jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 12144/21.0T8LSB-A.L1-7

Relator: DIOGO RAVARA
Sessão: 21 Dezembro 2021
Número: RL
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE

PROCEDIMENTO CAUTELAR

RESTITUIÇÃO PROVISÓRIA DE POSSE

INVERSÃO DO CONTENCIOSO **EFEITO DO DEFERIMENTO**

PRETERIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Sumário

I - A inversão do contencioso (arts. 369º e segs. do CPC) não converte a decisão do procedimento cautelar em decisão definitiva da causa de que aquele constituiria preliminar, antes tem por efeito dispensar o requerente do ónus de intentar tal ação declarativa, transferindo tal ónus para o requerido.
II - Nessa medida, decisão de tribunal estadual que defira o pedido de inversão do contencioso, não está viciada de incompetência absoluta por preterição de Tribunal arbitral (arts. 64º, 577º, al. a), e 578º, todos do CPC).
III - Nas circunstâncias referidas em I- e II- o requerido mantém a faculdade de intentar ação declarativa para decisão definitiva do litígio, sendo que a circunstância de o procedimento cautelar ter corrido termos em Tribunal estadual não o impede de intentar aquela ação no Tribunal arbitral.

Texto Integral

Acordam os Juízes na 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa:

1. Relatório
A [R.... – Actividades Hoteleiras, S.A.] pessoa coletiva nº 507... e B [O..... – Actividades Hoteleiras, S.A.], pessoa coletiva nº 5079... intentaram no Juízo

Central Cível de Lisboa procedimento cautelar de restituição provisória da posse contra C [.... – Construção, S.A.], pessoa coletiva nº 501..., pedindo que o Tribunal as restitua à posse dos seguintes imóveis:
- Prédio urbano descrito na Conservatória do Registo Predial de Lisboa, sob o nº 0000 da freguesia de Santa Maria dos Olivais, composto por lote de terreno para construção. Em construção um edifício destinado a hotel, com dezasseis pisos acima do solo, dois dos quais com embasamento, e cinco pisos acima do solo;
- Prédio urbano descrito na Conservatória do Registo Predial de Lisboa, sob o nº 0000 da freguesia de Santa Maria dos Olivais, composto por lote de terreno para construção. Em construção um edifício destinado a hotel, com quinze pisos acima do solo, dois dos quais com embasamento, e cinco pisos acima do solo.
Pediram igualmente que "seja decretada a inversão do contencioso, nos termos e com os efeitos do artigo 369 do CPC".
Para tanto alegaram, em síntese que:
- A 1ª Requerente é dona e legítima possuidora do prédio descrito sob o nº 0000 da freguesia de Santa Maria dos Olivais;
- A 2ª Requerente é dona e legítima possuidora do prédio descrito sob o nº 0000 da freguesia de Santa Maria dos Olivais;
- Celebraram com a requerida dois contratos de empreitada, tendo por objeto a construção de um hotel em cada um dos referidos prédios;
- Estando as obras em curso, a requerida vedou o acesso das requerentes e da empresa fiscalizadora das obras aos referidos prédios.
Produzida a prova testemunhal arrolada pelas requerentes, foi proferida decisão julgando o procedimento cautelar procedente, e decretando a restituição provisória da posse, nos termos requeridos, e com inversão do contencioso.
Notificada a requerida, a mesma não interpôs recurso, mas apresentou oposição, invocando, entre outros fundamentos, a incompetência do Tribunal por preterição de Tribunal arbitral.
Para tanto sustentou que as adendas aos contratos de empreitada que outorgou com as requerentes continham uma cláusula compromissória, nos termos da qual "todas as questões e litígios emergentes do contrato e do presente aditamento, nomeadamente as que resultem da sua interpretação, aplicação, ou integração serão submetidas a um Tribunal arbitral", razão pela qual concluiu que apesar de o Tribunal *a quo* dispor de competência para apreciar o presente procedimento cautelar, nos termos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária, não poderia conhecer do mérito da inversão do contencioso, na medida em que tal configuraria uma decisão definitiva do

litígio, violando a cláusula compromissória.
Considera por isso que se verifica a exceção dilatória de incompetência absoluta por preterição do Tribunal arbitral voluntário, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 64º, 577º, al. a), e 578º, todos do CPC.
Notificada para, querendo, se pronunciar, a requerente pugnou pela improcedência da exceção em apreço, por considerar que a inversão do contencioso "não torna a providência cautelar automaticamente definitiva, mantendo-se a possibilidade de o requerido instaurar acção principal perante o tribunal arbitral (...)", e por entender igualmente que sendo a ação principal uma ação de restituição de posse não é líquido que a mesma se enquadre no âmbito da cláusula compromissória[1].
Seguidamente foi proferido despacho nos termos do qual, nomeadamente, foi proferida decisão com o seguinte teor:
"Destarte, julga-se improcedente a excepção de incompetência absoluta quanto à inversão do contencioso, sem prejuízo da decisão que o tribunal venha a proferir neste particular na sequência da apreciação da oposição."
Inconformada, a requerida interpôs o presente recurso de apelação, cuja motivação sintetizou nas seguintes conclusões:
A. No Aditamento aos Contratos de Empreitada em causa nos autos, as partes decidiram alterar as regras inicialmente previstas no que tange à jurisdição competente para julgar os litígios emergentes de tais contratos e fizeram consignar, em ambos os contratos, cláusulas compromissórias.
B. Não assiste, por isso, razão ao tribunal a quo ao ter decido que o tribunal que decretou a providência também tinha competência para decretar a inversão do contencioso.
C. Ao contrário do que o Tribunal a quo afirma na decisão objeto de recurso, a decisão de inversão do contencioso destina-se a obter a composição definitiva do litígio, evitando-se a duplicação desnecessária de procedimentos e acautelando-se, dessa forma, a tão aclamada economia processual.
D. Foi com esse intuito que as Recorridas solicitaram, no seu Requerimento Inicial, ao Tribunal a quo, que decretasse a inversão do contencioso (cfr. artigos 160.° e 177.° a 180.° do Requerimento Inicial).
E. É também isso que resulta, de forma expressa e inequívoca, da letra da lei, designadamente do artigo 369°, n.° 1 do CPC.
F. A consagração da inversão do contencioso foi uma das grandes novidades introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.° 41/2013, de 26 de junho.
G. Com a consagração da inversão do contencioso, a intenção do legislador foi a de alterar, por completo, o paradigma das providências cautelares: antes, o requerente tinha o ónus de propor a ação principal sob pena de caducidade da

providência provisoriamente decretada; agora, sendo decretada a inversão do contencioso, o requerido tem o ónus de propor a ação principal, sob pena de a providência cautelar se consolidar como composição definitiva do litígio,
H. A inversão do contencioso e, consequentemente, o paradigma associado aos procedimentos cautelares, não é viável se, por a tutela cautelar ser distinta da correspondente tutela definitiva, aquela não tiver a potencialidade de compor o litígio a título definitivo entre as partes.
I. É precisamente isso que sucede no caso dos autos: a composição definitiva do presente litígio só por decisão do Tribunal Arbitrai pode ser alcançada.
J. As partes, de forma live, esclarecida e de boa fé, decidiram atribuir competência exclusiva aos tribunais arbitrais para conhecerem e decidirem todas as questões e todos os litígios emergentes dos Contratos de Empreitada e respetivos Aditamentos.
K. Ao decidir como decidiu, pretendendo dirimir, com carácter definitivo, um litígio para o qual não tinha competência, o Tribunal *a quo* violou as cláusulas compromissórias constantes dos Contratos de Empreitada celebrados entre as partes.
L. Atento o teor da LAV, em particular os seus artigos, 7.° e 29.°, é indiscutível que o Tribunal a quo tinha competência para ordenar a tutela cautelar, ou seja, para no âmbito de uma providência cautelar, apreciar o pedido de restituição provisória da posse.
M. O que o Tribunal a quo já não poderia ter feito, porque isso implicaria (como implicou) a violação da cláusula compromissória, era ter decretado a inversão do contencioso, conhecendo, por essa forma, em definitivo do litígio entre as partes, emergente dos contratos entre estas celebrados.
N. Nestes termos, o artigo 29.°, n.° 2 da LAV e, bem assim, o artigo 7.° do mesmo diploma legal, têm que ser interpretados no sentido de que, no âmbito de causa atribuída em exclusivo à jurisdição arbitrai, os tribunais judiciais têm competência para ordenar a tutela cautelar, mas já não têm competência para decretar a inversão do contencioso, sob pena de violação da cláusula compromissória.
O. A decisão do Tribunal a quo que julgou improcedente a exceção dilatória de incompetência absoluta quanto à inversão do contencioso consubstancia violação das cláusulas compromissórias constantes de ambos os Contratos de Empreitada celebrados entre as partes, por preterir o Tribunal Arbitral Voluntário.
P. Nestes termos e com estes fundamentos, deverá a decisão proferida pelo Tribunal a quo ser revogada e substituída por outra que considere procedente a exceção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitrai voluntário.

Notificadas, as requeridas apresentaram contra-alegações, cujos fundamentos resumiram nas seguintes conclusões:
1) A figura da inversão do contencioso é indissociável da competência cautelar do tribunal estadual (nos termos dos art.°s 369.° e 371.° do CPC), uma vez que os pressupostos do regime jurídico da inversão apenas podem ser aferidos pelo juiz que decreta a providência;
2) Ainda que a figura da inversão do contencioso tenha sido criada posteriormente à última redacção do art.° 29.°, n.° 2, da LAV, uma interpretação actualista do preceito (à luz do disposto no art.° 9.°, n.° 1, do Código Civil) conduz precisamente à conclusão de que ali se deve incluir a possibilidade de inversão do contencioso, agora inserida no regime processual aplicável aos procedimentos cautelares e de natureza equivalente ao poder de decretar uma providência cautelar;
3) A inversão do contencioso tem como consequência imediata, não a composição definitiva do litígio, mas apenas a determinação de que será a Requerida quem tem o ónus de instaurar a acção principal;
4) No instituto da inversão do contencioso está apenas em causa uma alteração do ónus da propositura da acção principal, que deixa de ser do requerente da providência cautelar, para passar a ser do requerido;
5) A inversão do contencioso mantém sempre a possibilidade de o Requerido instaurar acção principal perante o tribunal arbitral, caso entenda ser esse o tribunal competente para o efeito;
6) A Recorrente poderá não instaurar essa acção, transformando-se a providência cautelar, por essa via, numa decisão definitiva;
7) Se assim acontecer, será por vontade única e exclusiva da própria Recorrente, que, independentemente de qualquer procedimento cautelar ante causam, sempre poderá optar por exercer, ou não, o direito de acção arbitral;
8) Se a Recorrente optar por não instaurar a acção principal e, por via dessa sua conduta omissiva, a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio (nos termos do art.° 371.°, n.° 1, parte final, do CPC), tal consequência apenas será imputável à Recorrente;
9) A Recorrente não pode vir arguir a incompetência do Tribunal a quo para proferir decisão com um sentido cujo efeito apenas depende da vontade daquela, o que seria um comportamento abusivo da Recorrente, na modalidade do *venire contra factum proprium*;
10) Não existe qualquer violação da cláusula compromissória e justifica-se a manutenção da decisão do Tribunal a quo, de 16/09/2021, que julgou improcedente a excepção dilatória da incompetência absoluta no que tange à inversão do contencioso.
O Tribunal *a quo* admitiu o recurso, que qualificou como de apelação, com

subida imediata, nos próprios autos e efeito meramente devolutivo.
Remetidos os autos a este Tribunal da Relação e nele recebidos, o relator proferiu despacho determinando que os autos voltassem à primeira instância para apreciação de incidente de justo impedimento deduzido pela apelante no requerimento de interposição de recurso, no qual a mesma pugnava pela tempestividade do recurso sem obrigação de pagar a multa a que se reporta o art. 139º, nº 5, isto apesar de as alegações de recurso terem dado entrada no tribunal no dia subsequente ao termo do prazo para recorrer.
Voltando os autos ao Tribunal *a quo*, pelo mesmo foi proferida decisão julgando verificada a invocada situação de justo impedimento e, consequentemente, reiterando o decidido no despacho de admissão liminar do recurso.
Remetidos os autos, de novo, a este Tribunal, o relator proferiu despacho admitindo o recurso, e confirmando o regime que lhe havia sido atribuído pelo Tribunal *a quo*, após o que foram colhidos os vistos.
2. Objeto do recurso
Conforme resulta das disposições conjugadas dos arts. 635º, n.º 4 e 639º, n.º 1 do CPC, é pelas conclusões que se delimita o objeto do recurso, seja quanto à pretensão dos recorrentes, seja quanto às questões de facto e de Direito que colocam[2]. Esta limitação dos poderes de cognição do Tribunal da Relação não se verifica em sede de qualificação jurídica dos factos ou relativamente a questões de conhecimento oficioso, desde que o processo contenha os elementos suficientes a tal conhecimento (cfr. art. 5º n.º 3 do CPC).
Não obstante, a este Tribunal está vedado apreciar questões que não tenham sido anteriormente apreciadas porquanto, por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas[3].
Como se afere da leitura das contra-alegações de recurso apresentadas pelas apeladas, as mesmas invocaram a contra-exceção[4] do abuso do direito[5].
Tal exceção foi invocada apenas nas contra-alegações de recurso, pelo que a oportunidade dessa invocação poderá ser questionada.
Como é sabido, o abuso do direito obsta ao exercício do mesmo, ou seja, constitui uma causa impeditiva, pelo que configura uma exceção perentória – arts. 334º do CC, e 576º, nº 3 do CPC.
Contudo, estabelece o art. 573º do nº 1 do CPC que “toda a defesa deve ser deduzida na contestação, excetuados os incidentes que a lei mande deduzir em separado”, acrescentando o nº 3 do mesmo preceito que “Depois da contestação só podem ser deduzidas as exceções, incidentes, e meios de defesa que sejam supervenientes, ou que a lei expressamente admita passado esse momento, ou de que se deva conhecer oficiosamente”.
O preceito citado consagra o *princípio da concentração da defesa*, do qual

decorre que o demandado deve deduzir na contestação ou oposição todos os meios de defesa que tenha ao seu alcance, sob pena de preclusão dos mesmos.
Não obstante, a lei processual consagra quatro exceções a esse princípio:
- os incidentes que devem ser deduzidos em separado;
- os meios de defesa supervenientes, ou seja, os fundados em factos que se verifiquem depois de esgotado o prazo para contestar ou deduzir oposição (superveniência objetiva), ou de que o demandado só tenha conhecimento depois de esgotado esse prazo (superveniência subjetiva);
- os meios de defesa que a lei expressamente admita após tal momento;
- os meios de defesa de que o Tribunal deva conhecer oficiosamente.
Como decorrência deste princípio, a doutrina e a jurisprudência têm sublinhado que os recursos não servem para apreciar questões (de direito ou de facto) novas, mas apenas reapreciar questões já debatidas.

Nessa medida, bem aponta ABRANTES GERALDES[6], "A natureza do recurso como meio de impugnação de uma anterior decisão judicial, determina uma outra importante limitação ao seu objeto decorrente do facto de, em termos gerais, apenas poder incidir sobre questões que tenham sido anteriormente apreciadas, não podendo confrontar-se com questões novas.
Na verdade, os recursos constituem mecanismos destinados a reapreciar decisões proferidas, e não a analisar questões novas, salvo quando, nos termos já referidos, estas sejam de conhecimento oficioso e, além disso, o processo contenha os elementos imprescindíveis. Segundo a terminologia proposta por Teixeira de Sousa, podemos concluir que tradicionalmente temos um modelo de reponderação que vis o controlo da decisão recorrida, e não um modelo de reexame que permita a repetição da instância no tribunal de recurso."

Por seu turno sustenta FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA[7]: "No nosso sistema processual (no que concerne à apelação e à revista) predomina o «esquema do recurso de reponderação: o objeto do recurso é a decisão impugnada, encontrando-se à partida, vedada a produção de efeitos jurídicos "ex-novo". Através do recurso, o que se visa é a impugnação de uma decisão já *ex ante* proferida, que não o julgamento de uma qualquer questão nova."

RUI PINTO[8] sintetiza os efeitos práticos do sistema de reponderação nos seguintes termos: "não se admitem nem novos factos, nem novos fundamentos de ação ou de defesa, nem novas provas. A estes recursos dá-se a qualificação de recursos de reponderação: a decisão impugnada é reavaliada no quadro do seu próprio objeto e em razão dos seus vícios específicos, pelo que o objeto do pedido é na parte da revogação a própria decisão e na substituição a matéria que fora objeto da decisão revogada, tal e qual fora conhecida pelo tribunal *a quo*."

Este entendimento foi amplamente acolhido pela jurisprudência. Como se refere no ac. STJ de 07-07-2016 (Gonçalves Rocha), p.156/12.0TTCSC.L1.S1, "Efetivamente, e como é entendimento pacífico e consolidado na doutrina e na Jurisprudência, não é lícito invocar nos recursos questões que não tenham sido objeto de apreciação da decisão recorrida, pois os recursos são meros meios de impugnação das decisões judiciais pelos quais se visa a sua reapreciação e consequente alteração e/ou revogação". – No mesmo sentido, cfr. RC 14-01-2014 (Mª Inês Moura), p. 154/12.3TBMGR.C1, e RP 16-10-2017 (Miguel Baldaia de Morais), p. 379/16.2T8PVZ.P1.
Mas precisamente porque a lei processual admite a invocação de exceções de conhecimento oficioso após a contestação, a jurisprudência tem sublinhado que essas questões podem ser suscitadas apenas em sede de recurso – neste sentido cfr. ac. STJ 17-11-2016 (Ana Luísa Geraldes), p. 861/13.3TTVIS.C1.S2.
No caso em apreço, é inegável que só nas alegações de recurso é que as requerentes e ora apeladas vieram suscitar a contra-exceção de abuso do direito.
Contudo, a jurisprudência tem entendido que colhendo a figura do abuso de direito o seu fundamento em princípios de ordem pública (art. 334º do CC), a mesma constitui uma exceção de conhecimento oficioso (art. 579º do CPC), e que por tal razão pode ser invocada pela primeira vez em sede de alegações perante a Relação, no âmbito de recurso de apelação [vd. acs. STJ 01-07-2004 (Salvador da Costa), p. 04B4671; STJ 28-11-2013 (Salazar Casanova), p. 161/09.3TBGDM.P2.S1; STJ 14-07-2018 (João Camilo), p. 1530/15.5T8STS-C.P1.S1; e STJ 12-07-2018 (Rosa Ribeiro Coelho), p. 2069/14.1T8PRT.P1.S1], ou mesmo perante o Supremo em alegações de recurso de revista [cfr. ac. STJ 04-04-2002 (Araújo de Barros), p. 02B749].
Assim sendo, cumpre conhecer da invocada exceção de abuso do direito.
No caso em análise, considerando o teor das alegações de recurso apresentadas pela recorrente, e as contra-alegações apresentadas pelas recorridas, as questões a apreciar e decidir são as seguintes:
- Se se verifica a incompetência material do Tribunal para decretar a inversão do contencioso;
- Em caso afirmativo, se tal invocação configura abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*.
3. Fundamentação
3.1. Os factos
A decisão recorrida não contêm qualquer elenco de factos provados e não provados.
Não obstante, face à prova documental junta aos autos de procedimento cautelar por apenso ao qual correm termos estes autos de apelação em

separado, consideramos indiciariamente provados, para efeitos de apreciação da exceção de incompetência material invocada pela apelante os seguintes factos:
1. O prédio descrito na Conservatória do Registo Predial de Lisboa, sob o n° 0000/ 20020312, da freguesia de Santa Maria dos Olivais, composto por lote de terreno para construção, em construção um edifício destinado a hotel, com 16 pisos acima do solo, 2 dos quais de embasamento e 5 pisos abaixo do solo, mostra-se inscrito a favor da 1a Requerente, por compra na proporção de 1/2, em 08-01-2007, pela Ap. 34, e por permuta na proporção de 1/2, em 13-08-2008, pela Ap. 17.
2. O prédio descrito na Conservatória do Registo Predial de Lisboa, sob o n° 0000/ 20080305, da freguesia de Santa Maria dos Olivais, composto por lote de terreno para construção, em construção um edifício destinado a hotel, com 15 pisos acima do solo, 2 dos quais de embasamento e 5 pisos abaixo do solo, mostra-se inscrito a favor da 2a Requerente, por compra na proporção de 1/2, em 08-01-2007, pela Ap. 34, e por permuta na proporção de 1/2, em 13-08-2008, pela Ap. 16.
3. Em 29-11-2016, a 1ª requerente (na qualidade de "dono da obra") e a requerida (na qualidade de "empreiteiro") celebraram um acordo escrito nos termos do qual acordaram na execução de um empreendimento turístico de tipo Hotel, com a categoria de cinco estrelas, no prédio referido em 1., mediante contrapartida no valor de 17.343.274,57€
4. Em 29-11-2016, a 2ª requerente (na qualidade de "dono da obra") e a requerida (na qualidade de "empreiteiro") celebraram um acordo escrito nos termos do qual acordaram na execução de um empreendimento turístico de tipo Hotel, com a categoria de três estrelas, no prédio referido em 2., mediante contrapartida no valor de 15.056.725,43€.
5. Em 04-12-2018 a 1ª requerente e a requerida celebraram um acordo escrito intitulado "2º Aditamento a contrato de empreitada celebrado a 29 de Novembro de 2016" no qual estipulara diversas cláusulas para complemento do acordo referido em 3., e na qual incluíram uma cláusula com o seguinte teor:
"Cláusula Segunda
(Resolução de conflitos)
1. As PARTES acordam que em alteração ao disposto na Cláusula Trigésima Sétima do Contrato todas as questões e litígios emergentes do Contrato e do presente Aditamento, nomeadamente os que resultem da sua interpretação, aplicação ou integração serão submetidos a um Tribunal Arbitral.
2. O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros (cada parte designando um árbitro e o árbitro-presidente sendo cooptado pelos 2 árbitros

designados pelas PARTES ou, na ausência de acordo deles, pelo Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa), constituído e a funcionar nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro), com sede no Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria de Lisboa). O Tribunal Arbitral decidirá segundo o direito constituído e da decisão arbitral caberá recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.
3. Caso haja lugar à constituição de mais do que um Tribunal Arbitral ao abrigo do Contrato e ou do Aditamento, as PARTES aceitam que não poderá haver lugar à designação de qualquer dos árbitros, incluindo o Árbitro-Presidente, designados ou escolhidos em procedimento arbitral anterior, ainda que o mesmo já se encontre extinto."
6. Em 04-12-2018 a 2ª requerente e a requerida celebraram um acordo escrito intitulado "2º Aditamento a contrato de empreitada celebrado a 29 de Novembro de 2016" no qual estipularam diversas cláusulas para complemento do acordo referido em 4., e na qual incluíram uma cláusula com o seguinte teor:
"Cláusula Segunda
(Resolução de conflitos)
1. As PARTES acordam que em alteração ao disposto na Cláusula Trigésima Sétima do Contrato todas as questões e litígios emergentes do Contrato e do presente Aditamento, nomeadamente os que resultem da sua interpretação, aplicação ou integração serão submetidos a um Tribunal Arbitral.
2. O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros (cada parte designando um árbitro e o árbitro-presidente sendo cooptado pelos 2 árbitros designados pelas PARTES ou, na ausência de acordo deles, pelo Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa), constituído e a funcionar nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro), com sede no Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria de Lisboa). O Tribunal Arbitral decidirá segundo o direito constituído e da decisão arbitral caberá recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.
3. Caso haja lugar à constituição de mais do que um Tribunal Arbitral ao abrigo do Contrato e ou do Aditamento, as PARTES aceitam que não poderá haver lugar à designação de qualquer dos árbitros, incluindo o Árbitro-Presidente, designados ou escolhidos em procedimento arbitral anterior, ainda que o mesmo já se encontre extinto."
A demonstração dos factos acima enunciados emerge dos seguintes meios de prova:
1.: Documento nº 3 junto com o requerimento inicial;
2.: Documento nº 4 junto com o requerimento inicial;
3.: Documento nº 7 junto com o requerimento inicial;

4.: Documento nº 8 junto com o requerimento inicial;
5.: Documento nº 9 junto com o requerimento inicial;
6.: Documento nº 10 junto com o requerimento inicial.

Os documentos nºS 3 e 4 são certidões de registo predial, ao passo que os restantes são cópias dos contratos celebrados entre as partes, que ostentam assinaturas imputadas às mesmas, e que nenhuma delas impugnou.
Nesta conformidade, os apontados documentos gozam de força probatória plena relativamente aos factos que demonstram – arts. 371º, 374º e 376º do CC.
3.2. Os factos e o Direito
3.2.1. Da exceção de incompetência por preterição de tribunal arbitral
Estabelece o art. 1º, nº 1 da Lei da Arbitragem Voluntária[9] que "Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão dos árbitros.
Por seu turno esclarece o nº 3 do mesmo preceito que a convenção de arbitragem se pode revestir de uma de duas formas: o *compromisso arbitral*, que tem por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um Tribunal estadual, e a *cláusula compromissória*, que visa eventuais litígios futuros emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual.
A preterição de tribunal arbitral, ajustado em convenção de arbitragem nos termos supra expostos, gera o vício da incompetência absoluta, nos termos do disposto no art. 96º, al. b) do CPC.
Por seu turno, a incompetência absoluta constitui uma exceção dilatória, insuprível e de conhecimento oficioso, que dá lugar ao indeferimento liminar da petição inicial (nos casos em que este despacho pode ser proferido), ou à absolvição do réu da instância – arts. 576º, nºs 1 e 2, al. a); 577º, al. a); 579º, e 99º, nº 1, todos do CPC.
Em consonância, estipula o art. 5º, nº 1 da LAV que "O tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolve-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, ou se tornou ineficaz ou é inexequível."
Não obstante, estabelece o art. 7º da LAV que "não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal."
Em consonância com tal disposição, estatui o art. 29º da LAV que "os tribunais

estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram. nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais."
No caso em apreço, é incontroverso que cada uma das requerentes celebrou com a requerida um contrato de empreitada, e que cada um dos referidos contratos contém uma cláusula compromissória, o que significa que a competência para a apreciação de litígios emergentes dos referidos contratos foi atribuída a tribunal arbitral.
Não obstante, resulta da leitura dos articulados que ambas as partes aceitam pacificamente que os tribunais estaduais têm competência para a apreciação de procedimentos cautelares nas quais se discutam questões relacionadas com aqueles contratos, pelo que existe consenso quanto à competência do Tribunal *a quo* para a apreciação do presente procedimento cautelar.
Mais emerge dos articulados que as partes aceitam pacificamente que a competência para apreciar a ação de que o presente procedimento cautelar constitui preliminar poderá considerar-se abrangida pelas cláusulas compromissórias ajustadas nos contratos de empreitada que outorgaram, dado que nas mesmas se discutirão os direitos de propriedade das requerentes sobre os imóveis a que se reportam os presentes autos e a posse que as mesmas mantêm sobre tais imóveis, e por outro lado, o direito de retenção invocado pela requerida, decorrente de alegado incumprimento da obrigação de pagar parte do preço de cada uma das empreitadas.
As partes divergem, contudo, quanto à solução a dar à questão de saber se o tribunal *a quo*, enquanto tribunal estadual, tem competência para apreciar o pedido de decretamento da inversão do contencioso, nos termos e para os efeitos previstos no art. 369º do CPC.
Vejamos então.
Estabelece o nº 1 do mencionado preceito que "Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio."
O mecanismo da inversão do contencioso constitui assim uma exceção ao princípio geral de que o procedimento cautelar configura uma forma provisória de composição de litígios, na dependência de uma ação declarativa ou executiva nos termos da qual se opere a composição definitiva do dissídio entre as partes.
Isso mesmo decorre igualmente do estatuído no art. 364º, nº 1 do CPC que,

afirma tal regra ressalvando a apontada exceção, nos seguintes termos:
“Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.”
Relevante na delimitação do regime da inversão do contencioso é ainda o estatuído no art. 371º, nº 1 do CPC nos termos do qual “Sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova, logo que transitada em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.”
Finalmente releva também o art. 376º, nº 4 do CPC, que estabelece que “o regime da inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse (…).”
Refletindo sobre a matéria da inversão do contencioso diz MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA[10]:
“(…) o consagração da inversão contencioso - isto é. da possibilidade de a tutela cautelar se transformar em tutela definitiva (cf. art. 369.°, n.° 7) - significa uma rutura com uma longa tradição histórica”.
Como salienta a apelante, o mecanismo da inversão do contencioso foi introduzido no processo civil português no CPC2013, aprovado pela Lei n.° 41/2013, de 26 de junho.
E, como igualmente salienta a apelante, na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 113/XII, que veio a dar origem à Lei 41/2013, que aprovou o CPD 2013, referia-se que “Quanto à disciplina dos procedimentos cautelares, quebra-se o princípio segundo a qual estes são sempre dependência de uma causa principal, proposta pelo requerente para evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício, evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da acão principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar - obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efetivamente opunha as partes.
Para alcançar tal objetivo, consagra-se o regime de inversão do contencioso, conduzindo a que em determinadas situações, a decisão cautelar se possa consolidar como definitiva na composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em ação por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar

não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade»
(…)
Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado com a admonição de que, querendo, deverá intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como solução definitiva do litígio."
Nesta medida sublinha MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA[11] que "«(...) decretada a inversão do contencioso e não tendo o requerido proposto a ação de impugnação, a tutela cautelar convola-se *ex lege* em tutela definitiva». Por essa razão, acrescenta o mesmo Autor que «(...) tem de se extrair que a providência decretada se possa substituir à tutela definitiva que o requerente da providência poderia solicitar na acão principal se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso."
Não obstante, como sublinham as apeladas, a solução consagrada no CPC2013 distingue-se daqueloutras que haviam sido implementadas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Art. 121º) ou no Regime Processual Civil Experimental, porquanto os mecanismos consagrados nestes dois diplomas tornavam *automaticamente* a decisão do procedimento cautelar em decisão definitiva do litígio.
Diferentemente, na solução consagrada no CPC2013, a inversão do contencioso não tem tal efeito automático, antes desloca o ónus de intentar a ação destinada à composição definitiva do litígio da esfera do requerente para aqueloutra do requerido (art. 371º, nº 1 do mesmo preceito).
Tal significa que no regime do CPC só a eventual inércia do requerido em intentar a ação destinada a efetuar a composição definitiva do litígio confere definitividade à decisão do procedimento cautelar.
Neste sentido, sublinha RITA LYNCE DE FARIA[12]: ""(...) relativamente a soluções como as do art. 16.°, do RPCE, a proposta da Comissão parece ter a vantagem de evitar a subversão do espírito do procedimento cautelar, uma vez que as partes poderão ainda inverter a sucumbência por meio da propositura da acção principal.
(…)
Em rigor, uma solução como a da inversão do contencioso acaba por não permitir alcançar resposta cabal para a principal preocupação que a motiva: a duplicação desnecessária entre acção principal e procedimento cautelar".
A esta luz se entende o exposto por LEBRE DE FREITAS E ISABEL ALEXANDRE[13], quando referem que "a obtenção de decisão definitiva no procedimento cautelar exige uma omissão do requerido, consistente na não

proposição da ação principal no prazo a que alude o art. 371-1, na não promoção dos termos desta ou na não proposição de nova ação após a absolvição da instância (art. 371-2)".

No mesmo sentido sustenta MARCO CARVALHO GONÇALVES[14]: «No que diz respeito a este regime, Miguel Teixeira de Sousa salienta que a providência cautelar não deixa de ser instrumental perante a tutela definitiva. Muito pelo contrário, a providência cautelar consolida-se como definitiva em virtude da inação do requerido, "deixando de ser um instrumento de uma posterior tutela definitiva e passando a ser a própria tutela definitiva". Trata-se, seguindo de perto o citado Autor, de uma solução vantajosa para o requerido da providência cautelar, na medida em que lhe atribui o "ónus de definir a situação num prazo curto, evitando, assim, a subsistência de uma tutela provisória com uma duração ilimitada: o requerido ou impugna a providência decretada, procurando evitar a sua consolidação, ou não impugna essa providência, permitindo a consolidação da providência cautelar como tutela definitiva."

Finalmente, e com respeito ao ónus de intentar a ação destinada à composição definitiva do litígio, chamemos à colação os ensinamentos de ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA, E LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA[15]:

"4. A ação principal cuja instauração passa a constituir um ónus do requerido visa impugnar a existência do direito acautelado, o que tanto pode traduzir-se na formulação de um pedido de declaração de que não existe o direito que foi objeto de tutela cautelar, como de um pedido de reconhecimento de um direito materialmente incompatível com os efeitos que decorrem da inversão do contencioso, isto é, com a consolidação da providência como composição definitiva do litígio. Quando assim for, o requerido fará valer uma pretensão própria, assente na invocação da titularidade de um direito. Ou então, deduzirá arguição com natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito acautelado. Exemplo do primeiro caso: tendo havido restituição provisória da posse com inversão do contencioso, o requerido, na ação principal, pede o reconhecimento do seu direito de propriedade (Art. 342º, nº 1 do CC). Do segundo caso: a pretexto doe direito contratual à entrega de uma coisa, o requerente obtém providência nesse sentido, com inversão do contencioso; na ação principal invoca a invalidade do contrato.

5. Na apreciação do mérito da referida ação subsequente à inversão do contencioso, o juiz não está vinculado pelo juízo formulado aquando da decisão cautelar e de inversão do contencioso (art. 364º, nº 4). Mesmo que esta tenha sido sustentada numa convicção segura sobre a existência do direito, tal não afeta a possibilidade de inverter esse juízo através de factos e meios de prova que venham a ser alegados e apresentados na ação proposta

pelo requerido. Aliás, a ação que seja instaurada pelo requerido suportará qualquer resultado que se inscreva nos limites objetivos do pedido formulado, podendo conduzir à improcedência total ou parcial ou a uma decisão intermédia que fixe definitivamente a amplitude do direito que é reconhecido.
6. Independentemente do conteúdo da decisão que seja proferida na ação principal, a partir do respetivo trânsito em julgado verifica-se a caducidade da providência decretada, que é prejudicada ou substituída pela sentença proferida, conforme tal ação seja julgada, respetivamente, procedente ou improcedente."
À luz destes ensinamentos cumpre agora apreciar o litígio dos autos.
E fazendo-o, diremos que o mecanismo da inversão do contencioso de forma alguma inviabiliza que a composição definitiva do litígio entre as partes ao Tribunal tenha lugar no Tribunal arbitral.
Para tanto, bastará à requerida intentar essa ação arbitral, nos termos previstos no art. 371º, nº 1 do CPC.
Uma tal ação poderá ser uma ação de simples apreciação negativa, destinada a declarar que as autoras não são proprietárias dos imóveis dos aautos e/ou não são possuidoras dos mesmos, ou ainda que não têm por outra qualquer razão, direito à restituição dos mesmos, ou ainda uma ação de simples apreciação positiva, destinada a reconhecer o direito de retenção que a requerida invocou sobre os dois imóveis a que se reportam os presentes autos.
É certo que se poderá objetar que a decisão cautelar poderá vir a assumir efeitos de composição definitiva do litígio entre as partes. Mas tal só sucederá se a requerida não intentar a ação a que se refere o art. 371º, nº 1 do CPC, nada obstando a que o faça no Tribunal arbitral.
Daqui decorre que o regime da inversão do contencioso em nada bule com o regime consagrado nos arts. 7º e 29º da LAV, na medida em que o Tribunal arbitral mantém competência para apreciar a ação destinada à composição definitiva do litígio, nos termos previstos na cláusula compromissória.
Só assim não será se a requerida não intentar tal ação.
Mas se o não fizer, só poderá queixar-se de si própria.
Aqui chegados, importa ainda sublinhar que não assiste razão à apelante em sustentar que os arts. 7º e 29º da LAV devem ser interpretados com a amplitude que os mesmos tinham antes da entrada em vigor do CPC2013, dado que o CPC1961 não continha qualquer mecanismo semelhante à inversão do contencioso.
Na verdade, é pacífico o entendimento de que a interpretação da lei deve fazer-se numa perspetiva *objetivista* e *atualista*, o que implica considerar o contexto legislativo vigente no momento em que o intérprete é desafiado a determinar o sentido e alcance do Direito que interpreta.

Por isso, tal operação não pode deixar de ter com consideração o regime da inversão do contencioso consagrado no CPC2013.
Termos em que, sem necessidade de quaisquer outros considerandos, se conclui que o Tribunal a quo é competente para decretar a inversão do contencioso, improcedendo, por isso, a invocada exceção e incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral.
3.2.2. Do abuso do direito
Como resulta do exposto no relatório, a questão do abuso do direito foi invocada pela apelada como contra-exceção, dirigida à "neutralização" do efeito decorrente da eventual procedência da exceção de incompetência por preterição do tribunal arbitral.
Concluindo este Tribunal pela improcedência da mencionada exceção, fica prejudicada a apreciação da contra-exceção de abuso do direito – art. 608º, nº 2, 2ª parte, aplicável ex vi do art. 663º nº 2, ambos do CPC.
3.2.3. Síntese conclusiva
Em face do exposto, conclui-se pela total improcedência da presente apelação.
3.2.4. Das custas
Nos termos do disposto no art. 527º, nº 1 do CPC, "A decisão que julgue a ação ou algum dos seus incidentes ou recursos condena em custas a parte que a elas houver dado causa ou, não havendo vencimento da ação, quem do processo tirou proveito."
No caso em apreço, face à total improcedência da presente apelação, é manifesto que quem deu causa à instância recursal foi a apelante, pelo que deve a mesma suportar as inerentes custas.

4. Decisão
Pelo exposto, acordam os juízes nesta 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa em julgar a presente apelação improcedente, confirmando a decisão recorrida.
Custas pela apelante. [16]

Lisboa, 21 de dezembro de 2021
Diogo Ravara
Ana Rodrigues da Silva
Micaela Sousa

---

[1] Refª

[2] Neste sentido cfr. Abrantes Geraldes, *"Recursos no Novo Código de Processo Civil"*, 5ª Ed., Almedina, 2018, pp. 114-116.

[3] Vd. Abrantes Geraldes, ob. cit., p. 116.

[4] Falamos em contra-exceção, na medida em que a mesma tem por objeto a exceção de incompetência material.

[5] Cfr. conclusão 9).

[6] Ob. cit., p. 119.

[7] *"Direito Processual Civil"*, Vol. II, 2.ª Ed., Almedina, 2019, p. 468.

[8] "O Recurso Civil. Uma Teoria Geral", AAFDL, 2017, p. 69.

[9] Aprovada pela Lei nº 63/2011, de 14-12, e adiante designada pela sigla "LAV".

[10] *"As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso"*, p. 2, disponível no seguinte endereço: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf

[11] Ob. cit., pp. 7-8.

[12] *"Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil"* in Revista do Ministério Público, cadernos, 11, 20123, p. 57.

[13] *"Código de Processo Civil Anotado"*, vol. 2, 4ª ed. Almedina, 2019 pp. 47-48.

[14] *"Providências cautelares"*, 4ª ed., Almedina, 2019, pp. 163-164.

[15] *"Código de Processo Civil Anotado"*, vol. I, Almedina, 2018, pp. 436-437.

[16] Decisão produzida por meios informáticos, com aposição de assinatura eletrónica – vd. certificado aposto no canto superior esquerdo da primeira página.