

# Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

9

NOVEMBRO 2018

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da *Data Venia* e dos respectivos Autores

## índice

- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 005** *Alterações em sede de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa*  
António Xavier Beirão, Procurador da República
- DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 027** *Conformação constitucional das presunções hominis no âmbito do processo penal*  
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 067** *A natureza jurídico-penal das imunidades dos titulares dos órgãos políticos de soberania*  
Afonso Leitão, Advogado
- PROVA EM DIREITO PROCESSUAL
- 121** *Os limites da valoração da prova gravada por parte dos Tribunais de Recurso*  
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO CONSTITUCIONAL E ARBITRAGEM
- 161** *Da inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro*  
Narciso Magalhães Rodrigues, Juiz de Direito
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 197** *A Eurojust e a proteção de dados pessoais*  
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 223** *A Internet e o Direito ao Esquecimento: análise jurisprudencial*  
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITO CIVIL
- 251** *Direitos das pessoas com deficiência*  
José Francisco Moreira das Neves,  
Juiz Desembargador
- DIREITO FISCAL
- 271** *Contrato de agência: tributação em IVA*  
Adriana Monteiro, Advogada

# Da inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º1, da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro

(Lei da Arbitragem Voluntária)

**Narciso Magalhães Rodrigues**

Juiz de Direito

**SUMÁRIO:** 1. O princípio da competência da competência do tribunal arbitral. 2. O acordo das partes na celebração da convenção arbitral “*stricto sensu*” e no seu conteúdo. 3. Do alcance limitado da competência *primus* do tribunal estadual estatuída pelo artigo 5º, nº1, (parte final), da LAV. 4. O direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. 5. Da imposição legal do recurso à arbitragem. 6. O princípio da proporcionalidade enquanto critério e medida da restrição legal do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. 7. Do interesse público visado pela consagração legal do princípio Kompetenz-Kompetenz. 8. e 9. Necessidade e proporcionalidade da solução legal positivada. 10. Efeitos da competência-competência prevalente do tribunal arbitral relativamente a convenções de arbitragem que constituem cláusulas contratuais gerais. 11. Do regime legal alternativo proposto. 12. Conclusão.

## Introdução

Constitui objecto do presente estudo o alcance das disposições conjugadas dos artigos 5º, nº1, e 18º, nº1, da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro - Lei da Arbitragem Voluntária, doravante designada por LAV, e sua compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa, doravante designada por CRP.

Dispõe o artigo 1º, nº1, da LAV:

*“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 de árbitros que, desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem”*

Resulta do disposto por este normativo que a possibilidade de resolução de qualquer litígio ser cometido à decisão de árbitros pressupõe uma prévia convenção das partes para o efeito, a chamada convenção de arbitragem.

Relativamente à competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência, dispõe o artigo 18º, nº1, da LAV:

*“Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência*

*1 — O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.”*

Por sua vez, dispõe o nº1 do artigo 5º da LAV:

*“Efeito negativo da convenção de arbitragem*

*1 — O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.”*

Da redacção destes dois preceitos resulta que a LAV, não só atribuiu ao tribunal arbitral competência para se pronunciar sobre a sua competência mesmo quando se mostre controvertida a validade, e mesmo a existência, da convenção de arbitragem, como, ao determinar a exclusão dos tribunais estaduais do conhecimento desse litígio, lhe atribuiu tal competência de forma prevalente.

Tal alcance interpretativo das disposições conjugadas dos enunciados normativos tem sido o seguido pela Jurisprudência e Doutrina, conforme dá nota, Telma Pires de Lima<sup>1</sup>, ou seja, a LAV consagrou inequivocamente o princípio da competência dos árbitros tanto com o seu efeito positivo (artigo 18.º, n.º 1), como com o seu efeito negativo (artigo 5.º, n.º 1). “O efeito positivo consiste em facultar a qualquer das partes a constituição de um tribunal arbitral competente para o julgamento de litígios nela previstos, faculdade essa que constitui um direito potestativo a que corresponde a inerente sujeição da outra parte à atribuição do julgamento do litígio ao tribunal arbitral. O efeito negativo consiste na exclusão dos tribunais do Estado do conhecimento desse litígio.”

Resulta, assim, da redacção das enunciadas normas legais que a LAV atribuiu ao tribunal arbitral competência primeira para se pronunciar sobre a sua competência, com exclusão dos tribunais estaduais, mesmo que alguma das partes não se considere vinculada pela convenção de arbitragem.

Conforme se refere no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-02-2018<sup>2</sup> “Vigora, entre nós, o princípio lógico e jurídico da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência, designado em

---

<sup>1</sup> Em comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.6.2016 processo n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1- com idêntico entendimento – publicado na Revista PLMJ Arbitragem n.º 1/Novembro 2017, com abundante citação jurisprudencial e doutrinal a propósito que aqui damos por reproduzida.

<sup>2</sup> Processo n.º 61/14.0TJLSB.L1.S1 – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

idioma germânico por Kompetenz-kompetenz e que, na sua acepção negativa, impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua própria competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral.”

É precisamente nessa parte em que a Lei – artigo 5º, nº1, da LAV - acaba por atribuir ao tribunal arbitral competência prevalente para a resolução de um conflito não abrangido por convenção das partes, que se nos suscitam as maiores dúvidas de constitucionalidade, e nos levará a concluir pela sua inconstitucionalidade na medida em que dela resulte a atribuição de competência primeira do tribunal arbitral, com exclusão do tribunal estadual, para decidir sobre a própria competência em caso de litígio emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem, nos termos e pelos fundamentos que passaremos a expor.

### **1. O princípio da competência da competência do tribunal arbitral**

É pacífico na jurisprudência do Tribunal Constitucional que a CRP - artigo 209.º, n.º 2 - prevê a existência de tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais, que se constituem precisamente para exercer a função jurisdicional.<sup>3</sup>

“Os tribunais arbitrais estão previstos como uma categoria autónoma de tribunais e encontram-se submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais, e as suas decisões têm natureza jurisdicional, mas não são órgãos estaduais, correspondendo a sua actividade a um verdadeiro exercício

---

<sup>3</sup> cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

privado da função jurisdicional” - acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013<sup>4</sup>.

A arbitragem “é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido, por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio”, sendo voluntária quando tem por origem a autonomia da vontade das partes expressa numa convenção de arbitragem, ou necessária, quando tem por fundamento uma disposição legal imperativa a impor a resolução do litígio por via arbitral.

“A instituição da arbitragem voluntária assenta na autonomia privada, na ideia de que as partes podem cometer à decisão de árbitros a resolução de qualquer litígio, desde que este não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, nem respeite a direitos indisponíveis”.<sup>5</sup>

Tendo a arbitragem voluntária natureza contratual e sendo uma forma de resolução de litígios alternativa à jurisdição estadual, “é incontestável que só poderão ser resolvidos por arbitragem os litígios que as partes acordaram em submeter a arbitragem.

Desta forma, para que o tribunal arbitral possa conhecer determinada questão controvertida é imprescindível a verificação de que a mesma se encontra prevista na convenção de arbitragem, que consubstancia um encontro de

---

<sup>4</sup> In Diário da República n.º 89/2013, Série I de 2013-05-09, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>5</sup> Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00002337.

vontades ancorado em declarações negociais necessariamente reduzidas a escrito, nos termos do artigo 2.º, n.º 1 da LAV.” - Telma Pires de Lima.<sup>6</sup>

## **2. O acordo das partes na celebração da convenção arbitral “*stricto sensu*” e no seu conteúdo, como pressuposto da competência do tribunal arbitral**

A convenção de arbitragem pressupõe, conforme se assinalou, o acordo das partes para o efeito.

“Se a convenção de arbitragem for nula, anulada ou ineficaz o tribunal arbitral é incompetente - artigos 1º, 3º e 5º, nº3 da LAV”.<sup>7</sup>

Importará neste ponto distinguir entre acordo das partes para a constituição/celebração de determinada convenção de arbitragem e acordo para os termos ou conteúdo da mesma.

Assim e na medida em que a validade/regularidade da constituição da convenção arbitral não se mostre controvertida, a atribuição de competência ao tribunal arbitral para apreciar e decidir sobre a regularidade formal, validade e alcance do respectivo conteúdo e, conseqüentemente, para decidir sobre a sua própria competência, resulta legal e constitucionalmente isento de controvérsia, porquanto se mantém no campo da auto-vinculação das partes.

Já no caso de alguma das partes impugnar a validade/regularidade do pretense acordo, necessariamente reduzido a escrito, que constituiu a convenção arbitral, não se poderá dizer que exista acordo para submeter a árbitros, ou seja, a tribunal arbitral, a resolução de qualquer litígio com ela atinente,

---

<sup>6</sup> Ob. loc. cit.

<sup>7</sup> Pinheiro, Luís de Lima, Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais), in Revista da O.A. ano 64.Nov/2004.



nomeadamente competência para decidir sobre o litígio acerca da regularidade/validade da própria convenção arbitral.

Todavia, como se referiu, mesmo nestes casos de ausência de acordo das partes para resolução desses litígios, a LAV atribuiu ao tribunal arbitral competência primeira para a sua apreciação/decisão – artigos 5º nºs1 e 4 e 18º nº1 da LAV –, com exclusão da competência dos tribunais estaduais, a menos que o tribunal estadual “verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível” - artigo 5º, nº1 (parte final) da LAV.

### 3. Do alcance limitado da competência *primus* do tribunal estadual estatuída pelo artigo 5º, nº1 (parte final), da LAV

A interpretação do preceituado pelo citado artigo 5º, nº1, – parte final – da LAV tem merecido resposta coincidente pela jurisprudência, sintetizada no recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-03-2018<sup>8</sup>, cujo texto passamos a reproduzir:

*- (...) é neste registo que a jurisprudência do STJ se tem pronunciado, ao decidir que, face ao princípio consagrado no artigo 18º, nº 1, da LAV, segundo o qual incumbe prioritariamente ao tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, apreciando para tal os pressupostos que a condicionam – validade, eficácia e aplicabilidade ao litígio da convenção de arbitragem –, os tribunais judiciais só devem rejeitar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção invocada é nula ou ineficaz ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respectivo âmbito de aplicação. (...) Como*

---

<sup>8</sup> Processo nº. 1149/14.8T8LRS.L1.S1 disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

refere Menezes Cordeiro - “Tratado de Arbitragem”, página 204 - o termo ‘manifestamente’, empregue na norma do artigo 5º, n.º 1, da LAV, tem de ser interpretado com o sentido de “dispensar a produção de prova, para se alcançar a nulidade, a ineficácia ou a inexecuibilidade”. Nesta conformidade, o acórdão deste STJ, de 10.03.2011 decidiu que ao tribunal judicial apenas compete “determinar se é manifesto e insusceptível de controvérsia séria e consistente a não aplicabilidade da convenção de arbitragem estipulada à relação contratual litigiosa – devendo, pelo contrário, em caso de dúvida fundada sobre o âmbito da referida convenção, serem as partes remetidas para o tribunal arbitral a que atribuíram competência para solucionar o litígio”.

“Basta uma plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário apreciação da sua própria competência, só podendo o tribunal judicial deixar de proferir a absolvição da instância se for manifesta, clara, patente a invalidade ou a inexecuibilidade da cláusula” - Ac. do STJ de 10.03.2011,<sup>9</sup>

Conforme dá nota Telma Pires de Lima,<sup>10</sup> também na doutrina há entendimento concordante relativamente à interpretação do artigo 5.º, n.º 1, da LAV, no sentido de que:

- O tribunal judicial tem apenas de verificar a existência, meramente factual ou material, de uma convenção susceptível de aplicação ao litígio;
- O advérbio “manifestamente” tem o sentido de dispensar a produção de prova, para se alcançar a nulidade, a ineficácia ou a inexecuibilidade, requisito que afasta à partida qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do

---

<sup>9</sup> Processo n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1 disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>10</sup> Ob. loc. cit. com sustentada citação a propósito.

contrato, deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitralidade;

- Bem se compreende que a manifesta inexistência (nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade) da convenção de arbitragem não se compatibiliza com a necessidade de produção de prova que, seja pela sua natureza (v.g. testemunhas) ou pelo seu conteúdo (v.g. documentos), não revela ou não é susceptível de a revelar.

Resulta de tal entendimento doutrinal e jurisprudencial - o qual merece a nossa concordância dado o teor das citadas disposições legais aplicáveis -, que a intervenção do tribunal judicial se terá de limitar, em tais circunstâncias, a aferir da existência, meramente formal ou material, de uma convenção susceptível de aplicação ao litígio, e que apenas poderá deixar de proferir decisão a absolver da instância se for manifesta a sua invalidade, ineficácia ou inexecutabilidade.

Mais resulta que o tribunal judicial se deverá abster da apreciação de prova, bastando-se com a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitralidade, o que afasta à partida a apreciação de vícios da vontade ou outras causas de invalidade, que careçam de comprovação probatória.

Tendo ainda presente que a convenção de arbitragem terá, sob pena de nulidade, adoptar forma escrita - artigo 2º, nº1, da LAV -, a questão que cumpre colocar será a de saber que questões serão, então, susceptíveis de constituir objecto de apreciação/competência por parte do tribunal estadual.

Tais questões apenas poderão ser as respeitantes ao próprio conteúdo da convenção arbitral, ou seja, as referentes à forma, determinação e alcance do objecto do litígio, nunca as respeitantes a vícios originários da celebração da própria convenção de arbitragem.

De facto, não se vislumbra como seja possível ao julgador do tribunal judicial concluir, sem produção de prova, pela ocorrência manifesta e

incontroversa de qualquer vício da vontade ou outra invalidade que perante si seja alegada por alegado subscritor da convenção. Efectivamente não se vê como se possa concluir de uma simples análise de determinada declaração escrita, que a mesma possa ter sido obtida por coacção moral ou física, por abuso ou falsidade de assinatura, vício de vontade, incapacidade acidental ou outra, etc..

Assim e porque a dilucidação de tais questões constitui condição necessária para a decisão sobre a própria competência do tribunal, arbitral ou estadual, a sua apreciação caberá, *prima facie*, ao tribunal arbitral - artigo 5º, nº1, da LAV.

Resulta, pois, do exposto que a possibilidade da intervenção/competência do tribunal do Estado se limitará à apreciação da forma e conteúdo da convenção arbitral, ou seja, em situações ainda situadas no âmbito da autonomia da vontade das partes, porquanto não é colocada em causa a perfeição do acordo/declaração negocial que constitui a convenção.

Mais resulta que, nos casos em que lhe seja suscitado um litígio sobre a existência e/ou validade de convenção arbitral, o tribunal estadual deverá, caso tal excepção dilatória seja suscitada, abster-se de julgar – artigos 578º e 576º, nº2, do Código de Processo Civil, porquanto é ao tribunal arbitral que o legislador atribui competência, primeira, para apreciação da sua própria competência, excluindo dessa apreciação os tribunais judiciais e obrigando, consequentemente, os cidadãos a recorrer à constituição de tribunal arbitral em momento em que não se pode afirmar que tenham convencionado atribuir-lhe tal competência, ou seja, que tenham voluntariamente renunciado ao direito de acesso aos tribunais do Estado.

É relativamente a esta opção legislativa, que configura uma verdadeira situação de arbitragem forçada ou necessária porquanto impõe a resolução do litígio por via arbitral, que se nos suscitam dúvidas de conformidade com a CRP, por violação dos artigos 20.º, nº1, e 18º, nº2, da CRP, caso se conclua ter

sido restringido, de forma desproporcional e desnecessária, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva, do que se passará a apreciar.

#### **4. O direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva**

Dispõe o artigo 20.º, nº1, da Constituição da República Portuguesa que: *“A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”*

O Direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva é um direito fundamental, “constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito” (...) inclui desde logo quatro “subdireitos” ou dimensões garantística, em primeiro lugar, o direito de ação ou direito de acesso aos tribunais; o direito ao processo perante tribunais; o direito à decisão da causa pelos tribunais e ainda o direito à execução das decisões dos tribunais<sup>11</sup>.

Conforme se referiu, é hoje pacífico na doutrina e jurisprudência do Tribunal Constitucional que a arbitragem, mesma a necessária mediante certos requisitos, pode ser considerada como um meio da tutela jurisdicional, na medida em que “a CRP - artigo 209.º, n.º 2 - prevê a existência de tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais, que se constituem precisamente para exercer a função jurisdicional”

Conforme se refere ainda no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, em entendimento que subscrevemos integralmente e passamos a reproduzir,

---

<sup>11</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira in Constituição da República Portuguesa Anot. pág. 408

*“ A Constituição, embora admita a existência de tribunais arbitrais (artigo 209º, n.º 2), nada diz quanto à sua inserção no ordenamento jurisdicional, nem quanto à articulação com o direito de acesso à proteção judicial. Nem explicita o âmbito e a natureza dos litígios que podem ser submetidos à jurisdição desses tribunais.*

*Em todo o caso, a criação de tribunais arbitrais não pode deixar de se encontrar preordenada a outros princípios constitucionais e, de entre estes, à garantia de acesso aos tribunais e à garantia de reserva de jurisdição.*

*O artigo 202º, no seu n.º 1, define os tribunais como os «órgãos de soberania com competência para administrar a justiça», vindo a identificar, no n.º 2, o conteúdo da função jurisdicional por referência a três diferentes áreas de intervenção: defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; repressão de violação da legalidade; dirimição de conflitos de interesses públicos e privados.*

*O entendimento comum é o de que a Constituição pretendeu, deste modo, instituir uma reserva de jurisdição, entendida como uma reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais. Nesse sentido, poderá apenas discutir-se o âmbito de delimitação dessa reserva, quer por efeito das dificuldades que possa suscitar, em cada caso concreto, a distinção entre função administrativa e função jurisdicional, quer por via da maior ou menor latitude que se possa atribuir ao conceito - sobre os diferentes níveis ou graus de reserva, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 7ª edição, págs. 668-670; VIEIRA DE ANDRADE, *A reserva do juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação das indemnizações por nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVII, n.os 274/276, julho/dezembro, 1998, pág. 224.*

*A possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdicional de conflitos, nos termos do n.º 4 desse mesmo artigo 202º, e de*

*submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais.*

*E deverá ter-se presente que o direito de acesso aos tribunais, como direito fundamental correlacionado com a reserva da função jurisdicional, é também ele um "corolário lógico da tendencial resolução dos conflitos através de tribunais estaduais".*

*A este propósito PEDRO GONÇALVES observa que a garantia do artigo 20º, n.º 1, da Constituição, é a do «direito de acesso a tribunais estaduais, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados. O que a instituição de tribunais arbitrais voluntários representa, ou pode representar, é a voluntária renúncia ao direito de acesso aos tribunais do Estado» (ob. cit., pág. 565, nota 450).*

*A admitir-se esta asserção como válida para os tribunais arbitrais voluntários, por maioria de razão ela é aplicável aos tribunais arbitrais necessários, visto que a criação destes tribunais resulta de imposição legal e impede os interessados de recorrerem ao tribunal da ordem judiciária comum que seria normalmente competente para dirimir o conflito. E é nesse sentido que aponta o autor agora citado quando refere que «o facto de a Constituição incluir os tribunais arbitrais nas categorias de tribunais não assegura a constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários em todos os casos: só é pensável admitir a imposição da composição arbitral quando não se encontre vedado o acesso aos tribunais estaduais, hipótese que só se verifica se não estiver excluída a possibilidade de recurso da decisão arbitral para aqueles tribunais» (ob. cit., pág. 573).”*

Assente, em termos gerais, a conformidade constitucional da possibilidade de o legislador impor aos cidadãos o recurso necessário à arbitragem para a resolução de conflitos, importará precisar em que termos e quais os limites.

## 5. Da imposição legal do recurso à arbitragem

No citado acórdão de 24 de Abril de 2013 - processo n.º 230/2013 - Tribunal Constitucional concluiu pelo seguinte dispositivo: - “ O Tribunal Constitucional decide pronunciar-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º, n.º 1, e por violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, previsto no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, da norma constante da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 8.º, conjugada com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, na medida em que delas resulte a irrecorribilidade para os tribunais do Estado das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto proferidas no âmbito da sua jurisdição arbitral necessária”.

Resulta, assim, que o Tribunal Constitucional se pronunciou, pese embora com um voto de vencido, no sentido de que as normas que impunham a irrecorribilidade para os tribunais estaduais das decisões proferidas no âmbito da jurisdição arbitral necessária violavam o direito de acesso aos tribunais, entendimento que foi reiterado, no essencial, no Acórdão n.º 781/2013<sup>12</sup>.

No caso em apreço, ou seja, da imposição da competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência, a Lei – artigos 18º, nº 9, 46.º, nº3 subalíneas i) e iii) da alínea a) e 59º, nº1, da LAV - consagra a faculdade de recurso para os tribunais do Estado, mais precisamente para o Tribunal da Relação territorialmente competente, cessando o processo arbitral e deixando de produzir efeitos a sentença nele proferida, logo que o tribunal

---

<sup>12</sup> Processo n.º 916/13, disponível [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)



estadual considere que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido – artigo 5º, nº3, da LAV.

Assim e na medida em que a LAV prevê o recurso para os tribunais do Estado da decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência, permitindo-lhes, desse modo, assegurar “a palavra final” sobre o mérito do litígio, dir-se-ia não se suscitarem, afinal, as enunciadas questões de constitucionalidade.

Não se nos afigura que assim se deva entender, ou seja, que a questão da conformidade constitucional da imposição, por via legal, de arbitragem necessária, obrigatória ou forçada, se esgote na consagração da faculdade de recurso para o tribunal do Estado, dito de outro modo, que constitua requisito único de conformidade constitucional.

Conforme acima se referiu a garantia do artigo 20º, nº 1, da Constituição, é a do direito de acesso a tribunais estaduais.

Com efeito, embora os tribunais arbitrais sejam verdadeiros tribunais e os árbitros exerçam a função jurisdicional, “os tribunais arbitrais não são, contudo, tribunais iguais aos do Estado, não estão integrados na organização estadual, o Estado não é responsável pelo seu funcionamento, os seus juízes não são juízes de carreira (...), além de não serem nomeados pelo Estado”.<sup>13</sup>

Não se cuidando aqui de fazer uma análise aprofundada das diferenças entre julgamento em primeira e segunda instâncias, porquanto são manifestas, sempre se dirá tratar-se de realidades não coincidentes, antes complementares, em termos de tutela jurisdicional, porquanto que, e além do mais, “a apreciação da decisão de facto impugnada pelo Tribunal da Relação não visa propriamente um novo julgamento global ou latitudinário da causa, mas, antes, uma reapreciação

---

<sup>13</sup> Cfr. Gonçalves, Pedro, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., pp. 563, 565, 568 e 572 *apud* acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013

do julgamento proferido pelo tribunal a quo com vista a corrigir eventuais erros da decisão” – ac. do STJ de 04-10-2018.<sup>14</sup>

Por outro lado, pese embora os amplos poderes que os tribunais de segunda instância – *in casu* os tribunais da Relação – gozam actualmente em sede de reapreciação da matéria de facto – artigo 662º nº1 do Código de Processo Civil – “ os parâmetros de controlo pela Relação da matéria de facto mostram, nitidamente, que a apelação sendo um recurso amplo é ainda, em regra, no tocante à questão-de-facto, um recurso de reponderação e não um recurso de reexame: não se trata nunca de julgar *ex-novo* a matéria de facto – mas, mais limitadamente, de reponderar ou reapreciar o julgamento que dela foi feito na 1ª instância e, portanto, de aferir se aquela instância não cometeu, nessa decisão, um *error in judicando*”.<sup>15</sup>

A garantia prevista pelo artigo 20º, n.º 1, da CRP tem por objecto assegurar o acesso aos tribunais estaduais na sua plenitude, não se bastando com a mera faculdade de acesso em sede de recurso, razão pela qual a imposição legal, *contra voluntatem*, do recurso à arbitragem constituirá uma restrição desse direito fundamental, apenas admissível nos termos previstos pelo nº2 do artigo 18º da CRP – “ A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

---

<sup>14</sup> Processo nº 588/12.3TBPVL.G2.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>15</sup> Antunes, Henriques in “Recurso de apelação e controlo da decisão da questão de facto” – disponível em [www.stj.pt](http://www.stj.pt).

## 6. O princípio da proporcionalidade enquanto critério e medida da restrição legal do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva

Conforme é referido no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 774/2014 de 12.11.2014,<sup>16</sup> em entendimento que sufragamos inteiramente, “resultam constitucionalmente censuráveis os obstáculos que dificultam ou prejudicam, arbitrariamente ou de modo desproporcionado, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva”.<sup>17</sup>

A propósito do conceito do princípio da proporcionalidade, refere Vieira de Andrade<sup>18</sup> que, “a ideia de proporcionalidade já resulta da proibição (geral) do arbítrio, mas a Constituição estabelece nos nºs 2 e 3 do artigo 18º, uma proibição qualificada de arbítrio quanto à restrição dos direitos fundamentais, que talvez se justifique como contrapartida dos largos poderes que o legislador, apesar de tudo, goza”(…). Adverte, porém, Vieira de Andrade “ que o juiz e demais entidades de controle só poderão considerar inconstitucionais as normas que constituam manifesta violação do princípio da proporcionalidade. Só assim e garantirá uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais, tanto mais que o legislador em causa é obrigatoriamente um órgão com legitimidade democrática directa.”.

Por inteiramente pertinentes a este respeito, sufragamos ainda os princípios gerais enunciados no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 251/2017 de 24.5.2017<sup>19</sup>, no sentido de que “ o princípio da proporcionalidade ocupa lugar

---

<sup>16</sup> Processo n.º 38/14, 2ª Secção, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>17</sup> Cfr., nesse sentido, também os Acórdãos do TC n.ºs 51/88, 1144/96, 564/98, 122/2002 e 403/2002, todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>18</sup> In “Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa”, Almedina, pg. 240/241.

<sup>19</sup> Processo n.º 297/2016, 1ª Secção, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

central na avaliação dos requisitos materiais exigidos nas restrições de direitos fundamentais, as quais, de acordo com o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos». São comumente identificados os seguintes três subprincípios em que se desdobra: idoneidade (ou adequação), necessidade (ou indispensabilidade) e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito).

A análise de cada uma destas dimensões do princípio depende da identificação do interesse público prosseguido pela norma sindicada (...) para tal é essencial aferir se a solução é adequada, necessária, excessiva ou desrazoável.”

Já vimos que o legislador - LAV - consagrou o princípio da competência da competência dos árbitros tanto no seu efeito positivo (artigo 18.º, n.º 1), como no seu efeito negativo (artigo 5.º, n.º 1), também designado por princípio da prevalência da justiça arbitral ou “Kompetenz-Kompetenz”.<sup>20</sup>

Procuramos, também, demonstrar que tal solução consagrada pelo legislador se nos afigura, no que concerne ao seu efeito negativo, susceptível de restringir o direito constitucionalmente protegido de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva.

As questões que importará, pois, colocar/responder serão as seguintes:

- qual o interesse público fundamento da restrição, prosseguido/visado pela norma sindicada, e,
- se a solução consagrada se apresenta como necessária, adequada e proporcional a satisfazer/prosseguir tal interesse público/fundamento.

---

<sup>20</sup> Refere Júdice, José Miguel in “O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária” publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, n.º 23, Jul/Ag 2009, pág 240- 246, que com o “efeito negativo do princípio “Kompetenz-Kompetenz” se procurou levar ao limite mais amplo conhecido o princípio da prevalência da justiça arbitral”

## 7. Do interesse público visado pela consagração legal do princípio Kompetenz-Kompetenz

Com a consagração do princípio da competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua própria competência com prevalência sobre os tribunais estaduais, a LAV terá procurado garantir que a questão prévia da competência do próprio tribunal arbitral possa ser decidida de forma mais célere, em ordem a estabilizar os termos do litígio e evitar demoras e dilações que possam colocar em causa a constituição ou o funcionamento do tribunal arbitral e, consequentemente, o interesse na resolução mais expedita de um conflito que, no exercício da sua autonomia de vontade, as partes tenham confiando à arbitragem.

Assim e conforme se refere no citado ac. do STJ de 08-02-2018<sup>21</sup>, “O princípio da competência-competência consagra a autonomia da jurisdição arbitral relativamente à jurisdição dos tribunais estaduais. Se assim não fosse careceria o tribunal arbitral de saber previamente por decisão de um tribunal estadual se tinha ou não tinha competência para dirimir o litígio”.

A este propósito, refere José Miguel Júdice, em anotação ao acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional<sup>22</sup> que, “a arbitragem é uma forma “outra” de resolver litígios e não uma mera faculdade que deixa sempre a solução judicial como a solução-norma, a que voltar se e quando surgir a mais pequena dificuldade.

---

<sup>21</sup> Proc. 61/14.0TJLSB.L1.S1 com citação de Manuel Pereira Barrocas, Lei de Arbitragem Comentada, Almedina, 2013, pg. 85.

<sup>22</sup> Publicado na “Revista Internacional de Arbitragem e Mediação”, da Associação Portuguesa de Arbitragem, Livraria Almedina, Ano 2, 2009, pág. 161-190.

Concordamos, ainda, com António Sampaio Caramelo<sup>23</sup> quando refere que, “a principal vantagem do efeito negativo da competência da competência é a de impedir que uma parte possa, de má-fé, com a mera apresentação de uma impugnação perante um tribunal estadual, obstruir o bom andamento de uma arbitragem baseada em convenção de arbitragem aparentemente válida. Esta faculdade assenta em razões de carácter pragmático atinentes à necessidade, reconhecida pelo legislador, de se impedir actuações das partes tendentes a suster o desenrolar do processo arbitral, as quais, se pudessem vingar, destruiriam a eficácia da arbitragem como forma de jurisdição.”

Em face dos enunciados princípios compreende-se, pois, que:

- Quando não esteja em causa a constituição da convenção de arbitragem propriamente dita, mas somente os termos e âmbito de aplicação da mesma, não se suscitarão dúvidas sobre a conformidade constitucional da opção legislativa em atribuir ao tribunal arbitral competência para decidir sobre a própria competência com prevalência sobre o tribunal Estadual, porquanto que o litígio se situará, ainda, no âmbito da vinculação das partes à constituição de tribunal arbitral, pelo que não estará em causa a restrição do enunciado direito fundamental considerando, ainda, a possibilidade de controlo primeiro pelo tribunal do Estado quando o litígio não se situe, de forma ostensiva, no âmbito de aplicação da convenção, assim como a faculdade de recurso para o Tribunal da Relação competente.

- Quando esteja em causa um litígio relativo ao próprio negócio constitutivo da convenção de arbitragem, ou seja, em casos de inexistência, nulidade ou ineficácia da convenção, não se poderá falar em acordo das partes para a constituição de tribunal arbitral, pelo que, ao atribuir a competência para a resolução de tal litígio a tribunal arbitral com exclusão do tribunal do Estado,

---

<sup>23</sup> In “A competência da competência e a autonomia do Tribunal Arbitral”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, 2013.

a LAV impôs, como se referiu, uma verdadeira arbitragem necessária ou obrigatória, restringindo, dessa forma, o direito constitucionalmente protegido de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva.

É certo que a LAV prevê - parte final do nº1 do artigo 5º - a possibilidade de intervenção primeira do tribunal do Estado quando “seja manifesto e incontroverso que a convenção invocada é nula ou ineficaz”. Todavia, conforme acima se procurou demonstrar, está-se perante uma possibilidade de controlo meramente formal ou artificial sem qualquer aplicação prática, pelo que não deverá assumir relevância alguma na resolução da enunciada questão da necessidade/proporcionalidade que nos ocupa e de que se passará a conhecer.

**8. Da necessidade e proporcionalidade da consagração legal do princípio “Kompetenz-Kompetenz”, relativamente ao interesse público/fundamento, em caso de litígio relativo à competência do tribunal arbitral emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem.**

A consagração do princípio da competência-competência tem por fundamento, conforme se referiu, razões de celeridade atinentes à necessidade de impedir actuações das partes tendentes, por desinteresse ou inconveniência de alguma delas, a sustentar o desenrolar do processo arbitral, e que, se pudessem vingar, destruiriam a eficácia da arbitragem como forma de jurisdição, ou seja, foi considerado como interesse público fundamento da consagração legal do princípio “Kompetenz-Kompetenz”, a celeridade na resolução da questão do tribunal competente em ordem a garantir, ou não defraudar, a eficácia da arbitragem.

Apreciemos, pois, da sua necessidade/proporcionalidade na situação em apreço, ou seja, em caso de litígio relativo à competência do tribunal arbitral emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem *stricto sensu*.

Dispõe o artigo 33.º, nº1, da LAV - início do processo – que, salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo demandado.

No que respeita à designação dos árbitros que constituem o tribunal, resulta do disposto pelo artigo 10.º da LAV que, caso não exista acordo das partes para o efeito, seja no próprio texto da convenção arbitral seja posteriormente, a mesma será feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente – nº4 do artigo 10º da LAV.

Resulta das citadas disposições legais que, ao contrário do processo judicial que se inicia com o pedido, na arbitragem é necessário constituir previamente o tribunal arbitral com a designação dos árbitros que o vão integrar, pelo que o procedimento de constituição do tribunal arbitral se inclui já na acção arbitral.

Assim, quando já se mostre constituído o tribunal arbitral sem objecção das partes e a questão da competência do tribunal não tenha sido anteriormente decidida ou esteja pendente, se alguma das partes suscitar, ao abrigo do disposto pelo artigo 18º, nº 5, da LAV, a questão da competência do tribunal arbitral, mesmo com fundamento em vício originário da convenção, afigura-se-nos por justificado e proporcional que a competência para a sua decisão seja atribuída ao tribunal arbitral com prevalência sobre o tribunal estadual, considerando que outra solução obrigaria a que o processo arbitral aguardasse, depois de constituído sem oposição, por decisão de um tribunal estadual para saber se tinha ou não tinha competência para dirimir o litígio.

Ou seja, ainda que se considere existir, em tais casos, uma restrição do enunciado direito fundamental de acesso primeiro aos tribunais do Estado, tal restrição legal dever-se-á ter por justificada, atento o enunciado interesse público de garantir um funcionamento eficaz do processo de arbitragem e



considerando ainda que, como se referiu, a lei prevê a faculdade de recurso para o tribunal da Relação competente.

Maiores dúvidas poderão ser suscitadas quando a parte demandada num processo de arbitragem recuse a nomeação de árbitro para constituição do tribunal, invocando vício originário da convenção, impugnando, conseqüentemente, a vontade de vinculação à arbitragem.

Em tais situações, a opção legal de impedir o recurso primeiro ao tribunal do Estado para dirimir tal conflito – artigo 5º, nº1, e 4 da LAV – suscita-nos as maiores reservas porquanto que se está perante a imposição de recurso à arbitragem em momento em que não se encontra, ainda, constituído o tribunal arbitral e se pode tornar necessário o recurso ao tribunal estadual para o efeito – artigo 10º, nº4, da LAV, pelo que se nos afiguraria por mais adequado e proporcional, atentos os enunciados valores constitucionais “em jogo”, uma solução legal alternativa no sentido de permitir às partes, até ao momento da constituição do tribunal arbitral, a escolha do tribunal – arbitral ou estadual – para decidir a questão da própria competência.

Pese embora o enunciado juízo crítico que nos merece, nesta parte, a solução legal positivada, importará, na medida em que tal constitui o objecto primeiro do presente estudo, apreciar da sua conformidade constitucional.

Tudo sopesado, afigura-se-nos que, dentro dos reconhecidos amplos poderes de conformação de que goza o legislador democrático nesta matéria<sup>24</sup>, e que, conforme se referiu, “o juiz e demais entidades de controlo só poderão considerar inconstitucionais as normas que constituam manifesta violação do principio da proporcionalidade”, possa ser entendido que a solução legal não restringe, em tais situações, de forma desnecessária e desproporcional os

---

<sup>24</sup> Rui Medeiros “Arbitragem Necessária e Constituição”, in “Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora”

enunciados direitos fundamentais, considerando que uma das partes já manifestou vontade de submeter a arbitragem determinado litígio alegadamente abrangido por convenção arbitral, e se procure acautelar que a outra parte possa recorrer a manobras dilatórias com a finalidade de impedir a constituição e funcionamento do tribunal arbitral, sendo certo que se mostra salvaguardada a faculdade de recurso para o tribunal do Estado.

Já nos casos em que a questão da competência do tribunal arbitral, com fundamento em vício originário/constitutivo da convenção, seja suscitada pela primeira vez em acção intentada em tribunal do Estado e não se mostre iniciado procedimento de constituição do tribunal arbitral tendo por objecto a mesma convenção arbitral, a solução legal de impor o recurso obrigatório a constituição de tribunal para resolução de tal litígio, caso a parte demandada assim o pretenda – artigo 5º, nº1, da LAV -, obrigando dessa forma os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria – artigo 576º, nº2, do Código de Processo Civil -, configura uma restrição desproporcional por excessiva e mesmo desnecessária, do direito fundamental de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva, pelo que, nos termos do disposto pelo artigo 18º, nº3, da CRP, enfermará de inconstitucionalidade, nos termos pelos fundamentos que passaremos a expor.

### **9. Da desnecessidade e desproporcionalidade da consagração legal da competência prevalente do tribunal arbitral para decidir sobre a própria competência em caso de litígio emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem, quando não se mostre iniciado procedimento de constituição do tribunal arbitral**

Conforme decorre do disposto pelos artigos 96º, al. b), Código de Processo Civil e 5º nº1 da LAV, a procedência da excepção de preterição de tribunal arbitral gera a incompetência absoluta do tribunal estadual e a absolvição do réu

da instância, com a conseqüente condenação do autor no pagamento das custas da acção.

Tal acarreta, em termos de conseqüências práticas, que o autor, que havia intentado tal acção no tribunal estadual no exercício do seu direito de acção para resolução de determinado litígio, se veja compelido, ainda que discorde da atribuição de competência do tribunal arbitral por entender que não outorgou qualquer convenção de arbitragem, a promover a constituição de tribunal arbitral para que este possa, então, decidir qual o tribunal com competência para apreciar/decidir o “seu” litígio.

Mais resulta que, caso o tribunal arbitral venha a decidir no sentido da competência do tribunal do Estado, o autor se veja obrigado a aí intentar nova acção, com os custos de tempo - que poderá ser substancial na medida em que o tribunal arbitral poderá decidir a questão apenas em sede de decisão final - artigo 18º, nº8, da LAV -, dinheiro e transtornos daí resultantes, sem que se vislumbre como possa ser ressarcido do valor dos encargos que tenha suportado na primeira acção, a não ser, porventura, em acção a intentar contra o próprio Estado.

Por outro lado, mesmo no caso de o tribunal arbitral vir a decidir no sentido da sua própria competência, não se vislumbra que por esse facto se tenha obtido qualquer ganho de rapidez, bem pelo contrário, relativamente à possibilidade da imediata resolução pelo tribunal do Estado onde a questão foi suscitada pela primeira vez.

De facto, caso fosse facultada ao tribunal do Estado a possibilidade de imediata resolução do litígio acerca da sua competência, seriam, em caso de decisão no sentido da competência do tribunal arbitral, mais rapidamente estabilizados os termos da constituição e funcionamento do procedimento de arbitragem.

A este respeito e em defesa de pretensas “vantagens do efeito negativo da competência da competência”, refere António Sampaio Caramelo<sup>25</sup> que, “quanto aos argumentos aduzidos pelos defensores do mero efeito positivo da competência da competência, cumpre observar que eles só podem proceder naqueles ordenamentos jurídicos em que os tribunais estaduais são capazes de resolver a mencionada questão em prazo relativamente curto, o que, pode ser o caso da Alemanha (6 meses, a fazer fé no que refere o Professor Peter Schlosser, no artigo citado em nota) não é consabidamente o que acontece no nosso país.”.

Tal juízo conclusivo quanto a uma pretensa demora excessiva na resolução da questão do tribunal competente pelos tribunais estaduais, resultará mais da afirmação de uma generalidade ou lugar-comum do que um argumento jurídico/factual, porquanto que, segundo dados da PORDATA<sup>26</sup>, com referência ao ano de 2017, 26% dos processos intentados nos tribunais judiciais de 1.ª instância de Portugal findaram em menos de 3 meses, 41,0% em menos de 6 meses, 62% em menos de 1 ano e só 38% em mais de um ano.

Note-se que tais dados dizem respeito a acção cíveis, e não a incidentes de verificação de (in)competência absoluta, cuja resolução será, consabidamente, muito mais célere, razão pela qual nos permitiremos afirmar que os tribunais Portugueses também serão capazes de resolver a mencionada questão no “prazo relativamente curto (6 meses) da Alemanha”.

Não se vislumbra, pois, como é que se possa considerar que atribuição de competência ao tribunal estadual para decidir sobre a própria competência, possa obstruir ao bom andamento de um procedimento de arbitragem quando este não se tenha sequer iniciado.

Mas não só.

---

<sup>25</sup> Ob. loc. cit.

<sup>26</sup> Disponível em [www.pordata.pt](http://www.pordata.pt).

A solução legal de obrigar os tribunais estaduais a absterem-se de decidir em tais situações é susceptível de dar lugar a resultados irrazoáveis ou mesmos algo absurdos, em situações em que a parte desconheça a outorga e consequente vinculação a convenção arbitral, *v.g.*, em casos de abuso/falsificação da assinatura, incapacidade ou falta de consciência da declaração etc., em que resultará incompreensível que, ao dirigir-se ao tribunal estadual para resolução de um litígio, aparentemente abrangido por convenção que desconhece, lhe seja negada a tutela judicial, caso o demandado invoque a excepção de preterição de tribunal arbitral, obrigando-o à constituição de tribunal arbitral para apreciar a questão da competência e, caso aí se mostre comprovado tal vício da convenção, à “devolução” da apreciação do litígio material ao tribunal estadual que poderia, e deveria, ter imediatamente apreciado tal questão e decidido da sua competência.

Acresce ainda que tais matérias relativas a vícios da vontade, abuso ou falsificação de assinatura, coacção, ineficácia e outras causas de invalidade originária da convenção arbitral cuja apreciação e decisão seja necessária para decidir acerca da questão da competência do tribunal, exigem, frequentemente, uma complexidade de produção e apreciação probatória, para a qual os árbitros, pese embora os poderes que para o efeito lhe são atribuídos pelo artigo 30º, nº4, da LAV, não estarão tão vocacionados e habilitados como os juízes de carreira dos tribunais estaduais.

Dir-se-á estar-se perante situações que na prática ocorrem com pouca frequência atendendo a que a convenção terá, obrigatoriamente, de constar de documento escrito assinado pelas partes, pelo que, dada a aparência de regularidade daí resultante, se justificará o prejuízo de alguma parte num caso ou outro, tendo em vista a necessidade de acautelar o interesse público da celeridade e eficácia do tribunal arbitral que terá presidido à consagração legal do enunciado princípio da sua competência-competência.

Sem razão alguma, porém, nas circunstâncias ora em apreço.

Já nos pronunciamos no sentido de que ao tribunal arbitral deverá ser atribuída competência para decidir sobre a própria competência – efeito positivo – e mesmo pela admissibilidade da prevalência sobre os tribunais estaduais – efeito negativo – quando assim se justifique a ordem a prosseguir o indicado interesse público fundamento da restrição do acesso à tutela judicial plena.

Todavia nas situações vindas de enunciar, ou seja, quando o tribunal estadual é chamado a pronunciar-se pela primeira vez, não vislumbramos, conforme procuramos demonstrar, qual o interesse público, nomeadamente o de evitar a menor celeridade e/ou protelamento na resolução do litígio, que justifique a restrição do direito à imediata decisão do tribunal judicial quanto à sua competência.

A consequência, ou efeito prático, que sempre resultará de tal imposição legal, é a da constituição obrigatória, em todas as descritas situações, do tribunal arbitral e consequente pagamento dos honorários dos árbitros, o que não constitui, certamente, um interesse público susceptível de justificar a restrição de direitos fundamentais.

Justificar-se-á, ainda, pelo acrescido potencial de restrição ilegítima e injustificada de direitos fundamentais, uma particular atenção às situações, que vêm ocorrendo com frequência, de inserção de convenções de arbitragem, sobretudo cláusulas compromissórias<sup>27</sup>, em contratos singulares elaborados sem prévia negociação individual, ou seja, enquanto cláusulas contratuais gerais.

---

<sup>27</sup> Conforme dispõe o artigo 1º, nº3, da LAV: “A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”.

## 10. Efeitos da competência-competência prevalente do tribunal arbitral relativamente a convenções de arbitragem que constituem cláusulas contratuais gerais<sup>28</sup>

Resulta do disposto pelo artigo 8º do RJCCG - Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31-08 -, que se devem ter por excluídas dos contratos singulares as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo, assim como as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;

29

Conforme consta do preâmbulo do RJCCG, cuja actualidade se mostra reforçada passados mais de 30 anos, “O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas celebram contratos não precedidos de qualquer fase

---

<sup>28</sup> Dispõe o artigo 1º nº1 e 2 do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais:

1 As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.

2 O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.

<sup>29</sup> Relativamente ao dever de comunicação o artigo 5º, nº1 e 2, do RJCCG, dispõe que:

“1 As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las .

2 A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.”

Relativamente ao dever de informação o artigo 6º, nº1 e 2, do RJCCG, dispõe que:

“1 O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.

2 Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.”

negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico. (...) Daí que a liberdade contratual se cinja, de facto, ao dilema da aceitação ou rejeição desses esquemas predispostos unilateralmente por entidades sem autoridade pública, mas que desempenham na vida dos particulares um papel do maior relevo.”.

Na realidade dos nossos dias têm sido prática de grandes empresas na contratação com pessoas indeterminadas, incluindo consumidores singulares e pequenas empresas, fazer constar de contratos individuais cláusulas compromissórias, a que estes se limitam a aderir sem possibilidade de negociação, de cujo teor resulta que as partes remetem para tribunal arbitral a resolução de eventuais litígios emergentes de determinada relação jurídica.

Um dos exemplos mais paradigmáticos, até pela grande quantidade de litígios judiciais a que tem dado causa<sup>30</sup>, é o caso de uma das maiores entidades bancárias a operar no nosso país, a qual tem vindo a propor aos clientes, que se limitam a aderir sem possibilidade de negociação, um contrato-tipo, pré elaborado, denominado “Contrato Quadro para Operações Financeiras” do qual consta uma cláusula - cláusula 41.<sup>a</sup> - com o seguinte teor “Os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância”.

---

<sup>30</sup> Veja-se, apenas no Supremo Tribunal de Justiça, os acórdãos de 21-06-2016, proc. 301/14.0TVLSB.L1.S1, de 26-04-2016, proc. 1212/14.5T8LSB.L1.S1, de 09-07-2015, proc.1770/13.1TVLSB.L1.S1, de 02-06-2015, proc.1279/14.6TVLSB.S1, de 28-05-2015, proc. 2040/13.0TVLSB.L1.S1 e de 20-03-2018, proc. 1149/14.8T8LRS.L1.S1.



No exercício da nossa profissão de Juiz de Direito fomos, também, confrontados, há alguns anos atrás, com uma dessas acções em que o Autor peticionava a condenação da Ré, a referida entidade bancária, no pagamento de determinada quantia com fundamento em incumprimento de determinado contrato bancário com esta celebrado. Na contestação a Ré veio arguir a excepção de preterição de tribunal arbitral, alegando que o Autor havia assinado anos atrás o tal “Contrato Quadro para Operações Financeiras” contendo a referida cláusula compromissória, pelo que a competência para dirimir o conflito, incluindo a competência para decidir sobre a própria competência, incumbiria a tribunal arbitral. Na resposta o Autor veio alegar não se recordar de ter subscrito tal cláusula compromissória, de cuja existência apenas se apercebeu aquando da leitura da contestação, dizendo ter assinado o referido “Contrato Quadro” vários anos antes aquando da abertura de conta nesse Banco, momento em que lhe foram apresentados para assinatura diversos documentos, o que fez sem que lhe tenha sequer sido comunicada a existência de tal convenção arbitral, sendo certo que nunca quis dar o seu acordo para a resolução de qualquer litígio futuro por tribunal arbitral, tendo concluído pela sua exclusão do contrato, nos termos e ao abrigo do disposto pelos citados artigos 5º, 6º e 8º do RJCCG, com a consequente atribuição de competência ao tribunal estadual.

Em sede de audiência prévia, agendada nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 591º, nº1, al. b), do Código de Processo Civil, foi alegado pelo ilustre mandatário do Autor, quando confrontado com a possibilidade de uma decisão no sentido da procedência da suscitada excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário, que tal decisão acarretaria graves consequências para o seu cliente, porquanto que não dispunha de meios económicos que lhe permitissem custear o desencadear do procedimento arbitral, nomeadamente as despesas resultantes da nomeação e pagamento de honorários aos árbitros.

Entendemos, na altura, porque o teor do contrato bancário objecto do litígio não permitia afirmar, sem mais, que se situava fora do âmbito do referido

“contrato quadro”, que, pese embora fosse nítido estar-se perante uma cláusula compromissória que constituía uma cláusula contratual geral, a simples leitura textual de tal cláusula compromissória não permitia, sem produção de prova, afirmar que tal convenção de arbitragem fosse, manifestamente, nula, ineficaz ou inexequível.

Assim sendo, e seguindo o entendimento jurisprudencial já então firmado nesse sentido<sup>31</sup>, decidimos, por força do disposto pelo citado artigo 5º, nº1, da LAV, pela procedência da invocada excepção de preterição de tribunal arbitral, com a consequentemente declaração de incompetência absoluta do tribunal judicial.

Inconformado o Autor recorreu da decisão, a qual veio a ser confirmada pelo Tribunal da Relação.

Dissemos, “entendemos na altura”, porquanto entendemos agora, após melhor ponderação, que a questão não se deverá situar ao nível da aplicação dos enunciados preceitos legais, relativamente ao qual mantemos idêntico entendimento, mas ao nível da conformidade constitucional da solução legal imposta pelo artigo 5º, nº1, da LAV, em situações como a vinda de expor em que estava em causa um vício originário da convenção arbitral e era a primeira vez que tal questão era suscitada pelas partes, pelo que inexistia fundamento ou interesse digno de protecção constitucional para retirar ao tribunal judicial competência para desde logo decidir sobre a própria competência e, consequentemente, para retirar à parte, ao cidadão Autor, o pretendido acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Nomeadamente nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça indicados na nota anterior.

<sup>32</sup> Não se conhecerá aqui, por não ser objecto do presente estudo, da pertinência da alegação do Autor quanto à carência de meios económicos que lhe permitissem custear o obrigatório recurso à constituição de tribunal arbitral, relativamente a uma eventual denegação de justiça por insuficiência de meios económicos e consequente violação do princípio fundamental consagrado

Serve ainda o relato do enunciado caso da vida, para ilustrar e dar exemplo prático de duas das conclusões que temos vindo a procurar demonstrar:

- A primeira, para reafirmar que a possibilidade de controlo atribuída ao tribunal estadual pela parte final do nº1 do artigo 5º da LAV, ou seja, a de verificação de que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável, não tem qualquer aplicação prática quando estejam em causa vícios constitutivos da convenção arbitral.

- A segunda para dar nota que a solução legal de atribuir prevalência aos tribunais arbitrais e obrigar os tribunais estaduais a absterem-se de decidir em situações, como a relatada, em que está em causa a necessidade de apreciação de cláusulas contratuais gerais como condição necessária para decidir sobre a competência do tribunal, nos deverá suscitar a maior apreensão e preocupação, considerando que a sua crescente utilização pelos grandes litigantes que colonizam de facto parte esmagadora da contratação jurídica e social, sobretudo com a inclusão de cláusulas compromissórias destinadas a dirimir eventuais conflitos futuros, poderá colocar em causa a garantia prevista pelo artigo 20º, n.º 1, da CRP, que é, conforme se referiu, a garantia de acesso dos cidadãos a tribunais estaduais, e não de acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados.

De facto, no caso de a generalidade de outras grandes empresas, nomeadamente as ligadas ao sector das comunicações, bancário, energia, seguros etc., passarem a fazer uso sistemático de tais cláusulas compromissórias, tal situação, considerada a actual solução legal da prevalência da competência da competência do tribunal arbitral, poderá ter por efeito a atribuição obrigatória da quantidade massiva dos litígios daí resultantes à apreciação primeira dos tribunais arbitrais, com o conseqüente efeito de relegar sistematicamente para

---

pelo artigo 20º nº1 da CRP, matéria que foi já objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional no proc. 311/08.

segundo plano a possibilidade de acesso aos tribunais estaduais, vendo-se mesmo com dificuldade a sua compatibilização com diplomas legais que prevêem mecanismos de protecção dos consumidores, nomeadamente da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho - com a redacção da Lei n.º 6/2011, de 10 de Março -, que impõe o recurso a arbitragem necessária, mas apenas no caso de o consumidor assim o desejar.

### **11. Do regime legal alternativo proposto**

A consagração legal e constitucional da arbitragem como modo voluntário de resolução de conflitos relativos a direitos disponíveis, assim como a natureza jurisdicional das decisões dos tribunais arbitrais e a necessidade de criação de mecanismos destinados a garantir a efectividade do processo arbitral, resulta incontroversa.

Já nos pronunciamos no sentido de que ao tribunal arbitral deverá ser atribuída competência para decidir sobre a própria competência – efeito positivo.

Também nos pronunciamos no sentido da admissibilidade da prevalência dos tribunais arbitrais sobre os estaduais para decidir sobre a própria competência – efeito negativo – mesmo em casos em que se verifique uma verdadeira arbitragem forçada e, conseqüentemente, uma restrição do direito fundamental ao acesso aos tribunais e à tutela efectiva, quando tal se revele por necessário e proporcional.

Procuramos, ainda, demonstrar que a solução legal de atribuição de competência prevalente do tribunal arbitral, com exclusão do tribunal estadual, para decidir sobre a própria competência em caso de litígio emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem, constitui uma restrição desproporcionada e mesmo desnecessária do direito fundamental de acesso aos

tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, pelo que enfermará de inconstitucionalidade material.

Por tudo o exposto, afigura-se-nos que uma solução legal alternativa que, em acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, atribuisse ao tribunal estadual competência para decidir sobre a própria competência quando seja invocado vício originário da convenção arbitral e não se mostre iniciado o processo de constituição do tribunal arbitral tendo por objecto a mesma convenção, com aplicação, estando a questão em curso num ou noutro tribunal, das regras legais da litispendência – artigo 580º do Código de Processo Civil –, permitiria assegurar em termos conformes à Constituição da República Portuguesa, o interesse público da garantia de efectividade do procedimento arbitral.

## CONCLUSÃO

Os fundamentos vindos de expor permitem a seguinte síntese conclusiva:

— A garantia de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva prevista pelo artigo 20º, n.º 1, da Constituição, é a garantia do direito de acesso a tribunais estaduais.

— A LAV ao prever a competência prevalente do tribunal arbitral para decidir sobre a própria competência em caso de litígio emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem, impôs o recurso a arbitragem obrigatória, restringindo dessa forma o direito constitucionalmente protegido de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva.

— Tal restrição legal de direitos fundamentais revela-se por desnecessária, excessiva ou desproporcionada, na parte em que obriga os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria, quando não se mostre iniciado

procedimento de constituição do tribunal arbitral, pelo que é vedada pelo artigo 18º nº2 da Constituição.

— Por tudo o exposto, concluímos pela inconstitucionalidade do artigo 5º nº1 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, por violação do direito de acesso aos tribunais, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 20º nº1 e 18º nº2 da Constituição da República Portuguesa, na medida em que dele resulte a atribuição ao tribunal arbitral de competência prevalente, relativamente ao tribunal estadual, para, em acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, decidir sobre a própria competência em caso de litígio emergente de vício constitutivo da convenção de arbitragem, quando não se mostre iniciado procedimento de constituição do tribunal arbitral tendo por objecto a mesma convenção arbitral. ■<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Porto, Novembro de 2018. O autor do texto optou por não escrever segundo o novo acordo ortográfico.

**Data**  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL  
ISSN 2182-6242

Ano 6 • N.º 09 • novembro 2018

