



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O OBJETO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM COMO COMPROMISSO
ARBITRAL OU COMO CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Maxwell Silva Lapa

Orientador: Prof. Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20150650

Novembro 2017

Lisboa.

À minha mãe, Miriam, sem quem nada disto seria possível e a quem devo, pelo seu sacrifício, abnegação e árduo trabalho em duplo emprego, meu diploma de licenciatura e o acesso ao mestrado.

Ao meu pai, Robério, falecido, e avós paternos, Walter e Judite, também falecidos, mas de onde estão, estiveram em minha interseção e que em vida foram pilares estruturais para minha formação humana.

À minha tia-madrinha, Jaciva, que abdicou de si para cuidar de mim.

Aos meus queridos e amados irmãos, Léo, Nana, Arquimedes e Eder que, como sempre dissemos uns aos outros, mesmo distante fisicamente, estaremos sempre unidos pelo coração.

As minhas tias e tios que foram mães e pais nos momentos certos.

Aos meus avós maternos, Anita e Geraldo, que com suas histórias de vida me proporcionaram boas lições

.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre e em primeiro lugar à Deus -- יהוה -- pelo Dom da vida e a força interior necessária para vivê-la. Ao meu Mestre, Jesus -- ישוע רבי -- que me ensina sempre a recomeçar após cada fracasso, condição *sine qua nom* para a sucesso e a Nossa Senhora, *Auxilium Christianorum*, que é sempre mãe.

Agradeço também a todos os meus professores que direta ou indiretamente contribuíram para a minha chegada até aqui, a Universidade Autônoma de Lisboa nos seus quadros de funcionários que sempre me prestaram o apoio necessário e, em especial, ao meu professor e benfeitor Mestre Henrique Dias da Silva, responsável por minha vinda para esta Universidade, e ao meu orientador Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário.

Família, o único elo capaz de sustentar esta estrutura é o amor, pois se estivermos ligados pelo amor, nem a distância ou o tempo será capaz de desfazê-la.

NOTA DO AUTOR.

O presente trabalho foi redigido sem a adoção do acordo ortográfico e segundo a norma ortográfica brasileira.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise sobre convenção de arbitragem nas suas modalidades de cláusula compromissória e compromisso arbitral, mas para tanto, seguiremos a linha sistemática a começar por fazer um estudo histórico sobre o instituto da arbitragem desde a Grécia, passando pelos povos hebreus e romanos e chegando a Portugal até a sua fase mais moderna, analisando, em todos, como era o tratamento dado ao tema. Depois, seguiremos para uma análise da natureza jurídica de ambos os instrumentos pelo qual se celebram uma convenção de arbitragem, bem como de certos princípios que daí decorrem, partindo, depois, para uma análise dos limites da celebração de uma convenção de arbitragem, seus requisitos formais e materiais. Antes de concluir o tema, faremos um breve estudo dos requisitos de modificação e revogação da convenção de arbitragem e depois abordaremos os efeitos negativos da convenção, fruto do princípio da competência-competência em arbitragem voluntária. Por fim, realizaremos um estudo comparado não amplificado sobre o acordo de arbitragem em ordenamentos jurídicos diversos.

Palavras-chave: Convenção de arbitragem, compromisso arbitral, cláusula compromissória, natureza jurídica.

RESUMO

This paper aims to analyze the arbitration agreement in its arbitration clause and arbitration agreement, but to achieve this, we will follow the following systematic approach to starting a historical study of the arbitration institute from Greece, through Hebrew and Roman peoples and arriving in Portugal until its most modern phase, analyzing in all, as was the treatment given to the subject. Then we will proceed to an analysis of the legal nature of both instruments by which an arbitration agreement is concluded, as well as certain principles that follow, and then to analyze the limits of the conclusion of an arbitration agreement, its requirements formal and material. Before concluding the topic, We will briefly study the requirements for modification and revocation of the arbitration agreement and then address the negative effects of the convention, as a result of the principle of competence-competence in voluntary arbitration. Finally, to conduct a non-amplified comparative study on the arbitration agreement in different legal systems.

Keywords: Arbitration agreement, arbitration agreement, arbitration clause, legal nature.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO.	9
1. A ARBITRAGEM.....	10
1.1. Razão de ordem.	10
1.2. Conceito.	11
1.3. Modalidades.	11
1.4. Figuras afins.	12
2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM.	10
2.1. Razão de ordem.	13
2.2. Arbitragem entre os gregos.	15
2.3. Arbitragem entre os hebreus.....	19
2.4. Arbitragem entre os romanos.	25
2.5. Arbitragem em Portugal.	31
3. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.	44
3.1. Razão de ordem.	44
3.2. Convenção de arbitragem como compromisso arbitral ou como cláusula compromissória..	44
3.2.1. Validade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.	45
3.2.2. Natureza jurídica da cláusula e do compromisso arbitral.	50
3.3. Critérios e requisitos à celebração da convenção de arbitragem.	60
3.4. Modificação e limites à modificação. Revogação e caducidade.	67
3.5. Efeito negativo e o princípio da competência-competência.	69
4. A CONVENÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	72
4.1. Razão de ordem.	72
4.2. A convenção de arbitragem no Brasil e na Argentina.	73
4.3. A convenção de arbitragem em Angola e Cabo Verde.	79
4.4. A convenção de arbitragem na Alemanha e Itália.	82
4.5. A convenção de arbitragem em Inglaterra e EUA.....	87
CONCLUSÃO.	91
FONTES.....	94
Documentais.....	94
Bibliográficas.	98

INTRODUÇÃO.

Numa perspectiva histórica da arbitragem, esta ganhou uma atenção maior após a Revolução Francesa de 1789 que, com o famoso lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade -- *Liberté, Égalité, Fraternité* –, proclamava o nascimento de um novo tempo que culmina com a vitória do liberalismo constitucional no século XIX que consagra, em várias constituições nascentes, o direito dos particulares terem a liberdade de escolherem uma justiça particular para dirimirem seus conflitos, justiça particular chamada de arbitragem; e com a Constituição Portuguesa da época não foi diferente e para tanto provar, bastando constatar o que, a título de exemplo, dispunha o texto da Constituição Portuguesa de 1822 no seu artigo 194º:¹

Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juizes árbitros, para decidirem.

Em outras palavras, deste o século XIX, vários juristas vêm se dedicando ao estudo da arbitragem, não obstante, estes estudos não passaram de trabalhos muito pontuais, deixando ainda neste campo uma lacuna muito grande de pesquisa e de tratamento acadêmico. Diante desta oportunidade de desbravamento no campo da arbitragem que ainda existe, interessa-me um estudo de maior acuidade no âmbito da convenção de arbitragem à luz da nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, Lei n.º 63/2011, e do objeto da convecção arbitral. É importante saber se faz sentido distinguir entre o compromisso arbitral e a cláusula arbitral, sua natureza jurídica e efeitos jurídicos e quais os limites e âmbito da celebração da convenção arbitral.

A arbitragem voluntária insere-se no prisma do direito adjetivo como um meio alternativo de resolução de litígios fora do âmbito dos tribunais do Estado. Por ser considerada, do ponto de vista da morosidade da justiça comum, mais célere e economicamente com custas processuais menores que os tribunais do Estado é que esta vem ganhando mais espaço nos dias atuais. Todavia, existem questões de natureza substancial que serão tratadas neste presente

¹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1822. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 103; CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela_de_Carvalho_Arbitragem_Administrativa_a_luz_dos_Principios_Administrativos.pdf

trabalho que circunscrevendo a arbitragem ao do objeto da convenção de arbitragem como compromisso arbitral ou como cláusula compromissória.

Podemos notar que é intrínseca à arbitragem voluntária uma convenção entre as partes, ou seja, um acordo prévio entre as partes, onde estas se dispõem a lançar mão deste instituto de resolução de litígio como um meio mais adequado para julgar o litígio suscitado entre elas. Nesta situação, cabe saber se faz sentido diferenciar se as partes, estando diante de um litígio corrente, mesmo que afetado a um tribunal do Estado, vão recorrer a este meio alternativo, aqui, sendo nomeado de compromisso arbitral; ou se as partes, ao celebrar um negócio jurídico, vão prever que, na possibilidade de eventuais conflitos, irão recorrer a este meio alternativo para resolver o litígio emergente desta relação contratual ou extracontratual, já aqui, sendo nomeado de cláusula compromissória.

O tema é instigante e merece toda a atenção dos operadores do Direito, sejam advogados, docentes, juristas ou estudantes. O assunto é atual e necessita de um aprofundamento para se descobrir se faz sentido falar em compromisso arbitral ou cláusula compromissória como sendo coisas distintas, qual o âmbito da arbitragem, seus limites e seus requisitos; e para tentar responder a estas questões, fundamentar-me-ei na nova Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, a Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro; mas não sem antes fazer uma abordagem histórica da presença da arbitragem em diversos povos, inclusive no povo português e depois utilizar do mecanismo de comparação do direito para perceber o tratamento dado ao contrato de arbitragem em diversas ordens jurídicas.

1. A ARBITRAGEM.

1.1. Razão de ordem.

Antes de entrarmos no tema da convenção de arbitragem, faz-se necessário entender o que é a arbitragem e para tanto iremos abordar nos pontos seguintes o conceito da arbitragem, quais as modalidades assumidas pela arbitragem no contexto moderno de acordo com certos critérios adotados e traçar uma linha de separação entre a arbitragem e figuras jurídicas próximas a ela por meio do entendimento das mesmas; a partir deste entendimento da arbitragem, podemos então avançar num estudo histórico da arbitragem para chegar ao centro da questão que será a convenção de arbitragem como compromisso arbitral ou como cláusula compromissória.

1.2. Conceito.

É percebido de maneira geral que a ideia fundamental sobre a arbitragem é a de que se consiste num mecanismo alternativo de resolução de litígios, um mecanismo fora da jurisdição tradicional dita estatal, outra maneira de administração da justiça. Neste sentido, há duas maneiras conhecidas pelas quais se chegam a esta resolução alternativa de litígios dita arbitragem.

Temos a maneira voluntária em que os particulares, por meio da celebração de um acordo, mais conhecido pelo termo “convenção de arbitragem”, recorrem à decisão de um árbitro ou árbitros para dirimirem seus conflitos, ou seja, surgido ou na eventualidade de surgir um conflito entre às partes num negócio jurídico, em alternativa de recorrerem à jurisdição estadual, elas celebram uma convenção de arbitragem onde retiram a competência de decidir sobre a contenda da jurisdição estadual e atribuem esta competência a uma jurisdição arbitral, particular, escolhidas por elas, é a que conhecemos por arbitragem voluntária. Mas temos também a maneira necessária em que, não pela vontade das partes, mas por imposição da lei, pela sua determinação obrigatória, as partes num conflito existente ou a existir devem necessariamente recorrer, não a um tribunal do Estado, mas a um tribunal arbitral para resolver a questão, é a que conhecemos por arbitragem necessária.

Este mecanismo alternativo de resolução de litígio, entendido desta maneira, é muito antigo como bem veremos em lugar próprio, mas a sua distinção entre voluntária e necessária nem sempre foi clara, apenas com o evoluir da instituição ao longo da história da mesma é que se foi aclarando este entendimento. Dito isto, podemos, pois, entender que a arbitragem pode ter como origem à vontade das partes, com fundamento na sua autonomia de celebrar contratos, ou pode ter como origem uma disposição normativa fundada no seu caráter imperativo e necessário. Contudo, a doutrina levanta sempre a questão de saber se esta última forma de arbitragem é uma verdadeira arbitragem por suprimir um aspecto fundamental desta que é a autonomia da vontade das partes.²

1.3. Modalidades.

Modernamente tem se distinguido algumas modalidades de arbitragem a depender do critério a ser utilizado. Assim, podemos ter a arbitragem classificada segundo o critério do

² CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. In *O Direito*, Lisboa, a124, n.3 (Jul.-Set. 1992), p. 366 e PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p.26 e ss.

âmbito da arbitragem, neste caso podemos falar em arbitragem interna ou arbitragem internacional dependendo se da solução da relação jurídica controvertida faz-se necessário a consulta a vários ordenamentos jurídicos ou não, pois se a questão tocar apenas em uma ordem jurídica para a sua solução, temos a arbitragem interna, caso contrário, temos a arbitragem internacional ou transnacional.

Também podemos ter a arbitragem classificada segundo o critério da organização. Pelo modo como é estruturada a arbitragem, neste caso, pode-se falar, principalmente, em arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional, para tanto saber se estamos perante uma ou outra, basta verificar o critério de constituição funcional do tribunal, ou seja, se o tribunal é formado apenas pelas partes envolvidas e elas mesmas escolhem as regras a serem aplicadas a todo o processo sem qualquer ajuda de alguma entidade externa, neste caso, temos a arbitragem *ad hoc* ou arbitragem *strictu sensu*. Contudo, quando o tribunal é constituído e todo processo organizado por uma instituição permanente que aplicará as suas próprias regras ao processo, neste caso, temos a chamada arbitragem institucionalizada. Também se pode ter a arbitragem classificada segundo o critério da matéria arbitrável, podendo-se falar, neste caso, em arbitragens comerciais, arbitragens laborais, arbitragens administrativas, arbitragens tributárias, arbitragens societárias etc. Como se percebe, a classificação da modalidade da arbitragem varia conforme o critério que subjaz.³

1.4. Figuras afins.

Dito o conceito e as modalidades de que podem se depreender da arbitragem é necessário, pois agora, distingui-la de figuras jurídicas próximas a ela para que não haja confusão de conceitos. Em primeiro lugar, a arbitragem não se confunde com a *conciliação*, pois na conciliação as partes no processo nomeiam um terceiro, sem poder de decisão, para promover um acordo entre elas chamado de *transação* (ver artigos 1248.º à 1250.º de Código Civil português). A transação, que é um contrato celebrado entre as partes, consiste no fim da conciliação, no objetivo último desta; o que diferencia a conciliação da arbitragem, embora ambos sejam meios extrajudiciais de resolução de litígios, é justamente o poder de decisão que o árbitro tem para impor as partes e cujo contrato celebrado entre as partes – a convenção de arbitragem - constitui um meio para se chegar ao fim, que é a decisão arbitral.

³ CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, pp 19 e ss.

Também não se confunde com a *peritagem*, pois na peritagem há a atuação de um terceiro coadjuvante do tribunal, seja arbitral ou judicial, na produção de prova pericial quando são necessários conhecimentos técnicos que os juízes não possuem, por exemplo. Porém, a prova fornecida pelo perito é de livre apreciação pelo tribunal (ver artigos 388.º e 389.º do Código Civil português); assim, a função do perito é transmitir uma informação qualificada, o que diferencia a peritagem da arbitragem cujo papel do terceiro, que funciona como árbitro, é o de julgar, decidir a causa e vincular as partes a esta decisão.⁴

2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM.

2.1. Razão de ordem.

Cabem algumas apreciações de ordem metodológicas e de motivos no que toca a parte histórica. Uma citação *ipsis litteris* do processualista português ALVES DE SÁ⁵, muitas vezes citada por outros juristas, mas que sempre se mostra oportuna e, neste caso, mais oportuna por ser esta abordagem, em primeira parte, histórica. Este eminente jurista português afirmava sobre a arbitragem que “não há forma de tribunal mais antiga, nem mais universal”. Trata-se de uma afirmação verdadeira, pois, sobre este meio de resolução de litígios encontram-se vestígios de sua aplicação pelos povos gregos, por exemplo, em períodos que remontam ao século VII a.C. e provavelmente esta forma de tribunal foi utilizada bem antes deste período e entre diferentes povos, inclusive pelo próprio povo grego. Porém terei como enfoque os povos gregos, o povo hebreu e os romanos para depois passar para as origens da arbitragem em Portugal.

Todavia, quero ressaltar que para constatar a possível existência da arbitragem no Direito grego antigo, levei em consideração o que os historiadores do Direito chamam de “fontes históricas do Direito” e não apenas as fontes de Direito propriamente ditas. Isto porque, quando se trata do estudo do Direito grego antigo, não podemos utilizar as fontes de Direito por excelência, isto é, os textos legais escritos e produzidos por um legislador. Em primeiro lugar, porque os gregos não adotavam esta forma de produção legal escrita como regra, ao contrário dos romanos, mas adotavam eminentemente a forma oral para comunicar e transmitir as suas normas, e adotavam como instrumento primordial para esta transmissão normativa os discursos, os poemas épicos e as peças teatrais, e com raras exceções algumas inscrições legais. Em segundo lugar, a sociedade grega não possuía uma unidade jurídica, isto é, a sociedade grega era formada por múltiplas Cidades-Estados e cada uma delas com seu próprio Direito, o que

⁴ CORTEZ, *op. cit.*, p. 367 e PINHEIRO, *op. cit.*, p. 49.

⁵ ALVES DE SÁ, EDUARDO, *Comntário do Código d Processo Civil Portuguez*, 2º vol., Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, Lisboa, 1889, p. 108.

leva os poucos historiadores do Direito grego, como GILISSEN⁶, a afirmar que não existe um Direito grego propriamente dito. Existem muitos direitos gregos. Assim, no que toca ao estudo do Direito grego antigo, temos escasso material e pouca bibliografia se compararmos com o Direito romano. Desta feita, utilizarei fontes históricas e não fontes de Direito com exceção da citação ao tratado de paz entre gregos e espartanos em 445 a.C.

Quanto à abordagem da arbitragem entre os judeus, faz-se necessário expor o tema da arbitragem entre o povo hebreu por duas razões que considero importantes. Em primeiro lugar, a influência e importância que a cultura judaica teve no ocidente. Isto se faz notar muitas vezes quando para se referir a matriz dos valores fundamentais dos diversos países do ocidente se utiliza da expressão judaico-cristã, claro, para além das referências ao pensamento e filosofia grega e do Direito romano. Em segundo lugar, a comunidade judaica, dispersa pelo globo, mas ainda conservando suas tradições, se utiliza deste mecanismo alternativo de resoluções de litígios para dirimir conflitos entre os membros da comunidade ou entre os membros da comunidade e os não membros, havendo, inclusive, uma formação específica para os rabinos neste tema⁷.

No que toca a arbitragem entre os romanos, cabe notar que não é ambição deste presente tópico tratar da História do Direito Romano Privado, ou detalhar com precisão a utilização do instituto da arbitragem e seus mecanismos pelos romanos. O intuito deste tópico é o de tratar de aspectos gerais da importância da arbitragem para romanos, sua antiguidade entre eles, mais precisamente, irei ater-me ao período situado entre o surgimento do *ius gentium*, no período arcaico, e ao período situado no final da época clássica com o surgimento dos comentários aos éditos de Paulo e Ulpiano. Não entrarei em aspectos da arbitragem nas fases seguintes, nomeadamente, nas épocas pós-clássica, pois, este período é considerado pelos romanistas o período de decadência do Direito Romano, não surgindo maiores inovações jurídicas e nem grandes juristas da envergadura de Scaevola, Gaio, Paulo e Ulpiano, assim também no que diz respeito a arbitragem. Já no que se refere ao período de Justiniano, um período que perpetua para as gerações futuras o conhecimento do Direito Romano, conquanto este passe por uma codificação nas compilações justinianeias, mereceria um trabalho monográfico autónomo, inclusive no que toca a arbitragem entre os romanos, pelo que também não será objeto a ser

⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros; 7^o ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

⁷ Entrevista com o Rabino David Weitman no programa “Prazer em Conhecer-lo” em 31.10.2004 na emissora Rede Vida. Disponível em: <https://www.youtube.com>

abordado aqui. Por fim, abordarei muito rapidamente algumas características deste instituto no Direito Romano.

Por fim, quero tratar da presença da arbitragem em território português essencialmente a partir da fundação da nacionalidade. Mas antes de entrar no tema da arbitragem no período da fundação da nacionalidade, quero expor muito brevemente sobre a possibilidade da arbitragem já ter sido utilizada em território português no período da dominação romana, podendo ser esta a raiz originária da arbitragem em Portugal, mesmo antes da recepção do “direito romano renascido” à época da fundação da nacionalidade, nada mais sendo que uma hipótese, não existindo qualquer documentação neste sentido que se faça provar. Contudo, uma hipótese sempre plausível dado à vasta presença deste Império pelo território da Hispânia e por uns longos séculos.

2.2. Arbitragem entre os gregos.

No ordenamento jurídico grego antigo, iremos fazer um recorte entre dois períodos distintos, como bem frisa VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS,⁸ para melhor economia do estudo: o período dito arcaico (séculos VIII à VII a.C.) e o período dito clássico (séculos VI à IV a.C.). Isto porque são nestes dois períodos em que encontramos as fontes escritas sobre o Direito grego antigo.

No período dito arcaico da Grécia, que remonta ao século VII a.C, a fundamentação da ideia da existência de um Direito Grego, de um ponto de vista histórico, está baseada em fontes escritas diversas, e como destaca GILISSEN⁹ sobre estas diversas fontes escritas do direito grego antigo pode-se dividi-las em: discursos do direito ateniense, discursos literários e filosóficos, inscrições jurídicas, “lei de Gortina”, “lei de Dura” e as conhecidas epopeias de Homero. No que toca a existência do direito arbitral, em particular, tem destaque esta última fonte. Nos poemas épicos atribuídos a Homero, *Ilíada* e *Odisseia*, que segundo muitos historiadores ambos os poemas foram elaborados bem antes do referido século VII a. C, talvez no período conhecido como período homérico que gira em torno dos séculos XII e IX a.C., mas a epopeia somente foi reduzida a escrita neste período dito arcaico do século VII. Antes disso, segundo os historiadores da matéria, os poemas épicos de Homero seriam repassados para as

⁸ VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, Julie. “L’arbitrage dans la Grèce antique-Epoques archaïque et classique”, in *Revue de l’arbitrage*, 2000, N° 1, pp. 9-26.

⁹ GILISSEN, *Op. Cit.*, p. 73.

gerações seguintes pela tradição oral¹⁰. Bem, da leitura destas obras de Homero, no que tange a arbitragem, podemos encontrar a seguinte citação, no livro IV da *Ilíada*:¹¹

*Propensa a deusa, incontinente voa
Lá do empinado Olimpo. Qual estrela,
Se, ao nauta e às hostes portentosa, a envia
O alto Satúrnio, fulgurante brilha;
Tal desliza na arena e ali se ostende.
Pasmam da aparição e entre si rosnam
Grevados Gregos, picadores Teucros:
“Quer o árbitro da guerra a paz firmar-nos,
Ou da matança renovar as cenas.”*

Com isto não quero afirmar que só a partir do século VII a.C com a redução a escrito dos poemas homéricos é que surgiu a arbitragem na Grécia, no período dito arcaico, não, pois a própria existência do Direito não está restrita ao surgimento da escrita; é bem verdade que a partir do surgimento da escrita constituiu-se um marco de fundamental importância para o estudo da História do Direito, principalmente os textos escritos de caráter eminentemente legal, no entanto, quando se trata do Direito Grego antigo, cabe salientar que a escrita não constituiu a única fonte para o estudo da História e, em maior razão, para o estudo da História do Direito. Sendo assim, faço a ressalva de dizer que a arbitragem enquanto meio de resolução de litígio deve ter existido na civilização grega bem antes do surgimento dos primeiros documentos escritos que retratam o mundo grego, principalmente quando levamos em consideração que a sociedade grega adotava, como já referido acima, uma primazia pela cultura falada em relação à cultura escrita, isto é, os gregos preferiam falar a escrever, preferiam à tradição oral à tradição escrita.¹² Sobre isto o próprio Platão escreveu que os livros não poderiam ser questionados, ficando, assim, impossível a correção de suas ideias e, com efeito, estão fechados ao aperfeiçoamento, tendo ainda o agravante de, segundo Platão, enfraquecerem a memória.¹³ No entanto, irei ater-me às fontes escritas.

Outro autor menos ilustre que Homero, mas de existência histórica inquestionável entre os historiadores, é Hesíodo (século VIII a.C.), autor de “Os Trabalhos e os Dias”. Nesta obra,

¹⁰ ROMILLY, Jacqueline de - Homero : introdução aos poemas homéricos. Lisboa : Edições 70, 2001. p. 117.

¹¹ HOMERO. *Odisséia*. Tradução de Manoel Odorico Mendes; edição de Antônio Medina Rodrigues. São Paulo: Ars Poetica / Edusp, 1996, p. 117.

¹² DE LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 34.

¹³ PLATÃO, *Fedro*. Edições 70. Lisboa, 2008.

Hesíodo debruça-se sobre a vida rural, agrícola, comum do trabalhador, oposto ao que faz Homero, que tinha como foco a nobreza e o herói. Em “Os trabalhos e os Dias” Hesíodo trata sobre o que é a justiça, quais os preceitos e comportamentos mais adequados a ter consigo mesmo e na relação interpessoal e critica as disputas na *ágora* que funcionava como tribunal arbitral com dois litigantes e um árbitro a ouvir ambas as partes para só depois proferir uma sentença:¹⁴

*Ó Perses! Mete isso em teu ânimo:
a luta malevolente teu peito do trabalho não afaste
para ouvir querelas na ágora e a elas dar ouvidos.
Pois pouco interesse há em disputas e discursos
para quem em casa abundante sustento não tem armazenado
na sua estação: o que a terra traz, o trigo de Deméter.*

Nesta obra Hesíodo bendiz do árbitro que profere sentenças justas em nome de Zeus.¹⁵ É importante notar que a arbitragem praticada neste período arcaico era conduzida por apenas um arbitro, não existindo indícios da existência da arbitragem coletiva e nem da diferenciação entre arbitragem pública e privada.¹⁶ Esta diferença só passa a existir no período dito clássico que passaremos a tratar.

Passemos agora ao período clássico (séculos V-IV a.C.) com nomes e acontecimentos ligados a ele muito importantes, tais como o do general Milcíades, vencedor da batalha de Maratona, em 490 a.C., no período conhecido por I Guerras Médicas, guerra travada entre gregos e persas que culmina com a vitória dos gregos; e Temístocles, vencedor da batalha de Salamina, em 480 a.C., nas II Guerras Médicas, garantindo a segunda vitória grega contra os persas.

Para enfrentar o Império Persa e conseguir fazer frente a ele nas duas Guerras Médicas, atenienses e espartanos estabeleceram a chamada Liga de Delos,¹⁷ que nos seus acordos estabeleciam que as grandes Cidades-Estados devessem fornecer armas, navios e tropas e as pequenas deveriam pagar um tributo conhecido por *phoros* ao tesouro de Delos, que era

¹⁴ HESÍODO, *Os Trabalhos e os Dias*. Tradução, introdução e comentários de LAFER, Mary de Camargo Neves (ed. original de 1989). São Paulo: Iluminuras, 2006, vv 27 ss.

¹⁵ MIRANDA, Agostinho Pereira de, MATIAS, Célia Ferreira. “Regresso ao futuro : apontamentos sobre a história da arbitragem” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 1, Lisboa, 2008, p.27.

¹⁶ MIRANDA, Agostinho Pereira de, MATIAS, Célia Ferreira. “Regresso ao futuro : apontamentos sobre a história da arbitragem” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 1, Lisboa, 2008, p.27.

¹⁷ DE ANDRADE ARRUDA, Jose Jobson. *História antiga e medieval*. Vol. 1, 18º Ed., São Paulo: Editora Atica, 1976.

administrado por Atenas.¹⁸¹⁹ É este ambiente extremamente beligerante que força atenienses e espartanos a celebrarem tratados que permitem que a arbitragem comece a se desenvolver de modo a que já se começava a fazer-se a diferenciação entre o que seria a arbitragem pública e o que seria a arbitragem privada. Esta última forma de arbitragem permite uma liberdade maior de escolha dos árbitros, estes árbitros podendo ser cidadãos ou estrangeiros; já no que toca a arbitragem pública, esta liberdade é mais restrita, pois só poderiam ser árbitros cidadãos com mais de sessenta anos, e nesta forma de arbitragem existiam regras próprias e específicas. Na arbitragem privada, funcionava a “regra do meio”.²⁰

Após as Guerras Médicas e com o desenvolvimento crescente de Atenas em relação às demais Cidades-Estados, nomeadamente Esparta, os gregos começavam a enfrentar-se internamente em causas que envolvia fronteiras entre as Cidades-Estados e que eram resolvidas por via da arbitragem. Alguns autores escrevem inclusive que já havia uma distinção entre arbitragem com cláusula compromissória e arbitragem obrigatória ou necessária. Caso é o da professora NAZO:²¹

Havia dois tipos de arbitragem: a compromissória e a obrigatória. Os compromissos já especificavam o objeto do litígio e os árbitros indicados pelas partes. Uma vez proferido o laudo arbitral, dava-se-lhe publicidade, sendo gravado, em placa de mármore ou metal, colocada nos templos das respectivas cidades para conhecimento de todo o povo.

Neste período de pós-guerras médicas de disputas pequenas entre atenienses e espartanos que mais tarde vai culminar na Guerra do Peloponeso, há um período intermédio de paz com a celebração do Tratado de Paz entre Atenas e Esparta, no ano de 445 a.C., que a professora NAZO²² cita como “exemplo característico de tratado com cláusula compromissória”.

Continuando na linha das fontes históricas de Direito, outra fonte que constata a existência da arbitragem entre os gregos e que podemos citar é a obra “as Rãs”, encenada em

¹⁸ MAGNOLI, Demétrio. *História das guerras*. 2º ed., São Paulo: Editora Contexto, 2010, p. 62

¹⁹ Ora, esta tomando proveito da posição e desta situação de conflito, utiliza os recursos financeiros por ela geridos para impulsionar a sua indústria e comércio chegando-se a ser tornar hegemônica do ponto de vista político e económico durante o governo de Péricles (460 à 431 a.C.). Esta situação vai culminar posteriormente na conhecida Guerra do Peloponeso, uma guerra entre atenienses e espartanos, guerra que vai de 431 à 404 a.C.

²⁰ MIRANDA, Agostinho Pereira de, MATIAS, Célia Ferreira. “Regresso ao futuro : apontamentos sobre a história da arbitragem” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 1, Lisboa, 2008, p.27-28

²¹ NAZO, Georgette Nacarato. “Arbitragem: um singelo histórico”, in *Revista do advogado*, São Paulo, nº 51 (Out.1997), p.25.

²² NAZO, *Op. Cit.*, p.25.

405 a.C., do autor grego de comédia Aristófanes, que relata a descida de Dionísio ao “inferno” e este ao chegar é convidado por Hades para ser árbitro de uma disputa que estava ocorrendo entre Ésquilo e Eurípedes pelo trono da Tragédia.²³ Deste mesmo autor temos ainda a peça teatral denominada “as Vespas” que possivelmente evidencia a existência de tribunal arbitral que estava a cargo dos particulares,²⁴ donde seria possível presumir a referida distinção entre arbitragem pública e arbitragem privada, uma vez que entre os tratados celebrados pelas Cidades-Estados gregas seria possível ilidir a arbitragem pública. Mas para CALDAS,²⁵ aqui já se seria o princípio da arbitragem internacional, isto mesmo pelo surgimento das Cidades-Estados, e internamente, dentro das Cidades-Estados, entre os cidadãos, metecos ou estrangeiros, o meio utilizado seria a arbitragem privada. Segundo CALDAS²⁶, pode-se contabilizar entre o período arcaico e o final do período clássico, que vai dos séculos VII a.C. à II a.C., pois a partir daí inicia-se o período da dominação romana. Pode-se somar nestes dois períodos um total de 110 conflitos resolvidos por via arbitral. Criou-se inclusive um “conselho permanente dos Anfictiões” de cunho religioso para resoluções de conflitos por via arbitral.

2.3. Arbitragem entre os hebreus²⁷

No que diz respeito ao povo hebreu, a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos é também uma realidade quando se leva em conta a história da origem e formação desta etnia de língua semítica.²⁸ A história da formação do povo hebreu é bem conhecida. Começa com a vocação de Deus a Abraão, até então apenas Abrão,²⁹ para seguir um caminho de vida novo.³⁰ Este período situa-se mais provavelmente no século XVIII a.C., na

²³ ARISTÓFANES, C. 455-375 a.C. *As vespas, as aves, as rãs*. Tradução do grego de Mário da Gama Kury. 3º Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 6.

²⁴ ARISTÓFANES, *Op. Cit.*, p. 5.

²⁵ CALDAS, Francisco de Castro. *Portugal e a arbitragem internacional*. Lisboa: Livraria Petrony, 1935, pp. 17-18

²⁶ CALDAS, Francisco de Castro. *Portugal e a arbitragem internacional*. Lisboa: Livraria Petrony, 1935, p. 18 e nota(1).

²⁷ Hebreu é a forma mais antiga e é a primeira que aparece nos textos bíblicos para se referir a um determinado povo, que mais tarde também será sinônimo de israelita, bem como de judeu.

²⁸ Palavra que é derivativa do nome próprio Sem, que seria o primogênito de Noé (Gênesis 5,32.). Este seria o ancestral comum que deu origem a todos os povos de língua semítica tais como Hebreus, Sírios, Arameus, Árabes e Hicsos. Os Amoritas e os Cananeus seriam da descendência de Cam, filho mais novo de Noé que foi amaldiçoado por este, fazendo do filho de Cam, Canaã, escravo de Sem, daí, segundo os hebreus, a rivalidade entre estes e os cananeus (Gênesis 9,18-27 e nota (21); 10,14-16 da SAGRADA, Bíblia. *Missionários Capuchinhos*. Versão dos textos originais. 8ª ed. Lisboa: Difusora Bíblica, 1978.).

²⁹ Gênesis 17, 5 e nota (5), *Op. Cit.* Deus ali estabelece que Abrão deveria chamar-se Abraão a partir da aceitação deste do sublime chamado de Deus de ser pai de muitos povos. Abraão que quer dizer “pai da multidão” em hebráico.

³⁰ “Deus disse a Abrão: “deixa a tua terra, a tua família e a casa do teu pai, e vai para a terra que Eu te mandar. Farei de ti um grande povo” Gênesis 12, 1-2, *Op. Cit.*

Mesopotâmia, pois segundo fontes arqueológicas³¹ Abraão seria coetâneo do rei Hamurabi, conhecido por ser o autor do famoso Código de Hamurabi, que em essência transmitia a chamada Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Abraão residiu em Ur e depois em Haran, ambas as cidades de religiões politeístas sob o domínio do imperador Hamurabi, regidas pelo código de Hamurabi. Após este chamado de Deus, Abraão e sua família (que incluem os servos) partem da casa de seu pai, deixa estas terras e estas leis para viverem como nômades, depois seminômades e à medida que a sua família vai crescendo vão-se sedentarizando e uma vez abandonados os territórios onde imperava as leis de Hamurabi surge o problema de como resolver os conflitos que viriam a surgir no seio deste povo. É de se supor que embora Abraão tivesse deixado as terras de Hamurabi, não tenha abandonado de todo as suas leis, bastando para tanto verificar lermos o que estatui o Livro do Levítico:³²

Quem ferir um homem mortalmente será condenado à morte. Aquele que ferir um animal mortalmente pagá-lo-á corpo a corpo. E se alguém fizer um ferimento ao seu próximo far-se-lhe-á o mesmo que ele fez: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; conforme ele tiver feito ao outro, assim se lhe fará.

Trata-se de uma hipótese plausível esta da influência das leis de Hamurabi. Isto por dois fatores: o primeiro se deve a redução a escrito deste livro sagrado do Levítico estar situado por volta do século V a.C. e o código de Hamurabi ser do século XVIII a.C. E o segundo fator se deve ao de Abraão, como já mencionado, ser contemporâneo deste imperador e ter residido nas terras por este governadas.

Abraão, como patriarca, era inicialmente o árbitro de todas as contendas que viessem a surgir na família. Posteriormente, com a sua velhice e morte, esta incumbência passou para o seu filho Isaac, e depois deste a seus netos, Esaú e Jacó. Mas “a cada dia que se passava” a família ficava mais numerosa e mais difícil ficava resolver todos os conflitos que iam emergindo nas tribos que se iam formando com os doze filhos de Jacó. Sendo assim, apenas para uma só pessoa arbitrar todos estes conflitos começava a surgir dificuldades; é neste ambiente que vão surgindo as primeiras formas de uma *proto*-arbitragem desvinculada da figura do patriarca. Trata-se aqui de uma arbitragem primitiva de caris ainda não religiosa de se

³¹ Um contrato babilônico achado em nome de Abraão que remonta a este período histórico

³² Levítico, 24, 17-20. *Op. Cit.*

recorrer a testemunhas para que estas fossem juízes em contendas entre tribos distintas. Assim podemos citar como fundamento desta argumentação esta passagem entre Labão e Jacó:³³

E Jacó encolerizado, censurou Labão: tomou a palavra e disse-lhe: qual é o meu crime, qual a minha falta, para que assim te irrites contra mim? Depois de revistar todas as minhas bagagens, que encontraste que pertença a tua casa? Apresenta-o aqui diante dos meus irmãos e dos teus e que eles sejam juízes entre nós dois.

A única norma bem estabelecida de caráter religiosa no seio desta *proto* nação Israelita era a da circuncisão como sinal de aliança eterna entre o único Deus verdadeiro e seu patriarca Abraão.³⁴ Esta era basicamente a norma de caráter religiosa que regia as tribos hebraicas no período dos patriarcas. É de notar que a circuncisão não era rito exclusivo das tribos dos patriarcas, consistindo prática comum no mundo semítico e antigo, mas também ainda hoje praticada, por exemplo, para além dos judeus que conserva a tradição, também entre os árabes e entre os abissínios.³⁵

Pois bem, continuando a nossa narrativa histórica, Jacó, depois de velho, também sai da terra onde estava e parte para o Egito com os seus dozes filhos, seus netos e servos. Dando-se um salto histórico necessário para a economia do trabalho, levando-se em consideração o contexto histórico, este povo inicialmente nômade, seminômade, sedentário, escravo e depois nômades novamente, no contexto da libertação da escravidão do Egito e da busca da terra prometida, é presumível que dos inúmeros contatos que tiveram com os diversos povos culturalmente diferentes, aqueles assimilassem parte destas culturas diversas, inclusive no que dizem respeito aos modos de resolverem conflitos no seio tribal. E também à semelhança dos povos gregos, os hebreus adotavam a forma de transmissão de suas práticas jurídico-religiosas e culturais por via oral. No entanto, é a Moisés que se deve a organização destas práticas, por meio de Leis divinas, bem como da formalização do recurso à prática de resolução alternativa de conflitos, que conhecemos como arbitragem.

Como já referido, neste referido salto na história, já estaríamos, aqui, no século XIII a.C., e como dito, estas Leis eram transmitidas oralmente para as gerações seguintes. Estas

³³ Gênesis 31, 36-37 *Op. Cit.*

³⁴ “Deus disse a Abraão: da tua parte cumprirás a Minha aliança, tu e a tua descendência, nas futuras gerações. Eis o pacto estabelecido entre Mim e vós que tereis de respeitar: todo homem, entre vós, será circuncidado. Circuncidareis a carne do vosso prepúcio e este será o sinal do pacto entre Mim e vós... O indivíduo do sexo masculino incircunciso, aquele que não tiver sido circuncidado na sua carne, será afastado do meio do seu povo por ter violado a Minha aliança.” Gênesis 17, 1-2 *Op. Cit.*

³⁵ Gênesis 17 nota (10) *Op. Cit.*

práticas jurídico-religiosas e culturais organizadas por Moisés receberam o nome de Pentateuco.³⁶ Todavia, o Pentateuco só irá tomar forma escrita muitos séculos depois, por volta do século V a.C.³⁷ à semelhança do que aconteceu aos poemas épicos de Homero.

No que diz respeito à utilização da arbitragem no Pentateuco, ela poderia ser aplicada em diversas matérias, tanto cível quanto penal. Não obstante, há que notar que a arbitragem, aqui, tem um caráter estritamente religioso de se fazer cumprir as Leis divinas emanadas da “boca” do próprio, único e verdadeiro Deus, *Iahweh*. A diferença desta arbitragem religiosa israelita para a arbitragem religiosa grega está na fonte de onde emanam as Leis; para os gregos politeístas, as inspirações legais teriam como fonte e destino os deuses, mais propriamente a *Iustitia*, filha de Zeus; já para os Israelitas monoteístas, a fonte de todo o Direito era o próprio Deus, sendo a justiça um atributo Seu. Nesta via e em conformidade com a concretização de Moisés das Leis e costumes judaicos, temos a formalização do costume de tomar testemunhas como árbitros de contendas.³⁸

Assim, temos também como exemplo da aplicação da arbitragem entre os hebreus para fazer cumprir as Leis de Deus o roubo de animais, onde se estatui que em caso de alguém confiar a outrem em depósito um animal e este venha a ser roubado, este deverá comparecer diante do árbitro para jurar que não roubou o que lhe foi confiado em depósito e em caso de condenação deve-se o culpado pagar o dobro ao seu próximo,³⁹ estando assim esta norma em conformidade com o sétimo mandamento do decálogo de “não roubarás”, decálogo que poderíamos afirmar que foi o quadro normativo que permitiu a constituição da identidade Israelita. Aqui, o texto sagrado fala-se em juízes, no plural, o que nos leva a concluir que já se tratava possivelmente de uma arbitragem coletiva.

Há que ressaltar também que o texto sagrado fala em tribunal como se houvesse uma entidade pública, no sentido moderno da palavra, criado para tais funções. Ora, se levarmos em consideração que o texto se refere a uma Lei oralmente transmitida a um conjunto de nômades, provavelmente no século XIII a.C., que ainda não se identificavam como uma nação, estaríamos nos primórdios da formação de um tribunal de caráter arbitral e religioso. Todavia, a utilização desta terminologia talvez não fosse a mais adequada, mas na falta de um termo melhor utiliza-

³⁶ Que quer dizer cinco livros e se referem aos cinco primeiros livros da bíblia, a saber: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, que erroneamente são atribuídos a Moisés, estes são livros escritos por muitas mãos e em diferentes tempos e contextos, mas a sua essência legal deve-se a Moisés, SAGRADA, bíblia, *Op. Cit.*, Introdução.

³⁷ SAGRADA, bíblia. *Op. Cit.*, Introdução.

³⁸ “Um testemunho isolado não será suficiente contra uma pessoa, seja qual for o seu crime... só depois do depoimento de duas ou três testemunhas é que o caso será decidido.” Deuteronômio, 19,15. *Op. Cit.*

³⁹ Êxodo, 22,8-10. *Op. Cit.*

se este nos textos sagrados. Disto pode-se deduzir que nas diversas tribos israelitas existentes, naquele contexto histórico, haveriam árbitros nomeados para resolver tais conflitos. Já no que diz respeito ao conceito de nação e identidade israelita, este só toma forma e corpo no período dos reis, no século X a.C., e com estes toda a concretização do Estado Israelita.

No contexto da consolidação da nação, identidade e estado israelita e da completude do Pentateuco no século V, não obstante Israel estar sob domínio persa, podemos constatar o melhor desenvolvimento desta instituição da arbitragem religiosa entre os judeus no Livro de Deuteronômio⁴⁰, onde se estatui:

Estabelecerás juízes e magistrados em todas as cidades que o Senhor, teu Deus, te tiver dado, em cada uma das tuas tribos, para que julguem o povo com equidade. Não farás vergar a justiça, não farás distinção de pessoas e não aceitarás presentes corruptores...

Há que notar que durante o período da peregrinação do povo hebreu no deserto conduzido por Moisés, este era à semelhança de Abraão o único juiz das contendas, v.g., Ex. 18, 15-17. Com o passar do tempo e com o aparecimento das naturais dificuldades para uma só pessoa julgar tamanha quantidade de litígios de um povo muito numeroso, foi-se instituído primariamente as testemunhas e os juizes primitivos, depois e oficialmente os sacerdotes Levitas para tais funções, também conhecidos como *Cohenim*, que poderíamos chamar de juizes do Estado de Israel diretamente vinculados ao Templo. E como braço auxiliar e particular dos Levitas foram-se nomeados os árbitros, que não possuíam vínculo direto com o Templo, sede governativa de Israel por excelência, e os magistrados que seriam servidores destes árbitros.⁴¹ O Santuário era o tribunal máximo e de recurso a quem o árbitro recorria, não havendo intermediário. Não eram as partes litigantes que podiam recorrer, mas somente o árbitro, desde que este se julgasse incapacitado para decidir sobre um caso que lhe fosse apresentado, seja de natureza civil ou penal:⁴²

Se não tiveres capacidade para te pronunciare sobre um caso judiciário, de Morte, de direito civil ou de ferimento corporal, ou sobre qualquer litígio levado aos tribunais, dirigir-se-ás ao Santuário que o Senhor, teu Deus estiver escolhido. Irás ter com os sacerdotes, descendentes de Leví,

⁴⁰ Deuteronômio, 16, 18-19, *Op.Cit.*

⁴¹ Deuteronômio, 17, 9 e 12 e nota (8), *Op. Cit.*

⁴² Deuteronômio, 17, 8-9, *Op. Cit.*

juiz em exercício; nessa altura consulta-os-ás e eles esclarecer-te-ão sobre a sentença que deves dar

E é punido com a morte quem desobedecer a decisão tomada, seja pelo sacerdote seja pelo juiz arbitral:⁴³

Se alguém, temerariamente, desobedecer à decisão do sacerdote que tiver nesse tempo ao serviço do Senhor, teu Deus, ou à do juiz, será punido de morte.

Só quem podia exercer estas funções arbitrais era um cidadão israelita escolhido pelos sacerdotes Levitas. Este árbitro tinha, numa linguagem talvez inadequada, uma natureza pública, assim como os árbitros públicos na Grécia. É importante perceber que já existia entre os israelitas a preocupação legal pela justiça equitativa como expresso pelo excerto acima; preocupação que para Aristóteles, quase dois séculos depois de se exarar o Pentateuco, seria matéria de suas reflexões, não que os dois fatos estejam entre si ligados. Assim também era uma preocupação para os israelitas a disposição de uma reta justiça, procurando-se evitar que houvesse desvio na sua aplicação com a corrupção dos juízes e magistrados por meio de presentes. Este tema também seria matéria de crítica para o autor grego Aristófanes na sua obra “As Vespas”, do século V.

O que podemos concluir daqui é que, tanto os hebreus como os gregos, na aplicação concreta da justiça, se preocupavam em estabelecer a equidade e evitar os seus desvios corruptores, isto é, tinham como base os mesmos princípios. Tanto é verdade que no ano de 175 a.C, Israel já não mais sob domínio persa, mas agora sob domínio selêucida, por intermédio do rei Antíoco IV, é obrigada a adotar a cultura e os costumes gregos sob os fundamentos de terem os mesmos princípios, com exceção do monoteísmo; isto vai culminar depois na revolta dos Macabeus, libertando temporariamente Israel do domínio grego e do domínio de potências estrangeiras que vinha desde o século VI a.C., pelos menos até o ano de 70 a.C., quando passa novamente a ser subjugada por uma nova potência estrangeira. Agora esta nova potência seria Roma. Mas mesmo sob o domínio romano, os judeus continuaram a poder exercer o direito emanado do Pentateuco por privilegio concedido por este novo Império.

⁴³ Deuterônimo, 17, 12, *Op. Cit*

2.4. Arbitragem entre os romanos.

Não temos dúvidas da utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios entre os romanos, disto sabemos e não temos dúvidas devido a esta figura jurídica estar prevista no *Corpus Iuris Civiles*, por toda a parte: no *Disgesto*,⁴⁴ no *Código*⁴⁵ e nas *Novelas*.⁴⁶

Esta previsão legal do instituto da arbitragem no *Corpus Iuris Civiles* não só evidência a importância da arbitragem para os romanos,⁴⁷ bem como de certa maneira traz um entendimento sobre a antiguidade da sua utilização entre estes quando, por exemplo, constatamos no *Disgesto*, livro 4.º, título 8.º, que trata especialmente da arbitragem,⁴⁸ nos fragmentos 43 e 44, a presença dos comentários de Quinto Mucio Scaevola, conhecido como o *Pontifex Maximus*, cujas publicações datam do ano 100 a.C., sendo considerado o mais antigo jurista romano citado no *Disgesto*.⁴⁹ Ou então os comentários dos juristas romanos que mais se dedicaram ao tema da arbitragem, que foram Ulpiano e Paulo, bastando para tanto verificar que no *Disgesto*, mesmo livro e título agora citados, temos dezesseis fragmentos que são os *ad Edictum* ou os *Comentários aos Éditos* feitos pelo jurisconsulto Ulpiano,⁵⁰ jurisconsulto este que viveu entre os séculos II e III d.C. E temos também quinze fragmentos de comentários aos éditos pretorianos feitos pelo jurisconsulto Paulo, contemporâneo de Ulpiano; ou ainda Gaio, que antecedeu Paulo e Ulpiano, século II a.C., e que é considerado o responsável por sistematizar as regras da arbitragem estipuladas nos éditos, isto, por sua vez, que permitiu uma maior difusão deste instituto pelo Império.⁵¹

Ora, considerando que os trabalhos destes juristas romanos a respeito da arbitragem se desenvolveram em forma de comentários aos éditos pretorianos e, por sua vez, não é precisa a datação de quando começou a serem publicados estes éditos, mas especula-se sobre o período de sua origem, assim os romanistas situam, aproximadamente, o seu início no século II a.C., entre os anos de 148 e 125 a.C., com a promulgação da *Lex aebutia*, vemos quão antigo é a

⁴⁴ D. 4, 8, 1-52; D. 17, 2, 75-80; D. 38,1,30; D. 45,1,43

⁴⁵ C. 2, 56.

⁴⁶ N. 22, 11, 1

⁴⁷ CASTRO Y BRAVO, Federico de. El arbitraje y la nueva "Lex Mercatoria". *Anuario de Derecho Civil*, 1979, 32.IV, p. 625.

⁴⁸ DE LAS PERSONAS PROPUESTAS, QUE ACEPTARON ARBITRAJE PARA PRONUNCIAR SENTENCIA.

⁴⁹ BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman law*. American Philosophical Society, 1968, p. 588; BALSDON, J. P. V. D. Q. Mucius Scaevola the Pontifex and oratio provinciae. *Classical Review*, 1937, 8-10; WALTON, J. P., *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Arménio Editores, 1916, p. 314; D. 1, 2, 41.

⁵⁰ LARROUSE. *Grande enciclopédia larrouse cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

⁵¹ GLOSSNER'ARBITRATION, O. A. a Glance into History'. *Hommage a Frederic Eisemann: Liber Amicorum*, 1978.

utilização deste instituto entre os romanos.⁵² Dito isto, poderíamos supor que, embora o que sabemos sobre a arbitragem romana esteja, na maior parte das vezes, no Código de Justiniano e este date do século VI d.C., o conteúdo jurídico ali previsto sobre a arbitragem remete a um período bem anterior, pois, não obstante a fonte de onde emane este instituto sejam os éditos pretorianos, o seu conteúdo, todavia, é de natureza consuetudinária, sendo anterior ao surgimento dos próprios éditos pretorianos, que apenas reduziu a escrito o que já se praticava como costume, não o tornando por este ato, logo, *ius scriptum*.⁵³

Isto é assim porque podemos especular que esta forma de resolução de litígios por via da arbitragem poderia ter começado a ser utilizada entre os romanos aquando do surgimento do *ius gentium*⁵⁴ com a criação do *praetor peregrinus* em paralelo com o *ius civile*.⁵⁵ Este magistrado, o pretor peregrino, foi instituído no século III a.C., por volta do ano 242 a.C.⁵⁶ pelo espírito jurídico romano, período situado no final da Primeira Guerra Púnica,⁵⁷ instituído no período em que Roma expandia o seu domínio sobre outros povos e regiões (Norte da Itália,

⁵² lei esta que constituiu um avanço em relação ao antigo sistema das *legis actiones*, pois permitia que as partes no processo pudessem escolher entre utilizar o antigo sistema processual rígido e inflexível das *legis*, ou o novo sistema, o sistema formulário; o antigo sistema processual era formado sobre os exatos termos das Doze Tábuas, que era tão formalista que a decisão judicial pretoriana sobre o autor da ação ter ou não ter um direito estava centrada em verificar se ele tinha cumprido com todas as solenidades ou se tinha omitido alguma solenidade, isto levava a que se excluísse qualquer consideração sobre a equidade do caso e a intenção das partes no negócio; já no que diz respeito ao novo sistema, este era mais simples e prático, se baseava na simples questão de as partes em requerer ao magistrado uma fórmula; porém, o avanço definitivo em relação ao antigo sistema se deu no final do século I a.C., por volta do ano 16 a.C., com a promulgação das *Leges Juliae*, que tornava obrigatória a aplicação do sistema formulário, abolindo em definitivo o antigo sistema das *legis actiones*. Todavia, a consolidação deste novo direito pretoriano fundado nos éditos veio com a compilação de Sálvio Juliano no século II d.C., por volta do ano de 130 d.C., quando já era considerado *edictum translativum* ou édito tradicional; A este respeito BRETONNE, Mario. *História do direito romano*, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein, Lisboa: estampa, 1990, pp 136 e ss.; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984. pp. 43 ss. e WALTON, J. P., *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Armênio Editores, 1916, pp. 288-293.

⁵³ WALTON, J. P., *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Armênio Editores, 1916, pp. 435 ss..

⁵⁴ Era, por assim dizer, o direito dos estrangeiros. Como se sabe não se admitia o uso do *ius civile* senão entre cidadãos romanos, mas com o desenvolver do poder político e económico dos romanos com outros povos, houve-se a necessidade de se desenvolver um direito próprio e informal para ser usado com os estrangeiros, a este respeito conferir WALTON, J. P., *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Armênio Editores, 1916, pp. 426-427; BRETONNE, Mario. *História do direito romano*, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein, Lisboa: estampa, 1990, pp 99-104; e CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984. pp. 45.

⁵⁵ *Ius civile* pode ser entendido como direito próprio dos cidadãos romanos e de uso exclusivo destes, não podendo ser utilizado para resolução de conflitos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e romanos; numa formulação mais antiga também se denominava de *ius quiritium*, a este respeito pode-se conferir CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984. pp 45

⁵⁶ WALTON, J. P., *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Armênio Editores, 1916, p. 428

⁵⁷ As Guerras Púnicas foram um conflito entre Romanos e Cartagineses pelo domínio do Mediterrâneo; este conflito é dividido entre os historiadores em três etapas, a saber: Primeira Guerra Púnica (264 e 241 a.C.), Segunda Guerra Púnica (218 e 201 a.C.) e Terceira Guerra Púnica (149 e 146 a.C.), sobre isto BRANDÃO, José Luís; OLIVEIRA, Francisco de. *História de Roma Antiga volume I: das origens à morte de César*. 2015, pp. 145 e ss.

Sicília, Sardenha etc.,) estabelecendo relações de comércio com os estrangeiros dominados. O pretor peregrino surge, então, de uma necessidade de resolver os problemas jurídicos gerados entre estrangeiros e entre estrangeiros e romanos.⁵⁸

Já no final da Segunda Guerra Púnica com a vitória dos romanos sobre os cartagineses, consolidando-se como potência Mediterrânea frente aos seus rivais, é celebrado um tratado de paz, em 201 a.C., onde, entre uma série de obrigações, os derrotados obrigavam-se a se submeterem a arbitragem romana dos seus conflitos em África, isto é, Roma atuaria como árbitro nas disputas de território entre Cartago e os seus rivais, neste caso o rei númida Masinissa.⁵⁹

Era esta a forma de atuação de Roma com os povos dominados: estabelecer acordos de paz e entre as várias obrigações estava a de submeterem a arbitragem romana as suas disputas com os seus inimigos locais. Sobre isto há um episódio narrado por Cícero, que os romanistas não têm certeza de sua veracidade, mas vale citar a título de exemplo, em que por volta do ano de 180 a.C., Labeão é chamado para estabelecer uma arbitragem para pôr termo a um conflito entre a cidade de Nápoles e a cidade de Nola sobre uma disputa por território.⁶⁰ Isto é, a arbitragem em Roma fora utilizada para dirimir tanto os conflitos entre Cidades-Estados como acabamos de exemplificar acima, bem como para dirimir conflitos entre os particulares como previsto nos éditos.⁶¹

O *Ius Romanun strictu sensu* era apenas aplicável aos cidadãos romanos, e como já mencionado acima, esta situação faz surgir a necessidade de criar um mecanismo jurídico diferenciado para resolver as questões, principalmente de natureza comercial, entre estrangeiros e entre estrangeiros e romanos, nas palavras de CRUZ⁶²:

No início, o Ius Romanorum forma um sistema fechado, próprio só dos quirites, duro e feroz como aquela gente guerreira, impelida a lutar pela sua subsistência; formalístico e rigoroso como a ordem que impera numa sociedade agrícola e patriarcal. Pouco e pouco, devido não só à transformação social da civitas, aos contactos com usos e costumes doutras gentes, mas, sobretudo ao gênio criador dos grandes juristas de Roma, esse Direito, embora se mantendo fiel à sua estrutura

⁵⁸ CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984. pp. 44-45

⁵⁹ Roma atuava nestas arbitragens favorecendo nas suas decisões quase sempre este último com a clara intenção de fazer culminar a Terceira Guerra Púnica, sobre isto ver BRANDÃO, José Luís; OLIVEIRA, Francisco de. *História de Roma Antiga volume I: das origens à morte de César*. 2015, pp. 189 e ss.

⁶⁰ CÍCERO, *De Officiis*, I, 10.

⁶¹ NAZO,orgette Nacarato. “Arbitragem: um singelo histórico”. *Revista do advogado*, São Paulo, nº 51 (Out.1997), p 26.

⁶² CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984. pp. 39-40

originária, torna-se apto a resolver as situações criadas pelas exigências da vida e pelo alargamento do comércio.

Portanto, é a partir do contato direto com estas outras culturas e, em particular, com a cultura e filosofia grega,⁶³ rica e desenvolvida em relação às demais culturas do mesmo período histórico, neste período de consolidação do Império e do apogeu do espírito jurídico romano, que faz com que as funções desta instituição ganhem força e dimensões muito maiores, pois, com o alargamento do comércio com os estrangeiros, surgem também problemas de ordem legal que precisariam de respostas jurídicas adequadas, que não seriam possíveis no *ius civile* de uso exclusivo dos romanos. Assim, a arbitragem floresce como alternativa de resolução destes conflitos legais dentro do ambiente de ação do *ius gentium*.

Como dito *supra*, é a partir do contato com a filosofia e cultura grega que permite um desenvolvimento maior deste instituto, principalmente do contato com a ideia aristotélica de equidade.⁶⁴ No entanto, a “vocação jurídica mais decidida” dos romanos em relação aos gregos faz com que aqueles imprimam uma característica própria ao instituto da arbitragem. Duas características que marcam a diferença da arbitragem entre os romanos em relação aos gregos, mas também em relação aos hebreus, são as de que, em primeiro lugar, ela foi objeto de *Edictum* pretoriano, isto é, era um costume que se formalizou primeiro por meio dos éditos e, depois, desenvolveu-se através dos *ad Edictum* ou dos comentários aos éditos dos jurisconsultos romanos. E, em segundo lugar, a sistematização dada ao tema da arbitragem pelos romanos, tornando possível, por fim, de serem compiladas e codificadas por ordem de Justiniano no *Codex Iuris Civile*.

No entanto, e não desconsiderando os períodos anteriores da utilização da arbitragem pelos romanos, podemos considerar que o período em que a arbitragem tem o seu maior desenvolvimento entre os romanos será no período situado entre o fim da época arcaica e toda a época clássica, que vai dos séculos II a.C. a III d.C., por volta dos anos de 148 a.C. a 230 d.C., que podemos dividir em dois blocos de acontecimentos.

No primeiro bloco de eventos, iremos ter no final do período arcaico e início do período clássico, entre os anos de 148 a.C. e 16 a.C., quatro ocorrências que podemos entender que contribuíram para o desenvolvimento do instituto da arbitragem, a saber: em primeiro lugar, o domínio romano sobre os gregos com a vitória dos romanos na Batalha de Corinto e a

⁶³ WALTON, J. P., Introdução ao Estudo do Direito Romano, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Arménio Editores, 1916, p 302-303.

⁶⁴ A este respeito BRETONE, Mario. *História do direito romano*, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein, Lisboa: estampa, 1990, p 247 e ss.

correspondente influência da filosofia e da cultura helênica que daí adveio. Após, o fim do império cartaginês com a subjugação deste pelos romanos na conhecida Terceira Guerra Púnica, sendo que, com estes dois feitos (dominação dos gregos e a destruição do Império de Cartago), os romanos estabelecem-se como potência mediterrânea única, podendo, desta feita, impor o seu Direito a todos os povos dominados. Em terceiro lugar, a promulgação da *Lex Aebutia*, que abriu caminho para a publicação dos éditos pretorianos;⁶⁵ e em quarto lugar, a promulgação da *leges Juliae*, que permitiu a extinção do antigo sistema das *legis actiones*, isto por volta do ano 16 a.C.

Já no que toca ao segundo bloco de acontecimentos, todo ele está situado no período clássico e teremos aí dois eventos importantes: a compilação de Salvio Juliano, em 130 d.C., estabelecendo o parâmetro de se fazer o direito pretoriano, a partir do qual já não havia mais tantas modificações no *ius pretorium*, permitindo uma estabilidade no ordenamento jurídico pretoriano atribuindo maior segurança jurídica àqueles que se viam obrigados a recorrer à justiça. E o surgimento das obras de Ulpiano e Paulo, e mais particularmente, após a estabilização do direito pretoriano com a compilação de Juliano, os comentários aos éditos, e no que nos interessa ao que se refere à arbitragem, provavelmente no final do século II d.C. e início do século III d.C., contribuindo de maneira esplêndida para o desenvolvimento de uma doutrina jurídica sobre o direito pretoriano e, mais particularmente, sobre a arbitragem.

Deixando o aspecto histórico agora e para finalizar este tópico, vamos às questões de conteúdo da regulação arbitral no Disgesto. E neste sentido, um aspecto que vale ressaltar também é que, muito embora a arbitragem no Direito Romano tenha se desenvolvido no âmbito do direito pretoriano peregrino, o pretor não era o árbitro nos litígios arbitrais, ele se restringia a obrigar a que o árbitro escolhido livremente pelas partes pronunciasse sentença (*laudo*) sobre o litígio,⁶⁶ mas dentro de certo limite a que veremos mais adiante, assim prescreve o Disgesto:

⁶⁷

3 – ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XIII.* - § 1. – No obstante que el Pretor no obligue á nadie á aceptar la facultad arbitral, porque ésta es cosa libre é Independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo, luego que una vez hubiere alguien aceptado La arbitraje, juzga el Pretor que la cosa corresponde á su cuidado y solicitud, no tanto porque procure

⁶⁵ Estes três primeiros acontecimentos situam-se entre os anos de 146 a.C. a 125 a.C.

⁶⁶ JUSTO, A. Santos. A arbitragem no direito romano: breve referência ao direito português. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Com. org. Armando Marques Guedes.. [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 2.v., p. 677.

⁶⁷ D. 4, 8, 3, 1.

que los pleitos se terminen, sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron, como hombre Bueno, por juez árbitro entre ellos. Porque supón, que después de examinada ya la causa una y dos veces, después de descubiertas las intimidades de ambas partes, y después de conocidos los secretos del negocio, el arbitro, ó cediendo al favor, ó corronpído com sordideces, ó por outra cualquier causa no quisera pronunciar sentencia; ¿quién puede negar, que seria muy justo que el Pretor hubiera debido interponerse, para que cumpliera el encargo que aceptó?

Depois, mais a frente tem-se ainda:⁶⁸

11 - ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XIII*. – Hubieren acudido los litigantes, y después hubieren vuelto al mismo árbitro, no debe obligar el Pretor á decidir entre ellos á aquel á quien le hicieron Le injuria de despreciarlo y de acudir á otro.

§ 1. – Mas no há de ser obligado el árbitro á pronunciar sentencia, si no hubiere mediado compromiso.

Como fica claro também, o árbitro só fica obrigado, e por sua vez o Pretor só o pode obrigar, a emitir sentença sobre litígios em que ele, o árbitro, houver mediado um compromisso. Caso contrário, ele estará isento de pagar qualquer *poena*. Como dito, o árbitro é escolhido livremente pelas partes e uma vez escolhido, este celebra um *pactum* denominado de *receptum arbitri* com as partes no qual se obriga a emitir laudo sobre a causa que lhe é apresentada. De outro lado, as partes também celebram um pacto entre si, denominado *compromissum*. O *compromissum* constitui a parte central da arbitragem da mesma maneira em que a *litis contestatio*⁶⁹ constitui parte nuclear no *agere per formulas* romano; no compromisso o árbitro é nomeado, o objeto do litígio determinado e são fixados os prazos e lugar da controversia.⁷⁰ Veja-se o que prevê o Digesto a este respeito:⁷¹

⁶⁸ D. 4, 8, 11.

⁶⁹ A *litis contestatio* constituía um ato pelo qual as partes litigantes submetiam-se a uma decisão judicial nos termos precisos em que a formula foi escrita. Fixava as partes, o objeto do litígio e uma vez decidida não era possível voltar a instaurá-la por qualquer das partes. A este respeito JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. I, 5.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, cit 352-357.

⁷⁰ JUSTO, A. Santos. A arbitragem no direito romano: breve referência ao direito português. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Com. org. Armando Marques Guedes.. [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 2.v., p. 677

⁷¹ D. 4, 8, 32, 15.

32 – PAULO; *Comentario al Edicto, libro XIII*. - § 15. – Há de saberse por lós que ejercem el cargo de arbitro, que todos sus actos han de emanar del mismo compromiso; porque á ninguno Le será licita otra cosa, mas que la que alli se expresó que puede hacer. Asi, pous, no podrá el arbitro resolver cualquiera cosa, ni sobre cualquiera cosa, sino respecto de aquella sobre la que versa el compromiso, y hasta quanto alcanza el comromiso.

Por fim, cabe ressaltar que para que uma pessoa possa desempenhar as funções de árbitro num compromisso ou para que as partes litigantes possam recorrer a esta via de resolução, há que obedecer a critérios pré-estabelecidos no direito pretoriano. Em outras palavras, para que alguém possa ser árbitro, deverá cumprir aos seguintes requisitos: ser homem,⁷² não ser escravo,⁷³ ter pelo menos vinte anos de idade⁷⁴ e não sofrer de certas deficiências, tais como: a demência, a surdez e a mudes.⁷⁵ Por outro lado, para que alguém recorra à arbitragem é necessário que a situação a que se quer ver resolvida por via arbitral não se revista de interesse público. Caso contrário à situação deverá ser dirimida pelo Pretor. Assim, temos como exemplos de situações que revestem interesse público os casos de *infâmia*⁷⁶ e as situações que tratam sobre a liberdade de um escravo.⁷⁷

2.5. Arbitragem em Portugal.

Roma, como já mencionado *supra*, expandia-se como Império dominando povos e impondo o seu Direito aos povos dominados. Não foi diferente no que toca a Península Ibérica, mais particularmente à região da Lusitânia.⁷⁸

Os historiadores dividem o período da presença romana⁷⁹ no território peninsular em duas fases, sendo a primeira fase a da conquista romana do território, que se inicia ao tempo da

⁷² C. 2, 56, 6.

⁷³ D. 4, 8, 7.

⁷⁴ D. 4, 8, 41.

⁷⁵ D. 4, 8, 9.

⁷⁶ D. 4, 8, 32, 6.

⁷⁷ D. 4, 8, 32, 7.

⁷⁸ A região da Hispânia era habitada por vários povos, os mais conhecidos são os tartéssios, donde saem os turdetanos ocupando o Guadalquivir; os iberos, donde saem is cantábricos habitando as regiões da Catalunha, Aragão, Astúrias e Santander; os celtas, donde nascem os lucenses e bracarenses, ocupavam as regiões do Minho e Galiza; os franco-pirenaicos, donde saem os vasconsos, ocupando a região de Navarra e Vascongadas; e os celtiberos, que é o resultado da miscigenação entre os povos celtas e iberos, donde nascem os lusitanos, ocupando a região entre o rio Douro e o rio Tejo. A este respeito pode-se consultar MATTOSO, José. *História de Portugal*. vol. I. Lisboa: Estampa, 1993, pp. 168 e ss e COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014, pp 81 e ss.

⁷⁹ Antes da presença romana na Hispânia houve também a presença dos Fenícios, séc. IX a VIII, depois os Gregos de Focea séc. VII a VI e, por fim, os cartagineses, séc. VI a III, quando os romanos chegam tomando estes territórios dos cartagineses. Mas de todos os conquistadores, os que mais contribuíram para a evolução jurídica da

Segunda Guerra Púnica, por volta do ano de 218 a.C., e só termina em 19 a.C com o completo domínio dos territórios cantábricos e astures. E a segunda fase, conhecida como o período da romanização do território peninsular que se inicia no final do I século a.C. e atinge o seu auge em 212 d.C., com a concessão de cidadania romana a todos os súditos do império.

Esta divisão, porém, não é estanque, na medida em que a região peninsular era composta de vários povos autóctones que foram sendo conquistados um território por vez, bem como ao mesmo tempo iam sendo romanizados também aos poucos, porque ao passo em que iam tendo contato direto com a cultura e com o Direito Romano, iam também ao mesmo tempo interiorizando, desta feita, esta cultura e este direito. Mais precisamente, poderíamos supor, iam tendo contato com o *ius gentium* ao passo em que iam também interiorizando este *ius gentium* na forma dos éditos do pretor peregrino. Já no que toca a segunda fase, mesmo depois de todos os territórios da península conquistados, os romanos continuaram a manter uma presença militar forte na península.⁸⁰

No que tange a região da Lusitânia que aqui é o que nos interessa, esta conquista veio logo cedo, por volta do ano de 137 a.C. Não que Roma não sofresse alguns levantes por partes dos lusitanos após a conquista, revoltas estas feitas na tentativa de obterem a sua independência novamente aos romanos.⁸¹ Desta feita, poderíamos deduzir que a romanização deste povo também iniciou-se logo cedo, sendo possível de se levantar como hipótese a de que em paralelo com a utilização do direito local⁸² pelos nativos entre eles mesmos, nas relações de comércio entre romanos e os lusitanos também se utilizassem o *ius gentium*, na figura do édito pretoriano que permitia e regulava a resolução de contendas por via arbitral para dirimir conflitos que eventualmente surgissem entre romanos e os habitantes locais. Contudo, isto não é nada mais que uma hipótese, nada se tendo como certo.

Hipótese com maior possibilidade de ter ocorrido é o da utilização da arbitragem no território lusitano, mas também noutras regiões da Hispânia, por volta já dos anos de 212 d.C.

região foram os romanos. Sobre isto COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014, pp 83 e ss.

⁸⁰ Sobre a romanização da península COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 99 e ss.; DE ALARCÃO, Jorge. *O domínio romano em Portugal*. Publicações Europa-América, 1988; LOPES, Maria da Conceição. *A Cidade Romana de Beja: Catálogo*. Faculdade de Letras de Coimbra, Instituto de Arqueologia, 2003, pp. 105 e ss.

⁸¹ COSTA, *op. cit.*, p. 100.

⁸² Como se sabe, o direito que vigorava em todo o território peninsular antes da chegada dos romanos era de base consuetudinária, não existindo a atividade legislativa como sendo uma atividade regular, era, na verdade, uma atividade pontual que se manifestava, por exemplo, na celebração de pactos de hospitalidade entre os povos que formavam a regiões da península. Direito este que perdurou mesmo depois da chegada dos romanos e continuou nos períodos seguintes. Sobre isto ver TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4.ª ed., 9.ª reimp., Madrid: Editorial Tecnos, 2001, pp. 77

aquando da ocorrência da concessão da cidadania romana⁸³ a todos os habitantes do Império. Isto porque o processo de romanização estava, por assim dizer, concluído e a intensidade comercial com o correspondente tráfego jurídico sendo muito maior e mais consolidado.

Entretanto, autores como ALVES DE SÁ⁸⁴, CORTEZ⁸⁵ e NOGUEIRA⁸⁶ defendem a presença da arbitragem em território português “mesmo que de forma embrionária” nos costumes do povo desde os primórdios da história do território português mesmo antes da fundação da nacionalidade, não tendo sido por isto transposta para as Ordenações Afonsinas do Direito Romano renascido.

Isto por três razões, segundo estes autores: em primeiro lugar, para ALVES DE SÁ a resolução de litígios por via arbitral é de raiz consuetudinária e sendo um “sentimento muito natural recorrer a árbitros para decidir contendas”. Por esta razão, em todos os países se puderam verificar “vestígios do juízo arbitral”. Em segundo lugar, para CORTEZ a razão pela qual a existência da arbitragem em território português não deriva da influência direta do Direito Romano se destaca do próprio texto de lei que seria do tempo de D. Dinis (séc. XIII d.C.) transcrito nas Ordenações Afonsinas (séc. XV d.C.), mais precisamente no livro 3.º, título 113, § 8⁸⁷. E em terceiro lugar, para NOGUEIRA a razão principal pela qual se pode afirmar que a arbitragem em Portugal antes da fundação da nacionalidade não se deve a influência romana, é pelo motivo dela não derivar do Direito Romano, mas da “estrutura normativa da época” que se consubstanciavam em um “conjunto de quadros” normativos diversos cujo principal quadro seria o Código Visigótico tendo como fundamento da sua argumentação o de que o próprio *Fuero Juzgo* fazia menção expressa aos “juízos arbitrais” e que o Direito Romano não estaria ainda difundido por meio do *Corpus Iuris Civile*.

Contudo, os argumentos com que estes autores fundamentam seus pontos de vista para afastar a influência do Direito Romano em relação à presença da arbitragem em Portugal antes da fundação da nacionalidade desconsideram, por sua vez, esta mesma presença romana no território hispânico, nomeadamente em território lusitano por longos séculos que vão desde o século II a.C., quando é conquistado o território luso, até ao século IV d.C., quando inicia-se o

⁸³ JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. I, 5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 132 e ss.

⁸⁴ ALVES DE SÁ, EDUARDO, *Comentário do Código d Processo Civil Portuguez*, 2º vol., Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, Lisboa, 1889, pp. 111 e ss.

⁸⁵ CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. *O Direito*, Lisboa, a124, n.3 (Jul.-Set. 1992), p.372.

⁸⁶ NOGUEIRA, José A. A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), pp. 12-14

⁸⁷ “E porque fegundo Direito nam pode fer tomado por Juiz Alvidro aquelle, que jê Juiz Ordinario ou Deleguado, entre aquellas partes, que o efolherem por Alvidro, efto nom embarguante foi uzança geral em eftes Regnos o contrario (...) que fe guarde a dita uzança antiga (...)”

processo de queda do Império Romano com as invasões bárbaras. E da queda do Império romano não resultou como consequência o abandono do seu direito no território peninsular.

Todavia, vale ressaltar que não se tratava da aplicação do Direito Romano puro, por assim dizer, mas de um Direito Romano que resultava da fusão com o direito local e depois com o direito bárbaro; assim, o Direito Romano praticado na península foi o chamado Direito Romano Vulgar absorvido pelo direito consuetudinário; desta forma, depois da queda do Império Romano e das sucessivas invasões bárbaras, o Direito Romano continuou a ser praticado, mas como desde o começo da dominação, este Direito Romano estava misturado com o direito local e depois com o direito bárbaro, sendo denominado posteriormente pelos historiadores do direito de: direito romano vulgar.⁸⁸ E nesta perspectiva, como bem frisa COSTA:⁸⁹

Encontra-se superada a concepção que encarava as fontes góticas de um puro ângulo germânico. Pelo contrário, entende-se actualmente que essas fontes constituem um inestimável repositório do chamado direito romano vulgar do Ocidente.

Assim, não podemos desconsiderar de todo que a arbitragem presente no território português tenha influência, e talvez em grande medida, do assim chamado Direito Romano Vulgar recepcionado pelo direito bárbaro e disseminado por meio deste pela península nos costumes. E mais. Possivelmente não só através do direito consuetudinário, mas também por meio de textos de Direito Romano recepcionados diretamente pelas fontes góticas, nomeadamente o Breviário de Alarico⁹⁰ datado do século VI d.C.

Passemos agora para a presença da arbitragem em território português a partir do período da fundação da nacionalidade portuguesa.

⁸⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014, p. 110 e ss.

⁸⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁰ *Cod. Th.* VIII, 8, 3 disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/theodosius.html>. Imppp. grat., valent. et theodos. aaa. ad principium pf. p. solis die, quem dominicum rite dixere maiores, omnium omnino litium, negotiorum, conventionum quiescat intentio; debitum publicum privatumque nullus efflagitet; ne apud ipsos quidem arbitros vel in iudiciis flagitatos vel sponte delectos ulla sit agnitio iurgiorum. et non modo notabilis, verum etiam sacrilegus iudicetur, qui a sanctae religionis instituto rituve deflexerit. pp. iii. non. nov. aquileiae. acc. viii. kal. dec. romae, honorio n. p. et evodio v. c. coss. interpretatio. die solis, qui dominicus merito dicitur, omnium hominum actio conquiescat, ut nec publicum nec privatum debitum requiratur, nulla iudicia neque publica neque privata fiant. quod qui non observaverit, reus sacrilegii teneatur. Ou seja, aqui a regra sintetiza a proibição emitida anteriormente sobre provas e pagamento de dívidas públicas ou privadas e qualquer conhecimento de qualquer disputa inclusive aqueles litígios julgados por árbitros.

Podemos dividir a presença da arbitragem em Portugal a partir da fundação nacionalidade em períodos distintos, isto devido ao tratamento dado a esta matéria a nível jurídico. Assim, temos um primeiro período cujo tratamento da matéria arbitral é difuso, ou seja, a presença da arbitragem se encontra diluída ao mesmo tempo nos estatutos municipais ou forais de alcance e aplicação a nível local.⁹¹ E depois, têm-se os textos régios, de natureza doutrinária ou costumeira, de alcance e aplicação a nível geral.⁹² Este período vai do século XIII até primeira metade do século XV.

Depois, segue-se a este período uma nova fase no tratamento da arbitragem, o da primeira tentativa de sistematização e centralização das normas arbitrais nas Ordenações, primeira Afonsinas, depois Manuelinas e, por fim, Filipinas⁹³. Este período inicia-se no final da primeira metade do século XV e estende-se até ao século XIX. Procede a este período a fase da constitucionalização do tema da arbitragem por influência da revolução liberal, sendo a constituição de 1822 a pioneira, seguindo-se a esta as constituições de 1826 e de 1838.

Na penúltima fase, temos o período do aperfeiçoamento processual do instituto da arbitragem, primeiramente com as três reformas judiciais de 1832, de 1836 e de 1841, e, logo depois, com os três primeiros códigos de processo civil português, o de 1876, o de 1939 e o de 1961; e, por último, a fase da autonomia legal do instituto da arbitragem com a aprovação do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho, chegando-se assim a fase contemporânea da arbitragem em Portugal⁹⁴.

No que diz respeito ao primeiro período, podemos assinalar que os primeiros documentos públicos em Portugal com clara menção a arbitragem datam do século XIII⁹⁵. No entanto, o termo originalmente utilizado, *alvidros*,⁹⁶ nos documentos públicos da época,

⁹¹ Foros de Beja, Foros de Santarém, Foros de Gravão e Foros da Guarda em DA SERRA, José Francisco Correia. *Collecção de livros ineditos de historia portugueza: Acenheiro, C. Chronicas dos Senhores reis de Portugal. Foros antigos dos concelhos de Gravão, Guarda, e Béja. E. descripção do terreno em roda da cidade de Lamego.* Academia, disponível em: <https://books.google.pt/books?id=gYRHAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>.

⁹² DAS LEIS, Livro. Posturas. Editado por Nuno Espinosa Gomes da Silva e Maria Thereza Campos Rodrigues. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1971.

⁹³ AFONSINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa e nota textológica de Eduardo Borges Nunes.* 5 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 408, livro 3.º, título 113 *Dos Juizes alvidros*; MANUELINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa.* 5 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 303, livro 3.º, título 81 *Dos Juizes Alvidros*; FILIPINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa.* 3 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 578, livro 3.º, título 16, *Dos Juizes árbitros*.

⁹⁴ Este Decreto-Lei que dá autonomia legislativa a arbitragem nasce com 38.º artigos.

⁹⁵ NOGUEIRA, José A. A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), p 15 e ss.

⁹⁶ Nos documentos antigos, nomeadamente forais, estatutos municipais, livro das Leis e Posturas e as sucessivas Ordenações, encontra-se o termo *alvidro* em vez de arbitragem ou árbitro, que por sua vez deriva do léxico latino *arbitrium*, com exceção da Ordenação Filipina que formalmente imprimiu o termo modernamente utilizado de árbitro.

continha em si duas acepções bem distintas sobre o que significaria arbitragem. Vejamos num mesmo documento que contenha as duas acepções: num primeiro significado este se compreenderia o léxico *alvidro* como sendo a possibilidade jurídica que a justiça teria ao seu dispor para integrar lacunas jurídicas dos estatutos municipais ou dos forais caso estes fossem omissos sobre a solução de um determinado caso em concreto.⁹⁷ Veja-se este exemplo de um foral de Beja cuja epígrafe é *Do alvidro do Juiz*:⁹⁸

Se alguu peleiar com outro, ou lhy fazer ferida assynaada em logar descoberto sobrelos olhos, deve a ficar em alvidro dos Juizes

Já a segunda acepção do significado de *alvidro* seria a do poder investido pelas partes a alguém para que este decidisse sobre litígio que lhe era apresentado, e é este último significado que nos interessa. Leia-se este excerto do mesmo foral de Beja:⁹⁹

Costume he, que se algûus homees am sa demanda em concelho, e hûu deles diz que am Juizes alvidros de seu prazer per pena, e per fiadora, e algûa das partes o negar, a Justiç deve mandar hûu porteiro pera saberem daqueles Juizes se filharom em si aquel feito. E sse disser que si, valer seu testemuyo sem outra prova.

Estes, acima referidos, eram textos jurídicos de alcance local. Quanto ao seu conteúdo estatutário podemos dizer que estatuíam sobre a arbitragem voluntária bem como sobre a arbitragem necessária ou obrigatória. No que diz respeito sobre as matérias que poderiam ser objeto de arbitragem, estas poderiam ser tantos civis quanto criminais, dependendo única e exclusivamente de um acordo das partes. O conteúdo e a forma do compromisso eram regidos em princípio pela liberdade de forma e conteúdo quase sempre era reduzida a escrito, existindo ainda a possibilidade de se prever no conteúdo uma pena e a indicação de fiadores.

Quanto à escolha dos árbitros vigorava a regra da livre escolha pelas partes e da livre aceitação por parte do escolhido. Contudo, uma vez aceite não poderia desistir; o tribunal arbitral não estava sujeito à homologação das suas decisões pelo tribunal ordinário, em regra. Não existia a faculdade recursiva das decisões arbitrais e o fundamento destas decisões era

⁹⁷ ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. *História do direito português*. 8.^a ed. Lisboa: Pedro Ferreira, 1992, p 187 e ss.

⁹⁸ DA SERRA, José Francisco Correia. *Collecção de livros ineditos de historia portugueza: Acenheiro, C. Chronicas dos Senhores reis de Portugal. Foros antigos dos concelhos de Gravão, Guarda, e Béja. E. descrição do terreno em roda da cidade de Lamego*. Academia, p. 503, disponível em: <https://books.google.pt/books?id=gYRHAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>.

⁹⁹ DA SERRA, *op. cit.*, p. 518.

sempre de acordo com o direito vigente.¹⁰⁰ Já no que diz respeito aos textos provenientes da “estrutura central do Estado” de alcance e aplicação geral, tratavam da matéria da arbitragem também em leis diversas, que posteriormente foram reunidas no Livro das Leis e Posturas,¹⁰¹ cujo conteúdo destas leis produziu algumas alterações em relação ao direito municipal. Vejamos as principais: as matérias que poderiam ser objeto de arbitragem seriam as cíveis e as criminais que não estivessem tipificadas como sendo crimes de natureza pública. Agora existia um condicionamento para a escolha do árbitro, este não poderia ser um magistrado, passando também a ser obrigatório o desempenho da função de juiz arbitral. No direito municipal era facultado às partes instituir uma pena e indicar fiador, bem como definir qual seria o objeto do litígio. Agora estas faculdades passariam a ser uma obrigação. Institui também agora a possibilidade de se recorrer da decisão arbitral, mas este recurso não suspende o pagamento da pena. Por fim foi facultado ao juiz árbitro atuar como arbitrador e decidir com fundamento na equidade (*ex bono et aequo*) e não no direito vigente, se, e somente se, no compromisso as partes assim o celebrassem.¹⁰²

Chegamos agora ao período das compilações das ordenações. As primeiras compilações foram as Ordenações Afonsinas que de forma rigorosa e fortemente influenciada por uma necessidade evidenciada pela Corte de se acabar com a dispersão normativa existente no reino de Portugal com consequentes entraves a aplicação da justiça, onde eminentes juristas se lançaram num projeto de elaborar uma coletânea do direito vigente no país.¹⁰³

Esta dispersão, como ficou evidente nos parágrafos anteriores, também se verificava nas normas sobre a arbitragem, pelo que as consequentes dificuldades no uso deste instituto também se verificavam. Assim procede-se a essa centralização jurídica e, no que toca ao direito arbitral, as Ordenações Afonsinas “reproduzem a ‘Lei de D. Diniz’ sobre os juízes alvidros” nas palavras de CORTEZ¹⁰⁴ reafirmando costumes antigos e acrescentando algumas alterações. Vejamos: o

¹⁰⁰ Para saber mais a respeito do conteúdo das normas da arbitragem no direito municipal NOGUEIRA, José A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), pp. 16-17.

¹⁰¹ O Livro das Leis e Posturas são uma compilação de leis de D. Afonso III, D. Diniz e D. Afonso IV, datada aproximadamente do final do século XIV, e tratam da matéria da arbitragem nas Leis XCIX, C, CI, CII, e CXLIX, respetivamente, *Título dos Juizes alvidores*, *Costumes dos Juizes alvidores*, *Título como aqueles que andam sobre o mar podem eleger juizes alvidores*, *títulos dos alvidores* e *Título como nenhum judeu nom pode appellar da sentença que der seu arabi mor*, Livro das leis e posturas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pref. Nuno Espinosa Gomes da Silva. Lisboa: Petrony, 1971.

¹⁰² Sobre o conteúdo do direito régio NOGUEIRA, *op. cit.*, pp. 19-22

¹⁰³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014, p. 305 e nota (1).

¹⁰⁴ ORDENAÇÕES AFONSINAS. Apres. Mário Júlio de Almeida Costa. Anot. Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 411., Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. *O Direito*, Lisboa, ano 124º, n.4 (Out.-Dez. 1992), p. 374.

costume antigo reafirmado e que nas ordenações é qualificado como “uzança antiga” é o que diz respeito a livre escolha dos árbitros que o direito anterior visou condicionar a não escolha para árbitro de magistrados, que no costume mais antigo era permitido e que agora, nas Ordenações, voltaria a ser permitido.¹⁰⁵

Outro ponto de reafirmação importante é o da “consagração legal da recorribilidade da sentença arbitral” que até então era tratada como um costume e que uma prática contratual da época visava contornar por meio de uma inserção clausular estabelecendo que, nesta cláusula, a sentença do juiz arbitral seria sempre “firme e valiosa” dando, assim, caráter definitivo à sentença do “juiz alvidro”, pelo que as Ordenações Afonsinas reforçaram o caráter do recurso em matéria arbitral no parágrafo 2.º, título 113.º, livro 3.º, onde determina que mesmo que o compromisso diga que independente do pagamento da pena fique a sentença sempre “firme e valiosa”, a parte recaída poderá recorrer da sentença para o tribunal superior mas, no parágrafo 3.º, dispensa a parte recaída do pagamento da pena até trânsito em julgado da decisão, dispensa esta que não era possível anteriormente.

Contudo, no parágrafo 4.º, permite que as partes possam renunciar ao direito de recurso se, e somente se, estas assim o fizerem expressamente no compromisso.¹⁰⁶ Também se estabelece a obrigatoriedade de se definir o objeto do litígio no compromisso; e, por fim, a obrigatoriedade de se indicar um terceiro árbitro, no caso das partes indicarem apenas dois.¹⁰⁷

As Ordenações Manuelinas¹⁰⁸ transcrevem quase inteiramente o estatuído nas Ordenações Afonsinas, apenas alterando dois pontos em relação ao direito anteriormente vigente: a primeira alteração diz respeito à possibilidade dada as partes da renúncia do direito de recurso das decisões arbitrais nas Ordenações Afonsinas, mas que agora nas Ordenações Manuelinas estava revogado; já a segunda alteração estava centrada na faculdade dada as partes de escolherem entre executar a sentença ou pagar a pena “em caso de decaimento do recurso.” Todavia, as Ordenações Filipinas¹⁰⁹ transcrevem inteiramente os textos normativos das Ordenações Manuelinas em matéria arbitral.

No que diz respeito ao período da constitucionalização do direito a arbitragem em Portugal que se inicia com a Constituição de 1822, podemos dizer que esta fase nasce da forte

¹⁰⁵ ORDENAÇÕES AFONSINAS. Apres. Mário Júlio de Almeida Costa. Anot. Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 411.

¹⁰⁶ CORTEZ, *op. cit.*, p. 375

¹⁰⁷ NOGUEIRA, José A. A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), pp. 23-25.

¹⁰⁸ MANUELINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa*. 5 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

¹⁰⁹ FILIPINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa*. 3 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

influência no ambiente jurídico português do liberalismo francês nascido da revolução francesa de 1789 que em princípio não provocou grandes alterações no ordenamento jurídico português,¹¹⁰ mas que inevitavelmente viria a provocar, logo que os ventos da mudança se tornassem mais fortes e inevitáveis. Neste sentido é que a primeira Constituição portuguesa de 1822 consagra no título V, capítulo I, artigo 194.º, respectivamente, *Do Poder Judicial, Dos Juízes e Tribunais de Justiça*, o seguinte texto:¹¹¹

Nas causas cíveis, e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes árbitros, para as decidirem.

Com a consagração constitucional da arbitragem, esta ganha à respectiva força e dignidade constitucional que tenderá a impelir a uma mudança no ordenamento infraconstitucional. É o que sucederá aquando das reformas judiciais e que nas constituições de 1826 e 1838 haverá apenas alterações em nível do título, capítulo e artigo, mas no que se refere à norma-texto sobre a existência dos tribunais arbitrais, esta permanecerá em essência a mesma do texto da constituição de 1822. Vejamos: a Constituição de 1826 previa no título VI capítulo único, artigo 127.º, respectivamente, *Do Poder Judicial*, o seguinte texto:¹¹²

Nas Cíveis, e nas Penais civilmente intentadas poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes;

Aqui se procede a uma alteração de fundamental importância em relação ao direito vigente sobre a celebração do compromisso de arbitragem. É que o regime da

¹¹⁰ Sobre as razões do porquê a revolução liberal francesa não provocar de imediato grandes alterações no quadro normativo português, pode-se ler a respeito em NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 26.

¹¹¹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1822. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf> ; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela_de_Carvalho_Arbitragem_Administrativa_a_luz_dos_Principios_Administrativos.pdf

¹¹² CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1826. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CartaConstitucional.pdf> ; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela_de_Carvalho_Arbitragem_Administrativa_a_luz_dos_Principios_Administrativos.pdf

“irrenunciabilidade” do recurso da sentença arbitral estatuído pelas Ordenações Manuelinas e até então vigente por meio das Ordenações Filipinas passa a ser inconstitucional, pois passa a estar em desacordo com a norma do artigo 127.º da Constituição de 1826.¹¹³ Esta alteração será retirada do texto da constituição subsequente, porém permanecerá no plano legislativo com as reformas judiciais. A Constituição de 1838 previa, no título VII, capítulo único, artigo 123.º, parágrafo 3.º, *idem*, o seguinte texto:¹¹⁴

O Poder Judiciário é exercido pelos Juizes e Jurados, Nas causas cíveis, e nas criminaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes árbitros.

Já as Constituições de 1911, 1933 e 1976 originalmente omitiram a previsão expressa a esses tribunais, sendo que somente com a primeira revisão constitucional de 1982 voltou a se prever expressamente a presença dos tribunais arbitrais no título V, capítulo II, artigo 212.º, n.º 2, respectivamente, *Tribunais, Organização dos tribunais, categoria dos tribunais*. Lemos o seguinte texto que se mantém atualmente sem mais acréscimos:¹¹⁵

Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e tribunais arbitrais.

Como dito, por força da elevação da arbitragem ao caráter constitucional impõe-se, pois, que se façam alterações normativas do instituto da arbitragem também no plano infraconstitucional, sendo que esta primeira alteração veio a nível legislativo encontrando espaço na primeira reformulação do ambiente judiciário português com a chamada *Reforma Judiciária* 1832. Assim, a *Reforma Judiciária* inicia-se com a promulgação do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 prevendo nos seus artigos 30.º e seguintes¹¹⁶ o tratamento da matéria

¹¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 227 e CORTEZ, op. cit., p. 376 e nota (19).

¹¹⁴ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1838. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1058.pdf> ; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: [file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela de Carvalho Arbitragem Administrativa a luz dos Principios Administrativos.pdf](file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela%20de%20Carvalho%20Arbitragem%20Administrativa%20a%20luz%20dos%20Principios%20Administrativos.pdf)

¹¹⁵ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1976, revista. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/375320> ; MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às Práticas Arbitrais*. [Em linha]. Lisboa, 2011 [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4ozGVD827QsJ:www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MF_G_MA_9269.doc+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt

¹¹⁶ REFORMA JUDICIÁRIA. *Decreto n.º 24 de 16 de Maio*, Lisboa, 1832.

arbitral. Porém esta primeira reforma a título de alterações normativas arbitrais foi muito tímida, não tendo a arbitragem sofrido alterações em relação ao antigo regime. Contudo, segue-se a esta reforma a *Nova Reforma Judiciária*,¹¹⁷ mais sistemática, com os Decretos de 29 de Novembro de 1836 e 13 de Janeiro de 1837, prevendo em título próprio a matéria arbitral, a saber: no título III, *Dos Árbitros*, artigos 28.º a 42.º, donde podemos assinalar as principais alterações em relação ao antigo regime.

A primeira alteração tem-se logo de início no artigo 28.º com relação às matérias que podem ser objeto de arbitragem, que no sistema jurídico anterior restringia apenas para as matérias criminais públicas. Agora se alarga esta restrição ao estatuir que as matérias em que caiba a intervenção do Ministério Público não podem ser submetidas à arbitragem. No artigo seguinte mantém-se a liberdade de escolha dos árbitros, estes podendo ser particulares ou magistrados, mas acrescenta que se o magistrado for de segunda instância as partes devem renunciar ao direito de recurso.

Outra alteração a se fazer notar é que consiste num aperfeiçoamento do instituto da arbitragem diz respeito ao direito de recurso no artigo 40.º, onde se estabelece que não caiba recurso de apelação não apenas quando as partes renunciarem a este, mas também quando o valor da causa não exceda a “Alçada dos Juizes Ordinários”, ficando desta forma o recurso também dependente da alçada. Vale notar também um aperfeiçoamento ao fundamento da decisão arbitral no artigo 37.º onde os árbitros podem decidir segundo o direito ou segundo a equidade. No entanto, para o árbitro decidir segundo a equidade as partes devem renunciar ao direito de recurso no compromisso.

Subsequente à *Nova Reforma Judiciária* procede a *Novíssima Reforma Judiciária*¹¹⁸ de conteúdo similar, porém formalmente mais técnica que a anterior e com menos artigos. Esta foi aprovada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841, que tratou da arbitragem no título V, capítulo VII, respectivamente, *Dos Juizes de direito de primeira instância, juizes ordinários, juizes de paz, e árbitros; Dos árbitros*, artigos 150.º a 156.º; no artigo 153.º nota-se uma pequena alteração quanto à forma de celebração do compromisso, que até então era possível fazer-se por escritura pública ou por escrito particular, agora se acresceu também a celebração por termos nos autos públicos.

¹¹⁷ NOVA REFORMA JUDICIÁRIA, Decretos de 29 de Novembro e 13 de Janeiro [Em Linha]. Lisboa, 1837. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: http://purl.pt/6435/6/sc-244-v_PDF/sc-244-v_PDF_24-C-R0150/sc-244-v_0000_capa-cap_a_t24-C-R0150.pdf

¹¹⁸ NOVÍSSIMA REFORMA JUDICIÁRIA, Decreto de 21 de Maio [Em Linha]. Lisboa, 1841. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=Dxt1oEQ3W4wC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>

Chegamos então ao primeiro Código de Processo Civil em Portugal, que foi o de 1876 e regulava a matéria da arbitragem Secção III, capítulo II, respectivamente, *Do Juízo Arbitral, Da competência*, artigos 44.º a 58.º, ampliando novamente o número de artigos em que tratava da matéria arbitral, procedendo a alterações que constituíram em um progresso em relação ao antigo regime e outras alterações que constituíram em um retrocesso em relação ao antigo regime jurídico.

Vejamos. A primeira alteração diz respeito às matérias que poderiam ser objetos de arbitragem que o anterior regime limitava àquelas em que o Ministério Público não poderia intervir e, que a redação do primeiro Código em matéria arbitral segundo a doutrina da época encabeçada por ALVES DE SÁ¹¹⁹ era muita mais racional. Agora “as questões” em que as partes possam “transigir-se, ainda que afectas aos tribunais do Estado” podem ser objetos de arbitragem e não mais as “causas” em que o Ministério Público não possa intervir.¹²⁰

Já no que diz respeito à forma de celebração de compromisso, este ficou restrito apenas as formas de escritura pública e termos nos autos, eliminando a forma de documento particular, consistindo esta alteração num retrocesso para o comércio jurídico. Entretanto no mesmo artigo procede-se a um progresso em relação às sentenças arbitrais. É que agora ficou estabelecida que no compromisso, além do nome do árbitro ou árbitros e o objeto do litígio, deveria constar a residência e o prazo para o juízo arbitral proferir a sentença.¹²¹

Contudo, a arbitragem sofre um grande avanço com a aprovação do segundo Código de Processo Civil de 1939¹²², porquanto ela ganha um livro próprio. Digamos que foi o seu primeiro passo em direção a sua autonomia legislativa. Agora era tratada no livro IV, *Do Tribunal Arbitral*, sendo também feita, pela primeira vez, a distinção, em dois títulos, da arbitragem voluntária e da arbitragem necessária, estando presentes nos artigos 1561.º a 1580.º e consagra também pela primeira vez, no artigo 1565.º, a figura da “cláusula compromissória” a qual abordaremos mais desenvolvidamente no capítulo 3 deste trabalho. Por fim, o Código de Processo civil de 1961 que manteve a mesma estrutura do antigo Código de 1939, sendo apenas alteradas as posições dos artigos, agora, artigos 1508.º a 1528.º¹²³

¹¹⁹ CODIGO DE PROCESSO CIVIL. *Comentado por Eduardo Alves de Sá*. 3 vols. Lisboa: Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, 1877, p. 134.

¹²⁰ CODIGO DE PROCESSO CIVIL, *op. cit.*, art. 44.º

¹²¹ CODIGO DE PROCESSO CIVIL, *op. cit.*, art. 45.º

¹²² CODIGO DE PROCESSO CIVIL, Decreto-Lei 29.637 de 28 de Maio. [Em Linha]. Lisboa, 1939. [Consult. 31 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/198191>

¹²³ Para saber mais profundamente sobre o conteúdo do Código de 1939 pode-se ler a este respeito CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. *O Direito*, Lisboa, a124, n.3 (Jul.- Set., 1992), pp. 385 e ss.

Já agora, chegamos à fase contemporânea da arbitragem com a promulgação do Decreto-Lei 243/84, de 17 de Julho, que inicia a fase de verdadeiro interesse em Portugal pela arbitragem, dando-lhe em primeiro lugar autonomia legislativa e como bem faz notar MENEZES CORDEIRO:¹²⁴

A tradição lusófona, desde as Ordenações Afonsinas (séc. XV), era a de versar a arbitragem nas leis gerais do País. Com as codificações (séc. XIX), as normas arbitrais passaram às leis de processos: as sucessivas reformas judiciais, o CPC de 1876 (44.º a 58.º), o CPC de 1939 (1561.º a 1580.º) e o CPC de 1961 (1514.º a 1528.º).

[...]

Com o DL 243/84 e a subsequente L 31/86, firmou-se, entre nós, a prática de uma lei autónoma de arbitragem, ao contrário de países como a Alemanha, a França ou a Itália, que optaram por inserir a matéria nos respetivos códigos de processo civil.

Em segundo lugar, adotou-se também um tratamento mais pormenorizado ao longo de 38 artigos. Muito embora este decreto tenha sido declarado inconstitucional com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional,¹²⁵ não deixou de ser decisiva a sua regulamentação em matéria arbitral para a subsequente Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que viria a substituí-lo.

Desta forma, o Decreto-Lei n.º 243/84 foi fundamental neste aspecto, pois consagrou de forma expressa em matéria de arbitragem o princípio de igualdade entre as partes (art.3.º); como deveria ser feita a composição dos tribunais arbitrais (arts. 6.º a 16.º); organizou a forma da contestação (arts. 17.º a 22.º) e consagrou o princípio da competência-competência (art. 23.º). A Lei n.º 31/86 que o sucedeu foi mais sistemática no tratamento da matéria arbitral dividindo os seus quarenta artigos em oito capítulos,¹²⁶ mas não deixando de ser fiel à essência do diploma anterior.

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 73

¹²⁵ *Ac. do Tr. Co.*, proc. n.º 86-230-P. Relator: Martins da Fonseca, 8 de Jul. 1986. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>

¹²⁶ LEI, n.º 31 de 29 de Agosto. [Em Linha]. Lisboa, 1986. [Consult. 7 de Agosto de 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis

3. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.

3.1. Razão de ordem.

Agora, a tratar em capítulo próprio por consistir no objeto central desta dissertação e numa linha de continuidade histórica com a primeira parte deste trabalho, irei abordar a partir daqui o objeto da convenção de arbitragem como cláusula compromissória ou como compromisso arbitral, porém, a partir da ótica e da análise do debate sobre a validade da cláusula compromissória e seu regime para depois passar a tratar da natureza jurídica da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Isto é assim, porque tanto a validade da cláusula como sua natureza jurídica estão intrinsecamente ligadas entre si, como se verá na exposição abaixo. Depois desta análise essencial da cláusula e do compromisso, podemos então tratar dos critérios e requisitos à celebração de uma convenção de arbitragem, as regras para modificação de uma convenção de arbitragem ou mesmo a sua revogação e os efeitos negativos e positivos de uma convenção de arbitragem perante uma jurisdição estatal e dentro dos tribunais arbitrais.

3.2. Convenção de arbitragem como compromisso arbitral ou como cláusula compromissória.

É certo que desde os tempos do Império grego, passando pelo povo hebreu e depois pelo Império romano, temos notícias da existência da arbitragem. Por sua vez, com o evoluir dos povos também se viu um evoluir deste instituto, onde se viu emergir uma distinção nesta arbitragem primitiva no modo pelo qual se chegava a ela, onde se começou a ter notícia desta arbitragem ser pactuada ou por meio do compromisso arbitral, onde as partes submetiam o litígio atualmente existente entre elas a decisão de arbitro ou árbitros, ou por meio da cláusula compromissória, onde se convencionava, principalmente nos tratados de Paz, que as questões eventuais relativas aos limites de fronteira de território com outros povos deveriam ser submetidos a arbitragem da potência dominante.¹²⁷

Dando-se um salto necessário no tempo e restringindo-nos ao âmbito português, podemos dizer que o marco criador de uma distinção clara entre estes dois mecanismos, compromisso arbitral e cláusula compromissória, pelo qual se chega a arbitragem, foi quando da consagração expressa da cláusula compromissória, visto que já se achava estatuído o mecanismo do compromisso arbitral. A cláusula compromissória foi consagrada expressamente

¹²⁷ NAZO, Georgette Nacarato. “Arbitragem: um singelo histórico”. *Revista do advogado*, São Paulo, nº 51 (Out.1997), pp. 25-27.

no ordenamento jurídico ora circunscrito, pela primeira vez, por meio do artigo 1565.º do Código de Processo Civil de 1939,¹²⁸ onde aí se estatuiu sobre a validade da cláusula compromissória, o ato jurídico subjacente ao litígio emergente, a consequência da violação da cláusula, sobre a nomeação dos árbitros, sobre a forma e conteúdo da cláusula e o direito de recurso da resolução do juiz.¹²⁹ Passemos então a analisar as questões que se suscitaram a partir do debate que surgiu com esta consagração e mesmo antes dela.

3.2.1. Validade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

Não obstante esta consagração expressa da cláusula compromissória no CPC de 1939, já era prática comum, desde os tempos da fundação da nacionalidade, as partes celebrarem acordos em seus contratos estipulando cláusula pela qual eventuais litígios emergentes entre elas decorrente dos mesmos contratos fossem submetidos à decisão de árbitros, logo identificados ou a serem posteriormente nomeados. Como dito, prática que remonta ao período da fundação da nacionalidade, mais precisamente, na fase da regulamentação difusa da arbitragem, no direito estatutário e nas normas advindas da estrutura central do Estado.¹³⁰ Prática que continuou, passando pela fase das reformas judiciais de 1836 que, na *Nova Reforma*, pela primeira vez estatuiu em matéria arbitral a obrigatoriedade de se indicar o nome dos árbitros,¹³¹ cumulativa com a obrigatoriedade de identificação do objeto do litígio, regra já prevista por normas anteriores, sob pena desta convenção ser nula.¹³²

Por fim, chegando a fase do primeiro Código de Processo de 1876, onde se manteve a regra da obrigatoriedade de identificação dos árbitros com a identificação do objeto do litígio, anteriormente definida na *Nova Reforma*. Neste âmbito de vigência do Código de Processo de

¹²⁸ PESSOA JORGE, Fernando. “Forma da Cláusula compromissória, incumprimento do Contrato-Promessa (Jurisprudência Comentada)”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXIII. Lisboa, 1972, p. 17.

¹²⁹ Artigo 1565.º do CPC de 1939 – 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. 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 de comarca do domicílio daquela que mande notificar pessoalmente para comparecer perante êle, em dia e hora designados, a fim de se comprometer em árbitros. Se o notificado faltar ou se recusar a nomear árbitro, será a nomeação feita pelo juiz, que nomeará, além disso, um terceiro árbitro. Se as partes não chegarem a acordo quanto a nomeação, cada uma delas nomeará o seu árbitro e o juiz nomeará o terceiro. Lavar-se-á auto em que mencionarão os nomes dos árbitros e se fixará com precisão o objeto do litígio segundo o acordo das partes e, na falta de acordo, segundo a resolução do juiz. Desta resolução cabe recurso.

¹³⁰ NOGUEIRA, José A. A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), p.19.

¹³¹ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 28 e nota 86

¹³² Artigo 30º, título III, *Nova Reforma*. Disponível em: http://purl.pt/6435/6/sc-244-v_PDF/sc-244-v_PDF_24-C-R0150/sc-244-v_0000_capa-cap_a_t24-C-R0150.pdf

1876 é curioso notar que a nulidade da cláusula compromissória num contrato foi levantada, isto porque apenas o compromisso arbitral estava expressamente consagrado no CPC de 1876 e, somado a isto, as regras de declaração do objeto do litígio com a clara identificação dos nomes dos árbitros. Não estando, pois, a cláusula compromissória enquadrada nestes parâmetros exigidos pelo novo código.¹³³

Esta prática de celebração de convenção de arbitragem por meio da cláusula compromissória, como mencionado, foi posta em debate, suscitando o problema de sua nulidade, problema este que até então não se colocava antes da vigência do CPC de 1876, havendo, pois, posições antagônicas a respeito do tema, existindo quem se posicionasse pela validade da cláusula compromissória, bem como existindo quem se posicionasse pela nulidade da mesma; isto durante o período de vigência do Código de Processo de 1876 que só teve o caso, a referida “querela”, com a promulgação do Código de Processo de 1939 decidindo pelo posicionamento favorável à validade da cláusula.

Assim, podemos destacar entre os ilustres autores que se posicionaram a favor da validade da cláusula compromissória pela ordem cronológica: ALVES DE SÁ,¹³⁴ que em seu comentário ao Código de 1876, que era omissivo em relação a cláusula, dizia o seguinte:

Supponha-se, todavia, que as partes dizem nos contractos, como é MUI COMMUM,¹³⁵ que as questões relativas ao mesmo contracto serão resolvidas por árbitros. É um caso de arbitragem. O compromisso ainda não existe. [Contudo] Uma das partes recusa-se a nomear árbitro; [qual a consequência jurídica] qual o meio de fazer o compromisso? Uma acção ordinária para o compelir a cumprir o contracto? Ou a louvação judicial?

[...]

Até ao código, a praxe tinha sido a «louvação», ou «nomeação em audiência» (...).

(...) a acção ordinária seria uma monstruosidade, (...). Se as partes não chegam a concordar amigavelmente «em escriptura pública», sobre a escolha dos árbitros, -- resta-lhes o «auto público» -- o auto de audiência pública, para que a parte, que pretende fazer valer o seu direito adquirido pelo contracto, fizer citar a outra, que se recusa a nomear o árbitro.

¹³³ Artigo 45.º do CPC de 1876.

¹³⁴ ALVES DE SÁ, Eduardo. *Commentário ao Código de Processo Civil Português*. 2.º vol. Lisboa: Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, 1877, pp 141-142.

¹³⁵ Letras em maiúsculo de responsabilidade do autor desta tese, não constando do original.

Também a favor da validade, porém em tempo posterior ao primeiro autor supracitado nós temos ALBERTO DOS REIS,¹³⁶ para quem:

O regime actual admite a cláusula compromissória, estabelecendo a responsabilidade por perdas e danos para o caso do seu não cumprimento.¹³⁷ Na verdade, não pode deixar de atender-se válida esta cláusula, visto as partes terem inteira liberdade para convencionar que as questões, que venham a suscitar-se, podem e devem ser dirimidas pelos árbitros. (...). Se as partes podem celebrar um compromisso (...) como proibir a cláusula compromissória (...)? É (...) uma « promessa » do compromisso arbitral. Se o compromisso é válido porque não há-de ser válida a promessa dele?

Já, por outro lado, posicionaram-se pela nulidade da cláusula compromissória pela mesma ordem de tempo: DIAS FERREIRA,¹³⁸ que toma a seguinte resolução:

Hoje os compromissos voluntários feitos nos termos usuais, em que as partes estipulam que a causa será julgada por árbitros, sem desde logo mencionar o objeto do litígio, os nomes e as residências dos árbitros, e o prazo dentro do qual devem julgar, são radicalmente nulos.

Igualmente BOTELHO DE SOUSA,¹³⁹ e, também em tempo posterior ao autor supracitado, com os seguintes argumentos:

Em regra, pelas nossas leis, a falta de cumprimento das «promessas» de contrato sujeita os infratores à responsabilidade por perdas e danos; não implica de forma alguma para eles a obrigação de celebrar o contrato. (...). Não há entre nós contratos coactivos, (...). Desde o momento que vão ser transformados em leis, é claro que o juízo arbitral passa a ser necessário, forçado. (...). Em princípio não admite a validade da cláusula compromissória. (...). Depois, é ainda indispensável considerar os casos de fraude que podem surgir. Assim, ou a parte, na iminência de ter um árbitro nomeado pelo juiz,

¹³⁶ ALBERTO DOS REIS, José. “Acta n.º 47”. In *Actas da Comissão Revisora do Código de Processo Civil*. p. 151-152.

¹³⁷ Esta responsabilização por perdas e danos da parte incupridora era requerida pelo interessado, que em primeiro momento queria fazer valer a cláusula compromissória, por meio de uma ação ordinária a que Alves de Sá considerava “uma mostruosidade”.

¹³⁸ DIAS FERREIRA, José. *Código de Processo Civil anotado*. Tomo I. Lisboa: Typ. Lisbonense, 1887. P. 108.

¹³⁹ ALBERTO DOS REIS, José. “Acta n.º 47”. In *Actas da Comissão Revisora do Código de Processo Civil*. p. 153.

nomeia sucessivos árbitros que, de acordo com ela, se vão escusando, e desta maneira impossibilitam o funcionamento do juízo arbitral, ou pode o árbitro deixar de proferir a decisão dentro do prazo, caso em que o compromisso fica sem efeito.

BARBOSA DE MAGALHÃES¹⁴⁰ posicionou-se inicialmente pela nulidade da cláusula nos seguintes termos:

Em princípio é contrário à cláusula compromissória; quando, porém, se admita, deve impor-se por forma eficiente, torna-la coactiva, como o Projecto dispõe. A responsabilidade por perdas e danos é uma sanção que não actua.

Mas, ao final do debate na Comissão revisora do Código de Processo Civil de 1876 vota pela admissão da cláusula “exclusivamente para os casos de urgência”, situação suscitada pelo Conselheiro HEITOR MARTINS,¹⁴¹ para quem:

Todavia o problema talvez deva ser considerado sob outro aspecto. Algumas legislações, v. g., a alemã, restringem a validade a certas relações jurídicas com carácter de urgência, designadamente a negócios de cereais transações comerciais, etc. (...). Parece-lhe que deveria admitir-se a validade apenas para os casos de urgência ou para determinadas relações jurídicas.

Desta feita e como já mencionado acima, vence o debate a bancada que se posicionou pela validade da cláusula compromissória, esta sendo, pois, expressamente consagrada no novo código, posteriormente aprovado. E o texto normativo relativo a cláusula compromissória do artigo 1565.º do CPC de 1939 trazia também mais uma inovação, para além da já mencionada consagração expressa da cláusula, que era a possibilidade de uma das partes na convenção de alcançar o resultado específico pretendido de fazer o tribunal, em substituição da parte remissa, nomear os árbitros e fixar o objeto do litígio, “solução sem paralelo em toda a

¹⁴⁰ ALBERTO DOS REIS, José. “Acta n.º 47”. In *Actas da Comissão Revisora do Código de Processo Civil*. p.154.

¹⁴¹ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, p. 156.

história do Direito português” como bem friza CORTEZ,¹⁴² e sobre isto escreve muito posteriormente PESSOA JORGE.¹⁴³

(...) a cláusula compromissória não só recebeu as honras de contrato nominado, como – novidade no nosso sistema jurídico – se lhe reconheceu a possibilidade de execução específica, por se entender que o mecanismo da responsabilidade civil era praticamente inoperante como reacção contra a sua violação, que, em regra, não provocava prejuízos reparáveis (maxime pela dificuldade de provas).

Quanto ao compromisso arbitral, antes de mais é necessário fazer notar o seguinte: era do entendimento da maioria na doutrina portuguesa que se tratava de contrato definitivo pelo qual as partes submetiam a arbitragem voluntária um litígio vigente entre elas. Todavia, existe um aspecto importante que vale ressaltar sobre o requisito de validade do compromisso arbitral que trará consequências práticas na sua aplicação e que será posteriormente analisado.

Assim, durante o período de vigência, quer do Código de 1939 quer do Código de 1961, um requisito do compromisso que se traduzia na obrigatoriedade de se precisar e identificar no compromisso, sob pena desta convenção ser declarada nula, se tais requisitos não estivessem presentes: precisar o objeto do litígio e identificar o(s) árbitro(s) que ficaria(m) a cargo de arbitrar(em) a disputa, assim estava o artigo 1563.º do CPC de 1939, depois passando para o artigo 1511.º do CPC de 1961. Este requisito de validade do compromisso arbitral só sofreria alguma alteração, quanto ao segundo requisito, o da identificação dos árbitros, mas não quanto ao primeiro requisito, precisar o objeto do litígio, com a promulgação do Decreto-Lei n.º 243/84, que no seu artigo 7.º estabeleceria o regime que tornaria facultativa a designação do(s) árbitro(s) no compromisso no momento de celebração. Regime este que seria preservado pelas legislações posteriores sobre arbitragem em Portugal, como assim o foi na Lei n.º 31/86, no seu artigo 7.º, bem como pela atual Lei de Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, no seu artigo 10.º.

Dito isto, voltemos à cláusula compromissória. Depois de aprovada a cláusula compromissória pelo novo código, podemos analisar o debate posterior que surgiu quanto ao

¹⁴² CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. In O Direito, Lisboa, a124, n.3 (Jul.-Set. 1992), p 397.

¹⁴³ PESSOA JORGE, Fernando. “Forma da Cláusula compromissória, incumprimento do Contrato-Promessa (Jurisprudência Comentada)”. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XXIII. Lisboa, 1972, p. 18.

seu regime sob a ótica da sua natureza jurídica,¹⁴⁴ seja durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, seja durante a vigência do Código de Processo de 1961 até a promulgação da primeira lei autônoma sobre a arbitragem voluntária, o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, posteriormente substituída pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que depois de duas revisões foi substituída pela atual Lei de Arbitragem em vigor, Lei n.º 61/2011, de 14 de Dezembro.

3.2.2. Natureza jurídica da cláusula e do compromisso arbitral.

Quanto à natureza jurídica da cláusula compromissória, a posição majoritária na doutrina em Portugal entendeu tratar-se de um contrato-promessa. Trata-se de um contrato-promessa, pois as partes constituidoras do contrato celebram uma “convenção preliminar” onde ambas se comprometem para o futuro, caso venha a ocorrer alguma situação entre elas em que requeira a intervenção de uma terceira parte com poderes de decisão para compor a situação emergida, mediante compromisso definitivo, levar a questão a um tribunal arbitral.

Contudo, há vozes dissonantes deste entendimento, embora poucas, mas assertivas em suas posições. Vejamos, então, os principais autores que se posicionaram no entendimento de se tratar de um contrato-promessa a cláusula compromissória, de um lado, e os principais autores que se posicionaram contra este entendimento, de outro lado.

Entre os primeiros destaca-se pela ordem ALBERTO DOS REIS, que no excerto *supra* ficou evidente o seu entendimento da cláusula compromissória como uma promessa de celebração do compromisso. Também GALVÃO TELLES¹⁴⁵ que entendeu ser a cláusula um autêntico contrato-promessa de carácter bilateral, onde as partes obrigavam-se mutuamente a “celebrar no futuro” um ou vários compromissos que seriam estes o contrato ou os contratos definitivos; transformando-se, assim, a cláusula compromissória numa fonte obrigacional de uma prestação factual; no mesmo sentido MANUEL DE ANDRADE,¹⁴⁶ CASTRO MENDES,¹⁴⁷ PESSOA JORGE¹⁴⁸ e mais recentemente CORTEZ.¹⁴⁹

¹⁴⁴ CORTEZ, *op. cit.*, p. 397 e ss.

¹⁴⁵ GALVÃO TELLES, Inocêncio. “Cláusula compromissória: oposição ao respectivo pedido de efectivação”. In *O Direito*, Lisboa, a.89, n.4 (1957), pp. 214-215.

¹⁴⁶ MORENO, T., e outros. *Lições de Processo Civil*. Coimbra : Casa do Castelo, 1945, p. 515.

¹⁴⁷ MENDES, João de Castro. *Manual de Processo Civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 1963, p. 164.

¹⁴⁸ PESSOA JORGE, *op., cit.*, p. 15.

¹⁴⁹ CORTEZ, *op. cit.*, p. 398 e ss.

Contra o entendimento da cláusula compromissória como um contrato-promessa temos VAZ SERRA¹⁵⁰ e mais recentemente RAUL VENTURA.¹⁵¹ Estes dois autores partilham da mesma ideia sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória, onde a cláusula não é uma fonte obrigacional de prestações de fato, logo não se trata de um contrato-promessa. Assim, a natureza jurídica da cláusula compromissória residiria muito mais na tese de que as partes ao estipularem uma cláusula de “arbitrabilidade”, se vinculam por intermédio de uma sujeição jurídica de submeterem a resolução de um litígio futuro a um tribunal arbitral, e a esta sujeição jurídica correspondia, por sua vez, a um direito potestativo de constituição jurisdicional particular. E desta ideia fundamental conclui VENTURA que¹⁵²:

[da] convenção de arbitragem (quer ela seja uma cláusula compromissória ou um compromisso) não nascem obrigações em sentido técnico, mas direitos potestativos e vinculações.

Numa posição intermédia ficou CARVALHO FERNANDES¹⁵³ que entendeu ser a cláusula compromissória um contrato misto com uma natureza preliminar conjuntamente com uma natureza definitiva. A cláusula seria, assim, no entendimento do citado autor, de natureza preliminar porque criava entre as partes uma obrigação de prestação factual de realizar todos os atos indispensáveis à constituição jurisdicional particular; por sua vez, seria também de natureza definitiva na medida em que retira, numa realização de eficácia imediata, a jurisdição dos tribunais do Estado para atribuí-la a um tribunal arbitral.

Foi aquela tese majoritária, bem como a distinção formal entre cláusula e compromisso correspondendo, por sua vez, a uma distinção substancial entre contrato-promessa e contrato definitivo que vigorou na doutrina em Portugal durante os códigos de processo civil de 1939 e de 1961. A distinção formal entre cláusula compromissória e compromisso arbitral criada pelo código de 39 e mantida pelo código de 61 foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 243/84 que no seu artigo 1.º apenas dizia que litígios atuais ou eventuais poderiam ser objeto de convenção, nada mais versando sobre isto. Uma alteração de suma importância iniciada pelo Decreto-Lei n.º

¹⁵⁰ VAZ SERRA, Adriano. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 1970”. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 104, p. 249 e Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1971”. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 105, p. 251.

¹⁵¹ VENTURA, Raul. “Convenção de Arbitragem”. Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 297.

¹⁵² VENTURA, *op. cit.*, p. 301.

¹⁵³ FERNANDES, Luís Carvalho. *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. Capacidade. Forma. Objeto. Conteúdo*. Lisboa: pol., 1961, p. 5. e PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 85, nota 162.

243/84 foi no que diz respeito ao n.º 2 do artigo 1513.º do Código de Processo de 1961 que correspondia ao antigo artigo 1565.º do Código de 1939, que estipulava que celebrada a cláusula compromissória e porventura surgisse “alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrasse remissa a celebrar o compromisso...”, pois bem, este texto normativo na nova legislação autónoma da arbitragem deixa de existir, deixando, assim, de existir também a principal base legal de apoio da tese majoritária da cláusula compromissória como um contrato-promessa,¹⁵⁴ pois de acordo com a nova legislação autónoma, não seria mais necessário após a estipulação de uma cláusula, surgido algum conflito, celebrar também um compromisso, entendimento mantido pelas legislações de arbitragem subsequentes.

Não obstante, com a substituição deste decreto, devido a sua inconstitucionalidade, pela Lei n.º 31/86, aquela distinção formal, entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, volta a fazer parte do ambiente jurídico português, distinção, por sua vez, mantida em vigor na atual Lei de Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, no seu artigo 1.º, n.º 3.

Conquanto, numa análise da atual lei de arbitragem portuguesa e o entendimento que esta deu a estes dois instrumentos pelos quais se podem realizar a celebração de uma convenção de arbitragem, podemos entender que o primeiro instrumento jurídico, *o compromisso arbitral*, se reporta a um contrato próprio celebrado pelas partes para que estas recorram a arbitragem durante um litígio atual no qual estejam envolvidas, ainda que este litígio esteja tramitando em algum tribunal do Estado no momento da celebração do contrato. Ou seja, trata-se de um contrato próprio celebrado após o surgimento do conflito e está previsto no artigo 1º, nº 3, 1ª parte da L.A.V. Por seu turno, na celebração do compromisso arbitral, as partes devem determinar qual o objeto do litígio que querem ver decidido no tribunal arbitral (artigo 2º, nº 6, 1º parte da L.A.V.), pois, na falta de determinação do objeto da relação controvertida as partes podem ver a convenção de arbitragem celebrada entre elas declarada nula (artigo 3º da L.A.V.).

No que diz respeito ao segundo instrumento jurídico, *a cláusula compromissória* se reporta a dois tipos de litígios:

- i) Litígio fonte de uma relação jurídica contratual; e
- ii) Litígio fonte de uma relação jurídica extracontratual

Na primeira situação temos a previsibilidade a que as partes entendem de surgirem eventuais conflitos no negócio jurídico celebrado entre elas, seja de um contrato de compra e venda, ou seja de um contrato de locação ou seja de um outro negócio jurídico qualquer, passível de ser celebrado com uma *cláusula compromissória*, e que na eventualidade de

¹⁵⁴ CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. In *O Direito*, Lisboa, a124, n.4 (Out.-Dez. 1992), p. 566.

surgirem tais conflitos, estipulam no contrato celebrado uma cláusula prevendo que as partes recorrerão a um tribunal arbitral para a resolução do eventual litígio; no que toca a segunda situação, temos a possibilidade de que o eventual litígio não advenha de uma relação jurídica contratual, mas advenha de uma relação jurídica extracontratual, ou seja, neste caso a fonte de recurso à arbitragem não será o contrato, mas a lei, como por exemplo está previsto no artigo 180º, nº 1, *al. b)* do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, onde se prevê que será objeto de tribunais arbitrais “questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual” e neste aspecto ressalta LIMA PINHEIRO:¹⁵⁵

No caso da responsabilidade civil extracontratual que não seja conexa com uma relação contratual só existe uma “relação jurídica determinada” depois da ocorrência do facto causador de prejuízo.

Assim, tanto no primeiro caso, de previsibilidade, como no segundo, de possibilidade, temos a chamada cláusula compromissória, sendo o primeiro caso tratar-se de uma cláusula inserida em um outro contrato (o contrato principal) e no segundo caso se tratar de uma lei prevendo o recurso à arbitragem voluntária; estas duas situações estão previstas no artigo 1º, nº 3, 2ª parte da L.A.V. Aqui vale salientar que a convenção de arbitragem fundada em uma cláusula compromissória deve especificar qual a relação jurídica (se diz respeito a relação jurídica contratual ou se diz respeito a relação jurídica extracontratual) a que os eventuais litígios dizem respeito (artigo 2º, nº 6, 2º parte da L.A.V), sob pena de ser nula a convenção de arbitragem voluntária, sob a forma de cláusula compromissória, celebrada sem especificar qual a relação jurídica (artigo 3º da L.A.V); contudo, por maioria de razão podemos estender a relação jurídica extracontratual à celebração de uma convenção por meio de um compromisso arbitral.

Todavia, cabe a questão de saber se realmente tem sentido a diferenciação feita na L.A.V da convenção de arbitragem entre dois instrumentos jurídicos distintos, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, e para tanto responder a esta questão será necessário recorrer a análise do princípio da autonomia da cláusula compromissória e, depois, partir para a verificação dos efeitos jurídicos consequentes desta distinção, ressuscitando o velho debate sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória e por consequência natural, qual a natureza jurídica do compromisso.¹⁵⁶

¹⁵⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 84, nota 161.

¹⁵⁶ CORTEZ, *op. cit.*, p. 564 e ss.

Assim, o princípio arbitral internacionalmente reconhecido que é o princípio da autonomia da cláusula compromissória ou princípio da “separabilidade” (*separability concept*), basicamente traz como ideia a de que a cláusula compromissória é independente em relação ao contrato do qual faz parte ou faz remissão. Neste sentido, a força deste princípio produz o efeito de que, mesmo que o contrato onde a cláusula compromissória esteja inserida, ou faça remissão, seja declarado nulo, esta cláusula específica não o seja, mas, pelo contrário, continue válida, pois o vício que atinge o contrato pode não atingir a referida cláusula. A teoria “separabilista” entende que é como se as partes tivessem celebrado dois contratos: o contrato principal e o contrato de convenção de arbitragem,¹⁵⁷ neste sentido, por exemplo, entende ALVIN,¹⁵⁸ em suas palavras:

Quando se fala em autonomia da cláusula compromissória, deve-se entender que a convenção de arbitragem é juridicamente autônoma do contrato principal, não estando a sua validade condicionada a uma aceitação distinta

Desta forma, mesmo que a cláusula compromissória esteja inserida em um contrato, chamado de contrato principal, ela deve ser entendida como um negócio jurídico próprio e autônomo, um contrato próprio distinto do contrato principal onde se insere,¹⁵⁹ tal como o compromisso arbitral. Vale destacar o que estatui a este respeito -- da força da cláusula compromissória como um contrato próprio -- o artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da L.A.V., que considera que “uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo”,¹⁶⁰ assim “a decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória”.¹⁶¹ Contudo, há de frisar que se o vício contratual que atinja a validade do contrato principal atingir

¹⁵⁷ STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998, p. 66.

¹⁵⁸ ALVIN, J. E. C. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 234

¹⁵⁹ ALVIN, J. E. C. *op. cit.* p. 235

¹⁶⁰ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Lei nº 63, de 14 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2011. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo

¹⁶¹ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Lei nº 63, de 14 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2011. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo

também a cláusula compromissória, esta deverá, por sua vez, ser igualmente inválida,¹⁶² pois, como bem exemplifica LIMA PINHEIRO:¹⁶³

(...), a invalidade do conjunto do contrato pode decorrer de vício da vontade de um contraente em nome doutrem. Da autonomia da cláusula compromissória decorre apenas, (...), que a invalidade do contrato não implica automaticamente a invalidade da cláusula compromissória.

A existência do princípio da autonomia da cláusula compromissória para ALVIN, ou simplesmente uma regra arbitral para LIMA PINHEIRO, que é resultante de um complexo “de normas que a estabelecem com vista à realização de uma determinada função”, pois bem, esta existência do princípio ou regra da autonomia da cláusula compromissória está em estreita ligação com outro princípio da arbitragem que é o princípio da competência-competência, pois o efeito prático da autonomia da cláusula compromissória será o de fundamentar a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, como bem deixa claro o n.º 2 do artigo 18.º da L.A.V. ao estipular que “para efeitos do disposto no número anterior, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo”,¹⁶⁴ por sua vez, o n.º 1 do mesmo artigo estabelece justamente o princípio da competência-competência que estabelece que “O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.” Em conclusão do que foi exposto logo acima, podemos considerar que o efeito da atribuição do princípio da autonomia ou da regra da autonomia sobre a cláusula compromissória foi a de igualar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral em termos de verdadeiros acordos autônomos em relação a relação jurídica a que se vinculam.

Retomando a questão da natureza jurídica da convenção de arbitragem seja na modalidade de cláusula compromissória seja na modalidade de compromisso arbitral, lembremo-nos, pois, das três soluções que foram propostas no passado e *supra* tratadas: a tese

¹⁶² VENTURA, Raul. “Convenção de Arbitragem”. Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 370.

¹⁶³ PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 121.

¹⁶⁴ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo

maioritária, defendida por ALBERTO DOS REIS,¹⁶⁵ GALVÃO TELLES¹⁶⁶ MANUEL DE ANDRADE,¹⁶⁷ CASTRO MENDES¹⁶⁸ e PESSOA JORGE,¹⁶⁹ que entendia a cláusula compromissória como um contrato-promessa e o compromisso arbitral como um contrato definitivo, isto porque para esta tese era no compromisso que constituía o tribunal arbitral, pois a cláusula compromissória sendo apenas a promessa de compromisso jamais nela se poderia realizar tal constituição de tribunal arbitral, conquanto não se precisava nela o objeto do litígio nem se designavam os árbitros; e para esta tese a principal base de apoio residia no fato de que celebrada a cláusula compromissória e após surgido eventualmente algum litígio entre as partes celebrantes, as partes deveriam, por sua vez, celebrar um compromisso definitivo a especificar o objeto do litígio e a designar os árbitros; esta referida tese tinha muita força no tempo de vigor dos códigos de 39 e 61, quando estes assim obrigava a que as partes se comprometessem; depois temos a tese minoritária, defendida por VAZ SERRA¹⁷⁰ e RAUL VENTURA,¹⁷¹ que entendia que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral eram idênticos quanto a produção de efeitos jurídicos sendo, por isto mesmo, da mesma natureza, pois da celebração da convenção de arbitragem, seja por meio da cláusula compromissória seja por intermédio do compromisso arbitral, faz nascer para as partes um direito potestativo de fazer constituir um tribunal arbitral correspondendo, por sua vez, a uma sujeição de comprometer-se em árbitros; por seu turno, esta tese ganhou muito mais força e passou a ter mais razão quando que da convenção de arbitragem não se daria a constituição do tribunal arbitral, pois a designação dos árbitros a partir do Decreto-Lei n.º 243/84 passou a ser facultativo, entendimento também conservado pela lei subsequente que veio a substituir tal decreto, Lei n.º 31/86. Assim sendo, para VENTURA, o tribunal arbitral se constituiria quando da:¹⁷²

(...) notificação directa do demandante ao demandado (de que pretende instaurar o litígio no tribunal arbitral, artigo 11.º, n.º 1 [Lei n.º 31/86 – especificação da lei por nossa conta]) e nomeação por este (ou pelo tribunal judicial) do respectivo árbitro.

¹⁶⁵ ALBERTO DOS REIS, José. “Acta n.º 47”.

¹⁶⁶ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 214-215.

¹⁶⁷ MORENO, T., *op. cit.*, p. 515.

¹⁶⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶⁹ PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁰ VAZ SERRA, Adriano. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 1970”. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 105, 251.

¹⁷¹ VENTURA, *op. cit.*, p. 301 e ss.

¹⁷² VENTURA, *op. cit.*, p. 356 e ss

Por fim, temos a tese intermédia, defendida por CARVALHO FERNANDES,¹⁷³ que entendia que a cláusula compromissória seria um contrato de tipo misto com uma natureza preliminar e uma natureza definitiva, sendo preliminar quando obriga as partes a prática de certos atos tendente a concretização da arbitragem e sendo definitivo na medida em que tira de imediato a jurisdição estatal e coloca no lugar uma jurisdição particular.

Sobre a tese minoritária e majoritária vale destacar o pensamento de CORTEZ,¹⁷⁴ exposto em seu artigo e aqui tomado como parte da bibliografia pesquisada, que a época da sua publicação vigorava, em Portugal, a Lei n.º 31/86 que antecedeu a atual lei de arbitragem voluntária. Quanto à tese minoritária ele destacava que a “unificação do regime supletivo de designação” dos árbitros tanto para o compromisso arbitral como para a cláusula compromissória que, inaugurado pelo Decreto-lei n.º 243/84 e mantida pela Lei 31/86, passava a ser facultativa tal designação no momento da celebração da convenção, porém, esta mesma “unificação não poderia ser aplicada quanto à “definição do objeto do litígio”, isto porque a Lei n.º 31/86 “contrariou” o que a este respeito havia estatuído o Decreto-Lei n.º 243/84, pois no artigo 12.º, n.º 4 da lei então vigente previa que se as partes não chegassem “a acordo sobre a determinação do objecto do litígio” caberia ao tribunal estadual decidir sobre o mesmo,¹⁷⁵ referindo-se claramente a cláusula compromissória, já que no compromisso o objeto do litígio é já determinado no momento da celebração. Pois bem, este aspecto não era regulado no regime de 84 que apenas exigia que na notificação do demandante ao demandado se indicasse o objeto do litígio; levando-se a crer, entendeu CORTEZ, que as questões relativas à determinação do objeto do litígio caberiam ao tribunal arbitral e não ao tribunal estadual, onde ele escreve:¹⁷⁶

A unificação do regime da designação facultativa dos árbitros parecia à primeira vista dar, por si só, razão a RAÚL VENTURA: tanto o compromisso como a cláusula compromissória dão acesso directo ao tribunal arbitral que se constitui pela notificação do demandante ao demandado e designação por este, ou supletivamente pelo tribunal judicial, ao respectivo árbitro. Só que na cláusula compromissória, ao contrário do compromisso, o tribunal arbitral, constituído antes ou não (conforme sejam ou não designados os árbitros), não pode funcionar sem que seja celebrado pelas partes o acordo que defina o

¹⁷³ FERNANDES, Luís Carvalho. *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. Capacidade. Forma. Objeto. Conteúdo*. Lisboa: pol., 1961, p. 5. e PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 85, nota 162.

¹⁷⁴ CORTEZ, *op. cit.*, p. 567 e ss.

¹⁷⁵ Decreto-Lei, n.º 243 de 17 de Julho. [Em Linha]. Lisboa, 1984.]. [Consult. 31 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/385881>

¹⁷⁶ CORTEZ, *op. cit.*, p. 569.

objecto do litígio ou, na falta deste acordo, que o tribunal judicial decida definitivamente sobre “ determinação do objecto do litígio.”

Assim, CORTEZ entende que ainda que se coloque o momento da constituição do tribunal arbitral na notificação ou na designação dos árbitros, como entende VENTURA, porém, dentro do enquadramento legal da Lei n.º 31/86, não existirá arbitragem voluntária “enquanto não seja definido o objeto do litígio”, a menos que se retome a solução antes adotada pelo Decreto-Lei n.º 243/84, onde a resolução do “litígio sobre o litígio” caberia ao tribunal arbitral e não ao tribunal estadual. Quanto a tese majoritária, ele conclui que, embora aquela tese tenha perdido força em termos formais, em termos substanciais continuava válida, não se podendo, por isto, afirmar a tese defendida por RAÚL VENTURA, de que a cláusula compromissória dava acesso direto a resolução do “litígio por arbitragem voluntária”, isto porque, nas palavras de CORTEZ:¹⁷⁷

Entre a cláusula compromissória e a resolução do litígio por via arbitral, ou o início do processo arbitral, terá de ser celebrado pelas partes um acordo para definir o objeto do litígio, sendo a falta deste acordo suprida por decisão do tribunal judicial.

A posição defendida por CORTEZ, do entendimento da cláusula compromissória como um contrato-promessa e do compromisso como um contrato definitivo, vigente na doutrina portuguesa até a promulgação do Decreto-Lei n.º 243/84, tinha toda a razão de ser quando da vigência da Lei n.º 31/86. Porém, com a promulgação da nova Lei de Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, esta tese não parece ter mais sentido, sendo, por isto, de dar razão a tese defendida por RAÚL VENTURA, pelas razões que ora exponho.

Em primeiro lugar, porque a nova lei de arbitragem voluntária, Lei n.º 63/2011, veio recuperar a solução adotada pelo Decreto-Lei n.º 243/84 em termos do regime de designação dos árbitros e definição do objeto do litígio; ou seja, a nova lei de arbitragem conserva o regime de designação facultativa dos árbitros no momento da celebração da convenção, seja por meio da cláusula compromissória ou seja por meio do compromisso arbitral, e mantendo igualmente o regime supletivo de designação dos árbitros, assim previsto no artigo 10.º, n.º 1 da nova lei que prescreve que “as partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de

¹⁷⁷ CORTEZ, *op. cit.*, p. 571.

alguns dos árbitros a um terceiro.”¹⁷⁸ E no n.º 4, que diz que “(...), se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente.”¹⁷⁹ Regime que correspondia ao artigo 7.º, n.º 1 e artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 243/84; por sua vez, no que diz respeito a definição do objeto do litígio, a nova lei de arbitragem revoga o antigo regime, adotado pela Lei n.º 31/86 no seu artigo 12.º, n.º 4, que estatuiu que se as partes não chegassem “a acordo sobre a determinação do objecto do litígio”, este caberia ao tribunal judicial, o que na prática retirava a competência do tribunal arbitral de decidir sobre o objeto do litígio, e resgata a solução adotada pelo Decreto-Lei n.º 243/86, assim entendida por CORTEZ,¹⁸⁰ isto é, a definição do objeto do litígio no que diz respeito a cláusula compromissória, será feita, após a designação dos árbitros, pelo tribunal arbitral; esta posição é reforçada, por sua vez, pelo artigo 18.º da nova lei de arbitragem que estipula o princípio da competência-competência.

Desta feita, podemos concluir que tem toda razão a posição de, pela ordem, VAZ SERRA,¹⁸¹ quanto a “eficácia substancialmente idêntica” entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, e RAÚL VENTURA,¹⁸² quanto a natureza jurídica, pois a nova lei de arbitragem voluntária veio dar efeitos jurídicos idênticos tanto a cláusula compromissória como ao compromisso arbitral, bem como evidenciar que ambas possuem, pois, a mesma natureza jurídica; em outras palavras, tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral dão acesso direto a constituição do tribunal arbitral, não sendo necessário a celebração de nenhum “acordo sobre o objeto do litígio” que correspondia ao mesmo que celebrar um novo compromisso para se ter acesso ao tribunal arbitral; nisto reside a produção de idênticos efeitos jurídicos; por seu turno, ambas as modalidades de convenção de arbitragem tem igualmente a mesma natureza jurídica, ou seja, ambas correspondem, no correto pensamento de VENTURA, a constituição de direitos potestativos e correspondentes vinculações, ou seja, tanto a cláusula compromissória bem como o compromisso arbitral constituem para as partes celebrantes o

¹⁷⁸ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo

¹⁷⁹ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo

¹⁸⁰ CORTEZ, *op. cit.*, p. 569

¹⁸¹ VAZ SERRA, *op. cit.*, n.º 105.

¹⁸² VENTURA, *op. cit.*, p. 301 e ss.

direito potestativo de fazer constituir o tribunal arbitral e a correspondente vinculação da parte remissa de sujeitar a resolução do litígio a árbitros. Diria que esta também seria a posição de CORTEZ na vigência da atual lei de arbitragem, pois o mesmo tinha como único impedimento a dar razão a posição de VENTURA a obrigação das partes celebrarem um “acordo sobre o objeto do litígio” assim estatuído na lei n.º 31/86, o que o levou a pender pela tese majoritária.

Logo, entendo não haver necessidade da distinção na convenção de arbitragem entre um compromisso arbitral e uma cláusula compromissória, isto porque ambas têm igualmente a mesma eficácia, natureza e, inclusive, sentido, isto é, de serem um *acordo próprio* distinto do contrato principal com o intuito de resolução alternativa de um litígio ou interesses; assim, entendo que tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral se tratam única e exclusivamente de ser um *acordo arbitral*, sendo, por isto, preferível a adoção do texto normativo da 2.ª opção do artigo 7.º da *Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) sobre Arbitragem Comercial Internacional* onde se versa sobre a *Definição do acordo de arbitragem* definindo-o com a seguinte fórmula: ““ Acordo de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.”¹⁸³ Indo mais longe, diria que não há necessidade nem mesmo de um sentido pedagógico que porventura possa ter em diferenciar a convenção de arbitragem em dois instrumentos jurídicos, onde um (compromisso arbitral) se reporta a um litígio atual e o outro (cláusula compromissória) se reporta a um eventual litígio, isto porque a própria lei de arbitragem voluntária prevê que a arbitragem possa ser utilizada para outros interesses que não apenas os contenciosos; então, neste caso, o sentido pedagógico perde também a sua força.

3.3. Critérios e requisitos à celebração da convenção de arbitragem.

Para celebração de uma convenção de arbitragem faz-se necessário o respeito aos critérios e requisitos legais de celebração da convenção, sob pena desta convenção ser nula e consequentemente não produzir quaisquer efeitos que foram pretendidos pelas partes quanto ao seu conteúdo ao celebrarem a convenção. Estes critérios e requisitos são impostos pela Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária) que estabelece os parâmetros de celebração da convenção de arbitragem voluntária nos seus dois primeiros artigos; a estes

¹⁸³ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 Com as alterações adoptadas em 2006, [Consult. 20. 9. 2017] disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/dgpi-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42

critérios e requisitos acrescem o respeito as regras gerais de celebração dos negócios jurídicos, como bem frisa Dr. Filipe Caroço, Desembargador do Tribunal da Relação do Porto:¹⁸⁴

Há-de respeitar os requisitos gerais dos negócios jurídicos como, v. g., a capacidade e a legitimidade dos contraentes, o respeito pela ordem pública e pelos bons costumes ou os eventuais vícios da vontade negocial. A convenção de arbitragem respeitará os requisitos impostos pelas normas gerais do direito civil e das obrigações, para além do condicionalismo legal que especialmente lhe é imposto pela L.A.V.

No artigo 1º, n.ºs 1 e 2 da L.A.V.,¹⁸⁵ temos o estabelecimento de dois critérios à celebração da convenção de arbitragem, o primeiro critério a funcionar como critério principal e o segundo critério a funcionar como critério secundário;¹⁸⁶ estes formam o parâmetro geral que tornam um litígio objetivamente arbitrável, a saber:

- *Primo*: o critério da *patrimonialidade*; e
- *Secundo*: o critério da *transaccionalidade*

Quanto ao primeiro critério, o da *patrimonialidade*, estabelecido no n.º 1, trata-se de submeter à arbitragem litígio que diz respeito a interesses de natureza patrimonial que não seja por legislação especial submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou que não seja submetido à arbitragem necessária. Aqui, em primeiro lugar, a regra é a da “livre arbitrabilidade”, isto é, dentro de um âmbito muito amplo de ação na esfera jurídica própria, os particulares podem celebrar uma convenção de arbitragem e submeter todos os seus litígios à decisão de árbitros,¹⁸⁷ porém delimitados a *patrimonialidade* do direito, isto é, não é suficiente que o litígio tenha uma natureza económica ou seja avaliável pecuniariamente, é preciso que “a lei permita a sua troca por dinheiro”, pois existem situações específicas onde, embora envolvam a questão patrimonial, como é o caso das convenções antenupciais, ou envolvam uma questão possível de avaliação pecuniária, como é o caso da vida de uma pessoa no âmbito das empresas

¹⁸⁴ CAROÇO, Felipe. Nova Lei de Arbitragem Voluntária. In *Conferência Sobre a Nova Lei de Arbitragem Voluntária*. Porto. 2012.

¹⁸⁵ Lei 63/2011, artigo 1.º, n.º 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros; n.º 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.

¹⁸⁶ ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM. “Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária da Associação Portuguesa de Arbitragem”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 3, Lisboa, 2010, p. 167, nota 4.

¹⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 93.

de seguro, não podem estas situações serem trocadas de forma lícita por dinheiro;¹⁸⁸ como dito, o litígio é delimitado a sua *patrimonialidade* e, para além disto, desde que lei especial não o submeta exclusivamente aos tribunais do Estado,¹⁸⁹ ou que não seja submetido à arbitragem necessária. Desta forma, no que toca a especialidade de lei, podemos citar a título de exemplo a apreciação judicial do despedimento individual ou coletivo, nos artigos 387.º e 388.º do Código de Trabalho que, embora envolvam o carácter patrimonial, apenas podem ser apreciados por tribunal do Estado; assim também, num outro exemplo, as contravenções e transgressões puníveis unicamente com pena de multa, ou as contra ordenações puníveis com coima, embora também envolvam o carácter patrimonial, só são apreciados por tribunais do Estado. No que tange a submissão à arbitragem necessária, esta, por força de lei, obriga a que as partes submetam o litígio a arbitragem, assim, podemos fazer notar como exemplo, não sem contrária opinião, o que se tem estatuído no Código das Expropriações,¹⁹⁰ onde está previsto que “na falta de acordo sobre o valor da indemnização, é este fixado por arbitragem” (artigo 38º, nº 1 do Código das Expropriações); assim também não podemos deixar de citar, como exemplo, a lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, que dispõe sobre Litígios Emergentes de Direitos de Propriedade Industrial – Medicamentos de Referência ou Genéricos, onde no artigo 2.º estatui claramente que “os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial (...) ficam sujeitos a arbitragem necessária(...)”; outro exemplo, temos na lei n.º 74/2013, de 06 de Setembro, que estabelece o Tribunal Arbitral do Desporto, aí se estatuinto nos artigos de 4.º a 7.º sobre as matérias que são de arbitragem necessária e as que são passíveis de arbitragem voluntária; por fim, temos o que está previsto no Código do Trabalho sobre arbitragem necessária que “caso, após a caducidade de uma ou mais convenções coletivas aplicáveis a uma empresa, grupo de empresas ou setor de atividade, não seja celebrada nova convenção nos 12 meses subsequentes, e não haja outra convenção aplicável a pelo menos 50 % dos trabalhadores da mesma empresa, grupo de empresas ou setor de atividade, pode ser determinada uma

¹⁸⁸ CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 93; *idem. Tratado de Direito Civil I*. Tomo I. Reim. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 867-868.

¹⁸⁹ A Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, anterior lei de arbitragem voluntária, fazia referência a “tribunal judicial” afastando do âmbito de aplicação desta normas os tribunais administrativos, assim, a atual lei de arbitragem voluntária veio a substituir a expressão “tribunal judicial” por “tribunais do Estado” com este feito veio, pois, a abranger todos os tribunais, a este respeito pode-se ver CORDEIRO, *op. cit.*, p. 93, nota 427; BARROCAS, Manuel Pereira. Lei de arbitragem comentada. Coimbra: Almedina, 2013, p. 25 e ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM, *op. cit.*, p. 167, nota 2.

¹⁹⁰ O jurista Armindo Ribeiro Mendes considera como exemplo paradigmático este artigo do Código das Expropriações pode-se conferir em MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2011 pp. 14. No entanto, este entendimento não é perfilhado por outros juristas que, pelo contrário, entendem que não se trata de verdadeira arbitragem necessária o que está previsto no Código das expropriações, pois, aí, falta o elemento da livre escolha dos árbitros pelas partes; estes, pelo contrário, são escolhidos pelo tribunal.

arbitragem necessária (...) por despacho fundamentado do ministro responsável pela área laboral...” (artigos 510º e 511, nº 1 do Código do Trabalho).

Quanto ao segundo critério, o da *transacionalidade*, estabelecido no n.º 2 do artigo 1.º, trata-se da possibilidade dada aos particulares de celebrarem convenção de arbitragem sobre questões que, embora não envolva um interesse patrimonial, possam ser no seu direito controvertido transacionáveis, ou seja, a “arbitrabilidade de direitos” envolve, no fundo, a possibilidade de resolução do litígio através de um acordo das partes “mediante recíprocas concessões” que “podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos” conforme a noção que o Código Civil português atribui a transação no artigo 1248.º. Temos como exemplo de direitos que podem ser transacionáveis o direito a indemnização por cessação do contrato de trabalho ou indemnização por violação de normas trabalhistas, isto porque o artigo 5.º do diploma preambular da lei 63/2011 determina que se mantenha em vigor “para a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho” o artigo 1.º, n.º 1 da lei 31/86, antiga lei de arbitragem voluntária,¹⁹¹ donde se poderia elidir que poder-se-iam ser submetidos a arbitragem litígios que dizem respeito a direitos disponíveis ou relativamente indisponíveis e como bem frisa BARROCAS:¹⁹²

É o caso da arbitrabilidade de direitos indenizatórios que constituem sucedâneos da violação de direitos laborais e dada a sua natureza patrimonial [e transacionável], desde que não impliquem o conhecimento prévio de direitos [absolutamente] indisponíveis.

Outros direitos transacionáveis seriam a indemnização por dano moral ou corporal, indemnização de clientela de agente comercial, muito embora, neste último caso de indemnização, o acórdão de 16 de fevereiro de 2005 do Tribunal da Relação de Guimarães tenha entendido de forma errônea, assim o considera BARROCAS,¹⁹³ ainda sob a égide da lei de arbitragem anterior, ao confundir “arbitrabilidade” de um litígio com a imperatividade normativa e deste entendimento decidir pela “inarbitrabilidade” do litígio relativo a indemnização de clientela de agente comercial,¹⁹⁴ entre outros direitos mais que poderiam ser transacionáveis. Este critério da “transacionalidade”, como dito acima, dentro da nova lei de

¹⁹¹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 23; AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito. Nota 219. [Consult. 14 Nov. 2017]. Disponível em: Dissertação Final 1212.docx

¹⁹² BARROCAS, *op cit.*, p. 32

¹⁹³ BARROCAS, *op cit.*, p. 27

¹⁹⁴ *Ac. da Rel.*, proc. 197/05-1. Relator: Vieira e Cunha, 16 de fev. 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>

arbitragem, funciona como critério secundário a auxiliar o critério principal, pois a lei de arbitragem voluntária anteriormente em vigor, lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, assentava-se no critério da “disponibilidade” e “indisponibilidade” do direito controvertido como mecanismo principal de verificação da validade da convenção de arbitragem.¹⁹⁵ Assim, direitos disponíveis ou relativamente indisponíveis, tais como direitos de propriedade, direitos de créditos, direitos de sucessão, etc., poderiam ser objetos de convenção de arbitragem; mas já não poderiam ser objeto de convenção de arbitragem os direitos absolutamente indisponíveis, tais como estado civil, direitos de personalidade, a capacidade jurídica, o direito a remuneração do trabalhador, o direito a férias, etc.; dentro deste espectro, devido as dificuldades inerentes de se colocar em prática os critérios da “disponibilidade” e “indisponibilidade” dos direitos como critério principal, a nova lei de arbitragem atualmente em vigor, lei n.º 63/2011, , inspirada no direito alemão, alterou os critérios de verificação até então utilizados para o critério da *patrimonialidade* como critério principal, conjugado com o critério da *transigibilidade* como critério secundário.¹⁹⁶

Vale ressaltar que a convenção de arbitragem voluntária celebrada em desacordo com estes limites acima expostos, isto é, caso ocorra celebração de convenção de arbitragem voluntária sobre questões não patrimoniais ou não transacionáveis, ou ainda, mesmo que seja celebrada convenção de arbitragem sobre questões patrimoniais ou transacionáveis, porém sua matéria esteja sob exclusiva apreciação dos tribunais do Estado ou que esteja sua matéria submetida a arbitragem necessária, caso alguma destas hipóteses venha a ocorrer, estará a convenção de arbitragem ferida de nulidade (artigo 3º da L.A.V.). Assim, sobre a hipótese de celebração de convenção de arbitragem em matéria não transacionável e sobre a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem sobre questões de direitos relativamente indisponíveis, vale ler o entendimento do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de janeiro de 2011, que no sumário do relator dispõe que:¹⁹⁷

¹⁹⁵ Lei 31/86, artigo 1.º, n.º 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

¹⁹⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 94; ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM. “Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária da Associação Portuguesa de Arbitragem”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 3, Lisboa, 2010, p. 167, nota 4; CARVALHO, Jorge Morais. “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais.” *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Comissão organizadora: Armando Marques Guedes.. [et al.] . Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 2.v., p. 835 ss.

¹⁹⁷ *Ac. da Rel.*, proc. 3539/08.6TVLSB.L1-7. Relator: Juiz Abrantes Galdes, 11 de Jan. 2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>

A nulidade da convenção arbitral com fundamento na indisponibilidade do direito, nos termos do art. 1º, nº 1, e do art. 2º da LAV, reporta-se a situações de indisponibilidade absoluta, com exclusão das situações de indisponibilidade relativa, designadamente quando se trate de litígio que incida sobre direitos de natureza patrimonial susceptíveis de transacção.

Todavia, vale ressaltar também que em todas estas situações até agora mencionadas, o pano de fundo que move o recurso a arbitragem é sempre um litígio, ou seja, são “questões de natureza contenciosa em sentido estrito”, ou seja, questões que em princípio não poderiam ser resolvidas senão por via judicial, pois em princípio não há acordo entre as partes, justamente por estarem em conflito sobre determinado fato; porém, esta situação “contenciosa” não é em si um requisito a celebração de convenção de arbitragem, isto é, não é necessário que as questões que as partes queiram ver resolvidas por via arbitral sejam de “natureza contenciosa em sentido estrito”, pois podem ser objeto de recurso à arbitragem voluntária questões “relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias” e que para tal necessitam da “intervenção de um decisor imparcial”, assim prevê o artigo 1º, nº 4 da L.A.V.¹⁹⁸ Exemplo desta situação, temos nas relações trabalhistas, onde o Código de trabalho, no artigo 506º, estatui que “a todo o tempo, as partes podem acordar em submeter a arbitragem as questões laborais resultantes, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de convenção coletiva.”¹⁹⁹

Foi também mencionado o carácter particular da celebração da convenção de arbitragem para resolução de litígios ou resolução de outras situações que necessitem da intervenção de um decisor imparcial, ou seja, foi feita uma referência ao carácter privado da utilização do recurso à arbitragem voluntária; no entanto, não é só entre os particulares, num âmbito privado, que este meio alternativo de resolução de conflitos ou de resolução de interesses pode ser utilizado, pois “O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei” (artigo 1º, nº 5, 1ª parte

¹⁹⁸ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Lei nº 63, de 14 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2011. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo=

¹⁹⁹ CÓDIGO DO TRABALHO, Lei, nº 72, de 12 de Fevereiro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2009. [Consult. 19 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&nid=1047&nvers= AVELINO, Geraldo Antônio. Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais. [Em Linha]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito. Nota 253. [Consult. 14 Nov. 2017]. Disponível em: Dissertação Final 1212.docx

da L.A.V.); neste sentido, o recurso à arbitragem voluntária por meio da convenção de arbitragem é também facultado, para além do Estado, à entidades de direito público legalmente autorizadas, como por exemplo está previsto no artigo 180º, nº 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que o Estado e as entidades públicas podem celebrar convenções de arbitragem para dirimir questões de natureza contratual, de questões sobre responsabilidade civil extracontratual, sobre a validade dos atos administrativos e sobre relações jurídicas de emprego público. No caso do Estado quem tem competência para celebrar a convenção é o “membro do Governo responsável em razão da matéria” por meio de despacho, e no caso dos demais entes públicos, a competência para celebrar a convenção de arbitragem “pertence ao presidente do respectivo órgão dirigente” (artigo 184, n.º 1 e 2 do C.P.T.A.). No entanto, se o Estado ou demais entidades de direito público estiverem numa relação controvertida de direito privado ou se a convenção tiver por objeto um litígio de direito privado, isto é, estiverem numa relação de igualdade com a contraparte, fora do âmbito público, despidido do seu *ius imperi*, não será necessário estarem autorizados especialmente por lei para celebrarem uma convenção de arbitragem voluntária; estes a poderão fazer livremente, conforme estabelece o artigo 1º, nº 5, *in fine* da L.A.V.

Por fim, cabe ressaltar um aspecto importante para a validade da convenção de arbitragem, que é a adoção da forma escrita, tanto para o compromisso arbitral quanto para a cláusula compromissória. Não é admissível, portanto, convenção de arbitragem celebrada oralmente ou tacitamente que não esteja reduzida a forma escrita (artigo 2º, nº 1 da L.A.V.). Depois, esta forma escrita deverá cumprir algumas exigências para que a convenção seja válida, deverá constar de documento escrito e deverá constar da assinatura das partes, pois como se trata de um acordo, faz-se necessário que ambas as partes intencionem em celebrar por meio das assinaturas, ou poderá ser também por “troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita” (artigo 2º, nº 2 da L.A.V.), ou ainda, poderá ser por “suporte electrónico, magnético, ótico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (artigo 2º, nº 3 da L.A.V.) Uns, se reportam a documentos físicos, outros, se reportam a documentos virtuais ou eletrônicos, mas tanto uns como outros deverão oferecer as mesmas garantias: fidedignidade, inteligibilidade e conservação, caso contrário, a convenção de arbitragem que não obedeça a forma escrita e não ofereça estas garantias poderá ser declarada nula e consequentemente não produzirá quaisquer efeitos pretendidos pelas partes. É também válida a convenção celebrada por referência ou alegação; ou seja, convenção celebrada por referência é aquela em que no contrato principal as partes fazem remissão “para um documento que contenha uma cláusula compromissória, (...)”,

de modo a fazer dessa cláusula parte integrante” do contrato principal que deverá obedecer aos requisitos de forma escrita (artigo 2º, nº 4 da L.A.V.); por seu turno, a convenção celebrada por alegação é aquela em que, em processo arbitral, “exista troca de uma petição e uma contestação” e que nesta troca, seja na petição seja na contestação, é alegada a existência de uma convenção por uma parte que não é negada tal existência pela outra parte (artigo 2º, nº 5 da L.A.V.).

3.4. Modificação e limites à modificação. Revogação e caducidade.

A convenção de arbitragem uma vez celebrada de acordo com o conteúdo querido entre as partes poderá ser modificada ou mesmo revogada posteriormente, quer seja no âmbito objetivo quer seja no âmbito subjetivo da convenção, desde que ocorrendo alguma circunstância que requeira tal modificação ou revogação do seu conteúdo. Para tanto observa-se dois momentos limites:

- *Primo*: Modificação da convenção de arbitragem até o momento da aceitação do primeiro árbitro;
- *Secundo*: Modificação da convenção de arbitragem posterior a aceitação do primeiro árbitro e até a prolação da sentença; ou a revogação da convenção de arbitragem até a prolação da sentença.

O primeiro momento de modificação da convenção de arbitragem será até o momento da aceitação do primeiro árbitro (artigo 4º, nº 1, 1ª parte da L.A.V.), assim, no primeiro momento de modificação da convenção, as partes têm total liberdade entre si de alterarem o conteúdo da convenção, não sendo necessário a intervenção dos árbitros. Aqui, no primeiro momento, impera a liberdade contratual entre as partes, impera o princípio da autonomia da vontade. A alteração da convenção, por livre iniciativa das partes, sem necessidade de aprovação dos árbitros terá como momento a escolha do primeiro árbitro, pois, uma vez escolhida o primeiro árbitro, passamos a estar sob o domínio do “acordo de todos os árbitros, até a prolação da sentença arbitral” (artigo 4º, nº 1, *in fine*, da L.A.V.); isto é assim e tem todo a razão de ser, pois, após a escolha do primeiro árbitro ou árbitros, este ou estes tomam conhecimento do conteúdo, do teor da convenção e é com base neste núcleo essencial é que formam a sua decisão, desta maneira, se for feita alguma alteração na convenção após a aceitação do primeiro árbitro ou árbitros, estes, por sua vez, não estão obrigados a aceitar tal

alteração.²⁰⁰ Já o segundo momento de alteração da convenção de arbitragem será o momento posterior a aceitação do primeiro árbitro e, neste caso, a modificação só poderá ocorrer com o comum acordo de todos os árbitros até o momento da prolação da sentença; assim, no segundo momento, as partes não podem alterar o conteúdo da convenção de arbitragem apenas com o comum acordo entre elas, mas, também se faz necessário o comum acordo de todos os árbitros envolvidos; em outras palavras, este poder modificativo da convenção de arbitragem sai da esfera de decisão apenas das partes que celebraram a convenção e passa para a esfera de decisão também dos árbitros, que terão a última palavra neste aspecto. A alteração da convenção, posterior a aceitação do primeiro árbitro, terá como o limite a necessidade do comum acordo de todos os árbitros e, concomitantemente, que este comum acordo para a alteração da convenção seja dado até o momento antes da prolação da sentença arbitral.

Já agora, no que diz respeito a revogação da convenção de arbitragem pelas partes, existirá, neste aspecto, apenas um limite a ser respeitado, que será o limite do momento antes da prolação da sentença (artigo 4º, nº 2 da L.A.V.). Não será necessário, como na modificação da convenção de arbitragem tratada logo acima, não será necessário o limite do momento até a escolha do primeiro árbitro, nem o comum acordo de todos os árbitros após a escolha do primeiro árbitro. Este único limite imposto para o caso da revogação tem todo o sentido, pois, neste caso, as partes desistem da arbitragem, enquanto na modificação não há desistência da arbitragem. Todavia, tanto na modificação quanto na revogação o último limite a ser respeitado será sempre o da prolação da sentença, isto porque não faria sentido permitir modificação ou revogação da convenção após a prolação da sentença, na medida em que a parte vencida nunca iria aceitar a decisão arbitral e iria propor sempre a modificação ou revogação da convenção como formas de fugir a decisão desfavorável, pondo em causa a certeza e a segurança jurídica da decisão arbitral.²⁰¹

Já agora, seja o acordo de modificação, seja o acordo de revogação, ambos deverão se revestirem sempre de forma escrita e oferecerem as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação para terem validade e eficácia (artigo 4º, nº 3 da L.A.V.). Último aspecto a ser considerado será o da caducidade da convenção de arbitragem. A L.A.V. estatui que a morte ou extinção das partes só fará caducar a convenção de arbitragem e, conseqüentemente, extinguirá a instância arbitral se houver convenção celebrada entre as partes neste sentido, pois, caso contrário, a convenção, mesmo com a morte ou extinção das partes, continuará válida

²⁰⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 44.

²⁰¹ BARROCAS, *op. cit.*, p. 44 e 45

(artigo 4º, nº 4 da L.A.V.) e produzirá seus efeitos, isto porque a convenção trata de direitos patrimoniais ou não patrimoniais suscetíveis de serem transacionáveis que, por sua vez, são transmissíveis aos sucessores ou liquidatários.

3.5. Efeito negativo e o princípio da competência-competência.

Os efeitos negativos da convenção de arbitragem deduz-se do princípio da *competência-competência*, onde tal princípio diz-nos que “o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção” (artigo 18º, nº 1 da L.A.V.), ou seja, da letra da lei ora transcrita pode-se, em primeiro lugar, elidir um efeito positivo da celebração da convenção de arbitragem, que será justamente o que emana diretamente do princípio da competência-competência, quer dizer, as partes celebrantes da convenção de arbitragem atribuem ao tribunal arbitral competência exclusiva para dirimir um litígio, atual ou eventual, entre elas; disto se entende, como bem frisa BARROCAS:²⁰²

(...), quer a convenção de arbitragem seja existente ou inexistente, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, exequível ou inexecutável, o tribunal arbitral tem sempre competência, não apenas para julgar a lide como também para apreciar a existência, validade, a eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem e, assim, em suma, tem poderes para, positiva ou negativamente, poder vir, a final, a decidir o litígio.

Dito isto, em segundo lugar, pode-se elidir um outro efeito, o efeito negativo da celebração da convenção de arbitragem, assim, os efeitos negativos da convenção de arbitragem, deduzidos do princípio da competência-competência, produz, como consequência, a abstenção dos tribunais estaduais sobre decisão que esteja afeta a um tribunal arbitral e, neste sentido, o legislador em matéria arbitral estatuiu que “o tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por convenção de arbitragem deve (...)” absolver o réu da instância (artigo 5º, nº 1 da L.A.V.); este efeito negativo ora expresso no artigo 5.º da nova lei de arbitragem não o era na legislação anterior, mas a doutrina,²⁰³ bem como a jurisprudência conhecia da sua existência já a partir da leitura e interpretação do princípio da competência-

²⁰² BARROCAS, *op. cit.*, p. 85

²⁰³ Por todos ver PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 133 e ss.

competência presente no artigo 21.º da legislação anterior sobre arbitragem, Lei n.º 31/86; assim foi o entendimento do acórdão de 19 de Dezembro de 2012 do Tribunal da Relação de Coimbra sobre a preterição de tribunal arbitral como exceção dilatória, que entendeu que, em respeito ao efeito negativo da convenção de arbitragem, tribunais judiciais, mas amplo para estaduais para aqui incluir os administrativos, “só devem rejeitar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral” quando for manifesta a inexistência, nulidade, ineficácia, ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem e, por sua vez, a convenção será manifestamente inexistente, nula, ineficaz, ou inexecutável quando se apresente para o julgador de forma evidente, de tal modo que não careça de produção de prova para apreciação.²⁰⁴

Como dito, a nova lei de arbitragem resolveu deixar expressa a norma que era antes deduzida do princípio da competência-competência no artigo 5.º da Lei n.º 63/2011 onde se deixou claro esta exigência rígida de recusa da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, que só poderá ocorrer quando “manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável” (artigo 5º, nº 1, *in fine*, da L.A.V.); isto é assim, pois, entendeu o legislador que cabe ao tribunal arbitral conhecer da validade, eficácia e executabilidade da convenção de arbitragem por atenção ao princípio da competência-competência.

Para reforçar o caráter da competência do tribunal arbitral para julgar o litígio a que compete, seja no seu aspecto positivo de apreciar a sua própria competência, seja no aspecto negativo de afastar a jurisdição estadual, o legislador da nova lei entendeu que mesmo que seja proposta uma ação em tribunal estadual que diz respeito a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, “o processo arbitral pode ser iniciado” ou, se já tiver sido iniciado, pode “prosseguir, e pode ser nele proferida sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual” (artigo 5.º, nº 2 da L.A.V. e artigo 8.º, nº 2 da UNCITRAL).²⁰⁵ Contudo, a decisão do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência não é uma decisão definitiva, podendo a sentença arbitral deixar de produzir seus efeitos no caso em que o “tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é

²⁰⁴ *Ac. da Re. de Co.*, proc. n.º 477/11.8TBACN.C1. Relator: Albertina Pedroso, 19 de Dez. 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>

²⁰⁵ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 Com as alterações adoptadas em 2006, [Consult. 20. 9. 2017] disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/dgpi-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42

incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido” (artigo 5º, nº 3 da L.A.V.). A este respeito vale transcrever o texto de POUDRET e BESSON retirado de MENDES²⁰⁶:

O princípio conhecido como competência/competência (compétence-competence; Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht)(...) reconhece a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria jurisdição, pelo menos quando esta não tiver sido contestada em devido tempo. Todavia, esta decisão não é, em geral, definitiva, antes está sujeita ao controlo dos tribunais [estaduais] da sede da arbitragem. Em conformidade com isto, vários comentadores qualificam a decisão [do tribunal arbitral] como provisória (...) ou como uma decisão inicial (...). Estas expressões devem, porém, ser clarificadas. Em primeiro lugar, quando as partes tiverem renunciado antecipadamente a quaisquer processos de anulação da decisão arbitral – o que é admissível nos termos dos direitos belga, suíço e sueco – ou quando não tiverem apresentado requerimento de anulação de sentença no prazo legalmente estabelecido, a decisão [sobre competência] é ou torna-se definitiva (...) WENGER (...) qualifica, por isso, correctamente a competência/competência do tribunal arbitral como relativa.

No caso português, tanto o efeito negativo da convenção de arbitragem, ou seja, da abstenção do tribunal estadual em pronunciar-se sobre matéria afeta a um tribunal arbitral, deduzido do princípio da competência-competência, bem como o efeito positivo, isto é, a própria decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência, tanto um como o outro são definitivos na medida em que, no primeiro caso, não se “verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível” (artigo 5º, nº 1 da L.A.V.); ou, no segundo caso, se o réu não apresentar requerimento de impugnação da competência do tribunal arbitral “até a apresentação de defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta” que deve, por sua vez, ser “deduzida imediatamente” (artigo 18º, nº 4 e 6 da L.A.V.); ou se se tratar de decisão interlocutória sobre competência do tribunal arbitral, o réu não apresentar requerimento de impugnação, no prazo de 30 dias, após a notificação das partes, (artigo 18º, nº 4 e 9 da L.A.V.); todavia, no caso de existir impugnação sobre decisão

²⁰⁶ Transcrição feita por MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às Práticas Arbitrais*, p. 110 ss. do original *Comparative Law of International Arbitration* cit., pág. 385.

interlocutória, e enquanto “estiver pendente no tribunal estadual competente, o tribunal arbitral pode prosseguir com o processo arbitral e proferir sentença sobre o fundo da causa,” porém, pode, posteriormente, o tribunal estadual considerar o tribunal arbitral incompetente e anular a sentença nele proferida (artigo 18º, nº 10 da L.A.V.), caso em que a decisão do tribunal arbitral não é decisiva, mas relativa. Assim, como bem se nota, a lei de arbitragem portuguesa também estabelece este princípio da competência-competência, tanto nos seus efeitos positivos quanto negativos, de forma relativa a produzir o efeito de possíveis decisões de arbitragem voluntária meramente provisórias; e o alcance do artigo 5.º, nº 3 da L.A.V., é de tal ordem que, mesmo que uma sentença arbitral transite em julgado e sua execução já efetivada, uma decisão de tribunal estadual sobre sua competência, transitada em julgado, faz com que a sentença arbitral, ainda que transitada em julgado, cesse, e por seu turno, deixe de produzir seus efeitos, acarretando como consequência que tudo o que tiver sido prestado, após a execução da sentença arbitral transitada em julgado, deva ser restituído, cessando retroativamente todos os efeitos.²⁰⁷

4. A CONVENÇÃO NO DIREITO COMPARADO.

4.1. Razão de ordem.

Antes de mais, cabe notar que no uso do recurso ao Direito Comparado, os ordenamentos jurídicos no âmbito da arbitragem aqui selecionados e tratados em relação a outros que não o foram é pela ordem de influência e as respectivas similaridades das normas arbitrais entre todos os ordenamentos jurídicos que, a partir da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, inicia-se um processo entre as várias nações presentes na ONU de harmonizar ou de estabelecer parâmetros ou princípios comuns de arbitragem entre todas as nações signatárias. A partir da CNY de 1958, que influenciou fortemente a modelagem das duas primeiras leis autônomas sobre arbitragem em Portugal, Decreto-Lei n.º 243/84 e Lei n.º 31/86, seguiu-se outras convenções harmonizadoras, entre as quais destacamos a Convenção de Washington de 1965, sobre arbitragem de investimentos e a Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985, posteriormente alterada em 2006, e esta, por sua vez, influenciou a redação da Lei n.º 63/2011, atual lei de arbitragem portuguesa; por esta razão, neste esforço crescente das nações signatárias da ONU de harmonizar e adotar princípios comuns sobre a arbitragem é que não se faz uso amplificado deste recurso comparatístico de ordenamentos jurídicos, mas apenas comparando ordenamentos que

²⁰⁷ BARROCAS, *op. cit.*, p. 51

diferentemente entendam a convenção de arbitragem nas modalidades de compromisso arbitral e de cláusula compromissória.

4.2. A convenção de arbitragem no Brasil e na Argentina.

A arbitragem no Brasil é regulada à semelhança de Portugal por uma lei autônoma, pela Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996,²⁰⁸ posteriormente alterada pela Lei n.º 13.129, de 26 de Maio de 2015, alteração feita com o objetivo principal de “ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral;” assim se lê na mensagem de introdução da referida lei de alteração.²⁰⁹ A lei de arbitragem brasileira está dividida em sete capítulos com 44 artigos no total, sendo a convenção de arbitragem regulada no capítulo dois, nos artigos 3.º a 12.º, diferentemente da lei portuguesa que está dividida em doze capítulos com 62 artigos no total, sendo a convenção de arbitragem regulada já no capítulo primeiro, nos artigos 1.º a 7.º.

No que toca a convenção de arbitragem nas modalidades de compromisso arbitral e cláusula compromissória, o entendimento da lei de arbitragem atualmente vigente no Brasil difere da lei de arbitragem atualmente vigente em Portugal, seja quanto ao que está estatuído em ambas as legislações, seja ao entendimento quanto a natureza jurídica de ambos os instrumentos pelo qual se celebra um acordo de arbitragem.

Em relação a primeira divergência normativa, temos, por exemplo, o entendimento da legislação arbitral brasileira de que a cláusula compromissória só pode respeitar a litígios emergentes de relação jurídica contratual, mas não extracontratual, assim estatuído no artigo 4.º da Lei n.º 9.307 em que diz que “(...) as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”²¹⁰ O que está em harmonia com o artigo 853.º do Código Civil brasileiro que “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.” No caso português, como é sabido, admite-se que a cláusula compromissória respeite não só a um litígio emergente de uma relação jurídica contratual, mas também de uma

²⁰⁸ LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA BRASILEIRA, Lei n.º 9.307, de 23 de de Setembro de 1996. [Em linha]. Brasília: Palácio do Planalto, 2015. [Consult. 10 Out. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

²⁰⁹ Lei n.º 13.129 [Consult. 10 de Out. de 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm

²¹⁰ Lei n.º 9.307, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

relação jurídica extracontratual (artigo 1.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011). Depois, relativamente a constituição do tribunal arbitral, a convenção de arbitragem celebrada mediante cláusula compromissória não dá acesso direto a constituição de tal tribunal, isto porque para se constituir o tribunal arbitral faz-se necessário a celebração de um compromisso arbitral onde aí se nomeia os árbitros e identifica-se o objeto do litígio e se constitui, por isto, o tribunal arbitral, conforme artigo 6.º da Lei n.º 9.307 que prescreve que “a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.” Por sua vez, no compromisso firmado pelas partes deverá constar obrigatoriamente, sob pena deste compromisso ser nulo, “o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros” além de se identificar “a matéria que será objeto da arbitragem” (artigo 10.º, Incisos II e III da Lei n.º 9.307.). Contudo, havendo alguma parte insubmissa na firmação de compromisso, a que está obrigada por cláusula compromissória, pode a contraparte interessada “requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso”, porém não havendo acordo das partes sobre o objeto do litígio e o nome do árbitro diante do poder judiciário, esta incumbência caberá ao juízo estatal (artigo 7.º da Lei n.º 9.307.). Sucede, pois, diferente na arbitragem portuguesa, isto porque a cláusula compromissória dá acesso direto a constituição do tribunal arbitral, sendo facultativa a nomeação dos árbitros no momento da celebração da cláusula (artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 63/2011); depois, havendo parte remissa na nomeação dos árbitros, após notificação da parte interessada, esta incumbência caberá ao tribunal estadual (artigo 10.º, n.º 4 da Lei n.º 63/2011); todavia, a apreciação sobre o objeto do litígio caberá ao tribunal arbitral (artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 63/2011) constituído ou por acordo das partes ou por intervenção judicial.

No que tange a segunda divergência, esta será sobre o entendimento da natureza jurídica da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Como bem se percebe da leitura das normas referentes a convenção de arbitragem, as partes celebrantes de uma convenção de arbitragem na modalidade de cláusula compromissória só terá acesso ao tribunal arbitral, e consequentemente a arbitragem, depois que, surgido o litígio, celebrarem o compromisso de arbitragem; logo, a cláusula compromissória na lei brasileira de arbitragem trata-se de um contrato-promessa e o compromisso arbitral, por sua vez, o contrato definitivo pelo qual se tem acesso ao tribunal arbitral; entendimento diferente tem-se, pois, na atual lei de arbitragem portuguesa que dá a cláusula compromissória e ao compromisso arbitral a natureza de um direito potestativo com as correspondentes vinculações, como demonstrado no item 3.2.2 *supra*.

No entanto, da mesma lei de arbitragem brasileira, nos artigos 5.º e 6.º, é possível um entendimento sobre o qual se tem acesso a constituição do tribunal arbitral e a arbitragem já por meio da cláusula compromissória, não sendo, por isto, necessário a celebração do compromisso arbitral, se as partes celebrantes da cláusula estipularem “às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada” ou estabelecer um “acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem;” daí a correta compreensão da doutrina brasileira em se distinguir entre cláusula compromissória vazia e cláusula compromissória cheia, onde a primeira só alcançará o seu objetivo após a pactuação de um compromisso, e a segunda se amplamente estipulada pode dispensar a celebração de um compromisso.²¹¹

Por último, cabe notar que o critério para celebração de uma convenção de arbitragem a luz da Lei 9.307 brasileira é de que o direito sobre o qual incida a controvérsia seja de natureza patrimonial disponível, não se aceitando convenção de arbitragem sobre direitos indisponíveis; o que diverge um pouco do critério adotado pela Lei 63/2011 portuguesa que é o critério da patrimonialidade e o da transacionalidade, sobre isto ver item 3.3 *supra*.

A arbitragem na Argentina, ao contrário do que se fazem no Brasil e em Portugal atualmente, é tratada no âmbito do Código Civil e Comercial da Nação²¹² e do Código de Processo Civil e Comercial da Nação.²¹³ No Código Civil argentino podemos encontrar a matéria arbitral tratada no Título IV, Contratos em Particular, no capítulo 29, Contratos de Arbitragem, nos artigos 1649.º à 1665.º; Já o Código de Processo argentino trata do processo arbitral no Livro VI, Título I, processo arbitral, nos artigos 736.º à 765.º. É uma regulação que revela o entendimento da doutrina argentina sobre o caráter misto da arbitragem, sua natureza substantiva, contratual, e sua natureza processual, jurisdicional.

No que toca a convenção de arbitragem sua definição está prevista no artigo 1649.º do Código Civil, onde se estatui que existe uma convenção de arbitragem quando as partes

²¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Aspectos processuais da nova lei de arbitragem.” *Revista forense*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 291 e ss. e LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 70 e ss. [Consult. 15 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=12353&pag=5>

²¹² CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Lei n.º 26.994, Promulgado segundo decreto n.º 1795 de Outubro de 2014. [Em Linha]. Buenos Aires, 2015. [Consult. 14 de Out. de 2017]. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/>

²¹³ CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Lei n.º 17.454 (texto ordenado por decreto n.º 1042/1981). [Em linha]. Buenos Aires, 2004. [Consult. 16 de Out. 2017]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm> -- Na Argentina, apesar de existir um código de processo civil de âmbito nacional, as províncias são autônomas na elaboração de suas normas processuais, não estando, por isto, vinculadas a adoção das normas processuais de âmbito nacional, muito embora o código de processo civil da nação sirva como modelo basilar aos demais códigos procedimentais das províncias, muitos deles apenas replicando as referidas normas nacionais; no que se refere as normas arbitrais é basicamente isto que ocorre.

decidem submeter as questões que surjam ou que venham a surgir entre elas a decisão de árbitro ou árbitros, seja este litígio atual ou emergente de uma relação jurídica contratual ou extracontratual, desde que dentro da ordem privada do direito que não afete a ordem pública.²¹⁴ Como se percebe da definição dada pelo Código Civil argentino ao instituto do contrato de arbitragem existe claramente a distinção entre litígios atuais e eventuais, que por sua vez podem respeitar a relações jurídicas contratuais ou extracontratuais, diferente do que faz a lei brasileira de arbitragem que não prevê que eventuais litígios que digam respeito a uma relação jurídica extracontratual possam ser dirimidos por via de arbitragem, neste sentido esta definição do contrato de arbitragem se aproxima do entendimento da lei portuguesa de arbitragem no seu artigo 1.º, n.º 3. Contudo, ao contrário do que faz a lei portuguesa, que expressa claramente que o litígio atual se refere a um compromisso arbitral e, por sua vez, que litígio eventual se reporta a uma cláusula compromissória, especificando ainda que esta pode se reportar a uma relação jurídica de natureza contratual ou extracontratual; mais, logo no artigo seguinte, no artigo 1650.º, que trata da forma do contrato, este artigo dá um entendimento de que o contrato arbitral pode ser uma cláusula inserida num contrato,²¹⁵ levando a um entendimento no sentido de que uma cláusula compromissória não pode abranger uma relação jurídica extracontratual, mas apenas contratual, entendimento este que, por sua vez, aproxima-se do entendimento da lei brasileira de arbitragem, embora o que se preveja no artigo 1649.º do CC argentino seja no sentido de abranger que a cláusula compromissória possa dizer respeito as relações jurídicas extracontratuais.

Outro aspecto importante é que há uma especificidade que é própria da regulação arbitral argentina, que é o critério adotado para celebração de uma convenção de arbitragem, isto porque enquanto a lei brasileira adota o critério dos direitos disponíveis de caráter patrimonial e, por seu turno, a lei portuguesa adota o critério da patrimonialidade e transacionalidade; o direito argentino preferiu o critério da eleição de matérias que não podem ser objeto de um contrato de arbitragem,²¹⁶ neste sentido, ficam excluídas da convenção de

²¹⁴ Artigo 1649.º do CC argentino “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.” [Consult. 14 de Out. 2017]. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/>

²¹⁵ Artigo 1650.º do CC argentino “El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento.”

²¹⁶ Artigo 1651 do CC argentino “Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a. las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b. las cuestiones de familia; c. las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d. los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e. las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.” [Consult. 14. Out. 2017]. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar>

arbitragem direitos pessoais, estado civil e capacidade, matérias de direito familiar, matérias que estejam no âmbito do direito do consumidor – matéria permitida ao recurso de arbitragem tanto pelo Código de Consumidor brasileiro²¹⁷ quanto pela Lei de Defesa do Consumidor português²¹⁸ -- nos contratos de adesão em geral -- ao contrário do que faz a lei brasileira e a lei portuguesa; no caso brasileiro esta matéria está claramente permitida pela Lei n.º 9.307 da arbitragem brasileira, que no artigo 4.º, § 2.º estatui que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula;” por sua vez, permitindo também a arbitragem em matérias que envolvam contratos de adesão, a Lei n.º 63/011 da arbitragem portuguesa, no entanto, adota um critério diverso, pois no artigo 2.º, n.º 4 da referida lei está previsto que “sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo” – ficam excluídas também do contrato de arbitragem celebrados sob a égide das normas argentinas matérias derivadas de direitos trabalhistas -- o que diverge também das legislações supracitadas, porque as mesmas permitem que em determinados pontos dos direitos trabalhistas sejam possíveis o recurso a arbitragem²¹⁹ -- e, por último, também está excluído o recurso a arbitragem, no âmbito argentino, em controvérsias em que uma das partes seja o Estado, nacional ou local – o que a lei portuguesa de arbitragem no artigo 1.º, n.º 5 e a lei brasileira de arbitragem no artigo 1.º § 1.º estatuem claramente no sentido favorável ao Estado deste se utilizar do recurso a arbitragem; no entanto, o texto normativo de ambas as legislações diferem, dando um alcance e interpretação diferente no que tange ao alcance do Estado no uso da arbitragem, pois a norma portuguesa prevê que “o Estado e outras pessoas colectivas de direito

²¹⁷ Lei n.º 8.078, de 11 Setembro de 1990, artigo 4.º, Inciso V, “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o (...) incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo” [Consult. 14. Out. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

²¹⁸ Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, artigo 14.º, n.º 1, “Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo.” [Consult. 14. Out. 2017]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>

²¹⁹ Sobre o caso português ver ítem *supra* 3.3 desta tese, já no caso brasileiro, embora a CLT (Consolidação da Leis Trabalhistas, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de Maio de 1943) faça menção apenas da conciliação e arbitragem obrigatória, é de entendimento pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que se faça uso da arbitragem na resolução de dissídio coletivo de trabalho em conformidade com o próprio texto normativo da Constituição Federal no artigo 114.º, § 1.º, que estatui que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”, mas o mesmo não se pode dizer quanto aos dissídios individuais, pois aí a doutrina se divide e os tribunais do trabalho não tem vindo a aceitar tal recurso.

público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado,” já a norma brasileira estatui que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Curiosa é esta opção argentina de elencar matérias que não podem ser objeto de convenção de arbitragem, pois o artigo 737.º do Código de Processo Civil argentino²²⁰ estatui que ficam excluídas da arbitragem questões que não podem ser objeto de transação, porém como vemos, no elenco substantivo de matérias que não podem ser objeto de contrato, existem aquelas que podem claramente ser transacionáveis.

Por fim, quanto a natureza jurídica do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória no ordenamento arbitral argentino, esta é uma questão que não é fácil de se compreender, pois partindo do critério da designação dos árbitros como mecanismo de entendimento previsto no Código Civil argentino, vemos que a designação dos árbitros pelas partes na celebração do compromisso ou na previsão de uma cláusula compromissória é de livre procedimento, prevendo, inclusive, um regime supletivo se as partes nada referirem ou não puderem chegar a acordo sobre a nomeação ou ainda se houver parte remissa na designação,²²¹ dando-se a entender, num primeiro momento, que tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral dão acesso a constituição do tribunal arbitral, seja por meio da própria entidade administradora da arbitragem ou seja por meio de tribunal judicial, que designarão o árbitro ou os árbitros no lugar da parte remissa através de requerimento do interessado; este regime pode levar a entender, por sua vez, que ambos os instrumentos jurídicos constituiriam direitos potestativos com as respectivas vinculações, inclusive porque o próprio Código de Processo Civil argentino no artigo 736.º prevê que a sujeição ao tribunal arbitral pode ser

²²⁰ Artigo 737.º “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.”

²²¹ Artigo 1659 do CC argentino “El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. A falta de tal acuerdo: a. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial; b. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.”

convencionada no contrato ou em ato posterior.²²² Entretanto, depois, no mesmo Código de Processo, nos artigos 739.º e 740.º, estabelece, à semelhança do direito brasileiro, a forma e o conteúdo do compromisso arbitral,²²³ sob pena deste ser nulo se não obedecer a tais requisitos, sendo uma destes requisitos o de que o compromisso deverá conter as “questões submetidas à arbitragem, com uma expressão de suas circunstâncias,” isto é, especificar o objeto do compromisso, que, por sua vez, não será muitas vezes possível e nem desejável especificar na celebração do contrato de arbitragem por meio de cláusula compromissória; dando-se a entender, desta maneira, que, mesmo celebrada a convenção por meio da cláusula compromissória, se faria necessário também a celebração do compromisso arbitral para a concretização do juízo arbitral, ou seja, a cláusula compromissória seria um contrato-promessa e, por seu turno, o compromisso arbitral seria o contrato definitivo. É realmente interessante esta contradição, ou apenas aparente contradição, no ordenamento jurídico argentino sobre a natureza jurídica do compromisso arbitral e da cláusula compromissória entre a norma substantiva e a norma processual.

4.3. A convenção de arbitragem em Angola e Cabo Verde.

A arbitragem em Angola é regulada, assim como no Brasil e em Portugal, por uma legislação autônoma, pela Lei n.º 16, de 25 de Julho de 2003,²²⁴ que está dividida por oito capítulos com um total de 52 artigos; profundamente influenciada pela Lei-Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), não ratificou, contudo, a CNY (Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras), nem a CW (Convenção de Washington sobre a arbitragem de investimentos).²²⁵ Sobre a convenção de arbitragem propriamente dita, ela é regulada, à semelhança portuguesa, logo no capítulo primeiro, nos artigos de 1.º a 5.º; o artigo 1.º, embora sob a epígrafe de

²²² Artigo 736 do CPC argentino “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior.”

²²³ Artigo 739 do CPC argentino- “El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento”; e Artigo 740 do CPC argentino – “El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1. Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes. 2. Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743. 3. Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias. 4. La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.”

²²⁴ Lei da Arbitragem Voluntária de Angola, Lei n.º 16, de 25 de Julho de 2003. [Em Linha]. Angola: Diário da República de Angola, 2003. [Consult. 17 de Out. 2017]. Disponível em: <http://apiexangola.co.ao/wp-content/uploads/2016/01/Lei-da-Arbitragem-volunta%CC%81ria.pdf>

²²⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 43.

“convenção de arbitragem” estatui a respeito de quem pode celebrar uma convenção de arbitragem e quais direitos podem ser objetos de uma convenção de arbitragem, adotando o critério da disponibilidade do direito;²²⁶ já no artigo 2.º com a epígrafe “espécies de convenção de arbitragem” é que são tratadas as modalidades pelas quais se celebram o acordo de arbitragem, seja como compromisso arbitral, seja como cláusula compromissória, aí a estabelecer-se de maneira clara os conceitos de ambas as modalidades, estabelecendo também que a convenção se estende para além das questões de natureza contenciosa.²²⁷

A natureza jurídica da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, a partir da leitura da lei de arbitragem angolana, parece ser, em princípio, a mesma e de iguais efeitos, ou seja, ambas são direitos potestativos e dão acesso direto a constituição de tribunal arbitral, isto porque o artigo 13.º da lei angolana de arbitragem estabelece que a constituição do tribunal arbitral se dará por meio de notificação da parte interessada a parte contrária, para aí se fixar o objeto do litígio, porém, da recusa da parte contrária em fixar o objeto do litígio, esta fixação se dará, tudo leva a crer, pelo próprio tribunal arbitral, pois nada se prevê na lei de arbitragem sobre a fixação do objeto do litígio pelo tribunal judicial,²²⁸ porém a necessidade de se firmar o objeto do litígio pode levar a entender que se faz necessário a celebração de um compromisso arbitral, podendo-se concluir, talvez erroneamente, que a cláusula compromissória seria um promessa de compromisso e, por sua vez, o compromisso arbitral fosse o contrato definitivo.

²²⁶ Artigo 1.º da lei de arbitragem angolana “1. Todos aqueles que dispuserem de capacidade contratual podem, nos termos da presente lei, recorrer a um Tribunal Arbitral para resolver litígios relativos a direitos disponíveis, mediante Convenção de Arbitragem, desde que por lei especial não estejam exclusivamente submetidos a tribunal Judicial ou à arbitragem necessária. 2. Os menores, interditos ou inabilitados, não podem celebrar convenções de arbitragem, ainda que por intermédio dos seus representantes legais, mas, em caso de sucessão, os litígios em que sejam interessados podem ser dirimidos pelo Tribunal Arbitral ao abrigo e nos termos da Convenção de Arbitragem celebrada por aqueles a quem tiverem sucedido. 3. O Estado e, em geral, as pessoas colectivas de direito público, só podem celebrar convenções de arbitragem nos seguintes casos: a) para dirimir questões respeitantes a relações de direito privado; b) nos contratos administrativos; c) nos casos especialmente estabelecidos por lei.”

²²⁷ Artigo 2.º da LAV angolana “1. A Convenção de Arbitragem pode assumir a modalidade de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral. 2. Cláusula compromissória é a convenção segundo a qual as partes se obrigam a dirimir, através de árbitros, os litígios que venham a decorrer de uma determinada relação jurídica contratual ou extra-contratual. 3. Compromisso é a convenção segundo a qual as partes se obrigam a dirimir através de árbitros um litígio actual, quer ele se encontre afecto, quer não, a um Tribunal Judicial. 4. As partes podem, na Convenção de Arbitragem, estender o respectivo objecto a outras questões relacionadas com o litígio, conferindo aos árbitros, nomeadamente, o poder de precisar, completar, actualizar e, inclusivamente, rever os contratos ou as relações jurídicas que determinaram a Convenção de Arbitragem.”

²²⁸ Artigo 13.º da LAV angolana “1. Salvo acordo das partes em contrário ou disposição diversa de regulamento aplicável, a parte que pretenda submeter o litígio ao Tribunal Arbitral deve notificar desse facto a parte contrária. 2. A notificação de arbitragem pode ser feita por qualquer meio, desde que seja possível provar a sua recepção pelo destinatário. 3. A notificação deve conter os seguintes elementos: a) identificação das partes; b) pretensão de que o litígio seja submetido à arbitragem; c) indicação da Convenção de Arbitragem; d) objecto do litígio. se tal não resultar já da Convenção de Arbitragem.”

A arbitragem em Cabo Verde é regulada também por lei autónoma, Lei 76/VI/2005, de 16 de Agosto,²²⁹ ela está organizada em dez capítulos com um total de 48 artigos. Tal como a lei de arbitragem angolana, se fundamenta na Lei-Modelo da UNCITRAL, não ratifica a CNY sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, todavia, ao contrário do que fez Angola em relação a CW, Cabo Verde ratifica em 20 de Dezembro de 2010 a CW sobre arbitragem de investimentos.²³⁰ Quanto ao contrato de arbitragem, ele é regulado no capítulo segundo, nos artigos 3.º a 11.º; no artigo 3.º se estabelece o conceito de arbitragem por meio de suas modalidades, a abrangência do conceito de litígio para além das questões de natureza puramente contenciosas e quem pode celebrar o contrato de arbitragem além dos particulares;²³¹ já no artigo 4.º com a epígrafe bem sugestiva de “exclusões”, se estabelece o critério da disponibilidade do direito para que este possa ser objeto de uma convenção de arbitragem, além de litígios que não podem ser objeto de convenção, porque, ou são de exclusiva apreciação dos tribunais judiciais, ou são dos tribunais arbitrais necessários; ou, ainda, porque quem atuem sejam menores, incapazes ou inabilitados, “ainda que legalmente representados.”²³² É muito interessante notar que tanto a lei angolana de arbitragem quanto a lei de Cabo Verde de arbitragem se assemelham muito quanto a organização e em algum aspecto quanto ao conteúdo com a lei de arbitragem portuguesa de 86, embora ambas se fundamentem na Lei-Modelo da UNCITRAL.

Quanto a natureza jurídica da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, no âmbito de ação da lei de arbitragem de Cabo Verde, são diferentes e de efeitos igualmente diferentes, isto é, da leitura do quadro normativo cabo-verdiano se deduz que a cláusula compromissória assume o carácter de um contrato-promessa, enquanto que o compromisso

²²⁹ Lei da Arbitragem Voluntária de Cabo Verde, Lei n.º 76/VI/2005 de 16 de Agosto. [Em Linha]. Cabo Verde: Assembléia da República de Angola, 2005. [Consult. 17 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/02/Cabo-Verde-Arbitration-Law.pdf>

²³⁰ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 47.

²³¹ Artigo 3.º da LAV de Cabo Verde “1. Qualquer litígio pode, mediante convenção de arbitragem, ser submetido pelas partes intervenientes, à decisão de árbitros. 2. A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial, caso em que é designada compromisso arbitral, ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual, ou extracontratual caso em que é designada cláusula compromissória. 3. As partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estejam na origem da convenção de arbitragem. 4.O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado.”

²³² Artigo 4.º da LAV de Cabo Verde “Não podem ser objecto de arbitragem: a) Os litígios respeitantes a direitos indisponíveis; b) Os litígios que por lei especial estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária; c) Os litígios em que intervenham menores, incapazes ou inabilitados, nos termos da lei civil, ainda que legalmente representados.”

arbitral assume o caráter do contrato definitivo, em outras palavras, da celebração da convenção de arbitragem por meio de uma cláusula compromissória não se tem acesso direito a constituição do tribunal arbitral, sendo necessária a celebração de um compromisso arbitral. Vejamos, o artigo 18.º, nos números 1 e 3 da lei cabo-verdiana,²³³ estabelece que a constituição do tribunal arbitral se dará por notificação do interessado a parte contrária, devendo a notificação precisar o objeto do litígio, se já não houver sido determinado na convenção; por sua vez, o objeto só poderia já se achar determinado num compromisso arbitral, e a precisão do objeto, no caso deste não estar precisado por ser uma cláusula, depende da aceitação da contraparte nesta precisão do objeto do litígio, e isto constitui justamente a celebração de um compromisso arbitral para de maneira definitiva estabelecer o juízo arbitral, pois a cláusula se mostra insuficiente; mais, caso a contraparte se recuse em precisar o objeto do litígio, após a notificação, esta precisão se dará através do tribunal judicial, assim estabelece o artigo 19.º logo na epígrafe “determinação do objecto do litígio pelo tribunal judicial “da lei de arbitragem de Cabo Verde, reforçando ainda mais a ideia da cláusula compromissória como sendo um contrato-promessa e o compromisso arbitral como o contrato definitivo.

4.4. A convenção de arbitragem na Alemanha e Itália.

A arbitragem na Alemanha está regulada no Código de Processo Civil Alemão, *die Deutsch Zivilprozessordnung*, comumente conhecido pelo seu acrônimo ZPO, no Livro X, Procedimento Arbitral -- *Schiedsrichterliches Verfahren* -- dividido em dez seções, parágrafos de 1025 à 1065.²³⁴ O forma como está organizado atualmente o Livro X do ZPO, bem como o seu conteúdo, deve-se a reforma do código de processo de 1997 que acolheu, após longo debate, a Lei-Modelo da UNCITRAL com o objetivo de recepcionar o maior número de arbitragens internacionais em território alemão.²³⁵ A convenção de arbitragem -- *Schiedsvereinbarung* -- está prevista na Seção 2, nos parágrafos de 1029 a 1033; logo no primeiro parágrafo, o §1029, encontramos a Definição -- *Begriffsbestimmung* -- do que seja o contrato de arbitragem, entendendo que a convenção de arbitragem será um contrato entre partes para que estes sujeitem quaisquer controvérsias arbitrais ou individuais, atuais ou futuras, contratuais ou

²³³ Artigo 18.º, n.ºs 1 e 3 da LAV de Cabo Verde “1. A parte que pretenda instaurar o litígio no tribunal arbitral deve notificar desse facto à parte contrária. 3. A notificação deve indicar a convenção de arbitragem e precisar o objecto do litígio, se ele não resultar já determinado da convenção.”

²³⁴ ZIVILPROZESSORDNUNG, Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 11 Absatz 15 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I . 2745) geändert worden ist. [Em linha]. Berlin, 2005. [Consult. 19 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>

²³⁵ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 32 e notas 129 e 131.

extracontratuais, a decisão de um tribunal arbitral; contrato que, por sua vez, poderá ser sob a forma de um acordo independente, denominado acordo de arbitragem -- *Schiedsabrede* -- ou compromisso arbitral; ou poderá ser celebrado sob a forma de uma cláusula de contrato, denominada de cláusula de arbitragem -- *Schiedsklausel* -- ou cláusula compromissória.²³⁶ O parágrafo seguinte, § 1030, trata da arbitrabilidade do litígio -- *Schiedsfähigkeit* -- isto é, qual o critério para que um litígio seja passível de se revolver por via arbitral; a norma alemã assenta-se, como via de regra geral, primeiramente no critério da patrimonialidade -- *vermögensrechtliche* -- e secundariamente no critério da comparação -- *vergleich* -- ou transação; critérios que, por sua vez, foram adotados pela atual lei de arbitragem portuguesa.

Vale notar um aspecto particular da legislação alemã que é o seguinte: a norma alemã torna ineficaz -- *unwirksam* -- acordos de arbitragem que dizem respeito a litígios relativos à existência de um -- *die den Bestand eines* -- contrato de arrendamento, mas admite-se se o acordo de arbitragem for relativo a um litígio que diz respeito as condições de habitação residencial previsto no § 549 do Código Civil alemão -- *der Deutsch Bürgerliches Gesetzbuch* -- conhecido pelo acrônimo BGB.²³⁷ Quanto a forma da convenção de arbitragem será, por regra, a forma escrita quer seja sob a forma de um documento assinado pelas partes quer seja sob a forma de um outro meio de comunicação, desde que forneça prova do acordo.²³⁸

A composição do tribunal arbitral funciona com a regra principal do comum acordo das partes quanto ao número de árbitros, onde, na ausência de tal acordo, supletivamente, o ZPO

²³⁶ § 1029 do ZPO alemão “(1) Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. (2) Eine Schiedsvereinbarung kann in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden.” Numa tradução livre (1) Um contrato de arbitragem é um acordo entre as partes para sujeitar quaisquer controvérsias arbitrais ou individuais que surjam ou possam surgir entre elas de determinada relação jurídica de natureza contratual ou extracontratual a decisão de um tribunal arbitral. (2) Um contrato de arbitragem pode ser celebrado sob a forma de um acordo independente (contrato de arbitragem) ou sob a forma de uma cláusula de contrato (cláusula de arbitragem).

²³⁷ § 1030 do ZPO alemão “(1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. (2) Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam. Dies gilt nicht, soweit es sich um Wohnraum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Art handelt.” Numa tradução livre (1) Qualquer reivindicação patrimonial pode estar sujeita a um acordo de arbitragem. Um acordo de arbitragem sobre direitos não pecuniários terá efeito jurídico na medida em que as partes tenham o direito de concluir uma transação do objeto da disputa. (2) Um acordo de arbitragem que diz respeito a litígios relativos à existência de um contrato de arrendamento no domicílio doméstico é ineficaz. Isso não se aplica na medida em que a habitação é do tipo definido no § 549, parágrafo 2, nº 1 a 3, do Código Civil.

²³⁸ § 1031 do ZPO “(1) Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein.” Numa tradução livre (1) O acordo de arbitragem deve estar contido em um documento assinado pelas partes ou sob a forma de cópias remotas, telegramas ou outras formas de transmissão de mensagens que garantam a prova do acordo.

determina que seja o número de três árbitros. Se no acordo de composição uma parte se sentir prejudicada quanto a composição dos árbitros, ela pode solicitar ao tribunal arbitral que afaste o árbitro ou os árbitros da nomeação ou do sistema de nomeação com o objetivo de se alcançar o justo equilíbrio na formação do tribunal.²³⁹ Quanto a nomeação dos árbitros, as partes são livres para estabelecer a forma de nomeação, contudo o comprometimento em árbitros só se dará mediante notificação da parte interessada a parte contrária; se não houver acordo quanto a forma de nomeação do árbitro ou árbitros, caberá ao tribunal estadual a sua nomeação a pedido de uma das partes.²⁴⁰ Quanto a natureza jurídica do acordo de arbitragem nas espécies de cláusula compromissória e compromisso arbitral na ordem jurídica alemão, a partir de uma análise do que se estatui sobre o contrato de arbitragem, composição do tribunal arbitral e a nomeação dos árbitros, podemos entender se tratar ambas as espécies, a semelhança portuguesa, com igual natureza e efeitos jurídicos, ou seja, constituem direitos potestativos com as correspondentes sujeições, dando-se as partes acesso direto a constituição de tribunal arbitral, isto porque, celebrada a cláusula compromissória, não se faz necessário a celebração de um compromisso arbitral para se estabelecer o objeto do litígio, e quanto a nomeação dos árbitros, as partes tanto podem nomear no momento do acordo quanto posteriormente, as partes são livres no estabelecimento do processo de nomeação arbitral.

A arbitragem em Itália é regulada pelo Código de Processo Civil italiano, no Livro IV, *Dei procedimenti speciali*, Título VIII, *Dell'arbitrato*, organizados em sete capítulos, dos artigos 806.º à 840.º, que sofreu profundas alterações provocadas pela Lei nº. 80, de 14 de maio

²³⁹ § 1034 do ZPO “(1) Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei. (2) Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen.” Numa tradução livre (1) As partes podem concordar com o número de árbitros. Na ausência de tal acordo, o número de árbitros é de três. (2) Se o acordo de arbitragem de uma parte na composição do tribunal arbitral for tendencioso que prejudique a outra parte, essa parte pode solicitar ao tribunal que ordene que o (s) árbitro (s) se afaste da nomeação ou do sistema de nomeação acordado. O pedido deve ser apresentado até duas semanas após a notificação da parte da composição da arbitragem.

²⁴⁰ § 1035 do ZPO “(1) Die Parteien können das Verfahren zur Bestellung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter vereinbaren. (2) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ist eine Partei an die durch sie erfolgte Bestellung eines Schiedsrichters gebunden, sobald die andere Partei die Mitteilung über die Bestellung empfangen hat. (3) Fehlt eine Vereinbarung der Parteien über die Bestellung der Schiedsrichter, wird ein Einzelschiedsrichter, wenn die Parteien sich über seine Bestellung nicht einigen können, auf Antrag einer Partei durch das Gericht bestellt.” Numa tradução livre (1) As partes podem acordar o procedimento para a nomeação do árbitro ou árbitros. (2) A menos que as partes tenham acordado o contrário, uma parte será obrigada pela nomeação de um árbitro no momento em que a outra parte receber a notificação do pedido. (3) Na ausência de um acordo entre as partes sobre a nomeação dos árbitros, um tribunal de arbitragem será nomeado pelo tribunal a pedido de uma das partes se as partes não puderem concordar com a sua nomeação.

de 2005 e pelo Decreto Legislativo n.º 40, de 2 de fevereiro de 2006²⁴¹ com objetivo de harmonizar as normas italianas sobre a arbitragem com a Lei-Modelo da UNCITRAL. A convenção de arbitragem está prevista logo no capítulo primeiro, nos artigos 806.º à 808-*quinques*; o artigo 806.º sob a epígrafe de Questões Arbitrais -- *Controversie arbitrabili* -- estabelece quais questões podem ser objeto de um contrato de arbitragem, adotando o critério da disponibilidade do direito como requisito único para que a questão possa ser arbitrável, admitindo-se que, desde que autorizada por lei, questões relacionadas ao contrato individual de trabalho e acordos coletivos possam ser objeto de um acordo de arbitragem.²⁴² A norma italiana sobre arbitragem optou por tratar do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, seja de relação contratual ou seja de relação extracontratual, em artigos distintos, assim temos o Compromisso -- *Compromesso* -- no artigo 807.º, aí se tratando a respeito da forma do compromisso, que deve ser feito por escrito e no compromisso deve-se determinar o objeto do litígio, sob pena deste ser nulo e, por sua vez, a forma escrita encontra-se satisfeita quando a vontade das partes é expressa por meio de comunicação de que fique prova do acordo.²⁴³ Já a cláusula compromissória contratual -- *Clausola compromissoria* -- é tratada no artigo 808.º, onde se estatui que as partes podem especificar, no contrato principal ou em documento separado, que litígios entre elas, resultantes de uma relação contratual possam ser decididos por árbitros, desde que a relação contratual seja arbitrável; a cláusula compromissória deve ser reduzida a escrito e expressa por meio de comunicação de que fique prova do acordo e a validade da cláusula deve ser analisada separadamente do contrato principal onde está inserida, desde que feita em comum acordo.²⁴⁴ No que toca a cláusula compromissória extracontratual,

²⁴¹ CODICE DI PROCEDURA CIVILE, Regio Decreto 28 Outubro de 1940, n.º 1443 in G.U. 28 Outubro de 1940. [Em Linha]. Roma, 1940. [Consult. 24 de Out. 2017]. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28:1443>

²⁴² Artigo 806 do CPC italiano “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.” Numa tradução livre “As partes podem submeter a arbitragem as questões surgidas entre elas que não respeitem a direitos indisponíveis. As disputas referidas no artigo 409 pode ser decidido por árbitros somente se forem permitidas por lei ou contratos ou acordos coletivos de trabalho.”

²⁴³ Artigo 807 do CPC italiano “Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti telematici.” Numa tradução livre “O compromisso deve, sob pena de nulidade, ser feito por escrito e determinar o objeto do litígio. A forma escrita é entendida como respeitada quando a vontade das partes é expressa por mensagem telegráfica, telefax ou telemática, em conformidade com os regulamentos, que também regulamenta a transmissão e recepção de documentos de teletexto.”

²⁴⁴ Artigo 808.º do CPC italiano “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in

isto é, cláusula a se prever a decisão sobre litígio resultante de uma relação jurídica extracontratual está prevista no artigo 808-*bis*, sob a epígrafe Contrato de arbitragem não contratual -- *Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale* -- que prevê que as partes em eventuais disputas de uma ou mais relações jurídicas de natureza extracontratual determinada, por um acordo especial, possam ser objeto de decisão por um tribunal arbitral. No código de processo italiano, na parte em que se trata da arbitragem, não há uma definição sobre o contrato de arbitragem, este entendimento se dá a partir do entendimento das suas modalidades, seja de compromisso arbitral seja de cláusula compromissória.

Há uma particularidade no direito italiano sobre arbitragem que é a Arbitragem Contratual -- *Arbitrato irrituale* -- prevista no artigo 808-*ter* que consiste numa arbitragem fora dos parâmetros normativos estabelecidos no Título VIII, do Livro IV do CPC italiano, uma arbitragem de caráter técnico, que até a reforma de 2006 não se achava expressa, embora praticada, o que gerou amplo debate sobre a sua licitude. O referido artigo estatui a este respeito que as partes numa relação contratual, o que não obsta que seja também numa relação extracontratual, podem estipular que os litígios possam ser decididos por árbitros contratuais, seguindo as regras estabelecidas no contrato. Esta arbitragem especial pode ser anulada se a convenção de arbitragem for inválida ou o árbitro ou árbitros excederem nas suas conclusões para além das questões contratuais e esta exceção for suscitada no processo, ou se os árbitros forem nomeados fora das regras contratuais de nomeação, ou se a sentença for pronunciada por pessoa não habilitada para ser árbitro ou se não houver obediência ao princípio do contraditório.²⁴⁵

modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria.” Numa tradução livre “As partes, no contrato ou em documento separado, pode especificar que os litígios decorrentes de um mesmo contrato possam ser decididos por árbitros, desde que tais litígios possam ser objecto de convenção de arbitragem A cláusula compromissória deve obedecer a forma requerida para o compromisso no artigo 807. A validade da cláusula de arbitragem tem de ser avaliada de um modo autónomo no que diz respeito ao contrato a que se refere; no entanto, o poder de entrar no contrato inclui o poder de concordar com a cláusula compromissória.”

²⁴⁵ Artigo 808-*ter* do CPC italiano “Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo. Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I: 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione e' stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validita' del lodo; 5) se non e' stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.” Numa tradução livre “As partes podem, mediante disposição expressa, estipular que, não obstante o artigo 824-bis, o litígio possa ser decidido por árbitros mediante decisão de arbitragem contratual. Caso contrário, aplicar-se-ão as disposições do presente título. A arbitragem contratual pode ser anulada pelo tribunal competente de acordo com o disposto no Livro I: 1) se a convenção de arbitragem for inválida ou os árbitros tiverem emitido conclusões que excedam seus limites e a exceção relativa tenha sido levantada no processo arbitral; 2) se os árbitros não tiverem sido nomeados nas formas e modalidades

Quanto a designação do(s) árbitro(s), o artigo 809.º estabelece que a convenção de arbitragem deve conter a nomeação do(s) árbitro(s) ou, caso as partes não queiram nomear logo os árbitros no momento da celebração do acordo de arbitragem, deve designar o número de árbitros que irão julgar a causa e o modo como eles serão designados.²⁴⁶ Assim, as partes não estão obrigadas, no momento da celebração da convenção, a nomear o árbitro ou os árbitros, mas devem estabelecer o modo de nomeação e o número deles. O convite da parte interessada a parte contrária para nomeação de árbitro ou árbitros é feita por notificação. Havendo recusa da parte contrária para nomeação de árbitro (s) ou havendo falta de acordo quanto ao modo de designação, caberá ao tribunal judicial fazê-lo, assim estabelece o artigo 810.º do CPC italiano. Assim, do estatuído no Livro IV, Título VIII, do CPC italiano, podemos entender, quanto a natureza jurídica, tanto da cláusula compromissória quanto do compromisso arbitral, terem a mesma natureza e efeitos, isto é, constituem ambos direitos potestativos com as respectivas vinculações e dão acesso direto a constituição de um tribunal arbitral.

4.5. A convenção de arbitragem em Inglaterra e EUA

Em Inglaterra, a Lei-Modelo da UNCITRAL, após longa discussão, foi acolhida pela Lei de Arbitragem de 1996 – *The Arbitration Act 1996* – tal lei inglesa de arbitragem está dividida em quatro partes que estão organizadas em vinte capítulos com um total de 110 artigos.²⁴⁷ No que toca a convenção de arbitragem, encontra-se prevista logo no capítulo segundo com a epígrafe de Acordo de Arbitragem -- *The arbitration agreement* – dos artigos 6.º a 8.º. O artigo 6.º estatui sobre a definição do acordo de arbitragem -- *Definition of arbitration agreement* – aí se prevendo de forma bem sintética que o acordo nada mais significa que submeter a arbitragem disputas atuais ou futuras, seja elas contratuais ou extracontratuais,

estabelecidas no contrato de arbitragem; 3) se a sentença foi proferida por qualquer pessoa que não pudesse ser nomeada como árbitro de acordo com o artigo 812; 4) se os árbitros não cumprirem as regras impostas pelas partes como condição de validade da sentença; 5) Se o princípio da contradição não for observado no processo arbitral.”

²⁴⁶ Artigo 809 do CPC “Gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari. La convenzione d'arbitrato deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli. In caso d'indicazione di un numero pari di arbitri, un ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. Se manca l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordano al riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.” Numa tradução livre “Os árbitros podem ser um ou mais, desde que estejam em um número ímpar. O acordo de arbitragem deve conter a nomeação de árbitros ou determinar o número deles e como nomeá-los. Se houver um número igual de árbitros, um outro árbitro, se as partes não tiverem acordado de outra forma, é nomeado pelo presidente do tribunal da maneira prevista no Artigo 810. Se não houver indicação do número de árbitros e as partes não concordam sobre o assunto, os árbitros são três e, na ausência de uma indicação, se as partes não concordaram de outra forma, o presidente da corte proverá tal ausência, nos termos previstos no artigo 810.”

²⁴⁷ ARBITRATION ACT 1996, Chapter 23, HMSO, 17 de Junho de 1996. [Em Linha] United Kingdom, 1996. [Consult. 26 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

estabelecendo que a referência clausular ou a referência documental clausular constitui acordo de arbitragem, se tal referência fizer parte do acordo;²⁴⁸ tal lei inglesa e mais precisamente o artigo 6.º não faz a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral de maneira expressa como a fazem outros ordenamentos jurídicos, sendo de se entender, por isto, que o legislador inglês não achou necessário realizar tal diferenciação, entre cláusula e compromisso, sendo preferível apenas a designação de acordo arbitral; depois, no âmbito de atuação da legislação inglesa sobre arbitragem, ambos os instrumentos possuem a mesma natureza e produzem os mesmos efeitos como veremos mais adiante.

O artigo 7.º consagra o conhecido princípio da autonomia da cláusula compromissória ou princípio da separabilidade da cláusula compromissória, no entanto, na *Arbitration Act de 1996* não se utiliza esta expressão para se referir especificamente a cláusula compromissória, pois, como já mencionado, na lei inglesa não faz a distinção expressa entre cláusula e compromisso, assim a expressão utilizada na lei inglesa para se referir a tal princípio será a separabilidade do acordo de arbitragem -- *Separability of arbitration agreement* – Este princípio que consagra que um acordo de arbitragem que seja parte integrante de um outro contrato, dito principal, não deve ser declarado inválido, inexistente ou ineficaz se o contrato principal assim for declarado; pois bem, a este referido princípio, a lei inglesa acrescenta uma particularidade que é a possibilidade de tanto o acordo de arbitragem como o acordo principal a que o acordo de arbitragem se integra sejam verbais, isto é, não escritos; esta situação não sendo admitida em nenhum dos ordenamentos até agora analisados, mas perfeitamente aceitável no direito inglês.²⁴⁹ Já o artigo 8.º estabelece que, exceto acordo em contrário, a morte não extingue a instância arbitral, situação semelhante aos ordenamentos ora analisados.²⁵⁰

²⁴⁸ Artigo 6.º da *Arbitration Act 1996* “(1) In this Part an “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not). (2) The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement.” Numa tradução livre “(1) Nesta Parte, um “acordo de arbitragem” significa um acordo para submeter a arbitragem disputas atuais ou futuras (sejam elas contratuais ou não). (2) A referência em um acordo a uma forma escrita de cláusula de arbitragem ou a um documento que contém uma cláusula de arbitragem constitui um acordo de arbitragem se a referência for tal que faça essa parte do contrato.”

²⁴⁹ Artigo 7.º da *Arbitration Act 1996* “Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.” Numa tradução livre “Salvo acordo em contrário entre as partes, um acordo de arbitragem que forma ou foi destinado a fazer parte de outro acordo (seja por escrito ou não) não deve ser considerado inválido, inexistente ou ineficaz, porque esse outro contrato é inválido ou não surgiu ou se tornar ineficaz, e, para esse efeito, será tratado como um acordo distinto.”

²⁵⁰ Artigo 7.º da *Arbitration Act 1996* “(1) Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement is not discharged by the death of a party and may be enforced by or against the personal representatives of that party.” Numa tradução livre “(1) Salvo acordo em contrário entre as partes, um acordo de arbitragem não é cumprido pela morte de uma parte e pode ser executado por ou contra os representantes pessoais dessa parte.”

Depois, encontramos no capítulo segundo que trata da suspensão do processo -- *Stay of legal proceedings* – no artigo 9.º, n.º 1, a previsão do efeito negativo do princípio da competência-competência determinando que seja suspenso o processo que esteja a decorrer em tribunal judicial, cuja matéria seja objeto de uma convenção de arbitragem, desde que requerido pela parte interessada.²⁵¹ No que toca a nomeação dos árbitros, este é tratado do capítulo quarto sobre o tribunal arbitral -- *The arbitral tribunal* – onde no artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, estabelece a liberdade das partes sobre o procedimento de nomeação dos árbitros, prevendo um regime supletivo de nomeação²⁵² e, havendo parte remissa, estabelece, no artigo 17.º, n.º 1, que o árbitro nomeado pela parte interessa funcione, mediante notificação da parte contrária, como árbitro único e prossiga com o julgamento da causa.²⁵³ Assim, tudo vai num sentido em que tanto a cláusula como o compromisso tenham a mesma natureza e efeitos jurídicos, isto é, constituam direitos potestativos com as respectivas vinculações que, por sua vez, dão acesso direito a constituição de tribunal arbitral, reforçando este entendimento, pelo que já foi dito acima, que a legislação inglesa preferiu a expressão acordo de arbitragem não distinguindo a cláusula do compromisso.

Nos Estados Unidos da América do Norte a arbitragem é regulada por duas leis distintas, mas que se complementam, a primeira lei é a *Federal Arbitration Act*, mais conhecida pelo acrônimo *FAA*, ela é a Lei Federal de Arbitragem americana, cujo corpo normativo foi-se construindo ao longo dos anos e atualmente está constituído e organizado em três capítulos, sendo o primeiro capítulo composto por 16 parágrafos, indo do § 1.º ao § 16.º e trata das disposições gerais -- *General Provisions* – depois temos o segundo capítulo composto por 8

²⁵¹ Artigo 9.º da Arbitration Act 1996 “(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.” Numa tradução livre “(1) Uma parte em uma convenção de arbitragem contra a qual os processos judiciais são processados (seja por meio de reclamação ou reconvenção) em relação a uma questão que, nos termos do acordo, deve ser submetido à arbitragem, pode (mediante notificação às demais partes no processo) solicitar ao tribunal em que o processo foi levado a suspender o processo até o momento em que dizem respeito a matéria.”

²⁵² Artigo 16.º da AA 1996 “(1) The parties are free to agree on the procedure for appointing the arbitrator or arbitrators, including the procedure for appointing any chairman or umpire. (2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply” Numa tradução livre “(1) As partes são livres de acordar o procedimento de nomeação do árbitro ou árbitros, incluindo o procedimento para nomear qualquer presidente ou árbitro. (2) Se ou na medida em que não existe tal acordo, aplicam-se as seguintes disposições.”

²⁵³ Artigo 17.º da AA 1996 “(1) Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party (“the party in default”) refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator.” Numa tradução livre “(1) A menos que as partes concordem de outra forma, onde cada uma das duas partes em um acordo de arbitragem deve nomear um árbitro e uma parte (“a parte em falta”) se recusa a fazê-lo ou não o faz dentro do prazo especificado, a outra parte, tendo devidamente nomeado seu árbitro, poderá notificar por escrito à parte em incumprimento para que ele proponha nomear seu árbitro para atuar como árbitro único.”

parágrafos, que vão dos § 201.º ao § 208.º e trata do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras -- *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* -- e, por fim, temos o terceiro e último capítulo composto por 7 parágrafos que vão dos § 301.º ao § 307.º e trata sobre a convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional -- *Inter-American Convention ON International Commercial Arbitration* --. Como dito, a Lei Federal de Arbitragem foi sendo composta por partes, assim o primeiro capítulo foi promulgado em 12 de Fevereiro de 1925 e alterado em 3 de Setembro de 1954; já o capítulo segundo foi adicionado em 1970, pois os EUA haviam ratificado a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, assim o capítulo segundo foi adicionado em 31 de Julho de 1970 e duas novas seções foram aprovadas pelo Congresso em Outubro de 1988 e renumeradas em 1º de Dezembro de 1990; e, por último, o capítulo terceiro nada mais sendo do que a recepção da Lei Federal americana da Convenção do Panamá, desta forma, o capítulo terceiro foi adicionado em 15 de agosto de 1990 e a seção 10 foi alterada em 15 de Novembro.²⁵⁴

A segunda lei americana sobre arbitragem é a Lei de Arbitragem Uniforme -- *Uniform Arbitration Act* -- mais conhecida pelo acrônimo UAA; A Lei de Arbitragem Uniforme foi criada em 1955 pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) com o objetivo de criar uma legislação sobre arbitragem harmônica entre os diversos Estados da federação americana, isto porque cada Estado americano é responsável por suas próprias leis; no ano de 2000 a Lei de Arbitragem Uniforme sofre uma revisão profunda tendo como plano de fundo a Lei Federal de Arbitragem, desta feita, a tornar ainda mais harmônica as normas arbitrais nos EUA. A UAA foi considerada um sucesso e atualmente é adotada por mais de duas dezenas dos 50 Estados americanos. A UAA funciona como regra padrão ou regra modelo que pode ser afastada ou modificada pelos Estados e é composto por 33 seções contendo as normas arbitrais.²⁵⁵

Quanto ao acordo de arbitragem propriamente dito, tanto a lei federal quanto a lei uniforme não obedece a estrutura normalmente seguida nos ordenamentos jurídicos até aqui

²⁵⁴ FEDERAL ARBITRATION ACT, Title 9, US Code, Section 1-14, was first enacted February 12, 1925 (43 Stat. 883), codified July 30, 1947 (61 Stat. 669), and amended September 3, 1954 (68 Stat. 1233). Chapter 2 was added July 31, 1970 (84 Stat. 692), two new Sections were passed by the Congress in October of 1988 and renumbered on December 1, 1990 (PLs669 and 702). Chapter 3 was added on August 15, 1990 (PL 101-369); and Section 10 was amended on November 15. [Em Linha]. USA, 1990. [Consult 29 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>

²⁵⁵ UNIFORM ARBITRATION ACT, Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Approved by the American Bar Association, February 19, 2001. [Em Linha]. San Diego, California, 2001. [Consult. 26 de Out. 2017]. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20\(2000\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20(2000))

analisadas, não encontramos, por exemplo, uma seção ou parágrafo a definir o conceito do que seja o acordo de arbitragem ou as suas modalidades, seja cláusula ou compromisso; como dito, estas leis funcionam como um modelo a que os Estados irão se referir, mas a sua regulamentação e a forma estrutural da lei caberá a cada Estado concretizar, todavia, nos EUA, pressupõe-se a total liberdade de contratar entre as partes num acordo, não havendo necessidade das partes num contrato de seguirem um padrão estabelecido; muitas vezes os contratos celebrados entre os particulares constituem verdadeiros códigos devido as suas complexidades e extensão de previsão.

CONCLUSÃO.

Do que foi exposto neste trabalho podemos tirar certas conclusões sobre a arbitragem e o acordo pelo qual se dá acesso a esta forma alternativa de resolução de litígios. Em primeiro lugar, a arbitragem é pacificamente entendida como um meio alternativo de resolução de litígios fora da jurisdição estadual, a ela se tendo acesso ou por um acordo entre as partes litigantes, chamado de convenção de arbitragem, ou por imposição legal, por norma imperativa, o que neste último caso se coloca a questão de saber se se trata de verdadeira arbitragem. Ao longo da evolução histórica da arbitragem várias modalidades de arbitragem foram sendo compreendidas, tais como arbitragem *ad hoc*, a arbitragem institucional, a arbitragem interna e a arbitragem internacional; bem como foram sendo distinguidas da arbitragem figuras jurídicas próximas a ela, tais como a conciliação e a peritagem.

Do ponto de vista histórico, constata-se a antiguidade da mesma com a presença deste instituto por diversos povos da antiguidade, nomeadamente, nos povos gregos, cuja presença da arbitragem já se pode notar no período arcaico entre os séculos VIII-VII a.C., nas obras de Hesíodo, Trabalho e os Dias, e Homero, Ilíada e Odisséia; também entre os hebreus se evidencia a presença da arbitragem, principalmente através dos livros do Pentateuco, os cinco primeiros livros da Bíblia. E neste sentido, tanto os gregos, bem como os hebreus, tinham em comum a preocupação com a equidade na aplicação da justiça e uma preocupação com a corrupção dos juízes. Entre os romanos, a presença da arbitragem verifica-se, principalmente, por meio do Digesto, com os comentários aos éditos pretorianos dos grandes autores do Direito Romano; agora, o que marca notadamente a diferença de tratamento dado a arbitragem entre os povos romanos em relação aos gregos e hebreus é o carácter sistemático que os romanos imprimiram ao instituto da arbitragem através dos éditos do pretor. Depois, em Portugal, pode-se supor a presença da arbitragem em território luso bem antes da fundação da sua nacionalidade no século XII d.C, isto devido à forte presença romana no território peninsular que se inicia no século II

a.C. e se estende até o século IV d.C. No período de Portugal como nação, encontramos a previsão de recurso a arbitragem principalmente em normas de caráter estatutárias e nos textos régios oriundos da estrutura central do reino, que posteriormente foram compiladas nas Ordenações Afonsinas, depois Manuelinas e, por fim, Filipinas, chegando-se, então, ao período liberal com as Constituições liberais, depois nas reformas judiciais, ingressando pela primeira vez no ordenamento processual com o Código de Processo Civil 1876, depois com os sucessivos códigos de 1939 e 1961, posteriormente recebendo, pela primeira vez, autonomia legislativa com a promulgação do Decreto-Lei n.º 243/84. Disto, conclui-se que o instituto da arbitragem é tão antigo quanto outros institutos mais tradicionais do Direito e, particularmente, em Portugal, não é nenhuma novidade, muito embora o interesse por este instituto tenha se dado muito mais após a revolução francesa.

Quanto a natureza jurídica da cláusula compromissória bem como do compromisso arbitral, no ordenamento jurídico português, podemos concluir que ambos os instrumentos têm a mesma natureza jurídica, isto é, ambos constituem direitos potestativo com as respectivas vinculações jurídicas, ambos dão aos celebrantes da convenção o direito de constituir o tribunal arbitral e vincular a parte remissa a se sujeitar a decisão de árbitros, neste sentido, também podemos concluir que tanto a cláusula como o compromisso tem a mesma eficácia substancial, isto é, tanto a cláusula compromissória bem como o compromisso arbitral, face a Lei 63/2011, dão acesso direto a constituição de tribunal arbitral; não sendo, por isto, necessário haver distinções formais entre cláusula e compromisso, pois ambos são, nada mais nada menos, um acordo de arbitragem com mesma eficácia e natureza. Também podemos concluir que, no âmbito da nova lei de arbitragem portuguesa, adotou-se o critério objetivo da patrimonialidade e da transacionalidade do litígio para se permitir a celebração de uma convenção de arbitragem, numa clara evolução face ao direito de arbitragem anterior que adotava como critério único o da disponibilidade ou indisponibilidade do direito, que suscitava inúmeros problemas de apreciação se uma determinada questão podia ou não podia ser arbitrável, desta feita, traça-se claros limites materiais a celebração de uma convenção. Mas também se manteve os limites formais, numa clara linha de continuidade com o passado, cujo o único requisito é que a convenção se revista de forma escrita, seja por meios físicos ou meios virtuais, porém, que tanto uns como os outros devam oferecer as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. Chegamos também a conclusão de que os efeitos negativos previstos na L.A.V., bem como a competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua própria competência, que decorre do princípio arbitral da competência-competência, não tornam afastáveis por completo os tribunais estaduais de pronunciarem sobre matéria afeta a um

tribunal arbitral, nem tornam as decisões dos tribunais arbitrais sobre sua própria competência definitivas, pois tanto no primeiro caso, o tribunal estadual pode considerar o tribunal arbitral incompetente para julgar o litígio que lhe é submetido, como no segundo caso, a decisão do tribunal arbitral sobre sua competência, seja sobre fundo da causa, seja sobre questões interlocutórias, podem ser impugnadas.

Por fim, no recurso ao Direito comparado, podemos concluir que após a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras e a Lei-Modelo da UNCITRAL, houve um grande esforço por parte das nações signatárias da Organizações das Nações Unidas de harmonizar as suas legislações internas sobre arbitragem com as citadas convenções internacionais de modo que hoje as normas sobre a arbitragens em diversos países se aproximam de maneira a não haver muitas divergências normativas no que toca a arbitragem; contudo, embora harmonizadas as legislações de cada nação sobre a arbitragem, após as referidas convenções da ONU, há sempre nuances que são de destacar, principalmente no que se refere a natureza jurídica da convenção de arbitragem nas suas modalidades de compromisso arbitral e cláusula compromissória, isto porque cada nação ao legislar sobre a arbitragem atribuem a ambos os instrumentos jurídicos, natureza jurídica distintas, numa determinada situação, ou a mesma natureza jurídica, numa outra situação normativa, que, por sua vez, podem corresponder a efeitos jurídicos distintos, ou corresponder a efeitos jurídicos idênticos.

FONTES

Documentais.

ARBITRATION ACT 1996, Chapter 23, HMSO, 17 de Junho de 1996. [Em Linha] United Kingdom, 1996. [Consult. 26 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

AFONSINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa e nota textológica de Eduardo Borges Nunes*. 5 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ALBERTO DOS REIS, José. “Acta n.º 47”. In *Actas da Comissão Revisora do Código de Processo Civil*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. - Pag. Variada.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM. “Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária da Associação Portuguesa de Arbitragem”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 3, Lisboa, 2010, pp. 167-230.

GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso. *Cuerpo del. Derecho Civil Romano*. Barcelona: Lex Nova, 1892.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Lei n.º 26.994, promulgado segundo decreto n.º 1795 de outubro de 2014. [Em Linha]. Buenos Aires, 2015. [Consult. 14 de Out. de 2017]. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/>

CODICE DI PROCEDURA CIVILE, Régio Decreto 28 outubro de 1940, n.º 1443 in G.U. 28 outubro de 1940. [Em Linha]. Roma, 1940. [Consult. 24 de Out. 2017]. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>

CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Lei n.º 17.454 (texto ordenado por decreto n.º 1042/1981). [Em linha]. Buenos Aires, 2004. [Consult. 16 de Out. 2017]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>

CODIGO DE PROCESSO CIVIL, Decreto-Lei n.º 29.637 de 28 de Maio. [Em Linha]. Lisboa, 1939. [Consult. 31 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/198191>

CODIGO DE PROCESSO CIVIL, Decreto-Lei n.º 44.129 de 28 de Dezembro. [Em Linha]. Lisboa, 1961. [Consult. 31 de Julho de 2017]. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-de-Processo-Civil-Portugues-de-1939.pdf>

CÓDIGO DO TRABALHO, Lei, nº 72, de 12 de Fevereiro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2009. [Consult. 19 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&nid=1047&nvers

CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS, Lei nº 15, de 22 de Fevereiro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2002. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1822. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1826. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CartaConstitucional.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1838. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1058.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1911. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1933. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1976. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa, 1976, revista. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/375320>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 22 de Setembro. [Em linha]. Lisboa: As Cortes gerais, extraordinárias e constituintes, 1821. [Consult. 19 Abr. 2017]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>

DA SERRA, José Francisco Correia. *Collecção de livros ineditos de história portugueza: Acenheiro, C. Chronicas dos Senhores Reis de Portugal. Foros antigos dos concelhos de Gravão, Guarda e Béja. E. descripção do terreno em roda da cidade de Lamego*. [Em Linha] Academia, p. 503. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=gYRHAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>.

DECRETO-LEI, n.º 243 de 17 de Julho. [Em Linha]. Lisboa, 1984.]. [Consult. 31 de Julho de 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/385881>

FEDERAL ARBITRATION ACT, Title 9, US Code, Section 1-14, was first enacted February 12, 1925 (43 Stat. 883), codified July 30, 1947 (61 Stat. 669), and amended September 3, 1954 (68 Stat. 1233). Chapter 2 was added July 31, 1970 (84 Stat. 692), two new Sections were passed by the Congress in October of 1988 and renumbered on December 1, 1990 (PLs669 and 702). Chapter 3 was added on August 15, 1990 (PL 101-369); and Section 10 was amended on November 15. [Em Linha]. USA, 1990. [Consult 29 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>

FILIPINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa*. 3 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

HAENEL, Gustavus. *Codex Theodosianus*. Marcus, 1842. [Em Linha]. [Consult. 28 de Julho de 2017]. Disponível em: https://books.google.pt/books?id=DV9EAAAACAAJ&hl=pt-PT&source=gbs_navlinks_s

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA DE ANGOLA, Lei n.º 16, de 25 de Julho de 2003. [Em Linha]. Angola: Diário da República de Angola, 2003. [Consult. 17 de Out. 2017]. Disponível em: <http://apiexangola.co.ao/wp-content/uploads/2016/01/Lei-da-Arbitragem-volunta%CC%81ria.pdf>

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA BRASILEIRA, Lei n.º 9.307, de 23 de de Setembro de 1996. [Em linha]. Brasília: Palácio do Planalto, 2015. [Consult. 10 Out. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA DE CABO VERDE, Lei n.º 76/VI/2005 de 16 de Agosto. [Em Linha]. Cabo Verde: Assembleia da República de Angola, 2005. [Consult. 17 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/02/Cabo-Verde-Arbitration-Law.pdf>

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Lei nº 63, de 14 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2011. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0001&nid=1579&nversao=&tabela=leis&so_miolo=

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA, Lei n.º 31 de 29 de Agosto. [Em Linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1986. [Consult. 7 de Agosto de 2017]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra articulado.php?nid=721&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis)

LITÍGIOS EMERGENTES DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL-MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA/GENÉRICOS, Lei n.º 62, de 12 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2011. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra articulado.php?nid=1576&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1576&tabela=leis)

LIVRO DAS LEIS E POSTURAS. *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pref. Nuno Espinosa Gomes da Silva*. Lisboa: Petrony, 1971.

MANUELINAS, Ordenações. *Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa*. 5 vols. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

NOVA REFORMA JUDICIÁRIA, Decretos de 29 de Novembro e 13 de Janeiro [Em Linha]. Lisboa, 1837. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em: http://purl.pt/6435/6/sc-244-v_PDF/sc-244-v_PDF_24-C-R0150/sc-244-v_0000_capa-cap_a_t24-C-R0150.pdf

NOVÍSSIMA REFORMA JUDICIÁRIA, Decreto de 21 de Maio [Em Linha]. Lisboa, 1841. [Consult. 30 de Julho de 2017]. Disponível em:

<https://books.google.pt/books?id=Dxt1oEQ3W4wC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>

REFORMA JUDICIÁRIA. *Decreto n.º 24 de 16 de Maio*, Lisboa, 1832.

SAGRADA, Bíblia. *Missionários Capuchinhos*. Versão dos textos originais. 8ª ed. Lisboa: Difusora Bíblica, 1978.

TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO, Lei n.º 74, de 06 de Setembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 2013. [Consult. 19 Abr. 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1988A0004&nid=1988&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

UNIFORM ARBITRATION ACT, Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Approved by the American Bar Association, February 19, 2001. [Em Linha]. San Diego, California, 2001. [Consult. 26 de Out. 2017]. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20\(2000\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20(2000))

ZIVILPROZESSORDNUNG, Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 11 Absatz 15 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I . 2745) geändert worden ist. [Em linha]. Berlin, 2005. [Consult. 19 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>

Bibliográficas.

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. *História do direito português*. 8.ª ed. Lisboa: Pedro Ferreira, 1992.

ALVES DE SÁ, Eduardo. *Commentário ao Código de Processo Civil Português*. 2.º vol. Lisboa: Typ. de Christovão Augusto Rodrigues, 1877.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ARISTÓFANES, C. 455-375 a.C. *As vespas, as aves, as rãs*. Tradução do grego de Mário da Gama Kury. 3º Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito. [Consult. 14 Nov. 2017]. Disponível em: Dissertação Final 1212.docx

BALSDON, J. P. V. D. Q. Mucius Scaevola the Pontifex and ornatio provinciae. *Classical Review*, 1937, pp. 8-10.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman law*. American Philosophical Society, 1968.

BRANDÃO, José Luís; OLIVEIRA, Francisco de. *História de Roma Antiga volume I: das origens à morte de César*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

CALDAS, Francisco de Castro. *Portugal e a arbitragem internacional*. Lisboa: Livraria Petrony, 1935.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Aspectos processuais da nova lei de arbitragem.” *Revista forense*. Rio de Janeiro, 1999, pp. 93-339.

CAROÇO, Felipe. “Nova Lei de Arbitragem Voluntária”. In *Conferência Sobre a Nova Lei de Arbitragem Voluntária*. [Em linha] Porto. 2012. [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.trp.pt/noticias/142-conferencia-lav.html>

CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos*. [Em Linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em: file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela_de_Carvalho_Arbitragem_Administrativa_a_luz_dos_Principios_Administrativos.pdf

CASTRO Y BRAVO, Federico de. El arbitraje y la nueva "Lex Mercatoria". *Anuario de Derecho Civil*, 1979, 32.IV, pp. 619-726.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015.

CORTEZ, Francisco. “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”. In *O Direito*, Lisboa, a124, n.3 (Jul.-Set. 1992), pp. 365-404.

-- Publicado também em: *O direito*, Lisboa, a.124, n.4 (Out.-Dez.1992), p.541-591

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Col. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2014.

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, 4ª ed. rev., Coimbra: Petrony, 1984.

DE ANDRADE ARRUDA, Jose Jobson. *História antiga e medieval*. Vol. 1, 18º ed., São Paulo: Editora Atica, 1996.

DE LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

DIAS FERREIRA, José. *Código de Processo Civil anotado*. Tomo I. Lisboa: Typ. Lisbonense, 1887.

FERNANDES, Luís Carvalho. *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. Capacidade. Forma. Objeto. Conteúdo*. Lisboa: pol., 1961.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. “Cláusula compromissória: oposição ao respectivo pedido de efectivação”. In *O Direito*, Lisboa, a.89, n.4 (1957), p.213-221.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros; 7º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

HESÍODO, *Os Trabalhos e os Dias*. Tradução, introdução e comentários de LAFER, Mary de Camargo Neves. São Paulo: Iluminuras, 2006.

HOMERO. *Odisséia*. Tradução de Manoel Odorico Mendes; edição de Antônio Medina Rodrigues. São Paulo: Ars Poetica / Edusp, 1996.

JUSTO, A. Santos. “A arbitragem no direito romano: breve referência ao direito português”. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Com. org. Armando Marques Guedes.. [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 2.v., pp. 675-701.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. I, 5.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. [Em Linha] Curitiba: Jurua, 2002, [Consult. 15 de Out. 2017]. Disponível em: <https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=12353&pag=5>

MAGNOLI, Demétrio. *História das guerras*. 2º ed., São Paulo: Editora Contexto, 2010.

MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às Práticas Arbitrais*. [Em linha]. Lisboa, 2011 [Consult. 10 Abr. 2017]. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4ozGVD827QsJ:www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_9269.doc+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt

MENDES, João de Castro. *Manual de Processo Civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

MIRANDA, Agostinho Pereira de, MATIAS, Célia Ferreira. “Regresso ao futuro: apontamentos sobre a história da arbitragem”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 1, Lisboa, 2008, pp. 23-36.

MIRANDA, Jorge – *Manual de direito constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORENO, T., e outros. *Lições de Processo Civil*. Coimbra : Casa do Castelo, 1945.

NAZO, Georgette Nacarato. “Arbitragem: um singelo histórico”. *Revista do advogado*, São Paulo, nº 51 (Out.1997), pp. 25-31.

NOGUEIRA, José A. A. Duarte. “A arbitragem na história do direito português: subsídios”. *Revista jurídica*, Lisboa, Nova série n.20 (Nov.1996), p.9-35.

PESSOA JORGE, Fernando. “Forma da Cláusula compromissória, incumprimento do Contrato-Promessa (Jurisprudência Comentada)”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXIII. Lisboa, 1972.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

PLATÃO, Fedro. Edições 70. Lisboa, 2008.

ROMILLY, Jacqueline de. *Homero: introdução aos poemas homéricos*. Lisboa: Edições 70, 2001.

STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998.

TABORDA, Maren Guimarães. “A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na fides”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 21. (Mar. 2002), pp. 233-253.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4.^a ed., 9.^a reimp., Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

VAZ SERRA, Adriano. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 1970”. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 104.

-- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1971”. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 105.

VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, Julie. “L'arbitrage dans la Grèce antique-Epoques archaïque et classique”. *Revue de l'arbitrage*, nº 1, 2000, pp 9-26.

VENTURA, Raul. “Convenção de Arbitragem”. Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 46, Lisboa, Setembro de 1986.

WALTON, J. P.. *Introdução ao Estudo do Direito Romano*, trad. Nuno de Moura Teixeira, Coimbra: França e Arménio Editores, 1916.