

A EXCEPÇÃO DA PRETERIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL (voluntário)

Pelo Dr. João Luís Lopes dos Reis

1. No artigo 494.º, alínea *j*) do Código de Processo Civil (CPC), consigna-se que constitui *excepção dilatória a violação de convenção de arbitragem*.

Nos termos do artigo 495.º do CPC, e ao contrário do que é regra, esta excepção — agora designada *preterição do tribunal arbitral voluntário* — não é de conhecimento officioso.

Em termos muito gerais, pode dizer-se que a excepção se verifica quando o réu alega e prova que o autor ignorou convenção de arbitragem existente para o litígio que submeteu ao tribunal judicial.

Dispõe o artigo 510.º, n.º 1, alínea *a*), que o juiz deve conhecer, no despacho saneador, das excepções dilatórias que hajam sido suscitadas pelas partes (bem como, de resto, daquelas de que deva conhecer officiosamente). E, nos termos dos artigos 288.º, n.º 1, alínea *e*), ocorrendo esta ou outra excepção dilatória, *o juiz deve abster-se de conhecer do pedido e absolver o réu da instância*.

2. A excepção da preterição do tribunal arbitral voluntário não tem ocupado muito a doutrina ⁽¹⁾ nem, de resto, sus-

(1) Para além de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, que no terceiro volume do *Comentário ao Código de Processo Civil* lhe dedica pouco mais de três páginas, os manuais de direito processual civil pouco mais lhe fazem do que ligeiras referências; não há qualquer monografia sobre ela e não encontrei, em revistas jurídicas, artigos que a estudem expressamente.

citou — que se saiba — nos tribunais problemas complexos ⁽²⁾.

Com, salvo erro, uma excepção ⁽³⁾, não motivou sequer reflexão especial depois da entrada em vigor da lei da arbitragem voluntária (LAV) aprovada pela Lei n.º 31/86, de 19 de Agosto.

É intenção destas linhas procurar contribuir para uma mais alargada reponderação do seu conteúdo e dos seus efeitos, à luz da lei de 1986 ⁽⁴⁾.

3. Tem interesse didáctico a distinção entre a excepção da preterição do tribunal arbitral voluntário e o compromisso arbitral que, nos termos dos artigos 287.º, b) e 290.º do CPC, produz a extinção da instância.

Neste caso, o compromisso é posterior à propositura da acção, como o mostra o n.º 1 do artigo 290.º: «*em qualquer estado da causa podem as partes acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros da sua escolha*».

Aqui, ao contrário do que se passa nos casos em que se verifica a excepção, o autor não viola qualquer dever a que se tivesse obrigado de cometer a árbitros a decisão do litígio. Bem ao contrário, só depois de a causa estar pendente é que as partes decidem *desviar* — como expressivamente escreve ALBERTO DOS REIS ⁽⁵⁾ — o seu julgamento da jurisdição pública para a jurisdição privada.

⁽²⁾ As decisões de tribunais superiores publicadas entre nós que lidaram com aspectos mais delicados da excepção decidiram hipóteses de aplicabilidade (Rel. Lxa. 15Abr1986, *CJ*, 1986, II, 110-111, Rel. Lxa. 18Out1988, *CJ*, 1988, IV, 129-130, Rel. Lxa. 6Nov1990, *CJ*, 1990, V, 103-105 e Rel. Porto 5Mar1991, *CJ*, 1991, II, 233-237) e de interpretação de acordos ambíguos (Rel. Porto 6Mar1990, *CJ*, 1990, II, 203-206, Rel. Lxa. 5Abr1990, *CJ*, 1990, II, 149-150, STJ 16Jun1992, *BMJ*, 418, 751-759 e STJ 2Dez1993, *CJ/Supremo*, 1993, III, 152-154). Os problemas decididos nestes acórdãos, embora interessantes e merecedores de estudo, não correspondem a questões específicas da excepção da preterição do tribunal arbitral, pelo que estão fora do objecto deste apontamento.

⁽³⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa nos Tribunais Comuns*, Lisboa, 1994, pp. 134 ss. e *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lisboa, 1997, pp. 134 s.

⁽⁴⁾ Dos aspectos que não são aqui tratados, importa destacar, pela sua importância, a aplicabilidade da excepção em procedimentos cautelares. Trata-se de questão que se prende com a arbitrabilidade das providências preventivas e conservatórias, pelo que introduziria, no estudo a que se procede nestas páginas, um desvio do objecto que se me afigura inconveniente.

⁽⁵⁾ *Loc. cit.*, p. 407.

4. Perguntar-se-á então se não pode uma cláusula compromissória produzir o mesmo efeito de extinguir a instância que produz o compromisso arbitral.

Teria de ser, naturalmente, uma cláusula posterior à proposição da acção, uma cláusula que nascesse, por exemplo, de um aditamento ao contrato, celebrado na pendência da causa perante o tribunal judicial.

A resposta tem de ser negativa. A cláusula compromissória tem por objecto — *cf.* artigo 1.º, n.º 2 da LAV — *litígios eventuais* e portanto não cobre, nem pode cobrir, um *litígio actual*, como é necessariamente aquele que está a ser discutido em acção pendente.

5. Não será assim, é certo, se a cláusula aditada ao contrato se referir, por exemplo, a *todo e qualquer litígio, actual ou eventual*. Mas, aí, a *cláusula compromissória* é simultaneamente *compromisso arbitral* e abrange, com o seu amplo objecto, também o litígio que pende perante o juiz.

Não pode sequer dizer-se que, como compromisso, carece de validade ou de eficácia, à luz do n.º 3 do artigo 2.º da LAV, por *não determinar, com precisão*, o objecto do litígio. É que se há ali *indeterminação*, não ocorre *indeterminabilidade*: se a acção está pendente, o objecto do litígio *actual* é, pelos próprios articulados desta, suficientemente determinável ⁽⁶⁾.

6. Onde antes a lei se referia apenas a *preterição do tribunal arbitral*, passou, depois do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, a ler-se *violação de convenção de arbitragem*, na alínea j) do artigo 494.º, e *preterição do tribunal arbitral voluntário*, no artigo 495.º.

⁽⁶⁾ Decorre do art. 3.º da LAV que não é nulo o compromisso a que falte a determinação precisa do objecto do litígio; logo, tal determinação não constitui requisito *ad substantiam* do compromisso arbitral. A este propósito, é muito interessante o ac. Apel. Paris, de 6Nov1997 (sumariado e anotado por YVES DERAIS in *Rev. de l'Arb.*, 1998, pp. 706 ss.), que julgou que, expondo a decisão arbitral as pretensões e os argumentos das partes, a prova do objecto do litígio é considerada preenchida pela própria decisão dos árbitros.

Pode, a uma primeira (e desprevenida) vista, pôr-se em dúvida que as duas expressões sejam sinónimas.

7. A razão da terminologia adoptada no CPC de 1939 — *preterição do tribunal arbitral* — residia na circunstância de, no regime desse Código, o negócio *definitivo* (7) que vinculava as partes a cometerem um litígio à decisão de árbitros ser o compromisso arbitral; e neste, nos termos do artigo 1563.º — a que veio a corresponder, no CPC 1961, o art. 1511.º — eram logo, sob pena de nulidade, designados os árbitros, i.é, era logo constituído o tribunal arbitral.

Ao regular expressamente esta excepção dilatória, o legislador tinha em vista a existência de *compromisso arbitral* prévio à propositura da acção judicial.

Entendia ALBERTO DOS REIS que, estando coberto por cláusula compromissória o litígio suscitado no tribunal judicial, se verificava também a excepção da preterição do tribunal arbitral, sob pena de ficar frustrado o fim que a lei visara com a admissão da cláusula (8). Se, porventura, se não firmasse a interpretação que defendia (9), ainda assim a doutrina a aplicar teria de ser a mesma, por dever então considerar-se que ocorria uma outra excepção dilatória, esta inominada, que designava de *inobservância de cláusula compromissória* (10).

(7) No regime do CPC de 1939, a cláusula compromissória tinha, no entendimento perflhado pela maioria dos AA., a natureza de contrato-promessa, sendo o compromisso arbitral o negócio prometido.

(8) *Loc. cit.*, p. 409.

(9) O entendimento de ALBERTO DOS REIS veio a ter a oposição de PALMA CARLOS, in "La procédure arbitrale en droit comparé", in *Jornal do Fôro*, 30 (1966), p. 27. Na jurisprudência, foi largamente maioritária a orientação concordante com ALBERTO DOS REIS (designadamente STJ 28Fev1969, *BMJ*, 184, 253-257, Rel. Porto 25Fev1976, *CJ*, 1976, I, 107-108, Rel. Lxa. 18Mai1977, *CJ*, 1977, 619-620, Rel. Lxa. 10Jun1981, *CJ*, 1981, IV, 73-76, Rel. Évora 7Mar1985, *CJ*, 1985, II, 276, Rel. Lisboa 30Abr1985, *CJ*, 1985, II, 150-151, Rel. Porto 9Mai1995, *CJ*, 1995, III, 208-210); mas não chegou a haver unanimidade (5.ª Vara Cível Lxa. 27Mai1977, *CJ*, 1977, 327-329 e Rel. Lxa. 19Abr1983, *CJ*, 1983, II, 136-137).

(10) *Loc. cit.*, p. 410.

8. O legislador da reforma do processo civil de 1996 não teve decerto tempo para se dar conta deste pormenor da história da excepção ⁽¹¹⁾.

Quis antes, seguindo o ensinamento de CASTRO MENDES ⁽¹²⁾, distinguir, logo na alínea *j*) do artigo 494.º, a preterição do tribunal arbitral *necessário* — que é uma excepção dilatória de conhecimento *oficioso* — da preterição do tribunal arbitral *voluntário*. E entendeu fazê-lo em termos impressivos, denominando esta última *violação de convenção de arbitragem*, para regressar, no artigo seguinte, à designação comum, que pode ter-se já por tradicional entre nós.

Não se deu conta de que a sua inútil preocupação estilística seria susceptível de abrir discussão àcerca do alcance da distinção terminológica que faz (*ubi lex distinguit...*).

Confiou porventura o legislador na circunstância de tal eventual discussão ser, ao cabo e ao resto, inútil: ela teria que resultar no entendimento de que, constituindo excepção dilatória toda e qualquer violação da convenção de arbitragem, só não seria de conhecimento *oficioso* — e teria portanto de ser alegada — aquela que se traduzisse *também* em preterição de tribunal arbitral *já constituído*, o que é evidentemente um contra-senso.

9. A LAV reformou radicalmente o instituto da arbitragem voluntária no direito português.

Por um lado, unificou, no que respeita aos efeitos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, que são agora apenas modalidades da *convenção de arbitragem* e que se distinguem tão só pelo objecto: litígios *eventuais*, no caso da cláusula, um litígio *actual*, no caso do compromisso (*cf.* artigo 1.º, n.º 2 da LAV).

A convenção de arbitragem, em qualquer das suas modalidades, é um negócio jurídico que gera, para ambas as partes, o *direito potestativo* de submeter à decisão de árbitros um litígio compreen-

⁽¹¹⁾ O D-L 180/96 resultou da revisão da reforma realizada no CPC pelo D-L 329-A/95, de 12Dez, que deveria ter entrado em vigor em 1Mar1996; e houve, por isso, escassos meses para a sua preparação. Sobre a reforma do CPC em 1995/96, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos ... cit.*, p. 10.

⁽¹²⁾ *Direito Processual Civil*, I vol., (reimpr.), Lisboa, 1994, p. 574.

dido no seu objecto; e que vincula ambas as partes à *sujeição* correlativa de, independentemente da sua vontade, ver um litígio que caiba no seu objecto ser cometido a árbitros. Simultaneamente, a convenção de arbitragem constitui ambas as partes no *onus* de, querendo ver decidido litígio que se compreenda no seu objecto, *preferirem* a jurisdição arbitral, privada, à jurisdição pública.

10. Por outro lado, precisamente para defender a eficácia da convenção de arbitragem, i.é, para cortar cerce qualquer prematura intervenção judicial, a LAV estabeleceu um mecanismo complexo de defesa da esfera de competência do árbitro: primeiro, consagrou expressamente o princípio da competência do árbitro para conhecer da própria competência (cf. artigo 21.º, n.º 1); depois, determinou que um tribunal judicial só pode conhecer da competência do árbitro depois de este decidir sobre o fundo da causa e através de um dos meios que regula para a impugnação da decisão arbitral (artigo 21.º, n.º 4) ⁽¹³⁾.

Esta última regra é complementada pela irrecorribilidade das decisões arbitrais que não sejam a decisão final do árbitro (artigo 29.º, n.º 1) ⁽¹⁴⁾.

11. O artigo 21.º, n.º 1 da LAV, que estabelece o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro, merece uma atenção mais detida.

Dispõe-se ali que «*o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de*

⁽¹³⁾ O art. 21.º, n.º 4 da LAV refere-se apenas à *decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente*. Se o tribunal arbitral se declarar incompetente, a decisão respectiva constitui uma *decisão final* do árbitro. Se for recorrível e as partes se conformarem com ela, faz caso julgado. O mesmo acontece se não for recorrível; e se não vier a ser anulada, vincula *definitivamente* as partes. Logo, a decisão pela qual o tribunal arbitral se declara *incompetente* também só pode ser apreciada por um tribunal judicial em sede de impugnação da decisão final dos árbitros. Cf., adiante, nota (33).

⁽¹⁴⁾ A decisão final só é recorrível quando as partes não hajam renunciado aos recursos. Em caso de arbitragem internacional, a *decisão do tribunal não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos* (art. 34.º).

arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção» (15).

Esta disposição é claramente inspirada no n.º 1 do art. 16.º da Lei Modelo aprovada em Viena, na 18.ª Sessão da CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), em 21 de Junho de 1985 (LM) (16). E há, por isso, boas razões para entender que o emprego da forma verbal *pode pronunciar-se* tem, na lei portuguesa, o mesmo significado que é pacificamente aceite para a expressão equivalente do texto fonte (17), de atribuir ao tribunal arbitral *a competência para se pronunciar* sobre a sua própria competência.

Será necessário ir um pouco mais longe na análise desta disposição.

(15) Acrescenta-se no n.º 2 do mesmo artigo que «*a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção*». É a consagração da *autonomia da convenção de arbitragem* que, ao lado do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro, concorre também para a eficácia da convenção. A este propósito, v. PHILIPPE FOUCARD, EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN in *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1996, pp. 229 s. e ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie et «Kompetenz-Kompetenz»”, in *Rev. de l'Arb.*, 1998, pp. 305-357.

(16) O texto adoptado em Viena veio depois a ser aprovado pela Assembleia Geral da ONU, por resolução de 11Dez1985. A LM tem conhecido um sucesso assinalável, tendo já sido adoptada pelo direito interno dos seguintes países (em alguns dos quais é hoje lei geral da arbitragem voluntária): Alemanha, Austrália, Bahrain, Bermudas, Bulgária, Canadá, Chipre, Egipto, nos Estados Unidos a Califórnia, o Connecticut, o Oregon e o Texas, Guatemala, Região Administrativa Especial de Hong Kong, Hungria, Índia, Irão, Irlanda, Lituânia, Macau, Malta, México, Nigéria, Nova Zelândia, Oman, Peru, Quênia, no Reino Unido a Escócia, Federação Russa, Singapura, Sri Lanka, Tunísia, Ucrânia e Zimbábue. Entre nós, MARIA ANGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS publicaram uma “Análise da Lei-Modelo da CNUDCI de 1985 e das disposições pertinentes do direito português” e uma tradução do texto da LM, em *Contratos Internacionais. Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, 1986, a pp. 315-440 e 493-514, respectivamente.

(17) HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, in *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Deventer/Boston/Haia, 1994, a pp. 480, explicam que a adopção, no texto da ONU, das palavras *may rule*, em lugar de *shall have the power to rule*, teve unicamente em vista a harmonização do texto inglês com os redigidos em outras línguas, particularmente o francês (onde se lê *peut statuer*), não tendo pretendido significar coisa diferente. A LM, como texto da CNUDCI, foi aprovada nas seis línguas oficiais da organização: inglês, francês, castelhano, russo, chinês e árabe.

12. Antes, contudo, importa compreender o alcance da consagração do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro.

A par do efeito positivo que já ficou assinalado, aquele princípio acarreta o efeito negativo de impôr à jurisdição pública o dever de se abster de se pronunciar sobre as matérias cujo conhecimento a lei comete ao árbitro, em qualquer causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, *antes que o árbitro* tenha tido oportunidade de o fazer.

Isto é, do aludido princípio não decorre apenas que o árbitro tem competência para conhecer da sua própria competência; decorre também que tal competência lhe cabe a ele, antes de poder ser deferida a um tribunal judicial ⁽¹⁸⁾.

13. O texto do n.º 1 do artigo 21.º da LAV é mais específico do que o do n.º 1 do artigo 16 da LM a respeito da esfera de competência do árbitro: para conhecer da sua própria competência, o árbitro pode apreciar *a existência, a validade ou a eficácia* da convenção de arbitragem ou do contrato que a contenha, bem como a *aplicabilidade* da mesma convenção.

Não levanta dúvidas a referência à validade e à eficácia da convenção de arbitragem: constituindo vícios que conduzem à inutilização da convenção, e portanto à incompetência do árbitro, compreende-se que seja a este que a lei comete o poder de as apreciar.

O que suscita alguma perplexidade é a referência à *existência* e à *aplicabilidade* da convenção. É que a *existência* da convenção, quando se não trata de mera questão de facto cujo conhecimento não faz sentido reservar, em primeira mão, ao árbitro, confunde-se aparentemente com a sua aplicabilidade ao litígio desenhado pelas partes.

É por isso plausível que o legislador se tenha querido referir à *existência jurídica*. Cautela, esta, porventura determinada pela autonomia que uma parte significativa da doutrina reconhece a este

⁽¹⁸⁾ Como expressivamente escrevem FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *op. cit.*, p. 415, «*il consiste à permettre aux arbitres non de statuer seuls sur leur compétence, mais de statuer les premiers sur leur compétence*».

valor negativo do negócio jurídico. A prática demonstrará até que ponto esta cautela é avisada ou, ao invés, se foi excessiva ⁽¹⁹⁾.

14. O julgamento da competência do árbitro é sempre, em última análise, o julgamento da própria convenção de arbitragem que simultaneamente constitui a fonte daquela competência e lhe demarca os limites.

Nos dois únicos casos em que a lei admite que um tribunal judicial aprecie a convenção de arbitragem antes de proferida a decisão final do árbitro — para designar um árbitro que não tenha sido nomeado nos termos da convenção ou das disposições supletivas da lei e para determinar o objecto do litígio, nos casos em que as partes se hajam desentendido a esse respeito (artigo 12.º, n.ºs 1 e 4) — tem o legislador o cuidado de impôr ao juiz limites apertados para o seu julgamento.

É assim que, no n.º 5 do artigo 12.º da LAV, se permite ao juiz que declare *não haver lugar* à designação de árbitro ou à determinação do objecto do litígio quando, e apenas quando, a convenção de arbitragem for *manifestamente* nula ⁽²⁰⁾.

15. Todas estas cautelas da lei significam que ela quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição: há convenção de arbitragem, é plausível que ela vincule as partes no litígio, então, quanto ao litígio entre elas, o tribunal judicial não pode intervir senão em sede de impugnação da decisão arbitral.

Para que esse limite fique claro, para que fique nitidamente delimitada essa *fronteira* estabelecida ao poder do juiz, questões relativas à própria convenção, como a sua validade, a sua eficácia,

⁽¹⁹⁾ V., a propósito, RAUL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, in *Rev. Ordem dos Adv.*, 46 (1976), pp. 374 ss. Em geral, sobre a questão da inexistência jurídica no negócio jurídico, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Coimbra, 1999, pp. 573 ss.

⁽²⁰⁾ Cf. art. 1444, 3.ª al. do *NCPC* francês, que terá aqui, aparentemente, influenciado o legislador português. Sobre a interpretação dada a esta disposição, v. JEAN ROBERT, *L'Arbitrage. Droit Interne, Droit International Privé*, 6.ª ed., Paris, 1993, pp. 70 s. e MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le Droit Français de l'Arbitrage Interne et International*, 2.ª ed., Paris, 1990, pp. 171 s.

a sua aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final.

Só se ocorrer *nulidade manifesta* da convenção de arbitragem é que o tribunal judicial pode decidir de outro modo.

16. O regime jurídico da arbitragem voluntária não pode ser ignorado no julgamento da excepção dilatória da preterição do tribunal arbitral voluntário ou, o que é o mesmo, da violação de convenção de arbitragem.

As excepções *dilatórias* consistem em pressupostos processuais negativos, i.é, em condições de *inadmissibilidade* da intervenção do tribunal judicial. Verificada uma destas condições, o tribunal deve abster-se de conhecer do mérito da causa e absolver o réu da instância.

No caso da excepção de que aqui se trata, o que importa, para que o tribunal judicial a julgue procedente, é que verifique a *existência* (meramente factuel, material) de uma convenção de arbitragem susceptível de aplicação ao litígio trazido perante si. Tanto basta para que a introdução do feito em juízo constitua *violação da convenção de arbitragem* ou *preterição do tribunal arbitral voluntário*.

17. Para que a excepção seja apreciada e proceda, tem o réu o ónus de a alegar e provar, como resulta do artigo 495.º do CPC, i.é, tem de provar que existe uma convenção de arbitragem susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor ⁽²¹⁾.

O que faz, de resto, todo o sentido: se o artigo 2.º, n.º 4 da LAV admite a revogação da convenção de arbitragem, por escrito assinado pelas partes, até à pronúncia da decisão arbitral, nenhuma razão haveria para recusar o mesmo efeito revogatório da convenção de arbitragem à propositura, por uma das partes, de acção em tribunal judicial, acompanhada da renúncia, pela outra, de fazer valer a excepção da preterição de tribunal arbitral.

(21) E por isso a excepção da preterição do tribunal arbitral voluntário é, para a doutrina alemã, um *impedimento processual* (*Prozeßhindernis*); v., entre nós, ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 107.

18. Para alguns Autores, a alegação da exceção pelo réu constitui o exercício, por ele, do direito potestativo que emerge da convenção de arbitragem ⁽²²⁾.

Não parece que seja assim: a alegação da exceção não tem o efeito de submeter à decisão de árbitros o litígio tentado submeter à decisão do juiz. Limita-se a tornar inviável a acção em que é deduzida. Tanto assim que, absolvido o réu da instância por proceder a exceção, nada impede o autor de intentar nova acção no tribunal judicial, esperando que o réu, desta vez, não faça funcionar a exceção.

A alegação da exceção pelo réu afigura-se apenas como o exercício, por ele, de uma *faculdade* que, integrando embora o seu próprio direito potestativo emergente da convenção de arbitragem, se dirige tão somente a fazer funcionar o efeito negativo da inobservância, pelo autor, do ónus que para ele decorre da convenção de arbitragem.

19. Põe-se então a questão de saber quais são os poderes do juiz no julgamento da exceção.

À luz do regime do CPC, o julgamento da exceção dependia da apreciação da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem ⁽²³⁾.

Em consequência, a decisão do juiz que julgasse a exceção procedente vinculava o árbitro.

É ainda assim, no domínio da LAV?

20. O único Autor que examinou a questão não ilude o melindre dela: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA ⁽²⁴⁾ nota que é *questionável* se a decisão de absolvição da instância consequente do julgamento da procedência da exceção *comporta o efeito positivo de*

⁽²²⁾ RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 301. Esta ideia estava já presente em ALBERTO DOS REIS, *Comentário...*, vol. *cit.*, p. 409, ao afirmar que «há dois modos de dar vida e realização à cláusula ou de a fazer funcionar. (...) o outro é a arguição da exceção...».

⁽²³⁾ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, p. 408.

⁽²⁴⁾ *A Competência... cit.*, pp. 134 s. e *Estudos... cit.*, p. 134.

vinculação do tribunal arbitral ao reconhecimento da sua competência para apreciar o mesmo objecto (25).

Entende o mesmo Autor que aquela decisão constitui *uma decisão negativa sobre a competência do tribunal judicial*.

Será assim, à luz do regime da LAV?

21. Alguma doutrina jusprocessualística tende a ver a violação de convenção de arbitragem, ou preterição do tribunal arbitral voluntário, como uma questão de competência (26). Mas não é exactamente assim.

Para que se tratasse de uma questão de competência, seria necessário que se discutissem as parcelas de jurisdição de diferentes tribunais titulares da função jurisdicional do Estado. E não é disso que se trata.

O que se discute está ainda a montante da questão de competência: discute-se se o litígio introduzido em juízo *pode ser submetido à jurisdição pública* ou se, pelo contrário, não está (ainda) em condições de ser apreciado por um tribunal judicial (27).

(25) No entanto, noutro lugar, este A. nota que «a decisão de um tribunal sobre a sua competência ou incompetência não é normalmente vinculativa para os outros tribunais», não incluindo esta entre as excepções que assinala a essa regra — *cf. A Competência... cit.*, p. 37.

(26) Assim também CASTRO MENDES, *op. cit.*, p. 574. GIANNI SCHIZZEROTTO, que segue a mesma orientação, explica, in *Dell'Arbitrato*, 3.^a ed., Milão, 1988, pp. 210 ss., que a concepção da excepção depende da concepção que se adopte sobre a natureza da arbitragem. Mas a questão tem, em Itália, contornos muito específicos, atenta a convivência de duas espécies diferentes de arbitragem, consoante o árbitro exerça uma actividade jurisdicional e a sua decisão tenha força executiva (*arbitrato rituale*), ou as partes não pretendam senão que a sua controvérsia seja superada através de uma decisão com natureza e efeitos meramente negociais (*arbitrato irrituale*); a este respeito, v. GIORGIO BERNINI, *L'Arbitrato. Diritto Interno. Convenzioni Internazionali*, Bolonha, 1993, pp. 50 ss. Entre nós, mesmo não abordando expressamente a questão, AA. como VARELA / BEZERRA / NORA, *op. cit.*, p. 303, não vêm necessidade de recorrer à incompetência para explicar a excepção.

(27) Esta posição é coerente com a própria fonte da legitimidade do tribunal arbitral: enquanto o poder do tribunal público resulta da soberania, o poder do árbitro resulta da vontade das partes no litígio e justifica-se na autonomia privada. Ao admitir a convenção de arbitragem e ao reconhecer-lhe o efeito de subtrair o litígio abrangido por ela da jurisdição pública, a lei estabelece um desvio à regra ou ao princípio do *juiz natural*: é ao árbitro apenas que compete a decisão do litígio; o tribunal judicial só pode, em princípio, conhecer da própria decisão arbitral, e não das questões para cujo julgamento o árbitro é competente.

22. No regime da LAV, a convenção de arbitragem *subtrai* efectivamente do domínio da função jurisdicional pública qualquer litígio a que ela seja susceptível de ser aplicada.

A preterição do tribunal arbitral voluntário, ou violação de convenção de arbitragem, nada tem a ver com a incompetência do tribunal judicial para conhecer do mérito.

Tem a ver exclusivamente com a própria jurisdição. Isto é, a lei admite que as partes, através da convenção de arbitragem, renunciem ao princípio do *juiz natural* (28). Esta renúncia não pode, evidentemente, ser definitiva, ou ter efeitos definitivos: se

(28) A expressão *juiz natural* designa aqui a jurisdição pública, no sentido de que é ela que constitui, por um lado, o objecto do direito dos cidadãos a que um juiz independente, designado nos termos das leis sobre competência jurisdicional, decida as suas causas, os seus litígios, e, por outro, a função que o Estado tem o dever de exercer para o fim correspondente de interpretar e aplicar o direito. É a Constituição italiana que, no primeiro parágrafo do art. 25, prescreve que «nessuno può essere distolto del giudice naturale pre-costituito per legge». Este princípio tem servido à doutrina e à jurisprudência italianas para reputar inconstitucionais disposições da lei ordinária que remetem as partes em determinados litígios para a arbitragem *necessária*: v., a este propósito, GUIDO ALPA, “Profili di costituzionalità dell’arbitrato. L’arbitrato obbligatorio”, PAOLO GAGGERO, “L’arbitrato obbligatorio negli orientamenti della Corte costituzionale” e nota de FEDERICO SBRANA, in G. ALPA e TOMASO GALLETTO, *Casi Scelti in Tema di Arbitrato nel Diritto Italiano e Comparato*, Milão, 1994, pp. 33-73 e a jurisprudência aí citada (entre nós, sobre a arbitragem *necessária*, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A citação dos interessados como garantia da defesa no processo de expropriação”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., 179-197). A arbitragem *voluntária*, porque fundada na autonomia da vontade, não viola este princípio, que a lei autoriza as partes a afastar, dentro de certos limites (no nosso caso, aqueles que resultam do art. 1.º, n.º 1 da LAV), por acto *voluntário*. Na Constituição portuguesa não existe um princípio equivalente ao do art. 25, 1 da Constituição italiana; se do direito ao acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, se pode retirar o direito de ver os litígios decididos por um juiz independente (cf. arts. 202.º, n.º 1 e 203.º), o que pode bastar para determinar a inconstitucionalidade das disposições da lei que regulem *arbitragens necessárias* (o n.º 4 do art. 202.º, que autoriza a lei a *institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos* não serve para chegar a conclusão diferente), já a prescrição da prévia definição da competência e a proibição do desaforamento e dos tribunais especiais só é considerada no âmbito da justiça criminal (arts. 32.º, n.º 9 e 209.º, n.º 4). Entre nós, alguma doutrina refere-se, por isso, a um princípio do *juiz legal*, circunscrito porém ao direito processual penal (cf. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 207). Vem a propósito notar que a reforma do processo civil de 1995/1996 eliminou a proibição de desaforamento, que constava do artigo 64.º do CPC, mas que continua a vigorar, por força do art. 23.º da *Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais* aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13Jan.

por determinados motivos a convenção das partes não tiver condições para funcionar, elas continuam, ou voltam, a estar submetidas à jurisdição pública.

23. O tribunal judicial será competente se a convenção de arbitragem for inoperante, ou por ser inválida, ou por ser ou se ter tornado ineficaz, ou por ser inaplicável ao caso concreto.

Mas este juízo compete, antes do 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 21.º, n.º 4 da LAV⁽²⁹⁾.

O julgamento da excepção não é, nem comporta, o julgamento da competência do tribunal judicial.

24. Assim, a questão da validade, a questão da eficácia, mesmo a questão da aplicabilidade da convenção de arbitragem ao litígio submetido ao tribunal judicial estão subtraídas à jurisdição do juiz.

Este entendimento é coerente com o regime da LAV.

Reservando esta aos árbitros a primazia do conhecimento da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem, mal se compreenderia que o CPC admitisse que, em violação do regime da arbitragem voluntária, o tribunal judicial conhecesse dessa matéria para, eventualmente, concluir... pela violação da convenção de arbitragem.

Por outro lado, se para julgar alguma destas questões o tribunal judicial tiver de julgar a própria relação entre as partes, ou o acto gerador dela, estará, também nesse julgamento, a autorizar ele próprio a violação da convenção de arbitragem.

25. E são assim as coisas, quer se discuta a validade da própria convenção — por exemplo, em função dos poderes do subs-

(29) Cf., *supra*, número 10, no texto, e nota (13).

critor do contrato em que se insere a cláusula compromissória — quer se discuta a sua eficácia — por, v.g., ter sido ultrapassado o prazo fixado para a decisão ⁽³⁰⁾ — quer se discuta apenas a sua aplicabilidade — por exemplo, por o subscritor do contrato em que se insere a cláusula compromissória ter cedido o contrato, sendo parte no litígio o cessionário.

Com uma excepção: a que decorre da aplicação da doutrina do artigo 12.º, n.º 5 da LAV. Se for *manifesta* — isto é, óbvia, evidente — a nulidade, a ineficácia ou a inaplicabilidade da convenção de arbitragem, o juiz pode declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a excepção ⁽³¹⁾.

26. Por outro lado, o julgamento da excepção tão pouco comporta o julgamento da competência do tribunal arbitral.

Quer dizer: se o juiz declarar a excepção procedente, tal não implica que o árbitro deva, depois, julgar-se competente para decidir o litígio.

O julgamento da procedência da excepção implica tão só o julgamento da *existência* de convenção de arbitragem *não manifestamente nula* e eventualmente aplicável no caso concreto.

27. Este entendimento não comporta nenhum dos inconvenientes assinalados pelo Doutor TEIXEIRA DE SOUSA ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ As três hipóteses de *caducidade* da convenção de arbitragem previstas no art. 4.º, n.º 1 da LAV suscitam dificuldades práticas. Embora evidentemente não caiba aqui a sua dilucidação, vem a propósito alinhar, a tal respeito, algumas ideias básicas. A convenção de arbitragem caduca: a) se um árbitro falecer, se escusar ou se impossibilitar permanentemente para o exercício da função ou se a sua designação ficar sem efeito, e não for substituído; b) se na decisão de tribunal arbitral colectivo se não formar maioria (com a ressalva regulada no art. 20.º, n.º 3); e c) se não for proferida decisão no prazo fixado para tal fim. No caso de decisão arbitral sem maioria — vício que não permite recorrer da decisão, nem obter a sua anulação (uma vez que não há vencido nem ocorre vício previsto no art. 27.º, n.º 1) — verifica-se vício *evidente* que a doutrina do art. 12.º, n.º 5 autoriza o tribunal judicial a conhecer, fora dos condicionalismos do art. 21.º, n.º 4. Porém, nos outros dois casos, pode bem ser que a própria *caducidade* da convenção de arbitragem tenha, em obediência ao princípio enunciado no art. 21.º, n.º 1, de ser objecto de uma decisão arbitral para poder ser sindicada, ou aceite, por um tribunal judicial.

⁽³¹⁾ É esta também, basicamente, a solução do direito francês: cf. art. 1458.º, *NCPC* e ROBERT, *cit.*, pp. 103 s. e BOISSÉSON, *cit.*, pp. 79 ss.

⁽³²⁾ *Cit., supra*, nota (24).

Designadamente, não implicando, a procedência da excepção, o julgamento da incompetência do tribunal judicial, não há risco de conflito negativo de competência: se o árbitro se vier a julgar incompetente ⁽³³⁾, o tribunal judicial será irremediavelmente competente, se a sua incompetência não resultar de outro fundamento.

28. Também não colhe o paralelismo com o julgamento da extinção da instância por superveniência de compromisso arbitral, regulado no artigo 290.º do CPC. É certo que o n.º 2 desta disposição manda o juiz julgar a validade do compromisso; mas fá-lo apenas para que o juiz verifique que as partes na acção cujo julgamento lhe estava cometido decidiram entregar a decisão a árbitros. Isto é, a lei reconhece a competência do juiz da causa para o julgamento do acto que lhe retira jurisdição. É uma simples aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do juiz ⁽³⁴⁾.

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 mesma medida.

Aqui não ocorreu violação de convenção de arbitragem, não houve preterição de tribunal arbitral. Bem ao contrário, o que ocorreu foi a *preterição superveniente do tribunal judicial*, que este tem necessariamente de julgar.

De resto, e por outro lado, nada impede que a causa seja restaurada no tribunal judicial, se a convenção de arbitragem vier a caducar ou se, por outro motivo, perder eficácia.

⁽³³⁾ Em rigor, se o árbitro se vier a julgar desprovido de jurisdição. De incompetência do árbitro, em sentido estrito, só pode falar-se quando as partes escolheram uma instituição para administrar a sua arbitragem e o árbitro em funções não foi investido nos termos dos regulamentos da instituição designada. No caso inverso, bem como naqueles em que o árbitro, em arbitragem *ad-hoc*, não foi designado nos termos do acordo das partes ou das disposições supletivas da lei, ocorre *irregularidade da constituição do tribunal*. Se o árbitro se declarar *meramente incompetente*, no sentido aqui definido, ou se declarar o tribunal irregularmente constituído, não decidindo por isso sobre o mérito, não ocorre nulidade da decisão arbitral e a instância deve ser renovada, agora de acordo com a vontade das partes ou com as disposições legais supletivas antes ignoradas.

⁽³⁴⁾ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência...*, p. 37.

29. Concluindo, 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. Nada mais é necessário.

Pode até ser que se venha depois a concluir pela invalidade ou pela ineficácia da convenção de arbitragem, ou mesmo pela sua inaplicabilidade em relação a alguma das partes no litígio, ou a este mesmo. Tal conclusão, porém, tem de ser obtida perante o tribunal 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.

30. Face ao que dispõe o artigo 12.º, n.º 5 da LAV, a conclusão não pode ser outra, sob pena de se aceitar que a lei admite que, através da propositura de acção judicial, uma das partes fuja à competência dos árbitros, resultante da convenção de arbitragem, i.é, resultante de negócio em que ela própria se vinculou.

Em todo o caso, é claro que a LAV foi mais longe do que alguns dos textos legais de referência no direito comparado, como a lei uniforme aprovada pela Convenção Europeia de Estrasburgo de 20 de Janeiro de 1966⁽³⁵⁾ (artigo 4, 1) e a Lei-Modelo da CNUDCI (artigo 8, 1), adoptando no entanto uma orientação mais coerente com o respeito do princípio *pacta sunt servanda* e porventura mais favorável à segurança do tráfico jurídico⁽³⁶⁾.

31. A reforma do processo civil de 1995/96 trouxe, no que importa esta excepção, uma novidade interessante.

À luz do regime anterior à reforma, a preterição de tribunal arbitral era uma excepção dilatória *insanável*, e por isso não refe-

⁽³⁵⁾ A Convenção de Estrasburgo, aprovada pelo Conselho da Europa, foi assinada apenas pela Áustria e pela Bélgica, mas só o segundo destes dois Estados a ratificou. O texto da lei uniforme foi incorporado no *Code Judiciaire* belga por lei de 1972.

⁽³⁶⁾ Como já se assinalou, *supra*, notas (20) e (31), o legislador português de 1986 parece ter-se, neste ponto, inspirado na lei francesa.

rida na enumeração taxativa que constava do artigo 494.º, n.º 2. Mas a reforma fez desaparecer esta disposição ⁽³⁷⁾.

Ora, nos termos do n.º 2 do artigo 288.º do CPC, a procedência de excepção dilatória deixa de ter a consequência da abstenção do conhecimento do pedido pelo juiz e da absolvição da instância *quando a irregularidade tenha sido sanada* ⁽³⁸⁾.

32. No caso da excepção da preterição do tribunal arbitral voluntário, a *irregularidade* é, como procurei demonstrar, o defeito de jurisdição. E pode ser sanada através da revogação da convenção de arbitragem, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 da LAV.

Mas pode o autor ter fundadas esperanças em que o árbitro venha a julgar a convenção de arbitragem inválida, ineficaz ou inaplicável. E, se tal vier a acontecer — e *pode*, em regra, acontecer num prazo reduzido — fica sanada a *preterição do tribunal arbitral*, restaurando-se a jurisdição do tribunal judicial.

Então, alegando o réu a excepção, pode o autor requerer a suspensão da instância, nos termos dos artigos 276.º, n.º 1, c), e 279.º do CPC.

Com efeito, afigura-se constituir motivo justificado — *cf.* art. 279.º, n.º 1, *in fine* — para a suspensão a probabilidade de o árbitro vir a julgar-se incompetente em consequência de convenção de arbitragem *aparentemente* inválida, ineficaz ou inaplicável.

Parece, por isso, que um tal requerimento deverá ser deferido, em nome do princípio da economia processual e da conservação da instância. De resto, estamos aqui perante uma situação paralela da causa prejudicial ou mesmo, por maioria de razão, da *questão prejudicial* ⁽³⁹⁾, em que não choca a adopção dos mesmos critérios que, nesses casos, justificam a suspensão da instância.

⁽³⁷⁾ Em parte alguma a lei indica hoje *quais* dos pressupostos processuais são susceptíveis de sanação.

⁽³⁸⁾ Nos termos do art. 288.º, n.º 3, a subsistência de excepção dilatória não dá «*lugar a absolvição da instância quando, destinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da excepção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte*». Mas esta disposição não é aplicável à *violação de convenção de arbitragem*, já que esta tutela um interesse de ambas as partes.

⁽³⁹⁾ Quando ocorre questão prejudicial, a suspensão da instância pode ser ordenada na perspectiva de acção a propôr e na dependência da respectiva decisão (*cf.* art. 97.º CPC).