

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Pelo Prof. Doutor Raúl Ventura

SUMARIO (*)

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

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

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

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

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

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

1. Definição

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

Semelhante mas não exactamente igual é a definição deductível do artigo II, 1. da Convenção Nova York 1958: «an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them, in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration».

Na Convenção de Genebra de 1961, art. 1.º (2) (a), convenção de arbitragem significa «soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou

compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par téléscripteur, et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois».

A LU Strasbourg não define formalmente convenção de arbitragem, mas o art. 1.º e o art. 2.º 1, contêm os seus elementos necessários: «Tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage /.../ toute convention doit faire l'objet d'un écrit signé des parties ou d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage».

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

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

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

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

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

2. *Modalidades: compromisso e cláusula compromissória*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Natureza jurídica*

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

No domínio do Código de Processo Civil, a doutrina portuguesa inclinava-se para qualificar a cláusula compromissória como um contrato-promessa (não interessa agora distinguir conforme a cláusula apareça formalmente incluída no texto de um contrato ou separada dele). Como escrevia GALVÃO TELLES, *Cláusula compromissória*, «O Direito», ano 89, pág. 284, «pela cláusula compromissória, convenção-promessa, as partes ficam obrigadas a celebrar no futuro, eventualmente, um ou mais compromissos, convenções definitivas, onde individualizarem os litígios suscitados e o árbitro ou árbitros incumbidos da sua decisão». No mesmo sentido, PALMA CARLOS, *La procédure arbitrale en droit comparé*, Jornal do Foro, n.º 154,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Requisitos gerais da convenção de arbitragem*

4.1. *Convenção e actos unilaterais*

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. *Validade e legitimidade das partes*

4.2.1. *Regras gerais*

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

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

4.2.2. *Menor*

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

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

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

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

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

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

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

4.2.3. *Interditos e inabilitados*

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

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

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

4.2.4. *Cônjuges*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.5. *Mandatários*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.6. Grupos de sociedades

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.7. Representantes de pessoas colectivas

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

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

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

4.2.8. Estado e outras pessoas colectivas de direito público

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. *Forma; remissão*

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

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

4.4. *Tempo para a celebração*

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

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

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

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

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

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

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

4.5. *Arbitrabilidade do litígio*

4.5.1. *Considerações gerais*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

compromissória, seja a de nela abranger relações extracontratuais.

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

4.5.2. *Disponibilidade dos direitos*

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

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

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

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

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

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

4.5.3. *Questões relativas à ordem pública*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5.4. *Ações executivas*

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

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

4.5.5. *Conflitos de formação*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5.6. *Corrupção e tráfico de influências*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5.8. Litígios relativos a sociedades

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6. *Conteúdo*

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

4.6.1. *Núcleo fundamental*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6.2. Conteúdo facultativo previsto na lei

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

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

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

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

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

4.6.3. *Elementos acessórios da convenção*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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