

QUESTÕES DE ARBITRAGEM *AD-HOC* II

Determinação do objecto do litígio, impugnação de decisões arbitrais interlocutórias meramente processuais, recusa de árbitro

Pelo Dr. João Luís Lopes dos Reis

I

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
de 9 de Novembro de 1995 (*)**

Fixação do objecto de litígio — Competência do Tribunal Arbitral

Sumário

I – Não se pode inferir que tenha sido fixado o objecto do litígio pelo Presidente do Tribunal da Relação se não se reconheceu que os recorrentes tinham requerido a este Presidente a fixação de tal objecto, com a indicação do mesmo. II – A competência para aquela fixação é adstrita às Instâncias. III – Não é ao Tribunal que compete fixar o objecto do litígio. IV – Tal Tribunal não pode começar a funcionar sem que previamente tenha ocorrido tal fixação.

M.S.C.M.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

I. No processo que, em Tribunal Arbitral, Maria Joaquina Caldas, Maria João Caldas, Ana Maria Caldas instauraram contra

(*) *In Colect. Jur. Acs. STJ*, III, 1995, III, pp. 107-109.

Aqualgarve — Aquacultura do Algarve, Lda., agravou esta última da determinação do objecto do litígio acordada pelos árbitros no acto da instalação do Tribunal Arbitral.

A Relação de Lisboa, por acórdão de 7.12.1994, concedeu provimento ao recurso e decretou a anulação de todo o processo arbitral.

Os autores recorrem para este Supremo Tribunal de Justiça pedindo que seja mantida a decisão do Tribunal Arbitral, revogando-se o douto acórdão recorrido.

(...)

II. Elementos a tomar em conta:

1) Em 10.12.1993, o árbitro designado pelos Autores requereu ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, após invocar o contrato celebrado entre as partes, a cláusula compromissória — convenção de arbitragem nele integrada — a notificação da parte contrária feita pelas autoras por carta registada com aviso de recepção, de que contra ela pretendiam instaurar litígio emergente do referido contrato; a falta de nomeação, por parte da Ré, de árbitro; a nomeação de árbitro e árbitro presidente.

2) Nesse mesmo dia, o Presidente da Relação de Lisboa, despachando sobre o referido requerimento, ordenou a notificação da Requerida para, querendo, dizer em oito dias, o que se lhe oferecer.

3) Em 5.1.1994, respondeu a requerida (a Ré) — após afirmar ter sido o contrato, e com ele a cláusula compromissória já objecto de resolução e que o litígio cujo início se pretende, não cabe no âmbito da convenção arbitral — sem fundamento a solicitada nomeação de árbitro e que nem sequer existe a fixação do objecto do litígio, pelo que não tendo a “Aqualgarve” aceite a proposta de fixação que lhe foi transmitida pelas contra-partes no contrato, cabia agora ao Tribunal Comum decidir sobre a fixação desse mesmo objecto, nos termos do art. 12.º n.º 4 da Lei n.º 31/86.

4) Em 31.1.94, aposta sobre o referido requerimento-resposta, o Presidente da Relação de Lisboa ordenou se ouvissem as requerentes para, em oito dias, dizerem o que se lhes oferecer.

5) Em 31.1.1994 ofereceu o árbitro designado pelas autoras uma “resposta”, sustentando a sua própria legitimidade para requere-

rer a nomeação dos restantes árbitros, e ainda a eficácia da Convenção de Arbitragem.

6) Por sua vez, em 3.2.1994, responderam as autoras em termos semelhantes à “resposta” do árbitro por elas designado, acabada de referir, e terminando por pedir, de novo, a nomeação de árbitro.

7) Com data de 4.2.1994, o Presidente da Relação de Lisboa após sobre a “resposta” das autoras o seguinte despacho:

«Não se aceitando que se verifique ilegitimidade do requerente Dr. Santos Silva nem o demais argumentado pela “Aqualgarve — Aquacultura do Algarve, Lda.” como relevante em processo de nomeação de árbitros, nomeio árbitro da requerida “Aqualgarve”» (cfr. art. 12.º do DL 31/86, de 29.8) o Exmo. Senhor Dr. António Carvalho.

8) Na acta de instalação do Tribunal Arbitral consta que pelos árbitros foi acordado, entre outras matérias que «o objecto do litígio é a violação do contrato de exploração de 4.8.1989, celebrado entre as requerentes e a requerida, por falta de pagamento em 1.3.1993, da retribuição no montante de 4.127.123\$00, pagamento de igual importância em 1.9.1993 e liquidação dos respectivos juros, bem como a rescisão do mesmo contrato com a consequente entrega do estabelecimento cedido em exploração e satisfação das indemnizações devidas».

III. Questões a apreciar no presente recurso.

A apreciação e a decisão do presente recurso, delimitado pelas conclusões das alegações, passa fundamentalmente pela análise de duas questões: a primeira, se o objecto do litígio foi fixado tacitamente pelo Presidente do Tribunal da Relação; a segunda, se deverá considerar da competência do Tribunal Arbitral a fixação do objecto do litígio.

Abordemos tais questões.

IV Se o objecto do litígio foi fixado tacitamente pelo Presidente do Tribunal da Relação.

1. Posição da Relação e das partes

1a) — A Relação de Lisboa decidiu que, por um lado, o art. 12.º n.º 4 da Lei 31/86 tem de ser interpretado no sentido de

que a falta de acordo das partes na fixação do objecto do litígio é suprida por decisão do Presidente do Tribunal da Relação.

Por outro lado, não se pôs ao Presidente da Relação de Lisboa a questão da determinação do objecto do litígio, pelo que nunca seria de congeminar a interposição de recurso (agravo) de um despacho com vista à decisão definitiva dessa questão, ou para se arguir a sua eventual nulidade (art.668.º n.º 1 als. *b*) a *d*) e 3 do CPC) ou mesmo para se arguir a incompetência do Presidente da Relação.

1b) — As agravantes sustentam que tendo solicitado ao Presidente da Relação de Lisboa a nomeação do árbitro da agravada, mais a declaração do objecto do litígio e tendo o Presidente da Relação de Lisboa despachado a designar o árbitro da requerida e a ordenar a notificação das partes, deste despacho decorrem duas situações:

- 1.º) Perante a falta de pronunciamento expresso do Presidente da Relação de Lisboa em matéria de fixação do objecto do litígio, dever-se-á considerá-lo fixado nos termos em que ele surgia indicado pelas agravantes.
- 2.º) À ora agravante caberia, dele discordando, interpor recurso.

1c) — Por sua vez, a agravada sustenta que não obstante não concordar com a posição assumida pelo Tribunal da Relação quanto à interpretação do art. 12.º n.º 4 (a fixação do objecto do litígio ser da competência do Presidente do Tribunal da Relação) julga inútil prolongar esta análise, porquanto o próprio Tribunal a quo considerou, e bem, que pelas autoras e ora agravantes não tinha sido requerida ao Presidente do Tribunal da Relação a fixação do objecto do litígio, o que, desde logo, deita por terra a possibilidade de invocação desta tese para fundamentar a invalidade da decisão recorrida.

Que dizer?

2. A decisão implícita era claramente admitida no § único do art. 660.º do CPC de 39, sendo certo que a circunstância da supressão de tal parágrafo não tem o significado de o legislador a ter afastado. Confirmam os próprios trabalhos preparatórios: pretendeu-

-se, com a referida supressão, deixar à doutrina o seu estudo aprofundado e à Jurisprudência a sua solução, caso por caso, mediante os precisos processos de integração da lei (B.M.J. 123-120).

3. A decisão implícita do Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa sobre a fixação do objecto do litígio entre agravantes e agravada só seria de considerar caso o Tribunal da Relação tivesse dado como assente que as agravantes tinham requerido ao Presidente do Tribunal a fixação do objecto do litígio, com a indicação do mesmo, o que não aconteceu.

Como se sabe, a fixação da matéria de facto é da competência das instâncias, sendo inalterável, em princípio, a decisão da Relação quanto a esta matéria — art. 729.º n.º 2 do CPC.

Todavia o S.T.J. pode conhecer da matéria de facto sempre que haja ofensa de disposição expressa da lei que exija prova vinculada do facto ou que estabeleça o valor de determinado meio probatório — arts. 722.º n.º 2 e 729.º, ambos do CPC.

Para além da matéria factual, a servir de suporte à defendida decisão implícita do Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, não ter sido fixada pelo Tribunal da Relação, não foi invocada qualquer das excepções referidas nos arts. 722.º n.º 2 e 729.º, ambos do CPC.

Daqui que este Supremo Tribunal tenha de aceitar que não foi fixada matéria factual pelo Tribunal da Relação que pudesse servir de suporte e decisão implícita sobre a fixação do objecto do litígio entre as partes (agravantes e agravada) pelo Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa.

Conclui-se, assim, que o objecto do litígio não foi fixado tacitamente pelo Presidente do Tribunal da Relação.

V. Se deverá considerar da competência do Tribunal Arbitral a fixação do objecto do litígio.

I. Posição da Relação e das partes.

1a) A Relação de Lisboa decidiu que «ao acordarem sobre a determinação do objecto do litígio — sem que, na falta de acordo das partes nesse sentido, essa determinação fosse requerida ao Presidente da Relação — os árbitros praticaram um acto que a lei

(art. 12.º n.º 4 da Lei n.º 31/86) não admite, numa altura em que o Tribunal Arbitral não podia ainda funcionar.

Trata-se de acto não coberto por qualquer decisão judicial, nomeadamente pelo despacho do Presidente da Relação de Lisboa documentado a fls. 6.

1b) As agravantes sustentam ser concebível o entendimento segundo o qual a competência do Presidente da Relação se circunscreve às situações previstas no n.º 3 do art. 1.º da Lei n.º 31/86 e n.º 5 do art. 12.º daquele diploma, qualquer delas não observadas no caso *sub judice*, de sorte que, salvaguardadas estas situações, a fixação do objecto do litígio compete ao próprio Tribunal Arbitral, entendimento acolhido na generalidade da legislação estrangeira e que tem como argumento o princípio da celeridade processual.

1c) Por sua vez, a agravada sustenta que a tese defendida pelas agravantes era a solução do DL 343/84, manifestamente abandonada pela Lei n.º 31/86, sendo certo que a fixação do próprio objecto do litígio é um *prius* relativamente à própria constituição do Tribunal, sem o qual este nem sequer pode deliberar.

Que dizer?

2. Segundo a Lei n.º 31/86, de 29.8, não é o Tribunal Arbitral que fixa o objecto do litígio.

É a posição de Raul Ventura quando, depois de criticar a solução dada pela Lei n.º 31/86 à determinação do objecto do litígio, escreve:

«Não será, pois, o Autor a saber que pretende o Réu; o Tribunal Judicial dirá ao autor o que ele pretende, já que não pode dizer logo o que ele pode pretender.

Para aumentar a sua infelicidade, neste ponto, a Lei esqueceu que não existe no CPC nenhum processo adequado a esta determinação do objecto do litígio.

Enquanto vigorou o Livro IV, Título I, daquele Código, tal determinação fazia-se nos autos do Tribunal Judicial onde o processo de constituição do Tribunal Arbitral tinha obrigatoriamente início. Revogado o Livro IV, Título I, passando o Tribunal Arbitral a constituir-se por notificação directa do demandante ao deman-

dado e nomeação por este (ou pelo Tribunal) do respectivo árbitro, qual o processo a usar para a determinação do objecto do litígio?

Segundo as boas regras processuais, terá de ser o processo comum de declaração» (Convenção de Arbitragem, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Set./1986, págs. 355 e 356).

Idêntica posição perfilha Francisco Cortez quando diz:

«Tanto o compromisso como a cláusula compromissória dão acesso directo ao Tribunal Arbitral que se constitui pela notificação da demadante ao demandado e designação por este, ou, supletivamente, pelo Tribunal Judicial, do respectivo árbitro.

Só que na cláusula compromissória, ao contrário do compromisso, o Tribunal Arbitral, constituído antes ou não (conforme estejam ou não designados os árbitros), não pode funcionar sem que defina o objecto do litígio ou, na falta deste acordo, que o Tribunal Judicial decida definitivamente sobre “determinação do objecto do litígio”» (“A arbitragem voluntária em Portugal” no “O Direito”, ano 124.º, 1992, IV, pág. 569).

3. Correctas são as posições assumidas por Raul Ventura e Francisco Cortez face ao estatuído nos arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 31/86, de 29.8.

A análise de tais disposições permite precisar que não existe arbitragem, esta **não se pode iniciar** enquanto não esteja definido o objecto do litígio que se pretende ver julgado pelos árbitros.

Enquanto no compromisso (a convenção tem por objecto um litígio actual) essa definição é feita no próprio acto com que as partes decidem submeter o litígio actual à decisão dos árbitros, na **cláusula compromissória** (a convenção tem por objecto litígios eventuais) verifica-se, ao surgir o litígio, a prática de sucessivos actos:

primeiro, uma das partes notifica a outra para instaurar o litígio no Tribunal Arbitral, precisando o objecto do litígio e designando, se ainda não tiver sido feito, o árbitro (os árbitros) que lhe caiba designar; de seguida, a outra parte, concordando ou discordando da definição do objecto do litígio, designa ou não o árbitro (os árbitros) que, se tal não tiver já sido feito, lhe cabe designar. Se concordar, celebra-se, nesse momento um “acordo sobre a determinação do objecto do litígio” ou, num prazo de um mês, depois

de um processo negocial entre as partes. Se não concordar, será o tribunal a decidir sobre a determinação do objecto do litígio.

Face ao estatuído nos arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 31/86 verifica-se que são actos distintos: “o da nomeação de árbitros” e “o da determinação do objecto do litígio”, de tal sorte que a verificação dos mesmos pode dar-se em momentos diferentes, até muito distanciados no tempo, o que equivale a dizer que a verificação de um não é condicionante da do outro.

Conclui-se, assim, que o “acto determinação do objecto do litígio” jamais poderá competir ao “Tribunal Arbitral”.

VI. Conclusão.

Do exposto, poderá precisar-se que:

- 1.º) O objecto do litígio não foi fixado tacitamente pelo Presidente do Tribunal da Relação.
- 2.º) O acto “determinação do objecto do litígio” jamais poderá competir ao “Tribunal Arbitral”.
- 3.º) O acórdão recorrido não merece censura dado não ter inobservado o afirmado em 1) e 2).

Termos em que se nega provimento ao recurso e, assim confirma-se o acórdão recorrido.

Custas pelas agravantes.

Lisboa, 9 de Novembro de 1995

Miranda Gusmão

Sá Couto

Sousa Inês

Recurso n.º 87-738

II

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 6ª Secção, de 13 de Março de 1997 (*)

Processo n.º 1058/96

Dilação do conhecimento de nulidade processual arguida — Validade dos actos praticados na instância por árbitro impedido — Determinação do objecto do litígio (**)

Sumário

I — Sendo arguida nulidade que não seja das expressamente referidas no n.º 1 do art. 206.º do CPC, deve, nos termos do n.º 2 deste mesmo normativo, ser apreciada logo que reclamada ou, maxime, após a audiência da parte contrária; porém, a irregularidade resultante de o tribunal não conhecer imediatamente da nulidade arguida não constitui, só por si, a nulidade secundária prevista no art. 201.º do CPC, já que, não se tratando de nulidade expressamente decretada por lei, também a irregularidade cometida não teve qualquer influência no exame ou decisão da causa. II — Os actos do juiz afectado de impedimento, praticados enquanto este não é declarado, só devem ser declarados nulos se tiverem sido praticados em violação das leis de processo e desde que tal violação possa influir no exame ou decisão da causa. III — Não tendo havido acordo entre as partes sobre a determinação do objecto do litígio, deveria o demandante, logo que decorrido o prazo a que alude o n.º 2 do art. 12.º da Lei 31/86, seja um mês sobre a notificação da pretensão de instaurar o litígio, requerer ao tribunal judicial essa determinação e só depois dar início à instância arbitral prevista na cláusula compromissó-

(*) A transcrição, da responsabilidade do anotador, respeita integralmente o texto, mesmo quando ocorre evidente *lapsus calami* (o que nos casos mais gritantes vai assinado). Apenas se substituíram os nomes das pessoas envolvidas — para além das partes, um árbitro que só no início integrou o tribunal arbitral — pelas iniciais dos respectivos nomes e se omitiram outros elementos que pudessem permitir a sua identificação.

(**) A epígrafe e o sumário são da responsabilidade do anotador.

ria; tal não tendo acontecido, está vedado aos Árbitros acordar sobre a determinação do objecto do litígio; se o fizerem, praticam os mesmos Árbitros um acto proibido por lei (art. 12.º, n.º 4 da Lei 31/86) e tal irregularidade porque definidora do objecto da causa, não pode deixar de influir na decisão desta e, logo, produzir a nulidade do art. 201.º do Cód. de Processo Civil.

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

VJPM requereu contra **PU**, legalmente representada pela sociedade **G**, ao abrigo do art. 12.º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29/8, a nomeação de árbitro, alegando que acordou, como promitente comprador, com o requerido um contrato de promessa de compra e venda, em que se estipulou que quaisquer conflitos emergentes desse contrato seriam dirimidos por um Tribunal Arbitral sediado em Lisboa.

Alegando incumprimento do requerido, promitente vendedor, o requerente comunicou-lhe, por carta de 21-6-95, que havia perdido o interesse na prestação e pretendia, por tal, a resolução do contrato. Porque nem essa carta, nem outra posterior no mesmo sentido obtiveram qualquer resposta, ao abrigo do clausulado, o requerente activou a constituição do tribunal Arbitral, notificando, nos termos do art. 11.º da Lei n.º 31/86, o requerido, por carta de 29-11-95, indicando e identificando o seu perito.

Igualmente esta última carta não obteve qualquer resposta do requerido, nem por este foi indicado o árbitro que lhe cabia indicar.

Tendo o Exmo. Presidente do Tribunal desta Relação nomeado árbitro ao requerido, teve, em 25 de Março de 1996, lugar a escolha do terceiro árbitro e presidente do Tribunal Arbitral e, na mesma data, se procedeu à instalação deste, tendo-se definido as regras processuais a observar na arbitragem, bem como o objecto do litígio (*cf.* acta de instalação de fls. 12 dos autos).

A **G**, na qualidade de representante legal do demandado, **PU**, arguiu a nulidade de todo o processo, defendendo que não houve acordo das partes sobre a determinação do objecto do litígio, formalidade essencial para a constituição e funcionamento do Tribu-

nal Arbitral, sendo acto nulo, porque contrário à lei, a indicação por este do objecto do litígio.

Veio ainda o demandado deduzir incidente de impedimento do árbitro indicado pelo demandante, alegando que tal árbitro tinha vindo a representar este na qualidade de patrono e advogado, relativamente à sua pretensão.

O conhecimento da arguida nulidade do processo foi, por despacho de fls. 34, deixado para momento oportuno e o demandante, após notificação para esse efeito e por o árbitro que primitivamente indicou se ter considerado impedido, veio, em substituição deste, a indicar outro árbitro.

Apresentou depois o Autor petição inicial, pedindo que o contrato de promessa de compra e venda outorgado com o Réu em 15-5-94 (*) seja considerado rescindido e o Réu condenado a pagar-lhe a quantia de 6.000.000\$00, correspondente ao dobro da quantia entregue a título de sinal, alegando, para tanto e em síntese, que, por incumprimento definitivo por parte do Réu desse contrato de promessa, se operou a resolução do mesmo.

Citado, o Réu, ainda antes de contestar, veio novamente arguir a nulidade de todo o processo, por o Tribunal Arbitral haver omitido o dever que a lei lhe impunha de decidir e não ter conhecido de questão de que devia ter tomado conhecimento, sendo certo que não lhe fora comunicada qualquer decisão sobre a nulidade processual primeiramente invocada.

Por outro lado, omitindo-se-lhe a substituição do árbitro primeiramente indicado pelo Autor, fazendo-se seguir o processo com um árbitro, o substituto, para si desconhecido.

Acresce que a acta de instalação do Tribunal Arbitral está ferida de nulidade, por efectuada por um árbitro impedido de exercer as respectivas funções.

(*) Sic. O contrato é de 11 de Maio de 1994.

Por despacho de fls. 67, o Exmo. Árbitro Presidente ordenou a notificação do despacho de fls. 34 ao Réu, bem como do requerimento do A. a indicar o árbitro substituto e determinou que as nulidades processuais arguidas seriam conhecidas em conferência e logo que possível pelo Tribunal Arbitral.

Contestou depois e tempestivamente o Réu e, após arguir a nulidade de todo o processo, e excepcionar com a incompetência material do Tribunal Arbitral, sustentou que não lhe é imputável a não realização da prestação, devida exclusivamente a circunstâncias alheias à sua vontade, pelo que não se constituiu em mora e, não existindo, assim, mora do devedor, não faz sentido alegar-se uma eventual perda do interesse em consequência de mora inexistente.

Concluiu, em conformidade, pela improcedência da acção.

Entretanto, o Réu veio arguir a nulidade da 2.^a parte do despacho de fls. 34, por falta de fundamentação de facto e de direito e, depois de pedir o esclarecimento do mesmo despacho no sentido de saber concretamente e com precisão o que se entende por momento oportuno para decidir a nulidade arguida, requereu que os árbitros reunissem, com a maior urgência, para decidir de todas as questões suscitadas nos autos, a fim de se evitar a continuação de actividade processual inútil.

Interpôs ainda o Réu recurso do despacho de fls. 34.

Após a junção da resposta do Autor, foi pelo despacho de fls. 230 feita a aclaração requerida pelo Réu da 2.^a parte do despacho de fls. 34, adiantando-se ainda que das nulidades arguidas se conheceria no saneador.

No mesmo despacho admitiu-se o recurso interposto pelo Réu do despacho de fls. 34.

No despacho saneador, julgaram-se improcedentes todas as nulidades arguidas pelo Réu, declarando-se o tribunal Arbitral competente, o processo válido e as partes dotadas de personalidade judiciária e legítimas.

Do despacho saneador interpôs o Réu recurso, o qual foi admitido como de agravo, a subir com o que viesse a ser interposto da decisão final, tendo-se-lhe fixado efeito devolutivo.

Não havendo lugar à organização de especificação e questionário, procedeu-se depois ao julgamento com observância das formalidades legais, posto o que foi proferido o douto acórdão de fls. 304 e segs., no qual, após se ter concluído que o objecto do litúgio consistia na resolução do contrato-promessa outorgado em 11-5-94 entre o Autor e o Réu e nas respectivas consequências contratuais e legais, se veio a julgar a acção totalmente provada e procedente e, em consequência, a condenar o Réu a pagar ao Autor a quantia de 6.000.000\$00, por se ter entendido estar-se perante uma situação de não cumprimento definitivo do contrato-promessa em causa imputável ao contratante que recebeu o sinal, seja ao Réu.

Inconformado, apelou o recorrente que, na sua alegação, formula as seguintes conclusões:

Recurso do despacho de fls. 34:

1.^a O despacho de fls. 34 decidiu relegar para momento oportuno, sem dizer qual, o conhecimento da nulidade arguida a fls. 15;

2.^a O conhecimento e decisão de tal nulidade deveria ter sido imediato, pois se tratou de uma questão prévia, a inquinar desde logo todo o andamento do processo, não podendo, assim, ser considerado um “despacho de mero expediente”;

3.^a a nulidade arguida não era nenhuma das previstas nos arts. 193.º, 194.º, 196.º ou 200.º do C.P. Civil, pelo que o Tribunal era obrigado, nos termos do art. 206.º desse diploma, a conhecer dela, logo que arguida;

4.^a e devia tê-lo sido no prazo de cinco dias, como imperativamente determina o art. 159.º do C. Proc. Civil;

5.^a Em consequência da mencionada nulidade, à qual o Autor não opôs, o processo deveria ter sido anulado a partir de fls. 15;

6.^a Com o procedimento adoptado criou-se o risco de o Tribunal vir a praticar grande quantidade de actos processuais inúteis;

7.^a A parte recorrida desse despacho violou, entre outros, os arts. 159.º, 201.º, 206.º e 679.º do C. Proc. Civil, e o princípio de dever evitar-se a prática de actos processuais inúteis.

Recurso do despacho saneador:

1.^a O ilustre Advogado Dr. CR é (ainda hoje) Advogado constituído do Autor por procuração forense de 21 de Novembro de 1995, junta a fls. 56;

2.^a Esta procuração manteve sempre a sua validade, vigência e eficácia;

3.^a O dito Advogado constituído do Autor, na vigência do mandato, procedeu com o outro Exmo. Árbitro à escolha do Presidente do Tribunal, em 25 de Março de 1996;

4.^a O mesmo Advogado, na mesma data, agindo também, simultaneamente e cumulativamente como juiz, decidiu em colectivo sobre assuntos da maior importância para o processo, como a definição do objecto do litígio;

5.^a Fê-lo, como não é de surpreender, pela forma que melhor conveio ao seu cliente, o Autor;

6.^a Posteriormente, em 19 de Abril de 1996, três dias após ter sido substituído como juiz do processo, apresentou a petição inicial dos autos, ao abrigo da anterior procuração forense de 21 de Novembro de 1995;

7.^a E ao abrigo da mesma, tem vindo a continuar até hoje a defender os interesses que patrocina e que tem patrocinado como Advogado e também, por certo período, como juiz da causa;

8.^a Trata-se de uma situação da mais grave imoralidade, violadora de elementos básicos da deontologia que deve ser observada perante os Tribunais.

9.^a O juiz / Árbitro que escolheu o Presidente do Tribunal, a fls. 11, e que interveio na acta de instalação do Tribunal Arbitral estava, assim, além de moralmente, legalmente impedido de fazê-lo nos claros termos do art. 125.º, n.º 1, alínea *a*), do C.P. Civil;

10.^a Tratando-se de um acto proibido por lei, é nulo — e a nulidade foi arguida no tempo e pela forma legal — art. 201.º do C. Proc. Civil.

11.^a A consequência da prática dessa nulidade é a anulação dos actos praticados como juiz pelo dito Advogado constituído do Autor, os quais ocorreram na plena vigência do mandato forense;

12.^a E, portanto, de todo o processado posterior a fls. 11, inclusive, dos autos;

13.^a Decidindo como decidiu, o despacho saneador violou, entre outros, neste aspecto, os arts. 122.º, n.º 1, a) e 201.º do C. Proc. Civil;

14.^a No contrato-promessa de compra e venda havia uma cláusula compromissória, segundo a qual os conflitos emergentes do contrato seriam decididos por um Tribunal Arbitral, composto e instalado nos termos da Lei n.º 31/86 e julgando segundo o direito constituído;

15.^a O Apelado, quando procedeu à nomeação do seu Árbitro, por carta de 29 de Novembro de 1995, a fls. 10 dos autos, não indicou qual o objecto do litígio, nem convidou a contra-parte a fazê-lo, nem nessa carta, nem em qualquer outra ocasião;

16.^a O acordo sobre o objecto do litígio tem de ser expresso e não pode ser formado tacitamente;

17.^a Muito ao contrário do que se afirmou no saneador, as cartas do Apelado de 11 de Março de 1991 (*) a fls. 10 e a do seu Advogado / Juiz de 3 de Outubro de 1997 (**), a fls. 32, não podem sequer considerar-se como proposta do Autor para definição desse objecto;

18.^a Na primeira dessas cartas, subscrita pelo Autor, pretendeu-se apenas rescindir o contrato-promessa, mencionando-se, de forma muito acessória, a pretensão de receber-se o sinal em singelo, com juros de mora;

19.^a A segunda foi assinada pelo Advogado / Juiz do Autor, fala na pretensão do recebimento do sinal em dobro, não se refere à definição do objecto do litígio — nem o seu subscritor tinha poderes para tanto, não sendo para isso suficiente o mandato forense de fls. 56;

(*) *Sic.* Esta carta é de 29 de Novembro de 1995.

(**) *Sic.* Esta carta é de 3 de Outubro de 1995.

20.^a Não houve nunca acordo entre o Autor e Apelante quanto à definição do objecto do litígio, nem o mesmo teve lugar na convenção arbitral;

21.^a O Apelante escreveu ao Exmo. Presidente do Tribunal da Relação, em carta a fls. 77 dos autos, quando da instalação do Tribunal, informando-o expressamente dessa falta de acordo quanto a esse objecto;

22.^a Não obstante, o Tribunal Arbitral definiu ele próprio o objecto do litígio, na alínea b) da acta de instalação do Tribunal Arbitral, a fls. 12 dos autos;

23.^a Ainda que as cartas referidas pudessem considerar-se como definição do objecto do litígio unilateral por parte do Apelado (e não podem) nunca produziriam qualquer efeito;

24.^a Na verdade, nos termos do art. 218.º do Cód. Civil, nunca poderia existir neste caso formação de acordo tácito sobre o objecto do litígio;

25.^a Como muito bem e expressivamente se escreveu no douto Acórdão do S.T. Justiça de 9 de Novembro de 1995, "Presidente Arbitral" (*);

26.^a A determinação desse objecto, no caso presente, pelo Tribunal Arbitral, constituiu um acto proibido por lei e é portanto nulo;

27.^a Em consequência dessa nulidade, oportunamente arguida e erradamente decidida no saneador, devem ser anulados todos os termos posteriores do processo;

28.^a Decidindo, como decidiu, o despacho saneador violou, entre outros, os arts. 11.º, n.ºs 1 e 3 e art. 12.º e n.º 4 da Lei 31/86 e o art. 201.º do Cód. Proc. Civil;

29.^a Decorre do atrás dito, que o Tribunal Arbitral carece também de competência para definir o objecto do litígio;

30.^a Essa incompetência deve ainda e também ser reconhecida através do presente recurso do despacho saneador;

31.^a Decidindo como decidiu, o saneador violou o disposto no art. 101.º do C. Proc. Civil.

(*) Sic.

Recurso de Apelação:

(...) (*).

Contra-alegando, o apelado pugnou pela manutenção do julgado quer no despacho saneador, digo, quer no despacho de fls. 34 dos autos, quer no despacho saneador, quer na decisão final.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

Os factos provados são os seguintes:

(...) (**);

- l) Entretanto, em 11 de Maio de 1994, o Réu celebrou com o Autor o contrato-promessa de compra e venda constante do documento junto por fotocópia a fls. 6 / 8 dos autos, pelo qual o Réu prometeu vender ao Autor, e este prometeu comprar, o já várias vezes mencionado lote de terreno para construção designado lote 38, abrangido também no já referido alvará de loteamento n.º 15/84, pelo preço de 20.000.000\$00, a pagar nas prestações indicadas na sua cláusula 3.ª;
- m) Na data da celebração do contrato-promessa, o Réu recebeu do Autor, a título de sinal e princípio de pagamento, a quantia de 3.000.000\$00;
- n) Segundo o que pelas partes foi convencionado na cláusula 4.ª do mesmo contrato, “a prometida escritura de compra e venda será outorgada em 11 de Novembro de 1995, em data, hora, local e perante Notário a indicar pelo primeiro contratante ao segundo contratante, por carta registada, com aviso de recepção, a expedir com a antecedência de 15 dias em relação à data marcada”.
- o) No n.º 2 da cláusula 10.ª estipulou-se que, no caso de incumprimento do contrato-promessa por parte do Réu ao ora Autor “assistirá a faculdade de exigir àquele o dobro da quantia a título de sinal ou reforço de sinal”;

(*) Omite-se aqui matéria relativa à questão de fundo, irrelevante para o objecto da anotação.

(**) Omite-se aqui matéria relativa à questão de fundo, irrelevante para o objecto da anotação.

- p) A escritura de compra e venda, porém, não foi celebrada até 11-11-95, nem posteriormente, tendo, entretanto, o Réu, em 12 de Janeiro de 1995, enviado ao Autor a carta junta a fls. 48 / 49 dos autos, pela qual o Réu comunicou ao Autor que “por circunstâncias supervenientes que não nos são imputáveis, tornou-se, para já, impossível realizar a prestação a que nos obrigámos como promitentes vendedores”, adiantando que “foi o Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro, que veio incutir uma alteração anormal nas circunstâncias”;
- q) Em face duma declarada impossibilidade, por parte do Réu, de realização da prestação a que estava obrigado como promitente-vendedor, o Autor, por carta de 21-06-95, declarou ao Réu que perdeu o interesse na prestação e a sua vontade de resolver o contrato-promessa, por incumprimento da parte do Réu, com a devolução em dobro das quantias entregues, nos termos do n.º 2 da cláusula 10.ª do contrato-promessa;
- r) Entretanto, adquiriu o Autor na Aroeira, freguesia da Charneca da Caparica, um lote de terreno para construção, para nele construir uma moradia, cujo projecto foi aprovado, estando já a pagamento a respectiva licença de construção, pretendendo o Autor iniciar já a sua construção;
- s) E, por carta de 3-10-95, enviada ao Réu, o Autor voltou a declarar ter perdido o interesse na prestação e a vontade de resolver o contrato-promessa, por incumprimento da parte do Réu, reclamando a restituição em dobro do sinal prestado, adiantando que seria forçado a recorrer aos meios judiciais no caso de o Réu não responder;
- t) o Réu não respondeu a nenhuma das duas cartas do Autor acima mencionadas, pelo que o Autor, ao abrigo da cláusula compromissória que se contém na cláusula 11.ª do contrato-promessa, accionou a constituição do Tribunal Arbitral, nos termos da Lei n.º 31/86, de 29/8, pela sua carta de 29 de Novembro de 1995, na qual expressamente remeteu para as suas já referidas cartas anteriores de 21 de Junho e de 3 de Outubro desse mesmo ano de 1995;

- u) O Réu também não respondeu à notificação de arbitragem, mantendo-se no silêncio.

Quid juris?

Como é sabido, o âmbito do recurso determina-se em face das conclusões da alegação do recorrente, pelo que só abrange as questões aí contidas, como resulta do disposto no art. 690.º, n.º 1, do C.P. Civil (ver Ac. Do S.T. Just. De 2-12-82, BMJ, 322, 395 e Castro Mendes, Recursos, pág. 63).

Assim, e começando pela matéria do agravo, em obediência ao disposto no art. 710.º do C.P. Civil, a primeira questão a resolver prende-se com a nulidade da 2.ª parte do despacho de fls. 34 em que se determinou que oportunamente se conheceria da nulidade arguida a fls. 15 e segs.

Alega o recorrente que a nulidade arguida a fls. 15 consistiu na invocação de uma questão prévia essencial — impossibilidade da lide prosseguir por falta de acordo sobre o objecto do litígio — pelo que dela se deveria ter logo conhecido, em obediência ao disposto no n.º 2 do art. 206.º do C. Proc. Civil, pois só assim se evitaria a prática de actos inúteis pelo Tribunal.

Vejamos.

A fls. 15 arguiu o demandado a nulidade do processo, já que, não tendo havido acordo sobre a determinação do objecto do litígio, estava vedado ao Tribunal Arbitral suprir essa falta, por tal ser da competência do tribunal judicial — art. 12.º da Lei 31/86.

Ao fazê-lo, como consta da respectiva acta de instalação, o Tribunal Arbitral praticou um acto proibido por lei, o que constitui nulidade, nos termos do art. 201.º do C.P. Civil.

De tal nulidade só veio a conhecer-se no despacho saneador.

Nos termos do art. 206.º do C. Proc. Civil, das nulidades a que se referem os arts. 193.º (ineptidão da petição), 194.º (falta de citação), 199.º (erro na forma do processo) e 200.º (falta de visto ao M.º P.º como parte acessória), deve o juiz conhecer no despacho saneador ou até à decisão final se não houver despacho saneador.

Todas as outras devem ser apreciadas logo que sejam reclamadas.

A nulidade arguida pelo demandado, não sendo, obviamente, das expressamente referidas no n.º 1 do citado art. 206.º, deveria, nos termos do n.º 2 deste mesmo normativo, ser apreciada logo que reclamada ou, maxime, após a audiência da parte contrária — art. 207.º, n.º 1, do C. Proc. Civil.

Ao relegar-se o seu conhecimento para o despacho saneador, violou-se, pois, o disposto no n.º 2 do art. 206.º do C. Proc. Civil.

Tal irregularidade, porém, ao contrário do entendido pelo recorrente, não constitui, só por si, a nulidade secundária prevista no art. 201.º do C. Proc. Civil.

Como observa o Prof. Alberto dos Reis, «o que há de característico e frisante no art. 201.º é a distinção entre infracções relevantes e infracções irrelevantes. Praticando-se um acto que a lei não admite, omitindo-se um acto ou uma formalidade que a lei prescreve, comete-se uma infracção, mas nem sempre esta infracção é relevante, quer dizer, nem sempre produz nulidade. A nulidade só aparece quando se verifica um destes casos: *a*) quando a lei expressamente a decreta; *b*) quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa» (in Comentário ao Cód. Proc. Civil, vol. II, pág. 484).

Ora, não se tratando de nulidade expressamente decretada por lei, também a irregularidade cometida não teve qualquer influência no exame ou decisão da causa.

O facto de não se ter conhecido oportunamente da nulidade arguida, não impediu o conhecimento posterior desta, o que veio a ocorrer no despacho saneador, nem a extemporaneidade do seu conhecimento, só por si, influiu no exame ou decisão da causa, como, de resto, nem o recorrente admite, pois tão só referencia como sua consequência a prática de actos processuais inúteis, o que nem sequer é o caso, uma vez que, não tendo a arguida nulidade a virtualidade de paralisar o andamento do processo, os actos processuais praticados até ao seu conhecimento, nomeadamente a apresentação da contestação e da resposta, não podem ter-se como tais.

Não está, pois, o despacho posto em crise ferido da nulidade arguida.

Pretende o recorrente, numa segunda questão, que deve ser anulado todo o processo desde a página 11 (inclusive), seja desde

a primeira intervenção nos autos do árbitro primeiramente indicado pelo demandante, uma vez que, diz, tal árbitro vinha representando este, relativamente à sua pretensão, na qualidade de patrono e advogado.

Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei do processo civil para os juízes — art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Nos termos do n.º 1, c), do art. 122.º do C.P. Civil, nenhum juiz pode exercer as suas funções em jurisdição contenciosa ou voluntária, quando tenha intervindo na causa como mandatário ou perito ou quando haja que decidir questão sobre que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente.

É o próprio juiz impedido que deve declarar-se impedido. Se o não fizer, podem as partes requerer, até à sentença, a declaração de impedimento — art. 123.º do C.P. Civil.

O demandante designou como árbitro o Sr. Dr. CR, depois deste ter remetido ao demandado, na qualidade de mandatário do primeiro, a carta de 3-10-1995, referenciada à questão dos autos (cf. fls. 32).

A fls. 37, informando que aquele causídico se tinha declarado impedido, nos termos do art. 13.º da Lei n.º 31/86, procedeu o demandante à sua substituição.

Dada a qualidade — seu mandatário para a questão dos autos — do árbitro primeiramente designado pelo demandante, é apodíctico, atentos aqueles preceitos adjectivos, o seu impedimento para o exercício das respectivas funções.

Deverão, por tal, ser anulados os actos praticados por esse árbitro no processo, nomeadamente a acta de instalação do Tribunal Arbitral de fls. 12, como é pretensão do recorrente?

A tal respeito se respondeu negativamente no douto despacho saneador, que o recorrente pôs em crise, louvando-se no entendimento, entre outros, do Prof. Palma Carlos.

Salvo sempre o devido respeito, propendemos, aderindo à argumentação do Prof. Alberto dos Reis (in Comentário ao C. Proc. Civil, vol. I, págs. 414 e segs.), para o entendimento de que não são nulos, só por tal, os actos praticados pelo juiz impe-

dido, enquanto o seu impedimento não é declarado, por sua iniciativa ou a requerimento das partes.

Como observa o Prof. Alberto dos Reis, «o art. 201.º refere-se a actos do processo que a lei não admita; ora quando o juiz impedido exerce indevidamente a função, o que sucede é que falta ao cumprimento dum dever legal, o dever de se abster de funcionar, mas isso não quer dizer que os actos de processo, objectivamente considerados, sejam nulos, por força do art. 201.º.

O juiz tinha a obrigação de se abster, tinha o dever de se declarar impedido; deixou de cumprir esse dever; cometeu, portanto, uma infracção disciplinar. Mas, continuando a exercer a função no processo respectivo, praticou os actos que a lei processual estabelece e praticou-os em perfeita conformidade com as regras de forma legalmente prescritas. Como há-de, em tais circunstâncias, dizer-se que os actos são nulos, por força do art. 201.º?

O diagnóstico exacto é este: estamos em presença, não de um vício de forma, não de uma nulidade de processo, por se praticarem actos contrários à ritologia processual, mas de uma violação, por parte do juiz, do dever legal de se abster de funcionar, e portanto de uma infracção disciplinar» (in ob. citada, pág. 419).

Ninguém põe em dúvida que os actos praticados pelo juiz até à declaração do seu impedimento e com este fundamento só podem estar feridos da nulidade secundária do art. 201.º do C. Proc. Civil.

Ora esta nulidade só ocorre quando a lei o declara ou quando a prática de um acto proibido por lei possa influir no exame ou decisão da causa. Cremos não poder defender-se que todos os actos praticados pelo juiz impedido, não sendo nulos por declaração da lei, podem influir no exame ou decisão da causa. Sendo certo que é ao tribunal que compete decidir sobre tal influência da irregularidade cometida, dificilmente se poderá ter como decisivo e, logo, nulo à luz do art. 201.º do C. Proc. Civil, o acto do juiz impedido que ordena, v.g., a citação do Réu, quando tal sempre teria de ocorrer, por não haver lugar nem ao indeferimento liminar, nem ao convite ao aperfeiçoamento da petição inicial.

Será que neste caso, o juiz substituto deveria anular a citação e ordenar a sua repetição, praticando, como tudo indica, por sua vez, um acto proibido por lei — art. 137.º do C. P. Civil — porque claramente inútil?

Parece, pois, que a melhor interpretação do art. 123.º do C. Proc. Civil, imposta, aliás, e como demonstra o Prof. Alberto dos Reis (in ob. citada, pág. 414 e segs.), pelo elemento histórico, vai no sentido de não considerar nulos os actos do juiz afectado de impedimento enquanto este não é declarado, devendo tais actos, independentemente de terem sido praticados em tais condições, apenas e só serem declarados nulos se tiverem sido praticados em violação das leis de processo e desde que tal violação possa influir no exame ou decisão da causa (art. 201.º do C.P. Civil).

E, assim sendo, não pode deixar de se desatender, igualmente, a pretensão do recorrente nesta parte.

*

Ainda no recurso de agravo que interpôs do despacho saneador, pretende o recorrente, numa terceira questão, que deve considerar-se acto nulo e de nenhum efeito a determinação do objecto do litígio pelo Tribunal Arbitral e, conseqüentemente, anulados todos os termos posteriores do processo.

Em relação a esta questão a situação de facto apresenta-se da seguinte forma:

Em 11-5-1994, o A. e o Réu outorgaram o contrato de promessa de compra e venda, junto por fotocópia a fls. 6 e segs., no qual, entre outras, acordaram que quaisquer conflitos emergentes desse contrato serão dirimidos por um Tribunal Arbitral, sediado em Lisboa, composto e instalado nos termos da Lei n.º 31/86, de 29/8, que julgará segundo o direito constituído (cláusula 11.ª do contrato).

Em 21-6-95, dirigiu o recorrente ao Autor a carta que ele mesmo junta a fls. 27, comunicando-lhe que, por ter perdido o interesse na prestação, pretendia a rescisão do contrato-promessa outorgado por ambos, com a devolução das quantias que tinha entregue, acrescidas dos respectivos juros à taxa legal.

Em 3-10-1995, por carta subscrita pelo seu mandatário, voltou de novo o A. a comunicar ao recorrente o seu desinteresse na prestação e a vontade de rescindir o contrato, por incumprimento do último, reclamando, ao abrigo do n.º 2 da cláusula 10.ª do mesmo contrato, a restituição em dobro do sinal prestado.

Em 26-9-1995 (*), o A. escreveu ao recorrente a carta que junta a fls. 10, do seguinte teor:

“Como até à data não obtive qualquer resposta acerca do conteúdo da minha carta de 21 de Junho de 1995 e da carta do meu Advogado de 3 de Outubro de 1995 venho ao abrigo da cláusula 11.^a do contrato-promessa em epígrafe, activar a constituição do Tribunal Arbitral, nos termos da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Assim, nos termos do n.º 2 do art. 7.º daquela lei, indico como meu árbitro o Exmo. Senhor Dr. ASCR, Advogado, com escritório na Rua ..., Lisboa.

Fico a aguardar a indicação do v. árbitro, com vista à constituição urgente do Tribunal”.

O recorrente não respondeu a nenhuma das cartas que se referenciaram e o Autor, com vista a desencadear o procedimento arbitral, requereu, ao abrigo do art. 11.º da Lei 31/86, a nomeação do árbitro em falta, o que foi feito pelo Exmo. Presidente do Tribunal desta Relação de Lisboa.

Em 25-3-96, teve lugar a escolha do 3.º árbitro e Presidente do Tribunal Arbitral e, na mesma data, procedeu-se à instalação deste, tendo todos os Árbitros acordado, entre outras, nas regras do processo a observar na arbitragem e em considerar que o objecto do litígio era “a resolução do contrato de promessa em causa e as respectivas consequências contratuais e legais” (cf. actas de fls. 11 e 12 dos autos).

Por carta de 22-3-96, junta a fls. 77 e recebida em 25-3-96, o recorrente comunicou ao Exmo. Presidente do Tribunal desta Relação que não havia acordo das partes sobre o objecto do litígio.

A posterior nulidade arguida a fls. 15 e em consequência pelo recorrente veio a ser desatendida no douto despacho saneador, por se ter entendido que do conjunto das três cartas enviadas pelo Autor ao Réu resulta ter sido precisado por aquele o objecto do litígio e que o silêncio e a passividade do último tinham de ter-se como acordo tácito, no sentido deste aceitar o litígio nos termos em que o seu objecto foi precisado pelo primeiro.

(*) Sic. Esta carta é de 29 de Novembro de 1995.

Por outro lado, tendo-se o Tribunal Arbitral constituído sem que nenhuma das partes tivesse requerido a intervenção judicial para decidir essa questão instrumental, era de entender que as partes acordaram tacitamente em cometer aos árbitros o encargo de decidirem sobre o conteúdo da sua própria missão.

Na sua concepção dualista, a convenção de arbitragem regulada pela Lei n.º 31/86, de 29/8, estabelece que o compromisso arbitral visa um litígio actual e a cláusula compromissória tem por objecto litígios eventuais (cf. art. 1.º) e, enquanto no compromisso a definição do objecto do litígio a submeter à jurisdição dos árbitros é feita no próprio acto compromissório (art. 2.º, n.º 3), na cláusula compromissória tal não se exige, definindo a lei a tramitação própria à sua definição (art. 11.º e 12.º).

Daí que, em rigor, a cláusula compromissória não seja um meio de composição amigável, antes um meio não contencioso de solução de litígios, pela sua afectação a um órgão não jurisdicional, seja o Tribunal Arbitral.

Nos termos do art. 11.º da Lei 31/86, que se vem citando, a parte que pretende instaurar o litígio no Tribunal Arbitral deve notificar a parte contrária desse facto, precisando o objecto do litígio e designando, se ainda o não tiver feito, o árbitro que lhe caiba indicar.

Se a parte contrária não indicar o seu árbitro, caberá a sua nomeação ao Presidente do Tribunal da Relação do lugar fixado para a arbitragem, o que deve ser requerido passado um mês sobre a notificação atrás referida.

Se, no mesmo prazo, as partes não chegarem a acordo sobre a determinação do objecto do litígio, será o tribunal a decidir (art. 12.º).

Sem querer tomar parte na controvérsia à volta da palavra “tribunal” usada pela lei (Tribunal comum ou Presidente do Tribunal da Relação, como defende o Dr. Francisco Cortez em “A arbitragem voluntária”, in “O Direito”, 124.º, IV, pág. 570, citado nos doutos arestos juntos, por fotocópia, com as alegações do recorrente), parece resultar claro das disposições legais atinentes que, em caso de não ter havido acordo das partes sobre a determinação do objecto do litígio, tal determinação não compete ao Tribunal

Arbitral, mas antes ao Tribunal judicial, entenda-se este como o Tribunal comum ou o Presidente do Tribunal da Relação.

A este propósito, observa o Prof. Raul Ventura, citado nos arestos juntos com a alegação que «não será, pois, o Autor a saber o que pretende o Réu; o Tribunal judicial dirá ao Autor o que ele pretende, já que não pode dizer logo o que ele pode pretender.

Para aumentar a sua infelicidade, neste ponto, a lei esqueceu que não existe no Código de Processo Civil nenhum processo adequado a esta determinação do objecto do litígio.

Enquanto vigorou o livro IV, título I, daquele Código, tal determinação fazia-se nos autos do Tribunal judicial onde o processo de constituição do Tribunal Arbitral tinha obrigatoriamente início.

Revogado o livro IV, Título I, passando o Tribunal Arbitral a constituir-se por notificação directa do demandante ao demandado e nomeação por este (ou pelo Tribunal) do respectivo árbitro, qual o processo a usar para a determinação do objecto do litígio?

Segundo as boas regras processuais terá de ser o processo comum de declaração» (Convenção de arbitragem, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Setembro 1986, págs. 355 e 356).

E idêntica posição perfilha o Dr. Francisco Cortez (também citado nos mesmos arestos), quando refere que «tanto o compromisso como a cláusula compromissória dão acesso directo ao Tribunal Arbitral que se constitui pela notificação do demandante ao demandado e designação por este, ou, supletivamente, pelo Tribunal judicial, do respectivo árbitro.

Só que na cláusula compromissória, ao contrário do compromisso, o Tribunal Arbitral constituído antes ou não (conforme estejam ou não designados os árbitros), não pode funcionar sem que seja celebrado pelas partes o acordo que defina o objecto do litígio ou, na falta deste acordo, o que o Tribunal judicial decida definitivamente sobre a determinação do objecto do litígio» (A arbitragem voluntária em Portugal, in "O Direito", ano 124.º, 1992, IV, pág. 569).

Posto isto, será de entender, como se fez no douto despacho posto em crise, que no silêncio do demandado, o objecto do litígio ficou, desde logo, definido nos termos precisados pelo deman-

dante, tal como se o demandado tivesse acordado tacitamente com essa definição?

Ou ainda que, tendo-se o Tribunal Arbitral constituído sem que antes as partes tivessem requerido a intervenção judicial para decidir essa questão, tudo se passa como se tivessem acordado em cometer aos árbitros o encargo de decidirem sobre a determinação do objecto do litígio?

Salvo sempre o devido respeito pela opinião contrária e que é muito, começando, por razões meramente metodológicas por esta última questão, não podemos deixar de lhe responder negativamente.

Desde logo porque a lei não prevê tal consequência, antes tão só a de que, na falta de acordo e sem fazer qualquer distinção entre a existência ou não de Tribunal Arbitral constituído, caberá ao tribunal judicial decidir.

Depois, porque a lei tão só comete aos árbitros, no caso de as partes sobre tal não terem acordado, a escolha do lugar do funcionamento do tribunal e das regras do processo a observar na arbitragem (art. 15.º, n.º 3), o que, “a contrario”, não será temerário interpretar no sentido que em circunstância alguma o legislador quis que fossem os árbitros a determinar o objecto do litígio.

Como observa o Prof. Galvão Teles, a cláusula compromissória tem a natureza de um contrato-promessa ou convenção preliminar pela qual as partes se obrigam a celebrar futuramente o compromisso, que por sua vez é uma convenção definitiva destinada a individualizar os litígios suscitados e a indicar os árbitros que os devem resolver (in “O Direito”, 89.º, 214).

Se o contrato prometido, seja aquela convenção definitiva sobre o objecto do litígio e os árbitros que o devem resolver, não vier a ser celebrado, funcionará o processo estabelecido nos arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 31/86. Seja, se surgir alguma questão abrangida pela cláusula compromissória e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, à outra resta o recurso aos tribunais (ao Presidente do Tribunal da Relação para a nomeação do árbitro em falta, ao tribunal judicial comum para a definição do objecto do litígio) para a sua solução — art. 12.º, n.ºs 1 e 4, da citada Lei 31/86 — o que poderá fazer logo que decorra o prazo estabelecido no n.º 2 deste mesmo normativo.

Tal e como bem se observa no Ac. Do S.T. Justiça de 9/11/95, junto com a alegação do recorrente (e inserto na Col. Jur., Acs. do S.T.J., ano III, tomo III, pág. 107), parece evidenciar que a nomeação de árbitros e a determinação do objecto do litígio são actos distintos, *um não condicionando o outro* e distanciados no tempo, podendo ser, digo, *um não condicionando o outro* e podendo ser distanciados no tempo, pelo que se não se pode falar em existência de arbitragem antes da nomeação dos árbitros, o mesmo acontece enquanto não estiver definido o objecto do litígio.

Sem tal definição, o que no mínimo se poderá dizer é que a arbitragem não se pode iniciar e sem instância arbitral não pode falar-se em decisões no âmbito desta.

De toda a maneira, dos textos legais e nomeadamente do disposto no n.º 4 do art. 12.º da Lei 31/86, tal como já acontecia com o art. 1513.º do C.P. Civil por esta revogado e é reafirmado pelo art. 1508.º do Código de Processo Civil aprovado pelo Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12/12, hoje em vigor, colhe-se, claramente, que a determinação do objecto do litígio a submeter ao tribunal Arbitral nunca poderá competir a este.

Todavia e no âmbito da primeira questão que formulámos, defende-se ainda no douto despacho saneador que, no silêncio do demandado, o objecto do litígio ficou tacitamente acordado nos termos precisados pelo demandante.

É sabido que o silêncio só vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção (art. 218.º do Cód. Civil).

Como observa o Prof. Manuel de Andrade, citando Cariota-Ferrara, o silêncio só por si é «um facto incolor, equívoco», como tal absolutamente insignificativo (in Teoria Geral, ed. 1966, II vol., pág. 138).

Ou ainda, no dizer de Heinrich Hörster, «o silêncio em termos de declaração negocial por via de regra não vale nada» (in A Parte Geral do Código Civil Português, 1992, pág. 434).

Daqui que, mesmo a entender-se que o objecto do litígio foi precisado pelo demandante na notificação a que alude o art. 11.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Lei 31/86 (o que para nós não é líquido, uma vez que na carta de 29-11-95, a única remetida ao demandado ao abrigo daquele art. 11.º, não se precisa, nem se refere expressa-

mente o objecto do litígio, sendo que o lugar próprio para tal era nessa mesma carta, não se preenchendo o requisito legal pela simples referência às duas cartas anteriormente remetidas, tanto mais que tais cartas não passavam de vulgares diligências tendentes a uma resolução não contenciosa do litígio e ainda divergiam uma da outra no que concerne às propostas adiantadas), jamais o silêncio do demandado poderia ser interpretado no sentido de aceitar o objecto do litígio nos termos definidos pelo demandante, ou quaisquer outros, sendo irrelevante a sua “obrigação” (que, ao contrário do defendido no duto despacho posto em crise, não nos parece que se revele a partir do texto do n.º 4 do art. 12.º da Lei 31/86) de reagir à notificação feita, diligenciando na busca de um consenso, uma vez que, como referem os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, «não havendo lei, uso ou convenção que atribuam ao silêncio valor declarativo, ele não valerá como tal, sem necessidade de sabermos se a pessoa devia ou não falar» (in Código Civil Anotado, 3.ª edição, vol. I, pág. 209 e ainda e no mesmo sentido Heinrich Hörster, ob. citada, pág. 435).

Somos, pois, de entender que não houve acordo entre as partes sobre a determinação do objecto do litígio e, assim, deveria o demandante, logo que decorrido o prazo a que alude o n.º 2 do art. 12.º da Lei 31/86, seja um mês sobre a notificação da pretensão de instaurar o litígio, requerer ao tribunal judicial essa determinação e só depois dar início à instância arbitral prevista na cláusula compromissória inserida no contrato-promessa em causa.

Tal não tendo acontecido e tendo os Árbitros acordado sobre a determinação do objecto do litígio (cf. alínea *b*) da acta de instalação do Tribunal Arbitral, a fls. 12 dos autos), o que lhes estava vedado, até porque numa altura em que o Tribunal Arbitral não podia ainda sequer funcionar, como atrás se referiu, há que concluir que praticaram os mesmos Árbitros um acto proibido por lei (art. 12.º, n.º 4 da Lei 31/86) e tal irregularidade porque definidora do objecto da causa, não pode deixar de influir na decisão desta e, logo, produzir a nulidade do art. 201.º do Cód. De Processo Civil.

Esta nulidade foi tempestivamente arguida e não pode deixar de ter como consequência a anulação de todo o processo, uma vez que a decisão dos Árbitros determinando o objecto do litígio, afec-

tou, obviamente, os demais actos posteriores (art. 201.º, n.º 2, do C. Processo Civil).

*

Decisão

Nos termos expostos, concedendo-se nesta parte provimento ao agravo, decide-se anular a decisão dos Árbitros que determinou o objecto do litígio, constante da acta de instalação do Tribunal Arbitral de fls. 12, bem como todos os termos e actos posteriores do processo arbitral, ficando prejudicado o conhecimento da parte restante do recurso de agravo e ainda o recurso de apelação.

*

Custas pelo agravado.

Lisboa, 13-3-97
Lopes Valverde
Fernandes do Vale
Narciso Machado

III

Tribunal Arbitral

“Despacho” saneador de 5 de Junho de 1996

Determinação do objecto do litígio — Validade dos actos praticados na instância por árbitro impedido (*)

Sumário

I – A notificação de arbitragem que se refere a duas cartas anteriores do notificante ao notificado, em que aquele declarou a este a sua vontade de resolução do contrato-promessa e reclamou deste pagamento consequente de tal resolução precisa suficientemente o objecto do litígio. II – Não tendo o demandado respondido à notificação de arbitragem, não se opôs ao objecto do litígio e nem, mesmo, manifestou o seu desacordo quanto ao objecto do litígio indicado na notificação que lhe foi feita pelo demandante. Desse modo se produziu a definição da missão cometida aos árbitros, qual seja a de decidirem o litígio precisado na notificação, através das mencionadas cartas do demandante. III – A intervenção do tribunal judicial para decidir do objecto do litígio só tem cabimento quando, no mês seguinte à notificação de arbitragem, o demandado manifesta desacordo quanto ao objecto do litígio definido na notificação. IV - Não são nulos os actos praticados pelo árbitro até à declaração do impedimento, não sendo nula, mas, antes, plenamente válida a acta de instalação do tribunal arbitral em que interveio árbitro incurso em motivo de impedimento e que, depois de recusado, renunciou ao encargo e foi substituído.

(...) (**)

Respeitando a ordem estabelecida no art. 510.º, n.º 1, al. a), com referência ao art. 288.º do Cód. Proc. Civil, deveríamos come-

(*) A epígrafe e o sumário são da responsabilidade do anotador.

(**) Omite-se aqui o relatório e outras matérias irrelevantes para o objecto da anotação.

çar por, neste momento, conhecer da alegada incompetência do tribunal em razão da matéria, para, seguidamente, sendo caso disso, passarmos ao conhecimento das nulidades susceptíveis de produzir a anulação de todo o processo e, depois, apreciarmos as arguidas nulidades e irregularidades que só parcialmente possam afectar a validade do processo.

Todavia, verificando-se que, conforme claramente se vê do contexto dos requerimentos de fls. 15 e 61 e da própria contestação (da «questão prévia» aí suscitada — artigos 1.º a 14.º), a excepção da incompetência material do tribunal arbitral, se bem entendemos o raciocínio desenvolvido pelo réu naquelas suas peças processuais, se funda, por um lado, no facto de o tribunal arbitral ter sido constituído e instalado sem existir acordo dos interessados sobre a determinação do objecto do litígio e, aliás, com a intervenção de um árbitro que se encontrava impedido de, como tal, funcionar neste processo arbitral, e, por outro lado, no facto de, não existindo tal acordo dos interessados sobre a definição do objecto do litígio, este tribunal arbitral suprindo a falta desse acordo, ter, na acta de fls. 12, definido o objecto do litígio, assim usurpando funções que legalmente são da exclusiva competência do tribunal judicial, ou seja, dos tribunais estaduais, e reconduzindo-se esses fundamentos, segundo é nosso entendimento, à apreciação de questões relativas à nulidade de todo o processo arbitral e que, em boa verdade, se situam, até, na fase inicial da instância arbitral, anterior à fase em que a acção arbitral se desenvolve já perante árbitros, por tais motivos, afigura-se-nos, que, neste caso, existem fortes razões para que se não observe rigorosamente a ordem a que alude a alínea *a*) do n.º 1 do cit. art. 510.º, mostrando-se conveniente que comecemos por apreciar a matéria que se relaciona com a legal exigência da prévia definição do objecto do litígio, sendo certo, aliás, que a decisão sobre o objecto do litígio tem de apreciar o conteúdo da convenção de arbitragem.

A determinação do objecto do litígio respeita a uma intervenção típica da constituição do Tribunal Arbitral.

Na arbitragem «ad hoc», a *instância arbitral* inicia-se com a notificação a que se refere o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86.

Essa notificação «deve indicar a convenção de arbitragem e precisar o objecto do litígio (...)» e, bem assim, se às partes couber designar um ou mais árbitros, «conter a designação do árbitro ou árbitros pela parte que se propõe instaurar a acção, bem como o convite à outra parte para designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe indicar» (n.^{os} 3 e 4 do cit. preceito).

É com essa notificação que se estabelece a relação processual, com ela se fixando as partes e o objecto de tal relação.

O objecto do litígio, como é evidente, é determinado pelas pretensões das partes e define-se, objectivamente, pela causa de pedir e pelo pedido, devendo ser indicado no requerimento de instauração do tribunal arbitral, mas essa indicação, note-se, não limita os meios de defesa do réu.

Em regra, pois, o litígio é definido pelo demandante (devendo, naturalmente, ser respeitados os limites impostos pela convenção de arbitragem, pois que há-de sempre atender-se ao relacionamento entre o litígio e a sua fonte).

De ter em atenção é, ainda, o facto de, na arbitragem, ser *determinante a interferência da vontade das partes na própria constituição do tribunal* — circunstância que não se verifica nas acções submetidas a juízo estadual. (No sentido do que acima fica exposto se pronuncia o Prof. Dr. Raúl Ventura, no seu estudo «Convenção de Arbitragem», in Rev. Ord. Adv., Ano 46 — Setembro de 1986, págs. 351 a 360).

Vinculando o tribunal arbitral, a decisão sobre o objecto do litígio tem de apreciar o conteúdo da convenção de arbitragem.

Se, após a notificação com que se inicia a instância arbitral (art. 11.º da Lei n.º 31/86), não for questionado o objecto do litígio indicado pela parte que pretende instaurar a acção arbitral e se o tribunal se constituir normalmente (em conformidade com a convenção ou segundo as disposições supletivas da lei), a instância prosseguirá o seu curso normal. E só se as partes não se entenderem sobre o litígio a arbitrar é que, então, «caberá ao tribunal decidir» (cfr. art. 12.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86). Mais adiante analisaremos a questão da pré-fixação judicial do objecto do litígio.

No caso de não se entenderem a tal respeito, surge uma questão que carece de resolução, mas que, representando um acidente ou ocorrência anormal da instância arbitral, é uma simples *questão*

instrumental, de carácter acessório ou secundário, em relação ao objecto da acção arbitral, ou seja, em relação ao processo principal.

A indicação do objecto do litígio na notificação a que se refere o n.º 1 do art. 11.º da Lei 31/86 é exigida, essencialmente, não só para demonstrar indiciariamente que o litígio está abrangido pela convenção de arbitragem, como ainda para habilitar a parte contrária com elementos para decidir como agir nesse caso concreto e, principalmente, para escolher o árbitro que lhe caiba designar para participar no tribunal arbitral. E os critérios de designação de um árbitro pelas partes assentam na confiança que nele é depositada.

O litígio define-se pelos seus elementos subjectivos e objectivos: as partes e a causa de pedir o pedido.

Ora, há que ter em conta que o *litígio desencadeado é aquele que o demandante pretende ver resolvido* (mais as questões que o demandado possa suscitar em sua defesa, mormente, por via de excepção e/ou reconvenção dentro dos limites de arbitragem).

Faltando a indicação do objecto do litígio na notificação exigida pelo cit. art. 11.º da Lei n.º 31/86, a notificação será, pelo menos, ineficaz.

Sendo feita tal indicação, é que pode surgir o desacordo das partes quanto ao objecto do litígio.

Deve, porém, observar-se, desde já, que, se o demandado não se opuser ao objecto litígio — tal como este foi precisado na notificação de arbitragem —, se sana qualquer vício de consentimento que pudesse ferir a convenção.

No seu estudo «Intervenção Judicial em Arbitragem ad-hoc» — comunicação feita no seminário sobre Arbitragem comercial, no Centro de Arb. Com., em 4/5 de Maio de 1995, a pág. 18, o Dr. João Luís Lopes dos Reis não hesitou em sustentar que, «existindo convenção válida, a não manifestação do desacordo do demandado quanto ao objecto do litígio indicado na notificação que lhe foi feita pelo demandante produz a definição da missão cometida aos árbitros: tal missão é a de decidirem o litígio precisado na notificação. É para que esta missão se defina antes de o tri-

bunal começar a funcionar que a lei exige a determinação do objecto do litígio na fase da constituição do Tribunal arbitral».

E, na pág. 19, o mesmo Ilustre Advogado conclui que «*a oportunidade do demandado para dissentir a respeito do objecto do litígio é precisamente a mesma que ele tem para responder à notificação de arbitragem*». (Os sublinhados são nossos).

Refere, depois, a preocupação do legislador de que o desacordo das partes a respeito do objecto do litígio não constituísse necessariamente um elemento perturbador da instância arbitral. E observa que «o legislador não vai ao ponto de obrigar as partes a recorrer ao tribunal no caso de discordarem sobre o objecto do litígio. Se o tribunal arbitral se constituir sem que as partes acordem sobre o objecto do litígio ou requeiram decisão judicial, tem de entender-se não estarem os árbitros impedidos de decidir a questão: verifica-se, nesta hipótese, uma situação decorrente do consentimento implícito das partes, situação que, por si, arredaria a desproporcionada consequência da anulabilidade da decisão arbitral nos termos do art. 27.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 31/86.

Lê-se, ainda, na pág. 20 do cit. estudo:

«Ora, o que é certo é que, verificando-se o desacordo das partes sobre o objecto do litígio, qualquer uma delas pode impedir a constituição do tribunal arbitral e o prosseguimento da arbitragem, quer deixando de nomear um árbitro, quer pedindo a determinação judicial de missão dos árbitros. *Se, não obstante o desacordo, o tribunal arbitral se constituir e nenhuma das partes requerer a intervenção judicial, há que entender que acordaram tacitamente em cometer aos árbitros também o encargo de decidirem sobre o conteúdo da sua própria missão*». (sublinhado nosso).

*

No caso de as partes não se entenderem sobre o objecto do litígio a arbitrar, então é que cabe ao tribunal decidir (art. 12.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86).

Note-se, antes de mais, que em muitos casos não é necessária a intervenção judicial para a determinação do objecto do litígio, como sucede, por ex., quando as regras de processo a observar na arbitragem sejam as de um regulamento de arbitragem emanado de uma das entidades a que se reporta o art. 38.º da citada Lei e nesse

regulamento seja dispensada a intervenção judicial. Isto sucede, nomeadamente, no caso do Centro de Arbitragem Comercial, segundo cujo Regulamento de 1.10.87 o objecto do litígio se define através da petição e, eventualmente, da reconvenção, nos termos gerais (cfr. arts. 12.º e segs., desse Regulamento), e no caso do Centro de Arbitragens Voluntárias da Ordem dos Advogados, em cujo «Regulamento de Processo», de 18.06.93, se estabelece que é ao próprio tribunal arbitral que compete decidir (art. 13.º).

A lei não é expressa a respeito do tribunal competente para se pronunciar sobre a determinação do objecto do litígio.

A intervenção do tribunal para este efeito tem vindo a causar perplexidades, originando os mais diversos entendimentos.

Assim, no seu já citado estudo (R.O.A., 46.º, pág. 356) o Prof. Dr. Raúl Ventura, embora manifestando-se contra uma tão absurda solução, defende que, «segundo as boas regras processuais, terá de ser o processo comum de declaração» o meio próprio para o pedido de determinação do objecto do litígio.

Houve também quem entendesse que o pedido judicial de determinação do objecto do litígio teria de ser deduzido em processo de suprimimento, nos termos do art. 1425.º do Cód. Proc. Civil.

Corrente parece ter vindo a ser, na prática, a solução de se ter o litígio como definido através da petição inicial e, eventualmente, também da contestação, nos termos gerais. (Solução que, como se viu, foi mesmo seguida pelo Centro de Arbit. Com. no Regulamento do seu Tribunal Arbitral de 1.10.87).

O Dr. Lopes dos Reis, por sua vez, no seu citado Estudo, a pág. 22 e segs., sustenta que no art. 12.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86 o legislador quis, com a palavra «tribunal» referir precisamente o presidente da Relação — a mesma autoridade judicial competente para a nomeação de árbitro. (Ao que sabemos, efectivamente, com alguma frequência têm sido formulados pedidos da resolução da questão da determinação do objecto do litígio perante o Presidente da Relação de Lisboa, em casos de desacordo das partes, mas, ao que parece, o Exmo. Presidente da Relação não tem atendido a tais pedidos, por considerar tratar-se duma competência não abrangida na esfera das suas múltiplas atribuições).

Parece que também, por vezes, o tribunal arbitral tem procedido à definição do objecto do litígio em face dos elementos for-

necidos pelo processo, mormente, não tendo surgido explícitas divergências de entendimento das partes (o já cit. Regulamento de 18.06.93 do Centro de Arb. Vol. da Ordem dos Adv., como já se disse, atribui ao próprio tribunal arbitral a competência para decidir a questão, mesmo em caso de desacordo das partes).

O título I do livro IV «Do Tribunal Arbitral Voluntário» do Código de Processo Civil ainda vigente (artigos 1508.º a 1524.º) foi, pura e simplesmente, revogado pelo art. 39.º, n.º 3, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

A recente revisão do Código de Processo Civil levada a efeito pelo Dec-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, vem pôr termo às dúvidas e perplexidades originadas pelo regime — ainda em vigor — da Lei n.º 31/86 sobre a «determinação do objecto do litígio a submeter a arbitragem», matéria que passa a ser regulada pelos artigos 1508.º a 1510.º do novo Código, onde se estabelece um expedito (?) processo de suprimento do desacordo das partes sobre a determinação do objecto do litígio.

Só que, por força da Lei n.º 6/96, de 29 de Fevereiro, o cit. Decreto-Lei n.º 329-A/95 só entrará em vigor em 15 de Setembro próximo e só se aplica aos processos iniciados após esta data.

O novo regime parece ter consagrado, pois, a corrente doutrinária que entendia que o pedido judicial de determinação do objecto do litígio (na fase inicial da instância arbitral, antes de a acção arbitral decorrer perante árbitros) teria de ser deduzido em processo de suprimento.

Este novo regime, porém, ainda não é aplicável e na «vacatio legis» tem de continuar a observar-se o regime da Lei n.º 31/86.

*

Só no caso de as partes não chegarem a acordo sobre a determinação do objecto do litígio a submeter a arbitragem é que poderá ter lugar à intervenção judicial (se esta não estiver dispensada) para se decidir a questão instrumental (de carácter acessório, secundário) da definição do litígio, não importando, neste momento, saber qual o «tribunal» competente para decidir.

Contrariamente ao que o demandado sustenta, resulta dos autos ser inexacta e sem fundamento a afirmação de *não existir*

sequer na notificação de arbitragem, no caso «sub judice», a indicação do objecto do litígio, que na notificação (doc. de fls. 10) não é precisado, e, bem assim, de existir desacordo das partes sobre a determinação do objecto do litígio.

Na verdade, a notificação de arbitragem exigida pelo art. 11.º da Lei n.º 31/86, designadamente, no tocante à observância do disposto nos n.ºs 3 e 4 desse preceito, contém-se na carta que o demandante dirigiu ao demandado em 29.11.95 (doc. de fls. 10), com expressa invocação das precedentes cartas de 21.06.95 e de 3.10.95 (docs. de fls. 9 e de fls. 32/33, respectivamente), para as quais aquela remete e que a integram.

Na carta de 21.06.95, o demandante declarou a sua vontade de resolução do contrato-promessa, por incumprimento desse contrato, por parte do demandado, determinante da perda do interesse do demandante na prestação, e exigiu a devolução das quantias entregues acrescidas dos respectivos juros.

Na carta de 3.10.95, alegando novamente que, em virtude do incumprimento do contrato-promessa por parte do demandado, perdera o interesse na prestação, o demandante disse pretender fazer accionar o n.º 2 da cláusula 10.ª daquele contrato, com a conseqüente resolução do mesmo contrato por incumprimento do promitente-vendedor e a restituição do sinal em dobro.

Na carta de 29.11.95, referindo-se àquelas duas cartas anteriores e invocando a cláusula contratual (11.ª) em que se contém a convenção de arbitragem, declarou a sua vontade de instaurar o litígio no tribunal arbitral, nos termos da Lei n.º 31/86 indicou o árbitro por si designado e convidou a parte contrária a designar o árbitro que lhe cabia indicar.

Vê-se, assim, que do conjunto dessas três cartas, intimamente relacionadas entre si, nenhuma delas sendo lícito tomar isoladamente, para efeitos da notificação de arbitragem, resulta ter sido feita a notificação com observância do disposto no art. 11.º da Lei n.º 31/86, satisfazendo, designadamente, todos os requisitos dos n.ºs 1 a 4 desse preceito.

Nomeadamente, foi feita a indicação da convenção de arbitragem, foi precisado o objecto do litígio, foi feita a designação do árbitro pela parte que se propunha instaurar a acção arbitral e foi

feito o convite à outra parte para designar o árbitro que lhe cabia indicar.

O litígio, efectivamente, foi pelo demandante definido, com precisão do seu objecto, mostrando-se, aliás, o relacionamento do litígio com a sua fonte — cláusula compromissória.

E o objecto do litígio, por esse modo indicado pelo demandante na notificação de arbitragem, consiste, precisamente, na resolução do contrato-promessa em causa e na determinação das suas consequências contratuais e legais, tal como se consignou na alínea b) da acta de instalação do tribunal arbitral (fls. 12).

*

A nenhuma das três referidas cartas do demandante respondeu o demandado, o qual, inclusivamente, não respondeu à notificação de arbitragem, não se opôs ao objecto do litígio e nem, mesmo, manifestou o seu desacordo quanto ao objecto do litígio indicado na notificação que lhe foi feita pelo demandante.

A situação descrita, dada a conduta de cada uma das partes, não pode deixar de se considerar como produzindo a definição da missão cometida aos árbitros, qual seja a de decidirem o litígio precisado na notificação, através das mencionadas cartas do demandante.

Pretende o demandado ver uma manifestação do desacordo das partes no facto de, em carta que em 22.03.96, dirigiu ao Exmo. Presidente da Relação de Lisboa (doc. fls. 77) ter feito a mera afirmação de que «não chegámos a acordo com a outra parte sobre a determinação do objecto do litígio» opinando seguidamente: «pelo que é ao tribunal judicial que compete decidir, nos termos do artigo 12.º, n.º 4, da referida Lei».

Essa simples declaração, sem nenhuma fundamentação, seria, em qualquer caso, irrelevante.

A oportunidade de dissentir a respeito do objecto do litígio já então se havia esgotado, verificando-se já então o consentimento implícito.

No caso de a convenção de arbitragem revestir a forma (modalidade) de cláusula compromissória, e não a do compromisso arbitral, como é o caso dos autos, a lei não exige qualquer formalidade para que haja acordo das partes sobre a determinação

do objecto do litígio, ou seja, a lei não exige um acordo expresso e formal.

O que importa é que haja um real desacordo, que as partes não se entendam quanto à definição do litígio, que, portanto, se manifestem as desinteligências e os respectivos motivos, o que no caso em apreço não se verifica.

Note-se que, declarando-se o demandado seguidor da corrente segundo a qual é ao tribunal judicial que compete decidir a questão instrumental da fixação do objecto do litígio, no caso de as partes «não chegarem a acordo» (*e esta expressão, usada no n.º 4 do cit. art. 12.º da Lei n.º 31/86 parece revelar que o legislador teve em mente, não uma situação de simples passividade, mas, antes, a hipótese de, surgindo divergências, ao ser feita a notificação de arbitragem, sobre a definição do litígio, as partes tenham efectivamente diligenciado na busca de um consenso, mas sem resultado, não se entendendo e não chegando a acordo*), no entanto, nunca promoveu a intervenção do tribunal judicial, abstendo-se, muito simplesmente, de requerer a intervenção judicial, não deduzindo o pedido judicial de determinação do objecto do litígio.

O silêncio e a passividade do demandado têm, neste caso, de ter-se como acordo tácito (que, aliás, não carecia de se explicitar), no sentido de o demandado aceitar o litígio nos termos em que o seu objecto foi precisado pelo demandante.

Aliás, o tribunal arbitral constituiu-se sem que nenhuma das partes tivesse requerido a intervenção judicial (de quem quer que fosse) para decidir a questão instrumental.

Sempre, pois, haveria de entender-se que as partes acordaram tacitamente em cometer aos árbitros também o encargo de decidirem sobre o conteúdo da sua própria missão.

Do que atrás fica exposto se tem de concluir, seguramente, que, existindo uma convenção de arbitragem válida e eficaz, e tendo entre as partes surgido um litígio que, emergindo da execução do contrato-promessa, se compreende no âmbito daquela convenção, na notificação de arbitragem prevista no art. 11.º da Lei n.º 31/86, se observaram os legais requisitos dessa notificação, tendo a parte que pretendia instaurar o litígio no tribunal arbitral, nomeadamente, precisado o objecto do litígio, como igualmente

tem de concluir-se pela verificação da existência do acordo tácito do demandado quanto à indicação do objecto do litígio feito pelo demandante, devendo, mesmo, entender-se que as partes consentiram tacitamente em cometer também aos árbitros o encargo de decidirem sobre o conteúdo da sua própria missão.

Da contestação entretanto neste processo arbitral apresentada pelo demandado resulta, também, que nenhuma discordância existiu entre as partes, propriamente, sobre a determinação do objecto do litígio a submeter a arbitragem, não sendo caso de se poder dizer que «as partes não chegaram a acordo» e não tendo, assim, aplicação nesta hipótese o dispositivo do n.º 4 do art. 12.º da citada Lei de Arbitragem Voluntária.

Não basta vir agora alegar uma suposta falta de acordo sobre o objecto do litígio, sem sequer se alegar e demonstrar que alguma vez tenha havido divergências das partes (e no que tais divergências possam ter consistido) acerca da definição do objecto do litígio.

*

Entende também o demandado que a carta de 3.10.95 (fls.32/33), por ser subscrita pelo Dr. CR na qualidade de advogado constituído do ora demandante, não pode ser tida em consideração por este tribunal arbitral, nos termos do art. 81.º, n.ºs 1, al. a), e 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Não vemos, contudo, em que é que uma norma respeitante ao segredo profissional a que os advogados estão obrigados, inserida no capítulo relativo à deontologia profissional, possa interferir com a utilização de uma carta dirigida por uma das partes num contrato à outra parte, só porque essa carta é subscrita pelo advogado da parte interessada. A invocação dessa carta no processo arbitral não nos parece que constitua violação de algum segredo profissional, respeitando o conteúdo dessa carta, tão só, a uma diligência tendente ao desencadear do procedimento arbitral previsto numa cláusula compromissória inserta no contrato.

Questão diferente e de diverso alcance é já a de essa referida carta ser subscrita por um advogado que pelo seu constituinte veio a ser designado árbitro para intervir no processo arbitral, em que chegou ainda a intervir, com desrespeito do disposto no art. 122.º,

n.º 1, al. c), do Cód. Proc. Civil, aplicável aos árbitros não nomeados por acordo das partes por força do art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86.

Com efeito, o Dr. CR foi designado árbitro pelo ora demandante, conforme este indicou na notificação de arbitragem (fls. 10), em 29.11.95, estando já então na posse do demandado a carta de 3.10.95, subscrita pelo Dr. CR e escrita em papel timbrado deste Advogado, o que todavia, não levou o demandado a recusar esse árbitro, na fase inicial da instância arbitral, até ser notificado da acta da instalação do tribunal.

Só então, nesta acção arbitral, é que o demandado veio requerer a declaração do impedimento (fls. 28).

E logo o demandante procedeu à substituição desse árbitro (em virtude de se ter declarado impedido), nos termos do art. 13.º da Lei n.º 31/86 (fls. 37).

*

Estão aqui inteiramente fora de causa quaisquer aspectos da intervenção do Senhor Dr. CR, como árbitro, neste processo arbitral atinentes, eventualmente, à deontologia profissional de quem exerce a nobilíssima profissão de Advogado e à acção disciplinar a que os advogados estão sujeitos nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados.

O que está aqui em causa é a validade, ou a nulidade dos actos por esse árbitro praticados no processo, ou melhor e concretamente, *a validade ou nulidade da acta de instalação do tribunal arbitral, de fls. 12*, em que interveio o Dr. CR, como árbitro designado pelo demandante.

Antes de prosseguimento na apreciação desta questão, não podemos deixar de abrir aqui um parêntesis, para expressarmos, mais do que repúdio, a mágoa, a tristeza e, mesmo, um certo desencanto, que sentimos, visados por uma mal encoberta, mas gratuita e ofensiva insinuação da cumplicidade, da parte dos outros dois árbitros, com o árbitro em relação ao qual havia uma causa de impedimento, consentindo o tribunal arbitral (órgão colegial) que nele esse árbitro *fizesse uma perninha*.

Ter-se-á, porventura, querido suscitar dúvidas sobre a garantia de imparcialidade dos membros deste tribunal, do qual pessoas idóneas e independentes não quereriam fazer parte.

Sem o mais leve comentário, limitar-nos-emos a anotar o seguinte:

- É o próprio juiz impedido que deve declarar-se impedido. Se ele não o fizer, *podem* as partes, até à sentença, requerer a declaração do impedimento (cfr. art. 123.º-1 do CPC). Aliás, o ora demandado bem podia, na fase inicial da instância arbitral, recusar o árbitro designado pela demandante.
- O tribunal arbitral constituído «ad hoc» ignorava que se verificava uma causa de impedimento de um dos árbitros, quando se procedeu à sua instalação, sendo certo que nada havia nos autos que indicasse a existência de impedimento: a carta de fls. 32/33 só posteriormente veio a ser junta ao processo pelo demandado.
- A suspeita subtilmente insinuada, não mostrando existir algum fundamento de suspeição ou qualquer motivo de escusa, não pode servir de base à recusa. Ora, o n.º 3 do art. 9.º da Lei n.º 31/86 não permite que os árbitros se recusem injustificadamente, sendo certo que na oportunidade legal não declarámos não querer exercer a função, considerando-se, assim, aceite o encargo (n.º 2 do mesmo preceito). A própria lei nos veda, pois, que, agora, sem motivo justificativo, «não queiramos fazer parte do tribunal».

E também a lei não quer, obviamente, que, por um modo oblíquo e ínvio, conseguisse ver dissolver-se o tribunal arbitral constituído a parte eventualmente interessado em que este tribunal não funcionasse.

Poderia, ainda, observar-se que, como servidor da justiça e do direito, deve o advogado abster-se de suscitar incidentes repetidos e inoportunos, porque isso representaria, além do mais, a paralisação ou perturbação do curso normal da justiça (cfr. art. 76.º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

*

Fechado o parêntesis, prosseguiremos na análise do problema de que nos vínhamos ocupando.

Entendemos — e cremos bem que não se pode deixar de entender — que não são nulos os actos que porventura pratique o juiz afectado de impedimento enquanto este não é declarado, ou por sua iniciativa ou a requerimento das partes.

A interpretação do art. 123.º do Cód. Proc. Civil neste sentido — única que temos por correcta — é imposta, desde logo, pelo elemento histórico, conforme o demonstrou o Prof. Dr. J. Alberto dos Reis no seu “Com. ao Cód. Proc. Civ.”, I, pág. 414 e segs..

Mediante uma desenvolvida e firme argumentação, e refutando as teses divergentes ou contrárias, o eminente Mestre concluiu dever ter-se como certo que não são nulos os actos praticados pelo juiz até à declaração do impedimento.

Dispensamo-nos de repetir aqui o que este Mestre escreveu na citada Obra (vol. I, pág. 414 a 426), que merece a nossa plena concordância.

Aí, designadamente, se refuta a tese defendida pelo Dr. Palma Carlos (Cód. Proc. Civ. Anot., I, pág. 92), a que o ora demandado parece arrimar-se, a qual — supomos — não foi adoptada pela nossa jurisprudência.

Se o juiz impedido exerce indevidamente a função, o que sucede é que falta ao cumprimento dum dever legal — de se abster de funcionar — mas isso não significa que os actos do processo, objectivamente considerados, sejam nulos, por força do art. 201.º do Cód. Proc. Civil.

Na pág. 419 da obra citada, lê-se, a este propósito o seguinte: «estamos em presença, não de um vício de forma, *não de uma nulidade de processo*, por se praticarem actos contrários à ritologia processual, mas de uma violação, por parte do juiz, do dever legal de se abster de funcionar, e portanto de uma infracção disciplinar».

A pág. 425, não deixa, porém o sábio Mestre de advertir: «Pode suceder que o juiz não se declare espontaneamente impedido por não ter atentado no impedimento, mas que, imediatamente o confesse e declare, uma vez chamada a sua atenção para o caso». (Parece, realmente, que a existência dessa causa de impedi-

mento, só por si, não mostra que o juiz impedido haja cometido violação dum dever disciplinarmente punível).

E também o mesmo Autor não deixou de observar que bem pode acontecer que a parte, tendo a faculdade de requerer a declaração de impedimento, no entanto, pode ir «aquiescendo aos actos enquanto estes lhe convierem e só peça a anulação dos actos subsequentes quando porventura lhe sejam desfavoráveis; a parte está ao facto de impedimento, mas não o deduz por qualquer motivo, aquiescendo aos actos praticados; mais tarde esses actos passam a desagradar-lhe: é moral que possa pedir a anulação dos actos com que concordou?

O impedimento só deve actuar a partir do momento em que se requer: os actos anteriores devem considerar-se válidos».

Nada mais nos parece necessário adiantar para se concluir que, efectivamente, não são nulos os actos praticados pelo juiz até à declaração do impedimento, não sendo nula, mas, antes, plenamente válida a acta de fls. 12 de instalação do tribunal arbitral.

*

Do que já atrás ficou dito resulta evidente que o tribunal arbitral, ao indicar o objecto do litígio na alínea *b*) da acta de instalação de fls. 12, *não só não se substitui às partes*, definindo o que estava por determinar, já que o objecto do litígio fora determinado mediante a notificação de arbitragem, e, assim, *não praticou acto que a lei não admita*, sendo certo que *não supriu a falta de definição do litígio ou de acordo das partes* sobre a determinação do seu objecto, como também *não se apropriou de funções que por lei sejam da exclusiva competência do tribunal judicial*.

Existe uma convenção de arbitragem, cuja validade e eficácia estão fora de qualquer dúvida — cláusula 11.^a do contrato-promessa em causa, onde se contém a cláusula compromissória.

O conflito que surgiu entre as partes e foi submetido a decisão deste tribunal arbitral, emergindo da execução daquele contrato, compreende-se no âmbito da convenção de arbitragem, sendo, pois, arbitrável.

O tribunal arbitral constituiu-se regularmente, para decidir tal litígio, com observância do disposto no art. 11.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

A intervenção de um árbitro afectado de impedimento não produz, como resultado, irregularidade da constituição do tribunal arbitral nem a nulidade da acta de instalação do tribunal, em que aquele árbitro interveio.

Nada existe, pois, que determine a nulidade do processo e / ou a incompetência deste Tribunal arbitral.

(...) (*)

Lisboa, 5 de Junho de 1996
José de Albuquerque Sousa
Rogério Figueiroa Rego
Avelino Correia da Costa

(*) Segue-se a apreciação de outras questões, que não relevam para o objecto da anotação.

ANOTAÇÃO

Sumário: § 1. Generalidades. § 2. Impugnação de decisões arbitrais interlocutórias meramente processuais. § 3. Recusa de árbitro. § 4. Determinação do objecto do litígio: *a)* Generalidades; *b)* A convenção de arbitragem; *c)* A notificação de arbitragem; *d)* A indicação do objecto do litígio na notificação; *e)* Pressupostos do pedido de determinação judicial do objecto do litígio: a manifestação tempestiva do desacordo; *f)* Pressupostos do pedido de determinação judicial do objecto do litígio: o desacordo relevante; *g)* Competência dos árbitros na determinação do objecto do litígio; *h)* Cláusula compromissória e compromisso arbitral; *i)* Os casos dos acórdãos anotados

§ 1. Generalidades

1. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1995 decidiu definitivamente causa com a qual o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997 e o “despacho” ⁽¹⁾ saneador do tribunal arbitral de 5 de Junho de 1996 nada têm obviamente a ver.

Ocorre apenas que a jurisprudência daquele foi invocada no caso a que estes respeitam; e acabou por ser seguida. Tanto bastaria, mesmo que outros motivos não houvesse, para que se justificasse anotá-los em conjunto.

⁽¹⁾ A força do hábito — a rotina — levou os árbitros a designarem *despacho* saneador o acto colectivo em que julgaram nulidades arguidas nos articulados. Na verdade, tendo essa decisão sido tomada pelos três árbitros — como, de resto, devia ser — melhor se designaria *acórdão*, a querer-se respeitar a terminologia jusprocessual portuguesa.

2. No entanto, há mais pontos de contacto entre os dois casos; e as coincidências que revelam suscitam a oportunidade de abordar um feixe de questões do maior interesse e importância.

Começemos por rever as hipóteses que se colocaram aos diversos tribunais.

No caso decidido pelo acórdão do Supremo, as demandantes notificaram a demandada para arbitragem, indicando logo o seu árbitro; a parte notificada não respondeu. O próprio árbitro designado pelas demandantes requereu então ao presidente da Relação de Lisboa a nomeação de dois árbitros. A demandada, notificada para se pronunciar sobre o requerimento, opôs-se, alegando entre outros motivos que o litígio apontado pelas demandantes não cabia no âmbito da convenção de arbitragem e que as partes não haviam acordado na determinação do objecto do litígio.

Notificados desta posição do demandado, as demandantes e o árbitro requerente, em requerimentos separados embora, sustentaram a legitimidade do mesmo árbitro para o requerimento de designação de árbitro e ainda a eficácia da convenção de arbitragem.

O presidente do Tribunal da Relação decidiu que o árbitro requerente tinha legitimidade para o pedido que apresentara e nomeou o árbitro que a demandada deixara de indicar.

Os dois árbitros nomearam decerto o terceiro, porque o tribunal arbitral, na sua primeira reunião, declarou o objecto do litígio.

A demandada interpôs da deliberação respectiva recurso de agravo que, julgado na Relação de Lisboa, foi provido, tendo sido anulado todo o processo arbitral. As demandantes recorreram então para o Supremo Tribunal de Justiça.

3. No caso que foi julgado pelo Tribunal Arbitral cuja decisão interlocutória se transcreve e que veio a ser resolvido pela Relação de Lisboa, o demandante havia celebrado com o demandado um contrato-promessa de compra e venda de um lote de terreno, tendo também pago ao demandado, a título de sinal, determinada quantia.

A certa altura, o promitente-vendedor defrontou-se com dificuldade de monta para cumprir o contrato; e deu conta disso mesmo ao promitente-comprador, em carta em que lhe declarava que *«por circunstâncias supervenientes que não nos são imputá-*

veis, tornou-se, para já, impossível realizar a prestação a que nos obrigámos como promitentes vendedores».

Depois disso, o promitente-comprador declarou à outra parte que havia perdido o interesse na prestação e a sua vontade de resolver o contrato-promessa, por incumprimento do promitente-vendedor, com a devolução em dobro das quantias entregues. Pouco mais de três meses depois, o promitente-comprador insistiu na posição assumida, por nova carta que escreveu ao promitente-vendedor.

Este não respondeu a nenhuma das duas cartas do promitente-comprador, pelo que este último, invocando a cláusula compromissória contida no contrato-promessa, notificou o primeiro para arbitragem, em carta na qual expressamente remeteu para as suas cartas anteriores. Nessa carta, o demandante indicou como árbitro o advogado que o vinha representando no assunto.

O demandado também não respondeu a esta notificação de arbitragem.

Não tendo, portanto, o demandado procedido à nomeação do árbitro que lhe cabia designar, o demandante obteve do presidente do Tribunal da Relação a designação de um árbitro. Os dois árbitros nomeados acordaram na nomeação do terceiro, que foi escolhido para presidir ao tribunal arbitral.

O tribunal arbitral, assim constituído, declarou o objecto do litígio. E veio então o demandado arguir a nulidade da deliberação, ao mesmo tempo que deduzia o impedimento do árbitro designado pelo demandante.

O tribunal arbitral deliberou relegar para momento posterior o conhecimento da nulidade arguida; o demandado interpôs recurso de agravo desta deliberação. Entretanto, o árbitro recusado escusou-se, sendo substituído por outro, que o demandante prontamente indicou.

O tribunal arbitral, agora na sua nova composição, veio a proferir acórdão saneador, de que foi interposto recurso de agravo pelo demandado. Os dois recursos subiram com a apelação interposta da decisão final. Mas a Relação veio a decidir apenas os agravos.

4. Em ambos os casos, pois, os tribunais judiciais julgaram apenas recursos de agravo, i. é, recursos de decisões interlocutórias em que se não havia conhecido do mérito da causa.

Em ambos os casos ocorreram situações de alguma confusão, por assim dizer, entre as funções de representante de parte e de árbitro, susceptíveis de afectar a independência de um dos árbitros.

Em ambos os casos, enfim, os tribunais judiciais entenderam que os árbitros haviam procedido à determinação do objecto do litígio e concluíram que tal lhes estava vedado.

São, pois, estes os três temas que merecem análise detida.

§ 2. Impugnação de decisões arbitrais interlocutórias meramente processuais

5. No último Congresso do ICCA ⁽²⁾, que decorreu em Paris em Maio de 1998, SIGVARD JARVIN assinalou que se verifica no direito comparado uma tendência de não intervencionismo das jurisdições estaduais na instância arbitral. Na sua comunicação ⁽³⁾, escreve que “*o controlo da legalidade tem lugar uma vez proferida a decisão [final]; no curso do processo, os árbitros gozam de uma grande liberdade para proferirem as suas decisões processuais,*

⁽²⁾ *International Council for Commercial Arbitration*, uma organização de especialistas de diversos países, que tem tido um papel central no desenvolvimento e no aprofundamento da arbitragem comercial e da cultura arbitral. O ICCA publica, desde 1976, o *Yearbook Commercial Arbitration*, um repositório de documentação sobre a arbitragem no mundo, com decisões arbitrais e judiciais proferidas num largo número de países, regulamentos de arbitragem, comentários actualizados de convenções internacionais sobre arbitragem, noticiário sobre a evolução do instituto nas legislações nacionais e recensões da bibliografia publicada e das revistas da especialidade e mantém o *International Handbook on Commercial Arbitration*, publicação actualizada que recolhe estudos sintéticos sobre a legislação de arbitragem vigente em mais de sessenta países e os mais importantes sistemas de arbitragem internacional, institucionalizada ou não, em todo o mundo, com textos das leis, dos tratados e dos regulamentos das instituições de arbitragem mais importantes em cada país. O ICCA organiza, em cada quatro anos, um congresso de arbitragem internacional que é talvez o mais importante acontecimento regular do género e, entre congressos, conferências sobre questões específicas da arbitragem internacional. Os trabalhos dos congressos e das conferências são publicados na designada *ICCA Congress Series*, que vai já no oitavo volume.

⁽³⁾ Antecipando-se à publicação do conjunto das comunicações, que terá lugar no próximo volume da *ICCA Congress Series*, SIGVARD JARVIN fez publicar a versão francesa da sua comunicação, “*Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l’object d’un recours juridictionnel?*”, na *Revue de l’Arbitrage*, 1998, n.º 4, pp. 611-635.

sabendo que os tribunais locais não intervirão. Esta conclusão é válida para as decisões (...) qualificadas de «processuais».

JARVIN nota que seria outra a sua conclusão se no campo das decisões que designa “processuais” estivessem também as decisões relativas à competência ou à arbitrabilidade.

6. Na ordem jurídica portuguesa, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (lei da arbitragem voluntária, que doravante se designará pelo acrónimo LAV), deixou muito clara a opção do legislador em agilizar a instância arbitral, libertando-a *ao máximo* da intervenção judicial.

Os casos de intervenção judicial no curso da instância são expressamente previstos: são a nomeação judicial de árbitro, regulada nos n.ºs 1 a 3 do artigo 12.º, a determinação judicial do objecto do litígio — a que adiante se voltará mais detidamente — regulada nos n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo, a escolha do presidente do tribunal arbitral, regulada no n.º 2 do artigo 14.º e a produção forçada de prova, regulada no n.º 2 do artigo 18.º (4).

Em todos estes casos, a *intervenção judicial* é tratada pelo legislador português como um meio de *colaboração* judicial na realização da arbitragem. Esta concepção da intervenção judicial no curso da instância arbitral é coerente com a concepção da convenção de arbitragem que a lei adota.

7. Para a LAV, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico pelo qual as partes acordam cometer a árbitros a decisão de um seu litígio (art. 1.º, n.º 1); e o legislador entendeu assegurar a realização da vontade das partes, organizando um sistema específico de providências destinadas precisamente a garantir o princípio *pacta sunt servanda*, plasmado no artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil (CC).

Daí que o sistema delineado na LAV vise evitar que as partes possam recorrer a outros tipos de intervenção judicial na instância

(4) Não se levam aqui em conta os efeitos da aplicação aos árbitros do regime das garantias da imparcialidade dos juízes, conforme dispõe o art. 10.º, n.º 1 da LAV.

arbitral, que seriam susceptíveis de desvirtuar a vontade expressa na convenção de arbitragem ⁽⁵⁾.

Ou seja, o único ⁽⁶⁾ *interesse* que está em causa nas modalidades de intervenção judicial na instância arbitral é o da *realização da vontade das partes expressa na convenção de arbitragem*.

Por isso mesmo, nos casos em que se pede uma *decisão judicial* — os três primeiros dos indicados atrás — a intervenção judicial tem a natureza de *jurisdição voluntária*: nestes casos, *não há verdadeiro conflito de interesses, se bem que naturalmente haja divergência de opiniões*.

Voltar-se-á mais adiante a este ponto.

8. Alinhando, aliás, com os mais modernos sistemas da arbitragem voluntária de que o direito comparado dá conta ⁽⁷⁾, o legislador português de 1986 estabeleceu *expressis verbis* o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro, ao regular, no n.º 1 do artigo 21.º, que «o tribunal arbitral pode ⁽⁸⁾ pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção» ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ Cf., a este propósito, ac. do OGH austríaco de 4Dez1994, in *Yearbook XXII* (1997), pp. 263-265, em que se afirma expressamente que *não é admitida a reapreciação judicial de decisões processuais* (prozessleitende Verfügungen) *do tribunal arbitral; tal contrariaria(...) o sentido e o propósito do procedimento arbitral*. Numa decisão de 1986, citada por JARVIN, *loc. cit.*, p. 612, o Alto Trib. de Hong Kong declarou que, ao incluir no seu contrato uma cláusula compromissória, as partes manifestam *a priori* a vontade de se manter fora dos tribunais judiciais.

⁽⁶⁾ No caso da obtenção judicial de prova, está em causa um outro interesse, que se prende com a própria eficácia do exercício da jurisdição pelo tribunal arbitral. Mas está bem de ver que este interesse não é senão instrumental do que se refere no texto.

⁽⁷⁾ V., a este propósito, art. 16, 1 da Lei-Modelo da CNUDCI. Uma tradução portuguesa do texto da LM pode encontrar-se em MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais. Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, 1986, pp. 493-514. Para mais informação sobre a LM, v., o meu "A exceção da preterição do tribunal arbitral (voluntário)", *Rev. O. Adv.*, 58 (1998), pp. 1115-1132, nota (16).

⁽⁸⁾ Cf. "A exceção da preterição..." *cit.*, números 11 ss.

⁽⁹⁾ Vem a propósito assinalar que, para a defesa da esfera de competência *privilegiada* do árbitro e portanto da eficácia da convenção de arbitragem, a lei consagra no

E foi mais longe ⁽¹⁰⁾, dispondo, no n.º 4 do artigo 21.º, que «a decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa e pelos meios especificados nos artigos 27.º e 31.º».

Ou seja, não só os árbitros são competentes para conhecer da sua própria competência como, para além disso, só depois de eles se pronunciarem definitivamente sobre o litígio ⁽¹¹⁾ é que um tribunal judicial pode conhecer dessa mesma questão.

9. Esta posição da lei portuguesa visa a estabilidade da instância arbitral e a obtenção de uma decisão que, naturalmente, ponha termo ao litígio. E o legislador aplica-lhe, significativamente, a mesma técnica utilizada pela lei civil na *conservação* do negócio jurídico ⁽¹²⁾.

Assim, a LAV consigna, no n.º 2 do artigo 27.º, que o fundamento de anulação da decisão arbitral que consiste na *incompetência* ou na *irregularidade de constituição* do tribunal arbitral «*não pode ser invocado [em sede de impugnação da decisão final] pela parte que dele teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, não o alegou oportunamente*».

10. Por outro lado, e quanto à recorribilidade das decisões dos árbitros, rege o n.º 1 do artigo 29.º da LAV, segundo o qual,

n.º 2 do mesmo art. 21.º, o princípio da *autonomia da convenção de arbitragem* — cf. “A excepção da preterição...”, nota (15). Daí que, no caso que veio a ser decidido pelo Ac. STJ 9Nov1995, não tinha razão a demandada que se opunha à arbitragem por ter sido resolvido o contrato que continha cláusula compromissória: a autonomia da cláusula isenta-a da resolução operada relativamente ao contrato.

⁽¹⁰⁾ Mais longe, designadamente, que a LM da CNUDCI, cujo art. 16.º, 3 admite que a decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral conheça de arguição de incompetência seja imediatamente impugnada para o tribunal judicial; cf. BENTO SOARES / MOURA RAMOS, “Análise da Lei-Modelo da CNUDCI de 1985 e das disposições pertinentes do direito português”, in *Contratos Internacionais... cit.*, pp. 379 s.

⁽¹¹⁾ Os árbitros podem não chegar a conhecer do mérito, se se declararem incompetentes ou se julgarem procedente outra excepção que os iniba de conhecer do objecto do litígio. Cf. “A excepção da preterição...” *cit.*, nota (13).

⁽¹²⁾ V. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, n.ºs 988 ss.

quando as partes não tenham renunciado aos recursos, «*da decisão arbitral cabem para tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca*».

Isto é, *só a decisão final dos árbitros é recorrível*, quando as partes não hajam renunciado aos recursos.

11. Não vale o esforço de procurar especular a respeito do significado que o legislador atribui, aqui, a *decisão arbitral*; por três motivos.

Desde logo, porque não faria sentido equiparar uma decisão interlocutória e incidental à *sentença* do tribunal judicial de primeira instância, por natureza *final*.

Depois, porque sempre que a lei se refere a *decisão*, ou a *sentença* arbitral, refere-se, sem sombra de dúvida, à *decisão final*: é assim, com efeito, nos artigos 2.º, n.º 4, 4.º, n.º 1, c), 16.º, d), 19.º, n.ºs 1, 2 e 5, 20.º, n.ºs 1 e 2, 21.º, n.º 4 (*decisão sobre o fundo da causa*), 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, n.ºs 1 e 3, 28.º, 29.º, n.º 1, 30.º, 31.º e 34.º (13).

Veja-se, precisamente neste último artigo, o modo como o legislador estabeleceu, para a arbitragem internacional, a regra da irrecorribilidade (oposta à regra do artigo 29.º, n.º 1, que vale para a arbitragem interna): «*tratando-se de arbitragem internacional, a decisão do tribunal não é recorrível, salvo se as partes...*», texto que não deixa dúvidas de se referir *apenas* à decisão final.

Por último, também porque a redacção do artigo 1523.º, que até à entrada em vigor da LAV regia, no regime do Código de Processo Civil (CPC), esta matéria, tinha um sentido completamente diferente do do artigo 29.º, n.º 1 da LAV; dispunha-se ali que, «*se as partes não tiverem renunciado aos recursos, das decisões dos árbitros cabem para a Relação os mesmos recursos que caberiam de despachos e sentenças proferidas pelo tribunal de comarca*». Ou seja, a lei anterior admitia expressamente o recurso de decisões interlocutórias. A nova lei exclui expressamente a recorribilidade delas.

(13) As disposições do art. 20.º, n.ºs 1 e 2, admitem interpretação extensiva às outras decisões do colectivo arbitral. Mas o mesmo não admitem, claramente, as dos arts. 29.º, n.º 1 e 34.º, pelas razões indicadas no texto.

12. Nos dois casos a que se referem as decisões anotadas, esta irrecurribilidade das decisões interlocutórias que não conhecem do mérito ⁽¹⁴⁾ parece ter escapado a toda a gente.

E por isso, de decisões interlocutórias em que os tribunais arbitrais delimitaram o objecto do litígio — no caso a que respeitam o acórdão da Relação e o acórdão do tribunal arbitral foram julgadas também outras questões nas decisões impugnadas — foram interpostos, foram recebidos e foram julgados recursos de agravo. E no caso resolvido pelo Supremo, o agravo parece até ter sido recebido e julgado com subida imediata.

E assim, dois tribunais superiores, decerto com muito que fazer, perderam o seu tempo a julgar recursos que a lei não admite.

13. Perguntar-se-á então se os recorrentes tinham outro meio de se opor às decisões arbitrais interlocutórias que impugnaram directamente.

A resposta é afirmativa, quanto às decisões com influência na decisão da causa.

Mas, antes de ser desenvolvida, carece de uma explicação de carácter geral.

14. A arbitragem é, decerto, um *processo jurisdicional* de decisão de litígios. Não podem sufragar-se, vem a propósito referi-lo, afirmações em sentido aparentemente contrário que constam do acórdão da Relação atrás transcrito ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ É possível a decisão interlocutória de mérito: é a chamada *decisão parcial*, em que os árbitros decidem de parte do pedido, autonomizável, seja intrinsecamente, seja apenas por uma questão de método: v.g., os árbitros decidem primeiro a questão da obrigação principal e depois a de uma obrigação acessória, ou decidem, em acção de indemnização, primeiro a responsabilidade e depois o *quantum* indemnizatório, ou, como acontece com frequência em acções relativas a contratos de empreitada, decidem em separado as questões que se suscitam relativamente a cada parte do litígio. Mas essa decisão *parcial* é também *final*, quanto à questão que decide, com todas as consequências inerentes.

⁽¹⁵⁾ De vez em quando, surgem em decisões de tribunais superiores afirmações manifestamente erradas, como aquelas que aqui se criticam. Por exemplo, no Ac. Rel. Porto de 6Mar1990, in *CJ*, 1990, II, 203-206, lê-se a dado passo que “*em rigor, a cláusula compromissória (...) é (...) um meio não contencioso de solução de litígios, pela sua afectação a um órgão não jurisdicional, o tribunal arbitral*”. De uma penada, ignorou-se a lei ordinária, o próprio texto constitucional e conceitos jurídicos elementares, como o de *cláu*

O poder dos árbitros é idêntico ao do juiz; só que, tendo um diferente fundamento — a convenção de arbitragem — está condicionado por ele, quer pelos seus limites intrínsecos, que definem o âmbito dos poderes que as partes lhes conferiram, quer pelos seus limites extrínsecos, i.é, aquilo que se designa por *arbitrabilidade*, os limites que a lei impõe ao objecto da convenção de arbitragem, e que o legislador fez consignar no artigo 1.º, n.º 1 da LAV.

Mas não é um processo como os outros processos jurisdicionais. Precisamente porque é um processo *singular*, cujo julgamento é cometido a um tribunal *específico, transitório*, de duração limitada, adrede constituído, com *base negocial*, não tem de reger-se por um processo que se revista das garantias que a lei confere às partes em lide judicial.

15. O processo judicial é para os tribunais judiciais, em que é o Estado, através do juiz, que exerce a sua função jurisdicional sobre toda a espécie de pessoas e toda a espécie de questões. Para assegurar a neutralidade da justiça pública, o direito processual civil desenvolveu um quadro de garantias dos direitos das partes na instância que são aplicáveis independentemente das pessoas e das questões em cada momento em causa ⁽¹⁶⁾.

Na arbitragem, a LAV reduziu as garantias que o ordenamento jurídico considera indispensáveis às que estão nos artigos 16.º e 27.º, n.º 1.

Deste modo, o legislador de 1986 deixou claro que as partes que querem arbitragem *querem a decisão do seu litígio*. E que só

sula compromissória e o de *contencioso*. A cláusula compromissória não é senão um negócio jurídico que vincula as partes a cometer a árbitros a decisão de litígios que surjam entre elas. A convenção de arbitragem confere aos árbitros um genuíno, embora limitado, poder jurisdicional. A instância arbitral tanto pode ser — e é, em regra — de jurisdição contenciosa, como pode ser de jurisdição graciosa; isto é, tanto pode destinar-se a compor, através da decisão dos árbitros, verdadeiros *conflitos de interesses*, como pode ter apenas a finalidade de definir situações incertas não verdadeiramente conflituais (embora controversas), como claramente se conclui do texto do n.º 3 do art. 1.º da LAV.

⁽¹⁶⁾ E para permitir uma gestão racional dos tribunais judiciais e do próprio processo, criou um *rito processual uniforme* — ou, com mais propriedade, um *conjunto de ritos processuais uniformes* — aplicável independentemente da qualidade das partes e das especificidades dos litígios. Esta necessidade é estranha aos tribunais arbitrais, que existem transitivamente e apenas para a decisão do litígio que lhes é cometido.

se a decisão do seu litígio for afectada por vício que atinja os limites estabelecidos nas disposições referidas é que se admite que questão incidental, ou de natureza processual, possa inquinar a decisão final dos árbitros.

16. Posto isto, vejamos de que remédios poderiam os recorrentes deitar mãos, nos dois casos em análise.

Em ambos foram interpostos recursos das deliberações pelas quais os árbitros julgaram os próprios limites do objecto do litígio. E esses recursos vieram a ter provimento.

Supondo — apenas por razões metodológicas — que a doutrina que foi acolhida nas decisões dos tribunais judiciais merece aplauso, e acreditando, por isso, que o tribunal arbitral está impedido de conhecer do objecto do litígio, é forçoso concluir que a decisão final que viesse na sequência de decisão prévia sobre a determinação do objecto do litígio estaria ferida de anulabilidade, por violação do artigo 27.º, n.º 1, alínea e) da LAV.

17. Já o primeiro agravo interposto para a Relação de Lisboa de decisão pela qual os árbitros haviam protelado para momento ulterior o conhecimento de arguição de nulidade processual não podia ter, à luz do regime da arbitragem voluntária, meio de ser feito valer.

Para além da irrecorribilidade de tal decisão, escapou aos intervenientes a inaplicabilidade em arbitragem das disposições da lei processual civil sobre a oportunidade do conhecimento pelo tribunal de nulidades arguidas.

É que, não constando que as partes ou os árbitros houvessem declarado a aplicabilidade à sua instância das disposições do Código de Processo Civil ⁽¹⁷⁾, a decisão impugnada era uma decisão reguladora da própria instância, proferida no exercício do poder conferido aos árbitros pelo n.º 3 do artigo 15.º da LAV: «se

⁽¹⁷⁾ Mesmo que as partes declarem aplicar à instância arbitral o regime do processo civil judicial, é muito discutível que ele seja aplicável *in totum*. V., a propósito, o que atrás se diz n.º 15, no texto, e nota (16). Ponto é, nesses casos, distinguir o que é aplicável por vontade das partes do que o não é por inadequação substancial.

as partes não houverem acordado sobre as regras de processo a observar na arbitragem (...), caberá aos árbitros essa escolha».

De resto, este recurso — que, do mal o menos, foi julgado improcedente — inscreve-se obviamente num quadro de comportamento de parte dirigido especificamente à perturbação da instância arbitral e, quando mais não seja, reveste-se de um carácter não sério. E por isso teve uma decisão de não provimento que, salva a questão da irrecorribilidade, é no resto acertada.

18. No recurso interposto para a Relação de Lisboa do acórdão saneador, impugna-se ainda a decisão dos árbitros de não julgar inválido acto da instância — escolha do terceiro árbitro e declaração de instalação do tribunal arbitral — em que havia participado um árbitro que se encontrava impedido.

A decisão impugnada prende-se com os problemas que em seguida se abordam. Haverá então oportunidade de voltar a ela.

§ 3. Recusa de árbitro

19. No caso que veio a ser decidido pelo acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997, um dos árbitros — o inicialmente designado pelo demandante — foi a dado passo recusado pelo demandado e renunciou ao exercício da função; e foi substituído, não tendo chegado a intervir na discussão e no julgamento da causa. Mas o recusante pôs em causa a validade de acto processual em que o recusado havia participado.

O árbitro recusado tinha, antes da arbitragem, e como advogado, em representação do promitente-comprador, diligenciado a resolução não litigiosa do diferendo que este tinha com o promitente-vendedor. Apareceu depois designado árbitro, para a arbitragem desencadeada contra o outro pelo seu cliente.

No caso que terminou com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1995 nenhum árbitro foi recusado. Mas — sem que se tenha, ao que parece, suspeitado da importância do seu acto — o árbitro designado pelas demandantes, que havia requerido ao tribunal judicial a designação do árbitro que a parte contrária não designara, sustentou depois, perante o mesmo

tribunal, e antes mesmo de o colectivo arbitral se encontrar completo, a eficácia da convenção de arbitragem.

Vem por isso a propósito alinhar algumas reflexões sobre a função dos árbitros e a sua independência. E, naturalmente, também se apreciará a decisão da Relação a propósito da validade dos actos praticados na instância por um árbitro afectado por causa de impedimento.

20. Não é raro que as partes numa arbitragem indiquem para integrar o tribunal arbitral advogados a quem confiam outros assuntos.

E acontece por vezes nomearem os advogados que acompanharam as negociações que conduziram à celebração do contrato em que o litígio se veio a suscitar. Ou os advogados que negociaram tentativas goradas de composição do litígio. Numa arbitragem que esteve iminente para decidir um litígio entre duas importantes empresas, chegaram a ser nomeados árbitros os Professores de direito que haviam assistido as duas partes com pareceres jurídicos.

Mas nestes casos, as partes — as duas partes — querem que seja assim. Não importa muito saber o que esperam elas dos seus árbitros; nem importa sequer especular a respeito do papel que estes árbitros serão capazes de desempenhar no tribunal de que vêm a fazer parte.

A simples circunstância de as partes terem, deliberada e, sobretudo, consensualmente, constituído o tribunal com estas pessoas, que de algum modo se haviam já comprometido com cada uma delas ou com as posições por elas assumidas no litígio, retira qualquer relevância jurídica negativa à sua participação no colectivo julgador.

21. Mas a tentativa, não concertada com a parte contrária, de introduzir no tribunal arbitral um elemento já alinhado com a posição da parte não só corresponde a um entendimento errado da essência da arbitragem, como é sobretudo susceptível de diminuir, aos olhos de terceiros, a autoridade da decisão que venha a ser proferida.

Talvez se possa aplicar ao contencioso a máxima de Clausewitz, entendendo que ele é a negociação por outros meios; mas, tal como não faz sentido que se coloquem diplomatas em posições militares no campo de batalha, também não se compreende bem que se cometa ao próprio advogado a função de julgar, ou de participar no órgão de julgamento.

Pensa-se porventura, às vezes, que se o advogado — como tal — integrar o colectivo julgador, o poderá influenciar mais eficazmente. É falso: o advogado comprometido com a parte é olhado com desconfiança pelos restantes árbitros; e o seu parecer é, pelo menos, menosprezado.

Para além disso, se a decisão vier a ser impugnada, é natural que o tribunal judicial encare com algum descrédito a posição que nela haja assumido o árbitro mais claramente comprometido com uma das partes.

É certo que é muitas vezes pouco nítida a fronteira entre o árbitro de parte — independente, embora depositário da confiança da parte que o designa — e o árbitro comprometido com a parte, cuja independência, portanto, está em causa. Mas a própria existência de fronteira é o traço que distingue a arbitragem amadurecida e séria do arremedo oportunista.

Os comportamentos de um árbitro cuja independência é duvidosa têm sempre a sua autoridade pelo menos diminuída.

22. Nos termos do artigo 10.º, n.º 1 da LAV, sob a epígrafe “*Impedimentos e recusas*”, «*aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes*».

E, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, «*a parte não pode recusar o árbitro por ela designado, salvo ocorrência de causa superveniente de impedimento ou escusa*».

Embora se refira literalmente a *impedimentos e escusas*, o preceito não pretende aplicar aos árbitros apenas uma fracção do regime das garantias da imparcialidade relativo aos juízes. As referências a *impedimentos e recusas* na epígrafe e a *impedimentos e escusas* nos dois números do artigo 10.º mostram que, mau grado alguma aparente confusão terminológica, o legislador pretendeu

fazer aplicar aos árbitros as duas figuras — o *impedimento* e a *suspeição* — reguladas originariamente para os juízes de direito ⁽¹⁸⁾.

23. Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, o legislador não quis abrir aqui um campo de estrita aplicabilidade da lei processual civil. Nem podia pretender tal: o distinto modo de recrutamento e as diferenças patentes na natureza e mesmo no conteúdo ⁽¹⁹⁾ do poder jurisdicional de juízes e de árbitros chegam para concluir que o regime de garantias da imparcialidade regulado para aqueles não pode aplicar-se de modo igual a estes ⁽²⁰⁾.

O legislador português de 1986, que noutros aspectos se mostrou tão avançado e actualizado, poderia ter recolhido, também nesta matéria, inspiração no regime da Lei-Modelo da CNUDCI.

Nos termos do artigo 12, n.º 2 deste texto, «*um árbitro só pode ser recusado quando se verificarem circunstâncias que dêem*

⁽¹⁸⁾ O *impedimento* é a situação de inibição de intervenção do julgador, decorrente da verificação de causa objectiva susceptível de afectar a isenção do seu julgamento. A *escusa* é o acto do julgador que se afasta, ou promove os actos necessários ao seu próprio afastamento da função num determinado caso, por se considerar afectado por causa susceptível de diminuir a sua isenção; no regime do CPC, a *escusa* é o acto do tribunal superior que dispensa o juiz de intervir quando em relação a ele se verifica motivo de *suspeição*. A *recusa* é o acto pelo qual a parte opõe ao julgador circunstância que o inibe de intervir ou que é apenas susceptível de afectar a sua isenção, seja objectivamente, seja aos olhos da parte recusante. A diferença assinalada entre a epígrafe e o texto do art. 10.º inculca a ideia de que o legislador pretende dar a entender que, ao contrário do que se passa com os juízes no regime do CPC, os árbitros podem sempre escusar-se ou ser recusados nos casos em que se encontram incursos em motivos de impedimento ou de suspeição de juiz.

⁽¹⁹⁾ A natureza pública do poder dos juízes impõe-lhes deveres que os árbitros não têm. Por exemplo, se o juiz concluir que o advogado teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má fé na causa da parte que representa, deve comunicar o facto à Ordem dos Advogados, para que esta possa aplicar as sanções disciplinares que no caso caibam e condenar o advogado em quota-parte das custas, multa e indemnização (cf art. 459.º CPC). O árbitro não tem dever idêntico.

⁽²⁰⁾ Por outro lado, a recusa de árbitro pode ocorrer em casos que, pela sua natureza, não cabem nos de impedimento ou suspeição de juiz. Por exemplo, o árbitro que não possua as qualidades acordadas pelas partes e que não tenha sido designado por acordo das partes pode ser recusado com esse mesmo fundamento; e isto tanto vale para o árbitro designado por uma das partes apenas como para o que tenha sido designado por terceiro, mesmo quando esse terceiro é, por aplicação do regime supletivo do art. 12.º, n.º 1 da LAV, o presidente do tribunal da Relação.

origem a dúvida justificada sobre a sua independência ou quando não possua as qualificações exigidas por acordo das partes».

É de crer que a opção feita, de adoptar para os árbitros o regime das garantias de imparcialidade dos juízes, terá tido a pretensão, louvável de resto, de equiparar os árbitros aos magistrados judiciais. E de recorrer a um quadro jurídico conhecido e estabilizado, em lugar de inovar e abrir espaço para a discussão de critério não experimentado na ordem jurídica portuguesa (21).

24. Ainda assim, boas razões há para entender que a disposição do n.º 1 do artigo 10.º da LAV é infeliz. Em larga medida, tal infelicidade decorre da circunstância de a disciplina legal das garantias de imparcialidade dos juízes se encontrar hoje desactualizada (22) e ser insuficiente (23), bem como de a sua aplicação estar, a acreditar na parca jurisprudência publicada a seu respeito, longe, muito longe, de contribuir para contrariar as incongruências da lei (24). Daí que não seja encorajadora, no caso, a conclusão de que o legislador deixou à doutrina e à jurisprudência a especificação do regime da recusa e da escusa do árbitro.

Uma boa parte da disciplina das garantias da imparcialidade do árbitro acabou, por opção do legislador, dissimulada no regime geral do contrato de arbitragem, i.é., do contrato entre as partes e os

(21) É possível que o legislador se tenha inspirado no art. 12.º, 1 da lei uniforme aprovada pela Convenção Europeia de Estrasburgo de 20Jan1966 — que só foi adoptada pela Bélgica (em 1972) — que dispõe que *os árbitros podem ser recusados pelos mesmos motivos que os juízes*. Mas a LAV foi substancialmente mais longe do que o texto do Conselho da Europa.

(22) Por exemplo, a lei processual civil continua a não considerar o ex-cônjuge do juiz entre as pessoas cujos litígios este está impedido de julgar, ou para cujo julgamento é suspeito: cf. arts. 122.º, n.º 1, als. b) e d) e 127.º, n.º 1, als. a), b), c) e d) do CPC.

(23) Por exemplo, não estão deliberadamente contempladas na lei as relações entre o juiz e os advogados das partes, ao contrário do que se passa noutros sistemas, incluindo alguns — como o espanhol e o italiano — em que a magistratura é autónoma e os seus membros não são recrutados de entre profissionais do foro (cf. art. 219.º, 2 da lei org. do poder judicial espanhola e art. 51.º, 2 do *Cpc* italiano).

(24) V., p. ex., Ac. Rel. Évora de 9Jun1983, in *Colect. Jur.*, VIII (1983), 3-320 ss., em que o Tribunal não conseguiu evitar contradições insanáveis para contrariar arguição de impedimento que, embora de algum modo inesperada, parece, em bom rigor, plenamente fundada.

árbitros, à mercê, portanto, de uma doutrina e de uma jurisprudência manifestamente destreinadas para enfrentar os problemas que a arbitragem moderna coloca (25).

25. Um bom exemplo é o dever de revelação, pelo árbitro, no momento da aceitação do encargo, dos factos ou circunstâncias susceptíveis de causar, no espírito das partes, dúvida justificada a respeito da sua isenção, da sua imparcialidade ou da sua independência.

Este dever é expressamente consagrado em diversas legislações. É o caso do n.º 1 do artigo 12.º da Lei-Modelo da CNUDCI.

Não assim a LAV, que lhe não faz a mais leve referência. Tal não significa, porém, que o legislador português o tenha querido dispensar. Com efeito, a confiança de que o árbitro é depositário e a circunstância de ele ficar *igualmente* vinculado às duas partes no litígio (26) justifica — ou exige — que o árbitro fique obrigado a uma muito estrita boa fé e a um dever de lealdade de elevado grau; e são esses deveres que impõem que o árbitro revele — não apenas que não esconda — as circunstâncias que podem pôr em causa a sua independência, isenção ou imparcialidade.

A aceitação deste princípio acarreta o reconhecimento, nos termos do artigo 485.º, n.º 2 do CC, da responsabilidade civil do árbitro que tenha agido com negligência ou com intenção de prejudicar a parte à qual deixou de revelar circunstância ou facto que lhe devesse ter comunicado, pelos danos que para ela decorram da omissão. E pode comportar também uma consequência porventura mais palpável, a anulabilidade da decisão arbitral, resultante da irregularidade da composição do tribunal arbitral, ou da violação do princípio da igualdade das partes ou da violação dos direitos de

(25) O regime jurídico do contrato de arbitragem constitui, na generalidade das ordens jurídicas, uma área de querelas doutrinárias e jurisprudenciais que procuram um caminho que as leis não se atrevem a regular expressamente, senão em pontos determinados. Do esforço dos Autores e dos tribunais pode talvez dizer-se hoje ter resultado um conjunto de orientações estabilizadoras; mas em muitos aspectos se continua procurando caminhos para os problemas que vão sendo suscitados na prática.

(26) Cf. o meu "Questões de arbitragem *ad-hoc*", in *Rev. O. Adv.*, 58, I, p. 512.

defesa ⁽²⁷⁾ o que, de algum modo, constitui desvio ao regime geral das garantias da imparcialidade do julgador, que não admite a arguição de motivo de recusa do juiz após a prolação da sentença.

26. Todos estes são bons motivos para que se evitem situações como a constituída na arbitragem que terminou com o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997.

Mas parece que nem sempre as partes em instâncias arbitrais parecem despertas para este tipo de problemas.

Veja-se, por exemplo, que no caso decidido pelo acórdão do Supremo de 9 de Novembro de 1995, o árbitro que requirera ao presidente da Relação a nomeação de árbitros em falta, uma vez contestado pelo demandado, não só sustentou a sua própria legitimidade para o requerimento que apresentara ⁽²⁸⁾, como defendeu a eficácia — manifestamente controversa — da cláusula compromissória. Isto é, não se coibiu de, antes mesmo de estar constituído o tribunal arbitral, opinar sobre questão que decerto não deixaria de ser suscitada perante os árbitros. E, não obstante o disposto na segunda parte da alínea c) do artigo 122.º, n.º 1 do CPC, não consta que tenha sido recusado.

27. No caso que foi julgado pela Relação de Lisboa em 13 de Março de 1997, entendeu-se que a circunstância de se encontrar abrangido por causa de impedimento um dos árbitros que procedera à escolha do terceiro árbitro e à instalação do tribunal arbitral não invalidava, só por si, o acto ou os actos em que participara.

Neste ponto, o tribunal arbitral — na sua nova composição — alinhou no entendimento de ALBERTO DOS REIS a respeito dos efeitos da declaração do impedimento sobre os actos praticados pelo juiz impedido. O tribunal judicial, no recurso, optou por uma posi-

⁽²⁷⁾ V., a este propósito, PHILIPPE FOUCHARD, "Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française", in *Rev. de l'Arb.*, 1996, pp. 325-372, *maxime* 356 s. e Ac. da Apel. de Paris de 12Dez1996, sumariado in *Rev. de l'Arb.*, 1998, pp. 699 ss. e anotado por DOMINIQUE BUREAU.

⁽²⁸⁾ Sem razão — apesar de aqui ela lhe ter sido dada pela Relação e pelo Supremo — como procurei demonstrar em "Questões ...", *cit.*, pp. 495 s.

ção intermédia da daquele Mestre e de PALMA CARLOS, para afinal corroborar a decisão dos árbitros.

A polémica travada pelos dois Professores é conhecida e está de resto documentada na decisão arbitral interlocutória que vai transcrita e que a Relação apreciou.

O legislador nunca sentiu necessidade de vir esclarecer a questão. E a jurisprudência tem aderido uniformemente à doutrina de Alberto dos Reis. Mas isso não diz da bondade dela.

28. Com efeito, não é evidente a opção da lei, no regime do impedimento, pela figura da *obrigação de não exercer o poder jurisdicional*, em detrimento da *condição impeditiva do poder do magistrado*. A própria designação da figura, os termos em que a lei estabelece a proibição da intervenção do juiz, nestes casos — *nenhum juiz pode exercer as suas funções...* (corpo do n.º 1 do artigo 122.º) ⁽²⁹⁾ — a inclusão, à cabeça dos casos de impedimento, daquele em que o juiz é parte na causa, caso em que o exercício da jurisdição repugna a mais permissiva concepção da imparcialidade do julgador, o regime do impedimento, enfim, todas estas são circunstâncias que militam no sentido de se concluir que a lei determinou, através dos impedimentos, verdadeiras condições impeditivas — logo *dirimentes* — do poder do magistrado ⁽³⁰⁾.

Importa, antes do mais, atender à própria essência da figura do impedimento, que consiste em *inibir o juiz de intervir* quando em relação a ele se verifica causa objectiva susceptível de afectar a isenção do seu julgamento. Não está em causa um mero dever deontológico do juiz, mas a própria administração da justiça, no

⁽²⁹⁾ O legislador não se limita a impor ao magistrado o dever de se abster de funcionar; *impede-o*, literalmente, de exercer funções.

⁽³⁰⁾ Esta conclusão não é prejudicada pela circunstância de se convalidar a intervenção do magistrado incurso em impedimento no caso de este não ser arguido até à sentença. A preclusão da oposição de impedimento, que ocorre com a prolação da sentença, confere à intervenção do juiz a tutela da aparência que noutros casos o ordenamento jurídico dispensa à intervenção de agente putativo (*cf.*, a propósito da figura do *agente putativo* em direito administrativo, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed., pp. 643-648).

que tem de mais sério ⁽³¹⁾: o tribunal deve ser um templo do direito, onde apenas este impere; se ocorre uma circunstância susceptível de afectar este primado, é a própria Justiça que é prejudicada. Por outro lado, o legislador optou por impor uma espada de Dâmocles sobre o processado pelo juiz impedido: se o juiz se não declarar voluntariamente impedido, *qualquer das partes pode requerer a declaração, até à sentença*.

Por isso não parece razoável o entendimento de que todos os actos praticados por juiz que a lei *impede* de intervir possam salvar-se, sendo o impedimento declarado.

Bem ao contrário, não se vê como possam salvar-se, pelo menos, os actos praticados por juiz impedido e que tenham influência no conhecimento ou na decisão da causa.

29. A aplicação desta conclusão à arbitragem é até porventura menos dramática do que a sua adopção no regime do processo civil, no sentido de que a própria lei prevê (designadamente no artigo 13.º) a eventualidade da substituição de um dos julgadores.

Isto é, embora não possa considerar-se *normal* o facto de ocorrerem, no curso da instância arbitral, substituições de árbitros, não pode deixar de entender-se que essa é uma eventualidade para a qual o ordenamento jurídico está já, de algum modo, preparado.

Assim, em qualquer caso em que seja necessária a substituição de árbitro, será normalmente necessário repetir todos os actos de *instrução* que se tenham já realizado com a assistência do árbitro substituído. Isto, naturalmente, sem embargo de o tribunal arbitral, uma vez reconstituído, poder decidir aproveitar actos já praticados (que não envolvam quebra do princípio da plenitude do árbitro, que tem aliás, em tribunal colectivo, correspondência no princípio da colegiabilidade da decisão). De resto, ocorrendo uma nova designação de um árbitro, o prazo para a decisão interrompe-

⁽³¹⁾ Por este motivo, não colhe a objecção de ALBERTO DOS REIS à posição de PALMA CARLOS, no *Comentário ao Código de Processo Civil*, I, p. 419: a omissão da declaração de impedimento pelo juiz não é apenas a falta da prática de um acto que a lei prescreve; é-o também, decerto. Mas a necessidade do acto justifica-se nos interesses do exercício da jurisdição e não nos princípios subjacentes à tramitação processual.

-se e recomeça, *ab initio*, com a aceitação do árbitro substituto, nos termos do artigo 19.º, n.º 3 da LAV.

30. Interessa, por isso, examinar aqui o acto de nomeação do terceiro árbitro, pelos dois inicialmente designados para integrar o colectivo arbitral, para concluir se a intervenção nesse acto do árbitro impedido deveria ter conduzido a entendimento diverso do adoptado pelos julgadores.

A opção pela arbitragem é, na essência, a escolha de um julgamento por quem é depositário da confiança das partes. A *confiança* nos árbitros é, de facto, o elemento fundamental da opção por um processo de decisão do litígio alternativo à intervenção do poder jurisdicional do Estado.

O processo de designação de árbitros regulado no n.º 2 do artigo 7.º da LAV — semelhante ao do artigo 11.º, n.º 3, *a*) da Lei-Modelo da CNUDCI ⁽³²⁾ — pressupõe a confiança das partes nos árbitros designados por elas e alarga os limites dessa confiança à própria escolha do terceiro árbitro. Isto é, na nomeação do terceiro árbitro, os árbitros designados por cada uma das partes agem na qualidade de depositários da confiança das partes que os designaram.

31. Este entendimento não sofre desvio no caso de um dos árbitros ter sido nomeado pelo tribunal judicial, nos termos do artigo 12.º da LAV.

É que, tendo a nomeação judicial de árbitro a natureza de procedimento de jurisdição voluntária, o juiz age nessa nomeação *como um verdadeiro gestor de negócios que a lei prevê que possam ser colocados nas mãos do poder judicial* ⁽³³⁾. E tanto assim é que, se as partes tiverem, na convenção ou em escrito posterior, determinado que os árbitros hão-de possuir determinadas qualidades ou qualificações, o juiz está obrigado a escolher o árbitro que lhe caiba nomear de entre pessoas com as qualidades ou as quali-

⁽³²⁾ Que se inspirou no art. 7.º, 1 do regulamento de arbitragem aprovado pela mesma organização em 28 de Abril de 1976, v. HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, in *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Deventer/Boston/Haia, 1994, p. 361.

⁽³³⁾ Cf. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 70.

ficações acordadas pelas partes, sob pena de ocorrer irregularidade na constituição do tribunal arbitral, susceptível de determinar a anulabilidade da decisão dos árbitros, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, alínea *b*) da LAV ⁽³⁴⁾.

Logo, se bem que a nomeação judicial recaia necessariamente em pessoa da confiança do juiz que procede à nomeação, este age como, a seus olhos, agiria ou deveria agir a parte à qual se substitui. Não deixa, o árbitro nomeado pelo juiz em substituição de uma das partes, de ser depositário da confiança da parte que deixara de o designar. Só que, aqui, se trata de uma *confiança presumida*.

32. É óbvio que o árbitro afectado por causa de impedimento está impedido *mesmo de participar na designação do terceiro árbitro*. Se ele não pode, porque a lei o não deixa, exercer a função de árbitro, não pode exercer nenhum dos poderes inerentes a essa função.

Mas pode não bastar isto para resolver o problema: ponto é que o próprio acto de designação de um terceiro árbitro é um acto crucial da instância, em que o árbitro que nele intervém age como depositário da confiança da parte que o designou — não está ainda o tribunal completo, e não se pode dizer ainda que o colectivo dos árbitros é depositário da confiança de *ambas as partes* — num acto da maior importância para a decisão do litígio. Aí, o árbitro não se limita a praticar acto ordenador da instância e anódino, do ponto de vista da sorte do litígio.

Assim, sobretudo porque a designação do terceiro árbitro tem evidente influência no conhecimento da causa, tendo sido arguido, e com razão, o impedimento do árbitro que representava a parte como advogado e tendo ele participado na designação, deveria ter sido anulado o acto em que ela se realizou, inutilizando-se a designação feita.

33. Assim, decidiu mal a Relação, como mal tinha decidido o tribunal arbitral.

E a verdade é que este podia bem ter contornado a dificuldade: recomposto o tribunal, através da substituição do árbitro

⁽³⁴⁾ *V., supra*, nota (20).

impedido, teria porventura sido fácil que o árbitro substituto e aquele que fora nomeado em lugar do árbitro que o demandado deixara de nomear ratificassem a designação do terceiro árbitro.

Não procedendo assim, o tribunal arbitral pôs em risco a própria decisão do litígio, que poderia ter sido anulada com fundamento em irregularidade da composição do tribunal arbitral, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, alínea *b*) da LAV.

34. Uma palavra mais: percebe-se no acórdão saneador que o demandado defendeu que o próprio tribunal arbitral não deveria ter autorizado a participação do árbitro impedido.

Independentemente dos termos em que tal posição tenha sido manifestada — e que parece terem chegado ao ponto de implicar a arguição da suspeição dos restantes árbitros — a verdade é que ela é em absoluto desprovida de razão e de sentido.

O tribunal arbitral não tem poderes para julgar a independência dos seus membros, salvo se as partes ou as regras aplicáveis à arbitragem lhos conferirem. No caso que se comenta, ou a parte que se sentisse prejudicada arguía o impedimento — foi o que aconteceu — ou nada havia a fazer.

Independentemente disso, os árbitros em causa eram dois juízes jubilados, um Desembargador — nomeado pelo presidente da Relação de Lisboa no lugar do árbitro que o demandado deixara de nomear — e um prestigiado Conselheiro, cooptado pelos dois primeiros árbitros, que presidia.

Fosse qual fosse o sentimento que o comportamento do árbitro parcial tenha despertado na parte que deduziu o impedimento, nada justifica que esta tenha deixado os humores toldarem-lhe o espírito: o que é de imaginar, *a priori* pelo menos, é que a própria dedução do impedimento tenha sido recebida com alívio por aqueles profissionais habituados a julgar com imparcialidade.

§ 4. Determinação do objecto do litígio

a) Generalidades

35. Somos então chegados à questão central desta anotação. Recapitulemos o que, nos dois casos em análise, importa reter.

No caso decidido pelo acórdão do Supremo de 9 de Novembro de 1995, uma das partes num contrato que continha cláusula compromissória notificou a outra *de que contra ela pretendia instaurar litígio emergente do referido contrato*. Na notificação, indicava o árbitro que lhe cabia designar. Como a demandada não respondeu e não tivesse, por isso, designado árbitro, foi requerida tal designação ao presidente do tribunal da Relação.

No incidente de nomeação de árbitro, a demandada veio sustentar, entre outras excepções, que não aceitava a proposta de objecto do litígio apresentada pelas demandantes, pelo que tal objecto não se encontrava fixado e, assim, cabia ao tribunal comum decidir, nos termos do art. 12.º, n.º 4 da Lei n.º 31/86.

O presidente do tribunal da Relação limitou-se a nomear o árbitro que a demandada deixara de designar, julgando improcedentes as restantes questões suscitadas. E o tribunal arbitral, completado depois pela cooptação de um terceiro árbitro, veio a declarar, no acto da sua instalação, que *o objecto do litígio era a violação do contrato celebrado entre as demandantes e a demandada, por falta de pagamento da retribuição e liquidação dos respectivos juros, bem como a rescisão do mesmo contrato com a consequente entrega do estabelecimento cedido em exploração e satisfação das indemnizações devidas*.

Desta decisão — apesar de irrecorrível, como se procura demonstrar acima ⁽³⁵⁾ — foi interposto recurso para a Relação de Lisboa, que lhe deu provimento. E o Supremo, para onde recorreram as demandantes, manteve a decisão da segunda instância, por ter entendido que o objecto do litígio não fora tacitamente fixado pelo presidente do tribunal da Relação; que não ocorrera acordo das partes a respeito da determinação do objecto do litígio; que tal acordo é um acto necessário ao início da arbitragem, na falta do qual deve ser o tribunal judicial a proceder àquela determinação; e que *o “acto determinação do objecto do litígio” jamais poderá competir ao “Tribunal Arbitral”*.

(35) Números 10 ss., *supra*, no texto.

36. No caso a que se reportam o acórdão saneador do tribunal arbitral de 5 de Junho de 1996 e o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997, havia um contrato-promessa de compra e venda com cláusula compromissória, cujo cumprimento o promitente-vendedor declarou a certa altura ser-lhe impossível. No seguimento de tal declaração, o promitente-comprador, por duas vezes e por escrito, manifestou ao outro a perda do seu interesse na prestação e a sua vontade de resolver o contrato e reclamou dele a devolução em dobro das quantias já pagas, sem obter qualquer resposta.

Por isso, o promitente-comprador, invocando a cláusula compromissória contida no contrato-promessa, notificou o promitente-vendedor para arbitragem, em carta na qual expressamente remeteu para as suas cartas anteriores; também esta notificação não teve qualquer resposta.

Uma vez que o demandado não designara o árbitro que lhe cabia nomear, o demandante obteve a nomeação do presidente do Tribunal da Relação. No incidente de nomeação de árbitro, o demandado assinalou ao presidente do tribunal da Relação que *não chegara a acordo com a outra parte sobre a determinação do objecto do litígio*. O tribunal arbitral, depois de completado pela cooptação de um terceiro árbitro, veio a declarar, no acto da sua instalação, o objecto do litígio, que entendeu definido nos termos das cartas em que o promitente-comprador declarara ao promitente-vendedor a resolução do contrato e reclamara dele a devolução do sinal em dobro.

O demandado arguiu então a nulidade do processo, por *não ter havido acordo das partes sobre a determinação do objecto do litígio, formalidade essencial para a constituição e funcionamento do Tribunal Arbitral, sendo acto nulo, porque contrário à lei, a indicação por este do objecto do litígio*.

O tribunal arbitral veio a conhecer desta arguição de nulidade no acórdão saneador de 5 de Junho de 1996, em que decidiu que, tendo o demandante, na notificação de arbitragem, invocado expressamente duas cartas anteriormente enviadas ao demandado, para que remeteu, em que declarava a resolução do contrato-promessa e reclamava a devolução em dobro das quantias que lhe pagara, indicara assim suficientemente o objecto do litígio cuja

decisão pretendia cometer aos árbitros; e que, não tendo o demandado respondido àquela notificação, se produzira a determinação do objecto do litígio.

Julgando o recurso de agravo interposto deste acórdão, a Relação de Lisboa decidiu em 13 de Março de 1997 que, não tendo havido acordo entre as partes sobre a determinação do objecto do litígio, deveria o demandante, logo que decorrido o prazo a que alude o n.º 2 do artigo 12.º da LAV, i.é, um mês sobre a notificação da pretensão de instaurar o litígio, requerer ao tribunal judicial essa determinação e só depois dar início à instância arbitral prevista na cláusula compromissória. Não tendo acontecido assim, não podiam os árbitros acordar sobre a determinação do objecto do litígio; fazendo-o, praticaram um acto proibido pelo artigo 12.º, n.º 4 da LAV, nulidade que tem os efeitos prescritos no artigo 201.º do CPC.

37. A questão abordada pelos tribunais nos dois casos centra-se na interpretação do n.º 4 do artigo 12.º da LAV. Nos termos desta disposição, se até um mês depois da notificação de arbitragem *as partes não chegarem a acordo sobre a determinação do objecto do litígio, caberá ao tribunal decidir.*

Trata-se esta de uma disposição *supletiva*, cuja aplicação pode portanto ser afastada pelas partes.

O incidente de determinação do objecto do litígio existia já no regime do CPC, que a LAV revogou. Mas tinha ali justificação diversa da que encontra aqui. E era por isso regulado de modo bem diferente.

No domínio do CPC, a cláusula compromissória tinha a natureza de contrato-promessa de compromisso arbitral, só este sendo bastante para vincular as partes a fazer decidir por árbitros o seu litígio. Nos termos do artigo 1513.º do CPC, surgindo alguma questão abrangida pela cláusula compromissória, se uma das partes se mostrasse remissa a celebrar o compromisso arbitral, podia a outra requerer ao tribunal judicial a designação de árbitros. E regulava assim o n.º 5 deste artigo: «*no acto de nomeação dos árbitros devem as partes fixar com precisão o objecto do litígio. Se não chegarem a acordo, resolve o juiz, (...)*».

No regime do CPC, pois — e para além das diferenças que ficam patentes — a disposição que regulava o incidente da determinação do objecto do litígio tinha carácter *injuntivo*, ou *imperativo*.

b) A convenção de arbitragem

38. O Tribunal da Relação, no acórdão de 13 de Março de 1997, sustentou que a cláusula compromissória (ainda) é um contrato-promessa; para isso, citou doutrina anterior à LAV, ignorando a nova lei e o — pouco, é certo — que tem sido publicado sobre ela.

Por tal razão é conveniente que, para a devida interpretação do n.º 4 do artigo 12.º da LAV, se vá bastante mais atrás, analisando-se o conceito de *cláusula compromissória* e determinando-se a sua natureza jurídica, à luz da lei vigente.

Só depois se abordará o procedimento de constituição do tribunal arbitral, quer para compreender como ele se articula com o estabelecimento da instância arbitral, quer para descortinar se aí se exige, no caso de cláusula compromissória ⁽³⁶⁾, um acordo das partes sobre o objecto do litígio.

39. Mostram os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV que a *convenção de arbitragem* é o acto jurídico pelo qual as partes cometem à decisão de árbitros qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis e que, por outro lado, não esteja, por lei especial, submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária.

A *cláusula compromissória* é uma das modalidades da convenção de arbitragem; distingue-se do *compromisso arbitral* apenas pelo objecto: enquanto que este respeita a um litígio actual, aquela respeita a litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica, contratual ou extra-contratual ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ A circunstância de, nos termos do art. 2.º, n.º 3 da LAV, o compromisso arbitral dever determinar com precisão o objecto do litígio, exclui, no entendimento dos tribunais superiores, a necessidade de um acordo expresso das partes, posterior, a tal respeito. V., no entanto, adiante, no texto, números 78 ss.

⁽³⁷⁾ RAÚL VENTURA, "Convenção de arbitragem", in *Rev. O. Adv.*, 46 (1986), pp. 293 ss. e 298 ss.

Nenhuma outra diferença existe, quer na natureza jurídica, quer no carácter, entre as duas modalidades da convenção de arbitragem.

A própria designação da *cláusula compromissória* faz intuir que o legislador a entende — pelo menos em princípio — como uma disposição contratual. E é, efectivamente, como disposição contratual que ela normalmente aparece convencionada pelas partes, destinada a manifestar a opção dos contratantes, para os litígios que se prendam com a interpretação, a execução ou o incumprimento do seu contrato, por um processo de decisão alternativo ao julgamento pelos tribunais estaduais.

Mas é possível imaginar a existência, que a lei admite, de cláusulas compromissórias desligadas da relação jurídica em que podem suscitar-se os litígios a que respeitam: será assim, por exemplo, se os condóminos de um prédio se obrigarem a cometer à decisão de árbitros os litígios que possam emergir de acidentes entre os seus veículos na circulação deles na garagem do prédio. Não se trata esta, decerto, de uma hipótese de cláusula compromissória patológica⁽³⁸⁾, embora também não constitua um caso normal, corrente, desta modalidade de convenção de arbitragem⁽³⁹⁾.

40. Do que vem de dizer-se não decorre, todavia, que a convenção de arbitragem tenha natureza *contratual*, em sentido restrito.

Sendo a convenção de arbitragem um acto jurídico que consiste numa declaração de vontades, trata-se certamente de um negócio jurídico; não está, pois, em causa a sua natureza *negocial*.

(³⁸) Fala-se de *cláusula compromissória patológica* a propósito de cláusulas cuja redacção incorrecta e falta de rigor determina dificuldades de interpretação ou vícios que produzem a sua ineficácia ou mesmo a sua invalidade. A expressão ganhou significado com um estudo que FRÉDÉRIC EISENMANN publicou no volume de homenagem a EUGENIO MINOLI «La clause d'arbitrage pathologique», in *Arbitrage Commercial — Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration — Essays in memoriam Eugenio Minoli*, Turim, 1974, pp. 129-161).

(³⁹) RAÚL VENTURA, *cit.*, p. 319, *dificilmente concebe que uma cláusula compromissória tenha por objecto litígios resultantes de relações extracontratuais.*

Mas, embora traduza um acordo das vontades de mais de uma pessoa, não pode em bom rigor falar-se de *contrato*, pela razão singela de que os declarantes não são, nela própria, partes distintas, i.é, não têm interesses contrapostos ⁽⁴⁰⁾, nem contrapostas são as vontades que declaram ⁽⁴¹⁾.

Pelo contrário, o único interesse que está em causa na convenção de arbitragem, trate-se ela de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, é o de cometer a árbitros a decisão de um litígio; as vontades declaradas na convenção de arbitragem são, pois, paralelas, orientam-se ambas na mesma direcção. Por isso, ainda que os declarantes sejam partes distintas no contrato em que a cláusula se insere, ou no litígio para que é celebrado o compromisso, não são senão uma única parte na convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem é, pois, apenas um *negócio jurídico plural*.

41. Por outro lado, embora da convenção de arbitragem, em qualquer das suas modalidades, nasça para as “partes” uma vinculação, esta não se traduz em *obrigações*, em sentido técnico.

Escreve RAÚL VENTURA ⁽⁴²⁾ que “*da convenção de arbitragem nasce um direito potestativo para cada uma das partes, cujo conteúdo consiste na faculdade de fazer constituir um tribunal arbitral para julgamento de certo litígio que, à data da convenção, tanto pode ser actual como futuro. Correlativamente, cada uma das partes fica sujeita a uma vinculação*”. Coerentemente com a construção que defende, o Professor citado terá querido dizer que, correspectivamente aos direitos potestativos recíprocos constituídos pela convenção de arbitragem, cada uma das “partes” fica *vinculada a uma sujeição*.

Embora talvez se deva definir em termos algo diferentes o *conteúdo* do direito potestativo, em termos gerais as coisas são,

⁽⁴⁰⁾ Cf. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 2.^a ed., Lisboa, 1996, pp. 47 ss.

⁽⁴¹⁾ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 9.^a ed., Coimbra, 1996, p. 223.

⁽⁴²⁾ *Loc. cit.*, p. 301.

com efeito, assim ⁽⁴³⁾. Faltará ⁽⁴⁴⁾ apenas assinalar que, simultaneamente, a convenção de arbitragem constitui ambas as partes no *onus* de, querendo ver decidido litígio que se compreenda no seu objecto, *preferirem* a jurisdição arbitral, privada, à jurisdição pública.

O próprio conceito de convenção de arbitragem, por um lado, e o seu regime, especialmente os seus efeitos, por outro, não autorizam outra concepção.

42. Na verdade, nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da LAV, para *instaurar o litígio no tribunal arbitral* — leia-se, para *iniciar a arbitragem* — basta que a parte que o pretenda notifique a parte contrária da sua vontade.

Esta notificação, que adiante se analisará mais detidamente, ou o recebimento dela, é suficiente para fazer das partes no litígio *partes na instância arbitral*.

43. Para além disso, nos termos dos artigos 288.º, n.º 1, *e*) e 494.º, *j*) do CPC, se porventura, apesar da existência de convenção de arbitragem, uma das partes no litígio demandar a outra em tribunal judicial, *o juiz deve abster-se de conhecer do pedido e absolver o réu da instância, por ocorrer a excepção dilatória da preterição de tribunal arbitral* ⁽⁴⁵⁾.

Nos termos do artigo 495.º do CPC, esta excepção não é de conhecimento oficioso, pelo que só tem o efeito aludido quando tempestivamente alegada pelo réu.

c) A notificação de arbitragem

44. Do que se vem dizendo resulta que, se uma das partes exercer o direito potestativo de iniciar arbitragem para decidir um

⁽⁴³⁾ Cf. o meu "A excepção da preterição..." *cit.*, números 9 e 18.

⁽⁴⁴⁾ É inegável que o acordo das partes em cometerem a árbitros a decisão do seu litígio gera para os compromitentes um direito potestativo. Afigura-se, porém, que do mesmo acordo nasce também um *dever*. Não se trata, decerto, de um dever qualquer; e é seguro que se não trata de uma obrigação; por outro lado, não pode dizer-se que, correspondentemente a este *dever*, exista um *direito*.

⁽⁴⁵⁾ V. "A excepção da preterição..." *cit.*, *passim*.

litígio coberto pela cláusula compromissória, a outra parte não tem alternativa; não tem sequer a opção — que existiria se a vinculação consistisse numa obrigação em sentido técnico — de não aceitar a arbitragem.

Poderia duvidar-se que seja assim mesmo no caso de, na realidade, não existir litígio algum: com efeito, se não há litígio, a lide é desnecessária; e então não se compreende bem que tenha o demandado de sujeitar-se a uma instância sem conteúdo.

Só que o mero exercício do direito potestativo de iniciar a instância arbitral (i.é. de iniciar a relação jurídica destinada à composição daquilo que a parte demandante entende constituir um *conflito de interesses*, ou um simples *desacordo* carecendo da decisão de árbitros), tem o efeito de devolver a terceiros — os árbitros, precisamente — o poder de julgar até mesmo se existe um litígio, ou algo que justifique a sua intervenção.

A parte contra a qual é exercido o direito potestativo pode ver-se constituída titular do direito de ser indemnizada pelos prejuízos que a outra lhe cause com o exercício, porventura abusivo, do direito. Mas tem de submeter-se aos efeitos de tal exercício; nisso consiste a *sujeição* a que está vinculada.

45. A LAV reconhece à vontade das partes uma autonomia muito ampla na regulação da arbitragem: elas podem acordar nos termos da sua instância arbitral e podem, em alternativa, escolher um regulamento de uma instituição administradora de arbitragem, ou designar uma dessas instituições para administrar a sua arbitragem, o que implica a adopção dos respectivos regulamentos ⁽⁴⁶⁾.

Para o caso, porventura mais frequente, de não fazerem nada disso, a lei fornece uma regulação supletiva mínima, suficiente para iniciar a instância e constituir o tribunal arbitral ⁽⁴⁷⁾. Quanto ao mais, limita-se a estabelecer princípios directores da instância — que são os consignados no artigo 16.º — e a impor limites ao

⁽⁴⁶⁾ A possibilidade, autorizada pelo n.º 2 do art. 15.º da LAV, de as partes escolherem um regulamento institucional sem com isso pretenderem arbitragem institucionalizada, abre caminho à dificuldade, com frequência negligenciada, da adaptação a arbitragens *ad-hoc* de regras destinadas a arbitragem administrada.

⁽⁴⁷⁾ A partir da aceitação do primeiro árbitro, só o tribunal é competente, nos termos do art. 15.º, n.ºs 1 e 3, para estabelecer as regras de processo.

poder decisório dos árbitros, determinando, no artigo 27.º, os fundamentos de anulabilidade da decisão arbitral.

De acordo com o regime supletivo da LAV, o impulso inicial da instância arbitral processa-se através da notificação de arbitragem.

46. A lei não regula extensivamente a notificação de arbitragem. E, como quase só se lhe refere para dispor sobre os seus aspectos adjectivos, o intérprete desprevenido tende, por vezes, a negligenciar a circunstância óbvia de esses aspectos serem consequência de uma concepção substantiva da notificação de arbitragem que o legislador não expressou na letra da lei.

Ora não valerá a pena alargarmo-nos a respeito do regime adjectivo da notificação sem que, antes, consigamos surpreender a sua essência, i.é, sem que se pesquise o seu regime substantivo: *o que é*, afinal, a notificação de arbitragem?

47. A notificação de arbitragem a que alude o artigo 11.º, n.º 1 da LAV não é uma proposta de arbitragem. Não é sequer uma interpelação para arbitragem. O notificante não precisa da colaboração do notificado para que, uma vez exercido o seu direito potestativo, o veja satisfeito.

A notificação de arbitragem é uma declaração de vontade de iniciar arbitragem, i.é, corresponde ao exercício do direito potestativo emergente da convenção de arbitragem. A primeira função da notificação de arbitragem é estabelecer a instância, ou seja, é ela que inicia a relação contenciosa destinada ao acerto dos direitos que o demandante pretende invocar.

Já no regime da lei uniforme aprovada pela Convenção Europeia de Estrasburgo de 1966 é a *notificação de arbitragem* o acto iniciador da instância arbitral. No artigo 7, 1 da lei uniforme dispõe-se que «*a parte que entenda submeter o litígio ao tribunal arbitral notifica desse facto a parte contrária. A notificação deve fazer referência à convenção de arbitragem e indicar o objecto do litígio se ele não constar já da convenção*» (48).

(48) *La partie qui entend porter le différend devant le tribunal arbitral en donne notification à la partie adverse. La notification doit se référer à la convention d'arbitrage et indiquer l'objet du litige s'il ne l'a été dans cette convention.*

Para lá das diferenças de estilo entre textos legais em línguas diferentes, reconhece-se algo do de Estrasburgo nos n.ºs 1 e 3 do artigo 11.º da LAV, que ali deve ter encontrado alguma inspiração.

A Bélgica foi o único país que adoptou a lei uniforme de Estrasburgo, introduzindo em 1972 o seu texto no seu Código Judiciário. De acordo com a doutrina e a jurisprudência belgas, a notificação de arbitragem equivale à apresentação da petição inicial em tribunal judicial, sendo idónea para interromper a prescrição ⁽⁴⁹⁾.

48. A Lei-Modelo da CNUDCI retomou a notificação de arbitragem como o acto iniciador da instância arbitral, regulando no seu artigo 21 que «*salvo acordo diverso das partes, o procedimento arbitral relativo a um determinado litígio começa na data em que o demandado recebe a pretensão de submeter esse litígio a arbitragem*» ⁽⁵⁰⁾.

E sabe-se que a principal preocupação dos redactores desta disposição foi a determinação do momento da interrupção da prescrição, ponto que só não foi mais profundamente tratado na Lei-Modelo por se ter entendido que se tratava de questão que carecia de regulação pormenorizada que de algum modo extravasava o objecto do instrumento e que seria susceptível de conflitar com outras disposições das leis nacionais ⁽⁵¹⁾.

Em todo o caso, a doutrina tem uniformemente entendido ser precisamente esse o principal efeito *substantivo* da notificação de arbitragem, no regime da Lei-Modelo ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ LOUIS DERMINE, *L'Arbitrage Commercial en Belgique*, Bruxelas, 1975, p. 43, MARCEL HUYS e GUY KEUTGEN, *L'Arbitrage en Droit Belge et International*, Bruxelas, 1981, pp. 237 s. e JACQUELINE LINSMEAU, *L'Arbitrage Volontaire en Droit Privé Belge*, Bruxelas, 1991, p. 121.

⁽⁵⁰⁾ *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.*

⁽⁵¹⁾ HOLTZMANN/NEUHAUS, *cit.*, pp. 610 ss.

⁽⁵²⁾ V. BENTO SOARES / MOURA RAMOS, *cit.*, p. 390 e Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, *Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO*, Bona, 1994, p. 148. A Alemanha adoptou a Lei-Modelo, por lei de 22Dez1997. O texto do art. 21.º da LM encontra-se no § 1044 da ZPO, que acrescenta que o pedido (*der Antrag*) deve incluir a identificação das partes e do objecto do litígio, bem como referência à convenção de arbitragem. V., a respeito desta disposição, ROLF A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 2.ª ed., Munique, 1998, p. 257.

49. O legislador português de 1986 adoptou a notificação de arbitragem como acto desencadeador da instância; e por isso cuidou da sua *forma* — determinando, no n.º 2 do artigo 11.º, que seja feita por *carta registada com aviso de recepção*, e assim garantindo que ela chegue ao conhecimento do demandado e que fique prova documental do seu recebimento — e do seu *conteúdo* mínimo: a *identificação das partes* — o demandante e o demandado ficam necessariamente identificados numa carta registada com aviso de recepção — a *indicação do objecto do litígio* e a declaração da vontade do notificante de *instaurar o litígio no tribunal arbitral*.

Com a notificação feita nestes termos, preenchem-se os requisitos substanciais que o artigo 323.º do CC estabelece para o acto interruptivo da prescrição⁽⁵³⁾. E por isso também no direito português *a notificação de arbitragem serve para interromper a prescrição*.

Não vale, contra esta conclusão, o argumento de que a lei civil exige citação ou notificação *judicial*, já que lá está o artigo 1.º, n.º 1 da LAV a regular que as partes podem optar por arbitragem, sempre que o litígio *por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial e que não respeite a direitos indisponíveis*⁽⁵⁴⁾. Ora não faria sentido que a lei admitisse a suficiência da arbitragem para decidir o litígio, mas exigisse notificação judicial para interromper a prescrição.

50. O facto de o artigo 11.º da LAV estar epigrafado “*Constituição do tribunal*” não pode iludir o intérprete: a notificação de arbitragem não se destina, primariamente, a constituir o tribunal arbitral, mas a iniciar a instância. Esta *finalidade adjectiva* da noti-

⁽⁵³⁾ No caso de as regras processuais resultantes do acordo das partes não prevenirem a notificação de arbitragem, terá os mesmos efeitos o primeiro acto da instância que preencha os mesmos requisitos substanciais.

⁽⁵⁴⁾ O n.º 1 do art. 323.º do CC refere a citação ou notificação judicial de *qualquer acto que exprima (...) a intenção de exercer o direito*. O legislador mostra assim que o acto interruptivo da prescrição é, substancialmente, aquele que traduz a vontade de exercer o direito. A exigência da via judicial — de resto presente também no n.º 4 do mesmo artigo — cuida apenas da *segurança* e da *prova* do acto de *comunicação* da declaração.

ficação é corolário do outro efeito, já assinalado, de iniciar a instância arbitral.

Ora não faz sentido uma *instância* sem tribunal. E tanto basta para que, acessoriamente, a notificação de arbitragem sirva *também* para *iniciar o procedimento de constituição do tribunal arbitral*.

A acessoriedade desta finalidade da notificação fica bem à vista no n.º 1 do artigo 12.º, que regula o incidente de nomeação judicial de árbitros. Logo na respectiva *previsão* se consigna que o incidente tem lugar *em todos os casos em que falte nomeação de árbitro ou árbitros, em conformidade com o disposto nos artigos anteriores*. Isto é, *mesmo que não contenha a designação do árbitro ou árbitros pelo demandante, a notificação de arbitragem é eficaz*. Em último caso, a omissão é sempre supável mediante o recurso ao presidente da Relação.

De resto, se as partes tiverem já designado os árbitros na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, também a notificação de arbitragem não tem, de todo, o fim de dar início à constituição do tribunal.

d) A indicação do objecto do litígio na notificação

51. A esta luz, impõe-se concluir que, tal como a notificação de arbitragem *não é* uma proposta de arbitragem, também a indicação do objecto do litígio na notificação *não é* uma proposta do demandante relativa ao litígio a arbitrar.

Para isso basta a convenção de arbitragem a que o demandado se encontra vinculado. E o litígio definido pelo demandante mais não é do que a situação jurídica concreta que opõe interesses das partes e na qual o demandante pretende invocar um direito. Ora só a ele cabe decidir a respeito de tal invocação.

A especificação do objecto do litígio na notificação de arbitragem constitui a *identificação dos direitos para cujo exercício o demandante pretende a arbitragem*, i.é, os direitos cuja prescrição a notificação se destina a interromper.

Não poderia ser de outro modo, sob pena de se entender que o demandado se pode opor à realização da arbitragem pretendida pelo demandante. Mas, então, havia que fazer tábua rasa do

artigo 1.º, n.º 1 da LAV, para entender que afinal a convenção de arbitragem não serve, ou não é suficiente, para cometer a decisão de um litígio à decisão de árbitros. E, aí, havia que concluir que, afinal, a convenção de arbitragem não constitui para as partes o direito potestativo de iniciar arbitragem.

Mas a lei é clara e não é nesse sentido que aponta.

52. Há no entanto um leque de hipóteses em que a notificação de arbitragem ou a indicação, nela, do objecto do litígio, constitui uma verdadeira proposta.

É assim quando não há convenção de arbitragem: aí, a notificação tem o significado de *proponer un compromiso arbitral*. Então, a proposta nada vale se o demandado não responder. Por outro lado, a manifestação do seu desacordo não permite que o demandante obtenha, do tribunal judicial, a definição do objecto do litígio, nem mesmo quando o demandado responda que aceita a proposta de compromisso mas não o litígio definido na “notificação”.

E isto vale, *mutatis mutandis*, para os casos em que, havendo embora convenção de arbitragem, o notificante pretende obter do notificando o consentimento deste para o alargamento ou a alteração do seu objecto.

53. Há também proposta quando, havendo embora convenção de arbitragem, o notificante, reconhecendo não ocorrer litígio, propõe cometer à decisão de árbitros a precisão, o completamento, a actualização ou a revisão do contrato ou da relação jurídica que está na origem da convenção. É a estas hipóteses que a LAV se refere no artigo 1.º, n.º 3, admitindo que «*as partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa, em sentido estrito, quaisquer outras ...*».

Esta disposição, que suscitou já algumas reticências na doutrina⁽⁵⁵⁾, parece ter querido disciplinar uma questão que permanece em certa medida controversa noutras ordens jurídicas, qual é

(55) V. RAÚL VENTURA, *cit.*, pp. 333 ss.

a da competência dos árbitros para a *adaptação* de contratos ⁽⁵⁶⁾. Dir-se-ia que, entre nós, e em virtude do regime da alteração de circunstâncias, não seria necessário que o legislador tivesse tal preocupação. Mas um tal entendimento pecaria por apressado, uma vez que a LAV não tem de aplicar-se apenas a litígios regidos pela lei portuguesa; e noutras ordens jurídicas o *hardship* não tem, na lei, tratamento que permita ao julgador deitar mão da adaptação do contrato. De resto, na disposição citada cabem situações que não relevam da alteração de circunstâncias, como a precisão e o completamento de contratos.

É certo que a previsão do legislador cria alguns problemas novos ⁽⁵⁷⁾. Mas, em todo o caso, não é para os estudar que se refere esta hipótese.

Se, na notificação de arbitragem, o demandante propuser ao notificando o alargamento do conceito de litígio nos termos do artigo 1.º, n.º 3 da LAV, a notificação contém *também* uma proposta.

Só que, tal como no caso anterior, a proposta não tem qualquer valor se o notificado não lhe responder. E, como no outro caso, se porventura declarar que não a aceita, o demandante não pode obter do tribunal judicial declaração que substitua a da vontade do demandado.

⁽⁵⁶⁾ V. GIORGIO BERNINI, "Adaptation of contracts", in *New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress series no. 1, Deventer, 1983, pp. 193-198, ZHIVKO STALEV, "Arbitration to adapt long-term international economic contracts to changed circumstances", *Idem*, pp. 199-209, PIERO BERNARDINI, "Adaptation of contracts", *Ibidem* pp. 211-216, PIETRO RESCIGNO, "Arbitrato e autonomia contrattuale", in *Rivista dell'Arbitrato*, I (1991), pp. 13-33 e ROBERT BRINER, "Special considerations which may affect the procedure (interim measures, amiable composition, adaptation of contracts, agreed settlements)", in *Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, Deventer, 1996, pp. 362-373.

⁽⁵⁷⁾ Por exemplo, a *revisão* a que se faz referência no art. 1.º, n.º 3 da LAV não é, aplicando-se a lei portuguesa, aquela a que tem direito a parte lesada por alteração das circunstâncias, nos termos do art. 437.º, n.º 1 do CC. Neste caso, ao contrário daqueles a que se refere o art. 1.º, n.º 3 da LAV, há litígio. Logo, quando a lei portuguesa é a aplicável, afigura-se que, no caso de as partes o autorizarem a decidir nos termos desta disposição, o árbitro tem poderes mais alargados do que os conferidos ao julgador na lei civil.

54. Assim, se na notificação de arbitragem o demandante indicar um litígio que não está coberto pela convenção de arbitragem, o demandado tem à sua disposição três caminhos alternativos.

Nada dizer, pura e simplesmente, quanto ao objecto do litígio e, depois, arguir perante o tribunal arbitral — *até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta*, como dispõe o n.º 3 do artigo 21.º da LAV — a incompetência deste, por inexistência de convenção de arbitragem.

Pode, em vez disso, declarar logo, na resposta à notificação, que não aceita a proposta e que se reserva o direito de, oportunamente, arguir a incompetência dos árbitros.

E pode, enfim, aceitar a proposta e sanar, desse modo, a irregularidade — a *inexistência* da convenção de arbitragem, que determina a falta de jurisdição, e logo a incompetência do tribunal arbitral — com que a instância arbitral nasceria.

55. Há uma outra hipótese em que a notificação de arbitragem é, substancialmente, uma *proposta de exercício de direito* ou mesmo uma *interpelação para o exercício de direito* emergente da relação jurídica a que a convenção de arbitragem se aplica.

É o que ocorre quando o notificante pretende desencadear arbitragem invocando direito da parte contrária: o empreiteiro notifica o dono da obra para arbitragem que declare a sua responsabilidade por alegados vícios da obra, o comprador notifica o vendedor para arbitragem que declare a alegada falta de pagamento do preço.

Quando se não possa interpretar a notificação no sentido de pretender exercer o direito de acção de *apreciação* negativa⁽⁵⁸⁾, trata-se ela, verdadeiramente, de uma *proposta de* (ou de uma *interpelação para*) *exercício de direito*.

Também neste caso não faz sentido remeter a decisão para o tribunal judicial: é que, sendo o demandado o titular do direito que o demandante quer ver decidido, ou aceita a proposta de arbitra-

⁽⁵⁸⁾ A respeito da indicação deficiente do objecto do litígio na notificação de arbitragem, v., adiante, no texto, número 68.

gem e exerce o direito, ou não a aceita e a própria arbitragem é inviável. Mas não pode ser forçado pelo juiz a aceitar a proposta e a exercer o direito; e a intervenção judicial não seria susceptível de ter outro efeito útil.

e) Pressupostos do pedido de determinação judicial do objecto do litígio: a manifestação tempestiva do desacordo

56. A disposição legal que se refere ao incidente da determinação do objecto do litígio — o n.º 4 do artigo 12.º da LAV — insere-se no artigo da lei que regula os casos de intervenção judicial na fase inicial da instância arbitral, aquela em que tem lugar a constituição do tribunal arbitral. E é nesta fase que o incidente pode ocorrer.

Convém, portanto, rever o procedimento inicial da instância, regulado no artigo imediatamente anterior.

As regras do artigo 11.º da LAV são, como as do artigo 12.º, disposições supletivas, que as partes podem afastar por regulação específica ou pelo acordo de sujeição da arbitragem à administração de uma instituição.

Esquemáticamente, regulam que a parte que pretende iniciar a arbitragem *deve notificar desse facto a parte contrária*. Viu-se já que a notificação deve *precisar o objecto do litígio* e, cabendo às partes a designação de árbitros, *conterá a designação do árbitro ou árbitros* que ao notificante caiba indicar; se o tribunal arbitral dever ser composto por um único árbitro e a designação deste dever resultar de acordo das partes, a notificação deve conter a *indicação do árbitro proposto e o convite à outra parte para que o aceite*.

57. Resulta depois dos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º que o notificado dispõe de um mês para *responder à notificação*.

A lei não regula a resposta à notificação. Mas, dos n.ºs 3 a 5 do artigo 11.º e dos n.ºs 2 e 4 do artigo 12.º, conclui-se que a *resposta à notificação* é a oportunidade que o demandado tem para *i)* se pronunciar quanto ao objecto do litígio enunciado na notificação, e *ii)* designar o árbitro ou árbitros que lhe caiba nomear, ou se pronunciar sobre a proposta de árbitro único.

Conclui-se também que o demandado tem o *onus* de responder à notificação, pelo menos para designar o árbitro ou os árbitros que lhe caiba nomear. Se o não fizer, fica o demandante com o direito de pedir a nomeação ao presidente do Tribunal da Relação.

58. Mas decorre do que se disse atrás, a respeito da notificação de arbitragem e da indicação do objecto do litígio nessa notificação, que o demandado não tem de se pronunciar quanto ao objecto do litígio.

Tem, decerto, interesse em fazê-lo, se quiser suscitar questão susceptível de justificar a intervenção judicial de determinação do objecto do litígio.

Caso contrário, não precisa de concordar com o objecto enunciado na notificação, nem precisa sequer de anunciar os meios de defesa de que tenciona socorrer-se, desde que eles caibam no objecto da convenção: por exemplo, o comprador demandado para a cobrança do preço da venda não tem de anunciar que vai, por via de excepção, invocar defeito da coisa vendida; e o empreiteiro demandado por defeito da obra não tem de anunciar que vai, em reconvenção, pedir a condenação do dono da obra no pagamento do preço da empreitada.

Portanto, na interpretação do n.º 4 do artigo 12.º da LAV, deve cuidar-se que *não é necessário que as partes acordem na determinação do objecto do litígio*.

Ao contrário do que se defende nos Acórdãos dos tribunais superiores aqui anotados, não há, na economia da LAV, nenhum acto destinado ao acordo das partes sobre o objecto do litígio. A lei não exige o acordo sobre o objecto do litígio para que o procedimento arbitral possa iniciar-se perante os árbitros.

59. O que se regula no n.º 4 do artigo 12.º da LAV é apenas a hipótese de as partes *divergirem* quanto ao objecto do litígio, o que pode acontecer em dois casos: se o demandado, notificado para a arbitragem, *manifestar o seu desacordo* quanto ao objecto do litígio indicado na notificação, ou se o próprio demandante, recebendo do notificado declaração de que pretende sujeitar aos árbitros uma questão que não cabe no objecto do litígio indicado

na notificação, *não aceitar* o pretendido alargamento do objecto do litígio indicado na notificação.

Logo, o n.º 4 do artigo 12.º da LAV refere-se tão só aos casos em que as partes *divergem* acerca do objecto do litígio e em que essa divergência subsiste ao cabo de um determinado prazo, que o legislador refere ser o consignado no n.º 2 do mesmo artigo.

Nem outra coisa faria sentido: se, no curso do procedimento de instauração da instância, nenhuma das partes se opõe ao objecto do litígio pretendido pela outra, não há desacordo (⁵⁹).

60. O prazo referido no n.º 2 do artigo 12.º da LAV é o prazo dilatatório para requerer ao tribunal judicial a nomeação de árbitro em falta. Porém, a lei fixa para isso não um, mas dois prazos: o prazo de um mês sobre a notificação de arbitragem (após o qual pode ser requerida a nomeação de árbitro que uma das partes deixou de nomear ou do árbitro único em cuja designação as partes não acordaram) e o prazo de um mês sobre a nomeação do último árbitro a quem competia a escolha de outro, ou mesmo sobre a notificação a terceiro a quem incumbe designar o último árbitro, se tal notificação for posterior (findo o qual pode ser pedida a nomeação do árbitro que falte designar).

O legislador refere-se apenas ao primeiro destes dois prazos para o cabimento do incidente de determinação judicial do objecto do litígio.

O demandado é notificado para a arbitragem cujo objecto é indicado na notificação; e deve fazer chegar, no prazo de um mês, uma resposta ao demandante, para manifestar a sua posição sobre a proposta de árbitro único ou para nomear o árbitro que lhe caiba indicar. *Nada mais tem de fazer antes de notificado para os termos do processo perante os árbitros.* Logo, a oportunidade do deman-

(⁵⁹) Não pode também considerar-se que haja acordo, dado o valor conferido ao silêncio no art. 218.º CC. O acordo tácito carecerá sempre de outros factos que o revelem *com toda a probabilidade* (cf. art. 217.º, n.º 1 CC). Em todo o caso, convém distinguir as situações em que está em causa apenas o objecto do litígio daquelas em que tenha havido proposta de convenção de arbitragem ou mesmo proposta de (ou interpelação para) exercício de direito (cf. atrás, no texto, *sub* 52, 53 e 55).

dado para dissentir a respeito do objecto do litígio é precisamente a mesma que ele tem para responder à notificação de arbitragem.

Nem faz sentido que o demandado, que — nos termos do artigo 12.º, n.º 2 — dispõe de um mês, contado da notificação, para a designação de árbitro (após o que lhe basta aguardar pelo início do procedimento com o tribunal já constituído), possa, depois disso, vir abrir, sobre o objecto do litígio enunciado na notificação de arbitragem, discussão susceptível de impedir o normal curso da instância arbitral.

61. Por outro lado, também não pode retirar-se da redacção do n.º 4 do artigo 12.º da LAV que o legislador tenha querido limitar o exercício pelas partes do direito de formarem acordo sobre o objecto do litígio ao prazo de um mês sobre a notificação de arbitragem.

Nada impede, com efeito, que as partes venham depois a acordar a tal respeito.

O que resulta desta disposição é que, se as partes divergirem — relevantemente — sobre o objecto do litígio e *se essa divergência se manifestar e se mantiver até um mês depois da notificação de arbitragem*, deve então ser pedida a determinação judicial do objecto do litígio.

O dever — em rigor, o *onus* — de requerer a intervenção judicial cessa, porém, logo que as partes cheguem a acordo, o que pode acontecer a qualquer tempo.

Mas se a divergência não se manifestar no decurso do prazo referido, já não tem cabimento o incidente da determinação judicial do objecto do litígio.

É este o sentido do n.º 4 do artigo 12.º da LAV.

f) Pressupostos do pedido de determinação judicial do objecto do litígio: o desacordo relevante

62. Viu-se atrás ⁽⁶⁰⁾ que o incidente da determinação judicial do objecto do litígio — como de resto todos os casos de interven-

(60) *Supra*, no texto, número 7.

ção judicial na arbitragem que são típicos da fase da constituição do tribunal arbitral — tem a natureza de *jurisdição voluntária*.

O interesse juridicamente tutelado que o justifica é um único, o mesmo para as duas partes no litígio: a realização da arbitragem, que corresponde à própria execução da convenção de arbitragem. Não há, neste incidente, conflito de interesses, embora possa haver divergência de opiniões.

Se a lei providenciou a intervenção judicial, teve decerto em conta situações em que a *divergência de opiniões* das partes é susceptível de pôr em risco a realização da arbitragem.

63. Só que, tendo-se visto já que a convenção de arbitragem confere às partes o *direito potestativo* de submeter à decisão de árbitros um litígio compreendido no seu objecto, direito a que corresponde a correlativa *sujeição* de, independentemente da sua vontade, ver cometida a árbitros a decisão de um tal litígio, é óbvia a conclusão de que a falta de acordo sobre o objecto do litígio não é, só por si, suficiente para pôr em risco a instância arbitral ⁽⁶¹⁾. E por isso não pode ser suficiente para exigir a intervenção judicial de determinação do objecto do litígio.

Logo, não foi a pensar num qualquer *desacordo* que o legislador previu o incidente.

64. Do que se expôs antes ⁽⁶²⁾, pode também concluir-se que, sempre que a notificação de arbitragem constitui ou contém uma *proposta*, é pelo menos inútil pedir ao tribunal judicial que decida o desacordo: o tribunal não pode impor ao notificado que aceite a convenção de arbitragem, que aceite o alargamento do objecto de convenção de arbitragem já existente, que aceite conferir aos árbitros poderes que não sejam os que decorrem já da convenção pré-existente ou que exerça um direito que eventualmente lhe assiste contra a parte contrária.

O incidente só é útil se o tribunal puder impor a realização de uma arbitragem que de outro modo não teria lugar, pelo menos em

⁽⁶¹⁾ A oposição ao objecto do litígio — ou o desacordo sobre ele — não pode relevar quando se traduz na vontade de evitar a execução da convenção de arbitragem, já que não é suficiente para operar a sua revogação.

⁽⁶²⁾ *Supra*, no texto, números 52 a 55.

termos satisfatórios para o interesse manifestado pelas partes na convenção de arbitragem.

Portanto, não é também para este tipo de *desacordo* que a lei regula a intervenção judicial para determinação do objecto do litígio.

65. Mostra o que se dispõe no n.º 5 do artigo 12.º da LAV que o incidente serve para a declaração de nulidade da convenção de arbitragem, sempre que tal vício seja *manifesto* (63).

Poderia, por isso, pensar-se que se quis, com a providência do n.º 4 do artigo 12.º, prevenir instâncias arbitrais inúteis. O que faria algum sentido, já que a arbitragem, como processo *privado de decisão de litígios*, assenta no recurso a particulares — pelo menos os árbitros, quando não também as instituições administradoras de arbitragem voluntária — que em regra não estão disponíveis para prestar os seus serviços gratuitamente.

Mas, a ser assim, o legislador estaria a regular *de mais*, já que (e independentemente dos remédios que a lei põe à disposição das partes, em sede de impugnação da decisão arbitral) pode ser do interesse das partes deixar avançar a instância arbitral, ou para que nela se decida parte do litígio para que o tribunal arbitral é competente, ou para que o desenvolvimento da instância permita que as partes decidam, de modo esclarecido, se preferem sanar a instância ou insistir nas suas posições iniciais. O demandante saberá então se lhe interessa insistir na submissão aos árbitros de um litígio cujos contornos se ajustam discutivelmente à convenção, ou se prefere moldar-se a uma posição mais consensual, o demandado pode preferir transigir na concessão de poderes aos árbitros ou persistir na afirmação da incompetência destes.

Ora, olhando à economia do texto da LAV — todo ele de uma hoje rara elegância formal, numa arquitectura exemplar de regulamentação do essencial e de concessão ampla de liberdade e autonomia à vontade das partes — esta hipótese não é plausível. É que o n.º 4 do artigo 12.º da LAV não se limita, como se esperaria então, a permitir que as partes suscitem o incidente; comete ao tri-

(63) Cf., a este propósito, “A excepção da preterição...” *cit.*, números 14 e 25.

bunal judicial a decisão dele, inculcando a ideia de que tal decisão judicial é imprescindível ⁽⁶⁴⁾.

66. Há uma outra razão, porventura mais forte, para recusar a hipótese configurada no número anterior: como já atrás se assinalou ⁽⁶⁵⁾, o legislador reservou, em primeira mão, aos árbitros, a competência para conhecer da sua própria competência; e o julgamento do objecto do litígio envolve necessariamente — ainda que aí se não esgote — o conhecimento da competência dos árbitros.

Isto é: o litígio que o demandante pretende submeter aos árbitros — e o mesmo se dirá daquele que o demandado quer suscitar, por via de excepção ou de reconvenção — está, ou não está coberto pelo objecto da convenção de arbitragem. No primeiro caso, o tribunal arbitral é competente; no segundo, não. Mas, segundo a doutrina estabelecida no artigo 21.º, n.ºs 1 e 4, os árbitros têm competência para conhecer da sua própria competência, *antes* que um tribunal judicial se possa pronunciar a tal respeito.

Portanto, há que interpretar as disposições dos artigos 12.º, n.º 4 e 21.º, n.ºs 1 e 4 de modo que permita compatibilizá-las: o legislador não pode ter querido afirmar na primeira o que recusa nas segundas.

67. Sendo assim, restaria reconhecer ao tribunal judicial a possibilidade de conhecer — i.é, de *interpretar* — a declaração de vontade expressa na notificação de arbitragem e, eventualmente, na resposta do demandado, ou na troca de declarações entre as partes a respeito do objecto do litígio.

Mas a intervenção judicial dirigida à mera interpretação das declarações de vontades das partes seria, quando não absolutamente inútil, pelo menos supérflua.

Com efeito, na interpretação das declarações de vontade das partes expressas nas comunicações entre elas no curso do procedimento de início da instância arbitral, o tribunal judicial — para parafrasear RAUL VENTURA ⁽⁶⁶⁾ — apenas poderia dizer às partes o

⁽⁶⁴⁾ Importa não esquecer, no entanto, o carácter *supletivo* da disposição.

⁽⁶⁵⁾ *Supra*, número 8, no texto, e notas respectivas.

⁽⁶⁶⁾ *Loc. cit.*, p. 355.

que elas pretendem, já que não lhes poderia dizer logo o que elas podem pretender.

68. Este último argumento serve também para recusar que o incidente de determinação judicial do objecto do litígio sirva para suprir deficiências da indicação do objecto do litígio na notificação de arbitragem ou noutra declaração trocada entre as partes no procedimento inicial da instância.

E o mesmo se diga, por maioria de razão, quanto ao cabimento de um pedido reconvenicional ou de uma excepção anunciada pelo demandado, já que então se estaria a permitir ao tribunal judicial, em contradição com o próprio princípio expresso no n.º 1 do artigo 1.º da LAV, intromissão no próprio objecto de uma instância que as partes acordaram antes manter fora da jurisdição pública.

69. Mas se o incidente não serve para as hipóteses configuradas, para que outras hipóteses serve?

O objecto do litígio pode ser controverso por questão para cujo conhecimento os árbitros não têm competência ou, tendo-a, não gozam do privilégio que a lei lhes confere relativamente ao conhecimento da sua própria competência, ou que seja susceptível de pôr em causa a própria constituição do tribunal arbitral.

Tal ocorre sempre que está em causa a competência de outro tribunal e, bem assim, quando a decisão dos árbitros sobre o objecto do litígio é susceptível de afectar princípios fundamentais da instância arbitral.

70. Esse pode, por exemplo, ser o caso em que as partes divergem quanto ao litígio a arbitrar por uma delas alegar que o litígio pretendido é repetição de arbitragem pendente: é a hipótese da *litispêndência* ⁽⁶⁷⁾, em que só a intervenção judicial é susceptí-

⁽⁶⁷⁾ A hipótese da repetição em instância arbitral de causa já pendente em tribunal judicial não encontra na litispêndência solução adequada: se na causa pendente em tribunal judicial foi alegada a preterição de tribunal arbitral e esta vier a ser julgada procedente, a instância arbitral revelar-se-á sanada; se a excepção não foi alegada, ou se vier a ser julgada improcedente, verifica-se incompetência do tribunal arbitral, por inexistência (ou

vel de afastar, *ab initio*, o espectro de uma instância inútil. Com efeito, o conhecimento da repetição da arbitragem, relativamente a outra arbitragem já pendente, exigiria a intromissão dos árbitros na esfera de competência de outro tribunal arbitral, o que lhes está evidentemente vedado pelo carácter privado e singular do poder jurisdicional de que são titulares.

Pode também ser o caso de o demandado discordar do objecto do litígio indicado na notificação de arbitragem por alegar a existência de *causa* ou de *questão prejudicial*. Aqui também, os árbitros são colocados perante dificuldade delicada: nos termos do artigo 19.º da LAV, o tribunal arbitral tem um prazo determinado para a prolação da decisão; se as partes não fixarem esse prazo, ele é de seis meses a partir da *aceitação* ⁽⁶⁸⁾ do último árbitro. Esta circunstância não lhes permite suspender a instância arbitral, para esperar a decisão da questão ou da causa prejudicial. Só o tribunal judicial pode ordenar às partes que se abstenham de prosseguir com a instância arbitral enquanto aquela decisão não for proferida.

Uma outra hipótese é aquela em que uma das partes pretende que o litígio seja julgado conjuntamente com outro ou outros já submetidos a arbitragens pendentes: os árbitros não poderão conhecer da pretendida *apensação* — melhor se diria, talvez, *junção* ou *consolidação* — de instâncias arbitrais, sob pena de interferirem na área de competência exclusiva de outro tribunal arbitral, razão por que só o tribunal judicial pode apreciar a conveniência ou a necessidade de as diversas causas serem julgadas conjuntamente.

71. Nesta última hipótese pode suscitar-se também uma outra dificuldade, relativa à própria constituição do tribunal arbitral, em certa medida paralela daquela que justifica a importância da hipótese seguinte.

No caso de uma das partes pretender que o efeito útil normal da decisão do litígio indicado depende da *intervenção de terceiros*, não notificados para a arbitragem, não é apenas a competência dos

insubsistência), inaplicabilidade ou nulidade manifestas da convenção de arbitragem. Mas se o tribunal judicial demorar a pronunciar-se, os árbitros não podem deixar de ter-se como competentes, já que têm um prazo determinado para decidir a causa.

⁽⁶⁸⁾ Cf. o meu "Questões...", *cit.*, nota (7).

árbitros que está em causa, mas a própria constituição do tribunal. As disposições supletivas da lei supõem uma arbitragem com duas partes ⁽⁶⁹⁾. Se ocorrer a intervenção de terceiros — certamente vinculados pela convenção de arbitragem, ou não teria cabimento o requerimento da sua intervenção — é fácil que fique frustrado o equilíbrio que o legislador quis imprimir ao próprio processo de constituição do tribunal arbitral ⁽⁷⁰⁾.

Em casos assim, pode a intervenção judicial ser indispensável para, obrigando as partes a prescindirem todas do direito de nomeação de árbitros — que seriam então, todos, designados pelo tribunal judicial — possibilitar a obtenção do fim útil da acção, fixando o objecto do litígio em termos de este reunir todas as partes implicadas.

72. Não cabe aqui o aprofundamento destas várias hipóteses. Basta que se anote que correspondem a situações em que os poderes limitados dos árbitros não chegam para *sanear* a instância e assegurar o efeito útil normal da acção. Por isso elas constituem questões delicadas da instância arbitral, que a doutrina trata com cautela ⁽⁷¹⁾, mesmo com apreensão, e que têm dado origem a causas complexas em tribunais judiciais ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cf. arts. 6.º, n.º 2 e 7.º, n.º 2 da LAV.

⁽⁷⁰⁾ V. o acórdão da *Cour de Cassation* francesa de 7Jan1992 (que fixou orientação que é conhecida por jurisprudência *Dutco*), in *Rev. de l'Arb.*, 1992, n.º 3, pp. 470 ss., com anotação de PIERRE BELLET. Duas sociedades alemãs (BKMI e Siemens) contrataram com uma sociedade com sede nos Emiratos (Dutco) a construção de uma fábrica em Oman. O contrato continha uma cláusula compromissória que estabelecia um tribunal de três árbitros e designava a CCI como instituição administradora da arbitragem. A Dutco demandou as outras duas, indicando o seu árbitro. Como as sociedades alemãs não se entendessem para designar, de mão comum, um árbitro, a instituição de arbitragem concedeu-lhes prazo para o fazerem, sob pena de proceder ela própria á designação. As sociedades alemãs vieram a indicar um árbitro, fazendo-o, no entanto, sob reserva. A Cassação veio a entender que é *de ordem pública o princípio da igualdade das partes na designação de árbitros*. Daqui decorre que, sempre que estejam em conflito, por um lado, o direito das partes de designarem um árbitro, e por outro, a igualdade das partes no modo de designação dos membros do tribunal, aquele deve ceder a esta.

⁽⁷¹⁾ V., p. ex., GIORGIO BERNINI *L'Arbitrato. Diritto Interno. Convenzioni Internazionali*, Bolonha, 1993, pp. 375 ss., PATRICE LEVEL, "Joinder of proceedings, intervention of third parties, and additional claims and counterclaims", in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 7 (1996), n.º 2, pp. 36-44 e GIUSEPPE TARZIA, "Assistenza e

Nesses casos, a intervenção judicial não contende com a competência privilegiada dos árbitros. E, em todas ou quase todas as situações em que ocorrem, só a intervenção judicial pode prevenir ou trazer remédio a dificuldades que as leis não regulam expressamente e que põem em risco a utilidade e a eficácia da arbitragem.

Fora destes casos, só a *nulidade manifesta* da convenção de arbitragem pode permitir, de acordo com o artigo 12.º, n.º 5 da LAV, a intervenção judicial, que aqui se pode traduzir apenas na declaração de *não haver lugar à determinação do objecto do litígio*, conseqüente do vício da convenção.

73. Não se compreenderia que o legislador tivesse configurado a intervenção judicial para situação inconsistente com os efeitos que atribuiu à convenção de arbitragem e com o conteúdo e o carácter privilegiado da competência de que dotou os árbitros.

E menos se compreenderia que a tivesse previsto para hipóteses em que não tem, materialmente, a virtualidade de resolver com utilidade controversia das partes.

A necessidade de fazer intervir um juiz — através de procedimento que necessariamente produzirá demora que afecta a própria decisão arbitral — só pode justificar-se quando não existe outro meio de, com eficácia, resolver diferendo *sério* entre as partes, que constitui obstáculo à obtenção de uma decisão arbitral *útil*, i.é, susceptível de ser executada.

74. O incidente da determinação judicial do objecto do litígio tem, portanto, cabimento *apenas em alguns casos de desacordo das partes*.

non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale", in *Rivista dell'Arbitrato*, Anno VI (1996), pp. 473-485.

(72) V., p.ex., Apel. Paris, 30Mar1995 (Fabre e outro c/ Espitalier e outros) e 10Fev1995 (Gruet c/ Havet) e Trib. Gr. Inst. Paris, 12Fev1996 (G. Augier c/ Hawker), sumariados e anotados por JACQUES PELLERIN in *Rev. de l'Arb.*, 1996, pp. 131-137; Apel. Versailles, 7Mar1990 (OIAETI e Sofidif c/ COGEMA, SERU, Eurodif, CEA), anotado por ERIC LOQUIN in *Rev. de l'Arbitr.*, 1991, pp. 326-343; Apel. Paris, 7Mar1996 (GARP c/ Bouxin e outro) e 19Set1996 (ASSEDIC e AGS c/ Guion e outro), sumariados e anotados por CATHERINE VERGNE in *Rev. de l'Arbitr.*, 1997, pp. 279-281.

Em síntese, se na resposta à notificação de arbitragem o demandado manifestar desacordo quanto ao objecto do litígio indicado na notificação, ou comunicar o desejo de ver discutida questão com cuja inclusão no litígio o demandante não concorda, das duas, uma: ou o desacordo é relevante — nos termos que ficam enunciados — e se verifica, portanto, a hipótese do n.º 4 do artigo 12.º da LAV, ou não é relevante.

No primeiro caso, qualquer das partes ⁽⁷³⁾ tem legitimidade para requerer a determinação judicial do objecto do litígio, se não convierem, ambas, em cometer a decisão aos árbitros nem, entretanto, chegarem a acordo.

No segundo caso, não há cabimento para o incidente da determinação judicial, pelo que o tribunal judicial que eventualmente seja chamado a intervir deve declarar-se incompetente, já que se aplica então o artigo 21.º, n.º 1 da LAV.

g) Competência dos árbitros na determinação do objecto do litígio

75. Nos arestos em anotação, os tribunais superiores entenderam que os árbitros não têm competência para determinar o objecto do litígio.

Mas já se viu que o n.º 4 do artigo 12.º da LAV tem carácter supletivo; e, sendo assim, podem as partes cometer tal determinação aos próprios árbitros.

Para além disso, se o desacordo das partes a respeito da determinação do objecto do ilícito não for relevante, nos termos definidos atrás ⁽⁷⁴⁾, ou se se manifestar só depois de decorrido o prazo de um mês sobre a notificação de arbitragem, terão necessariamente de ser os árbitros a dirimir a controvérsia.

Ao contrário do que entenderam os tribunais superiores, portanto, os árbitros têm competência para determinar o objecto do

⁽⁷³⁾ Será, em regra, o demandante a encontrar-se em melhor posição e, sobretudo, a ter interesse na determinação judicial. Mas nada impede que o demandado seja, aqui, mais diligente.

⁽⁷⁴⁾ *Supra*, no texto, números 62 ss.

litígio. Esta é a regra, que aliás decorre do artigo 21.º da LAV: para conhecerem da sua própria competência, os árbitros têm, previamente, de determinar o objecto do litígio, recorrendo para isso, como é óbvio, aos actos das partes na instância.

76. O n.º 4 do artigo 12.º da LAV consagra uma *excepção à competência dos árbitros para a determinação do objecto do litígio*. Se, no mês imediatamente seguinte à notificação de arbitragem, se manifestar e subsistir um desacordo das partes a respeito do objecto do litígio e *se esse desacordo for relevante*, compete a decisão ao tribunal judicial.

Caso se verifique a excepção, se não for requerida a determinação judicial, é seguro que os árbitros não podem conhecer do objecto do litígio; e por isso mesmo não podem decidir a causa, a menos que as próprias partes ponham termo ao seu desacordo ou, atendendo ao carácter supletivo do n.º 4 do artigo 12.º da LAV, venham a cometer-lhes a decisão da questão suscitada.

77. Decerto, nos casos em que releva o desacordo sobre o objecto do litígio, se este não for manifestado no prazo consignado no n.º 4 do artigo 12.º da LAV, os árbitros terão uma dificuldade particular para dirimir a questão.

O mesmo poderá, de resto, ocorrer se a questão, já decidida pelo tribunal judicial, for ressuscitada no tribunal arbitral, nos termos do artigo 1411.º, n.º 1, do CPC ⁽⁷⁵⁾

Viu-se antes que nesses casos — excepção feita à nulidade manifesta da convenção de arbitragem, que os árbitros não terão dificuldades em apreciar — a questão controversa extravasa da competência dos árbitros, ou é mesmo susceptível de pôr em causa a própria constituição do tribunal arbitral.

No entanto, não há alternativa à decisão pelos árbitros. Não só eles são competentes para conhecer da determinação do objecto do litígio, como têm a competência privilegiada que a LAV lhes confere no artigo 21.º.

⁽⁷⁵⁾ Sendo de jurisdição voluntária o incidente da determinação do objecto do litígio, pode ser alterada a resolução judicial, *sem prejuízo dos efeitos já produzidos*. com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração.

Não cabe aqui o estudo das várias hipóteses enunciadas. Mas deve chamar-se a atenção para que, na apreciação de questões como aquelas, os árbitros devem procurar, com critério bem definido, a passagem — por vezes estreita — entre o dever que aceitaram cumprir de decidir o litígio dos compromitentes e o dever de agir com diligência, que se traduz também no esforço por produzir uma decisão *útil*, i.é., válida e susceptível de ser executada.

h) Cláusula compromissória e compromisso arbitral

78. No acórdão do Supremo de 9 de Novembro de 1995 afirma-se que, sendo a convenção de arbitragem um compromisso arbitral, o objecto do litígio é definido na própria convenção. E no acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997, ao mesmo tempo que se cita doutrina relativa ao regime da arbitragem voluntária no CPC — regime que a LAV revogou em 1986 — afirma-se que o acordo sobre o objecto do litígio só tem de ser expresso pelas partes no caso de a convenção de arbitragem consistir em cláusula compromissória.

Já se viu que as partes não têm sequer de acordar sobre o objecto do litígio.

Mas fica de pé a dúvida de saber se é possível haver desacordo relevante para o pedido de determinação judicial do objecto do litígio se a convenção de arbitragem consistir em compromisso arbitral.

E esta dúvida encontraria alguma razão de ser no n.º 3 do artigo 2.º da LAV, que determina que «*o compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio*». Pareceria então que não havia lugar a desacordo posterior.

79. Não é assim, por dois motivos.

Primo, porque o compromisso arbitral pode deixar de *determinar com precisão o objecto do litígio*.

Entendamo-nos: alguma indicação do litígio terá de conter-se no compromisso. Se é compromisso arbitral a convenção de arbitragem que tem por objecto um litígio actual, tem de poder concluir-se, dos documentos de que resulte, que as partes cometem à decisão de árbitros um litígio actual.

Mas a falta de determinação precisa do objecto do litígio no compromisso arbitral não determina a nulidade deste, como se conclui do artigo 3.º da LAV. E assim, nos termos gerais, o compromisso só é nulo se o seu objecto for *indeterminável* ⁽⁷⁶⁾.

80. O segundo motivo é de ordem prática.

O compromisso não serve para iniciar a instância arbitral que, salvo diversa disposição das partes, começará depois, com a notificação de arbitragem.

Por outro lado, mesmo que nele se *determine com precisão o objecto do litígio*, o compromisso pode não prevenir todas as questões relevantes para a definição deste que podem suscitar-se depois na própria instância.

Nada impede por isso que, celebrado o compromisso arbitral, as partes venham a desentender-se, no curso do prazo de um mês após a notificação para a arbitragem, a respeito de uma das questões ⁽⁷⁷⁾ que podem ser suscitadas no tribunal judicial para determinação do objecto do litígio.

i) Os casos dos acórdãos anotados

81. Note-se que nos dois casos em análise, os demandantes pretendiam iniciar arbitragem para litígios que se compreendiam no objecto das convenções de arbitragem que invocavam.

Não se conhece o teor da notificação de arbitragem no litígio em que decidiu o Acórdão do STJ de 9 de Novembro de 1995; mas o respectivo relatório refere que a notificação de arbitragem respeitava a *litígio emergente do contrato* que continha a cláusula compromissória.

Vê-se, pois, que não tinha razão a demandada que sustentara que *o litígio não cabia no âmbito da convenção de arbitragem*.

No caso a que respeitam o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Março de 1997 e o acórdão saneador do tribunal arbitral de 5 de Junho de 1996, a notificação de arbitragem remetia para duas

⁽⁷⁶⁾ V. o meu "A excepção da preterição...", *cit.*, número 5, no texto, e nota (6).

⁽⁷⁷⁾ *Supra* no texto, números 62 ss..

cartas em que o demandante havia exercido direitos emergentes do contrato em que se inseria a cláusula compromissória.

Não se conhecem, neste último caso, os fundamentos do desacordo das partes relativamente ao objecto do litígio, que não foram alguma vez explicitados: o demandado bastou-se com a alegação de que não tinha havido acordo expresso a tal respeito.

Nem sequer se sabe, portanto, *se ocorria desacordo*.

82. Note-se também que, quer num, quer no outro caso, o demandado não declarou a sua discordância relativamente ao objecto do litígio senão muito depois de esgotado o prazo que a lei lhe confere para responder à notificação de arbitragem.

No caso julgado no Supremo, o demandado veio suscitar a questão quando o demandante, ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º da LAV, requereu ao presidente da Relação a designação do árbitro que aquele deixara de nomear.

No caso julgado no Tribunal da Relação, o demandado, que também terá assinalado ao presidente do tribunal da Relação, igualmente em incidente de nomeação de árbitro, que não houvera acordo sobre a determinação do objecto do litígio, alegou a inexistência de tal acordo depois de os árbitros haverem declarado, no acto de instalação do tribunal, o litígio que se propunham decidir.

83. Ou seja: nos dois casos, os tribunais superiores deram o seu beneplácito a um expediente destinado a evitar o cumprimento da convenção de arbitragem.

O problema que daí decorre não é da arbitragem. E dificilmente será dos árbitros, que deram o seu melhor para porem termo a um litígio com uma decisão exequível.

O problema é do titular do direito, cujo interesse foi desconsiderado.

É que a convenção de arbitragem não é senão o instrumento que as partes utilizam para garantir que, em caso de litígio, terão uma decisão proferida com celeridade por pessoas depositárias da sua confiança. Se os tribunais judiciais forem complacentes com os meios de defesa que se justificam apenas na vontade da parte de se escusar ao cumprimento das suas obrigações, então têm de aceitar

toda a espécie de expedientes dilatórios de que a imaginação for municiando os relapsos.

84. O Supremo deparou-se, no recurso que apreciou, com uma questão que não foi abordada nesta anotação: a da competência para o incidente da determinação do objecto do litígio.

A falta de tal determinação foi arguida pela demandante *como excepção* oposta ao pedido de nomeação de árbitro apresentado pelas demandantes. Pôs-se então o problema de saber se, ao indeferir tal meio de defesa, o presidente da Relação teria dado o seu beneplácito ao objecto do litígio definido pelas demandantes na notificação de arbitragem.

O Supremo decidiu que não tinha havido pronúncia tácita e que, de resto, a competência para o incidente era do tribunal de primeira instância.

85. Hoje, a questão da competência está resolvida, no sentido do entendimento do Supremo, nos artigos 1508.º a 1510.º do CPC, na redacção que lhes foi dada pelo Decretos-Leis n.ºs 329-A/95, de 12 de Dezembro, e 180/96, de 25 de Setembro. Mais rigorosamente, pelo n.º 3 do artigo 1510.º, que esclarece que *da decisão proferida cabe agravo para a Relação*.

Mas a solução que o legislador encontrou não era pacífica, até à Reforma do processo civil operada pelos dois diplomas citados.

86. A LAV não é expressa a respeito do tribunal competente para se pronunciar sobre a determinação do objecto do litígio, ao contrário do que se passa relativamente aos casos dos pedidos de nomeação de árbitro e de escolha do árbitro presidente.

Sempre entendi, por isso, que o legislador material concebeu o incidente na competência do mesmo órgão judicial — o presidente do tribunal da Relação do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta de tal fixação, do domicílio do requerente — a que atribuiu competência para os restantes incidentes de intervenção judicial regulados nos artigos 12.º, n.º 1 (nomeação de árbitro) e 14.º, n.º 2 (escolha do árbitro presidente) da LAV.

Segundo o mecanismo estabelecido na lei para a constituição do tribunal, a questão da necessidade de decisão judicial suscita-se

em regra, como se viu, ao mesmo tempo que surge a necessidade de nomeação judicial do árbitro cuja indicação cabia ao demandado.

Pode, é certo, ocorrer que o demandado não deixe de nomear o seu árbitro ou até de acordar sobre o árbitro único e, apesar disso, discorde do objecto do litígio, tal como precisado na notificação de arbitragem. Mas a hipótese mais plausível, porque mais coerente, é a que decerto esteve no pensamento do legislador: o demandado discorda do objecto do litígio indicado na notificação e por isso não contribui para a formação do tribunal, nem sequer designa o seu árbitro. Ora não faz sentido que o demandante, perante uma resposta nesses termos, vá ao presidente do tribunal da Relação pedir a nomeação de um árbitro e a outro tribunal — como é agora, ao tribunal judicial de primeira instância — pedir a determinação do objecto do litígio.

87. Ora o que se me afigura decisivo é que não é concebível que o legislador, que reserva ao presidente do tribunal da Relação a competência para a nomeação de árbitros, tenha querido cometer ao tribunal de primeira instância a decisão emergente da declaração da *manifesta* nulidade da convenção, que é precisamente a de que não há lugar à designação de árbitros.

Isto, para além de não ser plausível que essa competência — bem mais importante do que a de nomear árbitros e sobretudo do que a de escolher o presidente do tribunal arbitral, que são expressamente deferidas ao presidente do tribunal da Relação — pudesse caber a tribunal com posição hierárquica-processual idêntica à do tribunal arbitral ⁽⁷⁸⁾-(⁷⁹).

⁽⁷⁸⁾ Cf. arts. 26.º, n.º 2 e 29.º, n.º 1 da LAV.

⁽⁷⁹⁾ Contra isto não vale o argumento de que é o tribunal judicial de primeira instância o competente para a acção de anulação da decisão. É que aí, ao contrário do que se passa na hipótese do texto, findou a instância arbitral e extinguiu-se o poder jurisdiccional relativamente à *causa* submetida aos árbitros (e não apenas o *poder jurisdiccional* cometido aos árbitros, que pode cessar continuando a causa submetida a jurisdição, num tribunal de recurso). Nos casos de intervenção judicial na arbitragem, *proprio sensu*, as intervenções decisórias — e não de mera cooperação, como é a obtenção judicial de prova — competem sempre, necessariamente, a instância superior à do tribunal arbitral. Ao determinar expressamente a autoridade judiciária a que atribui competência para as intervenções deci-

88. Havia quem sustentasse a incompetência — em rigor, *a falta de jurisdição* — do presidente da Relação, uma vez que a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais ⁽⁸⁰⁾, então vigente, só concebia a Relação como tribunal colectivo.

Mas um tal argumento não colhia, a meu ver, por dois motivos ⁽⁸¹⁾.

Em primeiro lugar, não havia dificuldade em enquadrar esta entre as competências e atribuições do presidente do tribunal da Relação: o n.º 1 do artigo 42.º da Lei Orgânica definia a competência do presidente da Relação por remissão para as alíneas *a*) a *d*), *f*) e *g*) do n.º 1 do artigo 33.º, relativo à competência do presidente do Supremo; e da alínea *g*) desta disposição resultava que, para além das atribuições que ali lhe eram expressamente cometidas, ao presidente da Relação competia *exercer as demais atribuições conferidas por lei*.

sórias na arbitragem, o legislador inspirou-se no regime da Lei Modelo da CNUDCI: no art. 6 desta, prevê-se que os Estados que a adoptem designem uma autoridade judiciária a quem atribuam competência para nomear árbitros, julgar a recusa de árbitros ou o termo do seu mandato por incumprimento ou por impossibilidade do seu cumprimento, para julgar o recurso de decisão interlocutória pela qual os árbitros se declarem competentes e para julgar a anulação da decisão arbitral (cf. arts. 11(3) e (4), 13(3), 14, 16(3) e 34(2) da Lei Modelo). Na sétima nota do Secretariado da CNUDCI (comentário analítico do projecto, datado de 25 de Março de 1985), referia-se o seguinte: “*The designated Court need not necessarily be a full court or a chamber thereof. It may well be, for example, the president of a court or the presiding judge of a chamber for those functions which are of a more administrative nature and where speed and finality are particularly desirable (i. e. articles 11, 13 and 14). To what extent this further expected advantage will materialize depends on each State’s provisions on court organization or procedure, whether they already exist or are adopted together with «this Law»*”. V. HOLTZMANN / NEUHAUS, *op. cit.*, p. 250. A Lei Modelo não inclui entre as competências deste “tribunal especial” — como, por comodidade de linguagem, foi designado nos trabalhos preparatórios — a de assistir os árbitros na obtenção de prova, de que trata o art. 27.º.

⁽⁸⁰⁾ Aprovada pela Lei n.º 38/87, de 23 de Dezembro e depois sucessivamente alterada pelas Leis n.ºs 49/88, de 19Abr, 52/88, de 4Mai, 24/90, de 4Ago e 24/92, de 20Ago (considero aqui apenas as alterações ocorridas até 1995, época em que estudei o problema).

⁽⁸¹⁾ Dando de barato que a lei administrativa que rege a organização do poder judicial é meramente instrumental, destina-se apenas a providenciar os meios de fazer aplicar as leis que regulam direitos e as que dispõem sobre as acções destinadas a fazê-los reconhecer em juízo ou a realizá-los coercivamente, bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da acção (para acompanhar o sugestivo art. 2.º, n.º 2 do CPC). Se a lei administrativa não contivesse, em si mesma, meio de ocorrer à solução que a lei impõe, ocorreria lacuna que teria de ser integrada, necessariamente com recurso à solução apontada pela lei substantiva.

E depois, também porque no artigo 41.º, n.º 1, alínea e), se cometia às secções das relações, *por intermédio do relator do processo*, a competência para *julgar* as confissões, desistências ou transacções nas causas pendentes, bem como os incidentes nelas suscitados. Para além disso, nunca foi posta em dúvida a competência própria do presidente do tribunal da Relação para julgar a reclamação contra o indeferimento ou retenção do recurso, nos termos do artigo 688.º do CPC, ou a suspeição de juiz, nos termos dos artigos 126.º, n.º 3 e 129.º, n.º 2 do mesmo Código.

Não podia ficar dúvida de que a própria Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais admitia implicitamente o funcionamento dos tribunais da Relação como tribunais singulares.

O que defendi no quadro da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais defendo hoje, à luz da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais⁽⁸²⁾, atendendo aos artigos 59.º, n.º 1 (competência do presidente da Relação) e 43.º, n.º 1, alínea h) (competência do presidente do STJ). E no artigo 56.º, n.º 1, alínea h), até já se comete às secções das relações, *por intermédio do relator, o julgamento dos termos dos recursos que lhe estejam cometidos pela lei de processo*.

89. Verifica-se pelo Acórdão do STJ de 9 de Novembro de 1995 que também na Relação de Lisboa, ao menos em certo momento, houve quem defendesse a solução que, antes da reforma do processo civil, me parecia a única defensável. É reconfortante.

Mas tal solução, para que a lei substantiva aponta, foi afastada pela lei adjectiva, por motivos que parecem prender-se mais com alguma espécie de preconceito do que com uma opção doutrinariamente fundada do legislador.

É verdade que ela aparece enunciada pelo Doutor RAUL VENTURA no mais importante trabalho publicado sobre a LAV⁽⁸³⁾. Mas é este o único argumento que pode invocar-se em seu abono.

Resta agora defender, *de jure constituendo*, a reposição da doutrina do legislador material.

(82) Aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 Jan, e alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 Jul.

(83) "Convenção de arbitragem", *cit.*, pp. 355-356.