

MESTRADO FORENSE 2011/2012
PRÁTICAS ARBITRAIS

A Cláusula Compromissória no Direito Português
Questões relevantes de um negócio jurídico processual
autónomo

Iñaki Paiva de Sousa

Lisboa, 6 de Dezembro de 2011

A Cláusula Compromissória no Direito Português

Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo

Introdução

O estudo da arbitragem voluntária centra-se num polo gravitacional que é a convenção de arbitragem. Esta, fruto da autonomia privada, é o ponto de partida para a resolução alternativa de um determinado litígio confiando a decisão a um árbitro. As partes têm o poder de regular a constituição do tribunal arbitral e o processo arbitral, balizada, porém, por princípios processuais.¹

A convenção de arbitragem comporta duas modalidades, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, distinguindo-se pela eventualidade e actualidade do litígio, respectivamente (cfr. art.1.º, n.º 2 da LAV).

Tendo em conta o atrás referido será normal que o estudo da convenção seja global, estudando as duas modalidades, tal como diz RAÚL VENTURA “a convenção de arbitragem (...) reúne, em duas espécies do mesmo género, as duas antigas figuras, autónomas mas vizinhas. Nenhuma delas depende da outra, quanto à sua eficácia; ambas produzem efeitos jurídicos idênticos”². Estudam-se os elementos comuns e só depois se trata das diferenças³.

Todavia, actualmente, o estudo autónomo da cláusula compromissória tem grandes vantagens, por duas razões:

1. do ponto de vista estatístico, “os compromissos arbitrais representam menos de 5% dos casos no domínio das arbitragens internacionais”⁴;
2. do ponto de vista prático e económico, tendo em conta a importância de um bom contrato, uma cláusula deste tipo e com a importância que tem merece grande atenção que não pode ser roubada por um estudo conjunto.

¹ Vide LIMA PINHEIRO, *In Convenção de Arbitragem (Aspectos Internos e Internacionais)*, Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra 2006, pág. 1096

² RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, OA, Ano 46, Lisboa, pág. 298.

³ Cfr., RAÚL VENTURA, *Ob. Cit.*, pág. 298, “Parece, pois, que uma investigação mais profunda terá de se concentrar sobre os elementos comuns, só num segundo plano interessando as diferenças específicas.”

⁴ Vide, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Práticas Arbitrais*, In <http://arbitragem.pt/estudos/index.php>

Assim, tendo em conta o escopo do nosso trabalho e a necessidade de nos centrarmos, somente, em aspectos importantes, dividimos o presente estudo em seis capítulos:

- I. Evolução histórica;
- II. Definição e natureza jurídica;
- III. Princípio da autonomia;
- IV. Âmbito e conteúdo;
- V. Validade e cláusulas patológicas;
- VI. Cláusula compromissória internacional.

A natureza jurídica e o princípio da autonomia são aspectos dogmáticos que permitem ao aplicador do direito, sobretudo ao advogado, perceber qual é a especificidade da cláusula compromissória. A definição, o conteúdo, a cláusula compromissória internacional e as cláusulas patológicas são estudadas num sentido mais prático, ou seja, como criar uma cláusula *“bem feita”*.

I. Evolução histórica.

No nosso direito, o primeiro Código de Processo Civil (CPC) não fazia referência à cláusula compromissória, o que levava a questionar a sua validade e a discutir a sua natureza. Porém, o CPC de 1876 regulava o juízo arbitral nos artigos 44.º a 58.º o que permitia, pelo menos, ter um ponto de partida para a sua discussão.

O artigo 44.º⁵ permitia que os litígios susceptíveis de transacção pudessem ser submetidos a decisão arbitral; todavia, o preceito tinha por base um compromisso celebrado por escritura ou acto público (art. 45.º)⁶, com menção do objecto do litígio, os nomes e residências dos árbitros, e o prazo dentro do qual devem proferir a decisão.

⁵ Artigo 44.º “*A todas as pessoas que puderem livremente dispor dos seus bens é permitido fazer decidir por um ou mais árbitros da sua escolha as questões sobre que possa transigir-se, ainda que já estejam affectas aos tribunales ordinarios*”.

⁶ Artigo 45.º “*O compromisso deve celebrar-se por escriptura ou auto publico, declarando-se, sob pena de nullidade, o objecto do litígio, os nomes e residências dos árbitros e o prazo dentro do qual devem proferir a sua decisão*”.

A cláusula compromissória entendida como “cláusula inserta num contrato, pela qual as partes se obrigam a submeter à decisão de árbitros as questões emergentes do mesmo contrato”⁷, colidia com a norma do artigo 45.º, sendo a sua validade questionável.

Perante esta problemática as soluções apareceram traduzidas em duas posições antitéticas:

- Por um lado, a cláusula compromissória seria nula pois não era um compromisso nem seguia os requisitos estipulados por lei. Defendiam esta corrente DIAS FERREIRA e BARBOSA DE MAGALHÃES;
- Por outro lado, esta cláusula seria válida, defendendo-a ALBERTO DOS REIS e ALVES DE SÁ.

Tendo em conta que a posição da nulidade está assente na interpretação literal do preceito, a segunda levanta maiores necessidades de explanação.

O professor ALBERTO DOS REIS considera que a cláusula compromissória é um acto jurídico distinto do compromisso, não sendo possível exigir as condições e requisitos do mesmo. A cláusula compromissória é uma promessa de compromisso, seguindo o professor Paul Cuche⁸. O que as partes fazem é prometer celebrar um compromisso assim que surja um litígio resultante do contrato.

Como bem dizia o ilustre professor Alberto dos Reis, “desde que as partes podem celebrar um determinado acto jurídico, podem também validamente estipular a promessa desse acto.”⁹

O entendimento da cláusula compromissória como compromisso levanta duas problemáticas: se uma das partes incumprir a promessa e intenta acção num tribunal judicial; e se um quer cumprir a promessa antes de recorrer ao tribunal judicial e a outra parte se mostra remissa.

Alberto dos Reis resolve a primeira hipótese com a invocação de excepção dilatória em tribunal judicial¹⁰; quanto à segunda, se a parte se recusar a celebrar o compromisso nos termos do art. 45.º o requerente pode intentar acção no tribunal

⁷ Profs. José Alberto dos Reis e Machado Villella, *Do Juízo arbitral*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano VI, pág. 686.

⁸ Manuel de procédure civile et commerciale.

⁹ ALBERTO DOS REIS e MACHADO VILLELLA, *Do Juízo...* pag. 689.

¹⁰ *Idem.* pag. 690.

judicial sem que a outra parte possa opor-lhe a excepção dilatória, podendo, ainda, pedir uma indemnização.¹¹

Já no Código de Processo Civil de 1961, Livro IV, Título I, rezava o seguinte preceito:

Art. 1513.^{o12}

(cláusula compromissória)

“1. É também válida a cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes, contanto que se especifique o acto jurídico de que as questões possam emergir.

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

A cláusula compromissória só por si não constituía o tribunal arbitral, tendo o compromisso a função autónoma de constituir o tribunal arbitral ou a função complementar, quando fosse celebrado em cumprimento de cláusula compromissória anterior¹³.

O preceito em causa regulava a forma de efectivação da cláusula, tendo em conta que esta era entendida como um contrato-promessa¹⁴, ou seja, era uma convenção preliminar¹⁵. A cláusula compromissória era, pois, uma obrigação de prestação de facto em que as partes se obrigavam a celebrar no futuro, eventualmente, um ou mais compromissos onde se determinam os litígios a ser resolvidos.

Surgindo, então, o litígio, deve a parte interpelar a outra à celebração do compromisso. Se a parte interpelada se recusar ou não aparecer, entra em mora,

¹¹ *Ibidem.* pag 691.

¹² No Código de Processo Civil anterior este preceito tinha redacção parecida, sendo o seu número o art. 1565.^o.

¹³ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 294.

¹⁴ Em sentido contrário RAÚL VENTURA, *ob. cit.* pág. 297, “em nosso entender, essa tese não era isenta de dúvidas, mas deve reconhecer-se que, pelo menos aparentemente, tinha um certo apoio nos textos legais...”.

¹⁵ GALVÃO TELLES, *Cláusula Compromissória* (Oposição ao respectivo pedido de efectivação), O DIREITO, Ano 89, pág. 214

tornando-se remissa. Nesse caso, à parte que pretende efectivação da cláusula, atribui-se a faculdade de recorrer aos tribunais judiciais¹⁶.

O artigo 1513.º CPC 1961 criava o mecanismo necessário para atribuir relevância à cláusula compromissória¹⁷, pois se o remisso mantiver a recusa o tribunal arbitral ir-se-á substituir definindo o litígio e nomeando o árbitro ou árbitros.¹⁸

Para pôr fim à precariedade da cláusula compromissória, a Lei de ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO vem dar o passo decisivo, equiparando o compromisso e a cláusula compromissória, sendo duas modalidades da Convenção de arbitragem. Esta é suficiente para a constituição do tribunal arbitral.

II. Definição e natureza jurídica.

A cláusula compromissória é um pacto de “cometer à decisão de árbitros a solução de um litígio eventual entre as partes de um contrato”¹⁹, decisão esta que formará caso julgado e é susceptível de ser executada, sendo que a eventualidade de um litígio se determina pela interpretação da convenção, ou seja, se as partes tiveram em vista um litígio já existente (compromisso arbitral) ou se pretendem resolver divergências que possam vir a surgir no futuro (cláusula compromissória) – cfr. art. 1.º, n.º 2 da LAV. Todavia, no direito alemão e italiano a cláusula compromissória distingue-se do compromisso por ser uma cláusula contratual, enquanto que este último não o é²⁰.

A distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral pode parecer desnecessária tendo em conta que a própria lei regula as duas modalidades de forma unitária; todavia é importante, perante uma convenção de arbitragem, saber se estamos perante uma ou outra. Por exemplo, não é possível criar uma cláusula compromissória depois da existência do litígio, mas se tal vier a acontecer, essa cláusula inserida posteriormente num contrato deve ser interpretada no sentido de as partes pretenderem *ex tunc* resolver as divergências por via arbitral. Porém, RAÚL

¹⁶ *Ob. cit.* pág. 216

¹⁷ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 296.

¹⁸ Cfr. GALVÃO TELLES, *Cláusula...*, pág. 217.

¹⁹ RAÚL VENTURA, *Convenção...* pág. 293

²⁰ Art. 1029.º/2 ZPO e art. 808.º/1 CPC italiano.

VENTURA defende que esta convenção pode também valer como compromisso para o litígio já existente²¹.

Outra figura próxima da cláusula compromissória é a declaração unilateral de adesão prévia²². Estamos perante uma promessa unilateral, em que uma parte emite uma declaração ao público no sentido de se comprometer a resolver litígios por via da arbitragem, ou seja, não preenchendo esta declaração unilateral os requisitos da convenção de arbitragem, não pode só por si dar lugar a constituição de um Tribunal Arbitral.

Quanto à natureza jurídica da cláusula, deixa-se de lado a vetusta discussão de saber se a cláusula é um contrato-promessa ou se pode valer por si própria, pois com a LAV de '86, esta discussão é coisa do passado, sendo agora de discutir se estamos perante um negócio jurídico processual ou substantivo. Defendemos que a cláusula compromissória não é uma mera cláusula contratual - e isto será evidente no estudo do princípio da autonomia – mas sim um negócio jurídico autónomo.²³

A cláusula compromissória é um negócio jurídico: as partes, com base na autonomia privada, celebram e estipulam aspectos relativos à decisão de um determinado litígio, balizados pelos limites da lei, implicando a aplicação do regime geral do negócio jurídico. Como diz LEBRE DE FREITAS, “tal como os particulares podem, no domínio da autonomia da vontade, auto-regulamentar os seus interesses e, designadamente, prevenir os litígios ou pôr-lhes cobro mediante negócios de transacção (art. 1248.º do Código Civil: CC), assim podem também, no mesmo domínio e desde que não haja lei especial que o impeça, encarregar terceiros de decidir os litígios que (...) venham a surgir no âmbito de determinada relação jurídica.”²⁴

Como diz MANUEL BARROCAS, e bem, “os que vêm nela, principal ou exclusivamente, efeitos processuais optam pela segunda opção. Os que entendem o contrário, realçando, sobretudo, os aspectos substantivos de resolução do litígio, tal como a opção das partes por um outro modo de resolução dos litígios, com reflexo na

²¹ Cfr. pág. 317 e ver jurisprudência da *Cour de Cassation* aí citada.

²² Cfr. FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, Almedina págs. 97 e ss.

²³ Retiramos uma posição mista no estudo de LIMA PINHEIRO: “Considera-se “cláusula compromissória” a convenção de arbitragem que visa litígios futuros, e que tanto pode constituir uma cláusula contratual como um negócio jurídico autónomo” pág. 1097.

²⁴ LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações da natureza da Convenção de Arbitragem*, In Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, pág. 626

sua vida económica, a preservação das relações comerciais, aspectos que não se limitam à privação de jurisdição feita aos tribunais estaduais, acentuam o seu carácter substantivo, fora do quadro legal dos tribunais judiciais.”^{25 26}

III. Princípio da autonomia.

O princípio da autonomia tem bastante relevância no estudo da relação entre a cláusula compromissória e o contrato principal (questão autónoma, a nosso ver, do problema da *Kompetenz-Kompetenz*, sendo que este é mais relevante para a legitimidade do próprio tribunal arbitral)²⁷.

A autonomia da cláusula compromissória traduz-se na sua relação com o contrato principal: a invalidade deste não acarreta a invalidade da cláusula, sendo que a mesma vive ainda que o contrato esteja moribundo ou falecido. A solução contrária não traria nenhuma vantagem, visto que se o contrato fosse inválido, primeiro ter-se-ia que recorrer aos tribunais estaduais, se no final se concluísse pela validade do contrato, ter-se-ia que recorrer aos tribunais arbitrais.²⁸

Existem várias normas jurídicas que prevêm a regra da autonomia, começando pelo art. 16.º, n.º 1, 2ª parte da Lei-Modelo “(...) uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória”. RAÚL VENTURA critica este preceito, sobretudo na língua francesa, porque dá a entender que a cláusula compromissória não faz parte do contrato.²⁹

O art. 21.º da LAV 86’ estabelece no n.º 2 o princípio da autonomia da seguinte maneira: “a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não

²⁵ MANUEL BARROCAS, Manual de Arbitragem, Almedina, 2010, pág. 144.

²⁶ Considerando como negócio jurídico processual, LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações...*, pág. 629

²⁷ Seguindo a opinião de RAÚL VENTURA, “A autonomia da convenção de arbitragem aparece normalmente ligada a *Kompetenz-Kompetenz*, tomando-se esta como uma consequência secundária daquela. Teoricamente, porém, trata-se de questões distintas.” *Convenção...*, pág. 369.

²⁸ No mesmo sentido, MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 150.

²⁹ RAUL VENTURA, *ob. cit.* pág. 370

acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção.”

Esta última ressalva é igual à estabelecida no art. 292.º do CC, e foi colocada pelo legislador por razões de harmonia da ordem jurídica portuguesa; todavia, isto contraria a autonomia da cláusula compromissória face ao regime geral dos negócios jurídicos, ou seja, este preceito vale para todas as cláusulas menos para a específica cláusula compromissória.³⁰

Na nova LAV a ressalva final do preceito desaparece e passa a ter uma nova redacção, mais parecida com a Lei-Modelo: “uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato será considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo.” (art. 18.º, n.º 2 da nova LAV).

Na perspectiva da relação da cláusula compromissória e do contrato pode colocar-se a questão da nulidade da cláusula compromissória, do contrato principal, da inexistência do contrato, da ineficácia, da caducidade e da resolução do mesmo.

No caso da cláusula compromissória ser nula, esta nulidade só afectará o contrato principal se as partes tiverem atribuído à cláusula importância tal que não teriam celebrado o contrato sem ela, ou seja, aplica-se o regime do art. 292.º do CC.

Se o contrato principal é nulo, como vimos não afectará a cláusula compromissória, tal como estipula a Lei-Modelo, a LAV ‘86 e a nova LAV; temos, porém, que atender à ressalva da LAV de ‘86. Não colhe fundamento o argumento de que a cláusula perderia o seu objecto pois o contrato seria nulo, todavia mantém-se a possibilidade de litígios quanto à validade ou nulidade do contrato e quanto às consequências desta (*e. g.*, responsabilidade contratual)³¹.

Assim, no tribunal arbitral, deve-se, em primeiro lugar, averiguar se a cláusula compromissória é válida e só depois se deve analisar o contrato principal, sempre e quando o objecto do litígio se enquadre no âmbito da cláusula compromissória.³²

No que diz respeito à resolução ou à revogação do contrato principal também não afecta a cláusula, desde que estas formas de cessação não digam respeito directamente à mesma, pois não faz sentido que problemas posteriores ao contrato mas que lhe digam respeito sejam decididos em tribunal estadual, quando existia no contrato uma cláusula compromissória.

³⁰ Cfr. MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 153 e 154.

³¹ Vide RAÚL VENTURA, *ob. cit.* pág. 372.

³² Cfr. MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 150 e RAÚL VENTURA, *ob. cit.* pág. 372.

Já quanto à inexistência e caducidade do contrato principal não vemos necessidade de distinguir da questão da nulidade, sobretudo porque na doutrina portuguesa se questiona a autonomização da inexistência como desvalor jurídico.

IV. Âmbito e conteúdo

O que se pretende com o capítulo sobre âmbito será discutir quais as matérias que podem ser objecto de arbitragem, ou seja, o famoso problema da arbitrabilidade objectiva do litígio. Claro que o problema em apreço será analisado na óptica da cláusula compromissória.

Assim, não pode ser inserido num contrato cláusula compromissória que venha a resolver um litígio que diga respeito a direitos indisponíveis (art. 1.º/1 da LAV), não sendo fácil concretizar o seu conteúdo concreto³³.

A nosso ver o problema da arbitrabilidade no caso da cláusula compromissória não é tão relevante quanto ao compromisso arbitral. Todavia, pode muito bem o contrato ter cláusulas que digam respeito a direitos indisponíveis e estes coloquem problemas de arbitrabilidade do litígio.³⁴

Entende-se por direitos indisponíveis aqueles que “as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade ou que não são renunciáveis”³⁵, ou seja, direitos familiares pessoais, direitos de personalidade e direitos a alimentos³⁶. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e PAULA COSTA E SILVA, entendem que só casuisticamente se pode indagar da indisponibilidade dos direitos.

JOANA GALVÃO TELES³⁷, fazendo uma análise de diversa jurisprudência chega a conclusão que se recorre ao critério da disponibilidade relativa (obsta à

³³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, págs.105 e ss.

³⁴ Veja-se o Acórdão do STJ de 5 de Março de 2007 sobre arbitrabilidade de direitos de personalidade, tratando-se de uma cláusula compromissória num contrato de prestação de serviços; ou o acórdão da Relação do Porto de 17 de Abril de 2007 sobre arbitrabilidade de litígios societários, tratando-se de uma cláusula compromissória inserida num contrato de sociedade.

³⁵ FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*,pág. 105

³⁶ LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional...*, pág. 105.

³⁷ JOANA GALVÃO TELES, *A arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Excepção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, 2011, págs. 124-133.

disposição do direito por vontade das partes). Sendo alargada a arbitragem a casos de contratos de trabalho, arrendamento e de direitos de personalidade.

No âmbito da arbitragem internacional “há três critérios de arbitrabilidade objectivo: disponibilidade do direito, a ligação do litígio com a ordem pública e patrimonialidade da pretensão.”³⁸

Desde RAUL VENTURA, que se critica o critério da indisponibilidade do direito, vindo SAMPAIO CAMELO, introduzir um novo critério assente no carácter patrimonial do direito, trazendo-o do direito suíço e alemão. Este é o critério introduzido pelo art. 1.º/1 da LAV Lei 63/2011.

Mas o que entender por carácter ou natureza patrimonial? Este critério permite uma maior amplitude da arbitrabilidade de um litígio, logo, este será arbitrável quando “se envolver qualquer tipo de interesse económico, não sendo relevante se a relação subjacente é comercial ou privada, civil ou administrativa, de direito nacional ou de direito internacional.”³⁹

Quanto ao conteúdo da cláusula compromissória, parece-nos bastante interessante a divisão dogmática que faz FERREIRA DE ALMEIDA na sua análise de qualquer contrato. Assim, quando nos deparamos com uma cláusula compromissória devemos estudar quatro elementos: pessoas, objecto, funções e circunstâncias.

De forma a não tornar este trabalho bastante longo centrar-nos-emos no estudo do objecto, funções e circunstâncias.

O objecto da cláusula compromissória é o litígio. As partes podem abranger questões contenciosas em sentido estrito (art. 1.º/3 da LAV) e abranger questões de interpretação, de integração, de actualização e de modificação do contrato principal. A cláusula compromissória deve, também, especificar a relação jurídica a que os litígios respeitam.

No que diz respeito à função económico-social vejamos FERREIRA DE ALMEIDA, afirmando que “no quadro das funções económicas-sociais dos contratos, a convenção de arbitragem desempenha a função de reestruturação de situações jurídicas, que é neutra na relação entre custo e benefício das partes (no sentido de que é incerta e indeterminada a priori a vantagem para uma só ou para ambas as partes), mas divergente na relação entre a finalidade global do contrato e a finalidade típica

³⁸ FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, pág. 108.

³⁹ FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, pág. 109.

dos contraentes, cada um dos quais admite e pretende obter uma vantagem com a escolha deste modelo de solução de litígios”⁴⁰.

De forma a tornar a exposição mais clara devemos classificar os elementos a constar na cláusula compromissória como necessários e facultativos - assim o faz MANUEL BARROCAS⁴¹, ou núcleo fundamental e a parte facultativa, RAÚL VENTURA⁴².

O que se pretende com a cláusula compromissória é atribuir poderes jurisdicionais a uma ou mais pessoas que possam resolver uma determinada divergência que resulte do contrato.⁴³ Para tal, podem seleccionar o número e a identidade dos árbitros (art. 7.º, n.º 1 da LAV), podendo também designar um centro de arbitragem institucionalizada (art. 38.º), fazendo o regulamento do centro parte integrante da cláusula (15.º/2)⁴⁴.

As partes através da cláusula podem limitar os poderes jurisdicionais dos árbitros, podendo escolher a equidade como critério de decisão (art. 22.º da LAV) ou direito aplicável ao mérito da causa (art. 33.º).

Podem as partes escolher o estatuto dos árbitros (art. 5.º), as regras do processo (15.º/1), os articulados, o saneamento processual, as provas, o prazo da decisão (19.º/1), o funcionamento do tribunal colectivo (20.º), a (in)admissibilidade de recursos (29.º). A falta de menção leva a aplicação de normas supletivas presentes na LAV.

Assim, o núcleo fundamental será as partes quererem cometer a decisão dos litígios resultantes do contrato a árbitros, ou seja, “essencial é manifestar a vontade de constituir um tribunal arbitral para a decisão de um litígio”, mas será desnecessário dizer que se pretende expressamente afastar a competência de um tribunal estadual. Esta decisão tem que ser actual, não podendo as partes dizer que pretendem no futuro submeter uma decisão a arbitragem⁴⁵, isto só valerá como contrato promessa e este

⁴⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de Arbitragem, Conteúdo e Efeitos*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, 2008, pág. 88.

⁴¹ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, págs.. 156 e ss.

⁴² RAUL VENTURA, *Convenção...*, págs. 345 e ss.

⁴³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção...* pág. 88.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 345.

parece-nos lícito⁴⁶, todavia RAÚL VENTURA não admite execução específica de dita cláusula⁴⁷ o que nos parece retirar grande utilidade a este contrato-promessa.

Será importante, também, referir que é preciso a manifestação de vontade de duas partes, nos contratos bilaterais, ou de mais do que duas, nos contratos multilaterais, só vinculando aqueles que fizerem parte da cláusula compromissória. Uma declaração unilateral só será admissível como proposta contratual⁴⁸.

Outro elemento importante será a indicação do litígio, que, como afirmámos anteriormente, no caso da cláusula compromissória, sendo eventual, deve-se simplesmente indicar a relação jurídica da qual este poderá surgir (art 2.º/3), sendo suficiente a remissão para o contrato principal em que está inserida.

Apesar de não ser considerado pela doutrina como elemento essencial^{49 50}, recomendamos que as partes na cláusula compromissória escolham os árbitros ou designem o modo de escolha, pois será mais difícil na altura do litígio chegar a acordo, tendo que se recorrer à norma supletiva do n.º 2 do art. 7.º da LAV (“se as partes não tiverem designado o árbitro ou os árbitros nem fixado o modo da sua escolha, e não houver acordo entre elas quanto a essa designação, cada uma indicará um árbitro, a menos que acordem em que cada uma delas indique mais de um número igual, cabendo aos árbitros assim designados a escolha do árbitro que deve completar a constituição do tribunal”).

Quanto a elementos facultativos⁵¹:

- consequência da morte ou extinção da parte (art. 4.º/2);
- remuneração e despesas (5.º);
- fixação do número de árbitros (6.º/2);
- designação ou modo de escolha de árbitros (7.º/1);
- designação do presidente (14.º/1);
- regras de processo (15.º/1);
- prazo para a decisão (19.º/1);
- maioria qualificada para a decisão (20.º/1);

⁴⁶ No mesmo sentido, RAUL VENTURA, ob. cit. pág. 346.

⁴⁷ *Idem*, pág. 346

⁴⁸ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 157.

⁴⁹ *Idem*, pág. 158

⁵⁰ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 347

⁵¹ Enumeração retirada de RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 347

- voto de qualidade de presidente (20.º/2);
- direito a aplicar pelos árbitros (22.º);
- julgamento segundo a equidade (22.º);
- dispensa de depósito da decisão (24.º/2);
- renúncia a recursos (29.º/1)

Interessante ver a observação feita por Craig/Park/Paulsson, citados por Aldo Frignani em “*Drafting Arbitration Agreements*”, “existe um contraste espantoso entre o grau de sofisticação reflectido na substância de alguns extensos contratos internacionais, elaborados por pessoas altamente competentes e qualificadas, e a primitividade de certos erros detectados na convenção de arbitragem”⁵².

Vejamos alguns exemplos dados pela Prof. MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁵³:

- “Todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de arbitragem Comercial), por um ou mais árbitros nomeados nos termos do Regulamento.”⁵⁴;
- “Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento”⁵⁵;
- “*Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be (one/three). The seat, or legal place, of arbitration shall be (City and/or Country). The language to be used in the arbitral proceeding*

⁵² Cfr. citação em MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pag. 159, e nota 21 da mesma página.

⁵³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, pp. 103.

⁵⁴ In <http://www.acl.org.pt/Files/Documents/Contracapa.pdf>

⁵⁵ Câmara de Comércio Internacional, In http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/word_documents/model_clause/mc_arb_portuguese.txt.

*shall be (...). The governing law of the contract shall be the substantive law of (...)*⁵⁶.

V. Validade e cláusulas patológicas.

Sempre e quando a cláusula compromissória não for válida e eficaz, seja porque esta é nula, anulável ou ineficaz, o tribunal arbitral será incompetente para resolver o litígio.

Assim, a cláusula não será válida quando o litígio não for arbitrável (ver SUPRA § IV) e quando não respeitar a forma escrita (art. 2.º/1 da LAV 86 e 2011). Devemos, também, atender ao acordo das partes, ao conteúdo (ver supra § IV) e a autonomia da cláusula (ver supra § III).

A questão que se coloca quanto ao acordo das partes diz respeito ao problema levantado pela LCCG (Dec.Lei 446/85):

Art. 21.º al. h): “são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que (...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”;

Art. 19.º/ al. g): “são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente as cláusulas contratuais gerais que (...) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem.”.

No primeiro artigo mencionado, levanta-se logo uma questão, a remissão para a lei será para a LAV? Se assim fosse então a solução era fácil: não há arbitragens em Portugal que violem a LAV, pois as respectivas decisões seriam anuláveis. DARIO MOURA VICENTE entende que o que o legislador quis foi criar uma competência concorrential nestes casos, não sendo possível defender-se, num tribunal judicial, com a excepção do art. 494.º al. J) do CPC⁵⁷. Para LIMA PINHEIRO não é claro a que arbitragens se refere o legislador, havendo uma má transposição da directiva, pois esta no art. 3.º/3 refere-se a “uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais”.

Seguimos a opinião de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, segundo a posição de competência concorrente que defende MOURA VICENTE: “parece claro que esta

⁵⁶ *London Court of International Arbitration, In www.lcia.org*

⁵⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Manifestação do Consentimento...*

interpretação pressupõe alguma desconfiança face à arbitragem enquanto processo extra-judicial de resolução de conflitos. Terá sido, essa, realmente a ideia do legislador. Mas não serão suficientes as garantias que a LAV oferece quanto a igualdade e contraditório? Se a questão é de erro do consumidor, de falta de informação ou de incompreensão em relação ao que é a arbitragem o problema é de consentimento, de vontade. Em relação a esses eventuais vícios são aplicáveis as regras gerais da formação do contrato.”⁵⁸

O art. 19.º atrás mencionado é interpretado por RAUL VENTURA e LIMA PINHEIRO, no sentido de abranger aqui também a arbitragem voluntária, todavia, este último autor afirma que: “em teoria, a substituição da jurisdição ordinária por um tribunal arbitral só traria vantagens às partes”. Entendem, porém, os dois autores que só em casos muito excepcionais a arbitragem traria desvantagens.

Quanto a cláusulas patológicas esta expressão foi criada por EISEMANN⁵⁹, em 1974, para expressar convenções de arbitragem irregulares ou defeituosas que violam certos requisitos da convenção mas que não afectam a sua validade.⁶⁰

Passamos a dar exemplos de cláusulas patológicas:

- I. «*any dispute and/or claim*» é sujeita a arbitragem em Inglaterra e «*any other dispute*» é sujeita a arbitragem na Rússia⁶¹;
- II. «*Tout litige ou tout enfreinte au présent accord sera du ressort de la Chambre de Commerce Française à São Paulo*»⁶²;
- III. «*Tous litiges susceptibles d’opposer les parties à ce contrat seront réglés par la Chambre de Commerce International*»⁶³;
- IV. Cláusula que remete para a lei espanhola sobre arbitragem, com vários expressos pormenores, e finalizando com «*En toute hypothèse, les parties se soumettent à la jurisdiction des tribunaux de Barcelona*»⁶⁴;
- V. Atribuir-se competência a um centro de arbitragem em Lisboa⁶⁵;

⁵⁸ FRANÇA GOUVEIA, *Curso...*, pág. 99.

⁵⁹ EISEMANN, *La clause d’arbitrage pathologique*, Arbitrage Commercial.

⁶⁰ ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Práticas...*

⁶¹ Lovelock v. Exportles (1968)

⁶² EISEMANN, *La clause...* pág. 159.

⁶³ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 367.

⁶⁴ EISEMANN, *La clause...* pág. 188;

⁶⁵ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 225

- VI. Atribuição de competência alternativa a dois ou mais centros de arbitragens bem identificados⁶⁶;
- VII. Cláusulas que permitam a uma das partes optar pela arbitragem ou pelos tribunais judiciais⁶⁷;
- VIII. Convenção de arbitragem onde se prevê que na falta de designação do árbitro pela parte demandada, dentro de certo prazo, o litígio poderia ser julgado pelo Tribunal de Paris⁶⁸;
- IX. Cláusulas de difícil delimitação do âmbito: “litígios relativos à interpretação do contrato”;
- X. “Litígios relativos à execução do contrato”;

Estas cláusulas padecem de redacção deficiente em que existe um vício de vontade que pode ser resolvido por via interpretativa, mas às vezes os seus vícios não permitem sequer sacar algum sentido útil, o que leva a que se tenha que remeter o litígio para o Tribunal Estadual.

Para RAÚL VENTURA as cláusulas I e II são nulas tendo em conta que, da primeira, não se consegue perceber quais são os litígios que devem ser resolvidos numa arbitragem inglesa ou russa, e na cláusula II, tal Câmara não existe e não se sabe o significado de “être ressort”.⁶⁹

Quanto à cláusula III, esta cláusula pretende atribuir competência à *Cour d'Arbitrage* da C. C. I., ou seja, recorre à interpretação. Já quanto às cláusulas IV e VIII, “se há possibilidade de, por motivos gerais, fazer prevalecer uma cláusula sobre a outra, o problema fica resolvido”, e isto acontece “quando for possível atribuir às duas cláusulas campos de aplicação distintos”.⁷⁰ Em sentido contrário MANUEL BARROCAS, aplicando o princípio do efeito útil desfaz a ambiguidade, defende que “se o demandante iniciar a arbitragem, a parte contrária não poderá invocar a inexistência de convenção; se o demandante instaurar uma acção nos tribunais judiciais, o demandado poderá invocar a violação da convenção de arbitragem, mas se optar por não a invocar, então aplicar-se-á a cláusula de eleição do foro do pacto de

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 368.

⁶⁹ *Ob. Cit.* pág. 367.

⁷⁰ *Ob. Cit.* pág. 368.

competência – o demandado pode invocar a incompetência territorial do tribunal judicial de Lisboa”⁷¹.

No caso da cláusula IX, RAÚL VENTURA considera que não se deve fazer interpretação ampla e abranger “litígios relativos à validade do contrato ou à condenação em indemnização por inexecução deste.”⁷². A cláusula relativa à execução do contrato “pode e deve ser interpretada no sentido de abranger os litígios respeitantes à inexecução do contrato, isto é, o próprio facto da inexecução e as consequências legais e contratuais deste”⁷³. O mesmo se diga quanto à oposição de uma das partes contra resolução ilegal do contrato.

Na cláusula V, esta deve ser considerada ineficaz pois não se sabe qual é o centro de arbitragem que as partes quiseram escolher. O mesmo se diga quando atribuírem competência ao *Tribunal Arbitral de Lisboa*.⁷⁴

Por último, a cláusula VI em que se escolhe competência alternativa ou a cláusula VII em que se dá a liberdade de escolha são eficazes, pois nada impede que as partes outorguem o direito potestativo de decidir a forma de resolver o litígio e a outra sujeitar-se a essa escolha, ou seja, autonomia privada.

VI. Cláusula Compromissória Internacional.

Para o tratamento deste capítulo teremos bem presente o estudo de LIMA PINHEIRO sobre a Arbitragem Transnacional⁷⁵, definida esta como a “arbitragem voluntária que em virtude de contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do Direito aplicável” e também falamos de uma cláusula compromissória internacional como aquela que está inserida num contrato internacional, ou seja, que tenha algum elemento de extraneidade.

⁷¹ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 225.

⁷² RAÚL VENTURA, *Convenção...*, pág. 368

⁷³ *Idem.* pág. 368.

⁷⁴ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 225.

⁷⁵ LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005, pags. 443 e ss.

Será importante, então, conseguir identificar os elementos de extraneidade⁷⁶ relevantes, de forma a conseguir identificar se estamos perante um contrato nacional ou internacional.

Poder-se-á recorrer a três critérios: um subjectivo, outro objectivo e um misto⁷⁷:

- a) Critério objectivo: consagrado no art. 1504.º do CPC francês⁷⁸, será internacional sempre que estejamos perante interesses do comércio internacional. No mesmo sentido vai o art. 32.º da LAV (86) ao dispor que “Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional”, passando para a nova LAV com a mesma redacção no art. 49.º/1;
- b) Critério subjectivo: neste caso será relevante o domicílio, residência habitual ou nacionalidade das partes no contrato. Veja-se o art. 176.º/1 da LDIP Suíça: “As disposições do presente capítulo aplicam-se a qualquer arbitragem (...) se, pelo menos, uma das partes não tinha, no momento da conclusão da convenção de arbitragem, nem domicílio, nem residência habitual na Suíça.”.
- c) Critério misto: chamamos misto porque os elementos de conexão relevantes apontam para critérios tanto objectivo como subjectivos, assim, no caso do lugar da execução da maior parte das obrigações resultantes do contrato ou o lugar com o qual esteja mais estreitamente conexo (cfr. art. 1.º/3 da Lei-Modelo da CNUDCI/UNCITRAL).

O que se deve entender por interesses do comércio internacional, para aplicação da LAV?

Entende-se por comercial: “contratos comerciais destinados a efectuar uma troca de bens ou serviços; o contrato de distribuição; a concessão comercial ou agência; o

⁷⁶ Podem ser considerados como exemplos de elementos de extraneidade: cláusula compromissória constante de um contrato entre não residentes que prevê um tribunal que funciona em território português ou, as partes portuguesas de uma cláusula compromissória prevêm que os litígios irão ser submetidos a um tribunal arbitral que tem sede e funciona em país estrangeiro.

⁷⁷ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Práticas...*

⁷⁸ Article. 1504.º CPC: “Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.”.

factoring; a locação financeira; contratos de construção civil; contratos de prospecção e exploração; empreendimentos comuns e outras formas de cooperação industrial ou comercial; contratos de transporte de mercadorias ou passageiros por ar, mar, via férrea ou por estrada.” (Art. 1.º *** da Lei-Modelo da UNCITRAL). Sendo uma enumeração exemplificativa qualquer matéria conexa com as operações referidas (financiamento, cobertura de riscos e outras) também são comerciais. Afirma MANUEL BARROCAS que “para além desta enumeração tão ampla quanto possível dada pela Lei-Modelo, compete ainda às leis nacionais e às partes incluir no objecto da arbitragem qualquer outra matéria de natureza privada ou público-privada que seja arbitrável segundo a lei aplicável.”⁷⁹ Não se pode interpretar o conceito em apreço num sentido jurídico, segundo uma distinção tradicional de Direito Civil e Comercial, aceitando uma noção lata abrangendo vários tipos de transacções⁸⁰.

A necessidade de autonomizar a arbitragem comercial de uma arbitragem “geral” prende-se com a utilidade que este instrumento alternativo de resolução de litígios apresenta na área mercantil. Serão necessárias normas com certo tipo de especificidades, relacionadas mormente com problemas de internacionalidade, ou seja, **o comércio internacional**⁸¹. Digamos que é uma prerrogativa sectorial global.

Quanto à internacionalidade, relevante será que o contrato apresente uma **conexão forte** com interesses do comércio internacional, adoptando-se um critério exclusivamente económico, “na dúvida, porém, (...) valerão (...) elementos de conexão próprios do direito internacional privado na situação concreta [nacionalidade, residência, lugar da ocorrência dos factos ou efeitos jurídicas...]”^{82 83}. Opta-se por

⁷⁹ MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 562.

⁸⁰ BENTO SOARES – MOURA RAMOS, <<Arbitragem Comercial Internacional>>, pag. 330 “... dada a variedade de sectores abrangidos [no elenco da lei-modelo], há-de concluir-se que o legislador teve em mente um sentido tão amplo quanto possível da expressão transacções comerciais.”

⁸¹ V. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, pág. 37: “É no domínio mercantil que o instituto (...) tem assumido maior relevo, pois é aí que se fazem sentir de forma mais palpável as (...) vantagens que este modo de composição de litígios apresenta”

⁸² Ob. Cit., pág 565-566.

⁸³ MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pág. 39, “No domínio dos contratos, uma outra concepção, perfilhada pela jurisprudência francesa desde os anos trinta, define a internacionalidade da relação *sub judice* por apelo a um critério económico: é a própria operação económica formalizada através do contrato que há-de atender-se para determinar o seu carácter internacional. Nesta

atender em primeiro lugar aos elementos relacionados com **contrato** pois tal como se pretende neste trabalho, a óptica está neste negócio bilateral que contém uma cláusula compromissória.

Porém, não concordamos na posição que defende a aplicação destas normas às arbitragens puramente nacionais mas que o processo arbitral em si apresenta conexões com outros ordenamentos, por ex., escolher-se a Cour de Arbitragem da CCI, entendemos que nesse caso as prerrogativas não são de aplicar, a internacionalidade é um elemento tão importante como a comercialidade⁸⁴.

A problemática que se coloca num contrato internacional que contém uma cláusula compromissória prende-se com o chamado estatuto da arbitragem. Entende-se este como “conjunto das normas e princípios primeiramente aplicáveis pelo tribunal arbitral. (...) aplicáveis a todos os aspectos, quer processuais quer substantivos, do processo arbitral”⁸⁵. Convém, pois, distinguir entre *lex arbitrii* e *professio iuris*.

A *lex arbitrii* é a lei reguladora da arbitragem em si, esta contém, designadamente, normas sobre a validade formal da cláusula compromissória, a “arbitrabilidade do litígio, a composição do tribunal arbitral, as garantias processuais e os princípios imperativos do processo, os casos de apoio dos tribunais estaduais e a matéria de impugnação das sentenças arbitrais”⁸⁶. Quanto à *professio iuris* esta diz respeito às normas referentes ao mérito ao mérito ou fundo do litígio a decidir pelos árbitros na eventual disputa.

Deve ter-se em conta duas perspectivas: a do **litígio** e a da **execução da sentença**. No primeiro caso estamos perante a chamada *lei do enquadramento da arbitragem*, que é aquela que regula a constituição do tribunal arbitral, a regularidade do processo

conformidade, será internacional o contrato << que ponha em jogo os interesses do comércio internacional >>”.

⁸⁴ Em sentido contrário MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pag. 41, [t]em-se discutido, no entanto, se se deve atribuir relevância a certas conexões do próprio processo arbitral, para o efeito da sua qualificação como internacional. A questão só tem relevância prática (...) nos casos em que a arbitragem se localiza num país diferente daquele com que o litígio apresenta todas as suas conexões. Será a arbitragem deste tipo internacional? Parece-nos que sim (...). Efectivamente, ainda nestas hipóteses a relação litigiosa será internacional. (...) O tribunal arbitral deve, assim, nos casos referidos, aplicar as normas locais sobre arbitragem internacional.”

⁸⁵ LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional...*, pag. 443.

⁸⁶ ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Práticas...*

arbitral e a validade da sentença arbitral. No segundo caso, falamos da *lei do acolhimento da sentença arbitral*, isto é, a lei onde se pretende que seja reconhecida e executada a sentença que se dispõe.⁸⁷

A importância do comércio internacional exige normas jurídicas capazes de fomentar e consolidar o recurso à arbitragem. Neste campo as convenções internacionais têm um papel importante, assegurando o reconhecimento das convenções de arbitragem e das sentenças arbitrais estrangeiras.⁸⁸ Como diz, e bem, MOURA VICENTE, deve-se reforçar a “eficácia da convenção de arbitragem, *maxime* pela simplificação dos requisitos formais a que a mesma deve obedecer e pelo alargamento do âmbito das matérias em que é admitida a sua celebração”⁸⁹.

Portanto, as Convenções Internacionais de que Portugal faça parte serão importantes para perceber como será efectivado um contrato internacional que contenha uma cláusula compromissória e qualquer sentença que venha a resolver um litígio que resulte do mesmo. Tal como diz MOURA VICENTE, “trata-se (...) de uma condição de eficácia da arbitragem como meio de composição dos litígios que transcendem as fronteiras de um Estado, pois só através dele se consegue evitar que, a fim de executar em certo país uma sentença arbitral estrangeira, ou de que ela possa ser nesse invocada como fundamento da excepção de caso julgado, o litígio haja de ser de novo julgado pelos tribunais locais, com as delongas e os custos a isso inerentes”.

As primeiras convenções internacionais a resolver esta questão nasceram nos anos 20, celebradas em Genebra, são: o Protocolo Relativo às Cláusulas de Arbitragem, de 1923, e a Convenção para a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1927. Todavia, estas foram substituídas pela Convenção actualmente em vigor, a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, mais conhecida por Convenção de Nova Iorque^{90 91}. Uma

⁸⁷ Cfr. MANUEL BARROCAS, *Manual...*, nota 3 da pág. 548.

⁸⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de arbitragem*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, 2008

⁸⁹ MOURA VICENTE, *idem*. pag. 78.

⁹⁰ Importantes as palavras de MOURA VICENTE para percebermos a importância da Convenção “A Convenção de Nova Iorque revelou-se, ao longo de quase cinco décadas, um instrumento extremamente eficaz; ela é em larga medida responsável pelo êxito que a arbitragem conheceu na segunda metade do século XX como meio de resolução de litígios emergentes do comércio internacional.”, *Portugal...*, Pág. 75

segunda convenção internacional importante é a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, feita no Panamá em 3 de Janeiro de 1975, ratificada por Portugal em 2002, mas não havendo ainda o depósito na Secretaria Geral da Organização de Estados Americanos, tal como obriga o art. 9.º, considerando MOURA VICENTE que por essa razão não vincula, ainda, Portugal.⁹²

A Convenção de Nova Iorque, ao regular também o reconhecimento das Convenções de arbitragens internacionais, resolverá um problema que surja com uma cláusula compromissória inserida num contrato internacional. Esta Convenção ao não definir o seu âmbito espacial de aplicação obriga a recorrer ao critério do elemento de extraneidade mais significativo, assim, as normas de reconhecimento da convenção de arbitragem aplicam-se às cláusulas compromissórias que estão ou poderão vir a estar na base de decisões arbitrais que são objecto de reconhecimento ao abrigo da Convenção⁹³. As partes de um contrato sabem que se intentarem acção num Tribunal Estadual de um país que seja parte Contratante da Convenção, este tribunal remeterá o litígio para arbitragem (art. II.º/3 da Convenção de NY).

Um dos primeiros requisitos que resulta da Convenção de NY é o do objecto da cláusula compromissória, tendo esta que ter por objecto litígios que digam respeito a um determinado contrato, relativamente a uma questão susceptível de ser resolvida por via arbitral (art. II.º/1)

O tribunal só poderá recusar o reconhecimento da convenção se houver caducidade, inexecutibilidade ou insusceptibilidade de aplicação (art. II.º, n.º 3 *in fine*). A caducidade da cláusula compromissória verifica-se quando a mesma é inválida; quanto à inexecutibilidade - leia-se ineficácia -, ocorre quando houve revogação da cláusula compromissória ou a verificação de uma causa de caducidade da convenção segundo a lei do lugar da arbitragem. Já quanto à insusceptibilidade esta acontece quando as regras processuais escolhidas pelas partes não permitam resolver problemas criados pelas partes, pela escusa do árbitro ou pela recusa de designação da autoridade indicada na cláusula.⁹⁴ Todavia, a parte pode invocar o Direito interno do Estado contratante em causa, se este for mais favorável à validade e eficácia da cláusula compromissória (art. VII.º/1), o mesmo não se dizendo no que diz

⁹¹Fazem parte da Convenção actualmente 142 Estados, sendo que Portugal ratificou a mesma em 1994, entrando em vigor a 16 de Janeiro de 1995

⁹² Cfr. MOURA VICENTE, *Idem*, pág. 76.

⁹³ LIMA PINHEIRO, *Convenção...*, pág. 1129

⁹⁴ *Idem*, pág. 1130.

respeito à validade formal. Veja-se que “embora o n.º3 do art. 2.º se refira apenas ao reconhecimento da convenção de arbitragem pelo tribunal estadual em que tenha sido proposta acção relativa a um litígio abrangido por essa convenção, deve atender-se que as normas do art. 2.º se dirigem igualmente ao tribunal estadual que noutras circunstâncias tenha de apreciar a validade da convenção de arbitragem, designadamente o tribunal em que a decisão for impugnada com fundamento na invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem”⁹⁵, ou seja, mesmo quando as partes queiram em Portugal anular uma decisão de um litígio resultante de contrato internacional, o Tribunal do foro terá de aplicar o art. II da Convenção de NI, todavia, a parte interessada pode invocar o Direito do foro sempre e quando este seja mais favorável (art. VII.º/1), já não será possível em sede de reconhecimento.⁹⁶

A Convenção regula directamente a forma da cláusula compromissória e a sua eficácia processual, bem como certos aspectos da sua validade substancial⁹⁷. Quanto à forma da cláusula é obrigatória a forma escrita (art. II/1).

Quanto ao problema do Direito aplicável⁹⁸ às questões que digam respeito à formação e validade do consentimento, à interpretação, à eficácia obrigacional, ao âmbito pessoal e material de vinculação e à transferência da cláusula compromissória, serão resolvidas pelas normas de conflito do Direito do foro⁹⁹ quando não tenham diplomas que contenham normas materiais de aplicação directa. Já quanto aos fundamentos de oposição ao reconhecimento e execução de sentença, a Convenção de Nova Iorque, contém uma norma de conflitos – aplicável não só como excepção processual como também na impugnação de sentença¹⁰⁰ – sendo competente a lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha, a lei do país onde foi proferida a sentença, considerando-se, em princípio a proferida no país da sede da arbitragem. Veremos *infra*, quando tratarmos da perspectiva da *lei de enquadramento da arbitragem*, quais são as normas de conflito e materiais que regulam os determinados problemas atrás referidos.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Convenção...*, pág. 1131.

⁹⁷ *Idem*, pág. 1131.

⁹⁸ *Vide* DÁRIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional, Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990, págs. 71 e ss.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Convenção...*, pág. 1134.

Passando, agora, para a perspectiva da *lei do enquadramento da arbitragem*, é de suma importância o art. 37.º da LAV de 86 consagrando que “o presente diploma aplica-se às arbitragens que tenham lugar em território nacional.”, ou seja, no que diz respeito à *lex arbitrii*, se a arbitragem tiver lugar em Portugal, aplica-se a LAV, obrigando os árbitros a respeitar as normas, podendo, as partes afastar normas que não sejam imperativas^{101 102}.

Contudo, pode não ser fácil saber exactamente qual é a sede da arbitragem¹⁰³, se atendermos ao lugar onde os árbitros reúnem para resolver o litígio, parece óbvio que uma arbitragem pode ter múltiplas localizações, conforme essas reuniões tenham tido lugar em vários países. Quanto à sede convencional, muitas vezes as partes ou os árbitros não definem um lugar específico para a sede do tribunal¹⁰⁴. Portanto, “em qualquer lugar onde o árbitro tome assento para dirimir um litígio, ele está em contacto com a lei do Estado ou dos Estados onde sejam praticados os seus actos, ou, no limite, ao menos, no Estado do lugar onde a sentença arbitral é, a final, proferida. A lei desses Estados tem toda a autoridade soberana e legitimidade para impor ao árbitro e às partes a sua aplicação dentro do seu território”¹⁰⁵.

O lugar da sede da arbitragem é importante, pois, para a definição da arbitrabilidade do litígio, definição da lei supletiva aplicável à validade da convenção de arbitragem, definição das normas do processo arbitral, auxílio judicial à arbitragem, controlo judicial de legalidade do processo e da sentença arbitrais e definição da origem da sentença arbitral para efeitos de execução noutro país^{106 107}.

¹⁰¹ Assim, a forma da cláusula compromissória, a arbitrabilidade do litígio ou os efeitos da cláusula (efeito negativo ou positivo), podendo as restantes matérias ser alteradas pelas partes.

¹⁰² “A conexão com o lugar da sede significa simplesmente que um tribunal arbitral deve remeter para as concepções do país da sede a respeito das garantias processuais fundamentais na arbitragem sob pena de haver um risco de anulação da sentença arbitral”, *In Comparative Law*, POUDRET e BESSON, pág. 471.

¹⁰³ Vide, MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pág. 73-79.

¹⁰⁴ Cfr. MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 559

¹⁰⁵ *Idem*

¹⁰⁶ Enumeração retirada de MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 616.

¹⁰⁷ A interferência dos Tribunais estaduais no processo arbitral é mais do que óbvia: intervenção durante a fase da constituição do tribunal arbitral na escolha dos árbitros (art. 10.º e 11.º nova LAV), na recusa dos árbitros (art. 14.º Nova LAV), intervenção para fazer cessar o status de árbitro, em caso de inacção deste para apreciar a decisão sobre a competência do próprio tribunal arbitral (15.º/3

Assim, as partes dum contrato internacional têm o maior interesse em escolher o lugar onde se deve situar a arbitragem¹⁰⁸, todavia, na falta de indicação essa escolha cabe ao árbitro (cfr. art. 15.º/ 1 e 3, da LAV).

Do atrás explanado, poder-se-á então concluir que se as partes não escolheram o lugar da sede o árbitro terá toda a liberdade. Todavia, tal não nos parece sensato, logo, o árbitro deve atender que as partes pretendem uma “sentença válida e exequível à face de ordens jurídicas estaduais susceptíveis de serem aplicadas e, certamente, desde logo, a lei do Estado de enquadramento que, em princípio, é a lei da sede da arbitragem, e, ainda, na medida do possível, a lei do(s) Estado(s) de acolhimento da sentença arbitral para fins da sua execução.”¹⁰⁹. Ergo, o árbitro deve obedecer às normas da LAV quando a sede da arbitragem for em Portugal, pois se assim não o fizer pode ver a sua sentença anulada por força da aplicação do art. 27.º ou 29.º/1 da LAV.

No caso de arbitragem internacional e para efeitos da *lex arbitrii*, caso não tenha havido convenção do lugar da arbitragem então convém declaração expressa do árbitro quanto ao lugar, caso não tenha havido essa declaração ter-se-á que recorrer a vontade tácita, tendo em conta o critério utilizado pelo árbitro para praticar os actos processuais, pode-se atender a um critério quantitativo, ou seja, a maioria dos actos praticados, e se mesmo assim não for claro, recorre-mos ao local onde a sentença arbitral foi proferida, mas “na dúvida quanto a qualquer desses elementos (...), procede-se, em regra, à análise das referências expressas ou implícitas que o árbitro tenha, porventura, adoptado tal como a aplicação de alguma norma legal de regulação do processo de arbitragem, desde que o Estado a que pertence essa norma tenha alguma ligação relevante com os demais elementos de interpretação atrás referidos”¹¹⁰ “em último caso, a sede da arbitragem será o domicílio do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral tratando-se de tribunal plural.”¹¹¹.

Nova LAV), no que toca às medidas cautelares (art. 18.º/4 e 10 Nova LAV) e no processo de anulação da sentença arbitral (art. 38.º e 46.º da Nova LAV). Vide enumeração em ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução...*, pág. ?

¹⁰⁸ “Contudo, o tribunal arbitral não necessita de praticar todos os seus actos no local da sede convencional, podendo fazê-lo noutros locais. A sede do tribunal arbitral constitui um conceito de direito e não de facto”. In MANUEL BARROCAS, *Manual...*, pág. 618.

¹⁰⁹ *Ob. Cit.* Pág. 561.

¹¹⁰ *Idem*, pág. 620.

¹¹¹ *Idem*

Assim, seguindo MANUEL BARROCAS, as partes devem atender aos seguintes aspectos:

“

- escolha de uma das modalidades (arbitragem institucionalizada ou *ad hoc*);
- neutralidade do lugar da sede;
- cultura jurídica e contexto legislativo da sede (civil law ou common law);
- língua do lugar da sede;
- afinidades políticas e/ou hostilidade do país do lugar da sede com uma ou algumas partes;
- qualidade da ordem jurídica do lugar da sede relativamente à aceitação da arbitragem internacional e das suas particularidades;
- eficácia dos tribunais do lugar da sede na concessão de apoio à arbitragem;
- espectro da execução da sentença (isto é, amplitude de países que aceitam a execução de uma sentença, cujo tribunal arbitral esteja sediado no país do lugar escolhido).

» 112

As normas gerais da LAV sobre a forma, conteúdo, arbitrabilidade e eficácia da cláusula são reguladas directamente pela mesma, sendo que a inobservância desses requisitos constitui fundamento de anulação da decisão arbitral (art. 21.º/4 e 27.º/ al. a) e, al. b)), logo não será necessário determinar normas de conflitos.

Quanto à validade formal da cláusula compromissória, os principais sistemas regulam directamente a validade formal, tenha a cláusula carácter internacional ou não: assim o faz a LAV 86. Há, portanto, coincidência entre o nosso ordenamento e a Convenção de Nova Iorque. Quanto a alguma jurisprudência arbitral, tem-se submetido a forma da Convenção à lei do Estado da sede da arbitragem ou à lei do lugar da celebração; quanto aos regulamentos dos principais centros de arbitragem, estes exigem a forma escrita.¹¹³

Em suma, os problemas de determinação de Direito aplicável à cláusula compromissória colocam-se sobre a formação e validade do consentimento, à interpretação, à eficácia obrigacional. LIMA PINHEIRO faz uma ressalva,

¹¹² *Ob. Cit.* pág. 626.

¹¹³ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, pág. 1142.

considerando que “em todo o caso, parece que também devem ser respeitadas as regras interpretativas específicas contidas no Direito do foro.”.¹¹⁴

Então, de forma esquemática, resolvem-se da seguinte maneira os problemas de determinação de Direito aplicável:

- As partes escolhem o direito aplicável, havendo a possibilidade de as partes escolherem de forma diferente para o contrato principal e para a cláusula compromissória¹¹⁵, todavia se não houver expressa vontade¹¹⁶ não faz sentido que se regule de maneira diferente o contrato principal e os problemas da cláusula compromissória. As partes podem livremente escolher o direito aplicável à cláusula como ao mérito da causa;
- Na ausência da designação pelas partes, a solução varia conforme as fontes internacionais a ser aplicadas, assim, se for a Convenção de Nova Iorque, retira-se do art. V.º/1 al. a) uma norma de conflitos no caso de a cláusula ser invocada como exceção processual. Assim, na falta de escolha será a lei do país em que for proferida a sentença, considerando-se esta como a proferida no país da sede da arbitragem;
- Quando a questão de validade da cláusula compromissória se coloque antes de realizada a arbitragem dever-se-á atender à sede da arbitragem escolhida pelas partes ou, na falta desta à fixada pelos árbitros. Se as partes não fixarem a sede, ter-se-á que recorrer ao Direito de Conflitos de fonte interna;
- Se a Convenção de NY não for aplicável temos que recorrer a normas de Direito interno, já que Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às obrigações Contratuais exclui do seu âmbito de aplicação as convenções de arbitragem (art. 1.º/ 2, al. d)). O nosso ordenamento não prevê especificamente os casos da cláusula compromissória. A solução passará por aplicação analógica do art. 33.º da LAV, ou seja, o direito mais apropriado ao litígio (art. 33.º/2 LAV ‘86)¹¹⁷. A doutrina e a jurisprudência dividem-se entre a aplicação do Direito do Estado da

¹¹⁴ LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, pág. 1131.

¹¹⁵ No mesmo sentido LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, pág. 1135.

¹¹⁶ LIMA PINHEIRO defende a possibilidade de ser relevante a vontade real tacitamente manifestada, não sendo relevante como indício a escolha da sede da arbitragem. cfr. *Ibidem* pág. 1135.

¹¹⁷ Como afirma LIMA PINHEIRO, “perante o art. 33.º/2 LAV, os árbitros têm maior liberdade na determinação do Direito aplicável ao contrato principal, com base no critério do Direito mais apropriado ao litígio.”

sede da arbitragem e o recurso ao Direito regulador do contrato principal. Tendo em conta que a cláusula compromissória está inserida num contrato, entendemos, tal como LIMA PINHEIRO¹¹⁸, que os problemas de formação e validade do consentimento de interpretação e eficácia obrigacional, devem ser resolvidas pelo mesmo direito aplicável ao contrato principal.

Em último lugar, iremos tratar, sumariamente, da *professio iuris*, podendo agora as partes escolher o direito aplicável ao mérito do litígio e quando não o façam esse papel cabe ao árbitro.¹¹⁹ Aqui, sim, poder-se-á ***tentar*** defender que o contrato internacional é um contrato sem lei e sem pátria, sempre e quando se respeite a ordem pública do ordenamento jurídico com o qual possa haver elementos de conexão significativos.

Efectivamente há uma ausência de controlo por parte dos tribunais estaduais quanto à escolha de lei aplicável à causa¹²⁰, pois a maioria das leis arbitrais não permite a revisão do mérito, logo, das soluções dadas pelo árbitro, mesmo na escolha de lei aplicável.

Devemos, porém, analisar o poder do árbitro no caso das partes não terem escolhido a lei aplicável¹²¹. O art. 33.º/2 da LAV dispõe que o tribunal arbitral aplica o direito mais apropriado ao litígio, sendo este preceito menos restritivo do que a lei-modelo (cfr. art. 28.º/1 e 2). Todavia a norma revela-se limitativa da liberdade do árbitro ao referir “direito”. Poder-se-á:

- interpretar restritivamente este preceito, entendendo que o árbitro tem que escolher uma ordem jurídica das que são potencialmente aplicáveis;
- numa posição intermédia, o árbitro pode aplicar várias normas dos ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis;

¹¹⁸ LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, pag. 1136.

¹¹⁹ Vide, MOURA VICENTE, Da arbitragem..., págs. 101 e ss.

¹²⁰ Aqui não se trata do problema que se levanta quando o árbitro não obedece à escolha das partes., sendo anulável com base no art. 27.º/1 da LAV.

¹²¹ Diz MANUEL BARROCAS, “Estamos, assim, perante a questão de saber se a justiça do árbitro internacional, desprovida de *electio juris* pelas partes, é na verdade, neste domínio, uma justiça sem regaras de direito e o contrato *sub judice* um contrato sem lei.”, *In Manual...*, pág. 601.

- sendo mais radical, o árbitro pode recorrer a normas de qualquer ordenamento, pode criar normas ou mesmo “utilizar” a *lex mercatoria*¹²².

Assim, um árbitro pode seguir uma destas posições, o que se fará então quando uma das partes não concorda com a decisão no que diz respeito ao direito aplicável? No caso de pedir a anulação em Portugal, o tribunal estadual pode anular com base no art. 27.º /1 al. e) ao deparar-se com um caso em que o árbitro não se pronunciou sobre as questões que devia apreciar. No caso do tribunal de reconhecimento ou execução poder-se-á recusar com o fundamento do art. V (al. c)) da Convenção. Esta posição é defendida por MANUEL BARROCAS¹²³, todavia, entendemos que só nos casos em que o árbitro não decidiu o litígio com base em normas jurídicas é que se pode questionar o mérito da causa.

Em suma, quando se trate de um contrato em que estejam em causa interesses do comércio internacional, estamos perante uma arbitragem internacional. Na perspectiva dos tribunais estaduais, quando se trate de anulação e reconhecimento/execução de sentenças, devemos atender às normas materiais e as normas de conflito da Convenção de Nova Iorque. Na perspectiva do tribunal arbitral, as partes têm o maior interesse em escolher o lugar da arbitragem, porque em muitos ordenamentos jurídicos (como é o caso de Portugal) este é o elemento de conexão que determina a lei aplicável à *lex arbitrii*, sendo que em alguns países (como é o caso da França e de Portugal) esta permite, no que diz respeito à *professio iuris*, a escolha do direito aplicável à solução do litígio e na ausência dela, dá-se ao árbitro liberdade quase absoluta, podendo ir, inclusive, buscar-se a *lex mercatoria*¹²⁴.

¹²² Tendo em conta o escopo deste estudo não iremos discutir aqui a existência de uma *lex mercatoria*. Vide, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Volume I, 2ª Edição Refundida, Almedina, págs. 111 e ss. (140 e ss.)

¹²³ Manual..., pág. 610

¹²⁴ Convém atender às diferentes posições quanto à aceitação da autonomia da *lex mercatoria*, cfr. LIMA PINHEIRO, *Direito...*, pág. 140 e ss.