

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 referir-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 transitariamente 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 juizes 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 requerera 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 ...", *cít.*, 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 respondesse 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, *difficilmente 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 *ônus* 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 preverem 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 *ónus* 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 *litispendência* ⁽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 *litispendência* 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*, consequente 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, cheguem 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.