

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 3859/2008-7

Relator: ARNALDO SILVA

Sessão: 10 Fevereiro 2009

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: AGRAVO

Decisão: IMPROCEDENTE

PRETERIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL

COMPETÊNCIA

CONVENÇÃO ARBITRAL

NULIDADE

Sumário

1. No julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário o tribunal judicial se deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.
2. A decisão do tribunal judicial só vincula o tribunal arbitral quando se verificar a manifesta nulidade da convenção de arbitragem. Caso contrário, vale o princípio da Kompetenz-Kompetenz do árbitro (art.º 21º, n.º 1 da LAV). «Se o tribunal arbitral se considerar incompetente, a acção pode ser novamente proposta no tribunal judicial que se deve considerar vinculado à decisão do tribunal arbitral sobre a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o tribunal arbitral se considerar competente a sua decisão não vincula o tribunal judicial, mas este só pode apreciar a questão depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa em acção de anulação, recurso ou oposição à execução da decisão arbitral [art.ºs 21º, n.º 4 e 27º, n.º 1 al. b) da LAV]».
3. «A competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente. Mas não é frequente que a competência atribuída ao tribunal arbitral seja concorrente com a dos tribunais legalmente competentes».
4. Tendo sido uma excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário (excepção dilatória não de conhecimento oficioso - art.º 495º do Cód. Proc. Civil) e não se estando perante um caso de convenção de arbitragem manifestamente nula (art.º 12º, n.º 5 da LAV), não tem o tribunal judicial

jurisdição para conhecer das questões prévias suscitadas pelas autoras na réplica antes do julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário.

(sumário do Relator)

Texto Integral

Acordam os juízes, em conferência, na 7.ª Secção Cível, do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. Relatório:

1. Na sua contestação, a ré arguiu a excepção de preterição do tribunal arbitral dizendo que a presente acção tem por objecto a interpretação da cláusula 2.ª, n.º 5, do Acordo-Quadro, celebrado entre as partes em 24 de Junho de 1999, visando afinal ao condenação da ré no pagamento de determinada quantia que resultará do não cumprimento desse mesmo acordo, na óptica da autor, e, que no âmbito do referido acordo foi acordado submeter este litígio a arbitragem, seguindo os tramites estabelecidos na cláusula 9.ª do referido Acordo-Quadro.

E concluiu pela preterição de tribunal arbitral voluntário, e pela sua absolvição da instancia.

Na réplica, a autora disse que a ré revogou a convenção de arbitragem quando na carta de 25 de Janeiro de 2007, junta a fls. 195 e em resposta à carta da autora de 12-01-2007, junta a fls. 193, refere que “Deste modo, tal como já vos tinha sido comunicado pelos nossos advogados __ mais precisamente, pelo Ex.mo Senhor “A” __ e na linha do que ficou referido atrás, não parece à “B” pertinente o recurso aos institutos da mediação ou da arbitragem”. Referiu também que tal revogação foi aceite pela autora através da interposição da presente acção, e que a cláusula de arbitragem é alternativa não tendo por efeito excluir a jurisdição dos tribunais comuns. Invocou ainda a caducidade e a nulidade da convenção arbitral. A caducidade por ter decorrido o prazo de 15 dias referido na mencionada cláusula e a nulidade porquanto o estabelecimento de um prazo de caducidade violaria os direitos que a lei confere ao credor, o qual ficaria, desta forma, privado do recorrer a qualquer meio judicial de efectivação dos seus direitos.

E concluiu pela competência do tribunal comum.

*

2. No despacho saneador foi julgada procedente a excepção a excepção de preterição do tribunal arbitral e, em consequência, absolveu a ré da instância e condenou a autora em custas, em síntese, com base nos seguintes fundamentos:

«A violação da convenção de arbitragem, através da qual as partes se tenham obrigado a recorrer a árbitros para composição dos litígios que entre elas existam (cfr. o art.º 1º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29-08), mediante a propositura de acção em tribunal judicial, constitui uma excepção dilatória, que implica a absolvição da instância [art.ºs 494º al. j); 493º, n.º 2 e 288º do Cód. Proc. Civil]. Excepção esta que só pode ser arguida por quem for parte na convenção de arbitragem e na acção proposta no tribunal comum, e que não é de conhecimento officioso.

De acordo com o art.º 2º, n.º 4 do da LAV (Lei n.º 36/86, de 29-08) admite-se a revogação da convenção de arbitragem, por escrito assinado pelas partes até à pronúncia da decisão arbitral. Quanto à autora, não há dúvidas de que renunciou à convenção de arbitragem. Quanto à ré não nos parece que tenha renunciado, porque, quer na apontada carta de 25-01-2007, em resposta à carta da autora de 12-01, quer nesta, nenhuma das partes faz referência à convenção de arbitragem fixada no contrato. Pelo contrário, das referidas cartas parece transparecer que as partes puseram a hipótese de recurso a uma entidade diferente que mediasse o diferendo e sugerisse ou determinasse uma solução para o caso. Ora, daqui transparece que não se trata da mesma entidade estabelecida na cláusula nona do Acordo-Quadro, uma vez que nesta tudo ficou estabelecido quanta a sua composição e funcionamento.

Por outro lado, da cláusula nona do referido Acordo resulta que a decisão do tribunal arbitral seria vinculativa enquanto, de acordo com as referidas missivas, a decisão desta outra entidade podia ou não ser vinculativa, ou ter penas a natureza de recomendação, conforme tal viesse a ser convencionado entre a G e a “B”. Por outro, importa ter presente, que de acordo com o art.º 11º, n.º 1 da LAV, “a parte que pretenda instaurar o litígio no tribunal arbitral deve notificar desse facto a parte contrária”, notificação essa que não ocorreu no caso dos autos.

Entendemos pois que, quando a ré diz na sua carta de 25 de Janeiro de 2007, “(...) não parece à “B” pertinente o recurso aos institutos da mediação ou da arbitragem” esta a referir-se a sugestão apresentada pela autora de nomeação de entidade diversa daquela que havia sido acordada na convenção de arbitragem, não podendo daí ser retirada a conclusão de que procedeu a revogação da convenção de arbitragem estipulada na cláusula nona do Acordo-Quadro.

Atendendo às questões invocadas pela autora, coloca-se a questão de saber se,

para decidir sobre a procedência ou improcedência da exceção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal comum tem de apreciar a validade e eficácia da convenção de arbitragem ou se, basta a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula. Das duas teses em confronto, a que melhor se ajusta à lei portuguesa vigente em matéria de arbitragem (art.º 21º da LAV) é aquela que se basta com a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula. Assim, no domínio da LAV e concretamente de acordo com o art.º 21º, n.º 4, da referida Lei, o juízo sobre a questão de saber se a convenção de arbitragem é inoperante, quer por ser inválida, quer por ser ou se ter tornado ineficaz, compete, antes de mais, ao árbitro. Só depois de ele se pronunciar, julgando-se incompetente ou conhecendo de mérito, é que o tribunal comum pode conhecer da questão da competência do árbitro e, só em sede de impugnação da decisão arbitral.

Para que se verifique a exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral basta que se alegue e prove ao tribunal judicial a existência de convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula ou ineficaz e que seja apenas susceptível de vincular as partes no litígio e de conter tal litígio no seu objecto.

Tendo em conta o sobredito, as questões invocadas pela autora e relativas a caducidade da cláusula e a validade desta estão subtraídas à jurisdição do juiz, devendo ser apreciadas pelo árbitro, excepto se for manifesta a nulidade, ou a inaplicabilidade da convenção de arbitragem por caducidade, caso em que o juiz pode declara-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a exceção, de acordo com o disposto no art.º 12º, n.º 5 da LAV.

Volvendo ao caso em apreço, e tendo em consideração o que precede, forçoso é concluir que não existe qualquer nulidade manifesta da cláusula de arbitragem estabelecida no Acordo-Quadro uma vez que o litígio em causa não está submetido por lei especial ao tribunal judicial ou a arbitragem necessária e também não respeita a direitos indisponíveis (art.º 1º, n.º 1 da Lei n.º 31/86). Assim, e uma vez que no Acordo-Quadro foi fixada uma cláusula de arbitragem forçoso é concluir pela procedência da exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, o que implica a absolvição da instância de acordo com os art.ºs 493º, n.ºs 1 e 2, e 494º, al. j), do Cód. Proc. Civil».

*

3. Inconformadas agravaram as autoras. Nas suas alegações, em síntese, e sistematização nossa, concluem:

1.ª O Tribunal *a quo* apenas conheceu da questão da revogabilidade da convenção arbitral e não apreciou questões prévias relativas à apreciação da validade ou eficácia da convenção arbitral, e que deveria ter conhecido antes

de se ter julgado incompetente para conhecer da validade ou eficácia da mesma;

2.^a Ainda que se admitisse que a consagração do princípio geral da *Kompetenz-Kompetenz* no âmbito do art.º 21º da LAV obstava ao conhecimento das questões relativas à apreciação da validade e eficácia da convenção arbitral, este princípio não obstava a que fossem conhecidas as questões prévias à apreciação da mesma validade e eficácia, como eram, no caso em apreço, o exercício abusivo da invocação da excepção de preterição de tribunal arbitral, a mera interpretação da natureza concorrencial ou exclusiva da competência do tribunal arbitral, uma vez que as autoras invocaram estas questões na réplica, bem como a caducidade da cláusula 9.^a do Acordo-Quadro, bem como da sua nulidade;

3.^a Quanto ao apuramento da natureza exclusiva ou concorrencial da Convenção Arbitral, não estando aqui em causa a arguição de qualquer vício enformador da referida cláusula mas tão somente a apreciação da vontade das partes em atribuir à jurisdição comum a faculdade de também ela ser competente para apreciar a questão, era lícito às partes, por acção ou omissão, atribuir-lhe esse carácter ao abrigo do princípio da autonomia da vontade. Direito este que ficaria absolutamente esvaziado se se entendesse __ como o entendeu o Tribunal a quo __ que o princípio da competência do Tribunal Arbitral para decidir da sua própria competência implicaria a insusceptibilidade de conhecer esta questão, já que obrigaria a parte que pretendesse ver o litígio submetido à jurisdição comum a constituir previamente um Tribunal Arbitral para que se lhe reconhecesse essa faculdade;

4.^a Desta forma, efectuou uma errada interpretação das declarações negociais proferidas pelas partes e, bem assim, omitindo pronúncia sobre questões que, nos termos dos art.ºs 659º, n.º 1 e 668º, n.º 1 al. d) do Cód. Proc. Civil, lhe conhecer. O que a lei comina com nulidade da sentença [art.º 668º, n.º 1 al. d) do Cód. Proc. Civil];

5.^a Da leitura atenta do teor das cartas datadas de 12-01-2007 e 25-01-2007, respectivamente, a carta da recorrente “C” e resposta à mesma carta da recorrida “B”, constata-se que não procedem os argumentos de que as declarações da ré “B” se referiam somente a uma terceira entidade com poderes distintos dos consagrados na cláusula 9.^a do Acordo-Quadro e que se referiam ao facto de o Tribunal Arbitral não ter sido constituído, bem como não procede o argumento da decisão recorrida de que das declarações da ré “B” não se pode retirar a conclusão de que se procedeu à revogação da convenção de arbitragem estipulada na cláusula 9.^a do Acordo-Quadro;

6.^a Antes de mais, com vista à interpretação das ditas cartas datadas de

12-01-2007 e 25-01-2007, cumpria ao Douto Tribunal *a quo*, ao abrigo do critério consagrado no art.º 236º do Cód. Civil, colocar-se na posição de um declaratório razoável, colocado na posição concreta do declaratório, e não, como parece ter feito, colocar-se na perspectiva do próprio declarante;

7.ª Depois porque, da perspectiva apontada, resulta óbvio que a interpretação da declaração das autoras constante da carta datada de 12-01-2007, inclui duas preposições e propostas autónomas e independentes entre si, subsumíveis, sem margem para quaisquer dúvidas, em dois institutos distintos: o da Mediação e o da Arbitragem;

8.ª O que aliás, resulta ter sido expressamente entendido e assumido pela recorrida na sua resposta subsequente, a carta datada de 25-01-2007;

9.ª Tendo a declaração das autoras sido produzida no contexto da existência de negociações que decorriam há já cerca de cinco anos, e tendo ambas as partes pleno conhecimento da existência de uma Convenção Arbitral, a declaração da ré só poderia ser entendida como conferindo à ré a faculdade de alargar o leque de opções quanto ao modo de composição do litígio, em substituição do método contratualmente consagrado;

10.ª E tanto foi assim que, perante a carta das autoras, a ré não veio invocar que não julgava ser pertinente o recurso a “outra” arbitragem, nem remeteu o assunto para os mecanismos já previstos ou legal ou contratualmente aplicáveis, nem alegou a existência de uma Convenção Arbitral, veio, outrossim, afirmar que *“não parece à “B” pertinente o recurso aos institutos da mediação ou da arbitragem”*, sem mais;

11.ª Esta declaração da ré é susceptível de ser entendida, por um declaratório razoável colocado naquelas circunstâncias, como uma renúncia ao direito da Arbitragem clausulado no Acordo-Quadro, que a “C” e a ré “B” sabiam existir;

12.ª Proferiu, pois, a ré uma declaração negocial (art.º 224º do Cód. Civil). Declaração esta que foi aceite pelas autoras (art.º 232º do Cód. Civil), tendo sido respeitadas as exigências de forma (art.ºs 238º, n.ºs 1 e 2 do Cód. Civil), pelo que, nesta medida, o negócio tem-se por celebrado;

13.ª A cláusula 9.ª tem-se, pois, por revogada.

*

4. Nas suas contra-alegações, a ré agravada conclui:

1.ª Não há qualquer omissão de pronúncia da sentença recorrida, a qual manifestamente decidiu a questão do carácter exclusivo ou concorrencial da arbitragem e afastou a arguição de abuso do direito;

2.ª De qualquer modo, se, por absurdo, se entendesse que omissão de pronúncia existia, caberia ao Tribunal da Relação decidir as questões sobre as quais a pronúncia tivesse faltado (Cód. Proc. Civil art.ºs 715º e 749º);

3.ª As agravantes não formulam, nas conclusões da sua alegação, arguições de

nulidade e de caducidade da convenção de arbitragem, que foram assim abandonadas;

4.^a Aliás, não existe nulidade alguma da convenção de arbitragem, nem manifesta nem não manifesta (o art.º 298º, n.º 2 do Cód. Civil expressamente permite que as partes convençionem a caducidade de direito) e é absurdo, perante a hipótese de caducidade de um direito, transferir a caducidade para a própria convenção;

5.^a A tese das agravantes de que, por sua carta de 25 de Janeiro de 2007, a agravada teria proposto a revogação da convenção de arbitragem constante da cláusula 9.^a do Acordo-Quadro, tendo a proposta sido aceite pelas autoras, ora agravantes, com a propositura da acção, e perfeitamente insustentável;

6.^a Antes de mais, a carta da ré de 25 de Janeiro de 2007 (fls. 195) não envolve qualquer proposta de revogação da convenção de arbitragem constante da cláusula 9.^a do Acordo-Quadro;

7.^a Na verdade, a carta responde a carta da “C” de 12 de Janeiro do mesmo ano (fls. 193-194) e pronuncia-se (negativamente) sobre a sugestão desta de uma mediação ou de uma arbitragem diferente da prevista na cláusula 9.^a do Acordo-Quadro;

8.^a Tal era manifestamente o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, extrairia da declaração;

9.^a Acresce que a carta da ré, ora agravada, de fls. 195, não é dirigida às autoras, mas a uma terceira sociedade (a “C”), que com elas não se confunde, pelo que nunca haveria uma proposta que as autoras pudessem aceitar;

10.^a Acontece ainda que, mesmo que, por absurdo, se considerasse que a carta de 25 de Janeiro de 2007 continha uma proposta da ré dirigida às autoras, tal proposta teria há muito caducado [Cód. Civil, art.º 228º, n.º 1 al. c)];

11.^a Tão pouco tem qualquer fundamento a arguição de que a convenção de arbitragem constante da cláusula 9.^a do Acordo-Quadro não estabeleceria exclusividade do meio arbitral, como modo de resolução de conflitos;

12.^a Tal ideia é categoricamente desmentida pelo texto do n.º 1 da cláusula 9.^a, que usa a palavra imperativa __ “deverá”;

13.^a invocação do abuso de direito é destituída de qualquer sentido: não só a várias vezes referida carta da ré de 25 de Janeiro de 2007 não se reporta a convenção de arbitragem constante da cláusula 9.^a do Acordo-Quadro, como não é sequer imaginável qualquer investimento de confiança por parte das agravantes mais de quatro anos passados sobre o alegado incumprimento da ré e sobre a formação do litígio.

*

5. As questões essenciais a decidir:

Na perspectiva da delimitação pelo recorrente^[1], os recursos têm como âmbito as questões suscitadas pelos recorrentes nas conclusões das alegações (art.ºs 690º, n.º 1 e 684º, n.º 3 do Cód. Proc. Civil), salvo as questões de conhecimento oficioso (n.º 2 *in fine* do art.º 660º do Cód. Proc. Civil), exceptuando-se do seu âmbito a apreciação das questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras (n.º 2 1.ª parte do art.º 660º do Cód. Proc. Civil).

Atento o exposto e o que flui das conclusões das alegações^[2] __ e só se devem conhecer as questões que tenham sido suscitadas nas alegações e levadas às conclusões, ainda que outras, eventualmente, tenham sido suscitadas nas alegações propriamente ditas^[3] __, do autor apelante supra descritas em I. 3., a única questão essencial a decidir é a de saber: 1) se é ou não nula a decisão recorrida por omissão de pronúncia [art.º 668º, n.º 1 al. d) do Cód. Proc. Civil] por não se ter pronunciado sobre as questões prévias suscitadas pelas autoras na réplica, em resposta à excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário: 2) se antes de decidir sobre a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário, o tribunal judicial pode e deve conhecer previamente das questões prévias suscitadas pelas autoras na réplica, da renúncia e da revogação da convenção de arbitragem, da natureza concorrencial ou exclusiva da competência do tribunal arbitral, e do exercício abusivo pela ré da invocação da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário, e se sim, quais as suas consequências jurídicas.

Vai-se conhecer do recurso, pela ordem em que estão indicadas as questões postas.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir:

II. Fundamentos:

A) De facto:

Para além dos factos supra descritos em I. 1 e 2., para a decisão do recurso importa ainda ter em conta os seguintes factos:

1. Nos termos da cláusula 9.ª do Acordo-Quadro celebrado entre as partes em 24 de Junho de 1999, junto a fls. 59 a 65, sob a epigrafe “Arbitragem”, estipulou-se que:

«1. Em caso de incumprimento ou de desentendimento entre as partes quanta a modificação, interpretação ou a execução deste acordo, ou de qualquer questão dele emergente, qualquer das partes deverá comunicar a outra, no prazo de 15 dias e por carta registada, a sua pretensão com a respectiva fundamentação exaustiva; esta notificação valera como citação no processo

arbitral.

2. A outra parte poderá responder no mesmo prazo e pelo mesmo modo, devendo fundamentar exhaustivamente a sua posição.

3. Durante 30 dias seguintes à última das comunicações referidas as partes tentarão a conciliação das suas divergências, de acordo com a boa fé e a equidade.

4. Se não chegarem a acordo durante aquele prazo, serão as questões controvertidas submetidas a arbitragem, funcionando como articulados das partes as comunicações referidas nos n.º 1 e 2 desta cláusula e sem mais articulados.

5. O Tribunal Arbitral será composto de três membros, designados um por cada parte, e será presidido por um terceiro árbitro designado por acordo entre os demais ou, na falta de acordo, pela Ordem dos Advogados.

6. O Tribunal Arbitral fixará o âmbito do litígio, as regras do seu funcionamento, o valor do processo, e o demais que for necessário, dentro dos limites e das regras da lei.

7. O Tribunal Arbitral decidirá segundo a equidade e sem recurso».

2. A presente acção tem por objecto a interpretação e execução do Acordo-Quadro supra referido.

3. A autora, por carta datada de 12 de Janeiro de 2007, dirigida à ré e sob o assunto: Alienação da participação indirecta na Acordo-Quadro celebrado em 24 de Junho de 1999, disse:

« (...) Tendo em consideração que a discussão deste tema se arrasta desde o ano de 2002 mediante troca de inúmera correspondência entre as Administrações da G e da “B”, e através de múltiplos contactos quer directos entre as partes, ao nível de administrações, quer pelo intermédio dos respectivos advogados externos, urge a necessidade de desbloquear a sua resolução, pelo que nos permitimos reiterar a sugestão, já discutida entre os advogados das partes, de que se recorra a uma entidade idónea e independente, nomeada de comum acordo pelas partes, que possa mediar o diferendo e sugerir ou determinar uma solução para o caso. A decisão proferida poderá ser vinculativa, ou ter penas a natureza de recomendação, conforme vier a ser convencionado entre a G e a “B”. (...)».

4. Em resposta veio a ré, por carta datada de 25 de Janeiro de 2007, junta a fls. 195 dizer que:

« (...) Contudo, a “B” - na ausência de quaisquer factos novos - não encontra motivo justificado para alterar o entendimento que sempre expressou sobre este assunto.

Com efeito, continuamos convencidos de que a G acabara por reconsiderar a sua posição, atento o espírito e os termos do contrato celebrado entre as duas

empresas e os argumentos manifestamente infundados sobre os quais se baseou a vossa reclamação.

Deste modo, tal como já vos tinha sido comunicado pelos nossos advogados - mais precisamente, pelo Ex.mo. Senhor "A" - e na linha do que ficou referido atrás, não parece a "B" pertinente o recurso aos institutos da mediação ou da arbitragem.(...)».

*

B) De direito:

1. A nulidade da decisão:

Nos termos do art.º 668º, n.º 1 al. d) a sentença é nula quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento. Esta nulidade está directamente relacionada com o comando previsto no art.º 660º, n.º 2, e serve de cominação para o seu desrespeito^[4]. O dever imposto no art.º 660º, n.º 2 diz respeito ao conhecimento, na sentença, de todas as questões de fundo ou de mérito que a apreciação do pedido e causa de pedir apresentadas pelo autor (ou, eventualmente, pelo réu reconvinte) suscitam, quanto à procedência ou improcedência do pedido formulado^[5]. E para que este dever seja cumprido, é preciso que haja identidade entre a *causa petendi* e a *causa judicandi*, entre a questão posta pelas partes (sujeitos), e identificada pelos sujeitos, pedido e causa de pedir, e a questão resolvida pelo juiz, identificada por estes mesmos elementos. Só estas questões é que são essenciais à solução do pleito^[6]. E é por isto mesmo, que o já não o são os argumentos, razões, juízos de valor ou interpretação e aplicação da lei aos factos^[7] __ embora seja conveniente que o faça, para que a sentença vença e convença as partes^[8] __, de que as partes se socorrem quando se apresentam a demandar ou a contradizer, para fazerem valer ou naufragar a causa posta à apreciação do tribunal. É de salientar ainda que, de entre a questões essenciais a resolver, não constitui nulidade o não conhecimento daquelas cuja apreciação esteja prejudicada pela decisão de outra.

Posto isto, e traçado o esquisso destas nulidades, importa ainda dizer o seguinte, uma vez que a ré não tem isto em conta.

Lê-se a certo passo na decisão recorrida:

« (...) Atendendo às questões invocadas pela autora __ ou seja, 1) da revogação da convenção arbitral; 2) que a cláusula da convenção arbitral é alternativa não tendo por efeito excluir a jurisdição dos tribunais comuns; 3) a caducidade e a nulidade da convenção arbitral __, coloca-se a questão de saber se, para decidir sobre a procedência ou improcedência da excepção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal comum tem de apreciar a validade e eficácia da

convenção de arbitragem ou se, basta a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula».

Depois de se referir às duas teses sobre a questão, e apoiando-se na doutrina de Luís de Lima Pinheiro e de João Lopes dos Reis, lê-se, na decisão recorrida, que a lei portuguesa (art.º 21º da LAV) estabelece a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua competência em termos que excluem a possibilidade de esta decisão ser antecipada pelo tribunal judicial. E, imediatamente a seguir conclui:

«Concluímos pois, que, das duas teses em confronto, a que melhor se ajusta à lei portuguesa vigente em matéria de arbitragem é aquela que se basta com a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

Assim, no domínio da LAV e concretamente de acordo com o art.º 21º, n.º 4 da referida Lei, o juízo sobre a questão de saber se a convenção de arbitragem é inoperante, quer por ser inválida, quer por ser ou se tornar ineficaz, compete, antes de mais, ao árbitro. Só depois de ele se pronunciar, julgando-se incompetente ou conhecendo de mérito, é que o tribunal comum pode conhecer da questão da competência do árbitro e, só em sede de impugnação arbitral.

Para que se verifique a excepção dilatória da preterição do tribunal arbitral basta que se alegue e prove ao tribunal judicial a existência de convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula ou ineficaz e que seja apenas susceptível de vincular as partes no litígio e de conter tal litígio no seu objecto.

Tendo em conta o sobredito, as questões invocadas pela autora e relativas à caducidade da cláusula e à validade desta estão subtraídas à jurisdição do juiz, devendo ser apreciadas pelo árbitro, excepto se for manifesta a nulidade, ou a inaplicabilidade da convenção por arbitragem por caducidade, caso em que o juiz pode declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a excepção, de acordo com o disposto no art.º 12º, n.º 5 da LAV ».

E acrescentando que não existe qualquer nulidade manifesta da cláusula de arbitragem, julgou procedente a excepção de preterição do tribunal arbitral, e, em consequência, absolveu a ré da instância.

Do que vem exposto, é óbvio que a decisão recorrida equacionou as questões suscitadas pelas autoras só que não conheceu das mesmas por estas estarem subtraídas à sua jurisdição.

Não há, pois omissão de pronúncia. E não se diga que, pelo menos, ela existe em relação ao abuso de direito (art.º 334º do Cód. Civil), porque a verificar-se este, a sanção perante esta invocação abusiva teria de passar, para além da eventual responsabilidade civil, se se verificassem os respectivos

pressupostos, em última análise, por a ré a titular do direito de invocar a exceção de preterição do tribunal arbitral de a não poder invocar contra as autoras^[9]. O que implicaria a inoponibilidade da dita cláusula em relação às autoras e, por conseguinte, pressuporia a ineficácia da convenção arbitragem em relação a elas. Ora todas estas questões são da competência do tribunal arbitral (art.º 21º, n.º 1 da LAV)^[10]. Assim sendo, a dita questão foi também equacionada na decisão recorrida porque compreendida na entre as questões de ineficácia e de inaplicabilidade que se encontravam subtraídas à jurisdição do tribunal estadual, as quais, em termos genéricos, foram atendidas pelo tribunal. Mas mesmo que assim não se entenda, e haja a referida nulidade, nunca o tribunal a tem de conhecer previamente à exceção de preterição de tribunal arbitral, pelas razões infra expostas em 2..

Assim, e por todo o exposto, não se verifica a arguida nulidade por omissão de pronúncia.

*

2. As questões prévias deduzidas e exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário:

A exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário^[11] é uma exceção dilatória prevista no art.º 494 al. j) do Cód. Proc. Civil, que, conduz à absolvição do réu da instância [art.ºs 288º, n.º 1 al. e) e 493º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil] e obsta à apreciação do mérito da causa. Esta exceção depende da invocação pela parte interessada (art.º 495º do Cód. Proc. Civil). Este regime de conhecimento da exceção está de harmonia com a livre revogabilidade da convenção de arbitragem (art.º 2º, º 4 da LAV - Lei n.º 31/86, de 29-08)^[12]. Está-se perante exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário^[13] quando o réu alega e prova que o autor ignorou a convenção de arbitragem existente para o litígio que submeteu ao tribunal judicial, ou dito de outra forma, quando alegue e prove que existe uma convenção de arbitragem susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor^[14].

Importa saber se o julgamento da exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário depende ou não da verificação da apreciação da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem e, portanto, se o tribunal judicial absolver o réu da instância se essa decisão vincula o tribunal arbitral voluntário, demonstrando, por isso, que o tribunal comum reconhece a validade da convenção de arbitragem; ou se, pelo contrário, se o julgamento da exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário se deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

Esta questão é controversa e especialmente difícil, porque o art.º 21º da LAV, onde se estabelece o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro, atribui ao tribunal arbitral competência para decidir sobre a sua própria competência, o que a ter a absolvição da instância aquele efeito positivo de vincular o tribunal arbitral ao reconhecimento da sua competência para apreciação do mesmo objecto, significaria retirar ao tribunal arbitral alguns dos seus poderes de cognição [\[15\]](#).

Para uns o tribunal judicial para decidir a dita excepção tem de apreciar a validade e a eficácia da convenção de arbitragem. O que implica que o tribunal judicial pode apreciar a convenção de arbitragem sempre que seja proposta uma acção tendo por objecto o litígio abrangido pela convenção. Segundo este entendimento, quando tribunal judicial julgue a excepção procedente, na arbitragem interna, vincula, como corolário, o tribunal arbitral quanto à fixação da sua competência. A procedência da excepção comporta um efeito positivo de vinculação do tribunal arbitral ao reconhecimento da sua competência para apreciar o mesmo objecto. A absolvição da instância implica (e pressupõe) necessariamente a competência exclusiva do tribunal arbitral e demonstra que o tribunal judicial reconhece a validade da convenção de arbitragem e, portanto, a competência do tribunal arbitral para apreciar aquele mesmo objecto.

Este entendimento foi acolhido, entre nós, por Miguel Teixeira de Sousa. Outra tese entende que basta a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula. Segundo este entendimento, «a decisão do tribunal judicial só vincula o tribunal arbitral quando se verificar a manifesta nulidade da convenção de arbitragem. Caso contrário, vale a regra da competência do tribunal arbitral para decidir a sua própria competência, art.º 21º da LAV`», onde se estabelece o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro. «Se o tribunal arbitral se considerar incompetente, a acção pode ser novamente proposta no tribunal judicial que se deve considerar vinculado à decisão do tribunal arbitral sobre a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o tribunal arbitral se considerar competente a sua decisão não vincula o tribunal judicial, mas este só pode apreciar a questão depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa em acção de anulação, recurso ou oposição à execução da decisão arbitral [art.ºs 21º, n.º 4 e 27º, n.º 1 al. b) da LAV]» [\[16\]](#).

Que opção tomar?

A decisão recorrida optou pela sua segunda tese. E a nosso ver, bem. Resta explicar o porquê.

A favor da primeira tese, Miguel Teixeira de Sousa __ que não deixa de assinalar a dificuldade da questão e a questionabilidade da solução que

aponta, note-se __ aponta que se o tribunal arbitral não estivesse vinculado a aceitar a competência que a decisão do tribunal judicial lhe reconheceu, poderia criar-se o risco da existência de um conflito negativo de competências e invoca o paralelismo da apreciação da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário com o julgamento da extinção da instância por superveniência de compromisso arbitral. Caso em que, dificilmente se pode defender __ diz o autor __ que, nesta eventualidade, o tribunal arbitral não está vinculado à apreciação da validade e aplicabilidade da convenção de arbitragem realizada pelo tribunal judicial. Portanto, o mesmo se deve concluir quando a apreciação efectuada pelo tribunal judicial for a absolvição da instância com fundamento na preterição de tribunal arbitral^[17].

A favor da segunda tese, e portanto contra a primeira, podem avançar-se os seguintes argumentos.

Não se verifica nenhum dos inconvenientes apontados a favor da primeira tese por Miguel Teixeira de Sousa. Não há risco da existência de um conflito negativo de competência, porque se o árbitro se vier a julgar incompetente^[18], o tribunal judicial será irremediavelmente competente, se a sua incompetência não resultar de outro fundamento^[19]. Também não colhe o invocado paralelismo da apreciação da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário com o julgamento da extinção da instância por superveniência de compromisso arbitral, porque o julgamento da validade do compromisso que o n.º 2 do art.º 290º do Cód. Proc. Civil comete ao juiz da causa é apenas para que o juiz verifique se as partes na acção cujo julgamento lhe estava cometido decidiram entregar a decisão a árbitros. Isto é, a lei reconhece competência ao juiz da causa para o julgamento do acto que lhe retira jurisdição. O que mais não é do que uma simples aplicação do princípio da Kompetenz-Kompetenz estabelecido no art.º 21º, n.º 1 da LAV do juiz. «Por isso a lei restringe tal julgamento da validade do compromisso arbitral que determina a extinção da instância à forma do acordo das partes, ao seu objecto e à qualidade das pessoas. E a decisão respectiva não pode deixar de vincular o árbitro nessa medida^[20]».

A segunda tese é a que mais se ajusta à lei portuguesa que estabelece que a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência em termos que excluem a possibilidade de esta decisão ser antecipada pelo tribunal judicial (art.º 21º, n.º 1 da LAV). Acresce que outro entendimento seria dificilmente compatível com o disposto no art.º 12º, n.º 4 da LAV que, no caso de ser requerida ao tribunal a nomeação de árbitro, só admite que o tribunal tome conhecimento de uma nulidade manifesta^[21]. «O tribunal judicial será competente se a convenção de arbitragem for inoperante, ou se

for inválida, ou por ser ou se ter tornado ineficaz, ou por ser inaplicável ao caso concreto. Mas este juízo compete, antes de mais, ao árbitro. Só depois de ele se pronunciar __ou pela sua própria incompetência, ou sobre o mérito __ é que o tribunal público, o juiz natural, pode conhecer da questão da competência do árbitro; e, mesmo então, só o pode fazer em sede de impugnação da decisão arbitral. Esta doutrina resulta com clareza cristalina do já referido artigo 21º, n.º 4 da LAV.

O julgamento da exceção não é, nem comporta, o julgamento da competência do tribunal judicial^[22]».

O peso destes argumentos leva-nos a optar pela segunda tese.

De acordo com esta posição, as questões relativas à validade, eficácia, ou aplicabilidade da convenção de arbitragem estão subtraídas a jurisdição estadual. O conhecimento destas questões é reservada, em primazia, aos árbitros, com a única exceção da convenção de arbitragem não ser manifestamente nula (art.º 12º, n.º 5 da LAV). Todas estas cautelas da lei mostram que ela quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição: havendo convenção de arbitragem é plausível que ela vincule as partes no litígio. E, por isso, o tribunal judicial não deve intervir senão em sede de impugnação. E para que esta fronteira fique bem delimitada, impõe-se que as questões relativas à validade, eficácia, ou aplicabilidade da convenção de arbitragem estejam subtraídas à jurisdição estadual e que o juiz só as possa apreciar depois de o tribunal arbitral proferir a sua decisão e, então, só em sede de impugnação. Tudo isto, ressalvando o caso da nulidade manifesta da convenção^[23]. Mal se compreenderia, que o Cód. Proc. Civil, admitisse que, em violação do regime voluntário da arbitragem voluntária, o tribunal judicial conhecesse dessa matéria para, eventualmente, concluir pela violação da convenção de arbitragem^[24].

Do que vem exposto decorre que a procedência da exceção de preterição do tribunal arbitral não implica a julgamento da competência do tribunal arbitral, mas tão-só o julgamento da existência de convenção de arbitragem não manifestamente nula e, eventualmente, aplicável ao caso concreto.

Aqui chegados, temos de concluir que para se decidir sobre a questão da exceção de preterição de tribunal arbitral o tribunal judicial não tem de apreciar as questões relativas à validade, eficácia, ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. Deve satisfazer-se com a prova da existência da convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

Face à matéria de facto provada supra descrita em II. A) ponto 1., e seus subpontos, não se suscitam dúvidas de que as partes estipularam uma convenção arbitral na modalidade de cláusula compromissória^[25], visto que

tem por objecto litígios eventuais emergentes de uma determinada relação contratual (art.º 1º, n.º 2 da LAV).

A competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente. Mas não é frequente que a competência atribuída ao tribunal arbitral seja concorrente com a dos tribunais legalmente competentes [\[26\]](#).

No caso *sub judice*, a cláusula ajuizada não é concorrente com a do tribunal legalmente competente como se depreende pela sua simples leitura: «1. Em caso de incumprimento ou de desentendimento entre as partes quanta a modificação, interpretação ou a execução deste acordo, ou de qualquer questão dele emergente, qualquer das partes deverá comunicar a outra, no prazo de 15 dias e por carta registada, a sua pretensão com a respectiva». Lê-se nela “deverá” e não “poderá”. Logo não se pode extrair dela qualquer escolha pelo tribunal arbitral ou pelo tribunal judicial.

Assim sendo, a solução do litígio da presente acção está subtraída, para já, à jurisdição dos tribunais estaduais.

A ré alegou e provou a existência de uma convenção de arbitragem que não é manifestamente nula, ou ineficaz e que é susceptível de vincular as partes no litígio e que contém tal litígio no seu objecto. Ora nada mais é necessário. Pode acontecer, que se venha a concluir pela invalidade ou ineficácia desta convenção de arbitragem, ou mesmo pela sua inaplicabilidade em relação a alguma das partes em litígio ou a este mesmo. Tal conclusão, porém, tem de ser obtida perante o tribunal judicial arbitral ou em decisão judicial que conheça da impugnação da decisão dos árbitros. E, se assim for, o tribunal judicial verá ser-lhe reconhecida a sua jurisdição e será normalmente competente [\[27\]](#).

Assim sendo, e uma vez que não se está perante um caso de convenção de arbitragem manifestamente nula (art.º 12º, n.º 5 da LAV), não tinha o tribunal *a quo*, como não tem este, jurisdição para conhecer em primeira mão as questões prévias suscitadas pelas autoras na réplica antes do julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário.

Por todo o exposto, tem o recurso de improceder, necessariamente.

III. Decisão:

Assim e pelo exposto, acordam em julgar improcedente o agravo e, conseqüentemente, negando-lhe provimento mantêm a decisão recorrida. Custas pelas autoras agravantes.

Registe e Notifique (art.º 157º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil).

Lisboa, 10/02/2009

Arnaldo Silva
Graça Amaral
Ana Resende

[1] O âmbito do recurso é triplamente delimitado. Primeiro é delimitado pelo objecto da acção e pelos eventuais casos julgados formados na 1.ª instância recorrida. Segundo é delimitado objectivamente pela parte dispositiva da sentença que for desfavorável ao recorrente (art.º 684º, n.º 2 2ª parte do Cód. Proc. Civil) ou pelo fundamento ou facto em que a parte vencedora decaiu (art.º 684º-A, n.ºs 1 e 2 do Cód. Proc. Civil). Terceiro o âmbito do recurso pode ser limitado pelo recorrente. Vd. Sobre esta matéria Miguel Teixeira de Sousa, Estudos Sobre o Novo Processo Civil, Lex, Lisboa -1997, págs. 460-461 e 395 e segs. Cfr. ainda, v. g., Manuel Rodrigues, Dos Recursos - 1943 (apontamentos de Adriano Borges Pires), págs. 5 e segs.; J. A. Reis, Cód. Proc. Civil Anot., Vol. V (Reimpressão - 1981), págs. 305 e segs.; Castro Mendes, Direito Processual Civil - Recursos, Ed. da A.A.F.D.L. - 1980, págs. 57 e segs. e 63 e segs.; Armindo Ribeiro Mendes, Direito Processual Civil III, Ed. da A.A.F.D.L. - 1982, págs. 239 e segs.; Fernando Amâncio Ferreira, Manual dos Recursos, Liv. Almedina, Coimbra - 2000, págs. 103 e segs.

[2] As quais terão de ser, logicamente, um resumo dos fundamentos porque se pede provimento do recurso, tendo como finalidade que elas se tornem fácil e rapidamente apreensíveis pelo tribunal. As conclusões não devem ser afirmações desgarradas de qualquer premissa, e sem qualquer referência à fundamentação por que se pede o provimento do recurso. Não podem ser consideradas conclusões as indicadas como tal, mas que sejam afirmações desgarradas sem qualquer referência à fundamentação do recurso, nem se deve tomar conhecimento de outras questões que eventualmente tenham sido suscitadas nas alegações propriamente ditas, mas não levadas às conclusões. Por isso, só devem ser conhecidas, e só e apenas só, as questões suscitadas nas alegações e levadas às conclusões. Neste sentido, vd. Acs. do STJ de 21-10-1993 e de 12-01-1995: CJ (STJ), respectivamente, Ano I, tomo 3, pág. 84 e Ano III, tomo 1, pág. 19.

[3] Cfr. supra nota 2.

[4] Vd. J. A. Reis, Cód. Proc. Civil Anot., Vol. V, págs. 142-143 nota 5 e 53 e segs.; J. Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. III, pág. 247 nota 5 e

228 nota 2.

[5] J. Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. III, pág. 228 nota 2.

[6] Vd. Ac. do STJ de 09-07-1982: B.M.J. 319 pág. 199.

[7] Vd. J. A. Reis, Cód. Proc. Civil Anot., Vol. V, págs. 49 e segs.; J. Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. III, pág. 228 nota 2.; J. Lebre de Freitas e outros, Cód. Proc. Civil Anot, Vol. 2, Coimbra Editora - 2001, págs. 645-646 nota 2. No sentido de que os motivos, argumentos, razões, juízos de valor ou interpretação e aplicação da lei aos factos não figuram entre as questões a apreciar no art.º 660º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil, como jurisprudência unânime, pode ver-se, de entre muitos exemplos, p. ex., RT 61º-134, 68º-190, 77º-147, 78º-172, 89º-456, 90º-219 citados apud Abílio Neto Cód. Proc. Civil Anot. 8.ª Ed. (1987), págs. 514-515 nota 5, em anotação ao art.º 668º. Vd. ainda, v. g., Ac. do STJ de 01-06-1973: B.M.J. 228 pág. 136; Ac. do STJ de 06-01-1977: B.M.J. 263 pág. 187.

[8] Vd. . Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. III, pág. 228 nota 2.

[9] Vd. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Do Abuso do Direito, Liv. Almedina, Coimbra - 1983, págs. 647-648 sobre a infinda gama de sanções que pode comportar o acto abusivo.

[10] Vd. Luís Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional, Liv. Almedina - 2005, págs. 91 e 133.

[11] Por oposição à arbitragem necessária. A arbitragem voluntária é um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a um terceiro. Para este efeito considera-se terceiro um particular distinto de qualquer das partes e que não actua como seu representante. A arbitragem necessária (*compulsory arbitration, arbitrage force*) distingue-se da arbitragem voluntária por se basear numa determinação legal. Constitui exemplo de arbitragem necessária no Direito Português, a arbitragem para a fixação do montante da indemnização devida, nos termos dos art.ºs 38º e 42º e segs. do Código das Expropriações. Está-se regulada nos art.ºs 1525º e segs. do Cód. Proc. Civil. Vd. Luís Lima Pinheiro, opus cit., pág. 26.

[12] Vd. Luís Lima Pinheiro, opus cit., pág. 89.

[13] A preterição pode verificar-se quanto a um tribunal arbitrário necessário, se for proposta num tribunal comum uma acção que pertence à competência de um tribunal arbitral imposto por lei (art.º 1525º do Cód. Proc. Civil). O regime da preterição de tribunal arbitral necessário é diferente da preterição de tribunal arbitrário voluntário. A preterição de tribunal arbitral necessário é uma excepção dilatória de conhecimento oficioso [art.ºs 494º al. j) e 495 do

Cód. Proc. Civil], que conduz à absolvição do réu da instância (art.º 493º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil). Já a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário não é de conhecimento oficioso, como se viu no texto. Vd. Miguel Teixeira de Sousa, Estudos, opus cit., págs. 133-134.

[14] Vd. João Luís Lopes dos Reis, «A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)», in ROA Ano 58 III - Dezembro 1998, págs. 115 e 1124.

[15] Vd. Miguel Teixeira de Sousa, Estudos, opus cit., pág. 134; Luís Lima Pinheiro, opus cit., pág. 135; João Luís Lopes dos Reis, opus. cit., págs. 1125 e segs.

[16] Vd. Luís Lima Pinheiro, opus cit., págs. 135-136.

[17] Vd. Miguel Teixeira de Sousa, Estudos, opus cit., págs. 134-135.

[18] Ou com mais rigor, desprovido de jurisdição. Vd. João Luís Lopes dos Reis, opus. cit., págs. 1129-1130., que aqui estamos seguindo.

[19] Vd. João Luís Lopes dos Reis, ibidem, pág. 1130.

[20] Vd. João Luís Lopes dos Reis, ibidem, pág. 1130.

[21] Vd. Luís Lima Pinheiro, opus cit., opus cit., pág. 136.

[22] Vd. João Luís Lopes dos Reis, ibidem, pág. 1128.

[23] Neste sentido, vd. João Luís Lopes dos Reis, opus cit., págs. 123-1124.

[24] Vd. João Luís Lopes dos Reis, ibidem, pág. 1128.

[25] A convenção de arbitragem é o acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem. Este acordo pode assumir duas modalidades: compromisso arbitral e cláusula compromissória. A primeira se o acordo respeita a um litígio actual. A segunda se o acordo respeita a litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual (art.º 1º, n.º 2 da LAV).

[26] Vd. Miguel Teixeira de Sousa, A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns, 1994, pág. 102.

[27] Vd. João Luís Lopes dos Reis, «A excepção de preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)», in ROA, Ano 58 - Dezembro - 1998, III, pág. 1131.
