

5. *Requisitos especiais do compromisso*

5.1. *Necessidade de determinar o objecto do litígio*

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

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

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

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

5.2. *Modo de determinar o objecto do litígio*

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

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

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

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

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

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

5.3. *Modificação objectiva da instância*

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

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

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

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

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

5.4. *Pré-fixação judicial do objecto do litígio*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. *Requisitos especiais da cláusula compromissória*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2. *Modos de especificação*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3. *Litígios anteriores e posteriores ao contrato*

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

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

6.4. *Unilateralidade e reciprocidade*

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

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

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

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

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

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

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

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

6.5. *Opção pela arbitragem*

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

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

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

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

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

6.6. *Veto da arbitragem*

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

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

6.7. *Não globalidade*

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

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

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

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

7. *Interpretação*

7.1. *Crítérios aplicáveis*

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

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

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

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

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

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

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

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

7.2. Convenções ambíguas e contraditórias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. *Autonomia da convenção de arbitragem*

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

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

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

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

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

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

8.2. Nulidade da cláusula compromissória

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

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

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

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

8.3. *Nulidade do contrato principal*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.4. *Inexistência*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.5. *Ineficácia*

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

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

8.6. *Caducidade*

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

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

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

8.7. *Resolução*

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

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

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

9. *Efeitos*

9.1. *Efeito positivo*

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

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

9.2. *Efeito negativo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.3. *Outros efeitos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Transmissão

10.1 Transmissão por morte ou extinção de parte

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

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

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

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

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

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

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

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

10.2. *Transmissão entre vivos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.1. *Observações gerais*

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

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

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

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

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

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

11.2. Revogação

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

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

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

11.3. *Renúncia*

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

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

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

11.4. *Elementos accidentais da convenção de arbitragem*

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

O funcionamento desses elementos ocorre nos termos gerais.

11.5. *Preenchimento da finalidade*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.6.2. *Tratamento dessas questões nos diplomas legais portugueses*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRINCIPAIS TEXTOS INTERNACIONAIS CITADOS:

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

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

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

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

CONVENTION PANAMA Convención Interamericana sobre arbitrage commercial (Interamerican Convention on international commercial arbitration) — Panamá, 30 de Janeiro de 1975, entrada em vigor em 16 de Junho de 1976.

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

OBRAS ABREVIADAMENTE CITADAS NO TEXTO:

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

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

BRUNELLI — *La nuova disciplina del arbitrato in Inghilterra*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1985.

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

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

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

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

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

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

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

— *Droit Commercial Européen*, Paris, 1975.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- *L'arbitrage — Droit interne — Droit International Privé*, Paris, 1983.
- RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE — *L'arbitrage, Nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, 1965.
- RUSSELL — *On the law of arbitration*, 20.^a ed., London, 1982.
- SCHIZZEROTTO, GIANNI — *Dell arbitrato*, Milano, 1958.
- SERRA, ADRIANO VAZ — *Cessão de créditos*, Lisboa, 1955.
- SILINGARDI, GABRIELE — *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979.
- SOARES, M. A. e RAMOS, R. M. — *Contratos internacionais*, Coimbra, 1986.
- TELLES, INOCENCIO GALVAO — *Cláusula compromissória*, in «O Direito», ano 89.
- VARELA, J. ANTUNES — *Direito da Família*, Lisboa, 1982.
- VAN DER BERG, ALBERT JAN — *The New York Arbitration Convention, of 1958*, The Hague, 1981.
- VECCHIONE, R. — *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.
- VENTURA, RAUL — *A arbitragem voluntária nos conflitos individuais de trabalho*, Rev. Fac. Dir. Lisboa, vol. XVIII, 1984.
- *Reflexões sobre direitos de sócios*, Colectânea de Jurisprudência, 1986, II.

COLECTANEAS:

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