

QUESTÕES DE ARBITRAGEM AD-HOC II

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

Pelo Dr. João Luís Lopes dos Reis

..

I

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

Fixação do objecto de litígio — Competência do Tribunal Arbitral

Sumário

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

M.S.C.M.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

(...)

II. Elementos a tomar em conta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Questões a apreciar no presente recurso.

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

Abordemos tais questões.

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

1. Posição da Relação e das partes

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

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

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

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

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

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

Que dizer?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Posição da Relação e das partes.

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

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

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

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

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

Que dizer?

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

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

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

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

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

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

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

Idêntica posição perfilha Francisco Cortez quando diz:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Conclusão.

Do exposto, poderá precisar-se que:

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

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

Custas pelas agravantes.

Lisboa, 9 de Novembro de 1995

Miranda Gusmão

Sá Couto

Sousa Inês

Recurso n.º 87-738

II

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

Processo n.º 1058/96

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

Sumário

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

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

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

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

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concluiu, em conformidade, pela improcedência da acção.

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

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

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

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

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

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

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

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

Recurso do despacho de fls. 34:

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

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

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

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

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

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

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

Recurso do despacho saneador:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(*) Sic.

Recurso de Apelação:

(...) (*).

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

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

Os factos provados são os seguintes:

(...) (**);

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

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

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

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

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

Quid juris?

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

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

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

Vejamos.

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

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

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

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

Todas as outras devem ser apreciadas logo que sejam reclamadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

Decisão

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

*

Custas pelo agravado.

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

III

Tribunal Arbitral

“Despacho” saneador de 5 de Junho de 1996

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

Sumário

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

(...) (**)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

(...)(*)

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

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

ANOTAÇÃO

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

§ 1. Generalidades

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O demandado também não respondeu a esta notificação de arbitragem.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2. Impugnação de decisões arbitrais interlocutórias meramente processuais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Voltar-se-á mais adiante a este ponto.

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

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

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

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

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

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