

A INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO¹

PAULO DUARTE

§1 Preliminares

1. Noção de arbitragem voluntária

Numa expressiva manifestação do princípio da autonomia privada², a ordem jurídica (art. 1.º LAV) confere às partes a faculdade de, por meio do negócio jurídico que é a *convenção de arbitragem*, atribuírem a terceiros, particulares como elas, destituídos de qualquer jus *imperii*, o poder de resolver os litígios³ que as separem ou que possam vir a separá-las, através de decisões que produzem efeito de caso julgado e

¹ O presente estudo tem por referência a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária). Já depois de o termos concluído, foi publicada a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprova a nova Lei da Arbitragem Voluntária. A solução que defendo para o problema que constitui objecto central deste estudo é agora literalmente consagrada. Mais do que uma inovação substancial, trata-se, do meu ponto de vista, da mera expressão formal-perceptiva da solução material que já resultava da correcta interpretação dos dados normativos existentes e dos princípios constitutivos do sistema interno do direito processual civil e da arbitragem voluntária. Considerando o conteúdo do estudo e os problemas que nele são tratados, creio, perdoe-se-me a presunção, que a entrada em vigor da nova Lei da Arbitragem Voluntária não elimina o seu interesse.

² O princípio da autonomia privada, que ocupa um lugar de proeminência entre os princípios fundamentais do direito civil (e também, portanto, do direito privado, em geral), afirma o reconhecimento do poder de as partes auto-regularem os seus interesses, através, sobretudo, do negócio jurídico, que se evidencia como instrumento jurisdicção produtor de eficácia jurídica. Sobre o princípio da autonomia privada, como técnica de auto-regulação de interesses, e as suas relações com o princípio da auto-determinação, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 21 e ss.

³ Não todos os litígios, mas apenas aqueles que, tendo por objecto direitos disponíveis (art. 1.º da LAV), pertençam ao domínio das controvérsias arbitráveis. Sobre os critérios de demarcação do âmbito (objectivo e subjectivo) da arbitrabilidade, ver LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 23 e ss.

que são executáveis nos mesmos termos das sentenças dos tribunais judiciais⁴ (arts. 26.º LAV e 48.º/2 CPC)⁵. *Árbitros* são os terceiros que as partes investem nesse poder; *tribunais arbitrais* as estruturas⁶ de que participam. Nisto consiste a arbitragem *voluntária*⁷.

2. O reconhecimento da arbitragem voluntária pela ordem jurídica

Pode, pois, dizer-se que a ordem jurídica *reconhece* a arbitragem voluntária como modo de resolução de litígios alternativo ao recurso aos tribunais judiciais. Assim como concede às partes um amplo espaço de conformação, quer a respeito dos aspectos da tramitação processual, quer no que toca à determinação dos critérios da decisão arbitral. Não se trata, naturalmente, de um reconhecimento incondicionado. A ordem jurídica, como sempre sucede quando abre espaço à auto-regulação de interesses através

⁴ Não indo acompanhada de outras especificações, sempre que, ao longo do texto, usar a expressão *tribunais judiciais* refiro-me, em sentido amplo, a todos os tribunais estaduais, e não apenas à *ordem dos tribunais judiciais* (por oposição a ordem dos tribunais administrativos e fiscais).

⁵ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp 70-71, e *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Almedina, Coimbra, 2002, p.626.

⁶ Os tribunais arbitrais não são *órgãos*: nem no sentido jurídico-constitucional de *órgão de soberania*; nem no sentido jurídico-administrativo (adoptado, quanto às pessoas colectivas de direito privado, pela teoria geral do direito civil – ver CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito Civil*, 4.ª Ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 277, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 164) de *centro institucionalizado de poderes funcionais* integrante da organização de uma pessoa colectiva de direito público (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 760). A afirmação mantém-se mesmo quando se trate da chamada *arbitragem institucionalizada*. Na verdade, as relações entre os árbitros e os *centros de arbitragem* são de natureza contratual, e não orgânica. Neste sentido, ver EMILIA ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, Londres, 2010. pp. 71 e ss, e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, 321 e ss.

⁷ A arbitragem *voluntária* distingue-se da arbitragem *necessária*, que é imposta e regulada por lei. A *necessidade* da arbitragem, legalmente estabelecida, projecta-se em duas consequências de sentido negativo: impede o acesso aos tribunais judiciais; e inviabiliza o recurso à arbitragem voluntária (art. 1.º LAV). LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p.71, n.21], defende que o tribunal arbitral necessário não é sequer um *tribunal*, ficando, pois, fora do domínio da jurisdicionalidade. MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., pp.89-92, por seu turno, considera que só a arbitragem *voluntária* é “verdadeira arbitragem”. Já LIMA PINHEIRO, ob. cit., p.26, admitindo incluir este modo de resolução de conflitos no universo da arbitragem, reconhece que daí deriva a exigência de um “conceito mais geral”, segundo o qual a arbitragem “*será um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que a decisão é confiada a terceiro*”.

do mecanismo jurisdiccional do negócio jurídico, faz depender o sucesso (a eficácia jurídica) da resolução arbitral do litígio da obediência a requisitos mínimos, relativos à convenção de arbitragem, à constituição do tribunal arbitral e ao desenvolvimento do processo arbitral propriamente dito (arts. 2.º e 16.º LAV). A inobservância de algum desses requisitos gera a anulabilidade da própria decisão arbitral (invocável quer em *acção de anulação*, quer como *fundamento de opposição* à sua *execução*, nos termos dos arts. 27.º e 31.º LAV). Pode, em suma, dizer-se, que a ordem jurídica *reconhece* a arbitragem voluntária, *enquadrando-a*⁸.

3. A função jurisdiccional dos tribunais arbitrais

Embora o fundamento da sua competência e do seu poder radique na vontade dos próprios litigantes, e não na lei (que apenas estabelece os requisitos de que depende a eficácia jurídica dessa vontade, e da decisão arbitral que por ela se legitima), a arbitragem voluntária não deixa de ter *natureza jurisdiccional*. Não quer com isto dizer-se que os tribunais arbitrais integrem o sistema judiciário estadual⁹, nem que actuem ao abrigo de uma delegação de poderes públicos¹⁰. A afirmação da *natureza jurisdiccional* da arbitragem voluntária apenas pretende sublinhar que a *actividade* exercida pelos tribunais arbitrais consiste na resolução de conflitos juridicamente relevantes através da decisão unilateral, e vinculativa, de um terceiro imparcial, no quadro de um processo

⁸ LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 77-80, identifica dois modelos fundamentais de “regulação e controlo estadual da arbitragem”: o modelo do *não-reconhecimento* e o modelo do *reconhecimento*. Dentro do modelo do reconhecimento, o autor distingue três sistemas: o sistema de *não-intervenção* (em que o Estado abdica da definição legal do estatuto da arbitragem); o sistema de *assimilação* (em que o Estado, nos antípodas do sistema da não-intervenção, reduz ao mínimo o espaço de conformação das partes, equiparando, até onde o permite o seu fundamento jurídico-negocial, os tribunais arbitrais aos tribunais judiciais); e o sistema de *enquadramento* (que representa um compromisso entre os outros dois sistemas).

⁹ A referência aos tribunais arbitrais contida no art. 209.º CRP, que poderia, *prima facie*, inculcar a ideia contrária, não tem outro propósito (nem outro alcance) que não seja o de consagrar a admissibilidade da existência de tribunais arbitrais, da incompetência dos tribunais judiciais para o julgamento de litígios previstos em convenção de arbitragem, e do reconhecimento legal das suas decisões. Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., 269-270.

¹⁰ Recusando a ideia de tal delegação de poderes, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p.194.

sujeito aos princípios indeclináveis do contraditório e da igualdade das partes¹¹. Afirmção que, por outro lado, implica a aceitação do princípio de que a *função jurisdicional* não constitui um exclusivo do Estado, podendo também ser desempenhada por particulares a que os próprios litigantes, através de negócio jurídico, conferem o poder de emitir decisões que se obrigam a acatar¹². Defender a natureza *jurisdicional da actividade* dos tribunais arbitrais não é, portanto, o mesmo que perfilhar a chamada *teoria jurisdicional da natureza jurídica da arbitragem*, que concebe a decisão arbitral como o exercício de poderes públicos delegados e o árbitro como um juiz¹³.

4. O processo de constituição do tribunal arbitral

Quando, para resolverem os seus conflitos, optam por recorrer aos serviços de administração de justiça prestados pela jurisdição estadual, as partes têm à sua disposição uma organização judiciária já montada e um corpo de juízes em funcionamento permanente. Para dar início ao processo, o litigante apenas precisa de seleccionar o tribunal competente em função dos critérios legalmente estabelecidos (critérios territoriais, materiais, hierárquicos e relativos ao valor da acção). Quando, diversamente, optam por recorrer à arbitragem, as partes são confrontadas com a necessidade de, antes de tudo o mais, *montar o próprio tribunal* a cuja jurisdição, voluntariamente, se dispõem a submeter o litígio que as divide. As partes, numa palavra, são postas perante o problema da prévia *constituição do tribunal arbitral*. Ao *processo arbitral* propriamente dito, destinado a culminar na decisão que ponha termo ao litígio, antepõe-se, portanto, o *processo de constituição do tribunal arbitral*, que, nalguns casos de maior complexidade, pode dar origem, como veremos adiante, a litígios autónomos.

¹¹ Ver LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações*, p.625-626, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 189, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 82.

¹² LIMA PINHEIRO, ob. cit., p.194.

¹³ A respeito das várias teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem (que a doutrina, em regra, arruma em três grupos: teorias jurisdicionais, contratuais e mistas), ver LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp.181 e ss, e EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp.32 e ss. Recusando as “qualificações absolutas” inerentes a essas teorias, e manifestando a sua preferência pela qualificação do fenómeno da arbitragem segundo diferentes “pontos de vista”, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem*, p. 83], considera que sendo, do “ponto de vista” do fundamento dos poderes dos árbitros, de natureza contratual, a arbitragem voluntária é, do “ponto de vista” das funções que exercem, de natureza jurisdicional.

O legislador, embora abrindo o campo à autonomia das partes, não se alheou da regulação do processo de constituição do tribunal arbitral. Fê-lo em dois planos: no plano da *composição do tribunal*; e no plano da *determinação dos árbitros*. No plano da *composição* do tribunal, o legislador estabelece as regras de *fixação do número de árbitros* (art. 6.º LAV); no plano da *determinação dos árbitros*, dispõe sobre os modos da *concreta individualização da(s) pessoa(s) do(s) árbitro(s)* (arts. 7.º, 11.º, 12.º e 14.º LAV).

4.1. A composição do tribunal arbitral

O número de árbitros de que o tribunal deve ser composto pode ser fixado pelas partes, na convenção de arbitragem ou em “escrito posterior assinado” por ambas (art. 6.º/2 LAV). Quando estas nada disponham (ou, fazendo-o, não respeitem aquela exigência formal), o tribunal é composto por três árbitros (art. 6.º/2 LAV – que contém, pois, uma *norma supletiva*).

A liberdade de estipulação que o legislador confere às partes em matéria de composição do tribunal arbitral esbarra, todavia, num limite inultrapassável: o número de árbitros não pode deixar de ser *ímpar*, ainda que possa reduzir-se à unidade (tribunal singular). É o que resulta da norma do art. 6.º/1 LAV, que me parece ter natureza verdadeiramente imperativa.

4.2. Os modos de determinação do(s) árbitro(s): *designação e escolha*

As partes podem eleger os árbitros a que pretendem submeter a resolução do litígio logo na convenção de arbitragem ou “em escrito posterior por elas assinado” (art.º 7.º/1 LAV). Quando não o façam, importa apurar qual o *modo de determinação dos árbitros*¹⁴.

Conjugando as normas dos arts. 7.º, 11.º, 12.º e 14.º LAV, entendo que o legislador prevê *dois modos de determinação dos árbitros*: a *designação* e a *escolha*. A *designação* ocorre quando os árbitros são *directamente* determinados por *declaração unilateral* de cada uma das partes, cada uma delas elegendo um número igual de

¹⁴ O problema da determinação dos árbitros apenas se coloca, portanto, quando as partes não individualizem os árbitros logo na convenção de arbitragem.

árbitros¹⁵. A *escolha* verifica-se quando o árbitro é determinado por um terceiro a que as partes, por acordo, confiem essa tarefa. Trata-se, portanto, de um modo de determinação *indirecta*¹⁶. A *nomeação e escolha judiciais* (art. 12.º LAV) não constituem propriamente modos de determinação de árbitro autónomos. Consistem, isso sim, em mecanismos processuais que, em reacção à inércia daqueles a quem cabe a designação ou a escolha, permitem fazer actuar, em termos substitutivos, estes modos de determinação¹⁷.

4.2.1. Quando não os tenham identificado logo na convenção de arbitragem, as partes podem dispor livremente sobre o modo de determinação dos árbitros: podem reservar para si próprias a prerrogativa de *designá-los*; e podem encarregar um terceiro da respectiva *escolha*.

O princípio da igualdade das partes, a cujo âmbito de aplicação não escapa o processo de constituição do tribunal arbitral^{18 19}, não permite, contudo, modos de determinação dos árbitros que atribuam a uma das partes uma posição de supremacia sobre a outra²⁰. Assim, por exemplo, quando se adopte a estrutura de tribunal singular, não é admissível que as partes convençionem que uma delas designe o árbitro único. Tal como lhes está vedado, quando preferam um tribunal de composição plural, estipularem a atribuição a uma delas do poder de designar um número superior de árbitros²¹.

¹⁵ Como saliento já a seguir, no texto, o princípio da igualdade das partes durante o processo de constituição do tribunal arbitral não tolera modos de determinação de árbitros que consistam na atribuição a uma das partes do poder de, unilateralmente, designar um árbitro único.

¹⁶ De “*indirect appointment*” fala EMILIA ONYEMA, ob. cit., p. 67.

¹⁷ O texto da lei não evidencia, há que reconhecê-lo, uma perfeita estabilidade terminológica. Se é verdade que, por vezes (por exemplo, nos arts. 7.º, 11.º/2, 13.º e 14.º LAV), os termos “designação”, “escolha” e “nomeação” são usados com o sentido preciso que lhe atribuo no texto, o legislador confere-lhes, noutros lugares, um alcance mais abrangente. Por exemplo, no art. 12.º LAV, o termo nomeação tanto serve para significar, especificamente, a decisão judicial de determinação do árbitro, como para, genericamente, referir as hipóteses de “designação” e de “escolha”. Não impondo as distinções conceituais que defendo, esta inconstância terminológica do texto legislativo também não as proscreve. De resto, o propósito que lhes subjaz, mais do que na busca de qualquer regularidade linguística, consiste na revelação dos traços identificadores de hipóteses material e estruturalmente diferentes – que, por conseguinte, podem justificar tratamentos jurídicos também diferentes.

¹⁸ Assim, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 125.

¹⁹ Sobre este princípio, e as suas implicações nos casos em que a determinação do árbitro assumia a modalidade de *nomeação* pelo tribunal judicial, ver infra §8, 17.

²⁰ Neste sentido, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 124.

²¹ Os direitos alemão e suíço dispõem de soluções normativas que enfrentam expressamente o problema em causa. Quanto ao direito alemão, o § 1034/2 ZPO, nos casos em que uma das partes, por força da convenção de

4.2.2. No silêncio das partes, aplica-se o *modo supletivo de determinação* dos árbitros previsto no art. 7.º/2 da LAV: cada uma das partes *designa* um árbitro, cabendo aos árbitros assim designados a *escolha* de mais um^{22 23}. A hipótese de silêncio das partes desdobra-se, a meu ver, em dois tipos de situações: a situação do silêncio das partes propriamente dito, que se verifica quando omitam qualquer estipulação a respeito da questão da determinação dos árbitros; e a situação em que as partes, embora prevendo, na convenção de arbitragem, a designação por acordo, não logram, entretanto, alcançá-lo. Na verdade, não chegando a haver acordo, não acordar nada sobre certo ponto é exactamente o mesmo que acordar que mais tarde se acordará sobre ele. Em ambos os tipos de situações é de aplicar o modo supletivo de determinação do árbitro. Este entendimento parece, aliás, ter apoio expresso na letra da lei, que, a par dos casos em que “*as partes não tiverem designado o árbitro ou os árbitros nem fixado o modo da sua escolha*”, se refere à situação em que “*não houver acordo entre elas quanto a essa designação*” (art. 7.º/2 LAV)²⁴.

§ 2

O problema

5. Formulação do problema: deve observar-se o contraditório nos processos destinados à nomeação e escolha de árbitros pelo tribunal judicial?

arbitragem, goze de supremacia (*Übergewicht*) no processo de constituição do tribunal arbitral, permite que a parte lesada requeira ao tribunal judicial a nomeação do(s) árbitro(s), mesmo quando a primeira já tenha designado algum(ns) – ver MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung (Beck-Online)*, 2009, §1034/2, Rn. 3-5. No direito suíço, por seu turno, o art. 19.º da *Concordat sur L'arbitrage*, prescreve que “*Le tribunal arbitral peut être récusé comme tel si l'une des parties a exercé une influence prépondérante sur la désignation de ses membres*”. Quando a o tribunal arbitral seja “recusado” por este motivo, reiniciar-se-á o processo de constituição, sendo os árbitros determinados segunda a regra legal supletiva do art. 11.º/3 da *Concordat sur L'arbitrage* (cada uma das partes designa um árbitro e estes escolhem o terceiro).

²² O modo supletivo de determinação dos árbitros está em consonância com a composição supletiva do tribunal, que é, precisamente, de três árbitros (art. 6.º LAV).

²³ Aos três árbitros assim determinados compete a escolha do que, entre eles, deva assumir a função de presidente do tribunal (art. 14.º LAV).

²⁴ Concedo, todavia, que, no estrito plano do texto da lei, a remissão do art. 12.º/2 LAV (relativo ao processo de nomeação judicial) para o n.º 5 do art. 11.º (que se reporta à hipótese de árbitro único) pode constituir um argumento em sentido contrário ao defendido no texto. Sobre este ponto, ver o que se diz mais à frente, na n.26.

O processo de constituição do tribunal inicia-se com a notificação para arbitragem, que a parte que pretende instaurar a acção arbitral deve dirigir à outra (art. 11.º/1 LAV)²⁵. Quando lhe assista o direito de designar algum árbitro (ou porque assim se acha convencionado ou porque é aplicável o modo supletivo de determinação dos árbitros), a parte que proceda à notificação para arbitragem deve logo designá-lo(s). Assim iniciado o processo de constituição do tribunal, não é de excluir o surgimento de conflitos, impasses, bloqueios ou meras omissões (das partes ou de terceiros) que comprometam o seu andamento. De modo a superar estas dificuldades, as partes podem requerer a intervenção do tribunal judicial no processo de determinação dos árbitros

Nos termos dos arts. 12.º e 14.º LAV, o Presidente do Tribunal da Relação²⁶ do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta de tal fixação, do domicílio do requerente, é competente para: *nomear* o árbitro cuja *designação* seja recusada ou omitida por alguma das partes^{27 28}; *escolher* o árbitro cuja determinação seja omitida pelos árbitros

²⁵ Ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p.239. Sobre a importância da notificação para arbitragem na *precisão do objecto do litígio*, ver LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações*, pp. 631-632].

²⁶ O Presidente do Tribunal da Relação é, indubitavelmente, um tribunal (que não se confunde com o Tribunal da Relação, que é outro tribunal) – isto é, um órgão do aparelho judiciário a que o legislador imputa competências jurisdicionais (ver CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil, 1.º Vol, AAFDL, Lisboa, 1992*, p. 320). Note-se que é a competência que faz o órgão, e não o contrário (um *órgão* é, lembre-se, um centro institucionalizado de imputação de competências). Para além das que a LAV lhe atribui, o Presidente do Tribunal da Relação goza, em geral, das competências jurisdicionais previstas nos arts. 117.º/1, 688.º/1 e 732.º-A/1 CPC.

²⁷ Quando as partes, tendo optado por um tribunal singular, convencionem que o árbitro único seja determinado por acordo, a parte que pretende instaurar a acção deve “indicar” na notificação para arbitragem o árbitro que propõe. Não obtendo as partes acordo sobre a pessoa do árbitro, passa a aplicar-se, como defendo no texto (§1, 5.2.2.), o modo supletivo de determinação previsto no art. 7.º/2 LAV. Quer dizer, a parte interessada na instauração da acção deve notificar a outra do árbitro que *designa*, para que esta, por seu turno, designe o que lhe cabe, *escolhendo* os dois árbitros assim designados o árbitro que falta para completar a composição do tribunal. O que significa, portanto, que faltando o acordo sobre o árbitro único, não há lugar à sua nomeação judicial. Para além dos argumentos invocados no texto, parece-me que esta solução tem por si os princípios da autonomia privada e da igualdade das partes. Registe-se, porém, que, no direito alemão, o §135/ ZPO [na linha do art. 11.º/3-b) da Lei Modelo UNCITRAL] estabelece, para a hipótese que venho considerando, a regra contrária, concedendo a qualquer das partes a prerrogativa de requerer ao tribunal judicial a nomeação do árbitro único (“*wird ein Einzelschiedsrichter, wenn die Parteien sich über seine Bestellung nicht einigen können, auf Antrag einer Partei durch das Gericht bestellt*”).

²⁸ Problema delicado é o de saber se o pressuposto da falta (por recusa ou omissão) de designação de árbitro pela parte requerida (pressuposto de que depende, evidentemente, a admissibilidade da nomeação judicial) se acha, ou não, satisfeito quando esta haja feito uma designação condicionada (quando, por exemplo, um dos sujeitos de uma parte plural da convenção de arbitragem condicione a eficácia da designação à aceitação dos demais consortes). O problema desdobra-se em duas questões: por um lado, a questão de saber se o acto de designação é um acto

condicionável; por outro lado, a questão de saber se, quando se opte, quanto à primeira questão, pela tese da incondicionabilidade, a nulidade da condição acarreta a nulidade da própria designação (por força da aplicação do princípio *vitiat et vitatur* consagrado no art. 271.º/1 CC).

Quanto à primeira questão, TEIXEIRA DE SOUSA, *Nulidade da designação do árbitro da parte; Procedimento da nomeação do árbitro pelo presidente da relação (Parecer; inédito), 2010*, partindo da qualificação da designação de árbitro como *simplex acto processual*, e afirmando a existência de um princípio geral de incondicionabilidade dos actos jurídicos dessa espécie (simplex actos processuais), considera que é nula a condição aposta à designação. Não partilho deste entendimento. A meu ver, a designação de árbitro, mais do que um *simplex acto processual*, é uma declaração negocial (proposta) integradora do itinerário formativo do contrato de árbitro (matéria que desenvolvo mais adiante, no texto, no §5, 12.).

Quanto à segunda questão, e sustentando a aplicação, por via da remissão do art. 295.º CC, do art. 271.º/1 CC, TEIXEIRA DE SOUSA defende que a nulidade da condição aposta à designação de árbitro determinaria a nulidade da própria designação – sendo que o autor, para o efeito de verificação dos pressupostos de admissibilidade da nomeação judicial de árbitro, equipara a designação nula à absoluta falta de designação. Mesmo que fosse de admitir a tese da qualificação da designação de árbitro como *simplex acto processual* (tese de que não comungo), afigura-se-me discutível que dela se possa desprender tais consequências (nulidade da designação, e equiparação desta à falta de designação). Em primeiro lugar, porque me parece que, *quanto ao regime da condição*, não se verifica, entre o *simplex acto processual* e o *negócio jurídico*, a “analogia das situações” (a que se reporta o art. 295.º CC) que justifique a aplicação, ao primeiro, do regime geral do segundo (aí incluído o art. 271.º CC). Sendo o *simplex acto jurídico* (e assim também o *simplex acto processual*) aquele cujos efeitos, em lugar de corresponderem à vontade do declarante (como é próprio do acto negocial propriamente dito), “*são determinados pela lei, sem que as partes os possam escolher ou determinar*”, não faz-se sentido aplicar-lhe o regime geral da condição, que é, precisamente, uma cláusula acessória através da qual as partes determinam e regulam a eficácia do negócio. Em segundo lugar, porque se afigura que a posição de TEIXEIRA DE SOUSA não se coaduna com a *ratio* profunda da norma da norma do art. 271.º/1 do CC, que consiste em proteger a autonomia privada, respeitando a vontade presumível das partes (neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, 720-721*). *Ratio* que levou a legislador a afastar-se da regra geral da conservação do negócio estabelecida no art. 292.º CC, que impõe a sua redução quando um das suas partes se ache viciada. O legislador presume, naturalmente, que as partes só aceitam vincular-se condicionalmente, e que, por conseguinte, não valendo a condição, não estão dispostas a obrigar-se. Ora, no caso da designação de árbitro sujeita a condição, é evidente para qualquer um que a vontade presumível do declarante (aquela vontade que qualquer declaratório normal lhe atribuiria), para o caso de não poder valer a condição, vai no sentido da manutenção da designação, pois é óbvia a preferência de qualquer litigante (preferência reconhecível para um declaratório normal) por um colégio arbitral que integre um árbitro designado por si, em vez de outro que seja nomeado pelo tribunal. O que corresponde, de resto, como vimos, ao modo supletivo de determinação de árbitros.

Da nulidade da condição aposta ao acto de designação de árbitro não resultaria, pois, a nulidade deste último, que ficaria ileso, dando-se aquela como não escrita. Note-se, de resto, que, como lucidamente observa MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 719, é essa a solução que o legislador estabelece em várias hipóteses em que estão causa condições apostas em actos jurídicos em relação aos quais não assiste ao declarante “*liberdade de estipulação*” (o que é próprio dos *simplex actos jurídicos*).

designados pelas partes; *escolher* o árbitro cuja determinação seja omitida pelo terceiro a quem as partes a hajam confiado; *escolher* o árbitro-presidente quando, em tribunais plurais, os árbitros já determinados não o façam.

Prevedo, assim, a possibilidade de intervenção do tribunal judicial no processo de determinação dos árbitros, a requerimento de uma das partes (em regra aquela que pretende instaurar a acção – e que precisa, por conseguinte, de pôr em marcha o processo de constituição do tribunal arbitral), a LAV, todavia, não prevê (e, por isso, não resolve) o problema de saber se a outra parte deve ser ouvida.

Apresentando-o em fórmula interrogativa, é pois este o problema que me proponho tratar: quando lhe seja requerida, por uma das partes do litígio arbitral, a *nomeação* ou a *escolha* de árbitro, deve, ou não, o Presidente do Tribunal da Relação competente ouvir a outra parte, concedendo-lhe o contraditório?

5. Circunscrição do âmbito de investigação à arbitragem nacional

Antes de avançar, importa circunscrever o âmbito da investigação: apenas tenho em vista a *arbitragem nacional*. Sem prejuízo de referências pontuais, fica pois excluída do centro do campo de análise, devido às particularidades que a caracterizam e aos problemas específicos que suscita, a chamada arbitragem *transnacional*²⁹.

§3

Algumas soluções de direito comparado

7. Preliminar

O direito português não é o único a prever a possibilidade de recurso ao tribunal judicial para desfazer os bloqueios na determinação dos árbitros que comprometam o processo de constituição do tribunal arbitral. Pode mesmo dizer-se que, de entre os Estados que reconhecem e enquadram normativamente a arbitragem voluntária, serão

²⁹ LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 53, identifica dois conceitos de *arbitragem transnacional*: em sentido amplo, é transnacional “*toda a arbitragem voluntária que em virtude de contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do respectivo estatuto*”; em sentido estrito, é transnacional a arbitragem “*que tem por objecto litígios emergentes do comércio internacional*” (conceito muito próximo da definição que o legislador, no art. 32.º LAV, dá de *arbitragem internacional*: “*a que põe em jogo interesses de comércio internacional*”).

raríssimos aqueles que o não fazem³⁰. Para a disseminação internacional desta solução terá porventura contribuído a sua previsão no art. 11.º da Lei Modelo UNCITRAL.

Quanto ao problema de que me ocupo (o de saber se o contraditório deve ser respeitado no processo em que o tribunal seja chamado a determinar árbitros), contudo, são poucas as ordens jurídicas a dar-lhe resposta expressa e directa. Ainda assim, quando tal acontece, a opção vai no sentido da necessidade de se ouvir a parte requerida. Vejamos, a seguir, os exemplos dos direitos alemão, francês, espanhol, austríaco e inglês.

7.1. Direito alemão

Na Alemanha, à semelhança do disposto no art. 12.º LAV, o §1035/3 e 4 ZPO, na hipótese de ocorrência de impasses ou atrasos na designação de algum árbitro (quer quando as partes tenham estipulado sobre o modo da sua determinação, quer quando tenham feito silêncio sobre o ponto), admite a possibilidade de se requerer ao tribunal a respectiva nomeação. Especificamente para o caso em que o tribunal arbitral seja composto por três membros, não dispondo as partes sobre o modo da sua determinação, estabelece o §1035/3: *“Hat eine Partei den Schiedsrichter nicht innerhalb eines Monats nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei bestellt oder können sich die beiden Schiedsrichter nicht binnen eines Monats nach ihrer Bestellung über den dritten Schiedsrichter einigen, so ist der Schiedsrichter auf Antrag einer Partei durch das Gericht zu bestelleni”*. Também para a hipótese de frustração do modo de determinação de árbitros previsto pelas partes, o legislador alemão abre a via à intervenção do tribunal judicial, estatuinto o seguinte, no §1035/4 ZPO: *“Haben die Parteien ein Verfahren für die Bestellung vereinbart und handelt eine Partei nicht entsprechend diesem Verfahren oder können die Parteien oder die beiden Schiedsrichter eine Einigung entsprechend diesem Verfahren nicht erzielen oder erfüllt ein Dritter eine ihm nach diesem*

³⁰ A China será um desses casos. Na verdade, a lei chinesa da arbitragem, de 1994, não prevê a intervenção do tribunal estadual no processo de constituição do tribunal arbitral. Facto que se compreende em face da preponderância que adquirem no sistema chinês as “comissões arbitrais”, cuja institucionalização cabe a organismos públicos dependentes quer do governo central quer das províncias e regiões (arts. 10.º e ss. da lei chinesa, cuja tradução para inglês consultei em <http://www.jus.uio.no/lm/china.arbitration.law.1994/10.html>). O papel das “comissões arbitrais” parece conferir ao sistema chinês a feição de uma arbitragem “voluntária necessariamente institucionalizada”. Para uma perspectiva crítica de alguns aspectos da lei chinesa, ver CHI MANJIAO, *Is Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly? Determining the Validity of Arbitration Agreement Under Chinese Law, in Asian International Arbitration Journal, Vol. 4, n.º 2, 2008.*

Verfahren übertragene Aufgabe nicht, so kann jede Partei bei Gericht die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen beantragen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht“

Mais adiante, numa disposição aplicável a todas as intervenções judiciais no processo arbitral (incluindo as previstas no §1035 ZPO no âmbito do processo de constituição do tribunal arbitral), e quanto ao problema que é alvo da minha atenção, o §1063/1 ZPO (sob a epígrafe *Algemeine Vorschriften*), não deixa dúvidas quanto à necessidade de respeito pelo contraditório: *“Das Gericht entscheidet durch Beschluss. Vor der Entscheidung ist der Gegner zu hören“*³¹.

7.2. Direito francês

Na França, o art. 1444.º do *Code de Procedure Civile*, a propósito também de eventuais dificuldades no processo de constituição do tribunal arbitral, concede às partes a prerrogativa de requerer a intervenção do tribunal judicial: *“Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres”*³². No art. 1457.º, o *Code de Procedure Civil* manda aplicar ao processo judicial resultante do requerimento previsto no art. 1444.º, as regras do “*référé*”: *“Dans les cas prévus aux articles 1444, 1454, 1456 et 1463, le président du tribunal, saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours”*. Ora, quando prescreve as regras processuais aplicáveis, em geral, a qualquer “*ordonnances de référé*”, o *Code de Procedure Civil* é igualmente expressivo em matéria de respeito pelo contraditório. Desde logo, o art. 485.º determina que *“La demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés”*. Logo a seguir, no art. 486.º, o legislador gaulês acentua a importância do contraditório: *“Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense”*³³.

³¹ Sobre estas soluções do direito alemão, ver MUSIELAK, ob. cit., §1035, Rn.8-10 e 14-15, e DIETMAR HANTKE, *Die Bildung des Schiedsgerichts*, in *SchiedsVZ*, 2003, 269 (*Beck-Online*), 2003.

³² Registe-se, neste ponto, o pormenor de a competência para a nomeação judicial de árbitro ser atribuída, tal como no art. 12.º LAV, ao presidente do tribunal de grande instance.

³³ Sobre o direito francês, ver Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD e Berthold GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, p. 484 e ss.

7.3. Direito espanhol

Na Espanha, o art. 15.º/2-b) da Ley 60/2003, de 23/12, disponibiliza também o recurso à via judicial para resolver dificuldades no processo de constituição do tribunal arbitral: “*En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes*”. No n.º 4 do mesmo preceito, o legislador espanhol manda aplicar ao processo de designação judicial de árbitro as regras do “*juicio verbal*”. No art. 437.º da Ley de Enjuiciamiento Civil, a primeira das normas do Título relativo ao *juicio verbal*, o legislador espanhol é claro em matéria de contraditório: “*El juicio verbal principiará mediante demanda sucinta, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida*”.

7.4. Direito austríaco

Na Áustria, na linha do direito alemão, o §587/1-4 da *Zivilprozessordnung* reconhece também às partes o direito de recorrerem ao tribunal judicial para superarem impasses que perturbem o processo de constituição do tribunal arbitral, sobretudo no concernente à determinação de árbitros: “*Hat eine Partei einen Schiedsrichter nicht binnen vier Wochen nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Aufforderung durch die andere Partei bestellt oder empfangen die Parteien nicht binnen vier Wochen nach der Bestellung der Schiedsrichter von diesen die Mitteilung über den von ihnen zu bestellenden Schiedsrichter, so ist der Schiedsrichter auf Antrag einer Partei durch das Gericht zu bestellen*”. Ao processo que tenha por objecto a designação judicial de árbitro, o §616/1 da *Zivilprozessordnung* austríaca manda aplicar as regras da *Außerstreitgesetzes (Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*³⁴, de 12/12/2003). Pois bem, sob a

³⁴ Que talvez se possa traduzir, considerando a terminologia processualística nacional, por *lei relativa aos processos de jurisdição voluntária*.

esclarecedora epígrafe *rechtliches Gehör*, o §15 da Außerstreitgesetzes prescreve que: “*Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, von dem Gegenstand, über den das Gericht das Verfahren von Amts wegen eingeleitet hat, den Anträgen und Vorbringen der anderen Parteien und dem Inhalt der Erhebungen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen*”.

7.5. Direito inglês

Mas não fiquemos por jurisdições (ainda que emblemáticas, e representativas quer do modelo romano-germânico quer do modelo romano-francês) da família da *civil law*. Vejamos, na família da *common law*, a solução que nos oferece o direito de Inglaterra. Para os casos em que se verifique, no processo de constituição do tribunal arbitral, uma situação de *failure of appointment procedure*, a *section 18* do *Arbitration Act 1996* determina que “*If or to the extent that there is no such agreement any party to the arbitration agreement may (upon notice to the other parties) apply to the court to exercise its powers under this section*”. Sendo certo que, segundo a *section 80* do *Arbitration Act*, “*references in this Part to an application, appeal or other step in relation to legal proceedings being taken “upon notice” to the other parties to the arbitral proceedings, or to the tribunal, are to such notice of the originating process as is required by rules of court*”.

§4

As coordenadas para a solução do problema no direito português

8. O princípio do contraditório e o problema da selecção da *forma de processo* aplicável

O princípio do contraditório, que integra o elenco dos princípios gerais do processo civil, gozando mesmo de reconhecimento jurídico-constitucional, como dimensão do princípio da equidade (art. 20.º/4 CRP)³⁵, tem um “conteúdo multifacetado”, que se desdobra no “direito à audiência prévia” (art. 3.º/1 do CPC) e no “direito de resposta” (art.3.º/3 e 4 CPC³⁶). O direito de audiência prévia assegura à parte

³⁵ Ver LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p. 82.

³⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997*, p.46-47.

a possibilidade de conhecer que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência, de modo a poder deduzir oposição. O “direito de resposta” habilita a parte a “conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas”³⁷. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida (art. 3.º/2 CPC).

A observância do princípio do contraditório, e o respeito pelos direitos em que se projecta, implica pois, necessariamente, uma *forma de processo* que inclua no esquema da *sequência processual* correspondente os actos (das partes e do próprio tribunal) e as formalidades indispensáveis a levar ao conhecimento da parte demandada ou requerida os actos praticados pela contraparte e a conceder-lhe a oportunidade de sobre eles se pronunciar³⁸. Desde logo a citação, ou a notificação, consoante os casos, das iniciativas e pronúncias da cada uma das partes.

Como se sabe, a lei não prevê uma só forma de processo, um só esquema para a sequência de actos e formalidades em que o processo se manifesta. Abstraindo-nos agora do domínio da acção executiva, o universo da acção declarativa compreende duas categorias fundamentais de formas processuais: as formas do *processo comum* (ordinário, sumário e sumaríssimo) e as formas dos múltiplos e variados *processos especiais* (art. 460.º CPC).

Todo aquele que pretende deduzir uma pretensão em juízo, enfrenta, logo de início, um problema inescapável: o problema da selecção, dentro do generoso cardápio legal, da forma de processo aplicável. Será o correspondente esquema de tramitação da lide (assim como as regras subsidiárias que o integrem) que determinará, desde logo, as formalidades a observar no acto inaugurador do processo (petição ou requerimento inicial). E será também o mesmo esquema legal a determinar se há, ou não (e só excepcionalmente é admissível que não haja) lugar aos actos necessários à observância do contraditório. A esse problema também não escapa a parte que, perante dificuldades ou impasses no processo de constituição do tribunal arbitral, pretenda requerer ao Presidente do Tribunal da Relação territorialmente competente a *nomeação* ou a *escolha*

³⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos*, p.47.

³⁸ A *forma de processo*, segundo Antunes VARELA/J. Miguel BEZERRA/Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p.67, n.2, consiste, precisamente, “no conjunto ordenado de actos a praticar, bem como de formalidades a cumprir, tanto na proposição, como especialmente no desenvolvimento da acção”.

de árbitros³⁹. Deste modo, o problema de saber se, no processo correspondente, iniciado com o requerimento de nomeação ou de escolha, há ou não lugar à audiência contraditória da parte requerida, é, nem mais nem menos, *um problema de selecção da forma de processo aplicável* (e, também, de determinação das normas que lhe são aplicáveis).

9. O pedido como critério de selecção da forma de processo

O critério determinante na escolha da forma de processo é o *pedido* apresentado (*rectius*: a apresentar) em juízo, entendido como solicitação, ao tribunal, de uma específica providência de tutela jurisdicional (“elemento funcional” do pedido), com base na *afirmação* de uma certa situação jurídica (*pretensão processual* em sentido próprio, ou “elemento de conteúdo” do pedido, que o liga, individualizando-o, à causa de pedir)⁴⁰. “É em face da pretensão de tutela jurisdicional deduzida pelo autor na petição que deve apreciar-se a propriedade da forma processual usada”⁴¹. Uma vez

³⁹ Para além de, como já vimos (*supra*, n. 25), o Presidente da Relação constituir um autónomo órgão judicial (um tribunal, portanto), não parece que possa suscitar-se dúvidas sérias quanto ao facto de a sequência de actos iniciada com o requerimento de nomeação (ou escolha) constituir um verdadeiro *processo judicial*, e não um *procedimento administrativo* – ainda que possa admitir-se, como mais adiante, no texto, tentarei demonstrar, que se trata, nalgumas hipóteses, de um processo de jurisdição voluntária. Não está em causa, no processo de nomeação (ou escolha) judicial de árbitro, nenhum interesse público específico que ao Presidente da Relação caiba zelar. Estará em causa, no máximo, nas hipóteses ajustáveis ao figurino da jurisdição voluntária, a “administração pública de direitos privados” (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p. 54). É pacífico, de resto, na literatura especializada, tratar a determinação judicial de árbitros no quadro do capítulo da “intervenção do *tribunal judicial* na arbitragem”, onde é colocada a par de outros mecanismos judiciais de “apoio do processo arbitral” (como o decretamento e execução de medidas cautelares) e dos meios de controlo da sua legalidade – ver JOÃO RAPOSO, *A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e produção de prova*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 109 e ss, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, 249 e ss., LIMA PINHEIRO, *ob. cit.*, p.81 (que se refere a uma “função de assistência da arbitragem” por parte dos tribunais judiciais) e J.A.FREEDBERG-SWARTZBURG, *Court assistance in the appointment of arbitrators*, in *Law and reality, Essays on national and international procedural law*, Martinus Nijhof Publishers, 1992.

⁴⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto da sentença e o caso julgado material (Estudo sobre a funcionalidade processual)*, *BMJ*, n.º 325, 1983, pp.104-105 – a pp. 93 e ss., no quadro de uma compreensão “dual” do objecto do processo (que o entende como constituído pelo pedido e pela causa de pedir), o autor trata das noções de *pretensão processual*, de *pedido* e de *causa de pedir*.

⁴¹ VARELA/BEZERRA/NORA, *ob. cit.*, p. 69. O termo “pretensão” parece ser aqui usado no sentido que, no texto, na linha de TEIXEIRA DE SOUSA (ver nota anterior), dou ao termo “pedido”.

que, deste modo, a pedidos diferentes correspondem esquemas processuais distintos, a determinação da forma de processo reguladora da tramitação da instância supõe (exige) a prévia caracterização jurídico-processual do pedido⁴². É preciso qualificar o que se pede para se saber como deve pedir-se.

10. A importância das relações jurídicas subjacentes à arbitragem voluntária na qualificação do *pedido* de determinação judicial de árbitro

A resposta ao problema de saber qual a *forma* aplicável ao *processo* de determinação judicial de árbitros impõe, portanto, a caracterização jurídica do que aí é *pedido* pelo requerente. Tarefa que, por sua vez, não se pode levar a cabo sem, antes, se caracterizar as relações jurídicas subjacentes que tem por objecto, especificamente, a própria arbitragem voluntária⁴³: a relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes por meio da *convenção de arbitragem*; e a relação jurídica estabelecida entre as partes e os árbitros, resultante do chamado *contrato de árbitro*⁴⁴. É, assim, à caracterização (que se fica nos limites da brevidade) destas relações jurídicas que se dedica o próximo parágrafo.

§5

As relações jurídicas subjacentes à arbitragem voluntária: a convenção de arbitragem e o contrato de árbitro

11. A convenção de arbitragem

12.1. Noção

A convenção de arbitragem é, precisamente, como resulta do que já se foi dizendo, o acordo por força do qual as partes submetem a resolução de certos litígios

⁴² A afirmação é, verdadeira, sobretudo no que diz respeito à escolha (fundamental) entre o processo comum e os processos especiais. Dentro do processo comum, a selecção da forma aplicável depende de outros critérios, designadamente o do valor da acção.

⁴³ Não me refiro, portanto, à relação jurídica material controvertida no processo arbitral (aquela sobre que versa a decisão arbitral), mas apenas às relações estabelecidas em vista da arbitragem e em conexão com ela.

⁴⁴ Uma vez que o *pedido*, como vimos, inclui a afirmação de uma certa situação jurídica (que, em regra, tem a estrutura bilateral de uma “relação” jurídica) – nisso se traduz o seu “elemento de conteúdo”, ou *pretensão processual* –, a sua qualificação (para efeitos de selecção da forma de processo) obriga à caracterização desta.

que as dividem (litígios actuais) ou venham a dividi-las (litígios eventuais), à decisão de árbitros (art. 1.º LAV).

11.2. Modalidades: cláusula compromissória e compromisso arbitral

A convenção de arbitragem pode assumir uma de duas modalidades: pode apresentar-se ora como *compromisso arbitral* ora como *cláusula compromissória* (art. 1.º/2 LAV). O critério distintivo entre os dois modos de aparecimento da convenção de arbitragem reside no carácter *actual* ou *eventual* do litígio⁴⁵: o compromisso arbitral reporta-se a litígios já existentes e deflagrados⁴⁶ entre as partes (podendo mesmo ser já objecto de um processo judicial – art. 290.º CPC); a cláusula compromissória consiste na *previsão* de litígios que possam, no futuro, opor as partes. A cláusula compromissória tanto pode ser parte integrante do texto de um contrato mais abrangente (caso em que será, em sentido próprio, uma *cláusula*) – do qual nasce a relação jurídica de que emergirão os litígios nela previstos –, como constituir uma convenção autónoma, desligada de qualquer outro negócio⁴⁷.

Embora isso não tenha necessariamente de acontecer, o facto de a *cláusula compromissória* fazer parte de um outro contrato (o *contrato principal*) suscita inevitavelmente o problema de saber se ela é deste dependente, quer em termos de validade, quer em termos de eficácia. De modo a evitar o bloqueamento da competência do tribunal arbitral, a generalidade dos sistemas jurídicos (incluindo o português, por

⁴⁵ RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 46, 5-48, 1986, p. 293.

⁴⁶ Um litígio “já nascido ou já surgido”, nas palavras de RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 293.

⁴⁷ LIMA PINHEIRO, ob. cit., p.84. Quando tiver por objecto litígios emergentes de uma “relação jurídica extracontratual” (como se prevê no art. 1.º/2 LAV), a cláusula compromissória tenderá a surgir nesse figurino de convenção autónoma. A “relação jurídica extracontratual” a que se refere o legislador parece ser a relação que se centra na obrigação de indemnizar resultante de situações geradoras de responsabilidade civil extracontratual. Parece-me que a convenção de arbitragem tenderá a configurar-se como cláusula compromissória quando as partes prevêm litígios que possam resultar de danos extracontratuais (lesivos de bens delitualmente protegidos) que uma possa vir a infligir à outra, uma vez que, em tal hipótese, não existe ainda a relação jurídica determinada de que o litígio pode vir a emergir, apenas as ligando a genérica, “absoluta” e subjectivamente indiferenciada “obrigação passiva universal”. Em tal hipótese, o litígio é necessariamente futuro e eventual (e, portanto, a convenção de arbitragem não pode deixar de amoldar-se ao formato da cláusula compromissória). Quando, diferentemente, se trate de um litígio relativo à obrigação de indemnizar (que é já uma *obrigação* em sentido técnico) resultante da ocorrência de uma situação (geradora) de responsabilidade, parece que a convenção de arbitragem tenderá a assumir as feições do compromisso arbitral. A celebração de convenção de arbitragem relativa a uma situação em que ocorreu já um facto danoso é sintoma de que o litígio estalou já entre as partes (que é já, portanto, litígio actual).

força do art. 21.º/2 LAV) responde ao problema com a consagração do “princípio da autonomia da convenção de arbitragem”, que opta pela solução da independência da cláusula compromissória em relação ao contrato principal de que faça parte. Segundo este princípio, “a validade e a eficácia da convenção de arbitragem não são afectados pelas vicissitudes do contrato em que está inserida, pelo que os vícios do contrato principal não abrangem automaticamente a convenção de arbitragem”⁴⁸.

No quadro do direito vigente, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são modalidades de convenção de arbitragem autónomas e independentes entre si, sendo qualquer uma delas suficiente para legitimar o desencadeamento do processo de constituição do tribunal arbitral. Para que este se inicie, não é preciso que à cláusula compromissória se siga, uma vez espoletado (e tornado actual) o litígio, um compromisso arbitral. Por outro lado, a invalidade da cláusula compromissória não contamina o compromisso arbitral que venha a ser celebrado depois dela⁴⁹. Não era exactamente assim na vigência dos CPC de 1939 e de 1961⁵⁰. Predominava na doutrina, que argumentava com a solução legal estabelecida no art. 1513.º do CPC de 1961 (correspondente ao art. 1565.º do CPC de 1939)⁵¹, a tese do *carácter preliminar e obrigacional* da cláusula compromissória, a que apenas reconhecia o efeito de criar a *obrigação* de celebração do compromisso arbitral. O mecanismo previsto no referido art. 1513.º era mesmo visto como uma acção de “*execução específica da promessa contratada*”^{52 53}.

⁴⁸ MANUEL PERREIRA BARROCAS, ob. cit. p. 149. Ver também LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 119 e ss.

⁴⁹ Sobre as relações possíveis entre as duas modalidades da convenção de arbitragem, ver RAÚL VENTURA, ob. cit., pp. 294-295.

⁵⁰ A consagração legal da distinção entre as duas modalidades da convenção arbitral dá-se, precisamente, no CPC de 1939. Sobre a história do direito da arbitragem em Portugal, ver ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Balanço de 20 anos de vigência da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, Coimbra, 2008.

⁵¹ Era o seguinte o texto do art. 1513.º: “Estipulada a cláusula compromissória, se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, pode a outra requerer, ao tribunal da comarca do domicílio daquela, que se designe dia para a nomeação de árbitros”.

⁵² Sobre a caracterização da doutrina que então pontificava (convocando GALVÃO TELES e PALMA CARLOS), ver RAÚL VENTURA, ob. cit., pp. 296-298. Sobre o ponto, ver também LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 85. Tentarei demonstrar, mais adiante, no texto, que ao processo de determinação judicial de árbitros (art. 12.º LAV), quando com este se vise o suprimento da falta de *designação* do árbitro pela parte remissa, não é alheia uma certa dimensão de *cumprimento específico*.

11.3. Natureza: a convenção de arbitragem como contrato processual

A convenção de arbitragem, em qualquer das suas duas modalidades, é um contrato⁵⁴. É, pois, um negócio jurídico que consiste num “acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido” – quer dizer, um acordo dotado de eficácia jurídica, “performativo e reflexivo”⁵⁵. O facto de entre as partes da convenção de arbitragem não haver interesses contrapostos ou divergentes (quanto ao ponto, bem entendido, da submissão do litígio à arbitragem; mas já não quanto à relação controvertida de que ele emerge) não é impeditivo da sua qualificação como contrato. O que é determinante para a qualificação contratual é a pluralidade de partes e a “reflexividade” dos seus efeitos⁵⁶.

A convenção de arbitragem é, por outro lado, e agora sob um outro “ponto de vista”, um contrato de natureza *processual*, que, enquanto “convenção sobre competência”, que tem “repercussão no processo”⁵⁷, exprime o “exercício de poderes de disposição das partes sobre os meios ou as condições da tutela jurídica”⁵⁸.

11.4. Os efeitos da convenção de arbitragem

⁵³ Curiosamente, no direito brasileiro (arts. 6.º e 10.º/II da Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996) acha-se consagrada uma solução claramente inspirada pelo modelo dos CPC de 1939 e de 1961. Sobre isto, ver LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 85.

⁵⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p. 144, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem*, p. 83, LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 187 e ss.

⁵⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I, Conceito; Fontes; Formação*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2005, p.37.

⁵⁶ Como sublinha CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 35-36, a contraposição ou divergência de interesses como critério da contratualidade apenas se revela ajustada aos contratos com função de troca, enfrentando dificuldades insuperáveis para lidar com os contratos com função de liberalidade.

⁵⁷ PAULA COSTA SILVA, *Acto e Processo; O dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 172.

⁵⁸ LEBRE DE FREITAS, *Algumas Implicações*, p. 627. Subjacente à qualificação processual da convenção de arbitragem está, pois, a recusa do “critério da inclusão” (ou da “integração”), que exclui da extensão do conceito de acto processual todos aqueles actos que não se integrem na “sequência do processo”. Sobre a distinção entre os conceitos de “acto processual” e “negócio processual”, sobretudo a propósito da discussão travada na processualística alemã, ver PAULA COSTA SILVA, ob. cit., pp. 171 e ss. A autora, a pp. 172-173, embora aderindo ao referido “critério da inclusão”, introduz-lhe uma nuance que o torna capaz de assimilar também o negócio processual. Os negócios processuais, a que a autora atribui “existência meramente eventual”, porque não fazem parte da “cadeia procedimental, tal como prevista pelo legislador”, passariam a integrar, quando “viesses a ter existência”, a “sequência processual concreta”, incluindo-se no conjunto dos “actos preparatórios do acto final”.

11.4.1. A convenção de arbitragem, conferindo às partes o poder de pôr em marcha o processo que aí possa desembocar, não produz o efeito de constituição do tribunal arbitral. Mesmo quando faça parte do seu conteúdo a designação dos árbitros, o tribunal arbitral só fica efectivamente constituído quando estes aceitam a incumbência que lhes é proposta.

11.4.2. A convenção não gera, por outro lado, eficácia obrigacional. Quer dizer, da sua celebração não resultam *obrigações* em sentido técnico⁵⁹ – isto é, vínculos que adstringam qualquer das partes a realizar uma *prestação* (art. 397.º CC). Nem sequer, como vimos, quando se trata de cláusula compromissória, uma vez que esta, ultrapassado o entendimento que dela se fazia na vigência dos CPC de 1939 e 1961, há muito deixou de ser vista como contrato promessa que *obrigaria* à celebração do compromisso arbitral. Não pode, de resto, dizer-se, com propriedade, que a convenção de arbitragem *obriga* as partes a sujeitar a resolução do litígio à decisão de árbitros, ou a abster-se de recorrer aos tribunais estaduais⁶⁰. Surgindo o litígio, nada as impede de o comporem consensualmente⁶¹. Seria, pois, absurda uma qualquer *acção de cumprimento* que visasse a *condenação* de uma das partes a submeter a resolução do conflito a um tribunal arbitral⁶².

11.4.3. No plano dos efeitos jurídico-processuais, a convenção de arbitragem delimita a competência do tribunal arbitral (a “*fracção do seu poder jurisdicional*”⁶³), balizando a matéria de que os árbitros podem conhecer, e que, simetricamente, fica

⁵⁹ Neste sentido, RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 299.

⁶⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, ob. cit., pp. 281 e ss., falam de uma “obligation of the parties to submit disputes to arbitration”. Não parece que os autores, ao usarem esta terminologia, pretendam tomar posição sobre a questão da eficácia obrigacional da convenção de arbitragem. Parece-me que apenas visam acentuar a afirmação (indisputável) de que as partes *se acham vinculadas* à convenção de arbitragem. Mas, evidentemente, estar *vinculado* a um contrato não é necessariamente o mesmo que estar *obrigado* (tomada a expressão no seu sentido técnico rigoroso) por ele. Ao uso do termo *obligation* não será certamente estranho o hábito metonímico de associar a ideia de contrato à ideia de contrato obrigacional.

⁶¹ Como nota RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 300, “a completa inactividade de ambas as partes quanto ao litígio abrangido pela convenção não viola qualquer obrigação por elas tomada”.

⁶² Quando a convenção de arbitragem preveja como modo de determinação dos árbitros a sua *designação* por qualquer delas, pode falar-se, é certo, como veremos mais adiante, de um *dever* de designar. Este, todavia, para além de não corresponder funcionalmente a uma verdadeira obrigação, não nasce da convenção de arbitragem, mas, antes, do exercício, pela outra parte, do direito à constituição do tribunal arbitral. Desenvolvo o tratamento desta questão *infra*, 11.4.4.

⁶³ VARELA/BEZERRA/NORA, ob. cit., p. 195.

excluída da competência dos tribunais judiciais. A convenção de arbitragem, delimitando a *competência* do tribunal arbitral, não tem o efeito de atribuir concretos *poderes* jurisdicionais aos árbitros. Este apenas pode resultar do *contrato de árbitro* (figura que tratarei mais adiante)⁶⁴. Só assim se explica que, nos termos do art. 21.º/1 LAV (que consagra a regra *Kompetenz-Kompetenz*⁶⁵), o tribunal arbitral tenha *poderes* para conhecer da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem. Seria, na verdade, absurdo afirmar que o poder jurisdicional dos árbitros resultaria do contrato que os próprios árbitros declarassem inválido ou ineficaz.

11.4.4. Da convenção de arbitragem resulta também, para ambas as partes, reciprocamente, o “*poder de provocar a constituição do tribunal arbitral*” – é este o “*efeito positivo central*” da convenção de arbitragem⁶⁶. Este direito nem sempre se dá à observação do mesmo modo, variando a sua configuração estrutural consoante o modo de determinação de árbitro aplicável⁶⁷.

11.4.4.1. Nos casos em que as partes elejam os árbitros logo, directamente, na convenção de arbitragem (ou “em escrito posterior”), o poder de provocar a constituição do tribunal arbitral parece cingir-se à faculdade de lhes comunicar a incumbência (art. 9.º/2 LAV), a fim de que, correspondendo isso à sua vontade, possam aceitá-la. A eventual inércia de uma das partes só pode ser superada pela diligência da outra, que não tem à sua disposição qualquer mecanismo coercivo ou substitutivo que possa usar contra a primeira. Nesta hipótese, a individualização dos árbitros corresponde, como veremos melhor mais adiante, à emissão, pelas partes na convenção de arbitragem, de uma proposta de celebração de *contrato de árbitro* dirigida aos escolhidos⁶⁸.

⁶⁴ Tomando de empréstimo a terminologia de VARELA/BEZERRA/NORA, ob. cit., p. 195, pode dizer-se que se a convenção de arbitragem delimita a “*competência abstracta*” do tribunal arbitral, não confere ainda aos árbitros a “*competência concreta*” para julgar a acção.

⁶⁵ Sobre esta regra, ver LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 133 e ss.

⁶⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem*, p. 93. Em sentido idêntico, RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 301 (que se refere ao direito “de fazer constituir o tribunal arbitral”) e MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit. p. 166.

⁶⁷ Nem sempre, portanto, ao invés do que parece resultar das posições de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA E RAÚL VENTURA (ob. e loc. Cit na nota anterior), o direito de provocar a constituição do tribunal arbitral aparecerá nas vestes de *direito potestativo*.

⁶⁸ Poder-se-á, pois, considerar que a individualização do árbitro na convenção de arbitragem lhe confere o *direito potestativo de aceitar a proposta* contratual que nela se encerra. No sentido de que a proposta (irrevogável) confere ao destinatário um direito potestativo de a aceitar, gerando a conclusão do contrato, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, p. 118.

11.4.4.2. Quando seja a *escolha* o modo de determinação do árbitro – isto é, quando as partes, por acordo, confiem a tarefa da sua concreta identificação a um terceiro⁶⁹ –, o direito de provocar a constituição do tribunal arbitral consiste no poder, que assiste a qualquer das partes, de solicitar ao terceiro a efectivação da escolha e de, faltando esta, requerer ao tribunal judicial que o faça em lugar dele (art. 12.º/1 LAV). Neste caso, as partes, ao remeterem, na convenção de arbitragem, a escolha do árbitro para a opção de um terceiro (que, não sendo parte da convenção, não fica obviamente sujeito a qualquer obrigação), tornam-no logo *determinável*⁷⁰. As partes emitem logo a declaração negocial que, uma vez aceite pelo árbitro escolhido pelo terceiro (ou pelo tribunal judicial que o substitua), ficará a integrar, como proposta, o contrato de árbitro. Simplesmente, essa declaração, por força da remissão para a escolha a efectuar por terceiro, é ainda *imprecisa*⁷¹ – remissão que, ao mesmo tempo, é a fonte da imprecisão e o meio de colmatá-la (conferindo determinabilidade ao ponto em aberto). Não sendo apta a produzir qualquer efeito enquanto permanecer imprecisa, tal declaração negocial, porém, logo que adquira precisão, através da escolha efectuada pelo terceiro (ou pelo tribunal judicial, em sua substituição), converte-se automaticamente (sem necessidade de qualquer declaração adicional das partes) em proposta de contrato de árbitro, levando inexoravelmente, se for aceita, à constituição do tribunal arbitral⁷². Pode assim dizer-se que o direito de solicitar a escolha ao terceiro (que inclui o poder de requerer a intervenção substitutiva do tribunal judicial), é um verdadeiro direito potestativo, cujo exercício desencadeia, através da *precisão* que imprime à declaração negocial de determinação indirecta do árbitro, o surgimento de uma proposta contratual (relativa ao

⁶⁹ Ver, *supra*, ponto 4.2.

⁷⁰ MUSIELAK, ob. cit., §1035, Rn. 5-6, considera que a escolha do terceiro não pode ser arbitrária, devendo sujeitar-se aos critérios de determinação da prestação por terceiro, estabelecido no § 315 BGB (correspondente ao art. 401.º CC).

⁷¹ Sobre o requisito da *precisão* da proposta contratual, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 101-102.

⁷² Como diz MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p. 241, “Uma vez aceite, por um proposto árbitro, a última nomeação efectuada, o tribunal arbitral está constituído (...)”. No direito alemão, prevalece o entendimento de que, por força do disposto no § 135/2 ZPO, a efectiva conclusão do contrato de árbitro (sem a qual não se constitui o tribunal arbitral), quando a designação dos árbitros caiba às partes, depende da comunicação da designação à contraparte (não bastando, portanto, a aceitação do designado). Sobre isto, ver SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar (Beck-Online) kapitel 11, Rn. 2-3*, 2005.

contrato de árbitro) eficaz (e, portanto, do correspondente *direito potestativo de aceitação* do escolhido).

11.2.4.4.3. Quando o modo de determinação do árbitro consiste na *designação*, isso significa que a sua concreta identificação fica dependente da emissão de uma posterior declaração negocial (ou de duas declarações negociais, nos casos, que constituem a regra, em que a cada parte compete a designação de um árbitro). É flagrante a diferença que separa esta hipótese daquela em que a convenção de arbitragem remete a *escolha* do árbitro para um terceiro: ali, as partes controlam ainda o processo de constituição do tribunal arbitral, que não saiu ainda das suas mãos, dependendo de uma outra manifestação de vontade (a *designação*) a determinação do árbitro (manifestação que, por seu turno, corporizará a *proposta de contrato de árbitro* dirigida ao designado); aqui, as partes, já declararam o que tinham a declarar (já emitiram mesmo a proposta de contrato de árbitro), não estando o processo de constituição do tribunal, que já escapou ao seu domínio, pendente de qualquer nova manifestação de vontade de nenhuma delas.

Compreende-se, por conseguinte, que, na hipótese de *designação* de árbitro, o processo de constituição do tribunal arbitral seja mais atreito a bloqueios resultantes da inércia das partes, que podem, para retardá-lo, omitir a declaração de determinação do árbitro (a *designação*). O mecanismo de desbloqueamento adoptado pelo legislador não é de natureza obrigacional. Na verdade, não nasce propriamente da convenção de arbitragem um *dever* de designação do árbitro que, *ab initio*, a torne obrigatória, como se fosse uma *prestação* devida. Também aqui, diversamente, o direito de provocar a constituição do tribunal arbitral se deixa caracterizar como *direito potestativo*. Trata-se do direito potestativo cujo exercício se concretiza na *notificação para arbitragem* (art. 11.º/1 e 4 LAV): incluindo nesta a identificação do árbitro que lhe caiba *designar*, e convidando a contraparte a *designar* o que lhe compete, a parte interessada em propor a acção arbitral gera na sua esfera jurídica, agora sim, o *dever* que tem essa designação por objecto. O efeito jurídico produzido (inelutavelmente) na esfera jurídica da contraparte pelo exercício do direito potestativo (e não originariamente pela convenção de arbitragem) é, portanto, este dever de designação de árbitro – dever cujo cumprimento é, como o de qualquer outro dever jurídico, judicialmente exigível (nos termos do art. 12.º LAV)⁷³. Trata-se, contudo, de um dever com uma peculiaridade

⁷³ Ver *infra*, §5.

funcional: o seu cumprimento, interessando ao *credor* (a parte que efectua a notificação para arbitragem, e que pretende promover a constituição do tribunal arbitral), interessa tanto ou mais ao *devedor* (a parte convidada a identificar o árbitro que lhe cabe designar). Na realidade, cumprindo o dever de designar o árbitro, a parte tem a oportunidade de seleccionar aquele que, do seu ponto de vista, que é soberano, possui o perfil, o carácter, os conhecimentos, a experiência e a disponibilidade necessários ao bom julgamento da lide arbitral. Trata-se, no fundo, de um dever estatuído (também) no interesse do devedor. Atrevo-me, pois, a dar-lhe o nome de *dever-direito ou dever-poder*, para sublinhar o facto de o devedor da designação satisfazer (também), quando cumpre, um interesse seu⁷⁴.

11.4.5. Finalmente, importa salientar o chamado *efeito negativo da convenção de arbitragem*, que consiste na prerrogativa, reciprocamente exercitável por ambas as partes, de invocação da *excepção (dilatória) de preterição do tribunal arbitral voluntário* (ou de *violação da convenção de arbitragem*), prevista no art. 494.º-j) CPC⁷⁵: quando uma das partes for demandada no tribunal judicial em acção cujo objecto caiba no âmbito de competência delimitado na convenção de arbitragem, assiste à parte demandada o poder de, invocando isso mesmo, determinar a incompetência do tribunal e a sua consequente absolvição da instância (art. 288.º/1-e)⁷⁶.

A preterição do tribunal arbitral voluntário constitui uma *excepção em sentido próprio* e não uma simples objecção⁷⁷: nos termos do art. 495.º CPC, o juiz não pode dela conhecer officiosamente, dependendo a produção dos seus efeitos (a incompetência do tribunal e a consequente absolvição da instância) da correspondente manifestação de vontade da parte da convenção de arbitragem demandada na acção judicial⁷⁸. Daí que,

⁷⁴ No mesmo sentido, ver PERRONE DARIA, *La nomina e la sostituzione giudiziale degli arbitri alla luce delle riforme introdotte dal D.L.vo 2 febbraio 2006, n.40*, <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/24499.html>, que afirma que “*la nomina dell’arbitro costituisce al tempo stesso un diritto ed un obbligo di parte*”.

⁷⁵ Ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., pp. 165-168, LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 88-89, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de Arbitragem*, p. 93, LEBRE DE FREITAS, *A acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 98, e RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 301.

⁷⁶ Sobre o problema de saber se o tribunal judicial pode (e, podendo, em que medida) apreciar a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem (o problema do eventual efeito negativo da regra *Kompetenz-Kompetenz*), ver LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 135-142.

⁷⁷ LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa*, p. 104-105]

⁷⁸ Já é mais duvidoso que a invocação da excepção constitua o exercício de um verdadeiro direito potestativo. A parte, ao invocá-la, não produz na esfera jurídica da contraparte qualquer efeito extintivo ou paralisante

em rigor, não possa dizer-se que a convenção de arbitragem determina, só por si, a incompetência do tribunal judicial para o julgamento do litígio que tenha por objecto. A produção deste efeito processual depende absolutamente da invocação, em juízo, da convenção de arbitragem. A não invocação da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário corresponderá, tendencialmente, a um acordo tácito de revogação da convenção de arbitragem⁷⁹. Parece-me, pela mesma razão, que não deve sequer ligar-se à convenção de arbitragem o efeito de *obrigar* as partes a absterem-se de recorrer aos tribunais judiciais⁸⁰. O máximo que se pode dizer é que a parte que instaure uma acção judicial que tenha por objecto um litígio contemplado na convenção de arbitragem *fica sujeita* a que a outra use o poder de invocar a excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário.

12. O contrato de árbitro

12.1. O problema da natureza da relação entre os árbitros e as partes: legal ou contratual?

O acto de propositura de uma acção em qualquer tribunal judicial dá lugar a uma relação jurídica triangular, que envolve cada uma das partes e o tribunal: trata-se da *relação jurídica processual*⁸¹. Ninguém põe em dúvida que se trata, aqui, de uma relação jurídica de fonte legal – que surge, portanto, com os vínculos que a compõe, por força da lei, e não com fundamento na vontade das partes. Embora se trate de um acto voluntário (mas não da manifestação de *vontade negocial* propriamente dita), os efeitos jurídico-processuais da propositura da acção não são determinados pela vontade do autor, resultando directamente da lei. Por outro lado, a *competência abstracta* do tribunal funda-se nas normas legais que fixam os critérios da repartição de competência entre os tribunais da mesma ordem, em função de critérios hierárquicos, materiais, de

de um direito preexistente (até porque se trata de mera excepção *dilatória*). Limita-se a obstar ao uso da via judicial para a resolução do litígio. Parece, pois, tratar-se daquelas *excepções em sentido próprio* que se oferecem como *simples poderes*, nas palavras de LEBRE DE FREITAS [2000, p. 104, n.89].

⁷⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit. p.166.

⁸⁰ E daí que a instauração de uma acção judicial por qualquer das partes não constitua uma situação de responsabilidade civil. Parece apontar neste sentido a posição de MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p.166, ao afirmar que o recurso à via judicial por uma das partes da convenção de arbitragem “*não é susceptível de gerar um dano indemnizável*”.

⁸¹ Em geral, sobre a relação jurídica processual, ver LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, pp. 63 e ss].

valor e territoriais. A *competência concreta* do tribunal para o julgamento de cada acção efectivamente proposta resulta, por seu turno, dos procedimentos de *distribuição* regulados nas leis processuais, a que é inerente uma certa álea. A relação de titularidade entre a pessoa do juiz e o tribunal (entendido como *órgão* – isto é, como centro de imputação de competências) – aquela relação que permite afirmar que essa pessoa é titular do órgão judicial competente para o julgamento da acção – emerge, por sua vez, de *actos administrativos* de provimento e de tomada de posse, nos termos do Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho). A remuneração do juiz, por fim, que não se relaciona com o trabalho realizado em cada processo (não é uma retribuição *à peça*), também é fixada pela lei, sem qualquer interferência das partes, que tão pouco estão obrigadas a pagá-la (as partes apenas estão vinculadas, perante o Estado, ao pagamento da taxa de justiça).

Nos tribunais arbitrais tudo é diferente. O tribunal arbitral não é um *órgão pré-constituído*; não integra um aparelho orgânico de funcionamento permanente. O tribunal arbitral existe para e em função de um litígio: é constituído para o resolver e extingue-se logo que o tenha resolvido. A delimitação da competência dos árbitros encontra-se na convenção de arbitragem. Os árbitros, directa ou indirectamente, são escolhidos⁸² pelas partes, de cuja vontade emana o poder de resolução do litígio que as opõe⁸³. É, enfim, sobre as partes que recai a obrigação de suportar os honorários dos árbitros.

Atendendo a estas particularidades da arbitragem voluntária, a esmagadora maioria da doutrina considera que a relação jurídica que se estabelece entre as partes e os árbitros é de natureza contratual: a fonte de onde emana é o chamado *contrato de árbitro*⁸⁴ (*Schiedsrichtervertrag*; *contrat d'arbitrage*; *arbitrator's contract*)^{85 86 87}.

⁸² Uso aqui a palavra “escolhidos” em sentido amplo, e não no sentido, estrito, em que aparece no resto do texto, referente a um específico modo de determinação de árbitros (a *escolha*, por oposição à *designação*).

⁸³ O poder jurisdicional (isto é, o poder de resolução do litígio) dos árbitros funda-se efectivamente na vontade das partes; não se funda lei. A lei, como ocorre em qualquer outro fenómeno *negocial*, limita a sua intervenção ao estabelecimento das condições e requisitos de que faz depender o reconhecimento e a tutela da vontade das partes.

⁸⁴ Em língua portuguesa, são por vezes utilizadas as expressões “contrato arbitral”, “contrato de arbitragem”, “contrato de jurisdição” e “contrato de investidura”. Sobre estas denominações, ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit. p. 326.

⁸⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p. 319 e ss; EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 48 e ss; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem*, p. 89; MUSIELAK, ob. cit., § 1035, Rn. 20-22; LIMA PINHEIRO, ob. cit., pp. 129 e ss.; SCHWAB/WALTER, ob. cit., Kapitel 11, Rn. 1e ss. Divergindo da corrente que prevalece na doutrina, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem*

Creio, também, que a figura do contrato de árbitro é a que melhor exprime a real tessitura das relações jurídicas que se entretencem entre os árbitros e as partes e o papel essencial e marcante que a autonomia privada desempenha no fenómeno da arbitragem voluntária. Trata-se, por outro lado, da construção dogmática que mais se aproxima da letra da lei (embora esta, concede-se, não seja especialmente eloquente). No art. 9.º LAV, com efeito, o legislador consagra a “liberdade de aceitação” do encargo de árbitro. O que significa que a relação que liga o árbitro à parte resulta da “aceitação” de algo que lhe é *proposto*. Algo que, evidentemente, pode, livremente, recusar. É de sublinhar, também, que o n.º2 do mesmo preceito liga à escusa injustificada do encargo aceite pelo árbitro a sua responsabilização pelos danos que daí sobrevierem. O que mostra (ou, menos, tende a mostrar) que a lei parece aí pressupor como “situação de responsabilidade” o *incumprimento* do que se *aceitara* – quer dizer, a infidelidade à palavra dada, ao compromisso (o que é próprio da responsabilidade *contratual*).

Defender a tese do “contrato de árbitro” não implica negligenciar o papel da lei na conformação dos vínculos e demais posições jurídicas (materiais e processuais) que dão conteúdo à relação jurídica entre as partes e os árbitros⁸⁸. E, aqui, relevam, naturalmente, tanto normas de carácter supletivo como preceitos imperativos, inderrogáveis pela vontade das partes. Mas não há nisto nada de invulgar: todos os contratos, em maior ou menor medida, estão sujeitos a uma teia complexa de regulações

voluntária ad hoc, in *Estudos em Memória do Professor António Marques dos Santos, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005*, pp. 831 e ss, rejeita a admissibilidade da figura do contrato de árbitro. Parece-nos, contudo, que o autor não renega uma explicação contratual da “legitimação para decidir” dos árbitros. Essa “legitimação”, nas suas palavras, resultaria da “adesão do árbitro à convenção de arbitragem” (p. 837), e não de um “contrato (autónimo) de árbitro” (p. 831). A recondução do fundamento do poder decisório dos árbitros à convenção de arbitragem não é, porém, compaginável, como já vimos, com a possibilidade (reconhecida no art. 21.º/1 LAV) de os árbitros apreciarem as suas próprias inexistência, invalidade e ineficácia.

⁸⁶ Para a caracterização da teoria “legalista” (“*status or office theory*”) da relação entre os árbitros e as partes (que é, como vimos, minoritária), ver EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 45 e ss.

⁸⁷ Quando se trate de arbitragem institucionalizada, para além do *contrato de árbitro* há ainda que ter em conta duas outras figuras que concorrem para estruturação jurídica das relações entre os intervenientes envolvidos: por um lado, o “*contrato de serviço de arbitragem*”, que liga as partes ao centro de arbitragem; por outro lado, o “*contrato de cooperação arbitral*”, que se estabelece entre o centro de arbitragem e os árbitros. Sobre estas figuras contratuais, típicas da arbitragem voluntária institucionalizada, ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., pp. 330-334 e EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 144 e ss (que as denomina, globalmente, como “*collateral contracts*”).

⁸⁸ Sobre os vínculos (direitos e deveres) que integram a estrutura da relação jurídica resultante do contrato de árbitro, ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., 340 e ss.

que combinam elementos de *autonomia*, fundados no poder jurisdicção das partes, com elementos de *heteronomia*, provenientes do poder ordenador do Estado.

12.2. Os sujeitos do contrato (ou dos contratos?)

Os sujeitos em que se polariza a relação jurídica resultante do contrato de árbitro são, evidentemente, as partes do litígio, igualmente sujeitos da convenção de arbitragem, e os árbitros. Não parece haver polémica quanto a este ponto.

Já o mesmo não pode dizer-se quanto à questão de saber se, quando se trate de tribunal arbitral plural, existe um ou mais contratos entre os litigantes e os árbitros, e quanto ao modo do seu emparelhamento⁸⁹. A este respeito, pode falar-se em duas “teorias” fundamentais: a *teoria da unicidade* contratual (“*single arbitrator’s contract theory*”)⁹⁰; e a *teoria da pluralidade* contratual (“*multiple arbitrator’s contracts theory*”)^{91 92}.

Para a teoria da unicidade, há apenas um contrato de árbitro, que liga, de um lado, todos os árbitros e, do outro lado, todos os litigantes. Teríamos, portanto, um só contrato, celebrado entre duas *partes* compostas, cada uma delas, por mais de um *sujeito*.

Para a teoria da pluralidade, há vários contratos de árbitro: há tantos contratos de árbitro quantos os árbitros. Cada árbitro celebra um contrato distinto. Os partidários da teoria da pluralidade consideram, contudo, que cada um desses contratos é celebrado *por ambas as partes* do litígio (“*jointly*”, “*as a contracting group*”)⁹³. Trata-se, bem vistas as coisas, de uma teoria da pluralidade mitigada, que não chega a admitir, mais

⁸⁹ Os autores que consultei não colocam estes problemas no que concerne à hipótese de tribunal arbitral singular. Parece pacífico, e quase corresponder à necessidade que brota da natureza das coisas, que quando se trata de tribunal a constituir por um só árbitro apenas pode haver um contrato de árbitro. Mas, em rigor, e tendo em conta que o litígio envolve sempre, pelo menos, duas partes, a *necessidade ontológica* da unicidade contratual só se impõe *do lado do árbitro*. Já *do lado das partes do litígio*, contudo, é *ontologicamente possível* hipotizar uma situação de pluralidade contratual. Considerando, ainda assim, que, em princípio, o árbitro único é determinado por acordo entre as partes, directa ou indirectamente, a *unicidade* contratual (*de ambos os lados*) espelhará correctamente a realidade (que talvez possa até reconduzir-se à situação de pluralidade de mandantes prevista no art. 1169.º CC)

⁹⁰ Apontando no sentido da teoria da *unicidade*, ver MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., pp. 338-339, MUSIELAK, ob. cit., § 1035, Rn. 22 e, aparentemente, SCHWAB/WALTER, ob. cit., Kapittel 11, Rn. 2-5.

⁹¹ Sobre estas duas teorias, inventariando argumentos e objecções, ver EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. e ss.

⁹² Defendendo a teoria da pluralidade, ver EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 80-82.

⁹³ EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 50 e ss. e 81-82.

radicalmente, que cada árbitro celebre tantos contratos quantas as partes do litígio (um contrato, separadamente, com cada uma das partes).

Ambas as teorias enfrentam uma dificuldade comum: nos casos em que cada uma das partes, individualmente, *designa* um árbitro, *escolhendo* os assim designados (que tenham *aceite*, individualmente, a designação) um outro árbitro, como explicar que os demais (partes e árbitros), que não emitiram tais declarações, fiquem por elas vinculados? No caso da teoria da unicidade, a dificuldade é acrescida, uma vez que tem de justificar duas afirmações: a afirmação de que a aceitação de cada um dos árbitros vincula os demais; e a afirmação de que a designação de uma parte do litígio vincula a outra.

São frágeis os argumentos em favor da ideia de que os árbitros se vinculam “colectivamente”, como se fossem uma só parte, por força dos actos de aceitação que cada um deles, individualmente, pratica em relação a cada uma das partes. O argumento segundo o qual o contrato de árbitro seria concluído pelo próprio tribunal arbitral (“*as a contracting group*”), e não pelos árbitros, individualmente, sucumbe facilmente à crítica, uma vez que não pode admitir-se a existência do tribunal arbitral antes da aceitação de todos os árbitros⁹⁴. Também me parece insuficiente o argumento segundo o qual seria “(...) a investidura colectiva que explica[ria] o facto de todas [as partes] serem solidariamente responsáveis perante o árbitro pelo cumprimento de certas obrigações que lhes incumbe”⁹⁵, como a de pagar os honorários e as despesas da arbitragem. É que, ao contrário do que o argumento parece postular, a solidariedade entre devedores não exige identidade de causa, sendo perfeitamente concebível, á luz do disposto no art. 512.º/2 CC, uma relação de solidariedade entre devedores cujas obrigações resultem de fontes distintas⁹⁶. Parece-me, também, que o facto de os árbitros serem designados por cada uma das partes (quando seja a *designação* o modo de determinação dos árbitros aplicável), em função de critérios relativos aos seus específicos traços pessoais e profissionais, joga mal com a tese da vinculação colectiva,

⁹⁴ EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 77-79 considera que a teoria da unicidade do contrato de árbitro implica mesmo o reconhecimento do postulado de o sujeito contratual ser o próprio tribunal arbitral. Mas, ainda segundo a mesma autora, é precisamente a necessidade lógica desse postulado (pois sem ele a teoria seria intrinsecamente contraditória) – o qual, todavia, é falso – que constitui a maior fraqueza da teoria da unicidade.

⁹⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p.339.

⁹⁶ Neste sentido, ver MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 216 e ss.

acentuando e reforçando, ao invés, a ideia de uma ligação contratual individualizada entre o árbitro e a parte que o designa. Por outro lado, o facto de todos os árbitros contribuírem, com as suas prestações jurisdicionais, para a realização do objectivo comum (comum entre eles, entre as partes, e entre eles e as partes) da resolução do litígio também não impõe a teoria da unicidade⁹⁷. A comunhão de objectivos não determina, necessariamente, a contitularidade de uma só posição contratual. Nem sequer os deveres deontológicos de imparcialidade e independência a que estão sujeitos os árbitros⁹⁸ constituem argumento a favor da teoria da unicidade⁹⁹. Por fim, não se vislumbra, entre os defensores da teoria da unicidade (e demonstrada a falsidade da hipótese explicativa de o contrato ser encabeçado pelo próprio tribunal arbitral), qualquer argumento que permita explicar a vinculação de cada árbitro pela aceitação da autoria de cada um dos outros.

No que respeita à teoria da pluralidade, a vinculação colectiva (“*jointly*”, “*as a contracting group*”) das partes é, em regra, explicada por via da postulação de poderes de representação entre as partes e entre estas e os árbitros: por um lado, afirma-se a existência de “mandatos recíprocos” entre as partes, “(...) cada uma delas confer[indo] implicitamente à outra um mandato para proceder à escolha de um árbitro”; por outro lado, considera-se que as partes “(...) delegam poderes nos árbitros escolhidos por cada uma delas para (...), em nome delas” escolherem o terceiro árbitro¹⁰⁰. Parece-me uma

⁹⁷ EMILIA ONYEMA, ob. cit., p. 81, apesar de partidária da teoria da pluralidade, defende, a respeito da caracterização da relação entre os árbitros, que “*All the members of a panel of arbitrators are bound by a common goal in a loose association over the particular arbitral reference*”.

⁹⁸ Ver AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA, *O estatuto deontológico do árbitro: passado, presente e futuro*, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 63 e ss.

⁹⁹ Não prestando como argumento válido do debate entre as teorias (ambas contratuais) da unicidade e da pluralidade, estas vinculações deontológicas poderiam eventualmente servir, aí com mais propriedade e pertinência, para sustentar, mais radicalmente, uma posição de negação da natureza contratual da relação entre os árbitros e as partes. Sendo mais pertinente, o argumento, todavia, nem aqui seria convincente. A independência e a imparcialidade de uma das partes em relação aos interesses da outra não impede a ligação contratual entre ambas. Sobretudo no que concerne ao dever de independência, há vários grupos profissionais que estão sujeitos a idênticos deveres estatutários, não sendo, ainda assim, posta em causa a natureza contratual da relação entre os respectivos membros e os seus clientes. Basta pensar nos advogados, nos revisores oficiais de contas e nos técnicos oficiais de contas.

¹⁰⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p. 323. MUSIELAK, ob. cit., §1035, Rn. 22, considera que o direito de designação (*Benennungsrecht*) de cada uma das partes, ou de um terceiro, inclui (*enthält*) a atribuição de poderes de representação para a conclusão do contrato de árbitro (“*Bevollmächtigung zum Abschluss des Schiedsrichtervertrag*”). Na literatura anglo-saxónica predomina também o entendimento de que “*a notional agency*

explicação forçada e artificial, que não se ajusta à vontade das partes nem ao sentido das declarações que emitem, constituindo, aliás, um bom exemplo do uso desse milenar expediente metodológico que é a *ficção*^{101 102}.

Em face da tibieza dos argumentos em que assentam e da refutabilidade dos postulados de que dependem, nenhuma das teorias convence inteiramente enquanto modelo construtivo do contrato de árbitro, embora a teoria da pluralidade resista melhor, na parte que se refere “ao lado dos árbitros”, ao teste da crítica. Estou, também por isso, persuadido de que só uma *teoria radicalmente plural* se revela capaz de espelhar a estrutura e o significado dos comportamentos declarativos de todos os sujeitos envolvidos na arbitragem voluntária. Entendo, pois, que há tantos contratos de árbitro quantos os árbitros e quantas as partes: cada parte celebra um contrato com o árbitro que *designa*; ambas as partes concluem um contrato com o árbitro *escolhido* por terceiro, quando tenha sido esse (a *escolha*) o modo de determinação do árbitro que hajam adoptado. A pluralidade verifica-se, em suma, dos dois lados: do lado dos árbitros e do lado das partes do litígio.

12.3. A formação do contrato

or power of attorney has to be implied into the relationship between the disputing parties as it affects the appointment of the arbitrator” – EMILIA ONYEMA, ob. cit., pp. 53 e ss. A autora, dando nota de que é este o entendimento dominante (que reconduz ao conjunto das “*agency and power of attorney theories*”), adopta uma posição algo diferente, que designa “*partnership theory*”. Esta teoria, partindo de uma “*funcional interpretation of the relationship between the disputing parties*”, defende que a convenção de arbitragem é um “*partnership agreement*”, uma vez que a “*arbitration venture is a joint one for the mutual benefit of the parties to it*”. E acrescenta; “*in concluding the arbitration agreement each partie agrees to perform it in his own interest and in the interest of the other partie to the agreement*”.

¹⁰¹ Segundo SCHWAB/WALTER, ob. cit., Kapitel 11, Rn. 5, trata-se de meras ficções e não de declarações negociais realmente emitidas (“*Fiktionem und nicht um wirklich vorgenommene Willenserklärungen*”). Daí que os mesmos autores considerem que o contrato de árbitro se conclua por força da lei (“*kraft Gesetz*”). Mas, pergunto: será ainda um contrato concluído “por força da lei” um verdadeiro contrato?

¹⁰² Não é por acaso, de resto, que o “*notional agency or power of attorney*” de que fala a doutrina anglo-saxónica nos é apresentado como um verdadeiro *implied term*. É que, como é sabido, a figura do *implied term* tem como equivalente funcional e metodológico, nas jurisdições continentais, as técnicas da ficção e dos “efeitos tácitos” (técnicas perigosas para o Estado de Direito, pois convidam o intérprete, sedutoramente, a desonerar-se do dever de fundamentação da decisão e, mais do que isso, a disfarçar a sua real motivação), que consistem em imputar à vontade das partes o que, contudo, não é mais do que imposição de soluções que se considera decorrentes do direito objectivo ou da “ideia de justiça”. Sobre este ponto, ver PAULO MOTA PINTO, *Sobre o equivalente metodológico e funcional dos “implied terms”*, in *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel Magalhães Colaço, Volume 2,II, Almedina, Coimbra, 2002*, pp. 244 e ss.

Os modos e a dinâmica da formação do(s) contrato(s) de árbitro variam em função dos modos da composição e dos modos de determinação dos árbitros adoptados pelas partes.

Quando as partes hajam logo elegido e individualizado os árbitros na convenção de arbitragem, o contrato formar-se-á a partir do encontro entre a proposta das partes¹⁰³ e a aceitação dos árbitros. Na hipótese de as partes optarem por um tribunal arbitral singular, há apenas um contrato de árbitro, subjectivado, de um lado, no árbitro aceitante e, do outro, em ambas as partes (que, *por acordo*, emitem *uma* proposta de contrato). Se, diversamente, as partes adoptarem a estrutura de tribunal plural, haverá tantos contratos de árbitro quantos os árbitros: cada um deles concluirá com *ambas* as partes um contrato de árbitro¹⁰⁴.

Quando as partes, não os individualizando logo na convenção de arbitragem, tenham adoptado a *designação* como modo de determinação dos árbitros¹⁰⁵, o contrato de árbitro formar-se-á a partir do encontro entre a declaração de *designação* de cada uma das partes, que constitui a *proposta*, e a *aceitação* de cada um dos árbitros¹⁰⁶. Nesta hipótese, cada parte *designante* celebra um contrato de árbitro com cada um dos árbitros. Há, pois, tantos contratos de árbitro quantos os árbitros e quantas as partes. E

¹⁰³ Dizer isto não significa que a proposta do contrato de árbitro constitui, substancialmente, um elemento do conteúdo da convenção de arbitragem. Significa apenas que a proposta emitida por ambas as partes (e que é objecto do seu acordo) se manifesta formalmente no mesmo documento em que se corporiza a convenção de arbitragem. Temos, assim, um documento que alberga um contrato (a convenção da arbitragem) e uma proposta contratual (dirigida ao árbitro, ou a cada um deles quando se trate de tribunal plural). Quando, por conseguinte, o árbitro aceita a proposta que lhe é dirigida, não se pode dizer que ele adere à convenção de arbitragem, mas, apenas, que conclui um autónomo contrato de árbitro com ambas as partes.

¹⁰⁴ Em qualquer dos casos em que o(s) árbitro(s) é(são) elegido(s) na convenção de arbitragem, o(s) contrato(s) de árbitro polariza(m)-se, do lado dos litigantes, em *uma parte plural*. Seguindo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II, Conteúdo; Contratos de Troca, Almedina, Coimbra, 2007*, p. 39, podemos dizer que “a declaração contratual é una, mas imputável a uma pluralidade de pessoas, se todas elas disserem o mesmo, na mesma qualidade, para o mesmo efeito” (...), pois “o que foi dito em conjunto por uma pluralidade de pessoas poderia, naquele tipo contratual, ter sido dito por uma só”. Para uma resenha da diversidade de posições doutrinárias sobre o problema do critério de determinação da “parte subjectivamente complexa”, ver LUÍS VASCONCELOS ABREU, *A parte subjectivamente complexa: uma aproximação ao seu conceito e regime de direito substantivo, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol.I, Almedina, 2008*, pp. 357 e ss.

¹⁰⁵ Sobre este modo de determinação dos árbitros, ver, *supra*, §1, 4.2.

¹⁰⁶ Como defendo, *supra*, §1, 4.2.1., o princípio da igualdade das partes no processo de constituição do tribunal arbitral não é compatível com a *designação* de um árbitro único por uma das partes. Donde, a opção pela *designação* como modo de determinação dos árbitros implica um tribunal arbitral de estrutura plural, cabendo a cada parte a *designação* de um número igual de árbitros.

um outro: o contrato de árbitro celebrado entre *ambas* as partes e o terceiro árbitro *escolhido* pelos árbitros *designados* aceitantes.

Quando as partes estipulem a *escolha* como modo de determinação do(s) árbitro(s), o contrato de árbitro resulta do enlace, por um lado, da declaração, emitida por ambas as partes (constante, em regra, do documento formalizador da convenção de arbitragem), na qual reside a *proposta*, que remete para o terceiro a *escolha* do árbitro e, por outro lado, a declaração de *aceitação* do árbitro escolhido. Como vimos já¹⁰⁷, a declaração do terceiro em que as partes hajam delegado a escolha não constitui qualquer declaração negocial integradora do processo formativo do contrato de árbitro, sendo um puro facto (sem consistência jurídico-negocial) que apenas serve para colmatar e suprir a *imprecisão* deixada pelas partes na sua declaração (que é a proposta de contrato). Não se conclui, pois, qualquer contrato de árbitro entre o árbitro e o terceiro que o escolhe.

Nos casos em que o tribunal arbitral deva ser composto por três árbitros, cada uma das partes designando um, cabendo aos dois assim determinados escolher um terceiro, temos, enfim, uma combinação entre os dois modos de determinação de árbitros que identificámos: a *designação* (dos dois primeiros) e a *escolha* (do terceiro).

12.4. Qualificação do contrato

Funcionalmente dirigido à “reestruturação de situações jurídicas”¹⁰⁸, o contrato de árbitro dá origem, para os árbitros, a uma obrigação que tem por objecto a prática de actos jurídicos, designadamente a decisão que ponha termo ao litígio que opõe as partes da convenção de arbitragem. Não se trata, contudo, de um mandato, uma vez que a natureza jurisdicional da prestação a cuja realização ficam adstritos os árbitros não é compatível com uma actuação por conta (nem, muito menos, em nome) de qualquer uma das partes¹⁰⁹. O contrato de árbitro é, por conseguinte, um contrato de prestação de serviços atípico (ou *sui generis*¹¹⁰), a que deve aplicar-se, com as devidas adaptações, o regime do contrato de mandato (que constitui, como se sabe, o regime comum dos

¹⁰⁷ *Supra*, § 5, 11.4.3.2.

¹⁰⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem*, p.88.

¹⁰⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de Arbitragem*, p.89. Ver, também, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 130 e MANUEL PEREIRA BARROCAS, p. 328.

¹¹⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., p. 328

contratos de prestação de serviços não especialmente regulados na lei, nos termos do art. 1156.º CC)¹¹¹.

§6

A caracterização dos *pedidos* que dão origem aos processos de *nomeação* e *escolha* judicial de árbitro

Uma vez identificadas e caracterizadas as relações jurídicas subjacentes à arbitragem voluntária (as relações jurídicas resultantes da convenção de arbitragem e do contrato de árbitro), estamos agora em condições de avançar para caracterizar os *pedidos* que dão origem, delimitando o seu objecto, aos processos de determinação judicial de árbitro: *nomeação* e *escolha*. Cumprida essa tarefa, teremos, enfim, desbravado o caminho que nos permitirá aceder à etapa final da selecção da forma de processo e, do mesmo passo, à resposta ao problema que nos interpela: o problema de saber se, nesses processos, se impõe o contraditório da parte requerida. Em coerência com a distinção que defendo, importa autonomizar os casos em que o processo de determinação judicial de árbitro visa superar a falta de *designação* (casos a que me refiro com o termo *nomeação*) dos casos em que visa ultrapassar a falta de *escolha*.

13.1. A caracterização do pedido no processo de *nomeação* judicial

No processo judicial de *nomeação* de árbitro, a parte requerente, de modo a desbloquear o processo de determinação do árbitro, reage contra a inércia da parte requerida, que não procedeu ainda à *designação* que lhe compete. O acto de designação constitui, com vimos¹¹², objecto de um *dever*: o dever resultante do exercício, através da realização da *notificação para arbitragem*, do *direito potestativo de provocar a constituição do tribunal arbitral*. Donde, a parte requerente, ao pedir ao tribunal a nomeação de árbitro, *afirma* (é essa a sua *pretensão processual*, ou “*elemento de conteúdo do pedido*”¹¹³) que a parte requerida não cumpriu tempestivamente¹¹⁴ o seu

¹¹¹ LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 130.

¹¹² *Supra*, §5, 11.4.4.3.

¹¹³ Ver, *supra*, §4, 9.

¹¹⁴ Quando as partes, na convenção de arbitragem, não tenham estabelecido um prazo para a designação de árbitro a efectuar pela parte que tenha sido notificada para a convenção de arbitragem, creio que pode considerar-se como prazo supletivo aquele de cujo decurso o legislador, no art. 12.º LAV, faz depender a possibilidade do recurso

dever de designação (que está em mora, portanto) e solicita ao tribunal que o faça em vez dela (“elemento funcional do pedido”).

Como a *designação* de árbitro consubstancia, por seu turno, uma declaração negocial (a proposta) integrante do processo formativo do contrato de árbitro, o que se pede ao tribunal é, afinal, que emita uma decisão de natureza *constitutiva*. Por outras palavras: o que se pede ao tribunal é que, substituindo-se à parte faltosa, profira uma decisão que produza os mesmos efeitos jurídicos que seriam produzidos pela declaração que ela estava vinculada a emitir. Consequentemente, procedendo o pedido, a decisão de nomeação produz os efeitos da proposta de contrato de árbitro, gerando, a favor do árbitro assim determinado, o direito potestativo de, aceitando-a, concluir, com a parte faltosa, o contrato de árbitro¹¹⁵.

Com esta configuração, o processo de nomeação judicial de árbitro aproxima-se muito da chamada acção de execução específica do contrato promessa (art. 830.º CC). Em ambos os casos se trata, na verdade, de pedir ao tribunal que emita uma declaração negocial integradora do processo formativo de um contrato (do contrato definitivo, na execução específica do contrato promessa; do contrato de árbitro, na nomeação judicial de árbitro). Em ambos os casos se trata, também, do cumprimento específico de uma obrigação¹¹⁶ que tem por objecto uma prestação de facto jurídico: a emissão de uma declaração negocial. Note-se, de resto, que a intervenção judicial é até, do ponto de vista da preservação da autonomia privada, mais intrusiva na nomeação judicial de árbitro do que na execução específica do contrato promessa: enquanto que aqui se trata apenas de

ao processo de nomeação judicial (prazo que é, pois, dilatatório). Em consonância, parece-me, também, por outro lado, que se as partes estabelecerem um prazo mais dilatado só após o seu exaurimento é possível requerer a nomeação judicial. Ainda sobre a natureza do prazo estabelecido no art. 12.º LAV, ver, *infra*, n. 128.

¹¹⁵ Em sentido idêntico, GIUSEPPE MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (com l'arbitro; com l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Dell'Arbitrato*, 1990, n.º3, considera que “(...) l'atto di proposta [del giudice] diretto all'arbitro (...) è atto non soltanto del soggetto che há preso l'iniziativa, ma anche del soggetto che, tenuto a cooperare a tale iniziativa in forza del patto compromissório, non ha compiuto gli atti occorrenti ed ha provocato l'intervento sostitutivo dell'organo giudiziario. Ne consegue che com l'accettazione della nomina il rapporto contrattuale si instaura tra l'arbitro e tutte le parti del patto compromissório (...)”.

¹¹⁶ Na doutrina ecoa, por vezes, esta dimensão de cumprimento específico presente na intervenção judicial no processo de constituição de árbitro: FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *ob. cit.*, p. 384, referem-se, expressivamente, a uma “specific performance” da convenção de arbitragem; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 832, a respeito do mecanismo previsto no art. 12º LAV, põe a hipótese de se tratar de uma “*execução específica simplificada*”; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 226, aludindo, a propósito do mecanismo previsto no art. 12.º LAV, à “constituição forçada do tribunal arbitral”.

substituir o contraente faltoso na emissão de uma declaração cujo conteúdo foi já definido pelas partes, ali trata-se de determinar a própria pessoa da contraparte, destinatária da proposta de contrato de árbitro resultante da pronúncia constitutiva do tribunal.

13.2. A caracterização do pedido no processo de *escolha* judicial

No processo de *escolha* judicial de árbitro o requerente não afirma qualquer incumprimento de nenhuma obrigação da parte requerida, nem solicita que o tribunal se lhe substitua na emissão de qualquer declaração negocial. O tribunal apenas é chamado a substituir o terceiro para quem as partes, por acordo, haviam relegado a escolha da pessoa do árbitro. A decisão que profere não é juridicamente constitutiva, não substitui qualquer declaração negocial devida pela parte requerida; limita-se a *precisar* o conteúdo de uma declaração que ambas as partes já haviam emitido, por acordo.

§7

A selecção da forma de processo aplicável

Aqui chegados, dispomos finalmente dos dados indispensáveis para seleccionar a forma de processo aplicável aos pedidos de intervenção judicial no processo de constituição do tribunal arbitral. Também neste ponto, e em coerência com o percurso da investigação que antecede, defendo soluções diferenciadas, consoante se trate do processo de *nomeação* ou de *escolha* judicial de árbitro.

Uma vez que o processo comum é aplicável a todos os processos a que não corresponda processo especial (art. 460.º/2 CPC), a tarefa de selecção da forma de processo aplicável começa, forçosamente, pela prévia averiguação da eventual aplicabilidade ao caso de alguma forma de processo especial, esteja ela prevista no CPC ou em legislação avulsa¹¹⁷. Importa, pois, ainda antes de dar o passo final, resolver a questão de saber se o regime estabelecido no art. 12.º LAV não constitui, ele próprio, um *processo especial*.

¹¹⁷ Neste sentido, ver ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O novo Processo Civil*, 12.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 57, e LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol.2.º, 2.ªEd., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 229.

14. A questão prévia de saber se o regime do art. 12º LAV constitui um processo especial

Não é uma qualquer regulação processual prevista em legislação extravagante que pode aspirar a integrar o elenco dos processos especiais propriamente ditos. Para que isso suceda é necessário que o legislador “*expressamente [a] preveja e regule como tal*”¹¹⁸. De outro modo, poderemos eventualmente estar perante especialidades processuais, mas não perante verdadeiros processos especiais. Parece-me, à luz deste critério, que não se acha previsto no art. 12.º LAV um processo especial. De resto, e com excepção dos n.ºs 3 e 4, que tratam da impugnabilidade das possíveis decisões do tribunal, não se encontra no texto da norma qualquer segmento que tenha por objecto a sequência processual ou o formalismo dos actos. O legislador nada diz, por exemplo, sobre o conteúdo do requerimento inicial nem sobre os actos que se lhe seguem. Não é crível, portanto que o legislador tenha querido instituir um processo especial.

15. A forma de processo aplicável aos casos de *escolha* judicial de árbitro

Nos casos em que uma das partes da convenção de arbitragem solicita ao tribunal que, em substituição do terceiro que o tenha omitido, *escolha* o árbitro não há propriamente um *litígio* entre elas, nem o *conflito de interesses*¹¹⁹ que este postula. A parte requerente não imputa à parte requerida a violação de qualquer obrigação a que estivesse sujeita. A sua iniciativa judicial não pressupõe qualquer recusa ou inércia da parte requerida. Depara-se-nos, assim, uma situação que nos remete para o domínio dos processos especiais de jurisdição voluntária, que têm por objecto “*a prossecução de interesses não organizados em conflito*”¹²⁰, embora não necessariamente imunes à controvérsia entre os sujeitos envolvidos.

¹¹⁸ ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, ob. cit., p. 57.

¹¹⁹ Sobre as noções de *litígio* e de *conflito de interesses*, ver LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p.53.

¹²⁰ LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p. 52. Embora seja tradicional, na ciência jurídica processual civil, a distinção entre os processos de jurisdição voluntária e os processos de jurisdição contenciosa, tendo algum préstimo didáctico-expositivo, é, a meu ver, de duvidosa utilidade jurídico-dogmática. Não só porque o legislador não define o conceito de jurisdição voluntária (apesar de utilizar o termo correspondente), mas também, e sobretudo, porque não lhe liga nenhuma função de delimitação de uma específica categoria de processos a que seja aplicável um regime

Parece-me que o pedido de *escolha* judicial de árbitro, nos termos do art. 12.º LAV, é enquadrável na figura dos *processos de suprimento* (arts. 1425.º-1430.º CPC). O que é comum aos processos de suprimento judicial é a *intervenção substitutiva* do tribunal, que é chamado pelo requerente a actuar em vez do requerido ou de um terceiro. Creio, todavia, em função do recorte das hipóteses previstas pelo legislador, que é possível *diferenciar dois tipos de suprimento judicial estrutural e funcionalmente distintos*. O primeiro tipo de suprimento (que denomino *suprimento propriamente dito*) corresponde àqueles casos em que a actuação em falta (por ser recusada ou simplesmente omitida) *consiste num acto jurídico com autónoma eficácia jurídica* (em regra, um negócio jurídico). A este tipo de suprimento se reconduzem: o suprimento de consentimento (arts. 1425.º e 1426.º CPC); o suprimento da deliberação da maioria legal dos proprietários (art. 1427.º CPC); e o suprimento da nomeação de administrador na propriedade horizontal (art. 1428.º CPC). O segundo tipo de suprimento corresponde àqueles casos em que actuação em falta, não consistindo na prática de um acto jurídico com autónoma eficácia jurídica, serve para *determinar (precisar ou completar)* o conteúdo de um negócio jurídico celebrado por sujeitos (total ou parcialmente) diferentes daquele que o tribunal substituiu, sendo aquele negócio e não a actuação em falta que constitui a verdadeira fonte dos efeitos jurídicos que vêm a ser produzidos. A este tipo de suprimento, que o próprio legislador denomina *determinação judicial* (art. 1430.º CPC) se reconduzem: a determinação judicial da prestação ou do preço (art. 1429.º CPC); e os demais casos de determinação judicial, como a divisão de ganhos e perdas a que se reporta o art. 993.º CC (art. 1430.º CPC).

Estabelece o art. 1430.º CPC, que “*o disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, à divisão judicial de ganhos e perdas nos termos do artigo 993.º do Código Civil e aos casos análogos*”. Parece-me que o referente da analogia para que o legislador remete o intérprete não é o caso da divisão de perdas e ganhos. É, isso sim, o caso, previsto no art. 1429.º CPC, da determinação judicial da prestação. O que o legislador pretende significar, segundo creio, é que o art. 1429.º CPC

comum. Processos de jurisdição voluntária são aqueles que o legislador identifica como tal. Só esses. E só a esses (mas a todos esses) é aplicável o correspondente regime legal, sem que se reconheça ao conceito de jurisdição voluntária qualquer função autónoma de compressão ou alargamento do seu alcance. Note-se, aliás, como bem salienta LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, p. 53, n.20, que tanto se prevêm no capítulo XVIII do Título IV do Livro II do CPC (formalmente consagrado aos processos de jurisdição voluntária) processos que têm natureza de jurisdição contenciosa, como se encontram fora dele processos de jurisdição voluntária.

se aplica aos casos que sejam análogos àquele em que se requeira ao tribunal a determinação da prestação, como sucede, desde logo, com a divisão de perdas e ganhos prevista no art. 993.º CC. Daí que seja, precisamente, o regime processual previsto para a determinação judicial da prestação que regule os casos análogos. Daí que, enfim, o legislador, na epígrafe do art. 1430.º, não se tenha referido, especificamente, à divisão judicial de perdas e ganhos, mas, expressivamente, à “*determinação judicial em outros casos*”.

Ora, do meu ponto de vista, o processo de escolha judicial de árbitro corresponde a uma hipótese de *determinação judicial* análoga à determinação judicial da prestação¹²¹. Também nesta hipótese se trata, como já vimos, de um mecanismo destinado a conferir *precisão* ao conteúdo de declarações negociais já emitidas (integradoras do processo formativo do contrato de árbitro) – mas que não é, ele próprio, uma fonte geradora de efeitos jurídicos¹²². É-lhe aplicável, portanto, o art. 1429.º CPC¹²³.

Pode, portanto, concluir-se que quando uma partes da convenção de arbitragem requeira, nos termos do art. 12º LAV, a escolha judicial de árbitro, a parte requerida, que será a outra parte na convenção de arbitragem, deve ser *citada para responder em*

¹²¹ Relembro que, no direito alemão, se defende a aplicação à *escolha* do árbitro das normas civis relativas à determinação da prestação (ver, *supra*, nota 70).

¹²² Na escolha de árbitro por terceiro, tal como na determinação da prestação por terceiro, o acto deste “*integra[-se] na composição da estrutura do contrato*” (...), “*mas (...) não é um negócio jurídico, porque não tem efeitos reflexivos, isto é, efeitos sobre o próprio agente ou sobre pessoa por si representada*” – CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Determinação do preço por terceiro*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 30, 2010, p.4. Mais adiante, no mesmo *loc cit.*, a p. 10, o autor, diz o seguinte a propósito da determinação do preço por terceiro (que podemos transpor para o acto de escolha de árbitro por terceiro): “*Em princípio, as partes já tomaram a decisão de contratar em todos os aspectos, salvo naqueles que cometeram a terceiro. Não têm de tomar, nem podem já tomar, qualquer outra decisão sobre o conteúdo do contrato*”.

¹²³ No sentido da aplicabilidade, em geral (não distinguindo a *designação* da *escolha*), do art. 1429.º CPC aos processos instaurados ao abrigo do art. 12.º LAV, LEBRE DE FREITAS, *O direito da parte à designação do árbitro e o princípio do contraditório na nomeação pelo presidente do tribunal da relação* (Parecer; inédito) 2010, pp.22-23. Por seu turno, JOÃO RAPOSO, *A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e produção de prova*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 120, defende, com o mesmo alcance, a aplicabilidade da norma do art. 1425.º CPC (suprimento judicial em caso de recusa).

10 dias, nos termos do art. 1429.º/2 CPC. O que, efectivamente, assegura o contraditório¹²⁴.

Sublinhe-se, para terminar este ponto, que a solução diversa não se chegaria se, porventura, e ao contrário do que sustento acima¹²⁵, se entendesse que a regulação do art. 12.º LAV constituiria um autêntico processo especial. Com efeito, não tendo aí o legislador estabelecido qualquer preceito destinado a delinear a tramitação e a sequência processual, sempre teria de aplicar-se, nos termos do art. 463.º CPC, as normas gerais e comuns e as normas do processo ordinário, que, como se sabe, constituem *direito subsidiário* em relação aos processos especiais¹²⁶ – normas que, umas e outras, consagram inequivocamente a audiência contraditória da parte contrária (arts. 3.º e 480.º CPC).

16. A forma de processo aplicável aos casos de *nomeação judicial de árbitro*

Como resulta das considerações que se foram desenvolvendo nos pontos anteriores, quando, faltando o acto de *designação* que incumbia a uma das partes da convenção de arbitragem praticar, a outra requerer, ao abrigo do art. 12.º LAV, a nomeação do árbitro, não é já de jurisdição voluntária que se trata. Nestas hipóteses, há um real conflito de interesses, que se projecta na imputação à parte requerida, pela parte requerente da nomeação, do incumprimento de um dever – do dever de *designar* o árbitro (dever resultante do exercício, através da notificação para arbitragem, do direito potestativo de provocar a constituição do tribunal arbitral). Como vimos, a providência requerida ao tribunal assume uma feição constitutiva (substitui uma das partes na emissão de uma declaração negocial, gerando, por essa via, um vínculo contratual com um terceiro¹²⁷), que se aproxima, estrutural e funcionalmente, de uma acção de execução específica da promessa de contratar. Trata-se, pois, de uma hipótese que, não

¹²⁴ Note-se que a solução que o legislador estabelece, em especial, para os processos de *determinação judicial* não é mais do que a replicação da solução que consagra, em geral, no art. 1409.º/1 CPC (no segmento em que remete para o art. 303.º CPC), para todos os processos de jurisdição voluntária.

¹²⁵ *Supra*, §7, 14.

¹²⁶ LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 235-236. Segundo os autores, “(...) o processo ordinário, funcionando como protótipo do processo civil, constitui a maior fonte de aplicação subsidiária de normas processuais às restantes formas de processo”, incluindo os processos especiais.

¹²⁷ O vínculo resultante do contrato de árbitro.

encaixando em nenhum dos processos especiais previstos na lei¹²⁸, tem de sujeitar-se, nos termos do art. 460.º/2 CPC, às regras do processo comum. Regras que, em qualquer das suas modalidades (processo ordinário, sumário ou sumaríssimo) garantem a audiência contraditória da contraparte.

§8

O teste final: o contraditório nos processos de determinação judicial de árbitro e os princípios fundamentais da arbitragem

Pudemos, através da operação de selecção das formas de processo aplicáveis, chegar à conclusão de que em qualquer um dos mecanismos processuais de determinação judicial de árbitro (*nomeação e escolha*) à parte requerida assiste o direito de ser ouvida – pois que, na sequência de actos correspondente à forma de processo aplicável, inclui-se sempre, em qualquer dos casos, a citação. Mas, para além de ser aquela que a lei estabelece, esta solução é a que melhor responde às exigências normativas de dois dos princípios fundamentais da arbitragem, designadamente o princípio da igualdade de tratamento das partes e o princípio da autonomia privada.

17. O contraditório e o princípio da igualdade de tratamento das partes na arbitragem

Nos termos do art. 16.º-a) LAV, nos “*trâmites processuais da arbitragem (...) as partes serão tratadas com absoluta igualdade*”. Embora, literalmente, o legislador pareça referir-se apenas ao processo arbitral propriamente dito, que apenas se inicia uma vez já formado o tribunal arbitral, constitui *communis opinio* a afirmação de que o raio de acção do princípio do tratamento igual das partes inclui também o prévio processo de constituição do tribunal arbitral¹²⁹. Mais do que um princípio do processo arbitral, trata-

¹²⁸ Parece-me que nem mesmo de um *processo de suprimento propriamente* se pode falar. Neste tipo de suprimento judicial não está em causa o incumprimento de um dever. Nem sequer nos casos de recusa de consentimento, pois que o recusante não está *obrigado* a consentir: o consentimento *não é um acto devido*; é, diversamente, uma condição de validade do negócio jurídico que dele depende.

¹²⁹ Ver RICARDO UGARTE/THOMAS BEVILACQUA, *Ensuring party equality in the process of designating arbitrators in multiparty arbitration: a update on the governing provisions*, in *Journal of International Arbitration*, 27(1), 9-49, *Kluwer Law International, Holanda*, LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 125,

se de um “princípio fundamental da arbitragem”. O princípio da igualdade das partes no processo de constituição do tribunal arbitral, para além de limitar a vontade das partes no que concerne aos modos de determinação dos árbitros¹³⁰, não pode deixar de projectar-se na exigência do contraditório nos processos judiciais de determinação de árbitro, instaurados ao abrigo do art. 12.º LAV. Tal como, em geral, o princípio do contraditório se consubstancia numa dimensão densificante do princípio geral da igualdade, assim também, nos processo de determinação judicial de árbitro, o princípio do tratamento igual das partes no processo de constituição arbitral impõe a audição contraditória da parte requerida.

18. O contraditório e o princípio da autonomia privada na arbitragem

Como salientei logo no início, o reconhecimento, pela ordem jurídica, da arbitragem voluntária constitui uma exuberante manifestação da vitalidade do princípio da autonomia privada. São várias as matérias que o legislador abre à livre conformação das partes, ao efeito ordenador do seu poder jurisdiccional de auto-regulação de interesses: composição do tribunal e modos de determinação dos árbitros; regras de processo; critérios de decisão; e impugnabilidade da decisão arbitral. Mas, mais ainda do que a liberdade de regulação jurídico-negocial destes aspectos parcelares da arbitragem, é a própria admissibilidade de, por efeito da vontade das partes, confiar a terceiros, privados, o exercício da actividade jurisdiccional que, com especial ressonância, exprime a actuação do princípio da autonomia privada. De tudo isto decorre a importância e o melindre da determinação da pessoa do(s) árbitro(s). Se é da essência da arbitragem voluntária que as partes confiem a resolução dos conflitos que as dividem a terceiros, retirando-a da alçada dos tribunais judiciais, impõe-se que a elas se reserve, até onde for possível (e sem pôr em causa o desembaraço do processo de constituição do tribunal arbitral), a escolha desses terceiros.

A luz do princípio da autonomia privada (e do modo como ele se exprime no fenómeno da arbitragem voluntária), é, pois, evidente a importância do escrupuloso

FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, ob. cit., pp. 464 e ss, e KARL HEINZ SCHWAB, *Die Gleichheit der Parteien bei der Bildung des Schiedsgerichts, in Betriebs-Berater (Beck-online)*, 1992, pronunciando-se sobre a famosa decisão proferida, no caso *dutco*, em 1992, pela *Cour de Cassation*, que considerou a igualdade das partes no processo de constituição do tribunal arbitral como uma exigência de “ordre public”.

¹³⁰ Ver, *supra*, §1, 4.2.1.

respeito do contraditório nos processos de determinação judicial de árbitro. Na verdade, a audição da parte requerida constituirá uma última oportunidade para que ela própria (nos casos de *designação*, em que lhe cabe o poder de eleger o árbitro), de acordo com os seus critérios e preferências, seleccionar o “seu” árbitro, ou diligenciar no sentido de fazer-se actuar a *escolha* pelo terceiro ao qual a convenção de arbitragem tenha cometido tal tarefa¹³¹.

¹³¹ O prazo previsto no art. 12.º/3 LAV, ou outro que as partes prevejam para a *designação* ou para a *escolha* de árbitro não tem natureza peremptória. O seu decurso não impede, por conseguinte, que a designação ou a escolha se efectivem posteriormente (desde logo, depois de iniciado o processo judicial dirigido à *nomeação* ou à *escolha*). Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *O direito da parte*, pp. 31-32]. Afirma o autor, expressivamente, neste passo, que “*dada a natureza negocial da convenção de arbitragem, a designação pela parte é sempre preferível á nomeação por terceiro que as partes não tenham designado para o efeito, incluído o presidente da Relação*”. Também MUSIELAK, ob. cit., §1035. Rn. 9-10, considerando que o prazo legal para a designação não constitui um prazo peremptório (*keine Abschlussfrist*), defende que a designação pela parte deve ser possível até ao momento em que a nomeação judicial transite em julgado, pois só desse modo se evita o que seria uma “considerável usurpação” (*erhebliche Eingriff*) do seu direito a designar o árbitro. Ainda no mesmo sentido, quanto ao direito italiano, a propósito do prazo previsto no art. 810.º do *Codice di Procedura Civile*, se pronunciou a *Corte Suprema di Cassazione*, em acórdão proferido em 2 de Dezembro de 2005, consultável em <http://www.cortedicassazione.it/>.