

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

O CONTRATO ENTRE AS PARTES E OS ÁRBITROS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Relatório de Mestrado, apresentado no seminário de Direito Comercial Internacional, sob a coordenação da Prof^a. Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida e Prof. Doutor António Marques dos Santos.

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Lisboa
1998

1 - INTRODUÇÃO

Ensina FERRER CORREIA que *“é de há muito conhecido que a resolução da grande maioria dos litígios emergentes das relações mercantis internacionais – embora não haja estatísticas apuradas, alguns falam de 80% ou mesmo de 90% desses casos – é confiada a árbitros”*. A importância da arbitragem comercial internacional na resolução de litígios levou a um grande desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial sobre o assunto. No entanto, há uma área cujo desenvolvimento não acompanhou o ritmo acelerado que caracteriza o resto da doutrina e jurisprudência sobre arbitragem comercial internacional¹. Trata-se do estudo sobre a relação jurídica existente entre as partes e os árbitros, o que constitui uma área de conhecimento fundamental para a boa compreensão e funcionamento da arbitragem comercial internacional. A natureza da relação, o seu regime jurídico, deveres e direitos das partes e dos árbitros, responsabilidade das partes e dos árbitros, lei aplicável à relação e outras questões são da maior importância para o funcionamento da arbitragem e para a resolução dos problemas que eventualmente surjam.

¹ A razão deste menor desenvolvimento prende-se com o sigilo que caracteriza a arbitragem comercial internacional e que leva a que a maior parte dos problemas que surjam na relação entre as partes e os árbitros nunca venham a ser conhecidos.

2 - A NATUREZA DA RELAÇÃO CONSTITUÍDA ENTRE AS PARTES E OS ÁRBITROS.

O primeiro problema neste tema terá necessariamente de ser o de saber qual a natureza da relação que une as partes e os árbitros. É necessário saber se a relação nasce de um contrato, da lei ou de ambas.

Para saber se a relação nasce de um contrato é necessário, antes de tudo, estabelecer uma noção de contrato. Para tanto vamos recorrer a uma definição segundo a qual “os *negócios jurídicos* são actos de autonomia privada que põem em vigor uma regulação jurídica vinculante para os seus autores, com o conteúdo que estes lhe quiserem dar, dentro dos limites jurídicos da autonomia privada²”. Os contratos corresponderão aos negócios jurídicos plurilaterais.

Para que a relação jurídica existente entre as partes e os árbitros nasça de um contrato, é necessário que todo o seu conteúdo resulte da livre autonomia das partes.

A relação entre as partes e os árbitros tem, como elemento fundamental do seu conteúdo a actividade jurisdicional dos árbitros. Os árbitros julgam uma causa que lhes é apresentada pelas partes. A questão que surge é saber se esta parte do conteúdo da relação jurídica existente entre as partes e os árbitros pode, ou não, resultar do contrato.

Se a actividade dos árbitros fosse meramente interna, se a sua

² PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lex, Lisboa, 1995/1996, pág. 158

decisão apenas produzisse efeitos no âmbito da relação jurídica estabelecida, poder-se-ia entender que a sua natureza seria contratual. Tratar-se-ia de uma figura próxima de uma transacção, em que as partes, em vez de negociarem directamente a causa, se vinculavam ao que terceiros, os árbitros, decidissem.

No entanto, não é isso que sucede. O resultado da actividade dos árbitros, ou seja a sentença arbitral, não é uma mera transacção. Na transacção são as partes que, directamente ou através de representantes, põem termo a um litígio. Na arbitragem são os árbitros que elaboram a sentença que põe termos ao litígio e não as partes. Poder-se-ia pôr em questão saber se os árbitros não funcionariam como representantes das partes, mas a resposta tem de forçosamente ser negativa.

Em primeiro lugar, se os árbitros fossem representantes das partes tudo aquilo que decidissem produziria efeitos directamente na esfera jurídica das partes como se tivessem sido estas a emitir a decisão. Se assim fosse não se compreenderia a possibilidade de recurso³. Seria uma situação de *venire contra factum proprium*, uma vez que a parte estaria a recorrer de uma decisão tomada por um seu representante.

Em segundo lugar, numa transacção a solução a que se chega para terminar o litígio é negociada entre as partes. As partes põem fim ao litígio “mediante recíprocas concessões” - art. 1248º, nº1 do Código Civil. Na arbitragem, a solução a que se chega não é negociada, é

³ Embora no termos do art. 34º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto a regra em arbitragem comercial internacional seja a da irrecorribilidade da decisão do tribunal, admite-se a recorribilidade se as partes tiverem acordado nessa possibilidade e regulado os seus termos.

imposta. Não no encontramos no campo da autonomia privada, mas no campo da heteronomia. A decisão dos árbitros é um acto de *jus imperii*, não é o resultado de uma negociação. A força da sentença arbitral vai muito além da força de uma transacção. Aliás, não se compreenderia o teor do art. 209º, nº2 da Constituição da República Portuguesa se os tribunais arbitrais mais não fossem do que um meio especial de celebrar uma transacção. Segundo esta disposição, os tribunais arbitrais são uma categoria de tribunal. Segundo o art. 202º da Constituição da República Portuguesa, os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. Sem entrar aqui na discussão sobre se os tribunais arbitrais são órgãos de soberania ou não, resulta da Constituição da República Portuguesa que também os tribunais administram a justiça. Ou seja, os tribunais arbitrais são um dos órgãos que exercem a função judicial.

O mesmo resulta de toda a construção legal da arbitragem, nomeadamente no que respeita à execução de sentenças arbitrais. Repare-se, a título de exemplo, no teor do art. 48º, nº2 do Código de Processo Civil. Ora esta função não pode ter natureza contratual. Não se pode, com fundamento na simples autonomia privada, atribuir a uma pessoa poderes jurisdicionais. Estes poderes têm de resultar da lei e resultam.

No entanto, isto não impede que se possa qualificar a relação como sendo contratual. É da vontade das partes e dos árbitros que nasce a relação que os une. Não é a Lei que a impõe. Mas, mesmo quando qualificamos a relação entre as partes e os árbitros como contratual, temos sempre que o fazer com a ressalva de que não é totalmente

contratual, uma vez que parte do seu conteúdo tem fundamento na Lei⁴.

Em conclusão, a relação que se estabelece entre as partes e os árbitros é uma relação contratual⁵, mas com um elemento legal que consiste na função jurisdicional exercida pelos árbitros.

3 - NATUREZA DO CONTRATO DE ÁRBITRO

Outro problema relativo à natureza da relação entre as partes e os árbitros, e que só surge depois de se qualificar esta relação como uma relação contratual, é a da qualificação do contrato em si.

A qualificação do contrato em causa é fundamental para a determinação do respectivo regime jurídico. Como ensina Pais de Vasconcelos⁶ “*A qualificação de um certo contrato como deste ou daquele tipo tem consequências determinantes no que respeita à vigência da disciplina que constituí o modelo regulativo do tipo. Como direito injuntivo e como direito dispositivo, o modelo regulativo do tipo dá*

⁴ Neste sentido PHILIPPE FOUCARD, *Arbitrage Commercial International*, in *Juris-Classeur de Droit International* – 11, Editions du Juris-Classeur, Paris, 9/1994, Fasc. 586-7-3, §96.

⁵ Neste sentido OTTOARNDT GLOSSNER, *Commercial arbitration in the Federal Republic of Germany*, kluwer Law and Taxation Publishers, Antwerp – Boston – London – Frankfurt, 1984, pág. 12, segundo o qual “*by accepting arbitral functions, an arbitrator enters into a contract ...*”.

⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 160.

sempre um contributo importantíssimo para a disciplina do contrato julgado típico”. É pois da maior importância determinar qual o tipo contratual do negócio em causa. É necessário determinar se o contrato em análise corresponde a determinado tipo contratual legal ou, caso não corresponda a nenhum tipo contratual legal, determinar se corresponde a um tipo contratual social ou se não corresponde a nenhum tipo contratual.

Para iniciar a análise do contrato em causa é, antes de tudo, necessário proceder a um juízo de classificação do negócio. A classificação, embora não seja tão exaustiva como a qualificação permite reduzir o campo de análise aos tipos integrados numa determinada classe. Desta forma facilita-se a posterior operação de qualificação ao diminuir o âmbito do campo de análise.

Para se proceder à classificação é necessário, em primeiro lugar, determinar em que consiste o núcleo característico do contrato. No contrato ora em estudo, o núcleo característico consiste na regulação das relações entre as partes em conflito, por um lado, e os árbitros, pelo outro. Consiste, particularmente, na regulação do estatuto dos árbitros. Os árbitros exercem a actividade de árbitro nos termos do contrato em estudo.

Deste modo, deve concluir-se que, no contrato em análise, o núcleo central característico consiste na prestação de um facto - a arbitragem - e não em dar algo, em prestar uma coisa; num *facere* e não num *dare*. O contrato em análise deve, pelas razões expostas, classificar-se como um contrato de prestação de facto.

Embora esta classificação ajude no esforço de qualificação, não é todavia suficiente. Muitos são os contratos que podem ser integrados na classe dos contratos de prestação de facto, razão pela qual a mera pertença de um contrato a esta classe não é conclusiva quanto à sua qualificação. É pois necessário continuar a aprofundar a análise do contrato em causa.

No contrato em causa, os árbitros não se limitam a prestar um facto. A prestação do facto é contínua e prolonga-se no tempo, embora com limites definidos. Não é uma prestação que se conclui imediatamente com a prática de um único facto. A prestação em causa consiste numa multiplicidade de factos, mais ou menos complexos, mais ou menos importantes para o fim do contrato, mas que estão funcionalmente unificados pelo contrato. Não são factos independentes entre si. São factos que são prestados numa sequência lógica e ordenada, com um fim e uma função predeterminada, e que todos juntos constituem a prestação de facto que caracteriza o contrato em estudo, num processo.

Assim, não será correcto limitar a classificação do contrato como pertencente à classe dos contratos de prestação de facto. Essa afirmação é limitativa da realidade contratual em causa, é redutora. Não se está perante um simples facto, mas antes perante uma actividade funcionalmente ordenada, perante um processo. Não se está perante uma unidade factual, mas antes perante uma unificação factual direccionada. O contrato em causa para além de poder ser classificado como um contrato de prestação de facto, deve ser classificado como um contrato de prestação de uma actividade: um contrato de prestação de serviço.

Muito embora com esta evolução na operação de classificação se tenha conseguido aprofundar a análise sobre o contrato em causa, não é ainda suficiente. A classe dos contratos de prestação de serviços abrange vários tipos de contratos, quer tipos legais, quer tipos sociais, pelo que a mera referência à classe em que o contrato se integra não esclarece sobre o tipo a que pertence. Será necessário partir das configurações dos vários tipos contratuais existentes que se integram na classe dos contratos de prestação de serviços para determinar se o presente contrato se pode qualificar como de um desses tipos. Integrados na classe dos contratos de prestação de serviços estão tipos de contrato como o mandato, o depósito, a empreitada, o contrato de trabalho e outros. No entanto, não se irá agora proceder a uma confrontação exaustiva tipo a tipo. Tal operação embora possível não é necessária. *“A cultura e a experiência jurídicas do autor da qualificação permitem-lhe geralmente dispensar a comparação exaustiva com todos os tipos de contratos previstos na lei e delimitar um campo mais estrito de tipos potencialmente utilizáveis. Estes são os tipos com os quais o contrato a qualificar tenha semelhanças e aspectos comuns”*⁷. No caso em apreço o contrato a qualificar apresenta algumas semelhanças com dois contratos - o contrato de trabalho e o contrato de mandato. Parece possível excluir do juízo de qualificação outros contratos como o contrato de depósito e mesmo o contrato de empreitada.

Uma das características identificadoras do contrato de trabalho, e que o melhor distingue de outros contratos, é a existência de subordinação jurídica do trabalhador face à entidade empregadora. A entidade empregadora tem o poder de dar ordens e instruções ao

⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 166.

trabalhador e pode exercer poder disciplinar sobre o trabalhador⁸. Esta característica parece afastar a qualificação do contrato em causa como contrato de trabalho. No contrato em causa, os árbitros devem sempre manter uma total e ilimitada independência e isenção em relação às partes que os contratam. Embora o art. 5º, nº 2 do Decreto-lei nº 49408, de 24 de Novembro de 1969 permita um certo grau de autonomia técnica no âmbito do contrato de trabalho quando o objecto da prestação seja tipicamente exercida como profissão liberal, parece que essa autonomia técnica não é suficiente para assegurar a independência e isenção dos árbitros. O contrato em apreço não parece compatível com a subordinação jurídica típica, e essencial, do contrato de trabalho. Nestes termos, parece de excluir a qualificação do contrato em causa como contrato de trabalho.

Outra possibilidade é a da qualificação como contrato de mandato. No contrato de mandato, o mandatário está vinculado a uma obrigação de resultado, e não a uma obrigação de meios como no contrato de trabalho. Daqui resulta que o mandatário tem, em regra, liberdade de escolha do modo como pretende executar o mandato. Ou seja, o mandatário tipicamente é independente em relação ao mandante. Esta característica adapta-se ao contrato em apreço, pois permite que os árbitros sejam independentes em relação às partes que os contratam, não se pondo assim em questão a sua isenção e, em consequência, a isenção da sua decisão.

Mas, para se poder qualificar o contrato em causa como mandato importa ainda analisar outras questões.

⁸ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Vol. II, 2ª Ed., Lisboa, 1998, pág. 268 e segs.

No contrato de mandato a prestação característica consiste na prática de actos jurídicos. No contrato em apreço, a prestação característica - a arbitragem - consiste na prática de uma actividade jurídica, uma actividade constituída por uma sucessão de actos jurídicos muito especial e complexa, um processo de decisão. Embora tipicamente o mandato se destine à prática de um único acto jurídico, também pode destinar-se à prática de uma multiplicidade de actos jurídicos - caso, por exemplo, do mandato para gestão ou do mandato forense. Assim, embora o contrato em apreço não seja o caso mais típico do mandato, ainda é abrangido por este tipo legal.

Assim, tendo em consideração que o contrato em causa é um contrato em que os árbitros se obrigam à prática de actos jurídicos e que o tipo legal do contrato de mandato não põe em causa a independência e isenção dos árbitros, parece poder vir a qualificar-se o contrato em estudo como um contrato de mandato.

A questão que agora se levanta é saber se efectivamente se pode qualificar este contrato como de mandato. Qualificar este contrato como um mandato legalmente típico ou como um mandato atípico poderá trazer importantes diferenças de regime jurídico. “*O juízo de correspondência do contrato a um tipo legal determina a entrada em vigor do modelo regulativo constante na lei*”⁹, razão pela qual se deve proceder a uma análise de tipicidade do contrato.

A primeira questão que surge é a de existirem regras legais aplicáveis a este contrato que não constam do Código Civil. A Lei nº

⁹ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 180.

31/86, de 29 de Agosto, que regula a arbitragem voluntária, contém disposições destinadas a regular quer a convenção de arbitragem, quer as relações entre as partes e os árbitros, quer a própria arbitragem em si e ainda outras questões como a eficácia da sentença arbitral, recursos, direito aplicável, execução da sentença e outras matérias. Embora nunca se refira expressamente à relação negocial entre as partes e os árbitros, avultam na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto disposições que contêm regras aplicáveis às relações entre as partes e os árbitros. Apesar de se tratar de regras legais e algumas delas de natureza injuntiva, estas regras fazem parte do tipo contratual em estudo. Assim, o conteúdo do contrato abrange também estas regras¹⁰. Disposições desta natureza encontram-se não só no Capítulo II, mas também em outros capítulos. Entre estas disposições, que contêm regras que integram o conteúdo do tipo contratual em causa, podemos encontrar os arts. 8º, 9º, 10º, 13º, 15º, 16º, 17º, 19º, 20º, 22º, 23º e 25º do mesmo diploma. Grande parte destas disposições não são aplicáveis apenas às relações entre as partes e os árbitros. Assim, por exemplo, o art. 19º, respeitante ao prazo para emissão da decisão pelos árbitros, tanto é uma regra respeitante ao processo como é uma obrigação dos árbitros.

Assim, apesar de o contrato em estudo poder ser subsumido à definição legal de mandato não se pode qualificar como um mandato típico, uma vez que lhe são aplicáveis regras que não fazem parte do tipo

¹⁰ No sentido de que o conteúdo do tipo contratual legal abrange também disposições legais supletivas e algumas injuntivas, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 318 e 319 e MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, AAFDL, Lisboa 1987, págs. 277 e 278, embora este autor admita uma maior abrangência em relação às regras injuntivas.

legal do contrato de mandato, pois o tipo contratual em análise integra parte das regras da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto.

Chegamos, então, à conclusão que o tipo contratual é composto pelo tipo legal e social do contrato de mandato e por algumas regras constantes de disposições da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto. O problema que agora se levanta é compreender como se opera a compatibilização entre o tipo contratual do mandato e as regras da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto aplicáveis. O que sucede é que nos encontramos perante uma combinação de regimes de modo a criar um tipo de contrato. Mas da combinação de regime resultam algumas incompatibilidades que impedem que os regimes sejam aplicados na íntegra, implicando uma adaptação de regimes jurídicos. Isso sucede com o regime jurídico do contrato de mandato. Já se referiu que o contrato em análise é um contrato de mandato atípico, em que a principal característica da atipicidade é a existência de preceitos contidos na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto. Esses preceitos são específicos do contrato em estudo. Numa situação de concurso de regimes serão os preceitos constantes na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto a prevalecer sobre os preceitos do contrato de mandato.

Assim o regime jurídico do mandato vai operar como figura base do contrato em análise, como figura subsidiária onde se vai buscar a estrutura fundamental do contrato. Fornecendo a disciplina fundamental do contrato e o regime subsidiário, o contrato de mandato não se pode sobrepor às regras específicas do contrato em análise, como sejam as que estão contidas na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto.

Outra questão que surge é a de que a construção do regime jurídico do contrato em análise com fundamento apenas no regime jurídico do contrato de mandato, alterado pelo regime jurídico resultante das regras da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, não é suficiente para explicar o contrato em estudo. Como vimos, o contrato em causa não é um contrato legalmente típico. No entanto, isso não significa que não exista um tipo social do contrato. O contrato não tem uma previsão legal mas tem uma existência na “*prática da vida e da contratação*”¹¹. É a esse tipo social que se vai buscar grande parte do conteúdo do contrato em causa. Elementos que não constam do tipo legal do mandato nem do regime jurídico da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, tem a sua previsão no tipo social do contrato. O tipo social do contrato é que vai definir as características identificadoras e diferenciadoras do contrato em causa e que vai integrar o seu regime jurídico de forma a permitir a sua celebração por mera referência ao tipo. Não há pois necessidade de referir expressamente o conteúdo do tipo social, pois encontra-se implícito no próprio tipo contratual. A mera contratação por referência ao tipo implica a vigência de todo o conteúdo contratual do tipo. Apenas as cláusulas negociadas pelas partes se sobreporão ao que resulta do tipo social¹².

Em conclusão, o contrato em análise é um contrato legalmente atípico, mas socialmente típico, que vai buscar uma parte fundamental do

¹¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 59.

¹² Sobre a hierarquia das fontes no contrato legalmente atípicos mas socialmente típicos MARIA HELENA BRITO, *O contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 218 a 220.

seu regime jurídico à Lei nº 31/86, de 29 de Agosto e que se aproxima muito do contrato de mandato. Pode mesmo entender-se que se trata de um contrato de mandato¹³ atípico¹⁴. Atípico não só por o seu regime jurídico não corresponder ao do mandato mas, acima de tudo, por a função dos árbitros ser uma função jurisdicional, uma função de origem legal e não negocial.

4 - O NOMEN DO CONTRATO

Já concluímos que nos encontramos perante um contrato e que esse contrato é um contrato socialmente típico. Também concluímos que se trata de um mandato atípico. Importa agora tomar uma decisão quanto

¹³ FERRER CORREIA qualifica o contrato em causa como um contrato de prestação de serviços sem, no entanto, elaborar a posição. A posição não é pois muito diferente porque quer se tratando de um mandato atípico, quer se tratando de uma prestação de serviço, o regime jurídico será o mesmo. – *Da arbitragem Comercial Internacional*, in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1898, pág. 202.

¹⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, págs. 621 a 625, no âmbito da ordem jurídica francesa qualificam o contrato em causa como um contrato de *sui generis* não como de mandato. No entanto, essa qualificação deve-se a uma diferença doutrinária entre o contrato de mandato em Portugal e em França. Em França, a opinião dominante não operou a divisão entre mandato e procuração, razão pela qual o mandato é considerado como o contrato através do qual se atribuem poderes de representação. Como no caso em apreço não estão em causa poderes de representação, o contrato não pode ser um mandato.

ao *nomen* do contrato em causa. A importância do *nomen* do contrato reflecte-se não só a nível científico, mas também a nível prático. A nível prático, pois facilita a identificação e distinção de outros contratos. A nível científico, o *nomen* é um índice do tipo contratual. Assim, quando as partes referirem determinado *nomen* ao celebrarem um contrato, esse *nomen* pode auxiliar na qualificação desse contrato¹⁵.

No que respeita ao contrato em análise, o *nomen* do contrato é da maior importância na distinção, na autonomização face à convenção de arbitragem.

Uma das possibilidades é, como faz DITCHEV¹⁶, chamar a este contrato “*contrato de arbitragem*” (*contrat d’arbitrage*). Este parece ser o *nomen* que melhor traduz a realidade em análise, pois este é o contrato que vai regular a arbitragem em si, as relações entre as partes e os árbitros. No entanto uma questão se levanta. Se um dos objectivos que se pretende atingir é o da distinção entre este contrato e a convenção de arbitragem, então o *nomen contrato de arbitragem* não é a melhor opção. As poucas diferenças, quer jurídicas quer verbais entre convenção e contrato não permitem uma fácil distinção entre contrato de arbitragem e convenção de arbitragem.

Outra possibilidade é a de recorrer à terminologia usada por BOISSÉSON e atribuir ao contrato em causa o *nomen* “*contrato de*

¹⁵ Neste sentido PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 129 e segs.

¹⁶ Le contrat d’arbitrage. Étude sur le contrat ayant pour object la mission d’arbitrer, in Rev. Arb., 1981, pág. 309 e segs., *apud* FOUCARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, pág. 625.

investidura” (contrat d’investiture)¹⁷, ou o *nomen* clássico - *receptum arbitrii*¹⁸. No entanto, estes *nomina* apenas traduzem o acto de investidura dos poderes jurisdicionais, não traduzem toda a relação existente entre as partes e os árbitros.

Ainda outra possibilidade é a de recorrer à expressão alemã “*schiedsrichtlicher Vertrag*”, que se pode traduzir por “contrato de árbitro”. Esta expressão, porém, também não traduz a totalidade da realidade que é o contrato em análise, nomeadamente por apenas fazer referência a um dos lados do contrato - o dos árbitros. Mas, por um lado é difícil fazer com que uma expressão tão curta traduza toda a realidade deste tipo contratual e, por outro, a parte dos árbitros neste contrato é efectivamente a parte que executa a prestação característica, pelo que não repugna criar o *nomen* desse modo.

Assim, embora com as limitações referidas, parece que o *nomen* “contrato de árbitro” consegue ser o que melhor traduz a realidade em causa.

5 - A RELAÇÃO ENTRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O

¹⁷ CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L’arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 43; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, 1990, apud FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, pág. 625.

¹⁸ R. DAVID, *L’arbitrage dans le commerce international*, apud FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, pág. 625.

CONTRATO DE ÁRBITRO.

O contrato de árbitro é uma consequência lógica da convenção de arbitragem, completando-a. Sempre que as partes numa convenção de arbitragem pretendam instituir uma arbitragem, não têm outra escolha senão celebrar com alguém - um ou mais árbitros - um contrato de árbitro. A mera convenção de arbitragem não resolve, só por si, o problema que existe entre as partes nessa convenção. Em princípio a convenção de arbitragem apenas regula as relações entre as partes, deixando muitas questões por resolver. Questões como a duração da arbitragem, o conteúdo dos direitos e deveres dos árbitros e das partes, o âmbito das suas responsabilidades, entre outras, não resultam normalmente da convenção de arbitragem. Estas questões são usualmente resolvidas através do contrato de árbitro¹⁹.

Isso não significa que algumas das matérias que normalmente estão incluídas no contrato de árbitro não pudessem estar incluídas na convenção de arbitragem. No entanto, o que se verifica com maior frequência é que a convenção de arbitragem se limita a ser uma cláusula de um contrato, normalmente com uma redacção muito simples. Deixa-se assim a resolução destas questões para um momento posterior - para o contrato de árbitro.

Acresce que na convenção de arbitragem intervêm como partes

¹⁹ Não é frequente que na convenção de arbitragem se indique de imediato a identidade dos árbitros.

apenas as partes no contrato. O árbitros são, por isso, terceiros face à convenção de arbitragem, não sendo dela partes e não ficando vinculados a esta. É, por isso, necessário um instrumento jurídico específico que vigore entre as partes e os árbitros e que regule a relação entre eles existente. Em suma, é necessário um instrumento que regule um outro momento da arbitragem, que não é regulado pela convenção de arbitragem. Só com o contrato de árbitro é que se aperfeiçoa a convenção de arbitragem de forma a se poder constituir uma arbitragem.

O contrato de árbitro surge pois como o segundo contrato no âmbito da arbitragem²⁰ e que, na sequência da convenção de arbitragem, visa regular a arbitragem. Enquanto a convenção de arbitragem tem por fim regular o momento inicial da arbitragem - vinculando as partes ao recurso à arbitragem para a resolução do litígio - o contrato de árbitro visa reger um outro momento. Um momento mais adiantado, em que se pretende constituir e reger o funcionamento do tribunal arbitral, e as relações entre as partes e os árbitros. Assim, embora se trate de dois contratos distintos, são dois contratos que se unem na prossecução de um único fim - a arbitragem. Os contratos em causa encontram-se funcionalmente ligados. O contrato de árbitro é uma consequência da convenção de arbitragem, porque só se celebra quando se celebra uma convenção de arbitragem e por causa da convenção de arbitragem. O contrato de árbitro vem completar a convenção de arbitragem pois esta, embora possa ser mais completa do que a mera cláusula típica de recurso à arbitragem, nunca tem aptidão para regular toda a arbitragem. Isto

²⁰ Contra BERTRAND MOREAU, *Arbitrage International*, in *Répertoire de Droit Commercial*, Tomo I, Dalloz, 1997, art. 5, §3, 77.

sucede porque na convenção de arbitragem não são partes os árbitros.

6 - CONSEQUÊNCIA DA UNIÃO DE CONTRATOS ENTRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O CONTRATO DE ÁRBITRO

Já vimos que o contrato de árbitro é uma decorrência e um desenvolvimento da convenção de arbitragem que vem completar. Importa agora analisar que consequências é que daí resultam.

O contrato de árbitro é celebrado na execução da convenção de arbitragem. Só nestes casos é que se celebram estes contratos. Não se celebram contratos de árbitro sem que exista uma convenção de arbitragem anterior ou contemporânea. Não é possível celebrar um contrato de árbitro em abstracto, sem se saber qual o litígio ou quais as partes a que se refere. Não se podem contratar árbitros na eventualidade de vir a existir um litígio²¹. Só sabendo qual é o caso concreto é que se torna possível aferir da imparcialidade e isenção dos árbitros ou mesmo dos conhecimentos necessários para julgar o caso. Só no momento em que o litígio surja é que se justifica a constituição do tribunal arbitral. O tribunal arbitral normalmente não é um tribunal de funcionamento permanente, é um tribunal constituído para emitir uma decisão quanto a

²¹ Não se quer significar que não se possa, logo na convenção de arbitragem, indicar quem irão ser os árbitros, apenas que não é desde logo celebrado o contrato de árbitro.

um litígio. Só quando existir um litígio é que se pode atribuir aos árbitros o poder de o solucionar, só quando existir um litígio é que se pode celebrar um contrato de árbitro e assim investi-los com o poder jurisdicional que legitima a sua actividade. Assim, para que se celebre um contrato de árbitro é necessária uma prévia ou contemporânea convenção de arbitragem.

O contrato de árbitro encontra-se, portanto, numa relação funcional de dependência, de subordinação face à convenção de arbitragem. O contrato de arbitro só existe no âmbito e nos termos da convenção de arbitragem. Encontramo-nos assim perante uma união de contratos com dependência unilateral. Existe um nexo funcional entre ambos os contratos. O contrato de árbitro vai retirar a sua fundamentação jurídica da convenção de arbitragem, como contrato complementar desta. O seu regime jurídico vai estar sujeito à Lei e à convenção de arbitragem. Parte significativa do regime jurídico aplicável à relação contratual estabelecida entre as partes e os árbitros pode resultar da própria convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem constitui fundamento jurídico do contrato de árbitro. Tal como não se pode normalmente celebrar um negócio cambial sem que se verifique uma relação subjacente, também não se pode celebrar um contrato de árbitro sem que exista uma convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem constitui a relação subjacente ao contrato de árbitro.

Assim, tratando-se de uma união de contratos com dependência unilateral, a subsistência do contrato de árbitro depende da subsistência da convenção de arbitragem. Caso a convenção de arbitragem seja nula,

por exemplo, o contrato de árbitro não pode subsistir. O mesmo se passará se caducar a convenção de arbitragem, ou se esta for revogada²². Neste caso, o contrato de árbitro tem necessariamente de caducar também. A própria função jurisdicional que irá ser exercida pelos árbitros não resulta originariamente do contrato de árbitro. Não é do mero encontro de vontades entre as partes e os árbitros, não é de um mesmo negócio jurídico, que resulta a possibilidade de os árbitros exercerem um poder jurisdicional, a admissibilidade jurídica desse exercício. Esse poder não pode deixar de resultar da Lei, por intermédio da convenção de arbitragem.

A Lei permite que as partes celebrem entre si uma convenção em que se comprometam a resolver um litígio com recurso à arbitragem. Nessa mesma convenção, as partes obrigam-se a celebrar um contrato de árbitro. Da junção destes dois elementos da convenção de arbitragem resulta que a função jurisdicional é um elemento próprio da convenção de arbitragem, e não do contrato de árbitro. É devido à relação existente entre estes dois contratos que o contrato de árbitro recebe esse elemento - o poder jurisdicional de julgar uma causa. O contrato de árbitro só recebe essa função jurisdicional porque está numa relação de contínuo lógico-jurídico com a convenção de arbitragem. Cessando a convenção de arbitragem, cessa o poder jurisdicional dos árbitros.

²² Neste sentido, VAZ SERRA, *União de Contratos – Contratos Mistos*, in BMJ, 91-11, segundo o qual “*havendo esta dependência, os dois contratos (ou o dependente, se a dependência for unilateral) dependem um do outro, de modo que, se um for nulo, o é também o outro e, se um for revogado, se entende revogado também o outro, salvo se da interpretação da vontade das partes outra coisa se concluir*”.

7 - ELEMENTO SUBJECTIVO DO CONTRATO DE ÁRBITRO: AS PARTES E OS ÁRBITROS

Um dos problemas que se suscita quanto ao contrato de árbitro é o de saber quem são as partes neste contrato.

A identificação do elemento subjectivo nos contratos é, normalmente, tarefa relativamente fácil e que não justifica menção expressa. No entanto, no contrato de árbitro a situação é totalmente diversa. Neste contrato o problema de saber como é composto o elemento subjectivo levanta-se com alguma acuidade.

Ao intervirem várias pessoas na arbitragem torna-se necessário saber se, entre partes e árbitros, há apenas um contrato que vincula todas essas pessoas, ou se há vários contratos com relações específicas entre cada conjunto de pessoas. O problema surge fundamentalmente porque, na arbitragem com mais do que um árbitro, o regime regra consiste em cada parte escolher um árbitro, cabendo a esses dois árbitros a escolha do terceiro. Neste casos, não há nenhum árbitro que seja escolhido por mútuo acordo entre as partes. Ou são escolhidos por vontade unilateral de uma das partes, ou são escolhidos sem qualquer vontade das partes (caso do árbitro presidente e dos árbitros nomeados por terceiros).

Uma das hipóteses seria a de se tratar de um complexo de relações

contratuais, celebradas ou contraídas entre cada parte e o árbitro que nomeia. Assim teríamos um contrato entre cada parte e o árbitro por ela nomeado. Surgiria então outra questão que seria a de saber como é que se justificava a contratação do terceiro árbitro. Este árbitro não foi nomeado directamente por nenhuma das partes. A não ser que se entenda que as partes ao nomearem os árbitros lhes outorgam os poderes de representação necessários para escolherem um terceiro árbitro. Esta solução não pode ser aceite. Trata-se de uma solução artificial.

O defeito desta solução não está na lógica da solução em si. O defeito está em se ignorar a especial natureza do contrato de árbitro e a relação particular existente entre o contrato de árbitro e a convenção de arbitragem. Se cada parte contratasse um árbitro, esse árbitro passaria a estar vinculado apenas a essa parte. Seria um verdadeiro árbitro de parte. Ora isso não é admissível. Os árbitros, todos os árbitros, têm de ser imparciais e independentes. Os árbitros não podem ser das partes, só podem ser do tribunal arbitral. A existência de árbitros de parte neste sentido implica a sua confusão com advogados. Essa não é de todo a sua função. A sua função é julgar a causa, não é patrocinar ou defender uma das posições. A actuação dos árbitros como advogados das partes apenas pode ter como consequência a degradação da arbitragem enquanto instituição.

Outra hipótese é a de considerar que se celebra apenas um único contrato que vincula todos os intervenientes na arbitragem - árbitros e partes. Neste caso teríamos de um lado o conjunto das partes e do outro o conjunto do árbitros. O recurso à convenção de arbitragem e à natureza

do contrato de arbitragem impõe-se mais uma vez.

Segundo o conteúdo da convenção de arbitragem, as partes devem escolher os árbitros. Não é a lei que os escolhe²³, são as partes. O caso em que cada parte escolhe um árbitro sendo o terceiro escolhido pelos outros é apenas exemplo de um método de escolha possível. O que é essencial é que sejam as partes a escolher os árbitros ou o indicar o método pelo qual devem ser escolhidos os árbitros. É esse, aliás, o regime jurídico supletivo vigente na lei de arbitragem portuguesa (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto).

Assim, o que resulta da convenção de arbitragem é que as partes, por mútuo acordo, determinam o método de escolha dos árbitros. O facto de ser cada parte a indicar um árbitro não é um poder próprio de cada parte, mas apenas o resultado do acordo das partes. Assim, quando uma parte indica um árbitro, está apenas a comportar-se de acordo com o que foi convencionado com a outra parte. Não se trata de cada parte indicar o “seu” árbitro²⁴. Trata-se antes de cada parte indicar um árbitro segundo o que foi acordado entre elas. As partes agem em conjunto na determinação do que é verdadeiramente relevante: o método de escolha dos árbitros. Nos casos, de longe mais frequentes, em que o método aplicável é de que cada parte indica um árbitro sendo o terceiro escolhido pelos outros dois

²³ No art. 7º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto deixa-se a escolha dos árbitros no âmbito da autonomia privada, sendo apenas estabelecido um critério supletivo.

²⁴ Neste sentido CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 43, para quem “*l'arbitre qui a accepté sa mission se trouve avec les parties – et non pas seulement avec la partie qui l'a éventuellement désigné – dans les liens d'un contrat dit d'investiture*”.

árbitros, a efectiva indicação dos árbitros não é mais do que o cumprimento da vontade de ambos. Assim, quando uma das partes escolhe um árbitro, está a comportar-se dessa forma em obediência à vontade de ambas. Está a agir em conjunto com a outra parte. Como dizem GOURION e PEYRARD, na arbitragem comercial “*d’un commun accord, les parties choisissent leur juge, la loi de procédure et la loi applicable au fond*”²⁵. Deve, por tudo isto, concluir-se que na escolha dos árbitros as partes agem em conjunto.

Resolve-se, deste modo, uma das partes do problema. No contrato de árbitro, um dos lados é composto pelas partes na convenção de arbitragem. Resta, porém, saber se do outro lado estão os árbitros na globalidade, ou individualmente considerados. Se for o primeiro caso, temos apenas um contrato, se for o segundo temos tantos contratos quantos os árbitros.

Também aqui a convenção de arbitragem é de grande importância. Segundo a convenção de arbitragem, cabe às partes a nomeação dos árbitros ou a indicação do método pelo qual devem ser escolhidos. Isto parece indicar que as partes escolhem os árbitros. Mas, este argumento individualmente considerado nada nos diz quanto aos árbitros serem um conjunto de pessoas ou não.

No entanto, outros argumentos existem que podem auxiliar na resolução deste problema. Quando as partes escolhem os árbitros não estão a escolher pessoas individualmente consideradas, estão a constituir

²⁵ PIERRE-ALAIN GOURION / GEORGES PEYRARD, *Droit du commerce international*, 2ª edição, L. G. D. J., Paris, 1997, pág. 190.

um tribunal. A lógica é de que o contrato seja celebrado entre as partes e o tribunal. Os árbitros seriam considerados globalmente, enquanto membros do tribunal. O contrato seria, portanto, celebrado entre as partes e o tribunal, mesmo que este fosse constituído por várias pessoas.

Nem poderia ser outro o resultado. Imaginemos o que seria se existissem tantos contratos quanto os árbitros, e cada contrato com a sua própria lei. Esta solução parece inaceitável.

Assim, parece ser de aceitar que o contrato de árbitro é celebrado, por um lado, pelas partes na convenção de arbitragem, e pelo outro, pelo conjunto dos árbitros. O contrato, assim configurado, tem duas partes: de um lado, uma parte colectiva que integra as partes na convenção de arbitragem, e de outro, outra parte colectiva constituída pela pluralidade dos árbitros que constituem o tribunal arbitral²⁶.

8 - MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE ÁRBITRO.

Outro problema que se levanta é o de saber quando é que o contrato é celebrado. Esta é uma questão importante, pois o momento da celebração é da maior importância para questões como a

²⁶ Contra, no âmbito da ordem jurídica alemã, OTTO ARNDT GLOSSNER, *Commercial arbitration in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Antwerp – Boston – London – Frankfurt, 1984, pág. 12.

responsabilidade contratual dos árbitros, deveres de sigilo, deveres de imparcialidade e outros.

O problema surge mais uma vez em resultado da complexidade subjectiva deste contrato e como tal a sua resolução é mais complexa do que na generalidade dos contratos. Em geral, os contratos consideram-se celebrados com a aceitação pela contra-parte. O problema, no caso do contrato de árbitro, é o de que para além de normalmente a contra-parte ser colectiva, a parte declaratória é sempre colectiva.

Uma arbitragem pode ter vários árbitros e nem sempre estes são contactados todos ao mesmo tempo respondendo ao mesmo tempo. Acresce que, nos casos em que o método de escolha é o típico - cada parte escolhe um árbitro e os dois árbitros escolhem o terceiro - os árbitros não são contactados todos pela mesma pessoa, para além de que as partes não sabem quando é que o terceiro árbitro é contactado (pois é contactado pelos outros árbitros e não pelas partes). Toda esta complexidade no processo de contratação levanta grandes problemas.

O que normalmente se passa quando as partes iniciam os contactos para escolher os árbitros é que a parte procede a um primeiro contacto com o árbitro para saber da sua eventual disponibilidade para ser árbitro naquele caso. Parece que neste momento ainda não há uma verdadeira proposta. No entanto, o problema surge quando um dos árbitros já foi convidado e já aceitou, mas os outros ainda não aceitaram. Ou, caso mais frequente, já foram escolhidos dois árbitros, que aceitaram, mas ainda não foi escolhido o terceiro, normalmente o Presidente. Neste caso o contrato já está celebrado ou não? A dificuldade surge devido à falta de

um acto material que traduza o contrato ou, pelo menos, a aceitação por parte dos árbitros. Quando há um acto material de celebração do contrato é fácil indicar o momento de celebração. No entanto, normalmente esse acto não existe, o que levanta dificuldades para definir o momento da celebração.

O contrato de árbitro é normalmente um contrato de celebração progressiva. Não é celebrado, vai sendo celebrado. Sendo um contrato com uma pluralidade de pessoas de cada lado e sendo necessário que todas as pessoas aceitem o contrato, o contrato só está celebrado quando todos tiverem aceite o contrato. Em vez de existir um acto único de celebração do contrato como acontece na generalidade dos contratos, o que normalmente sucede no contrato em causa é uma celebração progressiva. De cada vez que um dos árbitros aceita o encargo o contrato fica mais próxima do estado final de celebração, fica mais completo. Assim sendo, só quando a última pessoa aceita ser árbitro é que se pode dizer que o contrato está efectivamente celebrado. Aliás, nos termos do art. 19º, nº3 da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, só a partir deste momento é que se inicia a contagem do prazo para a decisão. O que se justifica, pois antes desse momento, antes do contrato estar celebrado, o prazo não pode correr.

Em conclusão, o contrato só se considera celebrado com a aceitação do último árbitro – normalmente o árbitro presidente. Só quando todos os árbitros tiverem aceite o encargo é que o contrato está celebrado.

9 - MOMENTO INTERMÉDIO

Já concluímos que o contrato de árbitro só se encontra celebrado com a aceitação do último árbitro, normalmente o terceiro árbitro. Só a partir desse momento é que o contrato está em vigor, encontrando-se o tribunal arbitral constituído.

Surge agora uma nova questão que resulta desta formação sucessiva do contrato de árbitro. Se o contrato só está celebrado com a aceitação do último árbitro, o que é que sucede ao contrato durante o período que vai desde a aceitação do primeiro árbitro até à aceitação do último árbitro.

Uma hipótese a considerar é a de que os árbitros só ficam efectivamente vinculados com a aceitação por parte de todos os árbitros. Esta solução, no entanto, não é de aceitar.

Existem vários deveres dos árbitros que não estão dependentes do efectivo exercício das funções de arbitragem. Deveres de imparcialidade, deveres especiais de informação, deveres de sigilo e outros que dependem da existência do contrato. Entre esses deveres, avultará em muitos casos o dever de nomear o terceiro árbitro. Se se considerar que o contrato só está em vigor a partir da aceitação do último árbitro não se consegue fundamentar esses deveres. Outra hipótese é considerar que o contrato de árbitro se foi celebrando aos poucos, mas que cada árbitro está vinculado desde a data da sua aceitação.

Com a aceitação do contrato de árbitro, o árbitro fica vinculado. Embora o contrato seja plurisubjetivo, parece que será de aceitar que cada árbitro fica vinculado com a sua própria aceitação. Não é com a aceitação do último árbitro que se opera a vinculação de todos os árbitros. A vinculação dos árbitros opera-se árbitro a árbitro. No entanto, o contrato propriamente dito só se deve considerar como concluído com a aceitação do último árbitro²⁷. Só a partir desse momento é que deverão ser contados todos os prazos, nomeadamente o prazo para completar e concluir o processo. O processo de contratação é pois bastante mais complexo do que é normal na generalidade dos outros contratos.

Outro problema que se levanta é o de saber perante quem é que os árbitros estão vinculados antes da conclusão do contrato.

Partindo do caso típico, cada parte indica um árbitro. Se esses árbitros aceitarem a proposta perante quem é que estão vinculados: perante a parte que os indicou ou perante ambas as partes? O problema põe-se porque aparentemente cada parte escolheu um árbitro, fez uma proposta a esse árbitro e esse árbitro aceitou essa proposta. Se assim fosse, a vinculação constituir-se-ia perante essa parte e essa parte apenas. No entanto, como já referimos, esta posição não é de aceitar. O árbitro, mesmo quando é escolhido por uma das partes, é escolhido em obediência a um critério que resulta da vontade de ambas as partes. Assim é escolhido por ambas as partes. É apenas a designação que cabe a cada uma das partes, mas o seu fundamento está ligado a ambas as partes.

²⁷ Caso se verifique a existência de um acto único de celebração a questão não trará dificuldades de maior, pois será fácil aferir qual o momento de celebração.

Se no momento em que se procedeu à análise dessa questão se recorreu a determinados argumentos, agora novos argumentos acrescem a esses.

O complexo de direitos e deveres que deriva da relação entre os árbitros e as partes é constituído por um conjunto de direitos e deveres dos árbitros em relação a ambas as partes. Direitos e deveres esses que só têm razão de ser se vigorarem em relação a ambas as partes. Assim, não se compreenderia que um árbitro só tivesse dever de independência, dever de sigilo, ou dever de escolher o terceiro árbitro em relação a uma das partes. Ora, se o árbitro só estivesse vinculado a uma das partes só teria esses deveres perante essa parte. E, em caso de violação desses deveres, só seria responsável perante essa parte, pois não se tinha obrigado ainda em relação à outra parte. Não parece que seja de aceitar este resultado. Os árbitros, quando são contratados, são contratados por ambas as partes, ainda que seja apenas uma delas a escolher cada um deles.

Assim, os árbitros, ao aceitarem ser árbitros, ficam vinculados perante ambas as partes e ambas as partes ficam vinculadas perante os árbitros. Mesmo apesar de normalmente suceder que quando uma arbitragem é cancelada após a aceitação dos árbitros cada parte é responsável pelo pagamento dos honorários do árbitro que indicou. No entanto, esta prática não parece implicar que o árbitro apenas esteja vinculado perante essa parte. Trata-se somente de uma prática de divisão de custos, que não influencia a estrutura do contrato de árbitro.

10 - ALGUMAS QUESTÕES RELATIVAS AO CONTEÚDO DO CONTRATO DE ÁRBITRO.

10.1 – OBRIGAÇÕES DOS ÁRBITROS.

a) OBRIGAÇÃO DE JULGAR.

A obrigação principal dos árbitros consiste no dever de julgar a causa que lhes é apresentada pelas partes. Esta é, aliás, a prestação característica do contrato de árbitro. A recusa em julgar, ou o mero cumprimento defeituoso deste dever, constitui uma violação do contrato de árbitro.

Os árbitros têm uma obrigação de julgar o litígio de acordo com a convenção de arbitragem e o Direito. Têm o dever de obedecer ao que vier prescrito na convenção, ou noutro instrumento e na lei, sobre o modo como a arbitragem deve ser efectuada, Quer quanto a questões materiais como a lei aplicável ao fundo, quer quanto a questões processuais, como a lei aplicável ao processo, sede da arbitragem, prazo da arbitragem e outras questões. Uma violação destas disposições implica um incumprimento contratual.

No entanto, a vinculação dos árbitros a julgarem não implica necessariamente uma vinculação a julgarem de tal forma que não seja

possível pôr em causa essa decisão.

Uma das razões por que se recorre à arbitragem é a de, através da possibilidade de se escolher os árbitros, se poder determinar o nível de qualidade de quem vai decidir o litígio. Casos especiais podem implicar qualidades especiais por parte dos árbitros. Se o litígio fosse apresentado perante um Tribunal estadual as partes tinham de se conformar com a qualidade do Tribunal, e teriam muitas vezes de recorrer a peritagens para informar o Tribunal sobre determinadas matérias. Ao recorrer à arbitragem as partes escolhem para árbitros pessoas que, no seu entender, reúnem as qualidades necessárias para decidir o litígio. Assim, na arbitragem verifica-se uma tendencial maior qualidade do que nos processos judiciais.

Essa maior qualidade, no entanto, não pode implicar para os árbitros uma responsabilidade pela justiça material da decisão. De outra forma, cada vez que uma sentença arbitral era revista ou anulada por um tribunal de recurso, isso implicava que tinha havido um cumprimento defeituoso do contrato. Os árbitros têm uma obrigação de zelo e de diligência no exercício das suas funções, mas não têm uma obrigação de atingir com a decisão a justiça material. Isso é inexigível, quer aos árbitros, quer a qualquer pessoa.

b) IMPARCIALIDADE, INDEPENDÊNCIA E NEUTRALIDADE.

Entre as obrigações dos árbitros avulta a obrigação de imparcialidade, independência e neutralidade. Para determinar em que é

que consiste a imparcialidade dos árbitros, e tendo em consideração a grande semelhança que existe entre a actividade dos juizes estaduais e a actividade dos árbitros no que é relevante para esta questão, pode recorrer-se às regras aplicáveis aos juizes estaduais²⁸. Posição esta adoptada pela Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, que faz aplicar aos árbitros que não são nomeados por acordo das partes o regime de impedimentos e escusas aplicável aos juizes. No entanto, este regime não resolve todas as questões, quer por não ser aplicável a todos os árbitros²⁹, quer por não resolver de forma completa os problemas específicos que surgem na arbitragem.

Os árbitros, no exercício da sua actividade devem sempre, e a todo o tempo, ser imparciais e independentes. Estes comportamentos são fundamentais para o bom exercício das funções jurisdicionais que lhes são cometidas.

Assim, um árbitro não pode ser consultor de uma das partes. Embora seja frequente que cada parte nomeie um árbitro, os árbitros não

²⁸ E.R.LANIER / HANS DOLINAR, *The judicial analogue: on the impartiality of arbitral tribunals in international commercial arbitration*, in Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, tomo 42, suplemento nº4, 1992, págs. 619 e segs. também defendem que, tendo em consideração a analogia das situações, as regras estaduais de imparcialidade aplicáveis aos juizes influenciam decisivamente as regras de imparcialidade aplicáveis nas arbitragens; OTTO ARNDT GLOSSNER, *Commercial arbitration in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Antwerp – Boston – London – Frankfurt, 1984, págs. 13 e 14, parece ir mais longe, defendendo que juiz e árbitro se encontram na mesma posição.

²⁹ Quando os árbitros são nomeados por mútuo acordo entre as partes não se justifica a aplicação do regime jurídico das escusas e impedimento do Código de Processo Civil, pois ao serem escolhidos por ambas as partes estas aceitam as relações que possam existir e que poderiam ser motivo de impedimento ou escusa.

são árbitros de parte, ou árbitros parciais. Os árbitros, ao fazerem parte do tribunal, devem manter-se sempre imparciais e independentes das partes. Só assim se poderá manter a integridade do sistema da arbitragem. O árbitro não pode ser nem favorável nem desfavorável em relação quer às partes quer aos outros árbitros. Entre os árbitros e as partes, e entre os árbitros entre si³⁰, não pode existir nenhuma ligação que possa comprometer a imparcialidade da sentença. Enquanto a imparcialidade consiste numa característica subjectiva do árbitro, faz parte do seu estado de espírito face à arbitragem, a independência é uma questão objectivamente determinável³¹. A independência afere-se pela relação dos árbitros com as partes, enquanto que a imparcialidade se afere em relação ao litígio³².

Na arbitragem comercial internacional, ao conjunto da imparcialidade e da independência acresce ainda uma obrigação, a obrigação de neutralidade³³.

Embora na arbitragem internacional se levantem todos os mesmos problemas relativos a relações existentes entre os árbitros e as partes que podem comprometer a sua independência e imparcialidade, levanta-se

³⁰ Se, por exemplo, um dos árbitros for trabalhador de outro árbitro, se existirem relações familiares entre esses árbitros, ou mesmo uma inimizade profunda entre árbitros, a sua independência e imparcialidade, pode ser posta em causa.

³¹ Neste sentido FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, pág. 582 (§ 1028).

³² Neste sentido CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, págs. 40 e 41.

³³ FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, pág. 587 (§1036).

também outros problema. Não tanto ao nível da independência, que está sujeita aproximadamente aos mesmos problemas, mas mais ao nível da imparcialidade. Os problemas consistem na possibilidade da relação do árbitro com determinado sistema jurídico, social ou cultural em que se integra poder influenciar a sua neutralidade³⁴. O árbitro deve ser imparcial, no sentido de o seu agir não prejudicar nenhuma das partes. É possível que o árbitro, ao se encontrar integrado no âmbito de determinado sistema jurídico, social ou cultural, possa não conseguir agir de forma imparcial. Assim, por exemplo, um árbitro da mesma nacionalidade de uma parte terá uma maior tendência para aderir à posição dessa parte. Pelo contrário, se o árbitro for de outra nacionalidade poder-se-á presumir que não existem grandes problemas quanto a esta questão. O mesmo se diga se um dos árbitros for membro de uma etnia rival de uma das partes.

O que torna esta questão de grande importância é a dificuldade de identificação prévia de uma falta de imparcialidade. Se, por exemplo, uma das partes designar como árbitro alguém que tem uma relação profissional com a outra parte, embora a parte que indicou o árbitro possa não ter conhecimento desse facto, o árbitro tem certamente esse conhecimento. Razão pela qual terá de comunicar esse facto a ambas as partes. No entanto, se a questão se levantar a um nível cultural ou, por exemplo, religioso, o factor que põe em causa a neutralidade é mais

³⁴ Para CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 41, a neutralidade “signifierait la faculté pour l'arbitre de conserver indépendance et impartialité dans l'environnement international caractérisé par des différences politiques, culturelles ou religieuse”.

difícil de controlar. É mais difícil de controlar porque é, em última análise, mais difícil de identificar. A dificuldade de identificação pode resultar da não identificação da questão como uma questão relevante, como um problema. Como problema, a perigosidade não advém da natureza do próprio problema em si, resulta de se não identificar a questão como um problema. Assim, um elemento que, de início, pode não ser identificado como podendo pôr em causa a neutralidade, pode tornar-se uma questão relevante. Ou seja, enquanto as questões de independência continuem a ser relativamente fáceis de identificar, as questões relativas à imparcialidade dos árbitros tornam-se mais problemáticas face ao acréscimo de possibilidades de factores idóneos para pôr em causa a imparcialidade dos árbitros – a sua neutralidade.

Assim, os árbitros, ao agirem nessa qualidade, devem manter uma atenção cuidadosa a questões que podem pôr em causa a sua neutralidade, quer a questões que comumente são aceites como pondo em causa a neutralidade de um árbitro, como questões mais subtis, entre as quais, por exemplo, a nacionalidade, o sistema jurídico em que se integra, o ambiente cultural, a religião, ou outros. Naturalmente que as questões a ter atenção, dependerão do caso concreto. Nem sempre a religião dos árbitros será uma questão relevante, tal como nem sempre a sua nacionalidade será importante para aferir da neutralidade dos árbitros.

Decorrendo do dever de neutralidade, encontra-se o dever de informação quanto a questões que possam pôr em questão a sua neutralidade. Tendo em consideração que todos os árbitros devem ser

neutros, qualquer elemento de perturbação dessa neutralidade deve ser comunicado às partes, de forma a que estas possam ajuizar sobre a escolha ou manutenção do árbitro.

Este dever surge em dois momentos distintos da vigência do contrato de árbitro. O primeiro momento verifica-se quando o árbitro recebe o convite para ser árbitro. Nesse momento o futuro árbitro deve informar as partes, todas as partes e não apenas a que o escolheu, de todas as questões que possam pôr em causa a sua neutralidade. Deve informar toda as partes porque, embora o convite seja normalmente feito apenas por uma parte, o contrato é celebrado com ambas as partes. Com este sistema de escolha de árbitros pretende-se que cada parte possa ter um árbitro da sua confiança, que possa controlar a idoneidade do processo arbitral. Acresce que ambas as partes têm um interesse juridicamente relevante sobre todas as questões relativas à neutralidade dos árbitros. Como já foi referido, os árbitros, embora sendo normalmente designados por uma das partes, não são árbitros de parte, árbitros parciais. Devem julgar o litígio de forma imparcial. Ser da confiança de uma das partes não significa ser parcial a favor dessa parte³⁵. Os árbitros devem ser da confiança de ambas as partes. Uma das partes confia no árbitro pois, em princípio, já o conhece e sabe que reúne as condições necessárias para que possa nele depositar a sua confiança, e por isso o indicou; a outra parte confia pois não existem elementos que a levam a suspeitar da neutralidade do árbitro. Razão pela qual devem ser fornecidas a ambas as partes as informações sobre as questões que podem

³⁵ Não se acompanha a posição americana - seguida pela *American Arbitration Association* - de que o árbitro de parte pode ser parcial.

pôr em causa a neutralidade dos árbitros. Só assim é que ambas as partes poderão confiar na totalidade dos árbitros indicados.

No entanto, o dever de informação dos árbitros não se extingue nesse momento. A todo os tempo no decurso da arbitragem, devem os árbitros comunicar às partes e aos outros árbitros o surgimento de alguma questão que possa pôr em causa a sua neutralidade. Será o caso, por exemplo, de um dos árbitros trabalhar numa empresa que, no decurso da arbitragem, é adquirida por uma das partes. O facto de o árbitro se encontrar numa situação de total neutralidade à data da aceitação do contrato de árbitro não implica que se mantenha assim no decurso de toda a arbitragem.

Assim, os árbitros devem manter sempre uma rigorosa neutralidade ao longo de toda a arbitragem, e devem informar as partes sobre a existência de qualquer questão que possa pôr em causa essa mesma neutralidade. Só assim poderão exercer devidamente o poder jurisdicional que lhe foi conferido.

A violação do dever de sigilo, enquanto violação do contrato de árbitro, implica o incumprimento do contrato

c) DEVER DE SIGILO

Uma das obrigações que recai sobre os árbitros é a obrigação de sigilo. Esta obrigação é da maior importância para a arbitragem enquanto

instituição. Muitas vezes as partes recorrem à arbitragem exclusivamente para que o litígio, ou a solução deste, não seja conhecida por terceiros. Recorrem à arbitragem por esta ser mais discreta do que os tribunais estaduais³⁶ Especialmente no comércio internacional onde, de modo ainda mais acentuado, “o segredo é a alma do negócio”.

No entanto, embora o sigilo seja da maior importância para a arbitragem enquanto instituição, não é absolutamente necessário. A existência de sigilo é típica na arbitragem comercial internacional. De tal modo que, tratando-se de um contrato de árbitro no âmbito de uma arbitragem comercial internacional, o conteúdo do contrato inclui a obrigação de segredo. Embora se trate da situação típica, pode haver arbitragens em que os árbitros não estejam vinculados a um dever de sigilo. Mas serão sempre situações excepcionais, devendo como tal, haver indicação expressa nesse sentido. Segundo GAILLARD “*même si dans la plupart des systèmes juridiques la règle de la confidentialité n’est pas écrite, la tradition est telle que les parties sont en droit de penser que, à défaut de stipulation contraire, la sentence ne fera l’objet d’aucune publicité sans leur consentement conjoint*” ainda segundo o mesmo autor, “*cette convergence de la pratique internationale permet de voir dans la confidentialité un principe de droit supplétif...*”³⁷. Deve, por isso, concluir-se que o dever de sigilo faz parte do tipo contratual em causa, sendo necessária cláusula expressa para que não vigore.

³⁶ Neste sentido JACQUES BÉGUIN, *L’arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Québec, 1987, pág. 9 e segs., esp. 12 a 14.

³⁷ EMMANUEL GAILLARD, *Le principe de confidentialité de l’arbitrage commercial international*, in *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1987, pág. 153 e

A obrigação de manter o sigilo que recai sobre os árbitros não se extingue com o fim da arbitragem. Esta obrigação, que abrange todas as informações que os árbitros tomaram conhecimento através e por causa da arbitragem, mantêm-se indeterminadamente. Trata-se de uma modalidade de “pós-eficácia” da obrigação de sigilo, de uma eficácia continuada da obrigação de sigilo. Extinta a obrigação principal e, no caso do contrato de árbitro, extintas todas as outras obrigações, a obrigação de sigilo continua válida³⁸. Só desta forma é que se pode assegurar a eficácia do dever de sigilo e, portanto, a manutenção da arbitragem como um sistema eficaz de resolução de litígios em comércio internacional.

d) DEVER DE NOMEAR OUTRO ÁRBITRO.

Uma das obrigações que, no caso típico, recai sobre alguns dos árbitros é a de escolher o terceiro árbitro. No caso típico, o método de escolha dos árbitros consiste em cada parte indicar um árbitro, cabendo aos dois árbitros indicados pelas partes a escolha do terceiro árbitro - do árbitro presidente.

Trata-se de uma obrigação que nasce com a aceitação pelo árbitro

segs. esp. pág. 154.

³⁸ Para MENEZES CORDEIRO, *Da Pós-eficácia das Obrigações*, in Estudos de Direito Civil, Vol. I, pág. 179, “acontece apenas que, numa obrigação de conteúdo complexo, se extingue o dever de prestar principal, continuando todos os demais elementos, que já se manifestavam, até ao seu cumprimento integral”, no entanto não se vê razão para que tenham de se manter todos os demais elementos em vigor, parecendo que nada se opõe a que apenas um elemento se mantenha.

do encargo, antes de se considerar o contrato como plenamente celebrado. Naturalmente que a obrigação dos árbitros nesta questão não é de resultado. Os árbitros devem tomar as diligências necessárias e exigíveis de acordo com a boa fé para chegarem a acordo. Nomeadamente, pela constituição de uma lista de escolhas possíveis. O facto de os árbitros não chegarem a acordo, depois de diligentemente o tentarem, não implica uma violação das suas obrigações, pois só estão obrigados a tentar chegar a acordo.

Note-se que neste momento os árbitros já estão vinculados à obrigação de neutralidade. Assim, quando cada um dos árbitros já nomeados fizer a sua proposta não deverá indicar um árbitro que sabe ser parcial ou não independente. Os árbitros estão vinculados a escolher uma pessoa neutra. Caso não o façam podem levantar-se questões de responsabilidade pela escolha feita.

e) CUMPRIMENTO DE PRAZOS.

Um dos deveres que decorre do dever de julgar é o de respeitar os prazos, especialmente o prazo para emitir a sentença.

A obrigação de emitir a sentença num determinado prazo a contar do início da arbitragem (que como já vimos se considera como a data de aceitação pelo último árbitro), é fundamental para a arbitragem como instituição. Tal como acontece com o sigilo, uma das razões que leva as

partes a escolher a arbitragem, muitas vezes a única, é a celeridade deste processo. A possibilidade de violação desses prazos poria em causa toda a instituição. Assim, os árbitros têm de considerar o respeito pelo prazo para terminar a arbitragem como uma das suas principais obrigações.

10.2 - OBRIGAÇÕES DAS PARTES

As obrigações das partes no que respeita ao contrato de árbitro não são tão complexas como as dos árbitros. As partes, a partir da celebração do contrato de árbitro, assumem uma posição mais ou menos passiva.

No entanto, isso não implica que não recaiam sobre as partes obrigações para com os árbitros. Uma dessas obrigações é a obrigação de cooperação com os árbitros³⁹, que consiste numa concretização do dever de boa fé na execução dos contratos previsto no art. 762º, nº 2 do Código Civil. No decurso do processo arbitral as partes devem, a todo o tempo, cooperar com os árbitros. Quer fornecendo os meios de prova exigidos pelo tribunal arbitral, quer, se necessário, pondo à disposição deste os meios logísticos exigíveis para o exercício das suas funções. Um dos deveres que daqui resulta é o dever de diligência que recai sobre as partes. Este dever, para além de processual, tem consequências ao nível

³⁹ Neste sentido MATTHIEU DE BOISSÉSON, *La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1990, nº2, pág.349.

contratual no que respeita às relações entre as partes e os árbitros. Se uma das partes recorre a manobras dilatórias, tal comportamento deve ser considerado como uma violação do contrato de árbitro.

Outro dever que recai sobre as partes é o dever de pagar o honorários dos árbitros, e as custas do processo. Tipicamente o contrato de árbitro é oneroso, embora nada o obrigue. Assim, cabe às partes a obrigação de pagar os honorários dos árbitros. Quanto às custas sucede o mesmo, valendo o art. 1167º, al. c) do Código Civil.

No entanto, não é usual que o montante dos honorários e das custas esteja positivado na Lei⁴⁰, sendo isso que sucede em Portugal⁴¹. Assim, ou o montante dos honorários é acordado entre as partes e os árbitros, ou será fixado tendo em conta as tarifas profissionais, na falta deste os usos e na falta de ambos fixam-se os honorários com recurso à equidade— art. 1158º, n.º 2 do Código Civil.

Uma questão que se levanta no que respeita à distribuição da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das custas é saber qual das partes é responsável e em que medida. Nesta questão existem duas práticas mais frequentes, sendo embora uma delas aquela que se deve considerar típica e, portanto, subsidiariamente aplicável.

A primeira prática é a de as partes acordarem, logo de início, em dividir todos os custos com a arbitragem – incluindo quer honorários,

⁴⁰ Embora isso por vezes suceda, como é o caso do Código de Processo Civil italiano, que regula estas matérias.

⁴¹ Pelo contrário, os regulamentos de arbitragem têm frequentemente tabelas de honorários e custas previamente definidas.

quer custas do processo. Quando isto sucede, é normal que cada parte pague os honorários do árbitro que indicou, sendo os honorários do árbitro presidente e as custas do processo suportadas por ambas as partes.

A segunda prática, que constitui a modalidade típica, é a de deixar para o tribunal arbitral a decisão sobre as custas do processo, fazendo incluir nestas os honorários dos árbitros. Assim, na decisão arbitral, para além de se pronunciar sobre a resolução do litígio, o tribunal pronunciar-se-à sobre o montante das custas e dos honorários⁴² e sobre a sua distribuição entre as partes. O que é típico suceder, à semelhança dos processos judiciais, é que as partes são condenadas no pagamento das custas e honorários na medida do decaimento.

11 - RESPONSABILIDADE DOS ÁRBITROS.

A questão da responsabilidade dos árbitros pelo incumprimento do contrato de árbitro, ou pelo cumprimento defeituoso, é da maior relevância para a arbitragem. De tal forma que existe disposição expressa na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto – o art. 9º, nº3 – que regula a responsabilidade dos árbitros pela recusa injustificada em exercer o cargo.

A arbitragem como instituição depende da confiança que as partes

⁴² O que, por vezes, implica uma auto-liquidação dos honorários dos árbitros.

depositam nos árbitros. As partes esperam que os árbitros se comportem de acordo com as regras contratuais a que estão vinculados. No entanto, a mera confiança nas pessoas dos árbitros não justifica a confiança depositada na arbitragem comercial internacional enquanto instituição. Só com a responsabilização dos árbitros pelas violações contratuais é que a arbitragem comercial internacional se mantém com a força que tem.

Pelo outro lado, os árbitros não podem ser responsabilizados por tudo, ou melhor, os árbitros não podem ser responsabilizados por todas as violações contratuais. A função decisória dos árbitros consiste fundamentalmente em apreciar os factos e aplicar o direito, de modo a decidir o litígio que lhes é apresentado. Tanto na apreciação da matéria de facto, como na aplicação do direito podem verificar-se erros. Estes erros consubstanciam um cumprimento defeituoso do contrato imputável aos árbitros. Acresce que, em teoria, é relativamente fácil saber quando os árbitros não decidem devidamente a causa. Basta que o recurso seja procedente⁴³. Ora, responsabilizar os árbitros por situações desta natureza é o mesmo que acabar com a arbitragem, pois nunca mais ninguém aceitaria ser árbitro. O problema está em encontrar o ponto de equilíbrio contratual de responsabilidade.

Uma das hipóteses seria atribuir aos árbitros a mesma imunidade que os juizes estatais têm. O problema consiste em a imunidade dos juizes resultar da Lei e de não haver nenhuma lei que a faça estender aos

⁴³ Embora, nos termos do art. 34º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, a regra seja a da irrecorribilidade das decisões em arbitragem comercial internacional, a mesma disposição admite a possibilidade de recurso desde que haja acordo nesse sentido e se tenha regulado os termos do recurso.

árbitros. Assim, e enquanto não houver nenhuma Lei nesse sentido, os árbitros não poderão beneficiar de imunidade.

O problema terá de ser resolvido a nível contratual. Acresce que, tratando-se de um contrato, o problema é de responsabilidade contratual⁴⁴, regendo o art. 799º do Código Civil, presumindo-se a culpa do devedor – o árbitro.

O problema é, fundamentalmente, um problema de distribuição de risco, e como tal resolve-se através do recurso ao plano de risco do contrato. Sabendo por quem correm que riscos sabemos como resolver o problema. Assim o problema é saber por que riscos respondem os árbitros e por que riscos respondem as partes.

Quando as partes recorrem à arbitragem, fazem-no muitas vezes para, desse modo, poderem controlar a qualidade do tribunal. Como já foi referido, sendo as partes a escolher os árbitros, estas podem imprimir à arbitragem um nível qualitativo que de outro modo não poderiam ter a certeza de obter. No entanto, mesmo com um nível de qualidade superior, a possibilidade de a decisão arbitral vir a ser alterada em sede de recurso existe sempre, quer as partes recorram a Tribunais estaduais, quer recorram a tribunais arbitrais. As partes quando recorrem à arbitragem sabem, de antemão, da possibilidade de erros de apreciação da matéria de facto e de erros na aplicação do direito. Sabem-no e conformam-se com essa situação. Pelo outro lado, não se pode exigir aos árbitros que não errem . *Errare humanum est*. Também não parece que seja aceitável

⁴⁴ Neste sentido CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 43.

responsabilizar os árbitros por erros que, se fossem praticados por um juiz estadual este não seria por eles responsabilizado. Assim, os erros de apreciação da matéria de facto e de aplicação do direito correm pelas partes, são abrangidos pelas partes no plano de risco do contrato de árbitro. “*Les arbitres ne souscrivent pas la obligation de bien juger. Elle serait inhumaine: la justice est le plaisir de Dieu seul*”⁴⁵. Mas não em todos os casos.

Tendo a parte provado que o árbitro violou um dever contratual, caberá ao árbitro provar que essa violação contratual não resulta de culpa sua – dolo ou negligência⁴⁶. Assim por exemplo, não são imputáveis aos árbitros, por falta de culpa destes, o casos em que a decisão está errada por o tribunal arbitral não se ter apercebido da realidade factual devido a falta de elementos probatórios, ou por uma testemunha ter mentido, ou porque ficou convencido de que algo sucedeu de certo modo quando isso não sucedeu. Também não se podem responsabilizar os árbitros por terem seguido uma fundamentação jurídica que, em via de recurso, não foi aceite. Pelo contrário, se os árbitros não se aperceberam da realidade porque dolosamente não tomaram em consideração um testemunho, ou porque estavam distraídos durante a produção da prova testemunhal, ou

⁴⁵ CHRISTIAN GAVALDA / CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, págs. 43 e 44.

⁴⁶ Tal como no contrato de prestação de serviços médicos, em que cabe ao paciente provar a ilicitude dos actos e o nexo causal, cabendo ao médico ilidir a presunção de culpa – neste sentido FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa 1996, págs. 116 a 118. Contra TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa 1996, págs. 136 e 137.

por negligência se esqueceram de levar em consideração alguns elementos de prova, serão responsáveis. O mesmo se diga se optarem por uma fundamentação jurídica que sabem não ser correcta, ou se, por exemplo, não procederem a um estudo cuidadoso do direito aplicável quando esse direito não pertence à ordem jurídica em que estão normalmente integrados. Os árbitros devem, assim, ser responsabilizados, quer a título de negligência, quer a título de dolo pelas violações dos seus deveres contratuais. O que não se pode é exigir aos árbitros que atinjam a justiça material. Para que se verifique um incumprimento contratual no que respeita ao conteúdo da decisão arbitral é necessário que as partes, ou a parte interessada, prove a ilicitude do acto. Para que o acto seja ilícito é necessário que o erro da decisão não caiba no risco do contrato. Ou seja, é necessário que o erro não caiba nas limitações próprias da actividade de julgar.

Quanto ao modo como os árbitros respondem temos, em primeiro lugar, a possibilidade de cláusulas penais. Embora este sistema seja eficaz não é muito usado neste contrato. A razão principal é que, na maioria das vezes em que este contrato é celebrado, não se estipula nada para além do tipo contratual. As partes limitam-se a convidar os árbitros e estes a aceitar o encargo, sem nunca negociar a matéria contratual⁴⁷. Assim, embora sejam permitidas, é muito raro encontrar-se um contrato de árbitro que contenha cláusulas penais.

A responsabilidade pelos danos causados às partes pelos árbitros é de natureza contratual. Como tal, e com as especialidades referidas segue

⁴⁷ Com a excepção dos honorários que é frequente ser fixado com a celebração do contrato.

o regime geral. Nomeadamente quanto à prescrição dos créditos sobre os árbitros, que segue o regime do art. 309º do Código Civil. No entanto existem outras formas de responsabilizar os árbitros, como sejam a recusa de um árbitro e a sua destituição. As diferenças residem no momento em que se opera. A recusa de um árbitro opera-se no momento da constituição do tribunal, quando a contra-parte toma conhecimento de quem é o árbitro indicado e qual a situação em que se encontra. A destituição opera-se já no decurso da arbitragem, quer devido a uma alteração da situação do árbitro, que passou a estar numa situação que compromete a sua neutralidade, quer devido ao comportamento do árbitro que impossibilitou a sua manutenção⁴⁸

12 - LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE ÁRBITRO

Levanta-se agora o problema de saber qual a Lei aplicável ao contrato de árbitro na arbitragem comercial internacional.

Os contratos de árbitro na arbitragem comercial internacional privadas encontram-se normalmente em contacto com várias Leis. Assim, é natural que cada parte tenha a sua nacionalidade e que escolha um árbitro da sua nacionalidade. Também é frequente que o terceiro árbitro

⁴⁸ Esta situação sucede com mais frequência do que o desejado, especialmente quando o árbitro assume a posição de árbitro de parte, sendo parcial a favor da parte que o indicou e procedendo a manobras dilatórias como, por exemplo, a recusa do árbitro em julgar.

seja de uma terceira nacionalidade, o que normalmente implica que a aceitação de cada árbitro se tenha verificado num país diferente. É, ainda, frequente que a sede da arbitragem seja no país da residência habitual do árbitro presidente, ou num país "neutro" - um país que não tenha mais pontos de contacto com a arbitragem. Como se pode ver, o contrato de árbitro tem normalmente pontos de contacto com vários ordenamentos jurídicos, o que levanta o problema de saber qual a lei aplicável a este contrato.

A primeira questão que se suscita é a da regra constante no art. 37º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, respeitante ao âmbito de aplicação no espaço do referido diploma. Nos termos deste preceito, a Lei nº 31/86, de 29 de Agosto só se aplica directamente às arbitragens que têm lugar em território português⁴⁹. E aplica-se a todas as arbitragens que decorram em Portugal⁵⁰. Assim, parte do regime jurídico do contrato de árbitro numa arbitragem que decorra em Portugal resulta necessariamente da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto. No entanto, como já se referiu, o regime jurídico da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, no que respeita ao contrato de árbitro, deixa muitas questões por resolver. É, pois, necessário saber qual a Lei aplicável ao contrato de árbitro para se poder completar o seu regime jurídico.

⁴⁹ Neste sentido MAGALHÃES COLLAÇO, *L'arbitrage international dans la recente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi nº 31786, du 29 août 1986). Quelques réflexions*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, pág. 59.

⁵⁰ MARQUES DOS SANTOS, *Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária - Lei nº 31/86, de 29 de Agosto*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987, pág. 21, considera que o art. 37º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto contém uma norma de aplicação imediata.

Para se saber qual a Lei aplicável ao contrato de árbitro é necessário analisar a Convenção de Roma⁵¹. Nos termos do art. 1º, nº1 da Convenção de Roma esta aplica-se ao contrato de árbitro.

Assim, em princípio seria aplicável a Convenção de Roma, sendo aplicável os arts. 3º e seguintes. O problema é o do art. 1º, nº2, al. d) da Convenção de Roma. Segundo esta disposição, a Convenção de Roma não se aplica às convenções de arbitragem. E aqui é que surge a questão. Será que a limitação se aplica apenas às convenções de arbitragem, ou será que abrange também o contrato de árbitro? O texto não refere o contrato de árbitro, mas são raros os textos que o referem. Nem sequer o Relatório do Conselho relativo à Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais ajuda, pois nunca se refere a esta matéria⁵². Assim, em princípio a Convenção de Roma seria aplicável ao contrato de árbitro. Esta solução, no entanto, não parece ser de aceitar. Como já foi referido, o contrato de árbitro e a convenção de arbitragem são dois instrumentos diferentes. Diferentes mas não independentes. Existe entre ambos os negócios uma ligação funcional profunda. Ambos os negócios fundam a arbitragem. Pelo outro lado, não há arbitragem sem ambos os negócios. A ligação é ainda maior quando tomada em consideração a relação de dependência em que o contrato de árbitro se encontra face à convenção de arbitragem. Embora, se trate de uma união de dois

⁵¹ Convenção sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980.

⁵² MÁRIO GIULIANO / PAUL LAGARD, *Relatório do Conselho relativo à convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 11.12.92, nº C 327.

contratos, ambos os contratos têm sempre de operar em conjunto⁵³ - trata-se de uma união funcional. Deste modo, não se pode admitir que um dos contratos se regule por uma Lei, enquanto o outro contrato se regule por uma lei diferente. Isto poderia suceder se à convenção de arbitragem se aplicasse o Código Civil enquanto ao contrato de árbitro se aplicasse a Convenção de Roma. Mesmo que o elemento de conexão fosse o mesmo, como as características de ambos os contratos podem ser diferentes – residência das partes, local da celebração do contrato, local de cumprimento do contrato, e outros – a lei aplicável poderia resultar diferente, com consequências ao nível dos regimes jurídicos da maior importância.

Assim, apesar de formalmente nada impedir a aplicação da Convenção de Roma ao contrato de árbitro, parece que este se deve regular pela lei que regula a convenção de arbitragem. Só assim se poderá obter uma uniformidade de regimes jurídicos entre os dois negócios jurídicos em causa. Desta forma será aplicável o art. 41º do Código Civil, sendo ambos os contratos regulados pela Lei que as partes tiverem acordado para a convenção de arbitragem. Caso não tenha havido acordo, rege o art. 42º, nº1 – lei da residência habitual das partes, ou na impossibilidade de recorrer a este preceito, o art. 42º, nº 2 – Lei do lugar da celebração da convenção de arbitragem⁵⁴.

⁵³ No sentido em que tanto a convenção arbitral como o contrato que liga as partes e os árbitros se inserem no mesmo processo, formando um todo e que como tal deve ser toda regulada pela mesma lei, *Da arbitragem Comercial Internacional*, in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1898, pág. 202.

⁵⁴ Enquanto é relativamente simples identificar o lugar da celebração da convenção de

13 - CONCLUSÕES

Em conclusão, a relação que se estabelece entre as partes e os árbitros é uma relação contratual, mas com um elemento legal que consiste na função jurisdicional exercida pelos árbitros. Trata-se de um contrato legalmente atípico, mas socialmente típico, que vai buscar uma parte fundamental do seu regime jurídico à Lei nº 31/86, de 29 de Agosto e que se aproxima muito do contrato de mandato. Pode mesmo entender-se que se trata de um contrato de mandato atípico. Atípico não só por o seu regime jurídico não corresponder ao do mandato mas, acima de tudo, por a principal prestação dos árbitros constituir uma função jurisdicional, uma função de origem legal e não negocial. No que respeita *nomen deste negócio* “contrato de árbitro” parece ser a melhor opção.

Apesar de o contrato de árbitro ser um contrato diferente da convenção de arbitragem, estes encontram-se funcionalmente ligados. Esta ligação funcional traduz-se numa união de contratos, com dependência unilateral - em que o contrato de árbitro é o contrato dependente.

arbitragem, a identificação do lugar de celebração do contrato de árbitro pode ser extremamente complexo(imaginemos a situação em que a parte portuguesa se dirige a França para convidar um árbitro dessa nacionalidade, a parte espanhola se dirige a Itália para convidar um árbitro dessa nacionalidade, e ambos os árbitros se dirigem à Alemanha para convidarem

O contrato de árbitro é celebrado, por um lado, pelas partes na convenção de arbitragem, e pelo outro, pelo conjunto dos árbitros, só se considerando celebrado com a aceitação do encargo pelo último árbitro – normalmente o árbitro presidente. Só quando todos os árbitros tiverem aceite o encargo é que o contrato está celebrado. No entanto, isso não significa que só nesse momento é que todos os árbitros se vinculem. O contrato de árbitro é um contrato de celebração progressiva, em que cada árbitro fica vinculado com a sua aceitação, mas em que só com a aceitação pelo último árbitro é que o contrato fica celebrado. Durante o período que medeia entre o momento de aceitação por um árbitro e o momento da conclusão da celebração do contrato, o árbitro encontra-se vinculado perante ambas as partes e não apenas perante a parte que o indicou.

O conteúdo do contrato de árbitro é constituído por um complexo de direito e deveres de parte a parte, entre os quais avultam, no que respeita aos árbitros a obrigação de julgar - que é também a prestação principal e característica do contrato - os deveres de imparcialidade, independência, neutralidade, de sigilo, de tentar diligentemente nomear o outro árbitro e de cumprimento de prazos. No que respeita aos deveres das partes avulta o dever de pagar os honorários e o dever de cooperação com o tribunal arbitral.

Quanto à responsabilidade dos árbitros, esta tem natureza contratual. Assim, presume-se a culpa dos árbitros. Caberá no entanto à parte lesada a prova da ilicitude do comportamento do árbitro. Tendo em

um árbitro dessa nacionalidade, decorrendo o resto da arbitragem por correio).

consideração que a obrigação dos árbitros é julgar e não julgar de tal modo que não seja possível alterar a decisão em via de recurso, e tendo em consideração as dificuldades e limites da actividade de julgar, não se deve considera como violação do contrato os casos em que os árbitro optam por uma fundamentação jurídica que é depois recusada pelo tribunal de recurso, ou não fixam correctamente a matéria de facto quando não era exigível que o fizessem face aos meios de prova disponíveis.

Quanto à lei aplicável ao contrato de árbitro este deve ser regulado pela lei que regula a convenção de arbitragem. Só assim se poderá obter uma uniformidade de regimes jurídicos entre os dois negócios jurídicos em causa. Desta forma será aplicável o art. 41º do Código Civil, sendo ambos os contrato regulados pela Lei que as partes tiverem acordado para a convenção de arbitragem. Caso não tenha havido acordo, rege o art. 42º, nº1 – lei da residência habitual das partes, ou na impossibilidade de recorrer a este preceito, o art. 42º, nº 2 – Lei do lugar da celebração da convenção de arbitragem.

B i b l i o g r a f i a

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE

- *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa 1996, págs. 75 e segs.

BÉGUIN, JAQUES

- *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Québec, 1987, pág. 9 e segs., esp. 12 a 14.

BOISSÉSON, MATTHIEU DE

- *La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1990, nº2, págs.337 e segs.

BRITO, MARIA HELENA

- *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990.

COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES

- *L'arbitrage international dans la recente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi nº 31786, du 29 août 1986). Quelques réflexions*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, pág. 59.

CORDEIRO, ANTÓNIO DE MENEZES

- *Teoria Geral do Direito Civil*, AAFDL, Lisboa 1987.

- *Da Pós-eficácia das Obrigações*, in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 143 e segs.

CORREIA, FERRER

- *Da Arbitragem Comercial Internacional*, in Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 173 e segs.

DOLINAR, HANS

- *The judicial analogue: on the impartiality of arbitral tribunals in international commercial arbitration*, in Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, tomo 42, suplemento nº4, 1992, págs. 619 e segs. (com Lanier, E.R.).

FOUCHARD, PHILIPPE

- *Arbitrage Commercial International*, in Juris-Classeur de Droit International – 11, Editions du Juris-Classeur, Paris, 9/1994, Fasc. 586-7-3, §96.- *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996 (com Gaillard e Goldman).

GAILLARD, EMMANUEL

- *Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international*, in Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation, 1987, pág. 153 e segs. esp. pág. 154.- *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996 (com Fouchard, Philippe e Goldman, Berthold).

GAVALDA, CHRISTIAN

- *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993 (com Leyssac, Claude Lucas de).

GIULIANO, MÁRIO

- *Relatório do Conselho relativo à convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 11.12.92, nº C 327 (com Lagard, Paul).

GLOSSNER, OTTOARNDT

- *Commercial arbitration in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Antwerp – Boston – London – Frankfurt, 1984.

GOLDMAN, BERTHOLD

- *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996 (com Fouchard, Philippe e Gaillard, Emmanuel)

GOURION, PIERRE-ALAIN

- *Droit du commerce international*, 2ª edição, L. G. D. J., Paris, 1997 (com Peyrard, Georges).

LAGARD, PAUL

- *Relatório do Conselho relativo à convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 11.12.92, nº C 327 (com Giuliano, Mário).

LANIER, E. R.

- *The judicial analogue: on the impartiality of arbitral tribunals in international commercial arbitration*, in Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, tomo 42, suplemento nº4, 1992, págs. 619 e segs. (com Dolinar, Hans).

LEYSSAC, CLAUDE LUCAS DE

- *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993 (com Gavalda, Christian).

MARTINEZ, PEDRO ROMANO

- *Direito do Trabalho*, Vol. II, 2ª Ed., Lisboa, 1998.

MOREAU, BERTRAND

- *Arbitrage International*, in Répertoire de Droit Commercial, Tomo I, Dalloz, 1997.

PEYRARD, GEORGES

- *Droit du commerce international*, 2ª edição, L. G. D. J., Paris, 1997 (com Gourion, Pierre-Alain).

SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS

- *Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária – Lei nº 31/86, de 29 de agosto*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987, págs. 15 e segs.

SERRA, ADRIANO VAZ

- *União de Contratos – Contratos Mistos*, in *BMJ*, 91-11.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE

- *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa 1996, págs. 121 e segs.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

- *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Lex, Lisboa, 1995/1996.

Í n d i c e

1 - INTRODUÇÃO.....	1
2 - A NATUREZA DA RELAÇÃO CONSTITUÍDA ENTRE AS PARTES E OS ÁRBITROS.	2
3 - NATUREZA DO CONTRATO DE ÁRBITRO.....	5
4 - O <i>NOMEN</i> DO CONTRATO	14
5 - A RELAÇÃO ENTRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O CONTRATO DE ÁRBITRO.	16
6 - CONSEQUÊNCIA DA UNIÃO DE CONTRATOS ENTRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O CONTRATO DE ÁRBITRO	19
7 - ELEMENTO SUBJECTIVO DO CONTRATO DE ÁRBITRO: AS PARTES E OS ÁRBITROS	22
8 - MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE ÁRBITRO.	26
9 - MOMENTO INTERMÉDIO	30
10 - ALGUMAS QUESTÕES RELATIVAS AO CONTEÚDO DO CONTRATO DE ÁRBITRO.	33
10.1 – OBRIGAÇÕES DOS ÁRBITROS.	33
A) OBRIGAÇÃO DE JULGAR.....	33
B) IMPARCIALIDADE, INDEPENDÊNCIA E NEUTRALIDADE.....	34
C) DEVER DE SIGILO	40
D) DEVER DE NOMEAR OUTRO ÁRBITRO.	42
E) CUMPRIMENTO DE PRAZOS.	43
10.2 - OBRIGAÇÕES DAS PARTES.....	44
11 - RESPONSABILIDADE DOS ÁRBITROS.....	46
12 - LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE ÁRBITRO.....	51
13 - CONCLUSÕES	55