

# A ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA EM PORTUGAL

## Dos «ricos homens» aos tribunais privados

*Francisco Cortez*

### SUMÁRIO

#### **I — Introdução.**

1. Noção de arbitragem, suas modalidades e figuras afins.
2. As vantagens da arbitragem.
3. Delimitação do objecto do estudo: a arbitragem voluntária em Portugal.

#### **II — A arbitragem voluntária em Portugal desde a fundação da nacionalidade até às *Ordenações*.**

#### **III — Das *Ordenações Afonsinas* até às *Ordenações Filipinas*.**

#### **IV — O período liberal.**

1. Preliminares: da Constituição de 1822 à «Nova Reforma Judiciária».
2. A «Novíssima Reforma Judiciária».

#### **V — O período dos três Códigos de Processo Civil.**

1. O Código de Processo Civil de 1876.
2. O Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Civil de 1961.
  - 2.1. As principais alterações.
  - 2.2. Uma alteração revolucionária: a consagração expressa da «cláusula compromissória» e da possibilidade da sua execução específica.
    - 2.2.1. A «cláusula compromissória» antes do Código de Processo Civil de 1939.
    - 2.2.2. O regime da «cláusula compromissória» no Código de Processo Civil de 1939.
      - 2.2.2.1. As razões de uma alteração.
      - 2.2.2.2. Os problemas do novo regime.

#### **VI — O início do período da autonomização.**

1. O Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho.
2. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional.

**VII — 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.
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.
  - 2.2. Integração da arbitragem voluntária, por força da lei, no sistema de tribunais previsto na Constituição.
  - 2.3. Redefinição da arbitrabilidade do litígio.
  - 2.4. Reafirmação da concepção dualista da convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso.
  - 2.5. Liberalização da forma da convenção de arbitragem.
  - 2.6. Substituição da regulamentação supletiva do processo arbitral pela afirmação genérica de princípios imperativos.
  - 2.7. Reintrodução do prazo supletivo de seis meses para a decisão arbitral.
  - 2.8. Os árbitros e a nova regulamentação sobre o voto em tribunal arbitral colectivo.
  - 2.9. Reforço do sistema dualista de impugnação da decisão arbitral: recurso e anulação.
  - 2.10. Reafirmação da importância da arbitragem institucionalizada.
  - 2.11. Nova delimitação do âmbito de aplicação da lei no espaço: a aplicação do novo regime à arbitragem internacional.

**VIII — O futuro: o anteprojecto do novo Código de Processo Civil.**

**I — Introdução**

**1. Noção de arbitragem, suas modalidades e figuras afins**

A arbitragem é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido, por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio.

Como resulta da noção de arbitragem, esta pode ter por origem a autonomia da vontade das partes, expressa numa convenção de arbitragem, caso em que a arbitragem é designada por voluntária, ou ter por fundamento uma disposição legal de carácter imperativo que impõe a resolução de determinados litígios por via arbitral, caso em que a arbitragem se designa por necessária. Diverge a doutrina sobre a questão de saber se a arbitragem necessária é uma verda-

deira e própria arbitragem, problema que não se coloca sobre a arbitragem voluntária.

Em segundo lugar, a arbitragem pode ser interna ou internacional. Se o litígio, submetido à arbitragem, tem origem numa relação jurídica que, através dos seus elementos fundamentais, contacta com várias ordens jurídicas, a arbitragem é internacional. Se, pelo contrário, o litígio resulta de uma relação jurídica que contacta apenas com uma ordem jurídica, então a arbitragem é interna. Face aos problemas levantados por este critério, que recorre à noção de relação jurídica plurilocalizada, tem-se recorrido mais recentemente ao critério da relação jurídica que põe em jogo interesses do comércio internacional, concretizado na ideia da transferência de valores — bens, serviços ou capitais — através das fronteiras de país para país.

Uma terceira classificação distingue a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada. Uma arbitragem será *ad hoc* quando o tribunal arbitral é constituído e o respectivo processo arbitral definido e se desenvolve sem intervenção ou apoio de qualquer centro ou entidade permanente, e será institucionalizada quando for organizada sob a égide de uma instituição permanente, com um regulamento próprio que se aplica ao processo arbitral, que normalmente intervém, quer para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, quer na prestação do apoio logístico ao desenvolvimento do processo, recebendo como contrapartida o pagamento pelas partes de uma taxa variável segundo o valor da causa.

Por outro lado, a arbitragem não se confunde com figuras que lhe estão próximas. Distingue-se, em primeiro lugar, da transacção, pois, apesar de serem ambas formas extrajudiciais de resolução de litígios, enquanto a transacção é um contrato celebrado entre as partes que põe termo ao litígio, a arbitragem, apesar de se poder basear num contrato — a convenção de arbitragem — é uma forma jurisdicional de resolução de litígios: é a sentença arbitral que põe termo ao litígio. Na arbitragem o contrato é apenas um dos meios para se chegar à sentença arbitral que resolve o litígio, na transacção o contrato é o fim de um processo negocial que procede a essa resolução.

A arbitragem distingue-se, em segundo lugar, da peritagem, uma vez que, apesar de terem em comum a intervenção de um terceiro (árbitro e perito) na resolução de um litígio, é diferente a qualidade e natureza dessa intervenção: o árbitro julga; o perito informa. O árbitro é um julgador; o perito é um agente de prova. Assim, enquanto o árbitro exerce o poder jurisdicional para resolver o litígio que lhe é submetido, o perito limita-se a informar o tribunal, que

pode até ser um tribunal arbitral, sobre uma determinada questão controversa. Mas, sublinhe-se, o perito informa, dá o seu parecer técnico sobre uma questão, mas não a julga, cabendo ao juiz decidir sobre ela tomando em consideração uma prova, o laudo pericial, fornecido pelo perito. Em conclusão, a peritagem consiste no conjunto de medidas de prova executadas por um terceiro — o perito —, enquanto a arbitragem consiste na administração da justiça por um particular — o árbitro.

Desta distinção entre arbitragem e peritagem resulta, desde logo, a distinção entre arbitragem e arbitramento, que convém, no entanto, especificar devido à semelhança dos termos. O arbitramento, que se pode concretizar num exame, numa vistoria ou numa avaliação, é um meio de realização da prova pericial: o arbitramento é apenas uma modalidade de prova. Assim, a missão das pessoas que são chamadas a colaborar com o tribunal para realizar o arbitramento não é a de julgar, de aplicar o direito aos factos, mas apenas a de dar o seu parecer técnico sobre determinados quesitos que lhe são apresentados. E se lhe cabe dar parecer, mas não julgar, são peritos e não árbitros.

Por último, a arbitragem não se confunde com a modificação convencional da competência. Tanto na arbitragem como na modificação convencional da competência, as partes modificam, por acordo, as regras da competência fixadas na lei submetendo a resolução do litígio a um tribunal diferente daquele que segundo essas regras seria competente para julgar o litígio. No fundo, as partes do litígio retiram convencionalmente a competência a um tribunal atribuindo-a a outro. Só que enquanto na modificação convencional da competência tudo se passa no interior da jurisdição estadual, retirando as partes a competência a um tribunal estadual para a atribuir a outro também estadual, na arbitragem as partes vão mais longe, afastando a própria jurisdição estadual, na medida em que retiram competência a um tribunal estadual para a atribuir a um tribunal arbitral. Em suma, na arbitragem as partes não se limitam a desviar a competência concreta de um tribunal estadual para outro, afastam a própria jurisdição estadual substituindo-a por outra, a jurisdição arbitral.

## 2. As vantagens da arbitragem

São inegáveis e unanimemente enaltecidas as vantagens da jurisdição arbitral em relação à jurisdição estadual: a sua maior celeridade na resolução do litígio, resultante da simplificação do forma-

lismo processual e da fixação, pelas partes ou pela lei, de prazos curtos para a sentença ser proferida pelos árbitros; a sua maior economia, baseada não só na celeridade, mas também na diferença entre o valor das custas judiciais e o valor das despesas do processo arbitral e dos honorários dos árbitros; a confidencialidade do processo arbitral, em contraposição com o princípio da publicidade da jurisdição estadual; e finalmente, uma vantagem que, apesar de ser apontada, não deixa de ser discutível: as maiores garantias que a jurisdição arbitral oferece de que será proferida uma sentença mais justa e adequada, não só porque as partes podem afastar o direito constituído, muitas vezes desajustado aos interesses em jogo no litígio, permitindo aos árbitros julgar segundo a equidade, mas também porque podem escolher «juízes por medida», ou seja, pessoas com especiais conhecimentos técnicos, jurídicos ou outros, apropriados à tecnicidade do litígio, dificilmente apreensível pela generalidade da formação dos magistrados judiciais. A todas estas vantagens acrescenta-se, no caso da arbitragem internacional, a neutralidade do foro arbitral, uma vez que, não decidindo os árbitros em nome de um Estado, sobre eles não recai a suspeita de favorecerem os interesses da parte nacional.

São estas vantagens que podem afirmar a arbitragem, em especial a voluntária, como uma jurisdição do futuro. Na verdade, sem substituir a jurisdição estadual, a decisão de litígios por árbitros assume uma crescente importância nos nossos tempos, sobretudo nas áreas do direito comercial e do comércio internacional. São provas disto mesmo a multiplicação de centros de arbitragem institucionalizada, o aperfeiçoamento do direito convencional internacional em matéria de arbitragem, associado a um movimento de harmonização dos direitos nacionais em matéria de arbitragem<sup>(1)</sup>, e a profunda e generalizada reforma, operada nos últimos anos, das legislações nacionais, em especial na Europa, sobre arbitragem voluntária<sup>(2)</sup>.

---

(1) Convenção de Nova Iorque de 1958 — «Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères»; Convenção de Genebra de 1961 — «Convention Européene sur l'arbitrage commercial international»; Convenção de Washington de 1965 — «Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États»; Lei-Modelo de Estrasburgo de 1966 — «Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage»; Convenção do Panamá de 1975 — «Interamerican Convention on international commercial arbitration»; Lei-Modelo da CNUDCI de 1985 — «Model Law on international commercial arbitration», adoptada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

(2) Na Grécia, a reforma do Código de Processo Civil de 1971; no Reino Unido, o «Arbitration Act» de 1 de Abril de 1979; em França, os Decretos de 14 de Maio

### 3. Delimitação do objecto do estudo: a arbitragem voluntária em Portugal

De um ponto de vista científico, mesmo que focado apenas na perspectiva do direito processual civil, a arbitragem suscita um conjunto diversificado de questões com um extraordinário interesse prático. Estaria, porém, condenada ao fracasso qualquer tentativa de a todas analisar num estudo com a natureza do que pretendemos levar a cabo.

Impõe-se assim um esforço de selecção, que deverá ser orientado por dois critérios: a originalidade e o interesse prático. O primeiro exige a produção de um contributo, desprezioso mas novo, para o estudo da arbitragem em Portugal. O segundo solicita o debate dos problemas do novo regime da arbitragem voluntária no nosso país, definido pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto. Está determinado o objecto do presente estudo: a arbitragem voluntária em Portugal, especialmente a interna, já que a internacional levanta fundamentalmente questões específicas de direito internacional privado.

Acontece que as soluções de hoje têm profundas raízes no passado. E aquela que é considerada uma jurisdição do futuro é afinal de todos os tempos. Na verdade, o actual regime jurídico português da arbitragem voluntária é, antes de tudo o mais, herdeiro de uma sólida e, a todos os níveis, fascinante tradição, cuja origem ultrapassa a própria fundação da nossa nacionalidade.

É, por tudo isto, nosso propósito estudar, em primeiro lugar, a evolução do regime da arbitragem voluntária em Portugal, não apenas para conhecer as soluções do passado, mas sobretudo para compreender as do presente. E só depois analisar as inovações introduzidas pela nova «Lei da Arbitragem Voluntária», debatendo os problemas por elas levantados.

---

de 1980 e de 12 de Maio de 1981; em Itália, a Lei de 9 de Fevereiro de 1983; na Bélgica, a Lei de 27 de Março de 1985; em Espanha, a Lei de 7 de Dezembro de 1988; na Suíça, a Lei de 1 de Janeiro de 1989. No entanto, apesar da recente reforma de 1983, é em Itália que se vive o mais recente movimento de reforma, prevendo-se para breve uma nova lei sobre a arbitragem voluntária, como informa FREDERICO DALLA VERITÀ, «Un disegno di legge per la riforma dell'arbitrato», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, n.º 2, Milão, Junho de 1990, pp. 633 e ss.

## II — A arbitragem voluntária em Portugal desde a fundação da nacionalidade até às *Ordenações*

«Não há forma de tribunal mais antiga, nem mais universal», escrevia sobre a arbitragem voluntária ALVES DE SÁ <sup>(3)</sup>, em 1878, classificando-a entre aquelas instituições sociais que «por nascerem das condições permanentes, estáticas, da evolução humana, apparecem em todos os povos, com o seu primeiro desenvolvimento, e existem ainda hoje com todos os elementos da vida».

Sem pôr em causa o fundamento desta tese, que permitirá atribuir à arbitragem voluntária um estatuto de maior antiguidade <sup>(4)</sup> do que o da própria Nação Portuguesa, importa, nesta sede, sublinhar apenas a possibilidade de serem identificadas, nos primórdios da nossa nacionalidade, primitivas formas de arbitragem voluntária, nomeadamente nos juízos dos chamados «ricos homens e dos bons e honestos varões».

A dúvida parece residir na questão de saber se estes *boni homines* eram um simples produto do feudalismo ou um vestígio dos árbitros romanos, ou, pelo contrário, os verdadeiros antepassados originais dos árbitros da actualidade, caso em que nos seus juízos se pode descobrir a primeira forma da sentença arbitral dos nossos tempos.

A partir das descrições de ALEXANDRE HERCULANO, segundo o qual «intervinham na resolução dos pleitos certo numero d'esses homens [...] chamados homens bons, *boni homines*» <sup>(5)</sup>, ou de COELHO DA ROCHA, que narra o «conselho dos homens bons ou jurados, como lhes chama um foral, onde as causas se tractavam de plano e verbalmente, e se decidiam pelos usos, pelos foraes, ou pelo simples bom senso» <sup>(6)</sup>, concluem alguns dos nossos mais respeita-

---

<sup>(3)</sup> ALVES DE SÁ, EDUARDO, *Commentario do Código de Processo Civil Portuguez*, 2.º vol., Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, Lisboa, 1878, p. 108.

<sup>(4)</sup> É do maior interesse a busca da origem da arbitragem voluntária pela «noite dos tempos», havendo mesmo autores, citados por ALVES DE SÁ, *op. cit.*, pp. 108 e s., que a encontram nas leis de Solon, na Lei das 12 Tábuas, na Grécia e Esparta antigas, nas soberanias visigóticas, ou mesmo nas palavras de Jacob a Labão, escritas no Livro de Moisés: «Pone hic coram fratibus meis et fratibus tuis et judicent inter me et te.» São sábias as palavras do próprio ALVES DE SÁ quando afirma que «é sentimento mui natural recorrer a arbitros para decidir contendas, pois que qualquer um de nós, quando tem uma questão com outrem, deante de um terceiro, naturalmente recorre a esse terceiro, pedindo-lhe que diga quem tem razão».

<sup>(5)</sup> HERCULANO, ALEXANDRE, *História de Portugal*, liv. 3.º, parte 2.ª, pp. 216 e s., t. 2.º

<sup>(6)</sup> COELHO DA ROCHA, «Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal», 5.ª epocha, art. 2.º, § 65.

dos autores antigos, como ALVES DE SÁ (7), que o juízo arbitral, a arbitragem voluntária, existia já com originalidade nos costumes do primeiro período da nossa História, com raízes anteriores à fundação da nacionalidade, não tendo, por isso, sido directamente importada dos direitos romano e canónico (8) para a nossa codificação afonsina.

Julgamos serem boas as razões em que se fundamenta o entendimento segundo o qual a arbitragem voluntária existia já, mesmo que de forma embrionária, no direito consuetudinário português dos nossos primeiros tempos: «não só porque em nenhum paiz deixou de os (vestígios do juízo arbitral) haver» (9), mas sobretudo porque o título 113 do livro 3.º das *Ordenações Afonsinas*, além de reproduzir uma «Lei» do tempo de D. Dinis (10), revela, primeiro em termos formais de redacção, uma prática antiga (11) de arbitragem voluntária através dos chamados «Juizes Alvidros» e depois, a nível substancial, soluções que, não sendo incompatíveis, também não parecem decorrer sem mais do direito romano ou do direito canónico.

Mas esta conclusão não afasta, de todo, as dúvidas sobre se os juízos dos «homens bons» reuniam já as características mínimas

---

(7) Também MELLO FREIRE, segundo ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 113, «assevera que nada mais eram que verdadeiros arbitros» («neque vero aliud quam arbitrium erat iudicium illud coram Ricis Hominis et bonis honestique viris olim usitatum», in *Institutiones Jur. Civ. Lus.*, lib. I, tít. II, § XXI, not.).

(8) É dado pacífico a presença da arbitragem voluntária no direito romano (*Digesto*, liv. 4.º, tít. 8.º, «De receptis, qui arbitrium receptorunt ut sententiam dicant»; *Código Justiniano*, liv. 2.º, tít. 56.º, «De receptis arbitris») e no direito canónico (*Decretas* de Gregório IX, liv. 1.º, tít. XLIII; *Sexto* de Bonifácio VIII, liv. 1.º, tít. 22.º).

(9) ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 114.

(10) Segundo MARCELLO CAETANO, o texto reproduzido nas *Ordenações* como sendo uma lei de D. Dinis, apesar de datar do reinado deste monarca, «não é lei e sim uma espécie de breve tratado de Direito Processual» [MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português, Fontes — Direito Público (1140-1495)*, 2.ª ed., Editorial Verbo, Lisboa, 1985, p. 377, nota 1].

(11) Não pode ser mais claro a este respeito o § 8 do tít. 113 do liv. 3.º das *Ordenações Afonsinas*: «E porque segundo Direito nam pode fer tomado por Juiz Alvidro aquelle, que he Juiz Ordinario ou Delegado, antre aquellas partes, que o efolherem por Alvidro, efto nom embarguante foi antiguamente uzança geral em eftes Regnos o contrario; e porem Mandamos que fe guarde a dita uzança antiga, e que livremente poffam as partees efolher por feu Juiz Alvidro aquelle, que for feu Juiz Ordinario ou Delegado, ainda que o Direito Commuum aja eftabelecido o contrario, como dito he» (in *Ordenações Afonsinas*, liv. III, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 411).

necessárias à sua classificação como um verdadeiro e próprio, ainda que rudimentar, juízo arbitral, que, por outro lado, são indiscutivelmente detectáveis nas «sentenças dos Juizes Alvidros» da citada «Lei de D. Diniz».

Duas hipóteses são de admitir. A primeira concebe os *bone hominis*, «os chefes de família mais respeitados de qualquer povoação», como a primeira forma de arbitragem voluntária baseada no desenvolvimento por via popular das antigas tradições da sociedade romana, o que revelaria o poder criador da autonomia privada como a origem da arbitragem voluntária. Para esta tese, os *bone hominis* seriam, no caso português, a raiz privada, ou pelo menos não pública, da arbitragem voluntária e assim, desde logo, dos «Juizes Alvidros» que lhe sucederam, independentemente do grau de intervenção do poder público na criação destas últimas.

Uma segunda hipótese negaria aos *boni hominis* este estatuto primordial, atribuindo-o aos «Juizes Alvidros», que, segundo MARCELLO CAETANO, parecem ter sido promovidos por uma tentativa dos monarcas de «aperfeiçoar a justiça pública». Nesta perspectiva, teriam sido tomadas uma série de medidas por D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV, que procuravam «organizar o sistema judiciário de modo a facilitar aos seus súbditos, nobres ou plebeus, o recurso à justiça pública», entre as quais se contaria a possibilidade conferida às partes de acordar a entrega de uma demanda a juízes árbitros ou alvidros «aqueles que são feitos e elegidos pelas partes» (12).

Influenciado ou não pela concepção de subordinação da arbitragem voluntária ao Estado no seu tempo, a verdade é que MARCELLO CAETANO não podia ser mais categórico, ao afirmar que o juízo arbitral era instituído por compromisso das partes, «feito por escrito ou de maneira que possa ser provado como é costume e de direito perante os juízes ordinários e no qual se outorgariam aos árbitros os poderes a usar [...] As sentenças arbitrais seriam confiadas aos juízes ordinários para as fazerem executar. É, numa palavra, todo o sistema ainda actualmente adoptado para o juízo arbitral» (13).

Qualquer que seja a origem dos «Juizes Alvidros», o certo é que D. Dinis se limitou a regular um aspecto particular (o recurso da

---

(12) *Op. cit.*, p. 376.

(13) *Op. cit.*, p. 376. Segundo MARCELLO CAETANO, nos juízes alvidros seria possível distinguir o «juiz bandeiro» — o juiz nomeado por uma das partes ou bandas — e o «juiz de começos» — o juiz escolhido de comum acordo pelas duas partes para funcionar como árbitro de desempate.

sentença dos juizes alvidros para os «Sobre-Juizes da Caza do Civel») desta forma primitiva de arbitragem voluntária. Coube depois à codificação afonsina fixar as regras da instituição, com maior rigor e com o apoio nas mais puras soluções do direito romano, entretanto redescoberto.

### III — Das Ordenações Afonsinas até às Ordenações Filipinas

No período anterior ao «advento do liberalismo» (14), o 3.º livro das três *Ordenações*, que concentrava por compilação a regulamentação do direito processual da época, previa e regulava, em títulos diferentes, um antepassado da moderna arbitragem voluntária: o julgamento por «Juizes Alvidros» ou «Juizes Arbitros» (15).

Em síntese, as *Ordenações* de D. Afonso V, de 1447, reproduzem a «Lei de D. Diniz» sobre os juizes alvidros, acrescentando-lhe importantes aditamentos. O regime que deste conjunto resulta é depois consagrado com alterações de pormenor ou sistemáticas, nas *Ordenações Manuelinas* de 1521, limitando-se finalmente as *Ordenações* de 1603, as *Filipinas*, a reproduzir, letra por letra, as regras da compilação de D. Manuel I.

Destes três textos parece resultar que era antiga «uzança geral» no Reino de Portugal as partes de um litígio celebrarem um «compromisso» pelo qual submetiam o mesmo aos «Juizes Alvidros» (afastando a jurisdição dos «Juizes Ordinarios») com a promessa de pagamento de uma soma, uma «pena», pela parte que «nam quizer eftar polos Juizes Alvidros», ou seja, que não aceitar a sentença arbitral (16).

A novidade introduzida pela «Lei de D. Diniz» parece residir na determinação segundo a qual, qualquer que seja o conteúdo do compromisso («que como quer que tal pena feja pofta»), da decisão

---

(14) ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, L.ª, Coimbra, 1985, p. 28.

(15) *Ordenações Afonsinas*, liv. 3.º, tít. 113, «Dos Juizes Alvidros», *op. cit.*, p. 408; *Ordenações Manuelinas*, liv. 3.º, tít. 81, «Dos Juizes Alvidros» (in *Ordenações Manuelinas*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 303); *Ordenações Filipinas*, liv. 3.º, tít. 16, «Dos Juizes arbitros» (in *Ordenações Filipinas*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985, p. 578).

(16) Segundo DIAS FERREIRA, «[...] o compromisso em arbitros [...] parece derivar o seu nome da promessa que as partes antigamente faziam de pagar certa soma, se depois não estivessem pela decisão arbitral [...]» (DIAS FERREIRA, JOSÉ, *Código de Processo Civil Annotado*, t. I, Typographia Lisbonnense, Lisboa, 1887, p. 106).

arbitral cabe sempre recurso para os «Sobre-Juizes» («pode aquelle, contra que a Sentença he dada, apellar pera os Sobrejuizes, que ham de ouvir os agravos»). Trata-se, no fundo, da primeira consagração legal da recorribilidade da sentença arbitral.

Posto isto, importa identificar as principais regras introduzidas pelas *Ordenações Afonsinas*, procurando desde já descobrir as disposições correspondentes nas subseqüentes compilações.

Em primeiro lugar, é reforçada, nos termos do § 2, tít. 113, liv. 3.º, *Ord. Afonsinas* <sup>(17)</sup>, a recorribilidade da sentença dos juízes alvidros pela parte condenada, pois mesmo que o «Compromiffo diga, que paguada a pena, ou nam paguada, fique sempre a Sentença dos Alvidros firme e valiosa, efto nom embarguante poderá a parte condenada apellar da dita Sentença pera os ditos Sobre-Juizos». As *Ordenações Afonsinas* parecem ter reagido assim a uma prática que procurava tornear a «Lei de D. Diniz», atribuindo à sentença «dos Alvidros» um carácter definitivo, através da inclusão no compromisso de uma cláusula segundo a qual esta sentença seria sempre «firme e valiosa». Mais ainda, dispensou-se o recorrente de pagar a «pena» prometida antes de recorrer, obrigando-o, no entanto, a fazê-lo depois se a sentença dos «Sobre-Juizes» confirmasse a decisão dos juízes alvidros (§ 3).

Apesar disto, a sentença dos «Juizes Alvidros» era apenas, em princípio, recorrível. Isto porque o § 4 do mesmo título das *Ordenações Afonsinas* permitia às partes, desde que o fizessem expressamente no compromisso («[...] mas que fua Sentença feja sempre firme, e valiosa, e nom poffa della em algum tempo ja mais fer apellado[...]»), afastar a possibilidade de recurso, atribuindo assim à decisão arbitral um carácter rigorosamente definitivo. Justificavam as próprias *Ordenações* esta regra: «Mandamos que fe guarde o dito compromiffo, fem embargo defta Ley, porque achamos de Direito, que cada huum pode renunciar todo o direito, que por fua parte foi introduzido.»

Ora, foi precisamente nesta última regra que as *Ordenações Manuelinas*, confirmadas depois pelas *Ordenações Filipinas*, vieram introduzir a mais importante alteração: «E pofto que as partes renunciem o beneficio defta Ley, a tal renunciaçam ferá de ninhuu

---

(17) Corresponde, sem alterações, ao corpo introdutório do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas* e ao corpo introdutório do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*.

efecto, e fe guardará o sobredito» (18). Ou seja, ao contrário do que previam as *Ordenações Afonsinas*, não está no domínio da disponibilidade das partes a recorribilidade da decisão arbitral: ela é sempre recorrível mesmo que o compromisso disponha expressamente em contrário (19).

Em matéria de prova no recurso, dispunham as *Ordenações Afonsinas* (20), sem alterações nas seguintes (21), que todas as provas apresentadas perante os juízes alvidros «façam fee [...] tam compridamente» perante os juízes «que da dita apellaçam conhecerem», evitando deste modo uma segunda produção de prova. A única exceção seria a da prova testemunhal, mas só quando uma das partes invocar que as testemunhas não foram «perguntadas em forma devida».

No que respeita propriamente à pessoa dos «Juizes Alvidros» ou «Juizes Alvidros ou Juizes Arbitros», ou só «Juizes Arbitros», segundo a evolução, por ordem cronológica, da designação adoptada pelas três *Ordenações*, dispunham todas, recuperando uma «uzança geral» antiga e contra «o Direito Commuum», que «poderão as partes tomar por seu Juiz arbitro o Juiz ordinario, ou delegado» (22).

Sendo apenas designado no compromisso um juiz alvidro, em caso de morte deste ou da sua ausência prolongada, ficaria o compromisso sem efeito («difoluto o compromiffo, afsy como fe nunca foffe feito»), o mesmo acontecendo com a morte de uma das partes, não se transmitindo assim o compromisso *mortis causa* (23). Sendo designados no compromisso dois, três ou mais «Juizes Alvidros», a morte ou ausência de um deles teria a mesma conse-

---

(18) Corpo introdutório, *in fine*, do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*, correspondente também à parte final do corpo introdutório do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*.

(19) Este regime da irrenunciabilidade dos recursos não poderá, no entanto, ter-se mantido em vigor até à «Reforma Judiciária» de 1832. Deve ser considerado inconstitucional pelo menos durante o primeiro período de vigência da Carta Constitucional de 1826, que consagrava a solução contrária, ou seja, de 1826 a 1828 (cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, L.ª, 1985, p. 227).

(20) § 5 do tít. 113 do liv. 3.º

(21) § 1 do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*; § 1 do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*.

(22) § 3 do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*; § 3 do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*; e § 8 do tít. 113 do liv. 3.º das *Ordenações Afonsinas*.

(23) § 10 do tít. 113 do liv. 3.º das *Ordenações Afonsinas*; §§ 4 e 5 do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*; e §§ 4 e 5 do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*.

quência, a não ser que fosse estipulado no compromisso que cada um deles podia julgar *in solidum*, e mesmo neste caso desde que não tivesse ainda sido praticado nenhum acto do processo arbitral <sup>(24)</sup>. Por outro lado, se o compromisso (sem cláusula *in solidum*) designar três «Juizes Alvidros», a sentença poderia ser produzida pela maioria formada por dois, mesmo que o terceiro a ela se oponha <sup>(25)</sup>.

Finalmente, ainda quanto aos árbitros, no caso de o compromisso designar apenas dois «Juizes Alvidros», ele só valeria se estes estivessem de acordo na «sentença e determinação do feito». Em caso de desacordo entre os dois, se o compromisso permitisse aos «Juizes Alvidros» escolher um terceiro, os dois primeiros não seriam obrigados a escolhê-lo, e, escolhendo-o, a sentença não obrigaria as partes; e se o compromisso permitisse às partes escolher um terceiro árbitro «para concordar com cada hum dos arbitros principais», esse compromisso não será válido <sup>(26)</sup>.

Para concluir, resta abordar a matéria da execução da sentença arbitral, sobre a qual as primeiras *Ordenações* faziam silêncio, pronunciando-se as seguintes (§ 2), de forma idêntica, nos seguintes termos: decorrido o prazo para a interposição do recurso da sentença dos árbitros e não sendo este interposto, seria essa sentença executada pelos «Juizes ordinarios». Porém, se «no compromisso fosse posta pena», o condenado poderia escolher entre pagar a pena ou «star pela sentença», salvo se no compromisso fosse incluída a cláusula segundo a qual, paga ou não a pena, «fique sempre a sentença válida», caso em que esta seria sempre executada.

#### IV — O período liberal

##### 1. Preliminares: da Constituição de 1822 à «Nova Reforma Judiciária

A revolução liberal francesa de 1789, julgando encontrar no juízo arbitral «uma poderosa força de aperfeiçoamento do processo judicial», despertou um enorme entusiasmo pela arbitragem, que se traduziu no reconhecimento do direito de recorrer a árbitros como um

---

<sup>(24)</sup> §§ 6, 11 e 12 do tít. 113 do liv. 3.º das *Ordenações Afonsinas*; § 6 do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*; e § 6 do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*.

<sup>(25)</sup> § 7 dos títulos respectivos das três *Ordenações*.

<sup>(26)</sup> § 9 do tít. 113 do liv. 3.º das *Ordenações Afonsinas*; § 8 do tít. 81 do liv. 3.º das *Ordenações Manuelinas*; e § 8 do tít. 16 do liv. 3.º das *Ordenações Filipinas*.

verdadeiro direito natural, absoluto, que existiria antes da própria lei. Assim se compreende que, em França, a Lei de 24 de Agosto de 1790 tenha proibido expressamente o legislador de limitar ou evitar de qualquer forma o desenvolvimento da arbitragem e que a própria Constituição de 1791 tenha consagrado, no seu artigo 5.º do título IV o «direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações por via d'arbitragem», direito que não podia ser modificado (*recevoir aucune atteinte*) por actos do poder legislativo.

Este entusiasmo mostrou-se excessivo e acabou por cometer erros, em especial pelo alargamento da arbitragem necessária às questões de partilha de bens, doações e testamentos e pela prática dos «tribunais de família». Antes do virar do século a arbitragem voluntária chegou a ser abolida por lei (17 de Março de 1798), para ser de novo admitida, com maior moderação, pela Lei de 18 de Março de 1800.

O direito português da arbitragem voluntária do nosso período liberal é filho destas contradições. Tanto a Constituição de 1822 (artigo 194.º: «Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juizes árbitros, para as decidirem.») como a Carta Constitucional de 1826 (artigo 127.º: «Nas cíveis, e nas Penais civilmente intentadas poderão as Partes nomear Juizes árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.») e ainda a Constituição de 1838 (artigo 123.º, § 3: «Nas causas cíveis, e nas criminaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes arbitros.») consagraram expressamente que «as partes poderiam nomear juizes arbitros para decidirem as causas».

A nível legislativo, a «Reforma Judiciária», promulgada pelo decreto ditatorial de 16 de Maio de 1832 (Decreto n.º 24), admitiu a arbitragem voluntária (artigos 30.º e ss.), o mesmo acontecendo com a «Nova Reforma Judiciária», promulgada pelos Decretos de 29 de Novembro de 1836 (1.ª parte) e de 13 de Janeiro de 1837 (2.ª e 3.ª partes), confirmados por Carta de Lei de 27 de Abril de 1837.

## 2. A «Novíssima Reforma Judiciária»

Se na evolução do regime jurídico da arbitragem voluntária em Portugal as *Ordenações Afonsinas* foram o primeiro marco fundamental que uniu a idade do costume dos «Juizes Alvidros», baseada em tradições antigas, e a idade da lei dos «Juizes Arbitros», reconciliada com o direito romano renascido, a chamada «Novíssima

Reforma Judiciária» (ou «Novíssima», *tout court*) foi sem dúvida o seu segundo grande momento de viragem.

Promulgada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841 do Governo de Costa Cabral, a «Novíssima» fez, no que respeita à arbitragem voluntária, uma síntese entre o direito medieval compilado nas *Ordenações* e o novo direito liberal proclamado pelas Constituições e consagrada, ainda que timidamente, nas reformas anteriores.

São cinco os factores de inovação introduzidos pela «Novíssima» nesta matéria: *a)* uma definição das matérias susceptíveis de serem dirimidas por árbitros; *b)* uma introdução do princípio de que ninguém pode recusar-se a ser árbitro; *c)* maiores exigências sobre a forma e conteúdo do compromisso; *d)* a recuperação da possível irrecorribilidade da decisão arbitral; *e)* e, finalmente, a regulamentação do «processo perante árbitros», com uma clara subordinação do juízo arbitral aos tribunais ordinários <sup>(27)</sup>.

Assim, em primeiro lugar, na linha do disposto pela Constituição de 1838, o artigo 150.º limita os litígios susceptíveis de serem submetidos à arbitragem voluntária às «causas cíveis, ou crimes civilmente intentadas sobre direitos, de que as partes interessadas tiverem livre disposição, em que não houver lugar a intervenção do ministério público».

Quanto aos árbitros, afirma-se, através do § 3 do mesmo artigo, que «ninguém pode escusar-se a ser juiz arbitro, excepto com legítimo impedimento». Por outro lado, a interpretação dada pela jurisprudência ao artigo 152.º impedia a nomeação do juiz do tribunal de recurso como árbitro, quando não se renunciava a este <sup>(28)</sup>.

Mais importantes serão talvez as exigências impostas pelo artigo 153.º sobre o compromisso. Assim, no que respeita à forma, só três são admitidas: «escritura pública», «termos nos autos» e «escripto particular assignado pelos compromittentes, e por duas testemunhas». Em termos substanciais, o compromisso passa a ter um conteúdo mínimo sob pena de nulidade: a indicação dos nomes dos árbitros e o objecto do litígio.

---

<sup>(27)</sup> Outras regras revelam uma continuidade em relação às soluções das *Ordenações*, v. g. artigo 150.º, § 2 — nulidade do compromisso que nomeia número par de árbitros; artigo 152.º — possibilidade de os juízes ordinários serem nomeados árbitros; artigo 156.º — falecendo um dos árbitros, o compromisso fica sem efeito; à «pena» prevista nas *Ordenações* corresponde a «multa» prevista no artigo 231.º, nos termos do qual esta só teria que ser paga se, interposto o recurso de apelação, o recorrente fosse condenado pelos «juizes de segunda instancia».

<sup>(28)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 148.

Recuperando, por outro lado, a solução do § 4 do título 113 do livro 3.º das *Ordenações Afonsinas* (depois revogado pelas *Ordenações* posteriores), consagrada já no período liberal pelo artigo 127.º da Carta Constitucional de 1926 (as «sentenças — dos árbitros — serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes»), a «Novíssima» veio consagrar a possibilidade de renúncia ao recurso da decisão arbitral.

Atendendo ao regime definido pelos artigos 155.º, 232.º e 233.º do Decreto de 21 de Maio de 1841, será legítimo concluir que as partes podem, sempre e em qualquer caso, renunciar no compromisso ao recurso das «sentenças dos árbitros». Se não renunciarem, só haverá, no entanto, «recurso de apelação» quando «o valor da causa não exceder a alçada dos juizes ordinarios», ou «recurso de revista», quando os árbitros julgarem «causas apelladas para a segunda instancia, ou nella pendentes». Sublinhe-se que a autorização concedida pelo compromisso para os árbitros julgarem *ex aequo et bono* não implica uma renúncia automática ao recurso: os árbitros só poderiam julgar segundo a equidade se o compromisso os autorizasse a tal e os «compromittentes tiverem renunciado a apelação».

Finalmente, cedendo ao exagero da reacção negativa que se seguiu ao entusiasmo da Revolução Francesa pelo juízo arbitral, a «Novíssima» subordinou em absoluto a arbitragem voluntária à tutela dos tribunais ordinários: os árbitros são notificados, a requerimento de uma das partes do compromisso, pelo «juiz do lugar, em que tiver sido celebrado» (artigo 225.º); os árbitros prestam juramento perante esse juiz (artigo 225.º); se for suscitado o «incidente da falsidade» de qualquer documento, este será decidido pelo juiz ordinário (artigo 227.º); e sobretudo, «os arbitros, depois de proferirem a sentença, remeterão os autos ao juiz do lugar, em que for proferida, para que este interponha a sua auctoridade e decreto judicial, depois que se extrahirá sentença, que será por elle assinada» (artigo 230.º), ou seja, a validade da decisão arbitral dependia de esta ser homologada pelo juiz ordinário competente, uma vez que, como refere DIAS FERREIRA, «só da decisão homologatória do juiz podia apellar-se, e só depois dessa decisão se extrahia sentença» (29).

---

(29) *Op. cit.*, p. 114.

## V — O período dos três Códigos de Processo Civil

### 1. O Código de Processo Civil de 1876

O primeiro Código de Processo Civil português promulgado pela Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876, resultante da «iniciativa espontânea de Alexandre de Seabra»<sup>(30)</sup>, tratou a matéria da arbitragem nos seus artigos 44.º a 58.º (secção III — «Do juízo arbitral», capítulo II — «Da competência»). O regime que deles resulta parece inspirar-se, por um lado, no direito português anterior, muito em especial na «Novíssima», e, por outro, no direito napoleónico, quer directamente no Código de Processo Civil francês, quer através das soluções previstas nos artigos 2934.º a 2958.º do projecto do primeiro Código Civil português, que tratavam a matéria «dando-se-lhe grande importância»<sup>(31)</sup>. Analisemos, então, o que de novo foi dado pelo Código de Processo Civil de 1876 à arbitragem voluntária.

Seguindo a ordem do articulado, a primeira alteração introduzida consistiu num reajustamento da natureza do litígio susceptível de ser julgado por árbitros: todas «[...] as questões sobre que possa transigir-se, ainda que affectas aos tribunais ordinários» (artigo 44.º, 2.ª parte), em vez de «[...] causas [...] em que não houver logar a intervenção do ministério publico [...]» (artigo 150.º da Novís. Ref. Jud.). Trata-se de uma correcção importante, aplaudida pela doutrina<sup>(32)</sup>, de uma regra que fazia pouco sentido, uma vez que estava até então proibida a arbitragem sobre questões em que ela devia ser permitida e até estimulada<sup>(33)</sup>.

Se este primeiro reajustamento veio liberalizar a arbitragem voluntária, um outro introduzido a este nível levantou alguma perplexidade: «A todas as pessoas, que poderem dispor livremente dos

---

<sup>(30)</sup> ANTUNES VARELA e outros, *op. cit.*, p. 29.

<sup>(31)</sup> «Nem admira», acrescenta ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 115, «O auctor do projecto era discipulo da jurisprudencia napoleonica, e ahi, como ja disse, passada a epocha da reacção, o juizo arbitral era muito apreciado».

<sup>(32)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 134 («Hoje a lei é mais racional»).

<sup>(33)</sup> «Questões em que, podendo as partes dispôr livremente dos seus bens e transigir liberrimamente, todavia, se se achassem já affectas aos tribunaes, e se discutisse, por exemplo, questão da competência d'auctoridades, ou um conflicto de jurisdicções, o ministerio publico tivesse de intervir por isso» (ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 134).

seus bens, é permitido fazer decidir por um ou mais arbitros da sua escolha...» (artigo 44.º, 1.ª parte). A técnica escolhida, inspirada no artigo 1003.º do Código de Processo Civil francês, foi a de limitar o âmbito da arbitragem voluntária pelas pessoas que a ela podem recorrer, e não apenas pelas causas que a ela podem ser submetidas, como fazia a «Novíssima» («Todas as causas civeis, ou crimes civilmente intentadas sobre direitos, de que as partes tiverem a livre disposição [...]») (34).

No que respeita ao compromisso, foi solenizada a sua forma, deixando de poder ser celebrado por documento particular (apenas por «escritura ou auto público»), e foi introduzido um novo requisito essencial, ao lado do nome (e agora também a residência) dos árbitros e do objecto do litígio: «o prazo dentro do qual devem (os árbitros) proferir a sua decisão» (artigo 45.º), uma inovação muito aplaudida, «pois o grande defeito do juízo arbitral era a demora na decisão» (35), e tanto mais eficaz quanto se acrescentou [com alguma polémica (36)] aos casos em que o compromisso ficaria sem efeito, a ausência de decisão pelos árbitros dentro do prazo designado (artigo 55.º, § 2).

Manteve-se, por outro lado, com pequenas alterações, o regime anterior, que permitia às partes renunciar no compromisso aos recursos (artigo 45.º, § 1). Não renunciando as partes aos recursos, «dos despachos (uma novidade) e sentenças dos árbitros há recurso para a Relação do distrito, como dos juízes de Direito [...]» (artigo 52.º). Daqui resulta, como também do artigo 91.º, 1.º, que os árbitros estavam sujeitos à alçada dos juízes de Direito, pelo que,

---

(34) Ficou assim claro, segundo ALVES DE SÁ, *op. cit.*, pp. 120 e ss., que «os incapazes como menores, dementes, surdos-mudos, pródigos, os condenados criminalmente, e os fallidos» não podiam recorrer à arbitragem voluntária, mas levantaram-se as dúvidas se o mesmo acontecia, entre outros, com o «tutor, auctorizado pelo conselho de família, o prodigo ou o surdo-mudo, quando a interdição não é geral, a mulher casada quanto aos seus bens próprios, os conjuges separados quanto aos bens separados, as corporações, as pessoas moraes...».

(35) ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 141.

(36) Quando se discutiu o projecto na Associação dos Advogados de Lisboa, revela ALVES DE SÁ, *op. cit.*, pp. 161 e s., houve quem se pronunciasse contra a disposição por «fazer recahir sobre as partes, muitas vezes innocentes, a responsabilidade do acto que só cabe ao árbitro», sugerindo, em alternativa, «penas severas para os arbitros voluntarios nestes casos». Uma opinião que não chegou a fazer lei porque «os árbitros são da confiança das partes; elas que os escolham activos, para dar a sua decisão no prazo designado».

mesmo sem renúncia, só caberia recurso da decisão arbitral se o valor da causa a excedesse (e não se verificasse nenhum dos casos do artigo 42.º — recurso admitido até ao Supremo).

Quanto aos árbitros, foi invertido o princípio segundo o qual ninguém pode recusar-se a ser árbitro para «ninguém pode ser obrigado a funcionar como árbitro» (artigo 47.º), o que foi interpretado por ALVES DE SÁ como um «desfavor à instituição» porque «ha de ver-se como em muitos casos quererão as partes entregar pleitos a arbitros e não terão quem queira se-lo»<sup>(37)</sup>, e também por DIAS FERREIRA, uma vez que apesar de não ser possível às partes protelar o julgamento nomeando árbitros que se recusem a sê-lo, a solução estaria, em última análise, no recurso à jurisdição ordinária<sup>(38)</sup>. Partindo desta alteração, o legislador criou uma nova regra, que levantou forte polémica: «Feito o compromisso, não é permitido às partes recusar qualquer dos árbitros, ainda que seja por motivos supervenientes» (artigo 47.º, § 1). Contra escreveu, além da «imprensa jurídica», ALVES DE SÁ, que a considerava «contrária à índole da instituição»<sup>(39)</sup>, propondo, em alternativa, que se exigisse o acordo de ambas as partes para recusarem um árbitro e se definissem os motivos supervenientes atendíveis para a recusa apenas por uma das partes; a favor, pronunciou-se DIAS FERREIRA, que a justificou com o «intuito de abreviar o julgamento arbitral»<sup>(40)</sup>. Por outro lado, foi eliminada a regra antiga, que permitia expressamente a nomeação dos juizes ordinários como árbitros.

Finalmente, apesar de se manter, a subordinação da arbitragem voluntária à jurisdição ordinária foi suavizada com a abolição da homologação da sentença dos árbitros pelo juiz de direito (artigos 53.º e 54.º). Tratava-se, como sublinham ALVES DE SÁ<sup>(41)</sup> e DIAS FERREIRA<sup>(42)</sup>, de uma formalidade inútil porque o «juiz não podia negar-se a negar essa homologação» mesmo, como entendia a jurisprudência<sup>(43)</sup>, que «fosse por motivo de nullidade do processo e a requerimento dos interessados». Mais ainda: a homologação era

---

<sup>(37)</sup> *Op. cit.*, p. 147.

<sup>(38)</sup> *Op. cit.*, p. 109.

<sup>(39)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, pp. 147 e s.

<sup>(40)</sup> DIAS FERREIRA, *op. cit.*, p. 110.

<sup>(41)</sup> *Op. cit.*, p. 158.

<sup>(42)</sup> *Op. cit.*, p. 114.

<sup>(43)</sup> Ac. STJ de 5 de Dezembro de 1873 (in *RLJ*, ano 8.º, p. 287), citado por ALVES DE SÁ.

um «absurdo e um acto contradictorio e repugnante com a natureza das funções cometidas aos arbitros», já que por força da própria lei os «arbitros são juizes» (44). Esta alteração obrigou a que as decisões dos árbitros passassem a ser reduzidas a acórdão, que seria exequível como as sentenças da justiça ordinária.

Mas em contraposição, além de se insistir no juramento dos árbitros e de se alterarem sem grande significado as regras de determinação do tribunal ordinário em que se instalava o juízo arbitral, foi imposto às partes o ónus de indicar um árbitro «para deferir os termos preparatórios até ao julgamento», pois se não o fizessem seria competente para a instrução do processo «o juiz da comarca onde se instalar o juízo arbitral», cabendo apenas aos árbitros o respectivo julgamento (artigos 45.º, § 1, e 50.º).

Tudo visto e ponderado, podemos concluir que o nosso primeiro Código de Processo Civil não operou uma verdadeira reforma no regime da arbitragem voluntária. Limitou-se a introduzir alterações, na maioria dos casos corrigindo imperfeições entretanto detectadas, na base já definida pela «Novíssima Reforma Judiciária». Foi este, para alguns, como ALVES DE SÁ (que aliás fazia parte da comissão designada pela segunda tentativa oficial fracassada de elaboração de um projecto de código), o grande pecado do Código de Processo Civil de 1876 nesta matéria: «Se este não esteve à altura do seu tempo, não nos deixemos nós descer até onde elle ficou, e saibamos entender com proveito as palavras mysteriosas do oráculo da historia» (45).

---

(44) Esta alteração ficou para sempre no nosso Direito. Sublinhe-se, no entanto, que não é absolutamente linear que a homologação judicial da decisão arbitral constitua um total e completo absurdo, uma vez que terá sido a fórmula encontrada para atribuir à decisão dos árbitros executiva. O Código de Processo Civil de 1876 preferiu atingir o mesmo objectivo através de uma expressa determinação da lei nesse sentido: «As decisões dos árbitros são exequíveis como as sentenças das justizas ordinárias» (artigo 54.º). Menos nobre e talvez justificável seria a função de fiscalização ou censura que foi também atribuída a essa homologação. É muito curiosa a este respeito a justificação dada pelo autor material do projecto do Código de Processo Civil de 1939 para justificar a abolição da homologação: «Pareceu ao legislador que a exigência de homologação era um excesso de formalismo; e que era mais prático e mais conforme com a 'economia processual' do juízo transferir para o processo de execução a espécie de inspecção ou censura que o tribunal comum exerce mediante a homologação» (cf. ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Processo de Execução*, vol. 1.º, p. 138).

(45) *Op. cit.*, p. 116.

## 2. O Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Civil de 1961

### 2.1. As principais alterações

Se o nosso primeiro Código de Processo Civil era, no que respeita a arbitragem voluntária, ainda filho das contradições do liberalismo, o novo Código, da autoria de ALBERTO DOS REIS, promulgado pelo Decreto n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939, apesar de ser considerado um resultado típico do novo regime implantado em 1926, revelou-se, nesta matéria, neutral a nível ideológico<sup>(46)</sup>, mas mais rigoroso e perfeito do ponto de vista técnico. A sua revogação, apenas quase duas décadas volvidas, pelo Código de Processo Civil de 1961, até pelos motivos que a justificaram, introduziu alterações de mero pormenor no regime da arbitragem voluntária nele definido, pelo que analisaremos neste estudo o novo regime do Código de 1939, indicando, quando se justifique, essas pequenas modificações.

A primeira novidade que salta à vista do intérprete é de natureza sistemática: a matéria da arbitragem, arrumada pelo antigo Código entre os artigos 44.º a 58.º, ocupando uma secção do capítulo referente à competência, deu origem a um livro próprio (livro IV — «Do tribunal arbitral»), em que se distinguem dois títulos, o primeiro para o tribunal arbitral voluntário e o segundo para o tribunal arbitral necessário. Foi uma opção acertada, pois, como refere ALBERTO DOS REIS, nos artigos 44.º a 58.º do Código velho «não se tratava somente da competência; encontrava-se aí tudo quanto dizia respeito ao juízo arbitral: competência, processo, julgamento e recursos»<sup>(47)</sup>.

Mas a alteração verdadeiramente revolucionária em relação a todo o regime legal português anterior é outra: a consagração expressa, no artigo 1565.º, da figura da «cláusula compromissória»,

---

<sup>(46)</sup> É aliás sintomático que a Constituição de 1933, como a de 1911, e ao contrário de todas as anteriores, guarde silêncio absoluto sobre a matéria.

<sup>(47)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Código de Processo Civil Comentado*, Coimbra Editora, L.<sup>da</sup>, Coimbra, 1939, p. 873. Esta alteração sistemática não foi inteiramente pacífica no seio da Comissão Revisora, chegando a estar previsto, pelas mesmas razões, o «Juízo arbitral» no título IV do livro III da parte I do Projecto, contra o que se pronunciaram o Sr. Ministro da Justiça e BOTELHO DE SOUSA (cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora do Código de Processo Civil», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5.º, n.ºs 3-4, p. 247, e «Acta n.º 47 da Comissão Revisora do Código de Processo Civil», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 13.º, n.ºs 3-4, p. 301).

ou seja, a «cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes».

O alcance desta inovação é tanto que merece um estudo autonomizado, que faremos de seguida, não sem que antes se indiquem sinteticamente as restantes oito modificações de regime introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1939:

1) Redefinição objectiva e subjectiva do litígio susceptível de ser submetido a arbitragem voluntária. São várias e importantes as alterações introduzidas neste domínio. Em primeiro lugar, optou-se por uma formulação negativa da regra prevista no anterior Código, no artigo 44.º («A todas as pessoas [...] é permitido [...]»), e no novo Código, no artigo 1562.º («Não é válido o compromisso [...]»), o que veio transformar formalmente os limites, objectivos e subjectivos, da natureza da causa submetível à arbitragem voluntária em verdadeiras causas, objectivas ou subjectivas, de ineficácia do compromisso.

Quanto à «ineficácia objectiva», como lhe chama ALBERTO DOS REIS, «não é válido o compromisso sobre *relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes*» [artigo 1562.º, 3.ª parte (italico nosso)], e não como se dizia, com menos rigor, anteriormente «questões sobre que possa transigir-se». A ideia que presidiu à alteração é da distinção entre relações disponíveis e indisponíveis, isto é, «há relações jurídicas que as partes podem regular mediante a sua vontade e outras sobre as quais a acção da vontade das partes é indisponível» (48). Esta alteração não provocou qualquer contestação, a não ser a tentativa fracassada de BOTELHO DE SOUSA de tentar recuperar o requisito da «não intervenção do Ministério Público» exigido pela «Novíssima» (49).

No que respeita à «ineficácia subjectiva», o artigo 1562.º (1.ª e 2.ª partes) exige que compromitentes sejam «pessoas hábeis para

---

(48) ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 3.º, Coimbra Editora, L.ª, Coimbra, 1946, p. 431. Como exemplo de relações indisponíveis apresenta o autor do Código a dissolução do casamento ou a separação de pessoas e bens. É ainda interessante notar que para ALBERTO DOS REIS que a razão pela qual o compromisso não pode ser celebrado por relações indisponíveis, é a mesma pela qual o artigo 304.º não reconhece valor à confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes em qualquer domínio jurídico em que ela não possa validamente manifestar-se.

(49) Cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», pp. 249 e s., BOTELHO DE SOUSA justificava esta sua posição pelos inconvenientes da intervenção do Ministério Público no processo arbitral quando neste for suscitado o incidente da falsidade.

contratar», acrescentando que os «representantes de incapazes ou de pessoas colectivas só podem celebrar compromissos sôbre objecto das suas atribuições ou precedendo autorização de quem dever concedê-la». Acabam-se assim as dúvidas tão debatidas pela doutrina anterior. Agora, as partes são, das duas uma: ou pessoas com plena capacidade para contratar ou não. Se o não forem, ou são incapazes ou são pessoas colectivas, pelo que nestes últimos dois casos, como refere ALBERTO DOS REIS, «o compromisso terá que ser celebrado e assinado pelos seus representantes, mas o juiz tem que verificar se eles actuaram dentro dos limites das suas atribuições ou se, excedendo-os, obtiveram a necessária autorização de quem devia concedê-la» <sup>(50)</sup> <sup>(51)</sup>.

2) Forma do compromisso. Enquanto o Código anterior exigia que o compromisso fosse celebrado por «escritura ou auto público», o artigo 1563.º vem retirar solenidade à forma do compromisso, contentando-se com «escrito, assinado pelos interessados». Este documento teria de ser um documento particular, e não documento autêntico ou autenticado. No entanto, segundo ALBERTO DOS REIS, «as assinaturas hão-de ser reconhecidas por notário, salvo se forem conhecidas no tribunal ou se as partes pedirem junção em requerimento assinado por ambas e que esteja em condições de ser admitido (artigo 150.º, II)» <sup>(52)</sup> <sup>(53)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Comentário...*, p. 432. Note-se que, segundo consta da «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», pp. 301 e s., «a palavra 'incapazes' tem uma acepção lata», abrangendo os «incertos» e os «desconhecidos».

<sup>(51)</sup> O artigo 1509.º do Código de Processo Civil de 1961 (correspondente ao artigo 1562.º do Código de 1939) acrescenta, num novo n.º 3, que «o mandatário necessita de procuração com poderes especiais». O antigo n.º 3 é autonomizado num novo artigo, o 1510.º

<sup>(52)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Comentário...*, p. 429. Esta alteração foi comentada por BOTELHO DE SOUSA, que depois de sublinhar que «a escritura ou o auto público imprimiriam ao acto uma certa solenidade, visavam mais nitidamente no espírito das partes e o seu importante significado», acaba por a aceitar, com uma certa nostalgia: «Mas reconheço que estamos numa época em que tudo se quer simplificar ao máximo e que se vai deixando para segundo plano a solenidade que deviam revestir certos actos embora da maior importância. É a civilização em marcha: máquinas e electricidade; rapidez e simplicidade. Adeante, pois» (cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», p. 250).

<sup>(53)</sup> A este artigo 1563.º corresponde, no Código de Processo Civil de 1961, o artigo 1511.º, que elimina as expressões «assinado pelos interessados» e «sob pena de nulidade». Quanto a esta última alteração, justifica-se «para não dar a supor que só a infracção do disposto no artigo é causa de nulidade do compromisso». No que respeita à primeira, que suscita algumas dúvidas, terá sido seu objectivo «tornar claro que o compromisso pode ser outorgado, não só pelos próprios interessados,

3) Prazo supletivo de seis meses. O prazo «dentro do qual os árbitros devem proferir a sua decisão» deixou de ser um dos requisitos do conteúdo mínimo do compromisso, o que se compreende, já que a lei, nos termos do artigo 1564.º, § 4.º, passou a prever um prazo de seis meses para ser proferida a decisão arbitral, aplicável em caso de silêncio do compromisso a este respeito. Atendendo, por outro lado, às críticas sobre a excessiva penalização das partes pela anulação do compromisso motivada pela negligência (ou rigorosa falta de tempo) dos árbitros, o novo Código veio permitir a prorrogação do prazo (tanto o convencionado como o supletivo) por acordo das partes e impor a responsabilidade civil do árbitro ou árbitros «que derem causa a que a decisão deixe de ser proferida dentro do prazo» (artigo 1564.º, § 2.º) <sup>(54)</sup>.

4) Requisitos dos árbitros. O artigo 1566.º, § 1.º, responde pela primeira vez <sup>(55)</sup> no nosso Direito a uma pergunta que vinha sendo

---

mas também pelos seus representantes legais ou por mandatários com poderes especiais» (cf. LOPES-CARDOSO, EURICO, *Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1972, p. 770).

<sup>(54)</sup> A mais interessante polémica sobre o prazo para os árbitros proferirem a sua decisão centra-se na questão de saber qual o momento a partir do qual se deve contar esse prazo. Houve quem, como DIAS FERREIRA, *op. cit.*, p. 110, defendesse que o prazo deveria ser contado «não desde o juramento, que pode não ter lugar na mesma ocasião, mas desde a instalação do tribunal arbitral, isto é, desde que se reúnem para o primeiro acto do processo, ou então desde que os autos lhes vão conclusos para julgamento, quando a instrução do processo preparatório pertencer ao juiz de direito ou municipal». No extremo oposto parece situar-se a posição de ALBERTO DOS REIS, que fixa esse momento na própria data de celebração do compromisso arbitral («Imagine-se», escreve o autor do projecto em *Comentário...*, p. 430, «que o compromisso foi celebrado por documento estranho ao processo e quando o escrito se junta aos autos já decorreu o prazo dentro do qual deveria ter sido proferida a decisão arbitral; o juiz, desde que verifique este facto, deve negar eficácia ao compromisso», com base no artigo 1564.º, n.º 4). Confirmando que no centro é que está a virtude, a posição que parece ter acabado por prevalecer defende que o prazo se deve contar a partir do juramento dos árbitros, tal como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça por Acórdão de 27 de Junho de 1975 (in *BMJ*, n.º 248.º, Julho 1975, pp. 390 e ss.; no mesmo sentido o Acórdão RL de 22 de Maio de 1974, in *BMJ*, 237.º, 228). Os argumentos são fatais para as duas teses radicais: por um lado, seria absurdo fazer caducar o compromisso antes de o tribunal arbitral estar apto a funcionar e, por outro, não se justifica que os árbitros tenham mais tempo para sentenciar do que os juízes dos tribunais ordinários (no mesmo sentido cf. LOPES-CARDOSO, *op. cit.*, p. 771).

<sup>(55)</sup> A única proibição detectável, neste domínio, no Direito português resulta da interpretação dada ao artigo 152.º da «Novíssima», nos termos da qual não poderiam ser árbitros os juízes dos tribunais de recurso quando as partes não tivessem renunciado a este.

formulada pela doutrina: «quem póde ser árbitro»? <sup>(56)</sup>. Os «árbitros hão-de ser cidadãos portugueses, capazes e de reconhecida probidade» foi a resposta dada pelo Código, que aliás não constava no Projecto e foi introduzida por sugestão do Ministro da Justiça <sup>(57)</sup>. Por outro lado, ressuscitou-se a polémica sobre a proibição, de novo estabelecida, de recusa de árbitros pelas partes, ainda que por motivos supervenientes, que antes dividira ALVES DE SÁ e DIAS FERREIRA, e agora opôs BOTELHO DE SOUSA e ALBERTO DOS REIS. Venceu de novo a tese da proibição, mas com uma cedência: a nomeação ficava sem efeito se a qualquer dos árbitros sobreviesse uma circunstância (mas apenas as previstas nos n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 122.º) que inibiria o juiz.

5) Proibição de recusa, aceitação tácita e escusa pelos árbitros (artigo 1567.º, § 1.º). Uma outra inovação importante foi a da regulamentação da atitude dos árbitros em relação ao compromisso. O Código anterior limitava-se a afirmar que ninguém podia ser obrigado a ser árbitro. O novo Código acrescenta que, uma vez aceite o encargo, o árbitro não pode pedir escusa dele, «a não ser que sobrevenha causa que o impossibilite absolutamente de exercer a função» (artigo 1567.º), regulando depois a aceitação, que pode ser tácita (§ 1.º), e o pedido de escusa a dirigir pelo árbitro ao juiz ordinário que decidirá depois de ouvidas as partes (§ 2.º). Trata-se da consagração expressa de uma posição que já vinha sendo defendida pela doutrina <sup>(58)</sup>, que considerava o árbitro que aceitara a nomeação como obrigado por «pactuar com as partes». Foi dado, assim, um importante passo na clareza do regime, tanto mais que se considerou aplicável o regime da responsabilidade civil previsto no artigo 1564.º, § 2.º, ao árbitro que se escusasse indevidamente <sup>(59)</sup> <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 148, face ao silêncio do Código anterior, interrogava-se se podiam ser árbitros, entre outros, «o menor, o interdicto o fallido, as mulheres, os padres, o credor das partes, o interessado na questão, o juiz que tiver que preparar o feito, o juiz dos tribunais superiores, quando não se renunciarem aos recursos».

<sup>(57)</sup> «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», p. 310.

<sup>(58)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 147.

<sup>(59)</sup> «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», pp. 312 e s. Face ao direito anterior, que não previa este regime especial de responsabilidade civil, ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 147, pronunciara-se já a favor da tese segundo a qual se o árbitro que aceitara faltar, «as partes terão direito a perdas e danos contra elle, nos termos geraes dos direitos dos contractos».

<sup>(60)</sup> Esta matéria encontra-se regulada, apenas com alterações formais, nos artigos 1514.º e 1515.º do Código de Processo Civil de 1961. É no entanto introduzida uma alteração num aspecto conexo: o da remuneração dos árbitros e funcionários.

6) Maior subordinação à jurisdição ordinária. Apesar de não se tratar de uma alteração com profundas consequências para o valor da decisão arbitral, será importante sublinhar que o legislador do Código de 1939 não optou pela autonomização do juízo arbitral em relação à jurisdição ordinária, regressando antes a soluções que se aproximam das da «Novíssima» mas já abandonadas pelo Código anterior. Com efeito, apesar de não se exigir a homologação da sentença arbitral pelo juiz ordinário, o artigo 1573.º veio exigir que o processo, logo que lavrada a decisão, fosse «entregue na secretaria judicial em que o tribunal tiver funcionado», cabendo «a notificação do acórdão e todos os termos posteriores aos funcionários judiciais [...]». O que parece ter obrigado a uma alteração na redacção do artigo seguinte: de «as sentenças dos árbitros são exequíveis como as sentenças das justiças ordinárias» (artigo 54.º do CPC de 1876) para «a decisão dos árbitros terá a mesma força que uma sentença proferida pelo tribunal de comarca» (artigo 1574.º) <sup>(61)</sup>.

7) Recursos. Não se alterando o essencial do regime, com a possibilidade de renúncia pelas partes aos recursos e, faltando esta, com

---

O Código de 1939 permitia já às partes definir no compromisso «a remuneração das pessoas que hão-de intervir», não prevendo porém regras supletivas. O Código de 1961 estabelece estas regras no n.º 3 do artigo 1517.º: «a remuneração dos árbitros e dos funcionários é regulada pelo Código das Custas Judiciais». Uma regra que só se aplica em caso de silêncio das partes.

<sup>(61)</sup> Por força desta alteração ou por outra qualquer razão, a verdade é que a matéria da execução da sentença arbitral suscitou algumas dúvidas no nosso país, existindo referências a tribunais arbitrais que se julgaram competentes para a execução. É o caso do «Despacho do Tribunal Arbitral junto da 3.ª Vara Cível da Comarca de Lisboa de 12 de Janeiro de 1965», que concluiu que no caso em apreço não deixa de ter o tribunal arbitral «competência para a execução, porquanto foram as próprias partes, exequente e executada, que acordaram em submeter ao tribunal arbitral a execução de uma sentença proferida pelo tribunal comum, acordo que foi homologado por sentença do Tribunal da Comarca» (in *Jurisprudência das Relações*, Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Novembro de 1965, p. 894). Trata-se de uma posição que aliás já havia sido defendida, face ao Código anterior, por ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 159. («Mas, se as partes tiverem no compromisso [...] combinado que os mesmos árbitros, que proferirem a sentença, serão os juizes da execução; não vejo motivo que se oponha a cumprir esta estipulação do compromisso»). A jurisprudência foi, todavia, de uma firmeza inabalável em negar tal tese, concluindo sem reservas «que a lei não só não confere, como recusa aos árbitros a competência executiva», como se pode ler no Acórdão de 22 de Novembro de 1966 do Supremo Tribunal de Justiça (in *BMJ*, n.º 161, Dezembro de 1966, pp. 360 e ss.) apoiado pela doutrina defendida por ALBERTO DOS REIS («os árbitros não têm competência para a execução; nenhuma disposição de lei lha confere», cf. *Processo de Execução...*, p. 140).

recurso das decisões dos árbitros para a Relação nos mesmos termos dos recursos das decisões dos «tribunais de comarca», a novidade reside na renúncia automática aos recursos operada pela simples concessão pelas partes aos árbitros «da faculdade de julgarem *ex aequo et bono*» (artigo 1576.º). Como vimos, no regime anterior, a renúncia tinha de ser sempre expressa, de tal forma que se as partes permitissem aos árbitros julgar segundo a equidade mas não renunciassem ao recurso, o julgamento da causa teria de conformar-se com as leis e dele caberia recurso.

8) O reconhecimento expresso do «efeito negativo» <sup>(62)</sup>, ou seja, a exclusão dos tribunais estaduais do conhecimento do litígio, do compromisso e da cláusula compromissória: o compromisso arbitral como causa de extinção da instância (artigos 292.º e 295.º) e a preterição do tribunal arbitral como excepção dilatória [artigo 499.º, alínea *h*)] <sup>(63)</sup>.

Apesar de tanto a jurisprudência como a doutrina <sup>(64)</sup> já entenderem face ao Código de Processo Civil de 1876 que a «falta de cumprimento de compromisso arbitral» contituía uma excepção dilatória, a verdade é que a lei (artigo 3.º do mesmo diploma) era totalmente omissa a esse respeito.

Pelo contrário, o Código de Processo Civil de 1939 veio afirmar expressamente, em primeiro lugar, no seu artigo 292.º, que «a instância se extingue [...] pelo compromisso arbitral [...]» (regulando depois esta causa específica de extinção no artigo 295.º), e em segundo lugar, no seu artigo 499.º, alínea *h*), que é, entre outras, excepção dilatória «a preterição do tribunal arbitral».

É de uma clareza cristalina a forma como ALBERTO DOS REIS <sup>(65)</sup> distingue a preterição do tribunal arbitral como excepção dilatória que conduz à extinção da instância (292.º e 295.º), do compromisso arbitral como causa específica da extinção da instância [499.º, alínea *h*]): «ao passo que no caso da alínea *h*) do artigo 499.º o compromisso arbitral precede a propositura da acção perante a jurisdição do Estado, no caso dos artigos 292.º e 295.º o compromisso é posterior a essa proposição».

---

<sup>(62)</sup> RAÚL VENTURA, «Convenção de Arbitragem», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, pp. 286 a 409, 379 e ss.

<sup>(63)</sup> Respectivamente, sem alterações, os artigos 287.º, 290.º e 494.º, alínea *h*), do Código de Processo Civil de 1961.

<sup>(64)</sup> Cf., entre outros, AZEVEDO SOUTO, *Código de Processo Civil Actualizado e Comentado*, vol. I, Empresa Jurídica Editora, Lisboa, 1931, p. 163.

<sup>(65)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Comentário...*, pp. 406 e ss.

Assim, no primeiro caso as partes celebram primeiro um compromisso arbitral obrigando-se a submeter determinado litígio existente entre eles a determinados árbitros por eles nomeados; só que se uma das partes, violando esse compromisso, propõe depois contra a outra uma acção num tribunal ordinário para este julgar o litígio objecto do citado compromisso arbitral, o réu desta acção tem o direito então de, na contestação, deduzir a excepção dilatória prevista no artigo 499.º, alínea *h*), porque foi preterido o tribunal arbitral. Para que esta excepção seja julgada procedente, o réu terá de juntar evidentemente o documento comprovativo do compromisso arbitral e este terá de ser válido quanto à forma (artigo 1563.º), ao objecto (artigo 1562.º, 3.ª parte) e às pessoas (artigos 1562.º, 1.ª e 2.ª partes, e 1566.º, § 1.º).

Pelo contrário, no segundo caso, está pendente primeiro entre duas partes uma acção sobre determinado litígio num tribunal ordinário; só que as duas partes acordam depois em submeter esse litígio a certos árbitros e celebram o respectivo compromisso. Junto ao processo pendente o documento comprovativo desse compromisso arbitral e reconhecida a sua validade pelo respectivo juiz, a instância extingue-se por força do artigo 292.º e as partes são remetidas para o tribunal arbitral. Neste caso nunca se aplica o artigo 499.º, alínea *h*), porque não foi violado qualquer compromisso, já que este não existia quando foi proposta a acção.

## **2.2. Uma alteração revolucionária: a consagração expressa da «cláusula compromissória» e da possibilidade da sua execução específica**

### **2.2.1. A «cláusula compromissória» antes do Código de Processo Civil de 1939**

Temos conhecimento pela nossa doutrina antiga que era prática corrente e usual, mesmo antes do Código de Processo Civil de 1876, as partes estipularem nos seus contratos «que as questões relativas ao mesmo contracto serão resolvidas por arbitros»<sup>(66)</sup>. Era, pois, comum os contraentes determinarem numa cláusula do seu contrato que qualquer litígio que eventualmente surgisse sobre o

---

<sup>(66)</sup> ALVES DE SÁ, *op. cit.*, p. 141. Também DIAS FERREIRA, *op. cit.*, p. 108, o confirma.

mesmo — mas nesse momento indeterminável — seria submetido ao juízo de árbitros, identificados desde logo ou a nomear posteriormente. Esta cláusula era conhecida por «cláusula compromissória».

Quando o Código de Processo Civil de 1876 passou a exigir, como não acontecia ao longo de todo o nosso Direito <sup>(67)</sup>, que no compromisso se declarasse, sob pena de nulidade, o objecto do litígio e os nomes dos árbitros, instalou-se uma dúvida legítima sobre a validade da referida cláusula compromissória.

Defendendo a tese da nulidade da cláusula compromissória pronunciaram-se consagrados autores da nossa doutrina, como BARBOSA DE MAGALHÃES, VISCONDE DE CARNAXIDE, CHAVES E CASTRO, BARBOSA DE MAGALHÃES (FILHO) e DIAS FERREIRA <sup>(68)</sup>. Este último, em comentário ao Código de Processo Civil de 1876, conclui, sem margens para dúvidas, que «hoje os compromissos voluntarios feitos nos termos usuaves, em que as partes estipulam que a causa será julgada por árbitros, sem desde logo mencionar o objecto do litígio, os nomes e as residencias dos arbitros, e o prazo dentro do qual devem julgar, são radicalmente nullos [...]» <sup>(69)</sup>. Curiosa é a forma como DIAS FERREIRA acaba por concluir, depois de defender a nulidade: «[...] ou antes nem compromissos são nos termos de direito.» O raciocínio é linear. A lei permite que se faça decidir por árbitros certas questões (artigo 44.º), mas só através da celebração de um compromisso em que se declare o objecto do litígio, se identifiquem os árbitros e se defina o prazo para decisão (artigo 45.º). Qualquer outro meio que não seja um compromisso assim definido, ou é um compromisso nulo ou não é nada.

---

<sup>(67)</sup> As *Ordenações* não fazem qualquer referência ao conteúdo obrigatório do compromisso, mas também não é conhecida, apesar de ser de admitir, uma prática semelhante à da cláusula compromissória. Já a «Novíssima Reforma Judiciária», em tempo em que essa prática está identificada, apesar de não exigir expressamente que o compromisso definisse o objecto do litígio, parece obrigar a que partes identificassem nele os árbitros, ou pelo menos o chamado «árbitro de desempate» (artigo 152.º, § 2.º). No entanto, mesmo que se aceite esta interpretação como certa, o problema da validade da cláusula compromissória não se colocaria, bastando que as partes, apesar de não poderem definir o objecto do litígio — não exigido pela lei —, indicassem os nomes dos árbitros.

<sup>(68)</sup> Todos citados por BOTELHO DE SOUSA, «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», p. 253.

<sup>(69)</sup> *Op. cit.*, p. 108.

Pelo contrário, a tese da validade da cláusula compromissória era a defendida por ALVES DE SÁ<sup>(70)</sup>, MACHADO VILELA e ALBERTO DOS REIS<sup>(71)</sup> e era também a preferida maioritariamente pela jurisprudência da época<sup>(72)</sup>, para quem a cláusula compromissória não era um compromisso, mas era alguma coisa: «uma promessa de compromisso arbitral». O princípio de que se parte é outro, afirmando-se que as partes têm total liberdade para convencionar que as questões já suscitadas ou que venham a suscitar-se sobre uma determinada relação jurídica sejam dirimidas por árbitros. Pergunta ALBERTO DOS REIS: «Se as partes podem celebrar um compromisso, dispondo que um litígio já aberto seja decidido por árbitros, como proibir a cláusula compromissória para futuros dissídios? [...] Se o compromisso é válido porque não há-de ser válida a promessa dele?»<sup>(73)</sup>. O facto de a lei processual só prever o compromisso não poderia ser impedimento para que se considerasse a cláusula compromissória como a «promessa do compromisso», já que, apesar do Código Civil de 1876 só regular uma das modalidades de contrato-promessa (o contrato-promessa de compra e venda — artigo 1548.º), era pacificamente reconhecida tanto pela doutrina como pela jurisprudência a validade de outros contratos «preliminares», como a promessa de mútuo, de arrendamento ou de sociedade.

Só que os partidários da tese da validade tinham ainda que responder a uma outra questão fundamental. Celebrada uma cláusula compromissória entre duas partes, pretendendo uma submeter entretanto o litígio ao tribunal arbitral e recusando-se a outra, qual a consequência da violação da cláusula compromissória? Apesar de existirem algumas opiniões isoladas em sentido diferente<sup>(74)</sup>, a voz

---

<sup>(70)</sup> *Op. cit.*, pp. 141 e s.

<sup>(71)</sup> MACHADO VILELA e ALBERTO DOS REIS, «Do juízo arbitral», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano VI, p. 686.

<sup>(72)</sup> «O Código de 1876 não continha disposição correspondente à que hoje se lê na 1.ª alínea do artigo 1565.º (validade da cláusula compromissória). Todavia, a doutrina e a jurisprudência tinham assentado, sem divergências dignas de registo, na validade da cláusula compromissória, vendo nela, como diz o acórdão, uma promessa de compromisso» (cf. ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1946», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 79.º, p. 161).

<sup>(73)</sup> A pergunta só foi formulada, em rigor, mais tarde, durante a discussão sobre o projecto do Código de 1939 (cf. «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», p. 304), mas correspondia à doutrina já defendida anteriormente por ALBERTO DOS REIS *de iure condito* perante o Código de 1876.

<sup>(74)</sup> Como a de ALVES DE SÁ, *op. cit.*, pp. 141 e s., que se interroga sobre «qual o meio de fazer o compromisso? Uma acção ordinária para o compelir a cumprir o

dominante respondia que o não cumprimento sujeitaria a parte remissa, depois de interpelada, a indemnização por perdas e danos, nos termos do artigo 711.º do Código Civil (de 1867) <sup>(75)</sup>. Ou seja, o interessado «teria que instaurar um processo comum na forma ordinária, sumária ou sumaríssima, conforme o valor», mas se o faltoso resistisse «e dado que ninguém pode ser compelido pela força à prática de um facto (*nemo potest precise cogi ad factum*), frustrar-se-ia o cumprimento específico, e apenas poderia reclamar perdas e danos» <sup>(76)</sup>.

## 2.2.2. O regime da «cláusula compromissória» no Código de Processo Civil de 1939

### 2.2.2.1. *As razões de uma alteração*

Tomando posição sobre a polémica que dividira a doutrina anterior, o Código de Processo Civil de 1939, através do seu artigo 1565.º, veio afirmar que «é também (além do compromisso admissível por força do artigo 1561.º) válida a cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes, contanto que se especifique o acto jurídico de que as questões possam emergir». Era finalmente a consagração expressa da cláusula compromissória.

Assim, enquanto no compromisso «as partes submetem a determinados árbitros a resolução duma questão já levantada», na cláusula compromissória «as partes só se comprometem a submeter a árbitros, que na altura própria serão nomeados, questões ainda não suscitadas, mas que podem surgir». No primeiro caso, o litígio é actual, existe antes da celebração do compromisso e é neste definido com todo o rigor. No segundo caso, a cláusula compromissória é celebrada antes de surgir qualquer litígio, sendo este meramente

---

contrato (a cláusula compromissória)? Ou a louvação judicial?». Considerando a acção ordinária «uma monstruosidade», ALVES DE SÁ concluiu que se deve manter a praxe seguida até ao Código, pelo que «se as partes não chegam a concordar amigavelmente, em escritura pública, sobre a escolha dos árbitros, — resta-lhes o auto público — o auto de audiência pública, para que a parte, que pretende fazer valer o seu direito adquirido pelo contacto, fizer citar a outra, que se recusa a nomear o árbitro».

<sup>(75)</sup> MACHADO VILELA e ALBERTO DOS REIS, *Do Júízo Arbitral*.

<sup>(76)</sup> GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, «Cláusula compromissória», in *O Direito*, ano 89.º, 1957, p. 216.

eventual, pelo que não pode nela ser fixado. A única determinação possível e que tem de ser feita é a do acto jurídico de que esse litígio pode eventualmente emergir.

Quanto aos árbitros, a distinção não é tão clara. No compromisso, os árbitros têm de ser identificados com precisão, só podendo ser aquelas pessoas e não outras. Na cláusula compromissória, as partes não são obrigadas a identificar os árbitros, mas a lei também não parece impedir que o façam.

Só que o Código de Processo Civil de 1939 foi ainda mais longe. A cláusula compromissória «não só recebeu as honras», escreveu mais tarde PESSOA JORGE, «de contrato inominado, como — novidade no nosso sistema jurídico — se lhe reconheceu a possibilidade de execução específica, por se entender que o mecanismo da responsabilidade civil era praticamente inoperante como reacção contra a sua violação, que, em regra, não provocava prejuízos reparáveis» (77).

Se a consagração expressa da validade da cláusula compromissória era já, só por si, uma alteração de enorme alcance e cuja aprovação gerou no seio da própria Comissão Revisora acesa discussão, ressuscitando a polémica antiga (78), a possibilidade atribuída pelo

---

(77) PESSOA JORGE, FERNANDO, *Forma da Cláusula Compromissória, Incumprimento do Contrato-Promessa (Jurisprudência Comentada)*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIII, Lisboa, 1972, p. 18.

(78) Viveram-se momentos fascinantes durante a discussão do então artigo 1122.º do Projecto nas sessões da Comissão Revisora (cf. «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», pp. 304 e ss.). Frontalmente contra o artigo pronunciaram-se BARBOSA DE MAGALHÃES e BOTELHO DE SOUSA, usando dois argumentos fundamentais: primeiro, «essa cláusula constando de um contrato feito há muitos anos, sem então se poder saber ou avaliar da gravidade e consequências do litígio a que viria a aplicar-se a arbitragem, quasi equivale a um juízo arbitral necessário ou forçado»; segundo, «o desprestígio que para a Nação pode vir do uso e abuso que da cláusula compromissória podem fazer os estrangeiros no nosso país e até os nacionais nas suas relações com aqueles ainda que em Portugal não residam...» (cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», pp. 253 e ss.). Ao primeiro argumento respondeu ALBERTO DOS REIS que se tratava de um perfeito exagero, já que «o juízo continua a ser voluntário porque tem por origem um contrato, não é imposto por lei; as partes é que se obrigam a ver decididas por árbitros as questões que venham a ser suscitadas, o que se trata é de dar execução a essa vontade» (a dado passo o Sr. Ministro da Justiça acrescentaria que «as partes podem fazer as tolices que quiserem...»); o segundo foi torneado com um contra-argumento nos termos do qual não se pode proibir aos cidadãos que afastem a justiça do Estado, quando se permite a este que o faça, pois era uso corrente a estipulação de cláusulas compromissórias nos contratos celebrados pelo Estado.

artigo 1565.º a uma das partes dessa cláusula de obter, mesmo contra a vontade da outra, «o resultado específico pretendido», ou seja, a nomeação dos árbitros e a fixação do objecto do litígio pelo próprio tribunal de comarca, correspondeu à introdução de uma solução sem paralelo em toda a história do Direito português, tanto em geral como no domínio da arbitragem voluntária em particular.

Na base desta alteração esteve a constatação de que era claramente insatisfatória a sanção da violação da cláusula compromissória, não só devido à dificuldade de prova dos danos e à dificuldade da sua determinação em concreto <sup>(79)</sup>, mas sobretudo porque «a liquidação desta indemnização era difícil, demorada e dispendiosa», pelo que se violava «a cada passo impunemente a cláusula compromissória» <sup>(80)</sup>.

#### 2.2.2.2. *Os problemas do novo regime*

Para melhor compreensão do regime da cláusula compromissória, introduzido pelo Código de 1939 e depois confirmado, com pequenas alterações, pelo Código de 1961, analisaremos de seguida os três problemas fundamentais suscitados pela sua aplicação: em primeiro lugar, a questão de saber qual a natureza jurídica da cláusula compromissória com implicações na determinação dos seus requisitos; em segundo lugar, o «processo especial» da execução específica da cláusula compromissória; e finalmente, por último, o funcionamento da cláusula compromissória como excepção dilatória.

Em relação à primeira questão, a opinião comum da doutrina, tanto antes como depois da entrada em vigor do Código de 1939

---

<sup>(79)</sup> «Não sei que perdas e danos se possam apurar em tais casos», escreve BOTELHO DE SOUSA, radicalmente contrário à consagração da cláusula compromissória, acrescentando que «se o juízo arbitral não chegou a funcionar, não se pode saber como êle julgaria a questão» (cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», p. 253).

<sup>(80)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Código de Processo Civil Explicado*, Coimbra Editora, L.<sup>da</sup>, Coimbra, 1939. É interessante notar que na contestação a esta solução de permitir o cumprimento específico da cláusula compromissória através da substituição da actividade da parte remissa pela actividade do tribunal, foi aplaudida por BARBOSA DE MAGALHÃES, que, apesar de se mostrar contrário à cláusula compromissória, concluiu que «quando, porém, se admita, deve impor-se de forma eficiente, torná-la coactiva como o Projecto dispõe. A responsabilidade por perdas e danos é uma sanção que não actua, não tem qualquer espécie de importância». BOTELHO DE SOUSA ficou nesta matéria totalmente isolado no seio da própria Comissão Revisora (cf. «Acta n.º 16 da Comissão Revisora...», p. 306).

afastado pela disciplina definida no artigo 1565.º (artigo 1513.º do Código de 1961). Na prática, esta consequência significava que a cláusula compromissória não teria de respeitar os requisitos que a lei estabelece para o compromisso arbitral, nomeadamente no que respeita à forma, tendo, pelo contrário, de obedecer aos requisitos exigidos para o contrato-promessa <sup>(89)</sup>.

Contra a qualificação feita pela doutrina e jurisprudência maioritárias, e naturalmente contra a sua principal consequência, manifestou-se VAZ SERRA <sup>(90)</sup> e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 1978 <sup>(91)</sup>. Também RAÚL VENTURA afirma, sem aprofundar a questão, que «essa tese (a da qualificação como contrato-promessa) não era isenta de dúvidas» <sup>(92)</sup>.

O principal argumento <sup>(93)</sup> de VAZ SERRA baseia-se na alegada «eficácia substancialmente idêntica» da cláusula compromissória e do compromisso. Apesar de a primeira se referir a um litígio futuro e o segundo a um litígio presente, tanto uma como outro vinculam as partes à sujeição da decisão do litígio a árbitros, que, no caso do

---

<sup>(89)</sup> É esta a principal conclusão do comentário de PESSOA JORGE, *op. cit.*, ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1971, que se pronunciou no mesmo sentido: «No domínio da legislação anterior ao actual Código Civil, a cláusula compromissória não estava legalmente sujeita a nenhuma forma, caindo na alçada do princípio geral da consensualidade.» Como premissas para chegar a tal conclusão usou PESSOA JORGE, por um lado, a qualificação da cláusula compromissória como contrato-promessa, e, por outro, o regime deste, que, no Código Civil de 1867, não exigia para a generalidade dos contratos-promessa, com excepção do contrato-promessa de compra e venda, qualquer forma especial, pelo que se integravam na regra da consensualidade do artigo 686.º do mesmo Código.

<sup>(90)</sup> VAZ SERRA, ADRIANO, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 1970», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 104, 249, e «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1971», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 105, 251.

<sup>(91)</sup> *BMJ*, n.º 277, p. 232.

<sup>(92)</sup> RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 297.

<sup>(93)</sup> Entre outros argumentos utilizados por esta tese minoritária conta-se um que impressionou bastante o Conselheiro CORREIA GUEDES, que votou vencido no Acórdão do STJ de 26 de Outubro de 1971: parece muito estranho que o legislador tivesse permitido que por simples acordo verbal se possa «postergar o princípio estabelecido por interesse de ordem pública, e até constitucional, de que são os tribunais os órgãos competentes para derimir os pleitos que entre os particulares se suscitem». Para além de ser uma razão de política legislativa e não de direito constituído, como muito bem responde PESSOA JORGE, há algum exagero de argumentação que poderia levar a concluir pela inconstitucionalidade da própria arbitragem voluntária, sobretudo quando, como era o caso, a Constituição é totalmente silenciosa sobre a matéria.

compromisso, são logo nomeados pelas partes, e no caso da cláusula compromissória serão nomeados pelas partes quando surgir o litígio ou, na falta da escolha das partes, o serão pelo tribunal.

Ora, se a cláusula compromissória tem uma «eficácia substancialmente idêntica» à do compromisso arbitral, então tem de obedecer aos requisitos legalmente exigidos para ele: só pode ser convencionada por «pessoas hábeis para contratar», só pode incidir sobre «relações jurídicas não subtraídas ao domínio da vontade das partes» e tem de ser feita «por escrito».

À primeira vista, a polémica parece resumir-se à questão da forma da cláusula compromissória, uma vez que mesmo os defensores da tese maioritária entendiam como certas as exigências formuladas sobre a capacidade das pessoas<sup>(94)</sup> e sobre a arbitrabilidade<sup>(95)</sup> do litígio, retirando-as, porém, do princípio geral de que «só podem contratar validamente as pessoas hábeis para o fazer e sobre relações jurídicas não excluídas do domínio da autonomia da vontade»<sup>(96)</sup>.

Só que, na verdade, estamos perante uma divergência de fundo de crucial importância e com um alcance que se reflecte no próprio direito actualmente vigente em Portugal. Repare-se que, enquanto para a tese dominante a cláusula compromissória é fonte de verdadeiras e próprias obrigações jurídicas de prestação de facto para as partes — vinculam-se à obrigação de celebrar o compromisso arbitral —, para a tese de VAZ SERRA, pelo contrário, as partes vinculam-se simplesmente a sujeições de submeter a resolução de litígios a árbitros e correlativamente ficam titulares de um direito potestativo de fazer constituir o respectivo tribunal arbitral<sup>(97)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> Isto apesar de um estranho Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1947, resumido nos seguintes termos por SIMÕES CORREIA, *op. cit.*, p. 361: «A cláusula compromissória não está sujeita às exigências do compromisso arbitral na pendência da causa definida no artigo 1562.º Portanto vale por si, independentemente de outros requisitos.»

<sup>(95)</sup> Para usar o neologismo criado por RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 317, para designar «uma qualidade do litígio, que é simultaneamente um requisito da validade da convenção de arbitragem, da constituição do tribunal arbitral e da validade da sentença proferida por este: a licitude da sua solução por via arbitral».

<sup>(96)</sup> PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>(97)</sup> É nesta tese que parece basear-se RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 301, para, face ao direito actualmente vigente em Portugal, defender, como veremos, que da «convenção de arbitragem (quer ela seja uma cláusula compromissória ou um compromisso) não nascem obrigações em sentido técnico, mas direitos potestativos e vinculações».

Analisemos agora a segunda questão enunciada. Face à lei (artigos 1565.º do Código de 1939 e 1513.º do Código de 1961), como é que, para a doutrina tradicional, se processaria a «execução específica» da cláusula compromissória? O que é o mesmo que perguntar sobre a forma como poderia fazer valer o seu direito a parte interessada em submeter um determinado litígio, abrangido por uma cláusula compromissória, a um tribunal arbitral, quando a outra parte, depois de interpelada <sup>(98)</sup>, se recusar a celebrar o respectivo compromisso.

A lei responde pormenorizadamente à questão, criando, no entendimento de GALVÃO TELLES, um verdadeiro «processo especial para fazer valer a pretensão do interessado» <sup>(99)</sup>. Um processo que encerra, segundo o mesmo autor, uma acção correspondente ao direito à execução da cláusula compromissória.

Ora, este processo inicia-se com um requerimento do interessado, dirigido ao tribunal da comarca do domicílio da parte remissa, pedindo «que a mande notificar pessoalmente para comparecer perante ele, em dia e hora designados, para se comprometer em árbitros» (artigo 1565.º, 2.ª parte, do CPC de 1939). O CPC de 1961 limitou o conteúdo deste pedido à solicitação ao tribunal para que «designa dia para a nomeação dos árbitros» (artigo 1513.º, n.º 2) <sup>(100)</sup>. De qualquer forma, deferido este requerimento, as partes eram notificadas para comparecer no dia designado <sup>(101)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> Apesar de a lei não se referir a esta «interpelação», ela parece inevitável, pois de outra forma «uma das partes» não se poderia «mostrar remissa a celebrar o compromisso». Face aos Códigos anteriores (Civil de 1867 e de Processo Civil de 1876), GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 215, entendia que a interpelação poderia ser feita por «notificação judicial avulsa».

<sup>(99)</sup> *Op. cit.*, p. 217.

<sup>(100)</sup> O Supremo Tribunal de Justiça, por Acórdão de 28 de Fevereiro de 1964 (in *BMJ*, 135.º, 334), sustentou uma tese bastante discutível: «O funcionamento do artigo 1513.º-2 só tem lugar quando a nomeação dos árbitros compete, nos termos da cláusula compromissória, aos próprios compromitentes e ainda não foi feita. Os artigos 1511.º e 1513.º não proíbem as partes de convencionar que a nomeação de um dos árbitros, ou mesmo de todos, seja feita por terceiro ou obedeça a trâmites especialmente determinados».

<sup>(101)</sup> Questão debatida por GALVÃO TELLES, *op. cit.*, face ao regime do Código de 1939, é a de saber se, «uma vez notificado, o requerido não poderá deduzir qualquer oposição contra a pretensão do requerente?». GALVÃO TELLES conclui pela resposta afirmativa, considerando que o requerido pode opor-se «agravando do despacho que o mandou notificar» ou «por meio de simples requerimento, que desempenha o papel de contestação», uma vez que «ninguém pode ser condenado sem ser ouvido». Trata-se de uma conclusão incontestável, mas, por outro lado, tam-

Podia dar-se então o caso de uma das partes não comparecer. O Código de Processo Civil de 1939 era radical: «se o notificado faltar» passava-se imediatamente à fase de «execução específica». Só que este «notificado» parece ser apenas o requerido, a parte remissa, nada dispondo o artigo 1565.º sobre a falta do requerente. O Código de Processo Civil de 1961 alterou o regime, estabelecendo que «a falta de alguma das partes determina o adiamento da diligência e, se não for justificada, a condenação em multa» (artigo 1513.º, n.º 4), não permitindo, no entanto, um segundo adiamento por falta de qualquer das partes.

No primeiro dia designado, para o Código de Processo Civil de 1939, ou no dia designado em adiamento, se fosse o caso, para o Código de Processo Civil de 1961, uma de três situações relevantes podia ter lugar: comparecerem as duas partes; faltar o requerido (parte remissa); ou faltar o requerente.

Comparecendo as duas partes, deveriam estas nomear por acordo os árbitros e fixar, também por acordo, com precisão, o objecto do litígio. Quanto à nomeação dos árbitros, se as partes não chegassem a acordo, cada uma delas nomearia um árbitro e o juiz um terceiro. Se a parte remissa se recusasse a nomear árbitro, este seria nomeado pelo juiz<sup>(102)</sup>. Quanto ao objecto do litígio, se as partes não chegassem a acordo para o fixar, este seria fixado por resolução do juiz, de que caberia recurso<sup>(103)</sup>. Era este o regime que resultava dos artigos 1565.º, 3.ª e 4.ª partes, do Código de Processo Civil de 1939, e 1513.º, n.ºs 3 e 5, do Código de Processo Civil de 1961.

Segunda hipótese: falta a parte remissa (artigos 1565.º, 3.ª parte, do Código de Processo Civil de 1939, e 1513.º, n.º 4, do Código de Processo Civil de 1961). Caberia, então, ao juiz nomear o respectivo árbitro e ainda, apesar de isto ser menos claro no Código de Processo Civil de 1961, nomear o terceiro árbitro. Quanto ao objecto do litígio, uma vez que o acordo das partes seria impossível,

---

bém é verdade que no «processo especial» do artigo 1565.º (como do artigo 1513.º do Código de 1961) tal oposição ou defesa está sempre garantida pelo princípio do contraditório a observar na própria diligência perante o juiz.

<sup>(102)</sup> O mesmo acontece se, como resulta da Acta n.º 47 da Comissão Revisora (p. 307), a parte remissa nomear sucessivamente árbitros com quem planeia a sua escusa para evitar a constituição do tribunal arbitral.

<sup>(103)</sup> O recurso da resolução do juiz que fixasse o objecto do litígio não estava previsto no Projecto. Na Comissão Revisora decidiu-se admitir expressamente o recurso, contra a opinião de um dos vogais, porque «a fixação do objecto do litígio pode ser coisa muito grave» (cf. «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», p. 310).

e apesar do silêncio da lei, ele só poderia ser fixado por resolução do juiz, de que caberia também recurso, correspondendo na prática ao definido no requerimento <sup>(104)</sup>.

Terceira hipótese: falta o requerente. O Código de Processo Civil de 1939 é omissivo. O Código de Processo Civil de 1961 dispõe no n.º 4 do artigo 1513.º que «entende-se que (o requerente) desiste da diligência, salvo se, estando presente a outra parte, ela se conformar com o objecto do litígio indicado no requerimento inicial e requerer que se proceda imediatamente à nomeação dos árbitros». Neste caso, caberia ao juiz nomear o árbitro pelo requerente.

A terceira e última questão colocada a respeito do regime da cláusula compromissória foi a de saber se esta poderia funcionar com excepção dilatatória, nos termos do artigo 499.º, alínea *h*), do Código de Processo Civil de 1939 [artigo 494.º, alínea *h*), do Código de Processo Civil de 1961]. Por outras palavras, pergunta-se se, tendo surgido um litígio abrangido por uma cláusula compromissória e propondo uma das partes uma acção perante o tribunal judicial competente para decidir esse litígio, pode a outra parte opor a excepção dilatatória de «preterição do tribunal arbitral» prevista nos citados artigos?

A resposta afirmativa foi dada por ALBERTO DOS REIS, VAZ SERRA, ANTUNES VARELA, ANSELMO DE CASTRO e RAÚL VENTURA <sup>(105)</sup>. A negativa por CASTRO MENDES e PALMA CARLOS. Para o autor do Projecto do Código de 1939, tendo em conta a força e a eficácia atribuídas pelo artigo 1565.º à cláusula compromissória, aquele que propõe uma acção em violação de uma cláusula compromissória está a preterir um tribunal arbitral «a constituir». Não se permitindo ao réu deduzir a excepção do artigo 499.º, alínea *h*), frustrar-se-ia o fim pretendido pela lei com o regime estabelecido com o artigo 1565.º, uma vez que bastaria, nesse caso, à parte remissa, propor, logo que interpelada pela outra, a respectiva acção junto do tribunal judicial competente para que o «direito a execução específica» ficasse imediatamente prejudicado. Ou seja, cairia por terra

---

<sup>(104)</sup> O mesmo resulta da opinião expressa por ALBERTO DOS REIS na sessão da Comissão Revisora quanto à aplicação da última alínea ao «caso da parte remissa não comparecer. Neste caso, a fixação do objecto do litígio é feita à face do contrato e do que refere a parte que comparece. Em primeiro lugar, o juiz verifica se a questão emerge do contrato, e essa conclusão é tirada do próprio contrato, decidindo depois de ouvir a parte presente. A parte faltosa sofre as consequências da sua negligência» (cf. «Acta n.º 47 da Comissão Revisora...», p. 309).

<sup>(105)</sup> RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 390, cita os três autores anteriores como defensores desta tese.

todo o esforço da lei em transformar a cláusula compromissória numa estipulação de violação impossível. Prevendo, porém, alguma dificuldade de consagração desta tese, ALBERTO DOS REIS acrescenta que de qualquer forma, tendo em conta o carácter meramente exemplificativo do artigo 499.º, «forçoso se tornava admitir uma excepção nova, assim caracterizada: inobservância de cláusula compromissória»<sup>(106)</sup>.

Partindo da ideia segundo a qual a nossa lei não prevê os pactos privativos de competência e que a cláusula compromissória se comporta como tal, porque retirando competência aos tribunais judiciais não a confere a outra entidade, uma vez que o tribunal arbitral ainda não existe, PALMA CARLOS<sup>(107)</sup> e CASTRO MENDES<sup>(108)</sup> recusam a possibilidade de o réu de uma acção sobre um litígio abrangido apenas por uma cláusula compromissória arguir imediatamente a «preterição de tribunal arbitral» como excepção dilatória. A razão é só uma: não se pode preterir um tribunal arbitral se ele ainda não existe. A solução alternativa defendida por estes autores, e seguida depois por alguma jurisprudência<sup>(109)</sup>, consistia na possibilidade de o réu, primeiro, requerer a suspensão da instância, accionar depois o mecanismo do artigo 1565.º, e depois do tribunal arbitral se encontrar constituído invocar junto do tribunal judicial a excepção dilatória prevista no artigo 499.º, alínea *h*).

Em rigor, no entanto, e contra a tese destes autores, parece que seguindo a sua solução o réu não poderia arguir a excepção dilatória do artigo 499.º, alínea *h*), porque quando foi proposta a acção não existia qualquer compromisso, mas teria sim de invocar os artigos 292.º e 295.º apresentando o compromisso entretanto celebrado, voluntariamente ou através da execução específica do artigo 1565.º, como causa da extinção da instância.

(Continua no próximo número)

---

<sup>(106)</sup> ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Comentário...*, pp. 408 e ss.

<sup>(107)</sup> *Op. cit.*, pp. 10 e 23.

<sup>(108)</sup> *Op. cit.*, p. 208.

<sup>(109)</sup> Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Junho de 1981, in *Col. Jur.*, 1981, 4.º, p. 75.