTHIEU DE, e outros, «Le droit français de l'arbitrage», *Juridictionnaires Joly*, Paris, 1983, pp. 19 e ss.

⁽¹⁴⁹⁾ No Código de Processo Civil italiano o compromisso encontra-se previsto no artigo 806.º e a cláusula compromissória no artigo 808.º Sobre a evolução da cláusula compromissória no direito italiano e sua distinção em relação ao compromisso, v. ZACCHEO, MASSIMO, *ob. cit.*, p. 423, e ainda mais recentemente, mas apenas para a arbitragem *irrituale*, BIN, MARINO, *ob. cit.*, pp. 373 e ss. Temos, no entanto, conhecimento de uma reforma em curso sobre o direito da arbitragem voluntária em Itália, sem que existam referências na doutrina mais recente à sua concretização.

⁽¹⁵⁰⁾ «Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international (European Convention on International Commercial Arbitration)» — Genebra, 21 de Abril de 1961, entrada em vigor a 7 de Janeiro de 1964.

⁽¹⁵¹⁾ «Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards)» — Nova Iorque, 10 de Junho de 1958, entrada em vigor em 7 de Junho de 1959.

⁽¹⁵²⁾ «Interamerican Convention on international commercial arbitration» — Panamá, 30 de Janeiro de 1975, entrada em vigor em 16 de Junho de 1976.

(artigo 2.º, n.º 1) ⁽¹⁵³⁾ e a Lei-Modelo da CNUDCI de 1985 (artigo 7.º, n.º 1) ⁽¹⁵⁴⁾, mas também leis nacionais, como a belga ⁽¹⁵⁵⁾ e a nova lei espanhola de 7 de Dezembro de 1988 ⁽¹⁵⁶⁾.

Neste aspecto, a solução da Lei n.º 31/86 é realista. Quer se queira quer não a distinção existe. As partes de uma relação jurídica, contratual ou não, podem, e na prática fazem-no, preventivamente acordar que será submetido à resolução por via arbitral qualquer litígio que possa emergir dessa relação; como podem também depois do litígio surgir acordar em submetê-lo à decisão de árbitros. Por outras palavras, há «litígios eventuais», aqueles que ainda não existem mas podem surgir, e há «litígios actuais», que já existem.

Ora, esta realidade molda necessariamente o conteúdo do acordo pelo qual as partes decidem submeter os litígios à arbitragem voluntária. Se o litígio é meramente eventual, as partes não podem definir no acordo o objecto do litígio, como também, apesar de o poderem fazer, não é do seu interesse designar desde logo os árbitros que vão julgar esse eventual litígio. A vantagem do árbitro como «um juiz à medida do litígio» desaconselha-o. Pelo contrário, se o litígio é actual, as partes podem e devem fixar o objecto desse litígio e designar os árbitros que o vão decidir.

⁽¹⁵³⁾ «Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage (European Convention providing a uniform law on arbitration)» — Estrasburgo, aberta à assinatura em 20 de Janeiro de 1966; ainda não entrou em vigor.

⁽¹⁵⁴⁾ «Model Law on international commercial arbitration, as adopted by United Nations Commission on International Trade Law», Viena, 21 de Junho de 1985.

⁽¹⁵⁵⁾ O Código de Processo Civil belga apenas regula o compromisso que deve, sob pena de nulidade, designar o objecto do litígio (artigo 1006.º). No entanto, a jurisprudência desenvolveu desde muito cedo (Cour de Cassation, 17 de Dezembro de 1936) a figura da cláusula compromissória entendendo-a como um *compromis anticipé*, que cumpria a exigência do artigo 1006.º do Código de Processo Civil desde que nessa cláusula se definisse *une certaine catégorie de litiges* (sobre esta questão no direito belga v. HUYS, MARCEL e KEUTGEN, GUY, «L'arbitrage en droit belge et international», Bruylant, Bruxelas, 1981, p. 38 e ss.).

⁽¹⁵⁶⁾ «Viene abbandonata la vecchia distinzione tra clausola compromissoria e compromisso in senso stretto. A partire da ora, la convenzione arbitrale diventa l'unica formula di base dell'arbitrato. Quindi è sufficiente includere la clausola d'arbitrato, come una clausola in più nell'ambito del contratto, perché le parti restino vincolate a tal forma di soluzione dei conflitti, senza necessità di ulteriori formalità», escreve FRANCISCO RAMOS MENDEZ in «La nuova disciplina dell'arbitrato in Spagna», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, n.º 1, Milão, Março de 1990, p. 243.

A diferença substancial entre estes dois tipos de «acordo arbitral», ou, seguindo a lei, de «convenção de arbitragem», não é, pois, meramente de ordem cronológica: a cláusula compromissória celebra *antes* da existência do litígio e o compromisso celebrado *depois* de o litígio nascer. É uma diferença de fundo que atinge o conteúdo da convenção.

Só que a consagração expressa na lei desta distinção cria um primeiro conjunto de dois problemas, que surgem como um efeito perverso da origem histórica e da designação tradicional pela qual é conhecida a convenção relativa a litígios eventuais, ou seja, «cláusula compromissória». Sendo esta «convenção» uma «cláusula», ela deverá estar inserida num contrato, pelo que se poderia deduzir, primeiro, que a relação jurídica de que poderão emergir os litígios eventuais terá de ser uma relação jurídica contratual, e, segundo, que os vícios desse contrato atingirão necessariamente a cláusula.

Ao primeiro problema responde a parte final do n.º 2 do artigo 1.º, permitindo que a cláusula compromissória possa ter por objecto litígios eventuais emergentes de uma determinada «relação jurídica contratual ou extracontratual». Infelizmente, a fórmula escolhida parece não ser a mais adequada, uma vez que poderá permitir a interpretação segundo a qual o compromisso só pode ter por objecto relações contratuais, já que as relações extracontratuais surgem, no texto da lei, apenas como objecto possível da cláusula compromissória ⁽¹⁵⁷⁾.

Ao segundo problema responde, como já referimos a propósito da autonomia privada como fundamento da arbitragem, o artigo 21.º, n.º 2, consagrando a regra da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que pode formalmente estar inserida, que se traduz, em regra, na intransmissibilidade da nulidade desse contrato à cláusula compromissória.

Em suma, optando por manter «a terminologia tradicional entre nós (cláusula compromissória)» ⁽¹⁵⁸⁾, a lei foi obrigada a resolver

⁽¹⁵⁷⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 319 e ss., vai ainda mais longe nesta crítica, uma vez que em sua opinião as relações contratuais podem ser objecto de um compromisso, mas dificilmente serão objecto de uma cláusula compromissória: «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».

⁽¹⁵⁸⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, p. 15.

expressamente dois problemas que essa opção imediatamente poderia fazer nascer.

Mas estas são, apesar de tudo, questões laterais. Na verdade, a primeira questão de fundo que a distinção coloca consiste em saber qual deve ser, quanto ao litígio a submeter à arbitragem, o conteúdo do compromisso, que se refere a um litígio actual, e da cláusula compromissória, que se refere a litígios eventuais. A Lei n.º 31/86 resolve a questão seguindo o modelo tradicional, tanto em Portugal como noutros países: o artigo 2.º, n.º 3, dispõe que o «compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio» e a «cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem».

A segunda questão que se poderia colocar respeita à designação dos árbitros. Só que esta questão é, em parte, eliminada pelo artigo 7.º da Lei n.º 31/86 (seguindo, aliás, do Decreto-Lei n.º 243/84, contrário a todo o direito anterior, v. g., Código de Processo Civil de 1961, artigo 1511.º), que estabeleceu um regime único para as duas modalidades de convenção de arbitragem, mas facultativo: as partes devem, na convenção de arbitragem (ou em escrito posterior por elas assinado), designar «o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal, ou fixar o modo por que serão escolhidos». Mas se não o fizerem, a lei, no n.º 2 do mesmo artigo, prevê um sistema de designação supletivo, que passa ou por um acordo das partes na designação ou pela designação de um ou mais árbitros em número igual por cada uma das partes, «cabendo aos árbitros assim designados a escolha do árbitro que deve completar a constituição do tribunal».

A terceira grande questão que a distinção formulada entre cláusula compromissória e compromisso pode suscitar é a de saber se são diferentes os respectivos efeitos, o que nos conduz directamente à velha polémica sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória e, por tabela, do compromisso arbitral. Em bom rigor, esta questão colocava-se mesmo face ao Decreto-Lei n.º 243/84, que, eliminando formalmente a distinção entre compromisso e cláusula compromissória, não o fez em termos substanciais, porque, como ficou provado, essa distinção impõe-se por força da diferença de fundo entre uma convenção de arbitragem relativa a um litígio actual e outra relativa a litígios eventuais.

Como vimos com detalhe a propósito do direito anterior, duas teses se confrontavam no passado. A tese maioritária defendia que, ao contrário do compromisso, que, individualizando os árbitros e fixando com precisão o objecto do litígio, «constitui o tribunal arbitral» e inicia o respectivo processo, a cláusula compromissória, como verdadeiro contrato-promessa (com um regime inovador de execução específica), se limita a vincular as partes à obrigação jurídica de celebrar um compromisso (contrato definitivo) ⁽¹⁵⁹⁾. Em suma, o compromisso constituía o tribunal arbitral, ao contrário da cláusula compromissória que nunca era bastante para operar tal constituição, sendo necessária a celebração do contrato definitivo, o compromisso arbitral.

A tese minoritária, por seu turno, entendia que a cláusula compromissória não era mais do que um compromisso arbitral, com a especialidade de ter por objecto litígios futuros, pelo que a eficácia de ambos era idêntica: «tanto o compromisso arbitral como a cláusula compromissória vinculam as partes à sujeição da decisão do litígio a árbitros» ⁽¹⁶⁰⁾. Em suma, tanto a cláusula compromissória como o compromisso davam acesso directo à constituição do tribunal arbitral, não necessitando a primeira de ser «completada» pela celebração do segundo.

E que dizer, então, sobre os efeitos e a natureza jurídica do compromisso e da cláusula compromissória face à Lei n.º 31/86?

Se bem interpretamos o pensamento de RAÚL VENTURA, entende este autor que são idênticos os efeitos, como é igual a natureza, das duas modalidades de convenção de arbitragem: «Da convenção de arbitragem nasce um direito potestativo para cada uma das partes, cujo conteúdo consiste na faculdade de fazer constituir o tribunal arbitral para julgamento de um certo litígio, que à data da convenção tanto pode ser actual como futuro. Correlativamente, cada uma das partes fica sujeita a uma vinculação» ⁽¹⁶¹⁾.

A ideia em que se baseia esta conclusão é a de que a Lei n.º 31/86, apesar de formular a distinção entre compromisso e cláu-

⁽¹⁵⁹⁾ Por todos, neste particular, PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 22 e ss.

⁽¹⁶⁰⁾ VAZ SERRA, ADRIANO, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1971», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 105, p. 251.

⁽¹⁶¹⁾ *Ob. cit.*, p. 301.

sula compromissória, prescinde dela tanto quanto possível, estabelecendo então um regime unitário quanto aos efeitos das duas modalidades da convenção de arbitragem, através do artigo 11.º, quanto às notificações para a instauração do tribunal arbitral, e do artigo 12.º, quanto à nomeação de árbitros pelo tribunal. Deste modo, a cláusula compromissória não depende de um futuro compromisso, dando directamente acesso à constituição do tribunal arbitral, tal como acontece com o compromisso, que, por sua vez, também não depende, em caso algum, da prévia existência de uma cláusula compromissória válida.

Só que, segundo RAÚL VENTURA, «não pode dizer-se que a convenção de arbitragem, seja ela um compromisso ou cláusula compromissória, institui ou instaura um tribunal arbitral»⁽¹⁶²⁾. Atendendo a que a designação dos árbitros é meramente facultativa, da convenção de arbitragem, em qualquer das modalidades, nasce um direito potestativo para cada uma das partes de constituir o tribunal arbitral. Apesar de ser menos clara a explicação de RAÚL VENTURA sobre a questão de saber como e quando se constitui, em rigor, o tribunal arbitral, julgamos ser seu entendimento que este se constitui «por notificação directa do demandante ao demandado (de que pretende instaurar o litígio no tribunal arbitral, artigo 11.º, n.º 1) e nomeação por este (ou pelo tribunal judicial) do respectivo árbitro»⁽¹⁶³⁾. Esta notificação parece assim corresponder ao exercício do direito potestativo de uma das partes, correspondendo, por outro lado, a nomeação do respectivo árbitro pela outra parte a correlativa «vinculação». Só neste momento se constitui o tribunal arbitral.

Uma análise cuidada da Lei n.º 31/86, em especial dos seus artigos 7.º, 11.º e 12.º, em comparação quer com o Decreto-Lei n.º 243/84, quer com o regime dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961, revela, porém, que, apesar de ser eliminada a base de apoio literal da tese da cláusula compromissória (v. g., «[...] se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso [...]», artigo 1513.º do Código de Processo Civil de 1961), esta não é de toda a alteração mais significativa. Onde o regime sofre a sua mudança mais substancial é ao nível da designação dos árbitros. Com efeito, até ao Código de 1961

⁽¹⁶²⁾ *Ob. cit.*, p. 299.

⁽¹⁶³⁾ *Ob. cit.*, p. 356.

o compromisso tinha de designar, sob pena de nulidade, os árbitros a quem seria submetida a resolução do litígio. Pelo contrário, nos termos do artigo 7.º da nova lei (também artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 243/84), a designação dos árbitros no compromisso, tal como acontecia já antes na cláusula compromissória, passa a ser facultativa.

É esta alteração de fundo, e não outra, que provoca as mudanças no regime. Atendendo ao carácter facultativo da designação dos árbitros na cláusula compromissória, mas só nesta, os Códigos (artigo 1565.º do Código de Processo Civil de 1939 e artigo 1513.º do Código de Processo Civil de 1961) obrigavam as partes a celebrar um compromisso, entendido então pela tese maioritária como contrato definitivo em relação à cláusula compromissória-contrato-promessa, para que fossem designados os árbitros, prevendo a «execução específica» desta para o caso de uma das partes se mostrar remissa a celebrar tal compromisso. A razão de ser desta solução é evidente: para que o tribunal arbitral se constitua não basta que as partes acordem em submeter a resolução de litígios a árbitros, será necessário que estes sejam efectivamente designados.

O novo regime saído do Decreto-Lei n.º 243/84 e da Lei n.º 31/86 equiparou neste aspecto o compromisso à cláusula compromissória. Sendo facultativa a designação de árbitros tanto na cláusula compromissória como no compromisso, impunha-se a unificação do regime supletivo de designação. É isso que é feito pelo n.º 2 do artigo 7.º, pelos n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 11.º e pelos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 12.º. Trata-se de um regime complexo, em que alinham várias hipóteses alternativas, mas que em suma prevê a designação de um árbitro (ou mais em número igual) por cada uma das partes, que designam, por sua vez, um novo árbitro, e não sendo qualquer destas designações concretizada, tal nomeação será feita, se possibilidade de impugnação, «pelo presidente do tribunal da relação do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta de tal fixação, do domicílio do requerente». Trata-se, no fundo, do regime, com algumas alterações menores, previsto nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1513.º do Código de 1961 para a cláusula compromissória.

Só que se esta unificação de regime é possível, e foi feita, quanto à designação dos árbitros, o mesmo não poderia ser feito, por definição, e não foi, para a definição do objecto do litígio, que como vimos é o núcleo fundamental da distinção entre compromisso e

cláusula compromissória: a cláusula compromissória apenas indica a relação jurídica de que podem emergir os litígios eventuais, não podendo fixar o objecto destes, e o compromisso define obrigatoriamente o objecto do litígio actual.

Assim, enquanto no compromisso, estando o objecto do litígio já nele expressamente definido por acordo das partes, a notificação do demandante ao demandado prevista no n.º 1 do artigo 11.º apenas conterà, se os árbitros não estiverem já designados no compromisso, a designação do árbitro que cabe ao demandante designar e o convite ao demandado para designar o seu.

Pelo contrário, na cláusula compromissória, a citada notificação, além do conteúdo descrito para o caso do compromisso, deverá conter a definição pelo demandante do objecto do litígio (artigo 11.º, n.º 3). Exige depois a lei que as partes, no prazo de um mês a contar desta notificação (artigo 12.º, n.ºs 4 e 2), cheguem a «acordo sobre a determinação do objecto do litígio» (artigo 12.º, n.º 4). Na falta de acordo das partes, «caberá ao tribunal decidir» (apesar de lamentavelmente a lei não especificar se se trata do tribunal arbitral, que já pode estar constituído, ou do judicial, parece, numa interpretação sistemática, que se refere a este último), cabendo desta decisão «recurso de agravo a subir imediatamente» (artigo 12.º, n.º 4).

Ora, este «acordo sobre a determinação do objecto do litígio» corresponde ao conteúdo obrigatório do compromisso, tal como a lei hoje o entende, e corresponde a parte (a parte restante era a designação dos árbitros) do conteúdo do compromisso que, face ao regime dos Códigos de 1939 e 1961, a doutrina maioritária definia como contrato definitivo celebrado em cumprimento da cláusula compromissória-contrato-promessa. Assim como a definição do objecto do litígio por decisão, recorrível, do tribunal judicial corresponde à parte da «execução específica» prevista na parte final do n.º 5 do artigo 1513.º do Código de 1961 [«se não chegarem a acordo (sobre o objecto do litígio), resolve o juiz, havendo recurso da resolução tomada»].

Para mais, a Lei n.º 31/86 contrariou, neste aspecto, o regime previsto no Decreto-Lei n.º 243/84, recuperando a solução dos Códigos de 1939 e 1961. Com efeito, o diploma de 1984, no caso de a convenção de arbitragem se referir a litígios eventuais, não exigia qualquer «acordo» das partes sobre a definição do objecto do litígio e, em consequência, a falta de acordo também não era suprida pela

intervenção do tribunal judicial. Apenas se exigia (artigo 8.º, n.º 3) que o demandante na notificação ao demandado indicasse o objecto do litígio, mas não o acordo deste sobre esta matéria. Tudo indica que o «litígio sobre o litígio» seria resolvido no processo arbitral pelo próprio tribunal arbitral.

Independentemente da opção do legislador de 1986 ter sido, neste aspecto, uma má solução que ofende gravemente o princípio da autonomia privada como fundamento da arbitragem voluntária, à luz do qual esta intervenção do tribunal judicial, ainda para mais recorrível, deveria ter sido dispensada⁽¹⁶⁴⁾, a verdade é que a solução legal decorrente dessa opção poderá ter consequências ao nível da distinção entre os efeitos e a natureza do compromisso e da cláusula compromissória.

A unificação do regime da designação facultativa dos árbitros parecia à primeira vista dar, por si só, razão a RAÚL VENTURA: tanto o compromisso como a cláusula compromissória dão acesso directo ao tribunal arbitral que se constitui pela notificação do demandante ao demandado e designação por este, ou supletivamente pelo tribunal judicial, do respectivo árbitro. Só que na cláusula compromissória, ao contrário do compromisso, o tribunal arbitral, constituído antes ou não (conforme estejam ou não designados os árbitros), não pode funcionar sem que seja celebrado pelas partes o acordo que defina o objecto do litígio ou, na falta deste acordo, que o tribunal judicial decida definitivamente sobre «determinação do objecto do litígio»⁽¹⁶⁵⁾.

Esta diferença crucial, que se impõe face ao regime da Lei n.º 31/86 que distingue as duas modalidades de convenção de arbi-

⁽¹⁶⁴⁾ Criticando severamente esta solução da Lei n.º 31/86, RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 355, fala em «novo inconveniente da arbitragem ou — para ser mais brando — um desconto nas suas vantagens».

⁽¹⁶⁵⁾ Será interessante notar que RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 355, designa esta decisão do tribunal judicial que define o objecto do litígio como «pré-fixação judicial do objecto do litígio», o que parece legitimar a ideia que fixação do litígio, pelo tribunal judicial (ou pelas partes), tem de ser anterior ao início do processo arbitral, senão à mesma constituição do tribunal arbitral. Tanto mais que o mesmo autor, *ob. cit.*, p. 299, recusa liminarmente a tese segundo a qual «o tribunal arbitral preexiste à instauração nele do litígio, por meio da notificação dele à parte contrária» prevista no artigo 11.º «A propósito da constituição do tribunal arbitral, ver-se-á que não é assim», acrescenta laconicamente RAÚL VENTURA, que não chega depois a explicar rigorosamente a sua ideia.

tragem tendo em conta a sua natureza perfeitamente diferenciada (litígio actual e litígio eventual), não pode ser esquecida quando se analise a natureza do compromisso e da cláusula compromissória. Consistindo a arbitragem voluntária na resolução de um litígio submetido por vontade das partes à decisão de árbitros, mesmo que se procure fixar o momento da constituição do tribunal arbitral voluntário na notificação do demandante ao demandado e na designação completa dos árbitros que constituem esse tribunal pelas partes ou supletivamente pelo tribunal judicial, a verdade é que não existe arbitragem voluntária, esta não se pode iniciar enquanto não esteja definido o objecto do litígio que se pretende ver julgado pelos árbitros. A não ser, como acontecia no Decreto-Lei n.º 243/84 mas não acontece hoje na Lei n.º 31/86, que a resolução desse «litígio sobre o litígio» seja já da competência do tribunal arbitral.

E se no compromisso essa definição é feita no próprio acto em que as partes decidem submeter o litígio actual à decisão de árbitros, na cláusula compromissória tudo se passa através de uma série de actos sucessivos que se distribuem no tempo. Primeiro as partes acordam, celebrando a cláusula compromissória, em submeter a litígios eventuais de uma certa relação jurídica à decisão de árbitros, que podem ou não desde logo designar. Depois, surgindo um litígio, agora actual, uma das partes notifica a outra para «instaurar o litígio no tribunal» arbitral, precisando o objecto do litígio e designando, se ainda não tiver sido feito, o(s) árbitro(s) que lhe caiba designar. Responde, de seguida, a outra parte concordando ou discordando da definição do objecto do litígio feito pelo demandante, e designando ou não o(s) árbitro(s) que, se tal não tiver já sido feito, lhe cabe designar. Se concordar, celebra-se nesse momento um «acordo sobre a determinação do objecto do litígio», mas que também pode ser celebrado, no prazo de um mês a contar da notificação, depois de um processo negocial entre as duas partes. A falta de acordo é suprida por decisão do presidente do tribunal da relação que fixa o objecto do litígio, cabendo recurso desta decisão.

Em conclusão, bem vistas as coisas, tudo se passa, com excepção da matéria de designação dos árbitros, como no regime anterior previsto nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961. É certo que a qualificação da cláusula compromissória como contrato-promessa perdeu o apoio da letra da lei, e que a maioria das suas consequên-

cias (designadamente quanto à forma) deixaram de ser relevantes, mas em termos substanciais a sua fundamentação continua válida.

Apenas com uma dificuldade: a da viabilidade da qualificação do «acordo sobre a determinação do objecto do litígio» como um «compromisso». Não sendo, à partida, de excluir tal qualificação, já que esse acordo tem o conteúdo próprio do compromisso tal como a lei hoje o entende (acordo para submeter um *litígio actual, com objecto definido*, à decisão de árbitros), julgamos ser essa uma questão menor. Para o que nos interessa, julgamos que não podemos afirmar, tão dogmaticamente como o parece fazer RAÚL VENTURA, que a cláusula compromissória dá directamente acesso à resolução do litígio por arbitragem voluntária ou que «a antiga ideia de contrato-promessa, aplicada à cláusula compromissória, não tem hoje viabilidade». Isto porque entre a cláusula compromissória e a resolução do litígio por via arbitral, ou o início do processo arbitral, terá de ser celebrado pelas partes um acordo para definir o objecto do litígio, sendo a falta deste acordo suprida por decisão do tribunal judicial. Ou seja, tudo exactamente como antes.

2.5. Liberalização da forma da convenção de arbitragem

Apesar de se manter a exigência da redução da convenção de arbitragem a escrito (artigo 2.º, n.º 1), eliminou-se a referência à assinatura das partes e alargou-se o entendimento «do que seja a redução a escrito» ⁽¹⁶⁶⁾. Assim, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, a convenção de arbitragem considera-se reduzida a escrito se constar «ou de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, *telex*, telegramas ou de 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 a convenção esteja contida».

O legislador justifica esta liberalização da forma da convenção de arbitragem por ser a «solução mais adaptada aos modernos meios de comunicação, sem sacrifício da necessária segurança» ⁽¹⁶⁷⁾, que se

⁽¹⁶⁶⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, p. 16.

⁽¹⁶⁷⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, p. 16 e s.

integra na «linha de soluções recentemente acolhidas em leis estrangeiras⁽¹⁶⁸⁾ e em textos internacionais⁽¹⁶⁹⁾».

A interessante evolução sofrida pela questão da forma do compromisso (depois, convenção de arbitragem) no Direito português revela primeiro uma tendência, das *Ordenações* até ao Código de Processo Civil de 1876, para a solenização (de «feita por escrito ou de forma que possa ser provado» até «escritura ou auto público»), contrariada depois a partir do Código de Processo Civil de 1939, que marcou o início da liberalização («escrito assinado pelas partes»). As dúvidas entretanto surgidas sobre a forma da cláusula compromissória foram resolvidas pelo Decreto-Lei n.º 243/84, exigindo forma escrita e assinatura das partes para a convenção de arbitragem, em que aquela se passou a integrar.

Na solução da Lei n.º 31/86 (que apesar de algumas dúvidas levantadas durante a discussão no Parlamento acabou por consagrar sem alterações a solução da Proposta de Lei n.º 34/IV) a eliminação da exigência da assinatura das partes resulta directamente do alargamento da noção de «redução a escrito». Na verdade, entendeu o legislador que na principal área de aplicação da arbitragem voluntária, a do direito comercial, «a vontade das partes é manifestada normalmente através de meios que não se compadecem com a assinatura rígida de um documento pelas partes»⁽¹⁷⁰⁾. Foi, deste modo, sacrificada a exigência das assinaturas, perante a necessidade de aceitar como forma válida os meios de telecomunicação «de que fique prova escrita»⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ No discurso, proferido no Parlamento, de apresentação da proposta de lei o Sr. Ministro da Justiça MÁRIO RAPOSO, citando RENÉ DAVID (*L'arbitrage dans le commerce International*, 1982), afirmou que «a forma escrita não é exigida na Suécia e na Dinamarca [...], não o sendo também na República Federal da Alemanha quanto às relações entre comerciantes; por outro lado, a forma escrita possui um mero relevo probatório no Luxemburgo, na Bélgica, na Itália e na Inglaterra, por exemplo».

⁽¹⁶⁹⁾ Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional, artigo 7.º, n.º 2, e Convenção de Bruxelas de 1968 (versão de 1978), artigo 17.º

⁽¹⁷⁰⁾ Intervenção do Sr. Ministro da Justiça na discussão da Proposta de Lei n.º 34/IV no plenário da Assembleia da República.

⁽¹⁷¹⁾ O problema da exigência de assinatura das partes formulada pelo Decreto-Lei n.º 243/84 (apenas aplicável à arbitragem interna), perante a possibilidade da convenção de arbitragem ser celebrada através da troca de *telex* ou telegramas, foi debatida por RAÚL VENTURA («Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais

A evolução mais recente da doutrina estrangeira e do direito comparado confirma que foi correcta a opção do legislador português. É o caso claríssimo da nova lei espanhola sobre arbitragem voluntária ⁽¹⁷²⁾, como também é o caso da forma como foi severamente contestada a solução contrária (ou que, pelo menos, não admite expressamente os meios de telecomunicação de que fique prova escrita) adoptada pelo projecto da nova lei italiana sobre a matéria ⁽¹⁷³⁾.

2.6. Substituição da regulamentação supletiva do processo arbitral pela afirmação genérica de princípios imperativos

Ao contrário do que acontecia no Decreto-Lei n.º 243/84, o legislador entendeu que não devia formular regras pormenorizadas, ainda que supletivas, sobre o processo arbitral «dada a diversidade de tipos de litígios cuja resolução pode ser cometida a tribunal arbitral». Deste modo, limitou-se a definir os princípios fundamentais que não podem ser afastados pelas partes, pelos árbitros, ou pelos regulamentos das entidades autorizadas a organizar a arbitragem institucionalizada.

A violação desses princípios previstos no artigo 16.º (igualdade de tratamento das partes; direito de defesa do demandado que deverá ser citado para tal; princípio do contraditório; audiência pré-

gerais», in *Revista da Ordem dos Advogados*), que concluiu pela admissibilidade da convenção de arbitragem escrita no papel do telegrama ou do *telex*, desde que esse papel viesse a ser assinado pelas duas partes.

⁽¹⁷²⁾ A nova lei espanhola da arbitragem voluntária de 7 de Dezembro de 1988, que revogou a antiga lei de 1953, adopta «el principio de la libertad de forma, pues aunque aquél (convenio arbitral) ha de formalizarse por escrito, puede en cambio ser el resultado de um intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje» (cf. NAVARRETE, ANTÓNIO MARIA LORCA, «La nueva ley de arbitraje española», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, Lisboa, Abril de 1990, pp. 69 e ss.; sobre a nova lei espanhola, v. também FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *ob. cit.*, pp. 243 e ss.).

⁽¹⁷³⁾ MONTESANO, LUIGI, «Aspetti problematici di forma e di prova nel compromesso per arbitri e di controllo giudiziario sull'equità arbitrale», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIII, n.º 4, Milão, Dezembro de 1989, pp. 899 e ss.

via antes da decisão) pode conduzir a anulação da decisão arbitral [artigo 27.º, n.º 1, alínea c)].

De qualquer forma «as regras de processo» a observar na arbitragem (assim como o local onde esta funcionará), poderão, nos termos do artigo 15.º, ser definidas pelas partes, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro. No silêncio das partes, caberá aos árbitros tal definição.

Apesar de esta regra corresponder, quase integralmente, ao conteúdo do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 243/84, a verdade é que, como se referiu, é bastante distinto sobre esta matéria o regime dos dois diplomas, uma vez que o citado decreto-lei regulava pormenorizada e imperativamente vários actos processuais (início da instância, contestação, resposta à contestação, marcação do julgamento, etc.), o que a nova lei se absteve totalmente de fazer ⁽¹⁷⁴⁾.

2.7. Reintrodução do prazo supletivo de seis meses para a decisão arbitral

Apesar de se manter na disponibilidade das partes a fixação do prazo para a decisão arbitral (na convenção ou em escrito posterior até à designação do primeiro árbitro), reintroduz-se o prazo supletivo de seis meses (artigo 19.º, n.º 2) para ser proferida tal decisão. Este prazo supletivo de seis meses para o tribunal arbitral proferir a decisão foi criado para o Direito português pelo Código de Processo Civil de 1939 (artigo 1564.º, n.º 4), mantido no Código de 1961 e depois abandonado pelo Decreto-Lei n.º 243/84 ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ No Direito português anterior, a definição dos «termos do processo» era deixada à disponibilidade das partes pela *Novíssima* (artigo 226.º) e pelo Código de Processo Civil de 1876 (artigo 49.º), devendo-se seguir, no caso de silêncio das partes, os termos previstos na lei de processo. Pelo contrário, o Código de Processo Civil de 1939 (artigo 1575.º), assim como o de 1961 (artigo 1519.º), estabeleciam imperativamente que «os termos do processo serão os que, segundo este Código, corresponderem à causa de pedir»; no entanto, se as partes tivessem autorizado os árbitros a julgar *ex aequo et bono* tal autorização envolvia «necessariamente a concessão, aos árbitros, da faculdade de determinarem os trâmites a seguir na instrução do processo, devendo porém ser sempre ouvidas as partes depois da preparação e antes da decisão da causa».

⁽¹⁷⁵⁾ Sobre esta matéria do prazo para a decisão arbitral em direito comparado, cf. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 403 e ss. Trata-se de uma interessantíssima investi-

Na base desta opção legislativa de 1986 encontra-se a consideração de que, perante o silêncio das partes sobre a matéria, a celeridade própria da arbitragem impõe que seja definido um prazo, que não deve, porém, pela sua própria função, ser definido pelos árbitros, nem se justificando, por outro lado, uma intervenção do tribunal judicial nesta matéria, como previa o Decreto-Lei n.º 243/84.

Recupera-se também a possibilidade de prorrogação do prazo por acordo das partes, o que pode ser feito por uma ou mais vezes, mas apenas até ao dobro da sua duração inicial (artigo 19.º, n.º 2) ⁽¹⁷⁶⁾ e afastam-se liminarmente as dúvidas antigas sobre o momento a partir do qual se conta o prazo: a «data de designação do último árbitro, salvo convenção em contrário» (artigo 19.º, n.º 3).

Quer o prazo tenha sido fixado pelas partes ou resulte da aplicação supletiva da lei, e quer tenham ocorrido ou não prorrogações, o certo é que se o prazo se esgotar sem ter sido proferida a decisão arbitral o compromisso caduca ou, se for o caso, a cláusula compromissória fica sem efeito [artigo 4.º, n.º 1, alínea c)] ⁽¹⁷⁷⁾, podendo ainda os árbitros que tenham injustificadamente obstado à tomada da decisão arbitral dentro do prazo responder pelos danos causados (artigo 19.º, n.º 5) ⁽¹⁷⁸⁾.

Questão que se pode colocar é a de saber qual a sanção se a sentença arbitral for proferida depois de esgotado o prazo. Apesar de a caducidade do compromisso (ou o facto de a cláusula compromissória ficar sem efeito) não constar do elenco de fundamentos de anulação da sentença arbitral do artigo 27.º, parece correcta a solução

gação sobre as soluções das leis nacionais e das convenções internacionais sobre a matéria que, no fundo, revela que a nossa lei não se afasta, no essencial, das soluções predominantemente consagradas.

⁽¹⁷⁶⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 407, lamenta que a lei «seja tão parcimoniosa no tocante à prorrogação», por duas razões: «se as partes estão de acordo na duração da prorrogação, não se vê motivo para a lei a limitar»; a recusa de prorrogação por uma 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».

⁽¹⁷⁷⁾ A regra foi introduzida no Direito português pelo Código de Processo Civil de 1876 (artigo 55.º, n.º 2), mas foi injustificadamente esquecida pelo Decreto-Lei n.º 243/84.

⁽¹⁷⁸⁾ Regra introduzida no Direito português pelo Código de Processo Civil de 1939 (artigo 1564.º, § 2), que o Decreto-Lei n.º 243/84 não consagrou, apesar de ter previsto no seu artigo 14.º, n.º 3, que «o árbitro que se escuse injustificadamente a prosseguir o exercício da sua função responde pelos danos a que der causa».

defendida por RAÚL VENTURA, considerando a hipótese «abrangida pela alínea *b*) do artigo 27.º, pois o tribunal arbitral, depois de decorrido aquele prazo, tornou-se incompetente para proferir a decisão» (179). É também esta, a anulabilidade, segundo o mesmo autor, a solução mais comum em direito comparado. A sentença será, porém, válida, se for *proferida* dentro do prazo, mas notificada e depositada depois de esgotado o prazo.

2.8. Os árbitros e a nova regulamentação sobre o voto em tribunal arbitral colectivo

O tribunal arbitral pode ser um tribunal singular, quando composto por um único árbitro, ou um tribunal colectivo, quando composto por mais do que um árbitro em número que terá de ser obrigatoriamente ímpar. As partes podem fixar o número de árbitros que compõem o tribunal (na convenção de arbitragem ou em escrito posterior), mas se não o fizerem o tribunal será composto por três árbitros (artigo 6.º).

Ainda quanto aos árbitros, a Lei n.º 31/86, na tradição do Direito português anterior, define os requisitos dos árbitros («pessoas singulares e plenamente capazes», artigo 8.º), o princípio da liberdade de aceitação da função de árbitro (artigo 9.º) e o regime de impedimentos e escusas dos árbitros (artigo 10.º). Tal como previa o Decreto-Lei n.º 243/84, manteve-se a figura do «presidente do tribunal arbitral» e, com ligeiras alterações, o regime da sua escolha (artigo 14.º), assim como a possibilidade de, em caso de morte, escusa ou impossibilidade de algum dos árbitros, se proceder à sua substituição.

Maiores alterações são, porém, de registar quanto às regras de votação em tribunal colectivo.

Tal como estipulava o Decreto-Lei n.º 243/84, exige-se que a deliberação do tribunal arbitral colectivo, em que todos os árbitros devem participar, seja tomada por maioria dos votos, permitindo-se, porém, às partes a fixação (na convenção ou em escrito posterior

(179) *Ob. cit.*, pp. 407 e ss.

até à aceitação do primeiro árbitro), de uma maioria qualificada (artigo 20.º, n.º 1).

No entanto, a nova lei atribui ainda às partes a faculdade de convencionarem a forma de suprir a impossibilidade de se formar a maioria necessária para a decisão: acordando que «a decisão seja tomada unicamente pelo presidente ou que a questão se considere decidida no sentido do voto do presidente» (artigo 21.º, n.º 2). No regime do Decreto-Lei n.º 243/84 as partes podiam atribuir simplesmente ao presidente do tribunal arbitral um «voto de qualidade». Agora a lei vai mais longe permitindo que as partes convençam que, em caso de impasse, decida sozinho.

Mais ainda: se a divergência que impede a formação da maioria necessária respeitar «ao montante de condenação em dinheiro», e mesmo no silêncio das partes sobre a matéria, a questão considera-se decidida no sentido do voto do presidente. Isto, salvo diferente convenção das partes (artigo 20.º, n.º 3). Por outro lado, recupera-se a antiga disposição, abandonada pelo Decreto-Lei n.º 243/84, segundo a qual se não puder formar-se a maioria necessária, o compromisso arbitral caduca e a cláusula compromissória fica sem efeito [artigo 4.º, n.º 1, alínea b)]. O que naturalmente agora só acontecerá quando as partes nada tiverem convencionado sobre a matéria ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ É do maior interesse, para a boa compreensão do regime actual sobre o voto na deliberação dos árbitros, ter presente toda a evolução que a matéria sofreu no Direito português. No período pré-*Ordenações*, cada uma das partes nomeava um «juiz bandeiro» e ambas, por acordo, um «juiz de começos», que funcionava como árbitro de desempate. Nas *Ordenações (Afonsinas*, liv. III, tít. 113, § 9; *Manuelinas*, liv. III, tít. 81, § 8; *Filipinas*, liv. III, tít. 16, § 8) afastou-se a figura do «árbitro de desempate», de tal forma que se fossem nomeados apenas dois árbitros e estes não acordassem na decisão o compromisso ficava sem efeito, proibindo-se mesmo a nomeação posterior, pelas partes ou pelos árbitros, desse «árbitro de desempate». A *Novíssima* (artigo 150.º, § 2) resolvia a questão com uma solução mais radical: se as partes nomeassem no compromisso um número par de árbitros, teriam de, sob pena de nulidade, nomear desde logo um «árbitro de desempate». Todos os Códigos de Processo Civil [1976, artigos 53.º e 56.º; 1939, artigos 1564.º e 1578.º; 1961, artigos 1512.º, n.º 1, alínea c), e 1526.º] admitiram o «árbitro de desempate», mas apenas para a arbitragem necessária, porque na arbitragem voluntária a solução era semelhante à das *Ordenações*: o compromisso fica sem efeito se não chegar a formar-se a maioria necessária para a decisão do litígio. O Decreto-Lei n.º 243/84 «esquece» esta regra, impondo, por um lado, a nomeação de um «árbitro suplementar» quando a convenção previr um número par (artigo 6.º, n.º 2)

2.9. Reforço do sistema dualista de impugnação da decisão arbitral: recurso e anulação

Quanto à impugnação da decisão arbitral, optou o legislador, segundo se pode ler na «Exposição de motivos» da proposta de lei, por manter «o sistema tradicional entre nós que admite ao lado do pedido de anulação o recurso, sempre que as partes não tenham renunciado a esta última via» ⁽¹⁸¹⁾. Aparentemente ter-se-ia recebido, sem mais, o sistema de impugnação previsto no Decreto-Lei n.º 243/84.

Mas uma análise mais atenta permite detectar importantes alterações. Em primeiro lugar, é reduzido drasticamente o elenco de fundamentos de anulação da decisão arbitral. Com efeito, dos doze fundamentos previstos no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 243/84, apenas quatro são agora fundamentos de anulação da sentença arbitral nos termos do n.º 2 do artigo 27.º

Em segundo lugar, afasta-se a regra da «irrecorribilidade da decisão arbitral, salvo convenção em contrário» introduzida pelo Decreto-Lei n.º 243/84, recuperando-se a antiga regra da «recorribilidade da decisão arbitral, salvo convenção em contrário» (artigo 29.º) ⁽¹⁸²⁾.

E finalmente, no caso de a decisão arbitral ser recorrível e de o recurso ser efectivamente interposto, impõe-se a obrigatoriedade de a anulabilidade da decisão, se alegada, ser apreciada no âmbito desse recurso (artigo 27.º, n.º 3).

e prevendo, por outro lado, algo contraditoriamente, que se os árbitros designados forem em número par, será eleito por eles um outro para presidente do tribunal arbitral (artigo 10.º, n.º 1); é ao presidente do tribunal arbitral que as partes podem atribuir o «voto de qualidade» (artigo 27.º, n.º 4). Finalmente, a Lei n.º 31/86, além de impor que o tribunal arbitral seja constituído por um número ímpar de árbitros (artigo 6.º, n.º 1), recupera a antiga (das *Ordenações* e dos Códigos) regra da caducidade do compromisso em caso de não se formar a maioria, mas desenvolve o regime do Decreto-Lei n.º 243/86, permitindo às partes a atribuição ao presidente do tribunal arbitral do poder de decidir, em caso de impasse, sozinho ou de a questão ser decidida no sentido do seu voto.

⁽¹⁸¹⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 20 e s.

⁽¹⁸²⁾ Era esta a solução consagrada no artigo 29.º da proposta de lei, que se aplicava sem distinção tanto em relação à arbitragem interna como à arbitragem internacional. À solução acabou por se manter no artigo 29.º da Lei n.º 31/86 mas apenas para a arbitragem interna, já que, como veremos, a discussão na especialidade introduziu regra diferente para a arbitragem internacional.

Julgamos que foi incorrecta, a vários níveis, a opção do legislador português em matéria de impugnação da sentença arbitral. Na verdade, a solução da Lei n.º 31/86 não se justifica por qualquer espécie de respeito pelo nosso «sistema tradicional», assume uma atitude reaccionária em relação às mais recentes propostas de leis uniformes em matéria de arbitragem interna e internacional, e contraria frontalmente a natureza da instituição da arbitragem voluntária fundada, tal como o novo regime o apregoa, na autonomia da vontade das partes.

Com efeito, ao contrário do que se afirma na «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, o «sistema tradicional entre nós» não admitia as duas formas de impugnação da decisão arbitral tal como as prevê a Lei n.º 31/86. Não era esse o regime das *Ordenações Afonsinas*, que só previa o recurso, mas com possibilidade de renúncia, nem o das *Ordenações Manuelinas e Filipinas*, que só previa o recurso, mas sem possibilidade de renúncia, nem o da *Novíssima Reforma Judiciária* e o dos três Códigos de Processo Civil⁽¹⁸³⁾ que previam o recurso, mas com possibilidade de renúncia. E nem mesmo era esse, como já provámos, o regime do Decreto-Lei n.º 243/84, aliás demasiado recente e infeliz para ser «sistema tradicional».

A Lei n.º 31/86 é, por outro lado, reaccionária em relação às mais modernas propostas de harmonização do direito da arbitragem que admitem uma, mas apenas uma, via de impugnação da sentença arbitral: a anulação da decisão arbitral com base em fundamentos taxativamente previstos na lei. É esta a solução proposta pelo artigo 25.º, n.º 1, da LU Strasbourg (*Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage — Strasbourg*, 20 de Janeiro de 1966)⁽¹⁸⁴⁾ e mais recentemente pelo artigo 34.º da LU da CNUDCI (*Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacio-*

(183) Em rigor, a partir do Código de 1876 será possível identificar uma segunda forma de censura judicial da decisão arbitral: a oposição à execução da decisão arbitral. Uma segunda forma de censura que hoje se mantém, talvez como terceira.

(184) Dispõe o artigo: «A decisão arbitral não pode ser atacada perante a autoridade judicial senão por via de anulação e só pode ser anulada nos casos enumerados no presente artigo.»

nal, Viena 1985) ⁽¹⁸⁵⁾. Uma solução já adoptada, pelo menos, pela Lei belga de 27 de Março de 1985 ⁽¹⁸⁶⁾.

E se por um lado se pode duvidar do sucesso destas tentativas de harmonização dos direitos em matéria de arbitragem, parece, por outro, inquestionável que mesmo nos direitos mais conservadores, como é o caso do britânico ⁽¹⁸⁷⁾, admitindo-se a dupla via de impugnação, inverte-se a regra sobre a recorribilidade das decisões arbitrais: a sentença arbitral é em princípio definitiva e irrecorrível, salvo se as partes tiverem expressamente previsto a admissibilidade de recurso. A única excepção de que temos conhecimento é a do direito francês, que permitindo o *appel nullité*, desenvolvido por via jurisprudencial, mantém no artigo 1482.º do Código de Processo Civil o *appel réformation*, permitindo a sua renúncia pelas partes («*La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage*») ⁽¹⁸⁸⁾ ⁽¹⁸⁹⁾.

Por último, o novo regime é dificilmente sustentável perante a eleição da autonomia privada como o fundamento essencial da arbitragem voluntária e perante o declarado objectivo de dinamizar os

⁽¹⁸⁵⁾ Dispõe o citado artigo, sob a epígrafe «O pedido de anulação como recurso exclusivo da sentença arbitral»: «O recurso de uma sentença arbitral interposto num tribunal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2 e 3 do presente artigo.»

⁽¹⁸⁶⁾ Como já afirmavam HUYS e KEUTGEN perante a antiga disposição (artigo 1704.º, C. Jur.), não alterada neste particular pela nova lei belga: «Dorénavant la sentence ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance que par la voie de l'annulation et dans un nombre de cas limitativement énumérés» (in *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelas, 1981, p. 345).

⁽¹⁸⁷⁾ Escreve ANTHONY WALTON sobre o Arbitration Act: «An award made pursuant to a proper arbitration agreement is final, as between the parties, unless the agreement express a contrary intention [...] In general, however, there is no appeal, and the award will be binding unless some ground of invalidity can be shown» (in *The Russel on the law of arbitration*, 20.ª ed., Edição Stevens & Sons, Londres, 1982, pp. 387 e s.). Ainda sobre o direito britânico da arbitragem voluntária, v. BRUNELLI, BRUNELLA, «La nuova disciplina dell'arbitrato in Inghilterra», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1985.

⁽¹⁸⁸⁾ Sobre o direito francês da arbitragem voluntária, v. PERROT, ROGER, «La riforma dell'arbitrato in Francia», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1985.

⁽¹⁸⁹⁾ Sobre a impugnação da decisão arbitral em Itália, v. TARZIA, GIUSEPPE, «Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLV, n.º 2, Milão, Junho de 1991, pp. 451 e ss.

tribunais arbitrais voluntários como mecanismo célere de resolução de litígios. O primeiro fundamento impõe a separação tão clara quanto possível entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial, pelo que se a intervenção deste último no primeiro deve ser reduzida ao mínimo, também deveria ser eliminada qualquer censura judicial de mérito da decisão arbitral.

Com a convenção de arbitragem, as partes procuram atribuir a resolução do litígio à jurisdição arbitral excluindo a jurisdição estatal. Com a regra da recorribilidade, a lei nega o poder dessa vontade contratual viabilizando a substituição da decisão dos árbitros pela sentença, proferida em recurso, do tribunal judicial.

Mais ainda: a regra da recorribilidade da decisão arbitral anula, pura e simplesmente, as vantagens apontadas à arbitragem voluntária: a celeridade, que se impõe pelo ritmo da vida dos negócios, a economia, que procura evitar as altas custas judiciais, e o maior rigor técnico da decisão arbitral, que não se compadece com a generalidade da formação dos magistrados judiciais.

Mesmo que se considerasse a eliminação do recurso da decisão arbitral como uma solução demasiado radical, o legislador tinha pelo menos duas outras soluções à sua disposição: prever uma segunda instância arbitral que conheceria o recurso do primeiro tribunal arbitral, tal como previa o «Projecto Miller Simões»; estipular o carácter irrecorrível da sentença arbitral como regra, mas permitindo que as partes, na respectiva convenção de arbitragem, admittissem o recurso, tal como previa o Decreto-Lei n.º 243/84 e como a própria Lei n.º 31/86 estabelece para a arbitragem internacional.

Com esta tomada de posição não pretendemos defender que se deva furtar a jurisdição arbitral a qualquer forma de controlo pela jurisdição estadual, mas apenas que este se deve reduzir a uma apreciação dos vícios específicos da sentença arbitral que afaste os seus efeitos próprios de sentença, quer em sede de acção de anulação, prevista e regulada pela própria lei da arbitragem, quer em sede de oposição à execução, tal como prevê o Código de Processo Civil. Tanto mais quanto é reconhecido que esta «acção de anulação», prevista no artigo 27.º da Lei n.º 31/86, corresponde a uma via alternativa de impugnação, criada pela jurisprudência, perante a regra, legal ou convencional, da irrecorribilidade da sentença arbitral.

Em suma, o princípio fundamental nesta matéria deveria ser o do carácter definitivo da decisão arbitral. Com duas excepções: por res-

peito à autonomia privada, admitir o recurso se as partes tiverem manifestado a sua vontade nesse sentido; e, por razões de ordem pública, admitir a acção de anulação de decisão arbitral ferida de vício grave. A Lei n.º 31/86 inverte o princípio uma vez que a decisão, além de anulável, é por regra recorrível, salvo se as partes afastarem expressamente o recurso. Numa palavra, a acção de anulação abriu, e bem, uma porta na fortaleza da definitividade da sentença arbitral para atacar a sua invalidade. A Lei n.º 31/86, abrindo, e bem, também esta porta, esqueceu-se de fechar a janela por onde a sentença arbitral pode continuar a ser atacada quanto ao seu mérito.

2.10. Reafirmação da importância da arbitragem institucionalizada

Manteve-se, sem alteração, a possibilidade, consagrada no Decreto-Lei n.º 243/84, de entidades privadas organizarem processos de arbitragem voluntária, «por se julgar que do desenvolvimento da arbitragem voluntária institucionalizada, devidamente enquadrada por lei, poderão advir inegáveis vantagens para a economia nacional»⁽¹⁹⁰⁾.

Considerando-se, porém, de um «intervencionismo excessivo» a solução do Decreto-Lei n.º 243/84 (artigo 38.º), que fazia depender a validade dos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada de autorização do Ministro da Justiça, optou-se por limitar a intervenção governamental à «indicação das entidades autorizadas a organizar tais arbitragens, bem como a delimitação do campo em que poderão exercer essa actividade»⁽¹⁹¹⁾. Ou seja, substitui-se, através do artigo 34.º da Proposta de Lei n.º 34/IV, a necessidade de autorização dos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada, pela necessidade de autorização de funcionamento dos próprios centros.

A alteração introduzida pela discussão na especialidade da proposta de lei⁽¹⁹²⁾ procurou evitar o poder discricionário do Ministro

⁽¹⁹⁰⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, p. 8.

⁽¹⁹¹⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 8 e s.

⁽¹⁹²⁾ Esta solução foi imediatamente contestada na discussão em plenário pelo Sr. Deputado JOSÉ MANUEL MENDES (PCP): «A óptica do projecto não é, decerto, a melhor tanto mais quanto desvia um dos troncos renovadores da sua filosofia ao permitir ao Ministro da Justiça uma discricionariedade excessiva e indesejável nesta sede.»

da Justiça na matéria, obrigando o Governo a definir por decreto-lei o regime de «outorga de competência», ou seja, de concessão de autorização às entidades que pretendem funcionar como centros de arbitragem institucionalizada. Cumpriu o Governo esta missão através do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, em que é notório o propósito, como se pode ler no respectivo preâmbulo, de «não prefixar critérios legais excessivamente rígidos, que desvirtuariam a natural flexibilidade do sistema».

Assim, o regime previsto neste diploma limita-se a prever o requerimento de autorização dirigido pelos interessados ao Ministro da Justiça, fundamentado com «as razões que justificam a sua pretensão», e sendo os critérios de decisão a «representatividade da entidade requerente e a sua idoneidade para a prossecução da actividade». O despacho de autorização deve ser fundamentado (especificando também o carácter geral ou especializado das arbitragens a realizar), como também fundamentado deve ser o despacho, também previsto, de revogação, se se justificar, da autorização. A lista, anualmente actualizada, das entidades autorizadas constará de portaria ⁽¹⁹³⁾.

Resta acrescentar, finalmente, que a arbitragem institucionalizada merece, ainda, a introdução de algumas regras especiais em relação ao regime geral da arbitragem voluntária. Em primeiro lugar, a escolha pelas partes das regras do processo ou do lugar onde funcionará o tribunal arbitral pode resultar, sem mais, da escolha de um

⁽¹⁹³⁾ A última portaria, de que temos conhecimento, que publicou a referida lista é a Portaria n.º 211/89, de 13 de Março (revogou as Portarias n.ºs 459/87, 717/87 e 681/86). Desta lista constam sete «entidades», entre as quais a Associação Comercial de Lisboa e a Associação Comercial do Porto, a Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica, o ICA — Instituto de Conciliação e Arbitragem, vários escritórios de advogados e ainda várias entidades criadas expressamente para o efeito, como a ARBITRAL — Sociedade de Arbitragem.

Entre a data da conclusão deste estudo e a da revisão das provas para publicação foram publicadas as Portarias n.ºs 761/92, de 7 de Agosto, e 1183/92, de 22 de Dezembro, resultando das mesmas que foi autorizada entretanto a criação de três novos centros de arbitragem voluntária às seguintes entidades: União das Associações de Comerciantes do Distrito de Lisboa e Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO); Instituto Nacional de Defesa do Consumidor, Câmara Municipal de Coimbra, Associação Portuguesa de Direito do Consumo e Associação Comercial e Industrial de Coimbra; Instituto Nacional de Defesa do Consumidor, Câmara Municipal do Porto, Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO) e Associação de Comerciantes do Porto.

regulamento emanado de uma das entidades autorizadas a organizar arbitragens institucionalizadas «ou ainda da escolha de uma dessas entidades para a organização da arbitragem» (artigo 15.º, n.º 2). Igual disposição vale para a «remuneração dos árbitros e dos outros intervenientes no processo, bem como a sua repartição pelas partes», que podem resultar directamente dos citados regulamentos.

Para concluir, uma última palavra sobre a natureza das entidades autorizadas a organizar, de uma forma institucionalizada, processos de arbitragem voluntária. Criadas *ex novo* exclusivamente para tal fim ou integradas no âmbito de instituições já existentes, tais entidades são, em termos físicos e funcionais, os concorrentes «privados» dos tribunais estaduais. Tal como acontecerá, muito provavelmente, no futuro com os notários, em vias de «privatização», estes verdadeiros tribunais arbitrais permanentes, de forma mais evidente que os *ad hoc*, são instituições de natureza privada que exercem uma função, a jurisdicional, de natureza pública. É por isto, e não porque a arbitragem voluntária seja de alguma forma uma «justiça privada», que não podem deixar de ser entendidos como verdadeiros «tribunais privados».

2.11. Nova delimitação do âmbito de aplicação da lei no espaço: a aplicação do novo regime à arbitragem internacional ⁽¹⁹⁴⁾

O artigo 33.º da proposta de lei (artigo 37.º da Lei n.º 31/86) estabelece simplesmente que: «O presente diploma aplica-se às arbitragens que tenham lugar em território nacional.» Desta disposição resulta que o novo regime da arbitragem voluntária aplica-se não só a uma arbitragem puramente interna, mas também a uma arbitragem internacional, ou seja, aquela que «põe em jogo interesses do comércio internacional» (artigo 22.º, n.º 3, da proposta de lei e artigo 32.º da Lei n.º 31/86). Desde que se tenha designado para a arbitragem um lugar em território português, e qualquer que seja a

⁽¹⁹⁴⁾ Apesar de esta matéria envolver questões que têm o seu campo próprio de eleição no direito internacional privado, a importância da alteração introduzida pela Lei n.º 31/86 neste domínio impõe que lhe seja feita, neste estudo, uma breve referência, ainda que meramente descritiva. Sobre esta questão, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *ob. cit.*

nacionalidade e domicílio das partes ou dos árbitros, a lei adjectiva aplicável à arbitragem, em si mesma, será a lei nacional sobre arbitragem voluntária.

Questão diferente, e que esta disposição suscitou, é a de saber qual o direito substantivo a aplicar pelos árbitros ao mérito da causa. A resposta adoptada pelo legislador foi a de, primeiro, permitir às partes a concessão de autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade, segundo, se não o tiverem feito, escolherem as partes o direito a aplicar, e finalmente, perante o completo silêncio das partes, atribuir aos árbitros a faculdade de escolha do «direito mais apropriado ao litígio» (artigo 22.º da proposta de lei; artigo 33.º da Lei n.º 31/86).

Com esta solução, tomou a lei partido sobre duas questões que dividem a doutrina e as soluções legislativas em direito comparado. Em primeiro lugar, afastou-se a possibilidade de as partes ou os árbitros subtraírem a resolução do litígio à aplicação das regras de uma dada lei estadual, aplicando antes a chamada *lex mercatoria* ⁽¹⁹⁵⁾.

Em segundo lugar, atribuindo aos árbitros (e às partes) «o poder de directamente elegerem o direito material chamado a regular o litígio, por ser o mais apropriado», a lei permite-lhes afastar o «sistema português de normas de conflitos — designadamente o artigo 42.º do Código Civil, que consagra uma solução que hoje geralmente se tem por desajustada aos interesses da vida privada internacional» ⁽¹⁹⁶⁾.

A aplicação do novo regime à arbitragem internacional obrigou o legislador a prever outras regras especiais para esta modalidade de arbitragem: a irrecorribilidade da decisão do tribunal arbitral em matéria de arbitragem internacional, «salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos» (artigo 34.º da Lei n.º 31/86); e a possibilidade de o tribunal arbitral, se as partes lhe tiverem confiado tal função, decidir o litígio «por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo» (artigo 35.º da Lei n.º 31/86).

⁽¹⁹⁵⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 11 e s.

⁽¹⁹⁶⁾ «Exposição de motivos» da Proposta de Lei n.º 34/IV, pp. 12 e s.

VII — O futuro: o Anteprojecto do novo Código de Processo Civil ⁽¹⁹⁷⁾

A terminar este estudo, um breve olhar sobre o futuro que, apesar de tudo, não nos parece trazer nos tempos mais próximos novidades de vulto a nível de intervenção legislativa sobre a matéria da arbitragem voluntária. O mesmo esperamos que não aconteça no que respeita ao tão desejado desenvolvimento prático de uma figura com inegáveis vantagens para a resolução dos pequenos e grandes litígios dos nossos tempos.

Esta constatação poderia parecer, à primeira vista, estranha, tendo em conta que se anuncia para breve a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil português. Mas pelo que ficou dito será fácil compreender que a reforma legislativa sobre a arbitragem voluntária, através da autonomização operada em relação ao Código, foi felizmente antecipada em relação à reforma geral do nosso direito processual civil.

Manter-se-á, assim, o estatuto legal da arbitragem voluntária na Lei n.º 31/86, que, face à felicidade, unanimemente reconhecida, da maioria das suas soluções, não deverá sofrer alterações nos próximos tempos. O mesmo não se pode prever para a arbitragem necessária, sobre a qual o Anteprojecto do Código Civil é totalmente omissivo. Como já referimos, o legislador parece ter optado, apesar das vozes que reclamam um estatuto legal autónomo para essa modalidade de arbitragem, por deixar às leis especiais, que a imponham, a respectiva regulamentação «caso a caso». Se assim for, entre outras questões a que ainda hoje o último Código responde, poderá levantar-se o problema da aplicação, como direito subsidiário, da Lei n.º 31/86 à arbitragem necessária.

Finalmente, quanto às disposições dispersas no Código de Processo Civil que, de alguma forma, se referem à arbitragem voluntária, o Anteprojecto do novo Código de Processo Civil não introduz qualquer alteração significativa: ao actual artigo 287.º, alínea *b*) (compromisso arbitral como causa de extinção da instância), corresponde o artigo 238.º, alínea *d*), do Anteprojecto, e ao artigo 290.º o

⁽¹⁹⁷⁾ Apesar de termos conhecimento da existência de um «Projecto de Código de Processo Civil», uma vez que este não se encontra publicado julgamos que devemos limitar a nossa análise sobre o «direito futuro» ao anteprojecto publicado.

artigo 294.º; ao artigo 494.º, n.º 1, alínea *h*) [a preterição do tribunal arbitral como excepção dilatória ⁽¹⁹⁸⁾], corresponde o artigo 387.º, n.º 1, alínea *f*); e ao artigo 814.º (fundamentos à oposição de execução de decisão arbitral), com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 31/86, corresponde o artigo 666.º do Anteprojecto.

Lisboa, 31 de Outubro de 1991.

⁽¹⁹⁸⁾ Que, tal como hoje (artigo 495.º), continuará a não ser de conhecimento officioso do tribunal (artigo 388.º do Anteprojecto).