

## **O princípio do contraditório na nomeação de árbitro pelo presidente do tribunal da relação**

### **1. A escolha dos árbitros**

No campo do direito disponível (art. 1-1 da Lei de Arbitragem Voluntária: LAV), é admissível que as partes acordem, para dirimir os conflitos entre elas, no recurso a tribunais arbitrais. Consagrados no art. 209-2 da Constituição da República, a sua actuação é de administração da justiça (art. 202-2 da Constituição da República), exercida em conformidade com os princípios fundamentais do processo civil (art. 16 LAV) e, portanto, de natureza jurisdicional. Mas a fonte do poder jurisdicional do tribunal arbitral é distinta da fonte do poder jurisdicional dos tribunais do Estado, ao contrário deles dotados de *jus imperii*. O seu poder de decisão deriva da *vontade das partes*, tendo assim um fundamento semelhante ao do *negócio jurídico* de direito privado: tal como os particulares podem, no domínio da autonomia da vontade, auto-regulamentar os seus interesses e, designadamente, prevenir os litígios ou pôr-lhes cobro mediante negócios de transacção (art. 1248 do Código Civil: CC), assim podem também, no mesmo domínio e desde que lei especial não o impeça, encarregar terceiros de decidir os litígios que entre eles tenham surgido (compromisso arbitral), ou venham a surgir (cláusula compromissória), no âmbito de determinada ou determinadas relações

jurídicas. A convenção de arbitragem constitui assim um negócio jurídico, embora de direito processual<sup>1</sup>.

Por isso, salvo quando da decisão arbitral é interposto recurso para os tribunais do Estado ou perante estes é requerida a sua anulação, permanece estranha ao direito da arbitragem a figura do *juiz natural*: os árbitros são *designados pelas partes* ou, quando estas assim entendam, *escolhidos pelo modo por elas próprios fixado* na convenção de arbitragem ou em escrito posterior (art. 7-1 LAV); na falta de designação ou da fixação do modo de escolha dos árbitros, cada parte indicará um árbitro e os dois assim determinados escolherão o terceiro (art. 7-2 LAV).

O presidente do tribunal da relação do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta de tal fixação, do domicílio do requerente só intervém na escolha quando *falta* a designação de árbitro, ou dos árbitros, em conformidade com essas regras (art. 12-1 LAV): uma das partes omitiu (ou ambas omitiram) a designação do árbitro que lhe cabia designar (art. 11-4 LAV); o terceiro, ou o centro de arbitragem institucionalizada, a quem tenha sido atribuído o poder de designação não exerce esse poder (arts. 11-6 LAV e 38 LAV); os dois árbitros cuja designação cabe originariamente às partes não escolhem o terceiro; a parte que dá início ao procedimento arbitral não propõe à outra o árbitro único, quando haja sido convencionada a arbitragem singular (art. 11-5 LAV).

---

<sup>1</sup> Remeto, para desenvolvimento destas considerações gerais, para o meu artigo *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Coimbra, Almedina, 2002, II, ps. 625 e ss, nº I.1. Está republicado nos meus *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, II, ps. 549 e ss.

A nomeação pode ser requerida ao presidente do tribunal da relação *passado um mês* sobre a notificação que a parte que pretende recorrer à arbitragem dirige à parte contrária, nos termos do art. 11-1 LAV, ou *passado um mês* sobre a nomeação do último dos árbitros a quem compete a escolha<sup>2</sup> (art. 12-2 LAV).

A nomeação pelo presidente do tribunal da relação surge, em qualquer caso, como *sucedâneo* da designação que as partes, ou alguém por conta delas, omitiu: a constituição do tribunal arbitral é *do domínio das partes* e só quando estas, ou aquele (ou aqueles) a quem elas o conferem, não exerce o poder de designação é que, para que não fique paralisada a constituição do tribunal, se verifica a intervenção, solicitada,

---

<sup>2</sup> “No caso referido no artigo 7º, nº 2”, diz literalmente o art. 12-2 LAV. Como o art. 7-2 LAV só contempla o caso em que as partes não designaram os árbitros nem fixaram o modo da sua escolha, pareceria ficar de fora aquele em que elas próprias hajam estipulado, como é prática frequente nas convenções de arbitragem, que cada uma designará um árbitro, sendo o terceiro árbitro escolhido pelos assim designados, bem como aquele em que os dois primeiros árbitros são designados por outro modo, de acordo com a estipulação das partes, e a eles compete a escolha do terceiro. A interpretação racional do preceito leva a entendê-lo aplicável sempre que, por determinação das partes ou da norma supletiva, aos dois (ou mais) primeiros árbitros cabe designar o terceiro. Por outro lado, o mesmo art. 12-2 LAV não usa, no segundo caso que prevê, a expressão “passado um mês” (usada no primeiro caso), mas sim a expressão “dentro do prazo de um mês”. Tomada à letra, esta última significaria que, decorrido um mês desde a nomeação do segundo árbitro, não mais poderia ser pedida a nomeação ao presidente do tribunal da relação – interpretação tão mais absurda quanto é certo que o poder de escolha não exercido cabe aos árbitros e o requerimento de nomeação é normalmente feito por uma das partes. Inutilizar-se-ia assim, sem justificação, a designação, já feita, dos dois árbitros, sempre que, nada tendo estes acordado durante um mês, a parte seguidamente, isto é, já decorrido esse prazo, viesse requerer a nomeação do terceiro árbitro. O período de um mês faz sentido para a obtenção do acordo entre os dois árbitros, não para o requerimento ao presidente do tribunal da relação, pelo que o prazo estabelecido deve, no segundo caso, ser entendido como no primeiro. Da natureza destes prazos trato adiante.

do presidente do tribunal da relação. Isto continua a ser assim quando se aplique a norma do art. 7-2 LAV: como norma supletiva, ela constitui um meio de *integração da vontade das partes*, de tal modo que é afastada, como expressamente diz, quando “houver acordo [*superveniente*] entre elas quanto a essa designação”.

Em que medida, se é que em alguma, tem de ser observado o princípio do contraditório antes desse acto sucedâneo de nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação?

## **2. A escolha como processo de jurisdição voluntária**

Esta intervenção sucedânea não tem carácter *jurisdicional*. Não se trata de resolver um conflito de interesses, e sem um conflito de interesses na base do processo não há processo civil (art. 3-1 do Código de Processo Civil: CPC)<sup>3</sup>.

Mas é indubitável o carácter *judicial* dessa intervenção. Considerações de política legislativa levam a que aos tribunais (e não a um órgão da administração, ainda que teoricamente esta opção fosse

---

<sup>3</sup> Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, nº I.4.4. Constitui objecto do processo civil o *pedido* e este pressupõe um conflito de interesses, que a pretensão do autor converte em *litígio* (cf. art. 11-1 LAV: “instaurar o litígio”; menos rigorosa é a utilização do termo no art. 1-1 LAV). O regime da simulação do litígio (arts. 665 CPC e 778 CPC, este na redacção anterior ao DL 303/2007, de 24 de Agosto) mais não é do que um corolário desta necessidade insuprível do conflito de interesses e da sua conversão num litígio *real* entre as partes (L.Freitas, *Introdução* cit., nº I.3.6).

possível) sejam cometidas, acessoriamente, funções não jurisdicionais, designadamente funções *administrativas*, não directamente orientadas pelo interesse público (como acontece na actividade tipicamente administrativa), mas consistindo numa *administração pública de direitos privados*<sup>4</sup>.

Entramos então no campo dos processos de *jurisdição voluntária*, que visam a prossecução de interesses privados não organizados em conflito: pode tratar-se de prosseguir o interesse de *uma pessoa* determinada ou os interesses *solidários* de duas ou mais pessoas<sup>5</sup>. No caso da nomeação de árbitro, a intervenção (judicial, mas não jurisdicional; antes administrativa) do presidente do tribunal da relação visa prosseguir o *interesse da parte que não designou o árbitro* que lhe cabia designar (de outro modo, só os restantes árbitros julgariam a causa, visto que a paralisação desta seria impensável) ou o *interesse solidário de ambas as partes* no funcionamento da arbitragem (quando se trate da nomeação do terceiro árbitro). Encontramo-nos, pois, perante um processo de jurisdição voluntária<sup>6</sup>.

Substituindo-se à vontade, não manifestada, da parte ou de terceiro<sup>7</sup>, a nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação *supre* essa

---

<sup>4</sup> Sobre a origem da expressão, veja-se a minha *Introdução* cit., nº I.4 (24).

<sup>5</sup> Minha *Introdução* cit., nº I.4.5. Não haver conflito de interesses não significa que não possa haver *controvérsia*, isto é, conflito de opiniões entre os intervenientes no processo, relativamente à prossecução do interesse ou interesses em causa.

<sup>6</sup> Por todos: Vittorio Denti, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, Rivista di diritto processuale, 1954, p. 22.

<sup>7</sup> Veja-se os arts. 400-2 CC (substituição judicial na determinação da prestação por uma das *partes* ou por *terceiro*) e 883 CC (substituição judicial na determinação do

vontade, constituindo um *processo de suprimento*, tal como aqueles de que o CPC especificamente se ocupa nos arts. 1425 a 1430, em sede de regulação dos processos de jurisdição voluntária<sup>8</sup>. A ideia de suprimento é precisamente a de *sucedâneo judicial* da vontade dum sujeito de direito, que não exerce o direito, faculdade ou poder que primariamente lhe cabe<sup>9</sup>. Os processos de suprimento pressupõem sempre uma norma que preveja essa intervenção sucedânea do tribunal. Normalmente, essa norma é de direito substantivo; mas pode ser também de direito adjectivo, como é o caso da nomeação de árbitro pelo presidente do tribunal da relação. Sem que se trate propriamente dum caso *análogo* ao da divisão judicial de

---

preço da compra e venda), cujas previsões dão lugar ao processo de suprimento do art. 1429 CPC.

<sup>8</sup> Também o processo de fixação judicial do prazo (art. 1456 CPC) constitui um processo de suprimento, sempre que esteja em causa um prazo que a parte (ou as partes) ou terceiro podia ter fixado, mas não fixou (cf. art. 777 CC, n.º 2 e 3).

<sup>9</sup> No CPC de 1939 só apareciam regulados como processos de suprimento judicial os que, segundo a lei substantiva, deviam ter lugar em caso de *recusa* (art. 1477), *incapacidade* ou *ausência* (art. 1478), aos quais apenas se acrescentava o de suprimento de consentimento pelo conselho de família (art. 1479). Tratava-se, no dizer de Alberto dos Reis, *Processos especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, II, p. 458, de casos em que o suprimento do tribunal (ou do conselho de família) era necessário à validade do acto jurídico, dada a recusa, incapacidade ou ausência do titular do poder de nele consentir (ver hoje, a título de exemplo, as normas dos arts. 1682 CC, n.ºs 1 e 3, 1682-A CC, 1682-B CC, 1683-2 CC, 1684-3 CC (consentimento do cônjuge) e 153 CC (autorização do curador do inabilitado). As normas do CC de 1966 sobre o suprimento da deliberação da maioria legal dos comproprietários (art. 1407-2 CC), de outro modo impossível de se formar, dada a exigência de dupla maioria (de consortes e de capital) do art. 1407-1 CC, a nomeação do administrador do condomínio, quando a assembleia de condóminos não o eleja (art. 1435-1 CC), a determinação da prestação, quando a parte ou o terceiro a quem esteja confiada não a faça (art. 400-2 CC), a determinação do preço da compra e venda, quando as partes não o determinem nem convençionem o modo de o determinar (art. 883-1 CC), e a divisão dos ganhos e perdas da sociedade civil, quando o terceiro a quem esteja confiada não a faça (art. 993-1 CC), levaram à introdução no CPC de 1967 das normas dos arts. 1427 a 1430, onde o suprimento judicial não é já *sucedâneo do consentimento* exigido para a validade dum acto praticado por outrem, mas um *sucedâneo do próprio acto*, não praticado por quem tinha o direito, poder ou faculdade de o praticar.

ganhos e perdas (art. 1430 CPC), a tramitação do art. 1429 CPC aplica-se<sup>10</sup>.

Não se argumente em contrário com o facto de a nomeação do árbitro caber, não ao tribunal da relação, mas ao seu presidente. Os presidentes dos tribunais, superiores ou de 1ª instância, têm, sem dúvida, competências *tipicamente administrativas* (arts. 43-1 LOFTJ, als. e), f) e g), 59-1 LOFTJ e 75 LOFTJ). Mas têm também algumas competências *jurisdicionais* (ex.: art. 117-1 CPC, desde o DL 303/2007, de 24 de Agosto; art. 688-1 CPC, até ao DL 303/2007, de 24 de Agosto; art. 732-A-1 CPC). Nada impede que tenham igualmente competências *de jurisdição voluntária* (administração pública de direitos privados), como é o caso da que é atribuída ao presidente do tribunal da relação pelo art. 12-1 LAV: é como órgão judicial (embora não no exercício da função jurisdicional) que ele actua, ao nomear o árbitro ou árbitros que o titular do direito ou poder de designação<sup>11</sup> não designou.

---

<sup>10</sup> A norma remissiva do art. 1430 CPC é, ela própria, susceptível de ser aplicada *analogicamente* (a casos não análogos aos da divisão judicial de ganhos e perdas), dado o seu carácter *residual*: havendo uma norma (não prevista nos artigos anteriores) que faculte o suprimento judicial, sem conter regras de tramitação do procedimento a seguir, impõe-se o recurso ao art. 1429 CPC, a cujo procedimento o art. 1430 CPC confere natureza geral no âmbito dos processos de suprimento. João Raposo, *A intervenção do tribunal judicial na arbitragem / Nomeação de árbitros e produção de prova*, in *Primeiro Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa / Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 120, entende ser antes aplicável a norma do art. 1425 CPC (suprimento do consentimento no caso de recusa).

<sup>11</sup> Segundo a convenção de arbitragem ou o escrito posterior previstos no art. 7-1 LAV, ou ainda segundo o acordo, a este último superveniente, do art. 7-2 LAV.

### 3. A imposição da contraditoriedade

É expressa a determinação específica da observância do princípio do contraditório nos processos de suprimimento: o direito à contestação, oposição ou resposta é *sempre* assegurado por norma que, minuciosamente, se vê incluída na respectiva regulação (arts. 1425-1 CPC, 1426 CPC, n.ºs 1 e 2, 1427-2 CPC, 1428-2 CPC, 1429-2 CPC e 1430 CPC). No caso-tipo que nos ocupa, a aplicação do art. 1429-2 CPC *ex vi* art. 1430 CPC dá que a contraparte do requerente da nomeação do árbitro tem de ser *citada* antes de o presidente do tribunal da relação a ela proceder.

A conclusão diversa não se chegaria se, qualificando o procedimento em causa como de jurisdição voluntária, se entendesse que não se lhe aplica um procedimento específico do CPC, nomeadamente o dos processos de suprimimento. Com efeito, nos processos de jurisdição voluntária conhece limitação o *princípio do dispositivo* (art. 1409-2 CPC), o *princípio da legalidade* (arts. 1410 CPC e 1411-1 CPC) e o *valor do caso julgado* (art. 1411-1 CPC); mas a lei não limita, *et pour cause*, o *princípio do contraditório*.

Por um momento, poderia pensar-se que, tal como a defesa<sup>12</sup>, a contraditoriedade só é prescrita pela norma geral do art. 3 CPC para os casos assentes num conflito de interesses, isto é, no âmbito da jurisdição

---

<sup>12</sup> “O tribunal não pode resolver o *conflito de interesses* que a acção pressupõe ...” (art. 3-1 CPC); “... providências *contra* determinada pessoa” (art. 3-2 CPC).

contenciosa. Mas o âmbito de previsão do art. 3-3 CPC é mais amplo do que esse: o princípio do contraditório é observado em todo o processo, de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária, salvo quando não haja outro interessado, ainda que subordinado, que não seja o requerente. A comprová-lo, o art. 1409-1 CPC remete para as disposições gerais dos incidentes da instância, entre as quais o *art. 303 CPC* expressamente concede o direito à oposição<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Não se tranquilizou o legislador com esta remissão, pois teve o cuidado, quase sempre redundante, de vincar a necessidade de observância do princípio do contraditório *em cada um* dos procedimentos de jurisdição voluntária regulados no CPC: art. 1412-1 (alimentos); art. 1413-2 (atribuição da casa de morada de família); art. 1415-2 (fixação ou alteração da casa de morada de família); art. 1416-2 (contribuição do cônjuge para as despesas domésticas, mediante remissão para o art. 400, n.ºs 1 e 2); art. 1417-3 (conversão da separação em divórcio); arts. 1432 e 1438-3 (alienação ou oneração de bens dotais ou sujeitos a fideicomisso); art. 1439-2 (autorização judicial de acto); art. 1440-3 (aceitação ou rejeição de liberalidade a favor de incapaz); art. 1441-1 (alienação ou oneração de bens do ausente ou confirmação de acto praticado pelo representante do incapaz); art. 1451-2 (curador provisório dos bens do ausente); art. 1457-1 (fixação judicial de prazo); art. 1467-2 (aceitação ou repúdio de herança jacente); art. 1470-1 (escusa do testamenteiro); arts. 1475 e 1477-1 (apresentação de coisa ou documento); art. 1479-2 (inquérito judicial à sociedade); art. 1484-2 (nomeação de titular de órgão social); art. 1484-B-2 (suspensão ou destituição de titular de órgão social); arts. 1487, n.ºs 2 e 3, e 1487-A-2 (redução do capital social); 1488-2 (oposição à fusão ou cisão de sociedades); 1490-2 (averbamento de acções ou obrigações); 1493-1 (conversão de acções ou obrigações); 1498-2 (liquidação de participação social); art. 1499 (outro processo de avaliação de participação social); art. 1500-2 (investidura em cargo social); art. 1507-2 (nomeação de consignatário de fazendas em navio); art. 1507-C (atribuição de bens de pessoa colectiva extinta). Não o diz o art. 1458 (notificação para preferência), por à notificação se dirigir, por sua própria natureza, o processo. Apenas nos casos dos arts. 1442 (constituição do conselho de família, em que porém é ouvido o Ministério Público) e 1502 (vistoria para conhecer do estado de navegabilidade do navio, salvo quando requerido que se decrete a inavegabilidade: art. 1505-2) não há, pelas especialidades oferecidas, disposições semelhantes. Por sua vez, o art. 1486-2 (convocação de assembleia de sócios), concede ao juiz o poder de ouvir ou não a administração da sociedade. Veja-se a proximidade em que os casos de nomeação de titular de órgão social (art. 1484-2) e de investidura em cargo social (art. 1500-2) se encontram daquele que é objecto do parecer.

Por último, saliente-se que à mesma conclusão nos levaria o *regime do procedimento administrativo*: o art. 8 CPA vincula os órgãos da Administração Pública a assegurar a participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respectiva audiência, que os arts. 100 CPA a 103 CPA regulam em termos que não deixam margem para dúvidas<sup>14</sup>. A verificação de que assim é também no campo do procedimento tipicamente administrativo dissipará qualquer dúvida que subsista por o art. 1409-1 CPC se referir aos “processos regulados *neste capítulo*”: o que a lei pretende dizer é que se refere apenas aos processos de jurisdição voluntária, dos quais os regulados no CPC têm assento nesse capítulo<sup>15</sup>.

Deve, pois, o presidente do tribunal da relação ouvir a parte que não haja requerido a designação do árbitro, antes de decidir nomeá-lo<sup>16</sup>. Pode

---

<sup>14</sup> “Os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta” (art. 100-1 CPA). Só assim deixa de ser quando ocorra algum caso de dispensa da audiência (art. 103 CPA). Compreende-se, designadamente, que a parte não tenha de ser (de novo) ouvida quando se tenha já pronunciado *no procedimento* (de nomeação judicial do árbitro, iniciado com o requerimento dirigido ao presidente do tribunal da relação) sobre as questões que importam à decisão (art. 103-2-a CPA).

<sup>15</sup> Paralelamente, o art. 302 CPC referiu-se, até à revisão de 1995-1996, aos “*incidentes regulados neste capítulo*” e uma orientação restritiva preconizava que a sua aplicação se circunscrevia aos incidentes da instância aí nomeados (ac. do STJ de 21.10.80, *BMJ*, 300, p. 344). Note-se, porém, que o art. 1409-1 CPC não diz “processos de jurisdição *voluntária* regulados neste capítulo”, caso em que paralela interpretação restritiva seria identicamente defensável.

<sup>16</sup> Em outros sistemas jurídicos há disposições expressas neste sentido: §§1035, III e V, 1062, I, e 1063, I, ZPO alemã; arts. 485 e 486 *ex vi* arts. 1444 e 1457, todos do CPC francês; art. 437 LEC espanhola *ex vi* art. 15, n.ºs 2-b e 4, da Ley 60/2003, de 23 de Dezembro; secções 18 e 80 do Arbitration Act inglês de 1996. Um pouco diversamente, a lei italiana, no art. 810 CC, diz que o juiz decide, “ouvida, sendo caso disso, a outra parte”, o que leva alguma doutrina a entender que aí encontramos um poder discricionário (Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina*

assim a parte pronunciar-se sobre a verificação dos **pressupostos da devolução ao tribunal do poder de designação** e até, antes disso, sobre a própria **existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem** (cf. art. 12-4 LAV).

#### **4. A nulidade decorrente da não audição da parte**

**4.1.** Quando não ouça a parte, o presidente do tribunal da relação omite a prática de um acto que a lei impõe, o que produz nulidade do subsequente acto de nomeação (art. 201 CPC, nºs 1 e 2).

Poderia pensar-se que a irregularidade assim cometida é insusceptível de **influir na decisão** de nomeação do árbitro ou, indirectamente, na decisão de mérito a proferir pelo tribunal arbitral, sempre que, à data do requerimento, concretamente ocorram os pressupostos da nomeação pelo presidente do tribunal da relação.

Não é, porém, assim.

Como ponto de partida para o demonstrar, tenhamos como evidente que a intervenção no processo arbitral dum árbitro, em vez de outro, é,

---

*dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994, ps. 45-46), enquanto outros entendem que a interpretação (forçosa) do preceito *à luz da Constituição* leva a concluir que o juiz tem o dever de *ouvir sempre a parte* (Tarzia-Luzzatto-Ricci, *Legge 5 Gennaio 1994*, n. 25, Padova, Cedam, 1995, ps. 48-49).

independentemente da idoneidade e imparcialidade de qualquer deles, *susceptível de influir* no sentido da decisão arbitral. Nem se compreenderia, se assim não fosse, a atribuição à parte do direito primário de designação<sup>17</sup>.

Verifiquemos seguidamente que os prazos de um mês dos arts. 11-1 LAV e 12-2 LAV não são prazos peremptórios.

O art. 11 LAV não estabelece prazo algum para a parte contrária responder ao convite que lhe é dirigido para designar o árbitro que lhe cabe indicar. O prazo de um mês após o qual a nomeação pelo presidente do tribunal da relação pode ser requerida não limita no tempo a resposta a esse convite, fazendo caducar o direito de designar; tem, sim, o alcance de *só permitir* o requerimento de nomeação sucedânea quando a parte contrária não tenha feito a designação dentro de um mês. É, pois, um *prazo dilatatório* e não um *prazo peremptório*: não extingue o direito de praticar o acto de designação; difere no tempo a possibilidade de apresentação do requerimento de nomeação sucedânea (cf. art. 145 CPC, n.ºs 2 e 3).

---

<sup>17</sup> “A perda desse direito é muito grave (*a very serious matter*), sobretudo quando a parte contrária mantém o seu”, pois, “o árbitro nomeado (...) pode ser competente e diligente, mas a possibilidade de a parte escolher o árbitro de sua preferência é um *aspecto estrutural do processo arbitral internacional\**” (Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 1395).

\* O mesmo que o autor afirma do processo arbitral internacional, de que se ocupava, se dirá do processo arbitral interno.

Quer isto dizer, na falta de disposição que faça extinguir o direito da parte à designação<sup>18</sup>, que esta conserva esse direito *até ao momento em que o presidente do tribunal da relação faça, ele, a nomeação requerida*: o presidente da Relação há-de verificar, ao despachar o requerimento que lhe é feito, se falta designação feita “em conformidade com o disposto nos artigos anteriores” ao art. 12 LAV, e não se, *à data do requerimento da contraparte*, essa designação não estaria feita ou se ela não tinha sido feita – sem possibilidade de o ser depois – no prazo de um mês, que é *estabelecido no art. 12 e não nos artigos anteriores*.

A audição da parte tem, em todos os casos, a utilidade de lhe permitir que, antes da decisão, proceda finalmente à designação. Dada a natureza negocial da convenção de arbitragem, *a designação pela parte é sempre preferível à nomeação por terceiro que as partes não hajam designado para o efeito*, incluído o presidente da Relação. O que a lei não pode é permitir que o início da arbitragem seja *paralisado* pela inércia da parte, razão por que faculta à contraparte o recurso ao presidente da Relação; mas isso não importa a inadmissibilidade duma designação posterior *que não atrase o procedimento*.

Estas considerações valem também para o caso em que está em causa a nomeação do terceiro árbitro, pelo que o segundo prazo de um mês a que se refere o art. 12-2 LAV é igualmente um prazo dilatatório (só se pode requerer depois de um mês sem designação do terceiro árbitro) e não um prazo peremptório (tem de se requerer dentro do prazo de um mês),

---

<sup>18</sup> As partes podem estipular a extinção na convenção de arbitragem.

que não faria qualquer sentido<sup>19</sup>, não prejudicando a eficácia dum acto de designação pelos dois primeiros árbitros que seja anterior ao despacho do presidente da Relação.

4.2. Em caso com que fui confrontado, dava-se a curiosa circunstância adicional de a parte que aparentemente não tinha designado árbitro o ter feito, na realidade, sob condição suspensiva e esta não se ter verificado. Não se tratava, portanto, duma total omissão de designar, mas duma *designação condicional*.

A condição fora estipulada num acto *unilateral* da parte (o acto de designação do árbitro) e nada impedia esta de a ela renunciar: nos actos unilaterais, só o respectivo autor tem o direito de revogação, apenas com as limitações decorrentes da produção *definitiva* de efeitos na esfera jurídica da parte contrária ou de terceiro<sup>20</sup>.

A audição da parte permitir-lhe-ia, além do mais, *prescindir da condição* por si mesma aposta à designação feita e converter esta em definitiva. Dar-lhe-ia também a possibilidade de atacar a existência, *na*

---

<sup>19</sup> A expressão “no prazo de um mês” não pode ser entendida à letra.

<sup>20</sup> Esse direito de revogação unilateral refere-se, em primeiro lugar, ao próprio acto; mas também às suas estipulações acessórias que não produzam imediatamente *direitos* na esfera jurídica de terceiros. A suspensão dos efeitos da designação dum árbitro, enquanto a condição não se verifique, não confere direitos à parte contrária; a faculdade de requerer a nomeação pelo presidente do tribunal da relação é meramente *instrumental* e só depois desta nomeação se pode falar dum *direito* a que a causa seja julgada por um colégio arbitral que integra o árbitro nomeado; só então se *completa* a fatispécie normativa da nomeação, iniciada com o requerimento da parte.

*própria data do requerimento*, do pressuposto da nomeação pelo presidente do tribunal da relação consistente na omissão da designação que a ela originariamente tenha cabido: a parte podia, entretanto, ter procedido a uma (nova) designação incondicional, sem que a requerente disso tivesse dado conhecimento ao presidente da Relação.

No entanto, o presidente do tribunal da relação procedeu à nomeação sem audição da parte e, tendo esta, ao tomar dela conhecimento, logo arguido a nulidade do despacho assim proferido, foi pelo presidente da Relação entendido que, sendo o processo de nomeação de árbitro um processo administrativo, a ele não se aplicava o princípio do contraditório.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Outro ponto curioso desse caso concreto era que a constituição do tribunal arbitral não se manteve a mesma ao longo de todo o processo. Estava este ainda no início – fora notificada a autora para apresentar a petição inicial – quando o terceiro árbitro e o árbitro designado pela autora renunciaram às suas funções, por motivo de conflito de interesses. A situação não deixava de ser estranha: dos três árbitros que se constituíram como tribunal arbitral, *só restava aquele cujo procedimento de nomeação era contestado*. O bom senso aconselhava a introduzir no processo o árbitro que a parte tinha designado condicionalmente, em vez de nele manter aquele que, por acto sucedâneo, o presidente do TRP tinha nomeado. O procedimento arbitral estava no início e o momento era propício para que se fizesse a *reconstituição total* do tribunal arbitral, evitando entre as partes o conflito respeitante à sua invocada irregular constituição. O acordo entre as partes seria, sem dúvida, modo seguro de assim assentar em novas bases o funcionamento da arbitragem; mas, na sua falta, a interpretação racional do art. 13 LAV, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e do acesso à justiça, levava a reconhecer à parte o *direito de*, antes da designação de novo terceiro árbitro, *tornar firme a designação do árbitro que designara sob condição*. O art. 13 LAV prevê o falecimento ou a impossibilidade permanente do árbitro, bem como a sua escusa e os casos em que a designação fique sem efeito (nomeadamente, por impedimento superveniente ou procedência de suspeição), como situações determinantes da sua substituição, à qual se procederá segundo as regras aplicáveis à designação ou nomeação inicial. A substituição referida é *individual*: substitui-se o árbitro que deixa de integrar o colégio arbitral, mantendo-se os restantes, semelhantemente ao que acontece no caso paralelo de afastamento de juiz dum tribunal colectivo, por impedimento ou suspeição (arts. 124

---

CPC, nºs 2 e 3, e 132-2 CPC). Continua a ser assim, em regra, quando a maioria dos árbitros (em regra, dois) desaparece, restando apenas uma minoria (em regra, um); mas uma *interpretação racional* pode levar a concluir que, *em determinados casos*, se deve abrir a possibilidade de substituição de todo o colégio arbitral. Começamos pelas razões que levam o legislador a optar pela manutenção em funções do árbitro não atingido pelas causas do afastamento dos restantes. Trata-se de *solução menos perturbadora* do que a de renovar totalmente o colégio arbitral. Isso é óbvio do ponto de vista da *tramitação* processual, que deve ser o menos possível complicada. E é-o também na perspectiva do *aproveitamento dos actos processuais já praticados* pelo colégio anterior: decisões interlocutórias já tomadas articular-se-ão, em princípio, melhor com as decisões subsequentes se permanecer um elemento comum aos dois colégios arbitrais sucessivos (no caso dos tribunais do Estado, uma terceira razão ocorre: há que conservar quanto possível o juiz natural, determinado pela distribuição. Não há paralelo na jurisdição arbitral: pertencendo, em primeira mão, às partes a escolha dos árbitros, não há razão para que a sua vontade não possa, em caso algum, ser de novo manifestada). No caso referido, nenhuma destas razões jogava: a manutenção do árbitro nomeado por terceiro, em vez de o substituir pelo designado (de início condicionalmente) pela parte, era potencialmente *mais perturbadora da tramitação processual*; e acontecia até que a condição aposta pela parte tinha-o sido no pressuposto de que se estava perante um caso de litisconsórcio necessário e por isso era preciso que os pretensos litisconsortes (que o autor não demandara) anuissem à designação, questão esta que só mais tarde (no despacho saneador) foi expressamente decidida, em sentido negativo, pelos árbitros, mas a que estes tinham já dado implícita resposta negativa (quando só a parte demandada fora notificada para contestar) e que já fora implicitamente rejeitada pela autora (que tinha o ónus do chamamento dos terceiros) quando esta se dirigira ao presidente do tribunal da relação – pelo que a condição aposta já há muito deixara de fazer sentido. A única decisão tomada pelo colégio arbitral originário respeitava ao estabelecimento das regras processuais a seguir, o que em *nada prejudicava* as futuras decisões, de natureza processual ou de mérito, a tomar no processo. Consideradas as finalidades do preceito do art. 13 LAV, o *princípio da proporcionalidade* deixava em aberto a possibilidade de o entender como proporcionando também, em certas condições, a possibilidade de substituição do árbitro remanescente. Assim é que o art. 12-4 do Regulamento de Arbitragem da CCI dispõe: “En cas de remplacement d’un arbitre, la Cour décide, à sa discrétion, *de suivre ou non la procédure initiale de nomination*. Sitôt reconstitué, le tribunal décidera, après avoir invité les parties à soumettre leurs observations, si et dans quelle mesure la procédure antérieure sera reprise”. Reduzido o tribunal a um árbitro (precisamente o árbitro em causa), à parte devia ser concedida a possibilidade de converter em definitiva a designação que fizera, ou de transformar em resolutive a condição que conformara como suspensiva, procedendo-se, no caso afirmativo, à substituição também desse árbitro. Só assim se asseguraria o tratamento igualitário das duas partes, exigido pelo princípio processual da *igualdade de armas* (art. 3-A CPC: as partes devem ser tratadas em igualdade ao longo de todo o processo, designadamente no exercício de *faculdades* e na aplicação de *cominações*) e derivado do direito de acesso à justiça, consagrado no art. 20 da Constituição da

---

República (“todos têm direito a que a causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e *mediante processo equitativo*”: nº 4), pois esse princípio, mais do que a igualdade de tratamento *formal* das partes, implica o seu tratamento *substancialmente* idêntico (“estatuto de *igualdade substancial* das partes”: art. 3-A CPC). A ideia de igualdade substancial implica “um *jogo de compensações* gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra” (L. FREITAS, *Introdução* cit., nº I.3.3 (p. 119)), e, como princípio fundamental, há-de orientar a interpretação da lei ordinária. No processo de arbitragem referido, encontrámos, em determinada altura, uma parte (a autora) com direito a substituir o árbitro que designara, e outra (a ré) que, tendo designado apenas condicionalmente o árbitro que lhe cabia designar – e havendo por isso sido nomeado outro árbitro, em vez dele, pelo presidente do tribunal da relação (sem sua audição prévia) –, impugnava há muito esta nomeação, arrogando-se o direito de que o tribunal arbitral fosse integrado pelo árbitro que designara. Tinha-se igualmente afastado o terceiro árbitro, que os dois primeiros haviam escolhido. O *tratamento substancialmente equitativo* das duas partes exigia que, perante a situação gerada, ambas pudessem designar livremente um árbitro, os dois escolhendo seguidamente novo árbitro para presidir ao tribunal. A faculdade concedida pelo art. 13 LAV à autora só poderia, nessas circunstâncias, ser *contrabalançada* por semelhante faculdade concedida à ré, ainda que esta, diferentemente daquela, ficasse limitada a confirmar a designação já feita, em vez de ter de novo o direito de designar quem muito bem entendesse. Assim não tendo sido feito, gerou-se uma desigualdade *substancial* entre as duas partes. O art. 13 LAV contém, em si, os gérmes desta potencial desigualdade e há que o interpretar no sentido de, quando o direito à substituição do árbitro por uma parte implicar para esta uma *situação de vantagem*, por a outra não ter procedido inicialmente à designação do árbitro que lhe cabia designar ou, no mínimo, ter feito uma designação ineficaz (ou provisoriamente ineficaz, enquanto a condição suspensiva não se verificasse), dever ser dado também a esta parte o direito à substituição, *maxime* quando ela não se tenha conformado com a nomeação sucedânea do presidente do tribunal da relação, cujos pressupostos entenda não verificados, e expressamente persista na ideia de que não perdeu o direito àquela designação. Interpretação do art. 13 LAV que não lhe introduza esta limitação é *inconstitucional*, por violar o princípio da igualdade de armas. Veja-se, aliás, como noutros campos, nomeadamente o da *prova*, a lei processual cuidou sempre de evitar a geração de situações de desigualdade entre as partes em consequência do exercício, por uma delas, do direito à substituição superveniente dum meio processual: o art. 512-A CPC, embora conceda a qualquer das partes a faculdade de alterar ou aditar o rol de testemunhas, concede à contraparte daquela que a tenha exercido a faculdade suplementar de, nos 5 dias subsequentes, alterar ou aditar o seu rol; o art. 573 CPC, ocorrendo causa, originária ou superveniente, de remoção do perito inicialmente designado pela parte, ou impossibilidade, superveniente e imputável ao perito, de este realizar a diligência, confere ao juiz (e não à parte) o poder de fazer a nova nomeação. O art. 16-a LAV exige que as partes sejam tratadas, na arbitragem, com *absoluta* igualdade, devendo o adjectivo ser interpretado do mesmo modo que o

### 4.3. Constituição irregular do tribunal arbitral

A falta de audiência da parte antes do despacho de nomeação do árbitro não constitui apenas a nulidade intraprocessual do art. 201-1 CPC. Constitui igualmente fundamento de anulação da sentença arbitral.

Segundo o art. 27 LAV, n<sup>o</sup>s 1-b e 2, constitui fundamento de anulação da sentença arbitral ter ela sido proferida por tribunal irregularmente constituído, a menos que não o tenha invocado oportunamente a parte que dele tenha tido conhecimento no decurso da arbitragem.

É irregularmente constituído o tribunal arbitral quando não tenham sido observadas as normas dos arts. 6 LAV a 14 LAV, entre as quais a que respeita à nomeação pelo presidente do tribunal da relação (art. 12).

Desde que a questão seja suscitada pela parte na pendência do processo arbitral (art. 27-2 LAV) e a nulidade cometida não tenha sido reparada, a anulação da sentença dos árbitros pode ser pedida no tribunal judicial.

---

adjectivo “*substancial*” no art. 3-A CPC. Violado este princípio, constitui-se o fundamento de anulação do art. 27-1-c LAV, sendo manifesta a influência decisiva dessa violação na resolução do litígio, visto que outro (ou outros) foram os árbitros que o resolveram. Noutra perspectiva, uma vez que a não concessão à ré da faculdade de substituir o seu árbitro, quando a autora substituiu o seu, deu lugar à *irregular reconstituição do tribunal arbitral*, verifica-se o fundamento de anulação do art. 27-1-b LAV.

## CONCLUSÕES

1. Constitui um processo de suprimento, com a natureza de processo de jurisdição voluntária, aquele em que, a requerimento duma parte na arbitragem, ou dos árbitros pelas duas partes designados, o presidente do tribunal da relação nomeia, nos termos do art. 12-2 LAV, o árbitro não designado ou escolhido nos termos aplicáveis dos arts. 7 LAV e 11 LAV.
2. Pedida ao presidente do tribunal da relação a nomeação do árbitro, deve ser observado o princípio do contraditório, tal como a lei expressamente estabelece em todos os casos de processo de suprimento que especificamente regula (arts. 1425 CPC a 1430 CPC), bem como, em geral e também especificamente, nos restantes processos de jurisdição voluntária, ouvindo-se a parte titular do direito de designação sobre a verificação dos pressupostos da norma do art. 12-1 LAV, incluindo a validade da convenção de arbitragem.
3. Pode, aliás, a parte, até ao momento da nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação, proceder ainda à designação do árbitro em falta, o mesmo podendo fazer os dois primeiro árbitros no caso de falta do terceiro árbitro, dado serem dilatatórios, e não peremptórios, os prazos de um mês estabelecidos pelos arts. 11-1 LAV e 12-2 LAV.
4. A audição da parte não é dispensável quando ela haja designado condicionalmente um árbitro, cabendo então ao presidente do tribunal da relação verificar especialmente se a condição se

verificou ou se a parte que a apôs a ela pretende renunciar, casos em que a designação feita se consolidaria e o pedido de nomeação feito pela parte contrária seria indeferido.

5. A nomeação de árbitro sem precedência da audição da parte, além de constituir nulidade processual, nos termos do art. 201-1 CPC, por ser susceptível de influir no exame ou na decisão da causa, constitui o fundamento de anulação da sentença arbitral previsto no art. 27-1-b LAV.