

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO SECCÃO	170751/08.7YIPRT.L1.S1 7ª SECCÃO
DATA DO ACÓRDÃO	07/12/2011
MEIO PROCESSUAL DECISÃO VOTAÇÃO	REVISTA CONCEDIDA A REVISTA UNANIMIDADE
RELATOR	LOPES DO REGO
DESCRITORES	TRIBUNAL ARBITRAL VOLUNTÁRIO IMPEDIMENTOS E SUSPEIÇÕES INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES ÁRBITROS IMPARCIALIDADE DOS JUÍZES ÁRBITROS PROCESSO EQUITATIVO CONVENÇÃO ARBITRAL NULIDADE
SUMÁRIO	<p>1. Decorre da configuração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros órgãos jurisdicionais a exigência de que, na sua constituição, sejam respeitadas integralmente as notas essenciais que permitem identificar um tribunal, qualquer que seja a sua espécie ou tipo – e que são precisamente a independência e imparcialidade dos juizes – de todos os juizes – que o integram, incluindo os árbitros designados pela parte.</p> <p>2. Sendo o processo arbitral , apesar de flexibilizado e desformalizado, um verdadeiro catálogo de regras adjectivas que permitem a justa composição da lide, em obediência aos princípios estruturantes da igualdade das partes e do contraditório –que constituem emanação do próprio direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais –não respeitaria as exigências do processo equitativo um procedimento que decorresse perante um órgão decisor em que algum ou alguns dos «juizes» que o integram estivessem privados das garantias essenciais da independência e imparcialidade.</p> <p>3. É nula a convenção de arbitragem em que expressamente se dispõe sobre a composição do tribunal arbitral voluntário, em termos de a larga maioria dos seus membros (4 dos 5 dos árbitros aí previstos) não dar garantias adequadas de independência e imparcialidade, atenta a situação de dependência relativamente à parte que o indicou - a que está ligado por contrato de mandato e</p>

prestação de serviços - e a sua profunda ligação à matéria contratual litigiosa – cabendo aos tribunais judiciais apreciar tal vício, essencial para dirimir a excepção dilatória prevista na al. j) do art. 494º do CPC, atento o seu carácter manifesto e a impossibilidade de, nessas circunstâncias, se poder constituir o tribunal arbitral.

DECISÃO TEXTO INTEGRAL

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. EDIFICADORA L...& A..., LDª requereu contra S...C... - INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS, S.A providência de injunção, fundada em crédito pecuniário no montante de € 95.856,56, -sendo € 64.676,77 de capital e € 30.963,79 de juros - invocando que, na qualidade de empreiteira, celebrou com a ré um contrato de empreitada, com vista à construção de um edifício de habitação e comércio, referenciando as facturas que discrimina pelo número, a data de emissão e de vencimento.

Notificada, a requerida deduziu oposição, na qual veio invocar a incompetência do tribunal para a presente causa, por violação da convenção de arbitragem constante da cláusula 13ª do contrato em que a autora fundamenta a sua pretensão.

A autora pronunciou-se sobre a arguida excepção, propugnando pela respectiva improcedência com fundamento na inexistência de escrito atributivo de “foro convencional de competência”.

Em face da oposição deduzida, os autos passaram a seguir os termos da acção declarativa, aplicando-se a forma comum. Na sequência de convite para aperfeiçoamento do requerimento de injunção, foi apresentado articulado, satisfazendo as exigências cominadas quanto à petição inicial ; e, em resposta, a requerida reiterou a suscitação da excepção de incompetência do tribunal judicial, por violação da convenção de arbitragem constante da cláusula 13ª inserta no contrato de empreitada a que se reporta o litígio

Procedeu-se a audiência preliminar , em que se julgou procedente a excepção dilatória de preterição do tribunal arbitral, nos termos seguintes:

Apesar da ré qualificar a excepção dilatória que invoca como

sendo de incompetência absoluta do tribunal, o que esta pretende efectivamente é arguir a excepção dilatória prevista na alínea J) do art.º 494º do CPC.

Efectivamente lê-se na referida disposição legal que constitui excepção dilatória a preterição do tribunal arbitral necessário ou violação de convenção de arbitragem.

Por seu lado a Lei 31/6 de 29 de Agosto define no seu artigo 1º, convenção de arbitragem como sendo o acordo através do qual os outorgantes decidam cometer á decisão de árbitros qualquer litígio que não respeita a direitos indisponíveis, estabelecendo-se ainda no artigo 2º da mesma Lei os requisitos a que deve obedecer tal convenção.

Ora, do contrato junto aos autos pela autora, e que disciplina a relação contratual em que a mesma estriba a sua pretensão, consta uma cláusula que assume a natureza de convenção de arbitragem, a acima descrita cláusula 13ª.

Com efeito da referida cláusula consta que as partes se obrigam a resolver por arbitramento os eventuais diferendos que surjam na interpretação, integração e execução desse contrato, especificando-se até para maior clareza algumas dessas questões. Conforme se decidiu no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.06.2007, “para que se verifique a excepção dilatória preterição do Tribunal arbitral basta que se alegue e prove ao tribunal judicial a existência de convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula ou ineficaz e que seja apenas susceptível de vincular as partes no litígio e de conter tal litígio no seu objecto” (Relator Rui Vouga, Acórdão disponível nas bases de dados do Ministério da Justiça).

Na verdade, e remetendo-se para o acórdão acima citado e para a abundante doutrina nesse sentido aí referida, está subtraída à jurisdição do tribunal judicial a apreciação da validade, da eficácia ou até da aplicabilidade da convenção de arbitragem ao litígio em causa, excepto se essa convenção de arbitragem for manifestamente nula ou ineficaz.

Sucedo que a já descrita cláusula onde se encontra materializada a convenção de arbitragem não enferma de manifesta nulidade, designadamente por respeitar a direitos indisponíveis ou por a respectiva apreciação estar submetida exclusivamente a tribunal judicial, pelo que se impõe a procedência da arguida excepção dilatória.

Em face do exposto julga-se procedente a arguida excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem, e em consequência absolve-se a ré da instância.

2. Inconformada com o assim decidido, a requerente interpôs recurso de apelação, a que todavia, a Relação negou provimento,

confirmando a decisão recorrida, nos termos seguintes:

A par do efeito positivo, o efeito negativo impõe à jurisdição pública o dever de se abster de se pronunciar sobre as matérias cujo conhecimento a lei comete ao árbitro, em qualquer causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, antes que o árbitro tenha tido oportunidade de o fazer, sendo certo que a convenção acordada entre as partes pode ser revogada, até à pronúncia da decisão arbitral, por escrito por estas assinado.

O artigo 21.º n.º 1, da LAV especifica a esfera de competência do árbitro para conhecer da sua própria competência. O árbitro pode apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que a contenha, bem como a aplicabilidade da mesma convenção.

Como esclarece JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, A Excepção de Preterição do Tribunal Arbitral, ROA 58, 1122, Não levanta dúvidas a referência à validade e à eficácia da convenção de arbitragem: constituindo vícios que conduzem à inutilização da convenção, e portanto à incompetência do árbitro, compreende-se que seja a este que a lei comete o poder de as apreciar.

É certo que a lei admite, no artigo 12º, nºs 1 e 4 da LAV, que um tribunal judicial aprecie a convenção de arbitragem antes de proferida a decisão final do árbitro:

- i) Para designar um árbitro que não tenha sido nomeado nos termos da convenção ou das disposições supletivas da lei;*
- ii) Para determinar o objecto do litígio, nos casos em que as partes se hajam desentendido a esse respeito.*

E, no aludido preceito apenas se admite que o juiz declare não haver lugar à designação de árbitro ou à determinação do objecto do litígio quando a convenção de arbitragem for manifestamente nula.

De acordo com as aludidas restrições da lei pode entender-se que se há uma convenção de arbitragem e é plausível que ela vincule as partes em litígio, então, quanto ao litígio entre elas, o tribunal judicial não pode intervir senão aquando da impugnação da decisão arbitral.

Delimitada a fronteira estabelecida ao poder do juiz, pode concluir-se que as questões relativas à própria convenção, como a sua validade, eficácia e aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final.

Refere ainda JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, ob. cit, 1128 que a questão da validade, a questão da eficácia, mesmo a questão da aplicabilidade da convenção de arbitragem ao litígio submetido ao tribunal judicial estão subtraídas à jurisdição do juiz. Este entendimento é coerente com o regime da LAV. Reservando esta aos árbitros a primazia do conhecimento da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem, mal se compreenderia que o CPC admitisse que, em violação do regime da arbitragem voluntária, o tribunal judicial conhecesse dessa matéria para, eventualmente, concluir pela violação de convenção de arbitragem.

Ressalva-se, portanto, na LAV, a possibilidade de o tribunal judicial proceder à apreciação da convenção de arbitragem, em caso de manifesta (ou seja, óbvia), nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da mesma e, nesse caso, pode o juiz declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a excepção deduzida.

No artigo 3º da Lei nº 31/86 estabelece-se que «é nula a convenção de arbitragem celebrada com violação do disposto nos arts. 1, nºs 1 e 4 e 2, nºs 1 e 2».

O artigo 2º do citado diploma legal, que se reporta aos requisitos da convenção, diz que esta deve ser reduzida a escrito (nº 1), considerando-se como tal a convenção constante ou de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses instrumentos contenham directamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida.

Ora, a convenção de arbitragem inserta na cláusula 13ª do contrato de empreitada celebrado entre as partes não viola os citados normativos – não incide sobre direitos indisponíveis e está reduzida a escrito - pelo que não ocorre qualquer nulidade e muito menos manifesta.

E será tal convenção manifestamente ineficaz e inaplicável ao litígio submetido ao tribunal judicial.

Invoca a autora que nos autos apenas se discute o pagamento de facturas por esta emitidas à ré e nega que, quanto à matéria em causa,

exista qualquer pacto privativo arbitral. Invoca também que a própria composição do designado "tribunal arbitral" é manifestamente irregular, inadmissível por Lei, e que o instituto

da injunção não está sujeito a qualquer pacto privativo de jurisdição, porquanto a lei não o permite.

Vejam,

Estatui o n° 3 do artigo 2° da Lei n° 31/86 que o compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio e que a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

O tribunal arbitral poderá ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar, sendo constituído por três árbitros se o número de membros não for fixado na convenção de arbitragem nem em escrito posterior assinado pelas partes (artigo 6.º).

Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes (artigo 8.º), sendo, por regra, designados pelas partes, nos termos do artigo 7.º.

Segundo o n° 1 deste último normativo, Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, devem as partes designar o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal, ou fixar o modo por que serão escolhidos.

Na cláusula 13ª do contrato de empreitada que as partes celebraram, de natureza compromissória, acordaram estas em submeter à decisão de um tribunal arbitral os litígios emergentes da interpretação, integração e execução desse contrato, optando-se depois por explicitar, exemplificativamente, algumas das hipotéticas situações nas quais os litígios se poderiam traduzir.

Pese embora a autora haja recorrido ao procedimento de injunção, providência que tem por fim conferir força executiva a requerimento destinado a exigir o cumprimento das obrigações a que se refere o artigo 1° do Decreto-Lei n° 269/98 ou das obrigações emergentes de transacções comerciais abrangidas pelo Decreto-Lei n° 32/2003, de 17 de Fevereiro, a verdade é que, com a oposição deduzida, deu-se a convolação do procedimento de injunção para uma acção declarativa, inexistindo qualquer razão que obste à invocação de cláusula contratual que consubstancie uma convenção de arbitragem.

Acresce que, não está demonstrada a alegação da autora/apelante de que nesta acção apenas se discute o pagamento de facturas emitidas pela autora à ré, não se aplicando, por isso, qualquer pacto privativo arbitral.

Na verdade, na oposição deduzida, a ré negou a existência da

dívida reclamada. Invocou detalhadamente, com base nos autos de medição, que alguns dos trabalhos extra incluídos nas facturas cujo pagamento a autora peticiona já foram liquidados, outros não foram integralmente executados ou não o foram em conformidade com o projectado, e alegou ainda que alguns desses trabalhos implicaram a não realização de outros que, no entanto, foram também debitados, razão pela qual a ré defende que os trabalhos extra em causa nos autos não são devidos.

Por outro lado, da análise dos diferentes números que compõem a cláusula 13ª do contrato de empreitada que serve de causa de pedir ao procedimento de injunção, actualmente, à acção declarativa, é possível obter uma interpretação compatível com o que decorre dos supra mencionados artigos 2º, nº 3, 6º e 7º da LAV, já que ali se prevê a forma de designação dos árbitros que constituirão o tribunal arbitral, caso não seja obtida a resolução consensual do litígio que eventualmente ocorra, consenso esse que terá sido, prioritariamente, previsto pelas partes.

Demonstrada a existência de uma cláusula compromissória contida no contrato de empreitada celebrado entre apelante e apelada e, não padecendo a mesma de uma evidente ou manifesta nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade, não poderia o Tribunal a quo deixar de julgar procedente a excepção dilatória de preterição do tribunal arbitral, sendo certo que se não vislumbra que a invocação desta excepção configure qualquer situação de abuso de direito.

3. As instâncias consideraram relevante para a solução jurídica do pleito a seguinte matéria de facto:

1. A autora intentou procedimento de injunção contra a ré fazendo constar do respectivo requerimento, no campo destinado a “*exposição dos factos que fundamentam a pretensão*” o seguinte: “*Requerente, como empreiteira, e Requerida, como dono da obra, celebraram entre si um contrato de empreitada, com vista à construção de um edifício de habitação e comércio no designado “Arruamento C – Lote 6 – Amial no Porto”, em Maio de 2002. As partes pactuaram que os trabalhos fossem facturados após apresentação de autos de medição mensais, aprovados pelo dono da obra. Mais ficou pactuado que as facturas se venciam a 30 dias da data de emissão, e que em caso de mora a requerida pagaria juros de mora à taxa legal para as dívidas comerciais. A requerente dá à injunção a factura nº 51930024, emitida em 30/09/2003, referente ao 5º auto de medição, de trabalhos*

adicionais, com data de vencimento em 29/10/2003, no valor de 62.416,69 euros, devidamente conferida e aprovada pela requerida e que esta recebeu e aceitou, e a factura nº 51030042 com data de 31/10/2003, referente ao 6º auto de medição de trabalhos adicionais, com data de vencimento em 30/11/2003, no valor de 2.260,08 euros, devidamente conferida e aprovada pela requerida e que esta recebeu e aceitou.”

2. A autora e a ré subscreveram o original do documento que se encontra de fls. 172 a 178, intitulado “*Contrato de Empreitada*”, do qual consta, entre outras, a seguinte cláusula:

As partes obrigam-se a resolver por arbitramento os eventuais diferendos que surjam na interpretação, integração e execução do presente contrato (incluídos os elementos referidos na cláusula primeira), nomeadamente, na justeza das reclamações dos autos de medição na existência e valor dos trabalhos não executados ou de defeitos de execução que venham a ser invocados, da existência e relevância de causa de força maior justificativa da revisão do prazo contratual, da subsistência das razões eventualmente invocadas para a não recepção provisória ou definitiva.

Numa primeira abordagem, serão árbitros por parte do Primeiro Outorgante o seu advogado e um representante da fiscalização da empreitada e por parte do Segundo Outorgante o seu advogado e um engenheiro responsável pelo acompanhamento técnico da obra.

Se, por essa via, não for obtida uma resolução maioritária, o desempate será obtido por intervenção de um quinto árbitro escolhido por acordo dos quatro ou, se não houve acordo nessa nomeação, indicado pelo Tribunal Arbitral de Centro de Arbitragem da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, e caso este não se pronuncie, pelo Tribunal da Relação do Porto, como previsto na lei que regula a arbitragem voluntária.”

4. Novamente inconformada, a A./requerente interpôs revista excepcional, visando obter a pronúncia do STJ sobre as questões suscitadas, apesar da dupla conforme das instâncias, encerrando a respectiva alegação com as seguintes conclusões que, como é sabido, lhe delimitam o objecto:

I O presente recurso deve ser admitido como de revista excepcional, nos termos do artº 721º, nº3 e 721º-A, nº1, alínea a), b) e c).

- II. Quer porque na decisão em apreço estejam em causa questões da maior relevância jurídica - Administração da Justiça e Funcionamento dos Tribunais - nos termos expostos;
- III. Quer porque estejam também em causa interesses de máxima relevância social, sujeitos de máxima tutela legal, desde logo de natureza constitucional;
- IV. O que está em causa é o conjunto de Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos, a Administração da Justiça, e a constituição e forma de funcionamento dos próprios Tribunais, realidades que constituem interesses fundamentais do próprio Estado de Direito, com maior tutela na Lei, nos termos expostos.
- V. A decisão encerra contradição com outros Acórdãos dos Tribunais da Relação, bem como do Supremo Tribunal de Justiça, desde logo, com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Novembro de 2008, que se pronuncia sobre a mesma questão de Direito Fundamental.
- VI. Justificando-se até revista ampliada, no sentido se uniformizar jurisprudência.
- Quanto ao recurso em si mesmo,
- VII. A recorrente não veio discutir nestes autos o Contrato de Empreitada – forfait - invocado pela Recorrida, mas apenas serviços parcelares, dos quais foram emitidas facturas que foram enviadas à recorrida, que as recebeu e conferiu e aceitou - pelo que nunca seria aplicável a pretensa "cláusula compromissória" Sem prescindir,
- VIII. A "cláusula compromissória" invocada pela Recorrida contempla a constituição de Tribunal Arbitral, composto pelos advogados das partes e pelos representantes directos das partes, o que a ofende de absoluta e manifesta nulidade, ineficácia e inaplicabilidade.
- IX. A própria composição do designado "tribunal arbitral" é manifestamente irregular, inadmissível por Lei, impossível e reveladora de que as partes nunca sujeitaram o contrato a tal "jurisdição extra-judicial".
- X. A Lei impõe que o Tribunal seja absolutamente independente e imparcial, visando a administração da Justiça com Equidade e Equidistância, orientada por um princípio de absoluta igualdade - v.g. artº 1º, 2º e 10º da LAV, 122º do CPC, bem como com os artºs artºs 12º, 13º, 16º, 17º, 20º, 202º, 203º, 209º e 206º da CRP.
- XI. A Administração da Justiça é um Direito Fundamental da Sociedade e do Estado de Direito, com a maior consagração constitucional.
- XII. Os juízes estão sujeitos aos específicos impedimentos previstos no artº 122º do CPC.
- XIII. E tais impedimentos aplicam-se aos juízes árbitros do

Tribunal arbitral - vg artº 10º da LAV concreto,

XIV. No caso concreto que Tribunal seria esse, composto por advogados das partes, um representante da fiscalização e um técnico de acompanhamento da obra? E quem defendia ambas as partes? Os advogados, que também eram Juízes?

XV. E os elementos da fiscalização e o responsável da obra indicados, se fossem chamados a depor como testemunhas - eram Juízes ou testemunhas?

XVI. Considerada como "pacto arbitral" tal clausula ofende a Lei e é de nenhum valor, como se não estivesse escrita (absolutamente inválida e nula, como muito bem sabe a Ré ...)

XVII. Como "compromisso arbitral", além do que vai dito, seria impossível e violaria também desde logo e também as disposições da Lei 31/86 sendo também absolutamente nula, por violação do artº 2 da referida Lei.

XVIII. Por maioria de razão, nunca existiu, quanto à matéria destes autos, qualquer pacto privativo arbitral válido, aplicável e eficaz.

XIX. Violou assim por erro de interpretação a decisão recorrida o artº 10º da Lei da Arbitragem Voluntária e 122º do Código de Processo Civil

Acresce que,

XX. Ao processo arbitral não se aplica ao procedimento de Injunção.

XXI. Aliás, esta acção derivou de um pedido de injunção das referidas facturas, sendo certo que o instituto da injunção não está sujeito a qualquer pacto privativo de jurisdição, porquanto a lei não o permite.

XXIV - Em qualquer caso, face à matéria dos autos e compromisso das partes, pretender a R., que subscreveu com a A., para o caso dos autos, um pacto válido de compromisso arbitral, sempre cairia na alçada do abuso de direito o que, cautelarmente se invoca.

XXV- Alem do mais, o entendimento consagrado no acórdão recorrido feriria sempre de inconstitucionalidade as normas previstas nos artº 1º, 2º e 10º da LAV, bem como as normas constantes dos artºs 122º do CPC, por violação dos artºs 12º, 13º, 16º, 17º, 20º, 202º, 203º, 209º e 206º da CRP, inconstitucionalidade que se deixa desde já alegada, com todos os efeitos legais.

TERMOS EM QUE

Se deve julgar procedente o presente recurso revogando-se o Acórdão recorrido, substituindo-o por outro que julgue a excepção de preterição de Tribunal Arbitral improcedente, com todas as consequências legais, julgando-se competente para a apreciação da matéria dos presentes autos o Tribunal Judicial, aí prosseguindo os autos os seus ulteriores termos até ao final.

pois assim se fará JUSTIÇA

MAIS REQUER, que o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos expostos, julgue a presente revista excepcional de forma ampliada, por forma a assegurar uniformização de jurisprudência (v.g. artºs 732º-A e 732º-B do CPC).

5. Tal revista excepcional foi efectivamente admitida, pelo acórdão proferido a fls. 594 e segs., em que se considerou, nomeadamente:

Ora, entende-se que uma questão como a que se encontra suscitada nos presentes autos, que se prende com a composição de um Tribunal arbitral do qual fariam parte, nomeadamente, os advogados das partes, sem qualquer limitação, - portanto, mesmo que já tenham intervindo no litígio -, e representantes destas (no caso, membros da fiscalização e direcção da obra contratada), é matéria que respeita à administração do bem essencial que é a Justiça e ao exercício da função jurisdicional, da maior importância para salvaguarda dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e resolução pacífica e equitativa dos seus conflitos, atendendo até ao reconhecimento constitucional dos Tribunais arbitrais como integrados na categoria de Tribunais, com competência para o exercício da função jurisdicional. É, por isso, questão de enorme relevância jurídica, a determinar a necessidade da análise da dita cláusula à luz dos dispositivos constitucionais e ordinários referentes à composição de Tribunais arbitrais, em sede de recurso de revista, para contribuir para uma melhor aplicação do direito no sentido de apurar das implicações da participação nos mesmos de elementos que possam não oferecer todas as garantias de imparcialidade e independência, sendo por outro lado da maior relevância social os interesses em causa nessa questão do apuramento da validade, eficácia e aplicabilidade de cláusulas como a que se encontra em análise, pelo que se entende desde logo ocorrerem os pressupostos das ditas ais. a) e b), dispensando por isso o apuramento da verificação ou não do pressuposto da ai. c). Por isso se entende que se verificam, pelo menos, aqueles dois primeiros pressupostos, o que implica a admissão da revista.

Considera-se manifestamente improcedente o pedido de processamento como **revista ampliada**, por não se vislumbrar qualquer possibilidade de surgimento, ao nível da jurisprudência do Supremo, de conflito jurisprudencial sobre a específica matéria controvertida, referente às garantias de imparcialidade dos juízes-árbitros de um tribunal arbitral voluntário, que pudesse fundamentar a necessidade de julgamento pelo pleno das secções cíveis.

6. Importa salientar liminarmente que o presente recurso se reporta a duas questões perfeitamente autônomas e diferenciadas:

Assim, a primeira delas tem a ver com o **âmbito e aplicabilidade da convenção de arbitragem** invocada pelas partes com base na referida cláusula 13º do contrato de empreitada celebrado entre os litigantes, remetendo para «arbitramento» a resolução dos eventuais diferendos que surjam na **interpretação, integração e execução desse contrato**, incluindo reclamações de autos de medição, existência e valor de trabalhos não executados ou defeitos de execução da empreitada : ora, sendo manifesto, perante a factualidade invocada pelos litigantes que a matéria da presente acção – iniciada como injunção – **está obviamente ligada a vicissitudes da execução da empreitada** a que se reporta o contrato em que se insere a dita cláusula 13º, teria naturalmente fundamento a excepção de preterição do tribunal arbitral voluntária suscitada pela R.

Note-se que – como refere o acórdão recorrido - bastaria para sustentar a procedência da referida excepção a **plausibilidade de aplicação** da convenção de arbitragem ao litígio que opõe as partes: como se refere no recente Ac. de 10-03-2011, proferido pelo STJ no P. 5961/09.1TVLSB.L1.S1 – e seguindo a orientação que já constava do Ac. de 20/1/11, igualmente proferido pelo STJ no P. 2207/09.6TBSTB.E1.S1 -:

Face ao princípio, insito no art. 21º, nº1, da LAV, segundo o qual incumbe prioritariamente ao tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, apreciando para tal os pressupostos que a condicionam – validade, eficácia e aplicabilidade ao litígio da convenção de arbitragem – os tribunais judiciais só devem rejeitar a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral, deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção invocada é nula ou ineficaz ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respectivo âmbito de aplicação.

7. A segunda questão, de maior complexidade e delicadeza – e que, aliás, integra o núcleo essencial da argumentação da entidade recorrente e ditou decisivamente a admissão da presente revista excepcional – conexas-se com a definição e densificação das exigências de **independência e imparcialidade dos árbitros** que irão integrar o tribunal arbitral voluntário, ligando-se, desde logo, à problemática dos **impedimentos e suspeições** dos membros de tal tribunal.

Valerão aquelas exigências estruturantes de independência, imparcialidade, isenção e «neutralidade» para todos os membros do tribunal arbitral voluntário, incluindo para os árbitros-juízes que, numa arbitragem «ad hoc», são designados pelas próprias partes, como emanção do princípio da **autonomia da vontade** que está na base e constitui elemento legitimador da própria instituição da arbitragem?

Como conciliar tal modo de designação, assente numa escolha relativamente discricionária e numa relação fundamental de **confiança** parte / árbitro - que está nos antípodas da relação entre as partes e os juízes dos tribunais estaduais, em que se procura obviar totalmente à «escolha» do julgador pelos litigantes (veja-se toda a regulamentação minuciosa da disciplina do acto de distribuição, como instituto que visa afastar totalmente qualquer possibilidade de a parte controlar o juiz que irá decidir o seu

processo, garantindo a plena aleatoriedade da respectiva designação) - com as características de autonomia e neutralidade do árbitro relativamente às partes, incluindo aquela que o designou?

Importa realçar liminarmente o pouco relevo que a lei actualmente ainda em vigor – a Lei 31/86 - confere à problemática da **independência, imparcialidade e «neutralidade»** dos árbitros, limitando-se a estatuir no art. 10º que **aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime dos impedimentos e escusas estabelecido na lei do processo civil para os juízes, não podendo a parte recusar o árbitro por ela designado, salvo se for superveniente a causa do impedimento ou escusa deduzido.**

Como refere José Miguel Júdice (A Constituição do Tribunal Arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros, II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, 2009), *a fase inicial do desenvolvimento dos sistemas arbitrais foi, um pouco por todo o lado, caracterizada pela pouca ou nenhuma relevância dada a esta temática, como se a origem contratual do processo genético do tribunal arbitral fosse em si mesma uma garantia ou gerasse uma decorrência automática da inexistência de problemas : sinal claro disso é o regime de impedimentos e suspeições previsto no art. 10º da LAV, que regista a total falta de autonomia da questão, ao fazer a remissão dos impedimentos e suspeições para o regime aplicável aos juízes, que é manifestamente inadequado para servir de referência, umas vezes por excesso, outras por defeito, e sobretudo por limitar tal regime aos árbitros não nomeados por acordo das partes.*

É que, por um lado, a simples **designação** do árbitro pela parte

arriscar-se-ia – numa leitura mecânica e funcionalmente inadequada do sistema de impedimentos e escusas dos magistrados - a desencadear uma **suspeição** na plena autonomia e neutralidade do escolhido ; e, por outro lado, é manifesto que uma aplicação literal e automática do regime estatuído no CPC quanto a impedimentos e suspeições não dá – nem pode dar – resposta às inúmeras questões que se suscitam quanto ao tipo de situações susceptíveis de afrontarem negativamente a independência e isenção dos árbitros escolhidos pelos litigantes, dada a multiplicidade de relações de proximidade e sobreposição ou conflito de interesses entre o árbitro, a própria parte e o advogado por esta constituído (amplamente prevenidas, quanto à magistratura judicial, com o rigorosíssimo regime de exclusividade de funções que estatutariamente lhe é imposto).

Daí que a tendência dominante, em sede de doutrina, direito comparado e futura regulamentação legal e deontológica da arbitragem voluntária passe por um **crescente relevo** desta temática, fundamental para assegurar o próprio prestígio da instituição arbitral, garantindo adequadamente uma **ética exigente** – plenamente justificável pelos **poderes reforçados dos árbitros** na conformação das regras processuais a seguir na arbitragem e na ampla restrição às possibilidades impugnatórias – e um resultado justo e equilibrado na composição do litígio.

Assim, importa realçar que a Proposta de Lei 48/XI – que consagrava a nova LAV, assimilando, nomeadamente, algumas das soluções que constavam da Lei Modelo sobre arbitragem comercial internacional da UNCITRAL, seguidas, nomeadamente na legislação recentemente aprovada nos ordenamentos espanhol e alemão – dedica especial atenção a esta temática, ao prever nos arts. 12º e 13º o regime dos deveres dos árbitros e o processo de recusa:

Artigo 8.º

Requisitos de nomeação dos árbitros

- 1- Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.*
- 2- Ninguém pode ser preterido, na sua designação como árbitro, em razão da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 9.º e da liberdade de escolha das partes.*
- 3- Os árbitros devem ser independentes e imparciais.*

Artigo 12.º

Deveres do árbitro

1- *Quem for convidado a exercer funções de árbitro deve informar as partes sobre circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.*

2- *O árbitro deve, durante o processo arbitral, revelar, no prazo máximo de 3 dias úteis, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.*

3- *Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam **suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência** ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram.*

4- *A parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento em causa que só tenha tido conhecimento após essa designação.*

Artigo 13.º

Processo de recusa

1- *As partes podem livremente acordar sobre o processo de recusa de árbitro, sem prejuízo do disposto no n.º 3.*

2- *Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 12.º.*

3- *Caso o árbitro que a parte pretende recusar não renuncie à função que lhe foi confiada e a parte que o designou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decide sobre a recusa.*

4- *Se o árbitro não puder ser recusado segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3, a parte interessada pode, no prazo de 15 dias após a comunicação da decisão que rejeita a recusa, requerer ao tribunal do Estado competente que tome uma decisão sobre a recusa, sendo aquela insusceptível de recurso.*

5- *Na pendência do pedido referido no número anterior, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença.*

Por outro lado, a necessidade de densificar e concretizar, perante as peculiaridades da arbitragem, os referidos deveres fundamentais de imparcialidade e independência de **todos os árbitros** que integram colegialmente um tribunal arbitral está na base da elaboração de um **projecto de Código Deontológico do Árbitro**, por iniciativa e no exercício das competências da Associação Portuguesa de Arbitragem, de modo a clarificar e intensificar os deveres

deontológicos específicos que incidem sobre todos aqueles que se disponham a aceitar uma nomeação para árbitro, nele se consagrando como princípio geral a **obrigação de agir com absoluta imparcialidade e independência** (Sobre a necessidade e justificabilidade da elaboração deste Código Deontológico, veja-se a intervenção de Robin de Andrade no Colóquio promovido pela APA no Porto, em Abril de 2009, publicado no site daquela instituição, distinguindo os conceitos de *independência – respeitante à posição do árbitro perante as partes e seus advogados - e imparcialidade – conexas com o objecto concreto do litígio e as pretensões as partes – considerando conveniente completar tal definição com uma tipificação ou exemplificação de casos e situações em que a nomeação do árbitro nunca deveria ser aceite por violar a confiança das partes na independência e imparcialidade do tribunal, tendo por exemplar a que é feita nas Recomendações do Club Espanhol de Arbitrage*). Prevê-se, nomeadamente, no articulado que integra esse Projecto:

Art. 1º - Princípio Geral

- 1. Todo o árbitro está obrigado a agir com imparcialidade e independência, respeitando e fazendo respeitar o prestígio e a eficiência da arbitragem como meio justo de resolução de litígios.**
- 2. Salvo quando disposição da lei ou de regulamento arbitral aplicável outra coisa dispuser, o árbitro deve respeitar os princípios deontológicos previstos no presente código.**

Art. 3º - Imparcialidade e Independência

- 1. O árbitro deve julgar com absoluta imparcialidade e independência as questões que forem submetidas à sua apreciação.**
- 2. O árbitro designado pela parte não é seu representante ou mandatário, estando, em todas as circunstâncias, sujeito às obrigações deontológicas previstas neste Código.**
- 3. O árbitro não deve permitir que qualquer tipo de interesse pessoal, pressão externa ou receio de crítica afecte o sentido da sua decisão.**
- 4. Quer durante quer depois de concluída a arbitragem, nenhum árbitro deve aceitar oferta ou favor proveniente, directa ou indirectamente, de qualquer das partes, salvo se na presença das restantes partes e com a sua anuência.**

Art. 4º - Dever de Revelação

- 1. O árbitro e o candidato a árbitro têm o dever de revelar todos os factos e circunstâncias que possam fundadamente justificar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência, mantendo-se tal obrigação até à extinção do seu poder jurisdicional.**

2. Antes de aceitar o encargo, o candidato a árbitro deve **informar a parte** que o houver convidado quanto ao seguinte:

- a) **Qualquer relação profissional ou pessoal com as partes ou com os seus representantes legais que o candidato a árbitro considere relevante;**
- b) **Qualquer interesse económico ou financeiro, directo ou indirecto, no objecto da disputa;**
- c) **Qualquer conhecimento prévio que possa ter tido do objecto da disputa.**

3. Após aceitar o encargo, o árbitro deve informar por escrito as partes, e tratando-se de tribunal arbitral colectivo os outros árbitros, bem como a instituição responsável pela administração da arbitragem que o tenha nomeado, sobre os factos e circunstâncias previstos no n.º 2, quer preexistentes à aceitação do encargo, quer supervenientes.

4. Havendo dúvida sobre a relevância de qualquer facto, circunstância ou relação, prevalecerá sempre o dever de revelação.

5. Salvo se outra coisa resultar da mesma, a revelação dos factos e circunstâncias previstos no n.ºs 2 e 3 por parte do candidato a árbitro e do árbitro deverá ser entendida como declaração de que aquele se considera imparcial e independente, consequentemente apto a desempenhar as funções de árbitro.

Art. 5º - Recusa de Árbitro

1. O árbitro a quem todas as partes oponham **suspeita de parcialidade ou falta de independência** deve renunciar imediatamente ao exercício das suas funções.

2. Se alguma, mas não a totalidade, das partes opuser suspeita de parcialidade ou falta de independência, deve o árbitro renunciar salvo se:

- a) existirem na lei, na convenção de arbitragem ou em acordo celebrado pelas partes, regras específicas para a dedução de suspeição do árbitro; ou se
- b) o árbitro, depois de considerar a suspeição, entender que esta não tem fundamento e que pode desempenhar as suas funções com imparcialidade e independência.

Art. 6º – Comunicação com as Partes

1. Antes de aceitar o encargo, o candidato a árbitro apenas pode solicitar à parte que o convidar uma **descrição sumária do litígio**, a identificação das partes, co-árbitros e mandatários se os houver, o teor da convenção de arbitragem e a indicação do prazo previsto para a conclusão da mesma.

2. Salvo o disposto no número seguinte, o árbitro designado não

pode comunicar em privado com as partes ou seus mandatários antes da constituição do tribunal arbitral.

3. Tratando-se de tribunal arbitral em que os árbitros designados pelas partes têm a incumbência de escolher o árbitro presidente, cada um daqueles poderá consultar a parte que o designar sobre a escolha do presidente.

4. Na pendência da instância arbitral o árbitro deve abster-se de qualquer comunicação unilateral com as partes ou seus mandatários relativamente ao objecto do litígio.

Relativamente ao debate e discussão deste Projecto de Código Deontológico, veja-se ainda, por exemplo – por bem demonstrativo da essencialidade deste tema – o comentário elaborado por António Sampaio Caramelo logo em 2006 - e publicado no site daquela Associação - , propondo uma *densificação e aprofundamento dos próprios conceitos de independência e imparcialidade* e a expressa consagração de que tal regime deve ser aplicável a todos os árbitros, sugerindo a seguinte redacção para o art. 3º:

Artigo 3º- Imparcialidade e Independência

1. O árbitro deve apreciar e julgar as questões submetidas à sua apreciação e decisão com total imparcialidade e independência.

2. A imparcialidade do árbitro implica não só o não favorecimento de qualquer das partes e o afastamento de qualquer preconceito ou

juízo prévio sobre objecto do litígio, mas também resistência a qualquer pressão externa, directa ou indirecta. A independência implica a inexistência de relações, de natureza financeira, profissional ou outra, entre o árbitro e uma das partes ou alguém estreitamente ligado a uma das partes, bem como de qualquer interesse material relativamente ao objecto do litígio.

3. A imparcialidade e independência do árbitro devem manter-se em

todas as fases do processo arbitral e mesmo depois de ser proferida a decisão final, nomeadamente durante o eventual período de impugnação desta.

4. O árbitro designado por uma parte está sujeito, em todas as circunstâncias, às normas enunciadas nos números anteriores e às demais obrigações deontológicas previstas neste Código, nos mesmos termos em que estas são aplicáveis ao árbitro designado por acordo das partes ou por uma terceira identidade.

A nível de direito comparado e de ambiente jurídico internacional nos sistemas que nos são próximos, é patente a preocupação com os referidos requisitos de *independência e imparcialidade* dos

árbitros, conduzindo a uma regulamentação ampla e minuciosa das múltiplas causas de quebra potencial da respectiva isenção e neutralidade ao longo do curso do processo arbitral, em termos de poder enviesar a justa composição da lide que lhes foi cometida. Sirvam de exemplo as *Recomendações relativas à independência e imparcialidade dos árbitros do Club Espanõl de Arbitraje*, considerando que não deveria ser aceite a nomeação quando, face à relação com as empresas que figuram como parte no processo ou com os respectivos advogados:

- *haja identidade entre o árbitro e a parte*
- *o árbitro seja familiar próximo de uma parte*
- *o árbitro ou a sua sociedade profissional tenha interesse significativo no resultado da arbitragem*
- *o árbitro seja empregado ou administrador de uma das partes*
- *o árbitro seja sócio significativo de uma das partes*
- *o árbitro ou a sua sociedade profissional preste assessoria a uma das partes relativamente ao litígio*
- *o árbitro tenha inimizade manifesta com uma das partes*
- *o árbitro trabalhe na sociedade profissional ou seja sócio de advogados das partes que intervenha; na arbitragem*
- *o árbitro seja familiar próximo de um advogado das partes que intervém na arbitragem*
- *o árbitro tenha inimizade manifesta com um dos advogados das partes que intervenha na arbitragem.*

Igual realce merecem as *Directrizes da IBA (International Bar Association)* relativas a conflitos de interesses em Arbitragem Internacional, aprovadas em 22 de Maio de 2004, onde se procede a uma aprofundada e minuciosa regulamentação dos múltiplos **conflitos de interesses** que podem legitimar as objecções ou oposições à nomeação de árbitros, distinguindo e tipificando os casos de maior gravidade (integradores de uma *lista vermelha de eventos irrenunciáveis*) de situações de gravidade decrescente, integrando-se no primeiro elenco de casos aqueles em que:

1.1. Existe identidade entre uma parte e o árbitro, ou o árbitro é representante legal de pessoa jurídica que é parte no procedimento arbitral.

1.2. O árbitro é administrador, conselheiro ou membro de órgão supervisor, ou possui influência de controle semelhante sobre uma das partes.

1.3. O árbitro possui interesse financeiro significativo em uma das partes ou no resultado da arbitragem.

1.4. O árbitro presta assessoria regular à parte que o indicou, ou a coligada de tal parte, e o árbitro ou sua empresa deles obtém receita financeira significativa.

8. Tendo-se frustrado a entrada em vigor da nova LAV, importa verificar qual será, no nosso **sistema jurídico actual**, a base normativa para sustentar o entendimento segundo o qual **as exigências de independência e imparcialidade dos árbitros se aplicam a todos os membros do órgão colegial, incluindo aos árbitros designados pela parte.**

Desde logo, tal entendimento pode encontrar algum apoio, embora, porventura «fraco», na norma que consta do art. 10º da LAV ainda vigente, interpretada no sentido de que a genérica remissão – quanto aos árbitros cuja designação não provenha de acordo conjunto de ambas as partes - para o regime de impedimentos e suspeições dos magistrados judiciais previstas no CPC, mais do que servir de suporte à utilização da específica tipificação de situações enunciadas em cada alínea do preceito, **traduz ainda aplicação do princípio ou cláusula geral que a todas subjaz – a de que o juiz tem de ser imparcial** (cfr. Mariana França Gouveia , O Dever de Independência do Árbitro da Parte, no âmbito do Colóquio realizado no Porto em 14/4/09).

Mas, - para além desse fundamento de direito infraconstitucional – temos como seguro que **tal exigência tem apoio na própria Lei Fundamental**, emergindo, quer da qualificação como verdadeiros **tribunais** dos tribunais arbitrais (quer voluntários, quer necessários), constante do art. 212º, nº2, (na redacção resultante da Revisão de 1982), quer da exigência do **processo equitativo**, formulada pelo art. 20º da CRP.

Na verdade, embora a **génese** dos tribunais arbitrais voluntários seja perfeitamente diversa da dos tribunais estaduais – assentando essencialmente na autonomia da vontade dos litigantes, mais do que na administração institucional da justiça «em nome do povo» - o **resultado** da sua actividade é, em larga medida, coincidente com o exercício da **função jurisdicional** por qualquer tribunal, já que lhes compete , de um ponto de vista teleológico, **proceder à hetero-resolução de um conflito** entre sujeitos privados, num plano estritamente jurídico, ou seja, visando a composição dos interesses conflituantes a **pura realização do direito objectivo** ou da equidade (e não a prossecução activa de outros interesses, diferenciados da estrita actuação do ordenamento jurídico).

E, assim sendo, decorre naturalmente da configuração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros órgãos jurisdicionais, - exercendo «privadamente» a função jurisdicional - a exigência de que, na sua constituição, sejam respeitadas

integralmente as **notas essenciais que permitem identificar um tribunal**, qualquer que seja a sua espécie ou tipo – e que são precisamente a **independência e imparcialidade dos juízes – de todos os juízes – que o integram**. A relevante especificidade dos tribunais arbitrais relativamente aos tribunais estaduais - já que são constituídos por vontade dos litigantes, são normalmente desprovidos de carácter permanente, por constituídos «ad hoc» para a resolução de certo litígio, não sendo os árbitros juízes de carreira, pelo que não lhes é automaticamente aplicável todo o estatuto público, funcional e garantístico, dos magistrados – não permite, porém, eliminar, quanto a eles, a nota essencial caracterizadora de qualquer «verdadeiro» órgão jurisdicional: as referidas exigências de independência e imparcialidade

Por outro lado, sendo o processo arbitral, apesar de flexibilizado e desformalizado, um verdadeiro catálogo de regras adjectivas que permitem a justa composição da lide, em obediência aos princípios estruturantes da **igualdade das partes** e do contraditório – que constituem emanação do próprio **direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais** – é manifesto que não respeitaria as exigências do processo equitativo um procedimento que decorresse perante um órgão decisor em que algum ou alguns dos «juízes» que o integram estivessem privados das garantias essenciais da **independência e imparcialidade**: é que, neste caso, não estaríamos confrontados com um verdadeiro tribunal, mas antes com um mero simulacro ou aparência de órgão jurisdicional...

Isto mesmo tem sido reconhecido de forma clara pela jurisprudência constitucional, da qual se infere, como temos sustentado, (O Direito Fundamental do Acesso aos Tribunais e a Reforma do Processo Civil, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, 2001, separata, pag. 739) que o princípio constitucional da plenitude e efectividade da garantia da via judiciária envolve a **impossibilidade de submissão de um litígio privado a um tribunal arbitral – no caso, necessário – sem que esteja plenamente assegurada a independência e imparcialidade dos juízes que o integram**.

O caso resolvido pelo Ac. nº 52/92 do TC ilustra claramente esta premissa.

Na verdade, tal aresto declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do art. 49º das Condições Gerais de Venda de Energia Eléctrica em Alta Tensão (CGVEEAT), anexas ao DL 43335, de 19/11/60, na parte em que atribuía ao Secretário de Estado da Energia competência para a designação do terceiro árbitro da comissão de 3 peritos-árbitros aí prevista, considerando como preceitos constitucionais violados por tal regime os arts. 20º, nº1, e 206º da CRP(actual art. 202º).

Após qualificar a referida «comissão de árbitros» como verdadeiro tribunal arbitral necessário, encarregado de solucionar os litígios referidos em tal preceito legal, passou o TC a analisar se o modo de designação do terceiro árbitro punha em causa as garantias de independência e imparcialidade do julgamento, constitucionalmente impostas a qualquer tribunal: ora, considerando que o Estado era o único detentor do capital da EDP, ou seja, o proprietário daquela empresa, na acepção jurídico-económica do termo, entendeu que não era possível afirmar, com segurança, que, em quaisquer circunstâncias, o Estado não teria algum interesse nas controvérsias submetidas à dita comissão arbitral.

Ora, assim sendo, - configurando-se a imparcialidade como nota essencial ao próprio conceito de tribunal – a nomeação pela Administração Central do referido árbitro não deixava inequivocamente intocadas as garantias objectivas de imparcialidade do tribunal, criando riscos de tratamento desigual das partes.

Considera-se, deste modo, que – desde logo, por imposição da própria Lei Fundamental – todos os juízes-árbitros que integram um tribunal arbitral colegial – incluindo os designados pelas partes – têm de ter adequadamente asseguradas as garantias de independência e imparcialidade na condução do processo e no julgamento do pleito. Na verdade, para além de tais características serem absolutamente essenciais à configuração de um órgão como «tribunal», estaria obviamente em sério risco a possibilidade de um juiz não isento, por dependente de uma das partes ou pessoalmente envolvido, de forma profunda, na matéria do litígio que deve resolver como terceiro/decisor cumprir e fazer cumprir o princípio da igualdade das partes e assegurar que a solução do pleito decorre segundo as regras de um processo equitativo.

E, nesta perspectiva, é evidente que a designação de algum dos árbitros pela parte não pode significar nem implicar que esse elemento do tribunal fique colocado numa **situação de dependência** relativamente a quem o nomeou – mas apenas e tão-somente que tal designação assenta numa relação, não de **subordinação**, mas de **confiança** da parte no árbitro : confiança nas suas qualidades pessoais, profissionais, técnicas e deontológicas que potenciem uma justa composição da lide, tendo naturalmente particular atenção à posição e pretensões da parte que o designou, mas sem perder o fundamental **dever de objectividade** (que, aliás, se não for cumprido, poderá conduzir a uma descredibilização do árbitro parcial perante a «comunidade arbitral» e perante os restantes árbitros, incluído o presidente – vejam-se as considerações tecidas sobre este ponto por José

Miguel Júdice, ob. cit., pag. 116).

9. Resta transpor estas considerações gerais para a concreta situação subjacente à presente revista, cujos traços fundamentais se podem sintetizar nos termos seguintes:

- entre as partes – empreiteiro e dono da obra – foi celebrada a convenção de arbitragem constante a cláusula 13^a, vinculando-se, em primeiro lugar, a resolver, numa «primeira abordagem», por «arbitramento» os eventuais diferendos que surjam na

interpretação, integração e execução do contrato, funcionando nessa fase como «árbitros» os respectivos mandatários e a pessoa ou entidade que, relativamente a cada uma das partes, fiscalizou ou acompanhou tecnicamente a obra, visando tal «arbitramento» alcançar uma «resolução maioritária»;

- se se frustrar essa primeira via de solução do diferendo, proceder-se-à a «desempate», através da intervenção de um «quinto árbitro», escolhido por acordo dos 4 ou, não havendo acordo, designado pelo Centro de arbitragem da Associação dos Industriais da construção Civil ou, subsidiariamente, pelo Tribunal da Relação, remetendo-se para a LAV.

As **duas fases** previstas para a solução dos possíveis conflitos assumem, deste modo, naturezas bem diferenciadas: aquilo que as partes designam incorrectamente por «arbitramento» consistirá, mais precisamente, numa **via conciliatória**, visando ultrapassar divergências, mediante a intervenção de órgão constituído por número par de elementos, isto é, pelos próprios advogados das partes que acompanhem o referido contrato e, bem assim, numa perspectiva técnica, pela pessoa ou entidade responsável, quer quanto ao dono da obra, quer quanto ao empreiteiro, pela fiscalização e acompanhamento da obra: ora, como é evidente, tais sujeitos não gozam manifestamente das características da independência e imparcialidade, já que estão profundamente envolvidos na relação contratual, em que assumem a representação dos interesses da parte respectiva, com base no mandato judicial (quanto aos advogados) e nos contratos de prestação de serviços celebrados entre cada sociedade e o responsável técnico pela fiscalização e acompanhamento da empreitada.

Tal situação de manifesta parcialidade e dependência dos interesses da parte respectiva do órgão integrado por aqueles 4 sujeitos não produzirá, porém, efeito especialmente negativo enquanto se não ultrapassar a mera *fase conciliatória*, sendo manifesto que a solução do diferendo envolverá naturalmente o acordo de todos os intervenientes no dito «arbitramento» (provavelmente obtido após os verdadeiros «representantes» de

cada uma das partes em confronto terem alcançado assentimento dos representantes legítimos das partes quanto à via conciliatória que têm por aceitável).

Frustrando-se, porém, esta primeira tentativa de conciliação e subsistindo o litígio, passa-se agora à verdadeira arbitragem, visando alcançar a hetero-composição da lide, através da intervenção de órgão, constituído já por **número ímpar** de sujeitos, e sendo o 5º elemento designado com apelo aos mecanismos consagrados na LAV: o problema que tal cláusula suscita é que **integram o tribunal arbitral voluntário** a que passa a estar cometida a resolução do pleito **os mesmos 4 elementos que tinham tido intervenção na frustrada conciliação**, apesar de, como é evidente e incontroverso, os mesmos não terem a indispensável **autonomia** relativamente à parte, cujos interesses, em bom rigor, **representam**, estando, para mais, **profundamente envolvidos na relação contratual** - desde logo, na veste de responsáveis pela fiscalização e acompanhamento da empreitada que origina precisamente o litígio a dirimir mediante arbitragem voluntária...

Ora, pelas razões atrás apontadas, considera-se tal situação inadmissível, por **contender com a exigência de imparcialidade e independência de todos os juízes-árbitros que irão integrar o tribunal arbitral**, não sendo obviamente tolerável que o integrem **representantes ou mandatários dos litigantes ou pessoas ligadas às partes por contrato de prestação de serviços, plenamente envolvidas nas vicissitudes da relação contratual que originou a situação litigiosa a resolver.**

10. A situação concreta dos autos origina ainda uma acrescida dificuldade: é que, em muitos casos, o vício da falta de isenção de algum ou alguns dos árbitros designados estará situado, não na **própria convenção de arbitragem**, mas no específico e ulterior **acto de nomeação** : será o caso de aquela convenção se limitar a estipular que o tribunal arbitral é integrado , para além do presidente, por um árbitro designado por cada um dos litigantes, sem nada concretizar quanto às condições da escolha – tratando a parte, ao realizá-la, de indicar pessoa dela dependente ou profundamente envolvida, de modo parcial, na matéria litigiosa. Pelo contrário, na situação sobre que versa o recurso, é a **própria convenção de arbitragem que quebra, de forma explícita, a regra fundamental da independência e imparcialidade dos árbitros**, ao estipular directa e expressamente que integram o tribunal arbitral pessoas que, em termos objectivos, não dão garantias de afastamento e isenção relativamente à parte e à

matéria litigiosa – o que implica que o vício radica, afinal, na própria convenção, e não apenas no acto jurídico de escolha do árbitro.

Por outro lado – e no comum das situações – a escolha de um árbitro parcial apenas originará a dedução do pertinente **impedimento ou suspeição**, a apreciar, em primeira linha, pelo próprio tribunal arbitral: ora, no caso dos autos, **a constituição deste é manifestamente impossível**, por a **maioria dos elementos que, por força da convenção, o deveriam integrar estarem desprovidos das características da independência e imparcialidade** : ou seja, dos 5 juízes árbitros que deveriam integrar o tribunal arbitral só um deles, o 5º árbitro, não estaria, à partida, atingido pela suspeição de parcialidade, o que implica naturalmente que tenha de pertencer aos tribunais estaduais a apreciação da questão.

E, sendo **manifesto** o vício imputado à referida cláusula 13ª, nada impede que tal pronúncia possa verificar-se no âmbito da acção que o A propôs perante a ordem dos tribunais judiciais, desconsiderando precisamente o valor e a vinculatividade da referida convenção .

11. Nestes termos e pelos fundamentos apontados, concede-se provimento à revista, declarando-se a nulidade da convenção arbitral em que, de forma expressa e directa, se consagra a composição de um tribunal arbitral voluntário manifestamente desprovido das características de independência e imparcialidade, julgando-se conseqüentemente improcedente a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem, deduzida pela R. Custas pela entidade recorrida.

Supremo Tribunal de Justiça, 12 de Julho de 2011

Lopes do Rego (Relator)

Orlando Afonso

Távora Victor