

ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

PEDRO PINA

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. Os limites funcionais da arbitragem: a) natureza jurídica da arbitragem; a.a) contrato ou jurisdição? Principais teses e novas perspectivas; a.b) jurisdição e imperium; a.c) solução adoptada: a.c.1) a convenção de arbitragem; a.c.2) a aceitação da arbitragem; a.c.3) o processo e a decisão arbitral; a.c.4) conclusões. b) O princípio da autonomia do tribunal arbitral e a necessidade de colaboração dos tribunais judiciais.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto¹, regula, para o ordenamento jurídico português, o instituto da arbitragem voluntária.

Decorre do seu artigo 1.º que, não estando por lei especial submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, “qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”. A arbitragem voluntária surge, assim, como um instituto com origem num contrato celebrado entre particulares através do qual se visa a heterocomposição de um litígio versando questões e posições jurídicas que caibam no domínio da disponibilidade das partes à margem dos tribunais estaduais, pela sua submissão à decisão de um ou mais árbitros nomeados pelos litigantes.

A abstracta existência de tribunais arbitrais e o recurso concreto a tal figura fundamentam-se, então, na autonomia da vontade. Nela “se funda a constituição e o funcionamento de órgãos a quem competem algumas das funções que a lei fundamental atribui aos tribunais”². As partes, através da convenção de arbitragem, convencidas das suas potencialidades quanto à obtenção de uma justiça mais célere, informal, confidencial ou adequada, atribuem a particulares a *potestas iudicandi* de que estes careciam para dirimirem o conflito, uma vez que não estavam investidos da autoridade pública de um magistrado judicial.

¹ Doravante, L. A. V.

² Cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV, de 02.07.1986.

Se, podendo recorrer aos tribunais judiciais, as partes o não fizeram, tal desvio só poderá significar que pretenderam libertar-se da tutela estadual, limitando ao mínimo e ao estritamente necessário a intervenção dos tribunais públicos. Para tal, houve que reconhecer às partes a possibilidade de autonomamente regularem o modo de funcionamento dos tribunais arbitrais.

O desiderato de autonomização da arbitragem voluntária é fenómeno intrinsecamente relacionado com a própria natureza e com as funções da instituição. Na verdade, como o poder dos árbitros deriva de um contrato, as partes não podem investi-los no poder de decidirem um litígio ou de praticarem actos preparatórios conducentes a essa decisão quando elas próprias não detêm o poder de dispor dos direitos em litígio.

Assim, nem todos os litígios podem ser submetidos à decisão de árbitros. O artigo 1.º, n.º 1, da L. A. V. exclui dois núcleos de litígios do domínio do arbitrável: aqueles que, por lei especial, estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária e os que respeitem a direitos indisponíveis.

A autonomia da vontade, sendo embora o fundamento da arbitragem voluntária, constitui simultaneamente o seu limite incontornável.

Esta afirmação constitui a base epistemológica de onde nascem as dúvidas e onde se encontra o gérmen das respectivas respostas relativamente aos precisos contornos da arbitragem voluntária.

Dada a sua intrínseca ligação com um contrato, vem-se discutindo a natureza jurídica do instituto: será figura meramente contratual ou verdadeiramente jurisdicional? De direito substantivo ou com efectiva dimensão processual? A resposta que vier a surgir equivalerá a responder ao que se deve hoje entender por jurisdição, desenhando-se simultaneamente a extensão dos poderes dos árbitros, particulares não investidos da autoridade pública.

Fora dos limites da autonomia da vontade encontramos-nos num domínio exclusivo da jurisdição estadual, sendo certo que esta poderá ter de intervir durante o próprio processo correndo perante um júizo arbitral quando for necessária a prática de actos vedados às partes e, consequentemente, aos árbitros ou em relação aos quais elas não lograram chegar a acordo.

A intervenção dos tribunais estaduais, sendo necessária nestes domínios, afigura-se tarefa de contornos delicados, uma vez que carece de harmonizar-se com as motivações das partes ao recorrerem ao júizo arbitral e com as funções deste. Se as partes pretenderam eximir-se à tutela estadual, o regime da intervenção judicial na arbitragem voluntária terá de respeitar o seu desígnio, sob pena de se esvaziar a liberdade e a autonomia concedida e reconhecida num primeiro momento.

A expansão e o sucesso da arbitragem voluntária dependem do equilíbrio que se vier a conseguir na imprescindível relação com a jurisdição ordinária.

2. OS LIMITES FUNCIONAIS DA ARBITRAGEM

a) Natureza jurídica da arbitragem

a.a) Contrato ou jurisdição? Principais teses e novas perspectivas

A existência de tribunais arbitrais vocacionados para a resolução de conflitos sobre posições jurídicas permite a interrogação: exercem os árbitros jurisdição? Esta constitui ou não monopólio do Estado?

A estas questões procuraram responder teorias marcadamente opostas, mas que apresentam em comum um elemento: na génese da arbitragem voluntária encontra-se um contrato entre as partes, seguindo-se-lhe um outro entre estas e os árbitros, para que estes venham a encontrar uma solução para o pleito.

A tese contratualista radica-se e radicaliza-se nesta consideração. A arbitragem é um simples contrato através do qual se delega num terceiro a solução da controvérsia. Os árbitros não passarão de mandatários comuns das partes, concretizando a sua decisão a vontade comum destas quanto ao futuro do litígio³. A sentença resulta, pois, nas palavras de Fazzalari, de uma “*volizione privata*”⁴, não constituindo uma imposição. Aliás, os poderes dos árbitros são apenas aqueles que lhes forem atribuídos pelas partes em face do específico objecto da convenção de arbitragem, não podendo praticar quaisquer actos à margem do acordado pelas partes ou dos seus poderes de disposição. Com este facto se bastava Chiovenda para aceitar a natureza exclusivamente contratual da arbitragem. Considerava este professor que “*il carattere giurisdizionale dovrebbe apparire durante l’arbitrato; ma è proprio durante l’arbitrato che la natura meramente privata dell’attività arbitrale si manifesta nel difetto d’ogni potere, che consenta agli arbitri d’escutare coattivamente testimoni, di eseguire coattivamente un’ispezione oculare e via dicendo*”⁵.

No conceito de jurisdição, para além da actividade cognitiva e decisória, estará também abrangido o poder de impor condutas, o que, inelutavelmente, afasta a arbitragem do campo jurisdicional. Neste sentido vão também Satta e Punzi ao afirmarem que é um erro dizer que o poder dos árbitros “*ha carattere giurisdizionale e come tal esso deriva loro dalla lege, sia pure attraverso la designazione delle parti: del potere giurisdizionale, con le sue naturali implicazione coercitive, gli arbitri non hanno alcun elemento, non possono neppure far giurare un testimoniaio, imporre un sequestro, emanare una ingiun-*

³ Nota Rodríguez-Cano que se “ha llegado incluso a decir, siguiendo esta orientación, que en verdad no existe tal litigio puesto que hay un acuerdo sobre cómo solucionarlo” (cfr. Rodríguez-Cano *et al.*, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991, pág. 17).

⁴ Cfr. Fazzalari, *L’arbitrato*, UTET, Torino, 1997, pág. 19.

⁵ Cfr. Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I, Nicola Jovene & C. Editori, Napoli, 1933, págs. 70 e 71.

zione, ecc., e d'altra parte è chiaro che non la sola designazione formale, come potrebbe essere ad esempio nella giuria penale, ma l'attribuzione del potere proviene dalle parti, e dipende dalla loro volontà"⁶.

De acordo com esta concepção, a decisão arbitral, autonomamente considerada, apenas vincula as próprias partes e porque estas assim o desejaram. Para ser inserida no ordenamento jurídico, terá de sujeitar-se ao controlo do juiz, autoridade pública, para homologação, acto que lhe conferirá força executiva e um revestimento jurisdicional.

Assim ensinava Carnelutti ao referir que tanto *"l'arbitro quanto il giudice straniero sono, certamente, privi di giurisdizioni; l'arbitro è un privato qualunque, al quale le parti non possono certi attribuire alcuna potestà, tanto è vero che la sua decisione, di per sé, non ha alcuna efficacia imperativa"*, podendo, todavia, *"acquistare la medesima efficacia della decisione dei giudice dotati di potestà giurisdizionale quando uno di questi, nei modi precritti dalla legge, la abbia sottoposta a un certo esame e abbia pronunciato rispetto ad essa un certo provvedimento, che per la decisione dell'arbitro spetta al pretore"*⁷. Só com este acto de uma autoridade pública a arbitragem poderia ser entendida como um *"equivalenti giurisdizionale"*.

Desta forma, não revestindo, só por si, a decisão arbitral carácter jurisdicional, não poderá, em rigor, ser afastada por meio de recurso, mas apenas em resultado de uma acção de anulação que vise a própria convenção na base da arbitragem ou a desconformidade de actuação com o prescrito nela.

A tese contratualista postula, então, que a arbitragem é um instituto de direito privado e com relevância unicamente substantiva. O poder jurisdicional, constituindo monopólio estadual e exercício de função de soberania, é um atributo estranho ao árbitro, que age apenas de acordo com a vontade das partes.

Contrapõe-se-lhe a teoria dita jurisdicionalista ou processualista, de acordo com a qual a arbitragem assume um carácter inerentemente adjectivo.

Com efeito, é um instituto através do qual se visa resolver um determinado conflito sobre posições jurídicas materiais. A relação jurídica substantiva é aquela que vai ser objecto de uma decisão a que se chegará mediante um processo presidido por um ou mais terceiros imparciais, os árbitros. Estes, apesar de não constituírem um órgão estadual, vêem-lhe ser atribuídos verdadeiros poderes jurisdicionais, em abstracto, pelo próprio Estado e, em concreto, pelos contraentes da convenção de arbitragem.

O contrato não pode, pois, ser o ponto de partida para aquilatar da natureza jurídica do instituto. Importa analisar a própria actividade dos árbitros e o seu resultado. Mais do que mandatários, com cuja função não se identificam, os árbitros são verdadeiros julgadores. "A sentença não constitui, na verdade, uma declaração de vontade, porque ela não visa sequer exprimir a vontade de quem a profere, mas sim a vontade da lei (*rectius*: a vontade do

⁶ Cfr. Satta e Punzi, *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, 12.^a edição, 1996, págs. 1054 e 1055.

⁷ Cfr. Carnelutti, *Diritto e Processo*, Morano Editore, pag. 85.

Direito)”⁸. Decidem os árbitros uma controvérsia em termos que podem ser definitivos e que são susceptíveis de formar caso julgado e com força executiva idêntica à de uma sentença judicial, em alguns ordenamentos jurídicos sem necessidade de qualquer homologação.

Nesta tese, a jurisdição deixa de ser um poder exclusivo do Estado. *“La cuestión en la que se basa la tesis contratualista pasa fundamentalmente por pretender que los órganos del Estado son los únicos que pueden ejercer la jurisdicción. Pero olvidan que lo que califica a los jueces del Poder Judicial como órganos estatales no es solamente el ejercicio de la jurisdicción, sino su pertenencia estructural a uno de los Poderes del Estado”*⁹.

A arbitragem, mais do que o simples encontro de vontades que está na sua origem, tem uma relevância pública enquanto forma de obtenção de justiça e de pacificação social. Os seus agentes, os árbitros, exercem uma função idêntica à dos juízes estaduais, decidem de forma imparcial uma controvérsia, garantindo o contraditório e a igualdade de armas entre as partes. Apenas não se encontram integrados organicamente no Estado.

Recentemente, tendem a prevalecer teorias intermédias ou mistas que consideram a arbitragem como uma figura híbrida, sintetizando os pressupostos das explicações anteriores. *“On the one hand, — ensina Sanders — there is the contractual basis: no arbitration without a valid agreement to arbitrate. This agreement may also regulate the appointment of the arbitrators; in addition, the conduct of the arbitral proceedings may be regulated in great detail by reference of the parties to a set of arbitration rules. On the other hand, arbitration is a judicial process. The arbitrators render, as private judges, a binding decision which is enforceable like a court judgement. Neither of the two aspects can be neglected. The nature of arbitration is influenced by both lines of approach”*¹⁰. A arbitragem, tendo génese contratual que limita a intervenção dos árbitros em face dos concretos poderes de disponibilidade dos direitos das partes, desenvolve-se pela acção de juízes privados que exercem uma função pública com resultado dirimente de conflitos em termos potencialmente definitivos e susceptíveis de execução¹¹.

Desvendar a natureza jurídica da arbitragem tem-se revelado tarefa com resultados díspares, uma vez que lhe subjaz o próprio conceito de jurisdição. Consoante os caracteres que a esta forem atribuídos, diferente alcance assumirá a função dos árbitros e, conseqüentemente, a necessidade de intervenção dos tribunais estaduais ao longo do processo arbitral.

⁸ Cfr. Antunes Varela, “Anotação ao Acórdão de 29 de Maio de 1991 do S. T. J.”, in *R. L. J.*, n.º 3806, pág. 152.

⁹ Cfr. Caivano, *Arbitraje — Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, 1993, pág. 97.

¹⁰ Cfr. Sanders, “Arbitration”, in *International Encyclopedia of comparative law*, volume XVI — *Civil procedure*, Chapter 12, pág. 5.

¹¹ Neste sentido, vd. Fouchard, *L’arbitrage commercial international*, volume II, Dalloz, Paris, 1965, págs. 9 e ss.

Jurisdição, no sentido em que a temos vindo a tratar, é um poder. Na terminologia carneluttiana, equivale a uma *potestà giurisdizionale*.

Tradicionalmente, tem sido encarada como o poder correlativo à função jurisdicional¹², “uma das funções do estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça (...) mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”¹³. Abrange então o conceito “tanto o poder de declarar ou dizer o direito, como o de o impor coercivamente para composição de litígios de pretensão insatisfeita”¹⁴⁻¹⁵.

Assim entendida, a noção de jurisdição engloba seguramente alguns elementos de *imperium*, poder de comando, imperativo e constrangedor. O juiz não se limita a declarar o direito: detém o poder de tornar efectiva a sua decisão, ainda que por meios coactivos.

Este poder de coagir, usualmente designado por *ius imperii*, constitui uma prerrogativa exclusivamente estadual, não sendo lícito a particulares utilizarem a força, directa ou indirectamente, salvo por intermédio do Estado.

Derivando os poderes dos árbitros de nomeação e investidura por particulares, estar-lhes-á, conseqüentemente, vedado o uso de poderes coactivos.

Subjazem tais considerações à comum afirmação de que, podendo conhecer e declarar o direito, os árbitros dispõem de *iurisdictio*, entendido naqueles termos restritos, carecendo, no entanto de *ius imperii*. Neste entendimento, por lhe faltar o poder de tornar efectivas as suas decisões e de coagir no sentido de obtenção da justiça declarada, do tribunal arbitral estarão arreitados o gozo e o exercício de verdadeiros poderes jurisdicionais.

Assim perfilhada a jurisdição em termos acentuadamente publicistas ou estatistas, parece favorecida a teoria contratualista ou privatista quanto à natureza jurídica da arbitragem voluntária. O poder dos árbitros não é jurisdicional, na medida em que apenas declaram uma solução que, ao abrigo do princípio *pacta sunt seruanda*, as partes se vinculam a aceitar e a cumprir. Daí que sejam actos exteriores à vontade das partes, consubstanciados numa intervenção dos tribunais judiciais ao nível da produção da prova ou do *exequatur* da decisão, aqueles que atribuem uma aparência de jurisdicionalidade ao instituto. Já os juízes estaduais, porque investidos de autoridade pública,

¹² Vd. Castro Mendes, *Direito processual civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 135.

¹³ Cfr. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, 16.^a edição, São Paulo, 2000, pág. 129.

¹⁴ Cfr. Castro Mendes, *ob. cit.*, pág. 136.

¹⁵ O poder jurisdicional, assim entendido, desdobra-se num feixe de poderes ao seu serviço. De entre estes, Luso Soares destaca como mais importantes os poderes de decisão, o de execução do decidido, o de coerção em ordem à remoção dos obstáculos que se oponham ao andamento da causa e, por fim, o de documentação (cfr. Luso Soares, *Processo Civil de Declaração*, Almedina, Coimbra, 1985, págs. 163 e ss.).

serão os detentores do verdadeiro poder jurisdicional resultante da adição da *iurisdictio* em sentido estrito ao *imperium*.

O papel dos particulares, na concepção exposta, será o de meros consumidores ou destinatários da actividade de administração da justiça.

Esta concepção centralista estendeu a actuação dos tribunais estaduais a áreas em que a sua intervenção não era estritamente necessária e em que seria possível obter resultados equivalentes, ou até melhores, através da actuação conformadora dos particulares.

Hodiernamente, os diversos ordenamentos jurídicos vêm-se apercebendo do caminho dirigido a uma disfunção estadual letárgica que a justiça percorria, com prejuízo directo para as vítimas de *iniuria* e para a sociedade em geral.

O Estado fortemente centralizado, espelho da mais perfeita conquista civilizacional, aglutinador de todos os interesses individuais em convergência e portador da vontade comum de solucionar eventuais conflitos, é uma realidade de difícil e desaconselhável, por excessivamente onerosa, concretização.

Acompanhando um movimento geral societário de alívio e de desengargo do Estado mediante a responsabilização e a participação da sociedade civil, também a noção de jurisdição enquanto poder tem tendência a ser alterada. Com efeito, simples reformas processuais com vista à agilização e à celeridade do processo ou a uma mais abrangente assistência judiciária, só por si, podendo revelar-se perigosas e contraproducentes, não encerram a solução que permita um pleno acesso à justiça. Importa que, para além de rápida e abrangente, a justiça venha ser efectivamente adequada e, passe a redundância, justa. É neste ponto que surge como catalisadora da evolução do conceito de jurisdição a ideia de socialização do processo. A dimensão participativa na administração da justiça assume cada vez mais relevância, tendo até já alcançado dignidade constitucional em alguns ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, no italiano, em cujo artigo 102.º, § 3, da Constituição se refere que “*la lege regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia*”. A sociedade em mutação assim o exige. A formal e pesada justiça estadual não se harmoniza com as novas exigências quantitativas e qualitativas, mostrando-se inadequada para a composição de controvérsias ligadas às relações de proximidade e de baixa expressão económica, perfeitamente resolúveis através de meios alternativos de resolução de conflitos como a arbitragem, os julgados de paz, a conciliação ou a mediação, menos formais, mais céleres e mais próximos dos cidadãos. A par destas vantagens, “a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da Justiça e principalmente o do sentido pedagógico da administração da justiça, propiciando o espírito de colaboração”¹⁶.

Considerando que a “problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”,

¹⁶ Cfr. Watanabe, “Acesso à justiça e sociedade moderna”, in *Participação e Processo*, Coord. de Ada Pellegrini Grinover, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pág. 133.

Watanabe, em formulação que fez escola no Brasil, entende que aquele direito “é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”¹⁷, em virtude de se buscar não a concreta sujeição aos tribunais estaduais, mas a justa composição dos litígios. Não esquece, no entanto, que uma “empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *postura mental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições pela *perspectiva do consumidor*, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento”¹⁸, pelo que, nesta “concepção revolucionária do acesso à Justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito”¹⁹, onde releva também a participação activa dos seus destinatários.

Este propósito, só por si, não implica que a arbitragem assuma natureza de verdadeira jurisdição, uma vez que, em termos teóricos, se pode favorecer e estimular a via privada de concertação e resolução de conflitos sem atribuição de natureza jurisdicional.

Mas, da mesma forma que no âmbito do dirigismo económico do Estado as ideias de desregulação estadual directa e de liberalização têm importado uma intensa actividade de regulação, reconhecedora, no entanto, da autonomia dos agentes particulares²⁰, também no domínio da arbitragem o legislador consagrou regras tendentes ao assegurar de um mínimo de garantismo ao longo da via arbitral, com vista à sua processualização.

O fim do juízo arbitral, como o da jurisdição estadual, é a justa composição dos litígios ou a tutela do direito. Implica, por esse motivo, um juízo decisório de um terceiro, ainda que contra a vontade material das partes relativamente à relação jurídica controvertida.

Desta forma, ainda que constitua uma manifestação de justiça obtida por meio de particulares²¹, não se confunde com autotutela. Não são as partes quem decide, quem molda a relação material após o impasse do conflito, nem está em causa, ao nível específico da arbitragem, a hipótese de efectuarem recíprocas concessões, como sucede na transacção. O que se busca é uma solução verdadeiramente justa ditada por um heterocompositor, não uma meia justiça.

Daqui resulta que a convenção de arbitragem se repercute apenas ao nível processual: tem “natureza meramente adjectiva, relativamente à relação jurídica a que respeita e que por ela não é directamente afectada, cujo con-

¹⁷ *Idem*, pág. 135.

¹⁸ *Idem*, pág. 138.

¹⁹ Cfr. Cappelletti, “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”, in *O processo civil contemporâneo*, Coord. de Luiz Marinoni, Juruá, Curitiba, 1994, págs. 15 e 16.

²⁰ *Vd.*, sobre esta matéria, Vital Moreira, *Auto regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

²¹ Segundo Pires de Lima, é “forçoso concluir que os árbitros, muito embora exerçam uma função decisória ou judicial, são meros juizes privados” (cfr. Pires de Lima, “Anotação ao Acórdão do S. T. J. de 26 de Março de 1968”, in *R. L. J.*, n.º 3388, pág. 111).

teúdo não é modificado pela mesma convenção”, já que esta, “por si, não soluciona nem visa solucionar qualquer litígio, somente se destinando a providenciar sobre meios de solução”²².

Assim como na jurisdição estadual, a intervenção do julgador apresenta um carácter substitutivo das partes que visam a obtenção de justiça. E o resultado dessa actividade substitutiva e decisória, que representa não a vontade das partes, mas a solução do litígio, vai vinculá-las e vai ainda ser oponível a terceiros. Com efeito, o nosso actual sistema reconhece à decisão arbitral força de caso julgado material e também “a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.^a instância”²³, independentemente da sua homologação por este. Sufragando-se estas considerações, a arbitragem deixa de representar um simples negócio *inter partes*, para se assumir funcionalmente como um mecanismo heterocompositivo de resolução de litígios com dimensão pública. O conflito, ao contrário do que sucede na transacção ou na conciliação, não termina: é resolvido ainda que contra a vontade do vencido; para além disso, a solução ditada não vincula apenas os oponentes, mas todas as entidades, públicas ou privadas. A arbitragem, em rigor, não é uma justiça privada, mas uma justiça com eficácia e relevância pública obtida através de particulares.

Não permitindo a arbitragem que as partes façam directamente justiça ou que moldem a relação material controvertida, necessário vai ser garantir-lhes o gozo e o exercício de determinados direitos, alicerces de um devido processo legal. Apesar de uma das motivações de recurso à arbitragem poder ser o agilizar do processo através da supressão de algumas fases processuais dispensáveis, a decisão há-de ser justa e, para tal, não pode deixar de respeitar, no que constitui um autêntico requisito de validade, alguns princípios fundamentais como os da igualdade, da necessidade de citação ou do contraditório²⁴. A sua importância é tal que, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, al. c), da L. A. V., a violação desses princípios fundamentais constitui fundamento de anulação da decisão arbitral.

Outra das garantias dos litigantes passa pela obrigação de os árbitros, investidos do poder de ditarem *supra partes* uma decisão dirimente de um conflito, terem de ser independentes e imparciais. Aplica-se-lhes, assim, por força do artigo 10.º da L. A. V., o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes²⁵. A solução é compreensível: sujeitando-se as partes a uma decisão que pode ter força de caso julgado e constituir título executivo, os árbitros que a irão proferir não poderão, pelo simples facto de terem sido designados por uma ou outra parte, agir como seus mandatários. O árbitro é designado pela parte; não deve estar com ela comprometido²⁶.

²² Cfr. “Acórdão do S. T. J. de 29 de Maio de 1991”, publicado na *R. L. J.*, n.º 3805, pág. 115.

²³ Cfr. artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da L. A. V.

²⁴ Cfr. artigo 16.º da L. A. V.

²⁵ Vd. artigos 122.º a 124.º e 126.º do C. P. C.

²⁶ Com razão, João Lopes dos Reis, reconhecendo “a pretensão, louvável de resto, de equiparar os árbitros aos magistrados judiciais”, considera infeliz a disposição do artigo 10.º, n.º 1,

Os elementos assinalados são suficientes para concluir que o legislador pretendeu atribuir aos árbitros um poder jurisdicional, não meramente negocial. Aliás, deve entender-se que, mesmo antes de, em concreto, as partes atribuírem poderes decisórios aos árbitros, já, em termos gerais e abstractos, a própria lei previa e permitia, dentro de um específico domínio normativo, a decisão de litígios por meio daqueles agentes, pelo que é também ela, juntamente com a vontade das partes, fonte dos seus poderes.

Nestes termos, a actuação dos árbitros incide sobre uma controvérsia jurídica: desenvolve-se através de um verdadeiro processo em que se encontram salvaguardadas determinadas garantias e que opera pela dinâmica da relação jurídica processual em que as partes se encontram subordinadas ao poder que, num momento anterior, atribuíram aos árbitros; a decisão arbitral, tomada em termos necessariamente independentes e imparciais vincula os litigantes, forma caso julgado se não susceptível de recurso, consubstancia um título executivo. Se, como ensina Antunes Varela, o “direito processual civil regula apenas os meios necessários para, a partir do direito privado, se alcançar a solução concreta do conflito levantado entre as partes”²⁷, então, atento o seu objecto e a actividade decisória dos árbitros em tudo idêntica à que os juízes também operam, a natureza da arbitragem terá de assumir contornos processuais e, conseqüentemente, jurisdicionais.

a.b) Jurisdição e imperium

Naturalmente, o poder dos árbitros assume contornos menos abrangentes do que os que decorrem do conceito tradicional de jurisdição, uma vez que, nascida de uma relação contratual, não participa do *ius imperii*. Mas, como reconhecem Satta e Punzi, “*esclusiva dello Stato non è la decisione delle controversie, ma la tutela coattiva dei diritti, che nella preventiva decisione della controversia trova la sua condizione e il suo presupposto*”²⁸. Na verdade, desenvolve individualmente este último autor, “*se appare essenziale al nascere e allo svilupparsi dello stato la rivendicazione a suo favore del diritto exclu-*

da L. A. V., em virtude não só de o regime processual civil de garantias de imparcialidade do juiz se mostrar insuficiente e desactualizado, mas também de, em face de o “distinto modo de recrutamento e as diferenças patentes na natureza e mesmo no conteúdo do poder jurisdicional de juízes e árbitros” bastarem “para concluir que o regime de garantias de imparcialidade daqueles não pode aplicar-se de modo igual a estes”. Por tais razões, entende preferível a formulação do artigo 12.º da Lei-Modelo, nos termos do qual “um árbitro só pode ser recusado quando se verificarem circunstâncias que dêem origem a dúvida justificada sobre a sua independência ou quando não possua as qualificações exigidas por acordo das partes”. Aliás, esta última disposição respeita a exigência que, naturalmente, não se encontra presente nas normas processuais para que remete o artigo 10.º da L. A. V. *Vd.*, para maiores esclarecimentos, João Lopes dos Reis, “Questões de arbitragem *ad-hoc* II”, *in R. O. A.*, 1999-I, Ano 59, Lisboa, págs. 277 e ss.

²⁷ Cfr. Varela, J. M. Antunes, Bezerra, J. Miguel, e Nora, Sampaio, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 8.

²⁸ Cfr. Satta e Punzi, *ob. cit.*, págs. 1038 e 1039.

*sivo del monopolio della forza, se può apparire essenziale il monopolio del potere di fare leggi, il monopolio della legge, non è altrettanto essenziale il monopolio del diritto. Pertanto, anche quando vengono creati sistemi giudiziari con tribunali permanenti, dovrebbe essere sempre lasciato uno spazio sociale, nell'ambito del quale possa aversi una piena esplicazione dell'autonomia dei privati. (...) Tutto ciò richiede, naturalmente, il superamento di una concezione statalista della giurisdizione e del diritto, di una configurazione astratta dello Stato, che ha monopolizzato il diritto e nel diritto la giurisdizione*²⁹.

Assim, entendendo-se com Henrique Mesquita que a jurisdição “consiste na apreciação ou julgamento de um litígio, com o objectivo de determinar, à luz da ordem jurídica constituída e através da pronúncia de uma sentença, quais os direitos dos litigantes”³⁰, forçoso será concluir novamente que os árbitros exercem uma função decisória de natureza jurisdicional.

Por tal razão, como foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, o “tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como *real e verdadeiro tribunal* (...), é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para, em suma, praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem”³¹. Acertadamente, reconheceu-se que “é um tribunal que cabe na definição genericamente dada por Marcello Caetano”, segundo quem “tribunal é o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo fórmulas preestabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto, a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados”³².

Constituindo, então, a arbitragem um exercício por privados de poder jurisdicional, o conceito de jurisdição terá de ser definido em termos mais estritos e rigorosos, não abrangendo como elemento natural os poderes de puro *imperium* de que os magistrados judiciais, porque investidos de autoridade pública, podem lançar mão.

Sob pena de se tornar infrutífera, vazia ou inoperante, do que a jurisdição não pode prescindir é dos poderes coercivos do Estado. Racional se nos afigura que, sendo a jurisdição exercida por um tribunal estadual, a este sejam atribuídos os poderes de executar pela força os seus comandos. Nesta hipótese, compreendemos a vertigem de dizer que, funcionalmente, o poder jurisdicional se possa confundir com a adição das faculdades derivadas do *imperium* e da *iurisdictio*.

²⁹ Cfr. Punzi, “Arbitrato — I) arbitrato rituale e irrituale”, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 3.

³⁰ Cfr. M. Henrique Mesquita, “Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, in *Ab uno ad omnes - 75 anos de Coimbra Editora*, Coimbra Editora, pág. 1391.

³¹ Cfr. Acórdão n.º 230/86, de 8 de Julho, *D. R.*, I Série, n.º 210, de 12.09.86, pág. 2542.

³² Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, pág. 540.

Valerá, no entanto, esta afirmação, com as precisões que a seguir serão feitas, apenas para os tribunais estaduais, não se podendo tomar a parte pelo todo, *i. e.*, pelo conjunto de todos os tribunais. Mas, ainda neste caso, entendemos serem preferíveis os termos «poder judiciário» ou «poder judicial», consoante nos colocarmos em face dos tribunais ou em face da justiça, respectivamente, ao termo «poder jurisdicional», reflector de realidade mais restrita e na daqueles englobada.

Na verdade, o poder jurisdicional é apenas um de entre os poderes dos magistrados. Alguns dos expedientes que podem ser utilizados pelo tribunal estadual nada têm que ver com a estrita *iurisdictio*. Assim, quando, por exemplo, o juiz designa uma data para um julgamento ou requer officiosamente um exame pericial, ele não está a declarar o direito. Está apenas a impor um determinado facto ou comportamento a que as partes se terão de sujeitar.

Aqui chegados, convém reflectir sobre a relação entre os poderes inerentes à função judicial de que temos vindo a falar. Impera, como vimos, uma perspectiva bipolar de tais poderes, segundo a qual os tribunais estaduais gozam de *ius imperii* e de *iurisdictio*, consoante se podem empregar meios coactivos para realizar determinados comandos ou se pode, simplesmente, ditar o direito para o caso concreto. No entanto, não nos parece correcto aceitar um fosso conceitual tão simples e tão rígido.

Entendemos que *imperium* não é somente o poder de constranger, de usar de meios coactivos. Abrange também o próprio poder jurisdicional. Dizer o direito para o caso concreto em termos vinculantes não pode ser uma actividade meramente declarativa. Nas palavras de Antunes Varela, a “sentença, seja qual for a sua proveniência, constitui sempre uma injunção applicativa do Direito, que não se identifica com a norma legal ou o preceito regulamentar, que também não se integra na categoria das declarações negociais, de que tratam, entre outros, os artigos 236.º e seguintes do Código Civil (...). tal como a lei ou a norma legal (...) contém sempre uma ordem *heterónoma*”³³.

As partes têm de encontrar-se numa posição de sujeição perante o julgador. Como explica Bove, *imperium* “è il potere del magistrato, inteso in un senso indefinito e generale. *Iurisdictio* è al contrario qualche cosa di infinitamente determinato e specifico, anche se si voglia considerarla come emanazione dell’ *imperium*. Premesso ciò, la distinzione esiste e non esiste. Esiste in quanto *imperium* è un insieme di potestà, mentre *iurisdictio* è una singola potestà; non esiste in quanto anche la *iurisdictio* è imanação dell’ *imperium*”³⁴.

Discerne-se facilmente esta relação processual de supra e infraordenação quando julga e impõe o juiz estadual. No caso da arbitragem, porém, não havendo qualquer investidura pública, ela é menos visível. Todavia, também

³³ Cfr. Antunes Varela, “Anotação...”, cit., pág. 152.

³⁴ Cfr. Bove, “*Imperium*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, volume VIII, VTET, Torino, pág. 212.

aqui, ela existe. Uma vez que *par in parem non habet imperium*, a subordinação das partes não poderá derivar unicamente da sua vontade. É a própria lei que justifica os poderes dos árbitros, que lhes concede o poder de decidirem em termos que podem formar caso julgado e até executórios. Neste sentido, salienta Henrique Mesquita que é “exacto que a função jurisdicional, porque tem de ser exercida por um terceiro colocado acima das partes e com poderes para proferir uma decisão susceptível de execução coerciva, não pode ter por fundamento apenas um acto de vontade dos particulares. Mas os poderes dos árbitros não derivam exclusivamente da convenção de arbitragem. Derivam também, e principalmente, da lei, a qual, admitindo o recurso à arbitragem e estabelecendo o regime a que se encontra sujeita, permite que as pessoas envolvidas num litígio que não respeite a direitos indisponíveis confiem a juízes privados o encargo de o julgar”³⁵.

Sem faculdades vinculantes, será inócuo dizer o direito. Esta actividade implica, assim, autoridade, um poder superior de comando. Do ponto de vista do coagido, a jurisdição será um *aliud*, de menor intensidade, em contraposição com o uso efectivo da força, mas não deixa, por isso, de ser *imperium*. Seguimos de perto a lição de Jarrosson: “*Il est donc erroné de prétendre que la jurisdictio se situe en dehors de l’imperium. Certes, il y a une distinction schématique assez facile à réaliser entre ce qui consiste, dans la mission du juge, à dire le droit, et ce qui peut relever de son seul pouvoir de commandement, mais il n’existe pas de frontière nette. Il y a, en revanche, tout un domaine intermédiaire qui devrait, en théorie pure, ne relever que de l’imperium merum, (...) c’est-à-dire l’imperium pur, (...) mais qui est composé d’éléments qui sont si indéfectiblement attachés à la jurisdictio, qu’il convient de les y rattacher. Ce domaine intermédiaire, c’est l’imperium mixtum. (...) Par nature, il ressortit plutôt à l’imperium merum, mais par sa fonction il est rattaché à la jurisdictio*”³⁶.

Existe, pois, um domínio intermédio entre o poder máximo de império, caracterizado pela tutela coactiva do direito, e a simples declaração do direito, que já o direito romano reconhecia, nomeadamente através de fragmento compilado em D. 2, 1, 3, onde se preceitua que “*imperium mixtum cui iurisdictio inest*”.

Sem pretender generalizar, conclui Jarrosson que também o árbitro pode dispor de alguns daqueles poderes intermédios, designadamente o de injunzir, de impor determinados comportamentos às partes, tais como o de juntarem aos autos um documento ou de comparecerem perante o tribunal arbitral para audiência de discussão e julgamento em data fixada unilateralmente para o efeito. Nestes casos, o árbitro não diz o direito material aplicável. Ele ordena a produção de determinadas medidas e comportamentos neces-

³⁵ Cfr. M. Henrique Mesquita, *ob. e loc. cit.*

³⁶ Cfr. Jarrosson, “*Réflexions sur l’imperium*”, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, págs. 265 e 266.

sários ao exercício da sua função decisória³⁷. A fonte do seu poder injuntivo é a vontade das partes. Ao cometerem à decisão de árbitros o seu litígio, as partes obrigaram-se a acatar as medidas deles emanadas: não só a decisão arbitral final, mas também todas as medidas preparatórias e acessórias que os árbitros julguem convenientes dentro dos limites dos poderes que as partes lhe tenham atribuído na convenção de arbitragem. Não correspondendo a uma actividade declarativa do direito, este poder só poderá ser entendido como de *imperium*, mas de um *imperium* intrinsecamente ligado à função de julgar, que não faria qualquer sentido e que seria desprovido de utilidade se não orientado em termos de acessoriedade para o julgamento. Ainda assim, os árbitros não dispõem de todos os poderes relativos ao *imperium mixtum* de que os juízes podem lançar mão. Podem, dirigindo-se às partes que os investiram, ordenar, mas não recorrer ao uso da força para a sua concretização.

Outra figura que, de entre mais, Jarrosson identifica com o exercício de poderes de *imperium mixtum* é a *astreinte*, na qual se baseou a sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do C. C., que dela apenas difere pontualmente³⁸. Na origem da conclusão daquele autor encontra-se a consideração de que a *astreinte* “*est une institution qui se situe à la jonction entre l’imperium mixtum et la jurisdictio; elle est le dernier moyen utilisé avant l’emploi effectif de la force*”³⁹. Efectivamente, constituindo um meio de coerção ao cumprimento, a figura não tem natureza executiva. O que se visa é o cumprimento directamente pelo devedor da prestação principal a que se obrigara, sob a ameaça de uma sanção pecuniária acessória em caso de incumprimento que vem a ser decretada pelo julgador. Nas palavras de Calvão da Silva, em atenção ao ordenamento jurídico português e salvaguardadas as diferenças com a figura francesa, a sanção pecuniária compulsória “*apela à vontade e cooperação do devedor, tendendo a obter o cumprimento; a medida executiva subrogatória prescinde da vontade e cooperação do devedor e opera independentemente desta, sem ou contra ela, através de outrem*”⁴⁰. Em caso de incumprimento, aí sim, poderá lançar-se mão de uma acção executiva em que, nos termos do artigo 934.º, n.º 1, *in fine*, do C. P. C., será também objecto de execução, de tutela coactiva, o montante devido a título de sanção pecuniária compulsória. Com base em idênticas constatações, Jarrosson depreende que “*l’astreinte n’est pas une mesure d’exécution qui relèverait de l’imperium merum. (...) L’arbitre pourrait donc recourir à l’astreinte*”⁴¹.

³⁷ Assim, por exemplo, diz-se no artigo 17.º do Regulamento de Processo do Centro de Arbitragens Voluntárias da Ordem dos Advogados que “o tribunal ordenará a notificação das partes para, em dez dias, indicarem os seus meios de prova e juntarem quaisquer documentos”.

³⁸ *Vd.* Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 120 e ss.

³⁹ *Cfr.* Jarrosson, “Réflexions sur l’imperium”, *in Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pág. 272.

⁴⁰ *Cfr.* Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.ª edição, Coimbra, 1995, pág. 403.

⁴¹ *Cfr.* Jarrosson, “Réflexions...”, pág. 273.

Do todo o exposto decorre que hoje se sente a necessidade de reformular o conceito de jurisdição enquanto poder.

A jurisdição deve, desde logo, ser entendida como o poder exercido por um terceiro independente e imparcial ao qual é confiada a resolução de um litígio sobre determinadas posições e matérias jurídicas. Através dela, declara-se o direito para o caso concreto. O seu objectivo é a justa composição dos litígios, a tutela dos direitos subjectivos e, indirectamente, a do direito objectivo.

Na medida em que a decisão jurisdicional é proferida para efectivamente valer, deve considerar-se como elemento natural da jurisdição a sua pretensão vinculativa, a sua potencialidade para colocar os litigantes numa posição de sujeição perante o comando declarado do direito concretizado na decisão. Neste sentido, na jurisdição participam poderes de comando emanados de uma autoridade *supra partes*, ou seja, dispõe este terceiro de alguns poderes de *imperium*, nomeadamente aqueles intrinsecamente ligados à própria função de julgar e que, por tal motivo, dizem respeito ao *imperium mixtum*, não puro.

Exteriores à noção de jurisdição são já os poderes de *imperium merum* relacionados com a possibilidade do uso da força pelo Estado para operar a realização coactiva dos comandos enunciados.

Deve entender-se que o uso da força é monopólio do Estado, mas não já o exercício de poderes jurisdicionais. Ao proibir a autodefesa, o Estado assumiu o encargo de instituir e manter um sistema de obtenção de justiça, criando um corpo próprio, mas independente, de tribunais públicos que, se necessário, poderão recorrer à força para a realização efectiva dos direitos. Sempre se manteve, porém, um espaço aberto aos litigantes para, sem recorrerem directamente à tutela estadual, reservarem a decisão do seu conflito a um ou mais terceiros da sua confiança e que lhes dessem garantias de obtenção de uma decisão justa em resultado do seu comportamento independente perante o objecto do litígio e imparcial perante os sujeitos.

A lei reconhece a importância da actividade destes terceiros, os árbitros, numa época em que o problema do acesso à justiça impõe uma nova postura mental a todos os agentes do direito, inclusive dos seus consumidores que deverão tomar posições activas sob a tutela do Estado. Assim, atribuiu à decisão dos árbitros força de caso julgado e de título executivo em termos idênticos aos da sentença de tribunal judicial de 1.^a instância. Acertadamente, adiantava Vizioz que *“la sentence arbitrale est certainement (...) un acte juridictionnelle du point de vue matériel, car elle a pour objet de trancher un litige. Elle l'est aussi du point de vue formel dès lors que l'arbitre a suivi un procédure juridictionnelle (laquelle se caractérise essentiellement par le contradictoire)”*⁴². Do que a jurisdição não carece, para ser reconhecida como tal, é de ser exercida por um juiz público. Afirmção que deve valer mesmo nos

⁴² Cfr. Vizioz e Raynaud, “Jurisprudence française en matière de procédure civile: II — Jurisdiction”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1943, pág. 58.

ordenamentos que não atribuem força executiva à decisão arbitral senão por um acto homologatório do juiz estadual. Na verdade, “*si, par l’ordonnance d’exequatur, le president exerce un contrôle d’autorité publique, il l’exerce sur une sentence déjà rendue : ce n’est pas lui qui juge, il s’assure simplement que les conditions prescrites par la loi pour la régularité de l’acte arbitrale ont été observées. Son intervention présente donc, par son objet et son contenu, un caractère administratif, non juridictionnelle; elle relève de son «imperium», de ses pouvoirs de police*”⁴³.

Em ordenamentos como o nosso, o árbitro exerce uma missão jurisdicional que, por força da lei, não pela vontade das partes, culmina com uma decisão a que não só as partes, mas também os terceiros se terão de sujeitar. Colocar estes sujeitos nessa posição de sujeição, apesar de envolver um poder superior de comando, não envolve necessariamente o uso da força, bastando a ameaça de que o Estado poderá realizar coactivamente a decisão arbitral. Actos que impliquem o uso da força, *i. e.*, actos de *imperium merum* ou puro, porque, em rigor, não jurisdicionais, é que se devem considerar fora dos poderes dos árbitros porque insusceptíveis de transmissão pelas partes que, aliás, nunca os detiveram. Por essa razão, os árbitros não podem impor a colaboração de uma qualquer pessoa no processo arbitral quando ela se recuse, nem podem executar as suas decisões na falta de cumprimento voluntário pelo condenado.

Tal não obsta, porém, à natureza jurisdicional da actividade arbitral decisória.

Entendemos, pois, que o exercício e o gozo de *imperium merum* pelos tribunais estaduais correspondem a uma actividade judicial, mas não jurisdicional. Pecando por sinédoque, tem-se abrangido no poder jurisdicional tanto o poder de declarar ou de dizer o direito, como o de o realizar coactivamente. Esse, no entanto, é o conteúdo do poder judicial pertencente ao Estado. À luz do actual ordenamento jurídico, desde que salvaguardadas determinadas garantias de independência, de imparcialidades, de igualdade ou de contraditório, no específico domínio da disponibilidade dos direitos, é indiferente que o julgador seja público ou particular. A actividade de ambos é material, formal e funcionalmente idêntica.

Não dotados de autoridade pública, mas apenas investidos por particulares, os árbitros são juizes privados. A força obrigatória da sua decisão deriva, para as partes, directamente da sua vontade e indirectamente da lei; para terceiros resulta imediatamente da lei. Assim sendo, os árbitros exercem uma função e obtêm resultados públicos, pelo que pública deve ser entendida a justiça que definem.

a.c) solução adoptada

Como vimos, a actividade decisória do árbitro corresponde a uma função verdadeiramente jurisdicional.

⁴³ *Idem, ibidem.*

Tal conclusão poderá, no entanto, não bastar para qualificarmos da mesma forma a natureza jurídica da arbitragem, globalmente considerada. Que o instituto não apresenta uma natureza jurídica unitária parece resultar da conclusão de Francisco Cortez: “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”⁴⁴. Na verdade, o facto de os árbitros desempenharem a função jurisdicional não implica que outros caracteres da arbitragem sejam olvidados. A vida do instituto surge e desenvolve-se em momento anterior à intervenção de qualquer árbitro ou ao desempenho da sua função dirimente. Podemos, em nossa opinião, encontrar na arbitragem voluntária três grandes fases do seu desenvolvimento.

a.c.1) a convenção de arbitragem

A primeira delas corresponde à celebração e à consequente produção de efeitos de um contrato, a convenção de arbitragem, seja na forma de compromisso arbitral, seja englobada num contrato, como cláusula compromissória.

Neste momento, na regulamentação da formação, modelação e celebração do contrato entre particulares, não titulares de *imperium*⁴⁵, predominam normas de direito privado. São estas que, como para qualquer contrato, impõem o respeito por requisitos gerais dos negócios jurídicos como, *v. g.*, a capacidade e a legitimidade dos contraentes, o respeito pela ordem pública e pelos bons costumes ou os eventuais vícios da vontade negocial⁴⁶. A convenção de arbitragem há-de respeitar os requisitos impostos pelas normas gerais do direito civil e das obrigações, para além do condicionalismo legal que especialmente lhe é imposto pela L. A. V. através dos seus artigos 1.º a 5.º

Não obstante, esta fase não é exclusivamente contratual, uma vez que da simples celebração de uma convenção de arbitragem nascem efeitos processuais de extrema importância. Aliás, pode mesmo dizer-se que o objecto imediato da convenção de arbitragem assume uma natureza adjectiva: pelo convénio, as partes obrigam-se a submeter o seu litígio à decisão de árbitros. A relação material apenas de forma mediata e indirecta é afectada pela celebração da convenção de arbitragem. Ela não é moldada directamente pelas partes que somente negoceiam um mecanismo de resolução do conflito pela actuação dirimente e vinculante de um terceiro. A relação jurídica que nasce da convenção de arbitragem é uma relação jurídica processual que se desenvolve paralelamente àquela material sobre que recai o litígio. Para Lorca Navarrette, “*el convenio arbitral, negocio juridico bilateral de contenido procesal, tiene por fin excluir*

⁴⁴ Cfr. Francisco Cortez, “A arbitragem voluntária em Portugal — Dos «ricos homens» aos tribunais privados”, in *O Direito*, ano 124.º, 1992, III e IV, pág. 555.

⁴⁵ Vd. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª edição, 8.ª reimpressão, 1993, pág. 29.

⁴⁶ Vd., sobre esta temática, Raúl Ventura, “Convenção de arbitragem”, in *R. O. A.*, Lisboa, ano 46, 1986, págs. 303 e ss.

*de la jurisdicción el conocimiento de una determinada controversia y confiarlo a un tercero ajeno a las partes, cuya decisión producirá el efecto de cosa juzgada y será ejecutoria. En consecuencia, se trata de preterir el contractualismo sustantiva y admitir la proyección funcional negocial*⁴⁷.

A convenção de arbitragem é, assim, instrumental ou adjectiva em face da relação jurídica substantiva sobre a qual vai actuar. O que não é o mesmo que dizer que seja simplesmente acessória. Com efeito, a não substantividade do acordo arbitral reflecte-se no facto de a nulidade do contrato em que se insere não acarretar por si só a sua nulidade, salvo quando se mostre que ele não teria sido celebrado sem a convenção⁴⁸. É perfeitamente possível que o tribunal arbitral, cuja intervenção foi prevista através de uma cláusula compromissória inserta num contrato, venha a declarar de forma definitiva a nulidade deste.

A convenção de arbitragem não se identifica, pois, directamente com a própria relação jurídica material. Se prevista num contrato, não chega sequer a consubstanciar uma simples cláusula deste. Ou seja, conceptualmente, é um negócio jurídico autónomo e distinto com directa relevância processual. Não só por o seu objecto imediato ser adjectivo em face da relação material, mas também por através dela se moldarem e concretizarem os contornos da actuação do tribunal constituendo.

Por força do artigo 2.º, n.º 3, da L. A. V., o compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio, enquanto que a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem. Ora, a necessidade legal de circunscrever o objecto do litígio não corresponde simplesmente a uma emanação do requisito geral de determinabilidade do objecto negocial previsto no artigo 280.º, n.º 1, do C. C. Na verdade, definindo o objecto do litígio ou a relação jurídica a que a controvérsia respeita, para além de fixarem o objecto mediato das prestações a que se obrigam reciprocamente, as partes estabelecem e concretizam os limites de cognoscibilidade objectiva decisória dos árbitros. O que é o mesmo que dizer que são as partes que, através da convenção, atribuindo jurisdição aos árbitros, delimitam o âmbito da sua competência e a extensão dos seus poderes jurisdicionais, dentro dos limites legais permitidos. Sendo os árbitros juízes *ad hoc*, ainda quando a arbitragem seja institucionalizada, os seus poderes serão unicamente aqueles que a lei e as partes em concreto lhes atribuírem, apenas podendo ser exercidos de acordo com a intensidade e o alcance que estas precisarem.

Efectivamente, constituem fundamentos de anulação da decisão arbitral ter sido proferida por tribunal incompetente ou terem sido conhecidas questões que as partes não sujeitaram a apreciação de árbitros⁴⁹. A correlação entre

⁴⁷ Cfr. Lorca Navarrete, *Manual de derecho de arbitraje*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pág. 216.

⁴⁸ Vd. artigo 21., n.º 2, da L. A. V.

⁴⁹ Vd. artigo 27.º, n.º 1, als. b) e d), da L. A. V.

a convenção e a jurisdição e competência dos árbitros resulta ainda claramente do artigo 21.º, n.º 1, da L. A. V. Diz-se neste preceito que o “tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a inaplicabilidade da referida convenção”. Do exposto resulta indubitavelmente que, com a complacência da lei, “a fonte dos poderes dos árbitros e os seus limites resultam da convenção de arbitragem”⁵⁰, razão pela qual o desrespeito das normas de direito privado que regulam a sua celebração e modelação não deixará de se repercutir negativamente no poder jurisdicional arbitral.

Outro efeito processual decorrente da simples celebração da convenção de arbitragem, mesmo não estando ainda instituído o tribunal arbitral, revela-se no facto de a lei impedir o conhecimento do mérito da causa pelo tribunal estadual, através do funcionamento da excepção de preterição do tribunal arbitral ou, na terminologia legal, de violação da convenção de arbitragem⁵¹. Assim sendo, um mero acto de autonomia de particulares, por isso regulado por normas de direito substantivo privado, implica a produção legalmente reconhecida, através de normas de direito público e processual de efeitos processuais impeditivos do exercício do poder jurisdicional pelo Estado.

A primeira fase do instituto, relativa à convenção de arbitragem, é, pois, uma fase mista em que coexistem regulamentações de direito privado e de direito processual, com predomínio, porém, das primeiras, porque relativas à própria formação do contrato ou das vontades que lhe subjazem.

No entanto, a relevância ou a projecção negocial desta fase é decisiva, uma vez que é com a convenção que se fixam os poderes dos árbitros. Assim como um tribunal estadual, antes de actuar, já vê a sua jurisdição e a sua competência definidas em lei anterior, também em sede de arbitragem o tribunal arbitral a constituir encontra todos os seus poderes dirimentes previamente determinados: directa e abstractamente pela lei que lhe veda o conhecimento de questões relativas a direitos indisponíveis e o gozo e o exercício de poderes coactivos que impliquem o uso da força e, em termos concretos e individualizados, pela determinação jurisdicção da vontade das partes consubstanciada na convenção de arbitragem que, como qualquer contrato, passa a valer como lei para os seus contraentes.

a.c.2) a aceitação da arbitragem

O segundo grande momento da vida da arbitragem centra-se também num contrato: aquele celebrado entre as partes e os árbitros e que se dirige à

⁵⁰ Cfr. Paula Costa e Silva, “Anulação e recursos da decisão arbitral”, in *R. O. A.*, ano 52, III, 1992, pág. 925.

⁵¹ *Vd.* artigos 493.º, n.º 2, e 494.º, al. *j*), do C. P. C.

aceitação do encargo de decidirem o litígio, por outras palavras, ao *receptum arbitrii*, o “*acordo diretto a costituire l’ufficio arbitrale*”⁵².

Através deste contrato, os árbitros assumem perante as partes obrigações de origem tipicamente contratual. Desde logo, obrigam-se a ditar uma solução para o conflito em causa, conteúdo fundamental da sua prestação. Para alcançarem tal resultado, deverão seguir as regras do processo que as partes houverem propositadamente acordado nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da L. A. V., ou as decorrentes de um regulamento que tiverem escolhido de um centro permanente de arbitragem ou por terem submetido a arbitragem à organização de uma dessas entidades⁵³. Nos termos deste segundo contrato, a decisão deverá ainda ser proferida no prazo anteriormente conveniado na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro. Por fim, efectuada a sua prestação e extinta a sua obrigação, extingue-se também o poder jurisdicional dos árbitros, logo após a notificação do depósito da decisão no tribunal judicial do lugar da arbitragem ou, quando tal for dispensado, com a notificação da decisão às partes⁵⁴.

Discute-se em que tipo contratual se pode enquadrar este acordo entre os árbitros e os contraentes da convenção de arbitragem.

A primeira hipótese que se colocou foi a de constituir um mandato. Por força deste contrato, uma das partes obriga-se a praticar por conta da outra um ou mais actos jurídicos, “que normalmente são verdadeiros negócios jurídicos, embora possam consistir em simples actos jurídicos”⁵⁵. O mandatário deve, com a sua actuação, prosseguir o interesse económico do mandante, através da repercussão directa na esfera jurídica deste das utilidades derivadas da prática do acto jurídico. “Não se trata, como poderia dar a entender o significado actual do verbo mandar, de *ordenar*, mas sim de confiar. No mandato há, pois, uma pessoa, o *mandante*, que encarrega outra, o *mandatário*, de realizar determinado acto no interesse e por conta do primeiro; procura-se assim fazer realizar por *intermédio de outrem os actos que ao próprio interessado não convém efectuar pessoalmente*”⁵⁶. Na arbitragem, porém, o árbitro não age em termos voluntaristas. Ele vai emitir um juízo que pode colidir frontalmente com o interesse das partes ou de uma das partes com que contratou. O árbitro não age no interesse material de qualquer das partes; ele vai declarar a solução da lei e do direito para uma específica controvérsia. Ou seja, como lembram Mirabelli e Giacobbe, “*gli arbitri devono emettere un giudizio, e la incidenza di questo giudizio sul patrimonio delle parti seguirà poi alla sua eventuale esecuzione, cuioè ad una attività successiva ed estranea all’at-*

⁵² Cfr. Satta e Punzi, *ob. cit.*, pág. 1059.

⁵³ Apenas na ausência de qualquer acordo das partes sobre as regras a observar na arbitragem os árbitros poderão, eles mesmos, proceder à sua escolha, como resulta do n.º 3 do artigo 15.º da L. A. V.

⁵⁴ Vd. artigos 24.º e 25.º da L. A. V.

⁵⁵ Cfr. Almeida Costa, *Noções de Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1980, pág. 272.

⁵⁶ Cfr. Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, Edições Ática, 1961, págs. 18 e 19.

*tività degli arbitri, perché, si è detto, unico compito degli arbitri è quello di emettere un lodo*⁵⁷.

Surgiu então a tese que perspectiva o contrato entre os árbitros e os contraentes da convenção de arbitragem como um contrato de trabalho. Carne lutti catalogou este acordo como “*un contratto di lavoro giudiziario*”⁵⁸. Não se pode, no entanto, afirmar que exista o vínculo de subordinação característico do contrato de trabalho: os árbitros não prestam a sua actividade sob a autoridade e a direcção das partes. Pelo contrário: investido de poderes dirimentes do litígio é a eles que cabe dirigir o processo e, *supra partes*, vinculá-las nos termos da sua decisão.

Ao aceitarem o encargo de decidirem o litígio, os árbitros celebram com as partes um verdadeiro contrato de prestação de serviços.

Através dele, comprometem-se a proporcionar aos contraentes da convenção de arbitragem o resultado do seu trabalho intelectual. O árbitro não segue as instruções e as ordens das partes, obriga-se a declarar o direito para o caso concreto. O facto de as partes na convenção de arbitragem poderem acordar sobre as regras do processo a observar não afecta o poder de direcção dos árbitros quanto ao exercício da sua actividade. Com efeito, para além de em determinados casos poderem ser os próprios árbitros a fixá-las⁵⁹, tais regras são meramente instrumentais da principal actividade destes, a decisória. Constituem assim meras prescrições *in procedendo*, não *in iudicando*.

Reconhece-se, todavia, que se está perante um contrato de prestação de serviços com características especiais, em virtude de a actividade dos árbitros ser adjectiva ou processual. Na verdade, se, por um lado, com a aceitação da arbitragem, árbitros e contraentes da convenção de arbitragem se tornam partes no contrato de prestação de serviços, por outro lado, o conteúdo essencial da prestação devida dos árbitros coloca-os como um terceiro imparcial acima dos litigantes. Então, “*non si tratta solo di porre in essere una determinata attività, quanto piuttosto è necessario emettere un giudizio*”⁶⁰.

As características especiais deste contrato de prestação de serviços decorrem do facto de a actividade a desenvolver se identificar com a função de julgar. Desta forma, não se encontram, *v. g.*, os árbitros vinculados às instruções e opiniões dos litigantes quanto ao conteúdo do resultado final consubstanciado na decisão arbitral ou a prestarem-lhes contas quando estes o exigirem⁶¹. Apanágio da função arbitral deve, pois, ser a imparcialidade e a independência em face do objecto e dos sujeitos e respectivos interesses em causa.

Assim, os árbitros, enquanto cumprem a sua prestação contratual na relação jurídica bilateral que estabeleceram com os contraentes da convenção

⁵⁷ Cfr. Mirabelli e Giacobe, *Diritto dell'arbitrato*, Jovene Editore, Napoli, 1994, pág. 45.

⁵⁸ Cfr. Carne lutti, *Sistema di diritto processuale civile*, volume I, Padova, 1936, pág. 95.

⁵⁹ Vd. artigo 15.º, n.º 3, da L. A. V.

⁶⁰ Cfr. Mirabelli e Giacobe, *ob. cit.*, pág. 46.

⁶¹ Vd. artigo 1161.º, als. a) e d), do C. C., *ex vi* artigo 1156.º do C. C.

de arbitragem, desempenham, *uno acto*, a função judicativa na relação processual trilateral. Em termos aparentemente paradoxais, o árbitro é parte, mas assume uma posição e uma postura *supra partes*. É parte no cumprimento formal da sua prestação; *supra partes* no desempenho funcional e material da sua actividade jurisdicional que, assim, se autonomiza da sua origem contratual. O contrato que vincula os árbitros constitui então uma modalidade especial do contrato de prestação de serviços, com as regras próprias prescritas na L. A. V.⁶²

Do facto de a aceitação da arbitragem consubstanciar um contrato decorre uma importante consequência: os árbitros que, tendo aceitado o cargo, se escusarem injustificadamente ao exercício da sua função ou obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado têm de responder pelos danos causados com tais comportamentos⁶³. Esta responsabilidade civil não poderá deixar de se considerar contratual, porque “*proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos*”⁶⁴.

Valem estas considerações apenas para os casos em que, perante os litigantes, o árbitro surge como parte. A natureza especial reflectida na bicefalia deste contrato de prestação de serviços há-de, no entanto, repercutir-se ao nível da responsabilidade dos árbitros sempre que esteja em causa a relação processual trilateral em que o árbitro não é parte, mas julgador. Por enquanto desempenharem uma função em tudo idêntica à dos juizes estaduais, aos árbitros deve aplicar-se regime idêntico de responsabilidade civil pessoal, designadamente o previsto no artigo 1083.º do C. P. C., ou seja, apenas poderão ser responsabilizados quando forem condenados por crime de peita, suborno, concussão ou prevaricação, nos casos de dolo ou quando a lei lhes imponha expressamente essa responsabilidade, uma vez que a denegação de justiça, no caso da arbitragem, em termos formais, corresponde ao incumprimento de uma prestação puramente contratual.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado-Juiz, a doutrina tem sido unânime em distinguir dois fundamentos de imputação da responsabilidade: o erro judiciário e o anormal funcionamento da administração da justiça que, em termos amplos, abarcará o próprio erro. As doutrinas francesa, italiana e espanhola têm adiantado três hipóteses de anormal funcionamento da administração da justiça: mau funcionamento, falta de funcionamento e funcionamento defeituoso⁶⁵, às quais correspondem respectivamente a culpa *in committendo*, a culpa *in ommittendo* e a falta de diligência. A primeira integrará

⁶² Nomeadamente as plasmadas nos seus artigos 8.º a 10.º, 15.º, 16.º ou 19.º

⁶³ Vd. artigos 9.º, n.º 3, e 19.º, n.º 5, da L. A. V. Acresce que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, al. c), deste diploma, a própria convenção de arbitragem caduca se a decisão não for proferida no prazo estabelecido.

⁶⁴ Cfr. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, volume I, Almedina, Coimbra, 1994, 8.ª edição, pág. 526.

⁶⁵ Vd. Montero Aroca, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del poder judicial*, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1988, pág. 131.

o erro judicial; as outras consubstanciar-se-ão, por antonomásia, na denegação de justiça e na violação do direito à justiça num prazo razoável⁶⁶. Transportando e adaptando tais conceitos à arbitragem voluntária, poderemos dizer que as duas últimas hipóteses respeitam simplesmente a obrigações contratuais do árbitro: ele obriga-se a proferir uma decisão sobre um determinado objecto e num determinado prazo de acordo com regras estabelecidas para o efeito. Não cumprida a sua prestação pontualmente, daí decorrerá a necessidade de responder civilmente pelos danos causados. Já na hipótese de a causa dos danos se radicar num erro de julgamento do árbitro, por força do especial risco inerente à função pública de julgar, este apenas poderá ser responsabilizado a título de dolo, não de simples negligência.

a.c.3) o processo e a decisão arbitral

Aceite pelos árbitros o encargo de administrarem a justiça para o caso concreto que as partes lhes tenham incumbido, surge então a última fase da vida da arbitragem. Constituído o tribunal arbitral, há agora que desenvolver um verdadeiro processo com um conteúdo mínimo de garantias de defesa e que culminará com a prolação da decisão arbitral.

Quando se inicia esta fase, que habitualmente se identifica com a própria função arbitral dirimente, os árbitros, como vimos, encontram já perfeitamente definidas as suas jurisdição e competência. Apenas terão de presidir ao processo e decidir de acordo com os poderes que a lei e as partes lhes houverem previamente concedido. Por tal motivo, a actuação arbitral nesta fase é exclusivamente jurisdicional.

a.c.4) conclusões

A natureza jurídica da arbitragem não é, pois, questão à qual se possa dar uma resposta unívoca. O instituto é complexo, compondo-se de fases distintas e conceitualmente autonomizáveis. Assim, as duas primeiras fases da vida da arbitragem encontram-se inelutavelmente marcadas pela sua origem contratual: a primeira por força da convenção de arbitragem, contrato pelo qual as partes desavindas acordam em cometer o seu litígio à decisão de árbitros; a segunda em virtude de corresponder à celebração de um contrato de prestação de serviços entre os contraentes daquela primeira convenção e os árbitros que designaram, através do qual estes aceitam a incumbência de dirimirem a controvérsia.

Apesar da raiz negocial, em ambas as fases se notam importantes efeitos processuais dos quais os contratos se não podem dissociar. A função do

⁶⁶ No funcionamento defeituoso podemos encontrar outras causas como, a título de mero exemplo, a perda de documentos fornecidos pela parte.

instituto é processual; é adjectiva: visa solucionar um litígio sobre uma determinada relação jurídica material e substantiva. E é nestas duas fases, sobretudo na primeira, que a actividade posterior dos árbitros é formalmente modelada, através da determinação do objecto do litígio e, conseqüentemente, da extensão em concreto dos poderes dos árbitros. Assim, apesar dos contornos privatísticos da contratualização tendente à arbitragem, os efeitos processuais que a lei atribui aos contratos em causa são de tal modo intensos que não podemos deixar de considerar estas duas fases da arbitragem como de natureza mista: contratual e processual.

Já a última fase da arbitragem, em que se privilegia a sua caracterização do ponto de vista funcional através do desenrolar do processo arbitral que culmina na decisão, em nosso entender, apresenta-se inteiramente jurisdicional. Os árbitros encontram a sua competência definida, apenas vão ter de exercer a sua função judicativa de acordo com os poderes de que dispõem.

Se perspectivarmos a arbitragem somente deste ponto de vista, então, de acordo com a concepção exposta, forçoso será concluir que o instituto tem natureza jurisdicional. Porém, a arbitragem não é só um processo: este apenas decorre num momento terminal. Com uma focagem integral do instituto a sua natureza jurídica revela-se mista. É gerado e formalmente modelado através de contratos entre particulares, mas essencialmente concebido como instrumental em face da relação jurídica material na origem do litígio que visa solucionar. Uma vez que se encontra vocacionada para a obtenção da justiça e para a realização do direito, a arbitragem encontra uma dimensão pública que afasta a sua caracterização como uma justiça privada. Os seus agentes são particulares, mas o seu resultado é público, não podendo ser olvidada ou menosprezada como uma justiça menor.

Por constituir ou integrar uma verdadeira jurisdição a que as partes recorrem, a arbitragem vai apresentar-se como um sinal de proibição aos tribunais estaduais nos domínios por elas reservados ao tribunal arbitral. Já nos domínios que, em termos gerais e abstractos, a lei afastou dos tribunais arbitrais, nomeadamente quando necessário o uso de poderes de imperium merum, ou que as partes não pretenderam englobar nos poderes que atribuíram aos árbitros, aí não chegou a haver qualquer desvio jurisdicional, pelo que, *ab ouo*, sempre os tribunais arbitrais teriam necessariamente de complementar a sua actividade com o recurso aos tribunais estaduais.

b) O princípio da autonomia do tribunal arbitral e a necessidade de colaboração dos tribunais judiciais

Decorre do exposto que do actual ordenamento jurídico parece transparecer o culminar de “um longo processo evolutivo sofrido pela instituição arbitral no nosso direito, caracterizado pelo abandono da concepção «estatizante» da arbitragem, baseada no dogma do monopólio estatal da função jurisdicional, e que atingiu a sua expressão mais pura, por estranho que pareça, no

período liberal, com a Novíssima Reforma Judiciária, mantendo-se depois, de forma variável, nos vários Códigos de Processo Civil⁶⁷.

Ao reconhecer a potencialidade do instituto e os benefícios particulares e sociais que da sua correcta aplicação poderiam advir, o Estado, não estando em causa um seu interesse primário, mas meros interesses particulares, desentranhou a arbitragem voluntária de um contexto exclusivamente privado e contratual, em que as decisões arbitrais valiam por respeito ao princípio *pacta sunt seruanda* e como se houvessem sido alcançadas pelas próprias partes através dos terceiros, árbitros, para lhe atribuir os caracteres de uma verdadeira jurisdição, pretendida mas com um resultado imposto por julgadores particulares, todavia *supra partes*, após o desenrolar de um verdadeiro processo com um mínimo de garantias fundamentais, e que detém a força de caso julgado material e constitui título executivo. Assim, com a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes concretizam e definem os poderes jurisdicionais genéricos e abstractos que a L. A. V. permite serem atribuídos a árbitros, julgadores à margem dos tribunais judiciais.

Legitimada a arbitragem pela vontade das partes e reforçada legalmente com alguns atributos antes considerados exclusivamente estaduais, a jurisdição arbitral caracteriza-se pelo exercício de funções pelos árbitros idênticas às dos juízes estaduais. Daí que, à partida, esteja excluída a intervenção destes ao longo do processo arbitral, uma vez que o específico objecto da arbitragem constitui um impedimento ao exercício dos seus poderes jurisdicionais. Este é o conteúdo do princípio da autonomia dos tribunais arbitrais em face dos estaduais: atribuídos pela vontade das partes e pela lei⁶⁸ poderes jurisdicionais a um tribunal arbitral para a resolução de um determinado litígio, fica arredada a intervenção dos tribunais estaduais sobre aquele objecto. No entanto, não nos encontramos perante um princípio de carácter absoluto, uma vez que os poderes de que os árbitros dispõem podem revelar-se insuficientes e limitados para a cabal decisão de um litígio.

A jurisdição arbitral deve, dentro dos limites legais e convencionais vigentes, mostrar-se suficiente. Assim, do ponto de vista do regime legal da arbitragem voluntária, apenas nos domínios não arbitráveis poderá haver legitimamente intervenção dos tribunais judiciais: a montante, no que diz respeito às matérias que as partes não podem submeter ao conhecimento de árbitros; ao longo do processo arbitral, quando os meios para se alcançar a tutela do direito passem pelo exercício de poderes coactivos envolvendo o uso de força pública; e, a jusante, no momento de uma eventual impugnação da decisão arbitral.

A intervenção dos tribunais estaduais há-de limitar-se ao mínimo e ao estritamente necessário e somente quanto a matérias excluídas do domínio arbitral. Como se refere na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV,

⁶⁷ Cfr. Francisco Cortez, *ob. cit.*, pág. 551.

⁶⁸ Por intermediação concretizadora daquela vontade consubstanciadora da convenção de arbitragem.

“a intervenção do tribunal judicial na constituição do tribunal arbitral e no processo que perante este decorre está reduzida a hipóteses muito contadas. Ao tribunal judicial apenas terá de recorrer-se: a) Para suprir o acordo das partes que não conseguiu formar-se sobre a designação de árbitro ou árbitros de que dependa a constituição do tribunal (artigo 12.º, n.ºs 1 a 3), bem como em situações análogas sobre a substituição de árbitro ou árbitros anteriormente designados (artigo 13.º); b) Para a escolha do presidente do tribunal arbitral, quando essa escolha não possa resultar da decisão das partes ou dos árbitros (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2); c) Para a delimitação dos precisos termos do litígio surgido entre as partes que não possam ser fixados por acordo entre elas (artigo 12.º, n.º 4); d) Para a produção de prova que dependa do uso de poderes de autoridade de que o tribunal arbitral não dispõe (artigo 18.º, n.º 2)”.

Assim, em rigor, quanto a estes pontos, de cuja análise neste texto não se cura tratar, mais correcta do que a sedimentada expressão «intervenção na arbitragem voluntária» será a de «colaboração na realização da arbitragem voluntária», que não transmite a ideia de imiscuição num domínio à partida interdito, mas de auxílio de um tribunal estadual de apoio relativamente a matérias interditas a árbitros.