

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO

A “AUTONOMIA”
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
E A COMPETÊNCIA DA COMPETÊNCIA
DO TRIBUNAL ARBITRAL



Separata da Revista da Ordem dos Advogados
Ano 68, I — Lisboa, Janeiro 2008

A “AUTONOMIA”
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
E A COMPETÊNCIA DA COMPETÊNCIA
DO TRIBUNAL ARBITRAL (*)

Pelo Dr. António Sampaio Caramelo

A) A “autonomia” da cláusula compromissória

1. A asserção de que a convenção de arbitragem que constitui cláusula de um contrato principal tem “autonomia” (é “autónoma”) em relação a este — asserção que aparece frequentemente sob a veste de um *princípio* que se afirma ser reconhecido pela maioria das legislações nacionais e pela quase totalidade das convenções internacionais em vigor sobre arbitragem comercial (ou, mais genericamente, sobre arbitragem voluntária de direito privado) — é uma das ideias mais comumente sublinhadas na vasta literatura portuguesa e estrangeira dedicada a este meio de resolução de litígios ⁽¹⁾.

(*) Este trabalho foi elaborado tendo em vista a sua inclusão nos “Estudos Comemorativos dos 90 anos do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles”.

(1) Basta para tanto citar, entre muitos outros possíveis exemplos, duas obras de referência sobre arbitragem internacional: uma, em língua portuguesa, do Professor Luís de Lima Pinheiro — “*Arbitragem Internacional — A determinação do estatuto da arbitragem*” — Almedina — Coimbra — 2005, pp. 119-122; outra, em língua inglesa, de Fouchard, Gaillard e Goldman — “*On International Commercial Arbitration*” — Kluwer Law International — The Hague — 1999, pp. 195 e segs.

Com esta qualificação dada à cláusula compromissória ⁽²⁾ pretende-se, na maioria das vezes, afirmar que a validade, eficácia e a existência jurídica da cláusula de um contrato que determine que sejam dirimidos por árbitros os litígios que relativamente àquele possam futuramente suscitar-se, não dependem da (não são postas em causa pela) eventual invalidade, ineficácia ou inexistência jurídica do contrato em que tal cláusula se insira, de tal modo que não será por uma das suas partes ter arguido a existência de vícios ou a falta de eficácia jurídica daquele, que os árbitros deverão considerar-se impedidos de, com base na competência ⁽³⁾ que lhe é conferida pela cláusula arbitral, se pronunciarem sobre todos os litígios que se situem dentro do perímetro traçado pela cláusula arbitral (que, em regra, compreende todos os litígios respeitantes ao contrato principal).

É certo que podem existir vícios comuns ao contrato e à cláusula compromissória que determinem a invalidade ou a ineficácia de ambos. Será o caso, para citar apenas os exemplos mais frequentemente referidos na doutrina da especialidade, da falta de poderes de quem assinou o contrato para representar a pessoa, singular ou colectiva, que deveria tornar-se parte do mesmo. Se o pretendo representado não conferiu ao signatário poderes suficientes para celebração do contrato, essa falta de poderes atinge também a cláusula compromissória. Outro daqueles exemplos é o da ocorrência de alguns (não de todos) vícios da vontade que tornam necessariamente inválidas todas as cláusulas do contrato, incluindo a cláusula compromissória, como é o caso da coacção física ou moral exercida sobre quem assinou tal contrato ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Veremos adiante que as questões que neste estudo serão versadas principalmente a propósito de cláusula compromissória, têm também pertinência relativamente ao compromisso arbitral.

⁽³⁾ Ou “jurisdição” ou “poder jurisdicional”; adiante tentaremos introduzir alguma precisão no uso destes termos frequentemente usados em sinonímia.

⁽⁴⁾ Pelo contrário, no caso de erro essencial sobre qualidades da coisa que é o objecto do contrato, a invalidade do contrato com fundamento nesse vício não atinge a cláusula compromissória que deve ser considerada como válida independentemente da sorte das outras cláusulas, a fim de que esta possa ser decidida mediante arbitragem, em conformidade com a vontade das partes. V., neste sentido, Pierre Mayer — “Les Limites de la Séparabilité de la Clause Compromissoire” — *Revue de L'Arbitrage* — 1998 — n.º 2, pp. 360-361.

Mas a expressão “autonomia de convenção de arbitragem” é, por vezes, usada com outro significado. Nessa outra acepção, que se encontra principalmente na doutrina e na jurisprudência francesas, tal expressão designa a alegada independência da convenção de arbitragem em relação a todas as “leis ou direitos nacionais”, o que remete para um problema inteiramente distinto do anteriormente mencionado — o da determinação das normas jurídicas com base nas quais deve ser apreciada a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem ⁽⁵⁾. Neste estudo não cuidaremos, porém, deste segundo possível significado da autonomia da convenção de arbitragem, limitando a nossa atenção ao referido em primeiro lugar.

2. Vejamos o que sobre este tópico escreveu o Prof. Lima Pinheiro:

“Quando a convenção de arbitragem constitui cláusula de um contrato principal coloca-se a questão de saber se a validade e eficácia da cláusula depende da validade e eficácia do contrato em que se integra.

Esta questão tem muita importância prática uma vez que a competência do tribunal arbitral depende da validade da convenção de arbitragem. Se a validade da cláusula compromissória dependesse da validade do contrato, bastaria que uma das partes invocasse a invalidade do contrato para justificar a intervenção do tribunal estadual. Neste caso, o tribunal arbitral só seria competente se o tribunal estadual concluísse pela validade do contrato.

A fim de evitar este bloqueamento do processo arbitral os principais sistemas jurídicos consagram a regra da autonomia da convenção de arbitragem.” ⁽⁶⁾

Mas será realmente a cláusula compromissória “autónoma” em relação ao contrato em que está inserida? Colocando a questão

⁽⁵⁾ Sobre essa outra acepção da “autonomia da convenção de arbitragem”, *cfr.* Fouchard, Gaillard, Goldman — *ob. cit.*, pp. 197 e 218 e segs.

⁽⁶⁾ V. autor e obra citada, p. 119.

de modo ligeiramente diferente, será o conceito de “autonomia” o mais adequado para designar a separação que importa estabelecer entre os vícios que possam afectar a existência jurídica, validade ou eficácia do contrato principal e a existência jurídica, validade ou eficácia da cláusula arbitral que dele faça parte?

Antecipando o que procuraremos demonstrar adiante, parece muito mais correcto falar de “separação” ou “separabilidade” da cláusula compromissória, acolhendo a terminologia mais frequentemente usada nas obras dos autores anglo-saxónicos, a grande maioria dos quais, sem deixarem completamente de se referir à expressão “autonomy of the arbitration clause” ⁽⁷⁾, preferem tratar esta problemática sob a epígrafe da “separability” ou “severability” da cláusula arbitral (ou da “doctrine of separability”) ⁽⁸⁾.

Esta ideia de separação entre o contrato principal e a cláusula arbitral nele inserida é levada ao extremo por alguns autores, como, por exemplo, o Juiz Stephen Schwebel, num célebre artigo ⁽⁹⁾ em que defendeu que “*when the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin of which survives any birth defect or acquired disability of the principal agreement*”. Isto, a despeito de ambos os contratos estarem vertidos no mesmo documento ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Craig, Park and Paulsson- *International Chamber of Commerce Arbitration* — Oceana Publications — New York — 3rd ed. — 2000, pp. 48 a 52.

⁽⁸⁾ Assim, Alan Redfern and Martin Hunter with Nigel Blackaby and Constantine Partasides — “*Law and Practice of International Commercial Arbitration*” — Thomson, Sweet & Maxwell, 4th ed. — London — 2004, pp. 251-252.

⁽⁹⁾ “The Severability of the Arbitration Agreement” — *International Arbitration: Three Salient Problems* — Cambridge — 1987, para. 1-60, em especial, p. 5.

⁽¹⁰⁾ Com decorre do transcrição acima feita do seu estudo sobre este tema, para o Juiz Schwebel, a justificação teórica do princípio da separação da cláusula arbitral residiria na presumida intenção das partes que, dessa maneira, teriam querido atribuir a árbitros o julgamento de quaisquer litígios que entre elas viessem a suscitar-se e se relacionassem com o contrato, incluindo os respeitantes à sua validade. Mas a esta justificação pode retorquir-se, como observaram Craig, Park and Paulsson (in *ob. cit.*, pp. 49-50), que, em vez da presunção defendida por Schwebel, será mais plausível presumir que o que as partes quiseram foi criar um contrato válido, pelo que, se não for esse o caso, desaparece a base para se presumir seja o que for a respeito do que teria sido a vontade das partes, na hipótese de assim não ser. Assim, para estes autores, o excerto acima transcrito do Juiz Schwebel não é de facto uma boa justificação teórica para o princípio da separabilidade

Com esta concepção assente na ideia de que a cláusula compromissória constitui um contrato separado, paralelo ao contrato principal, procuraram este e os demais autores ⁽¹¹⁾ que aderiram a tal concepção conferir uma justificação teórica à referida doutrina da separabilidade.

No entanto, como salientam Alan Redfern e Martin Hunter, é manifesto que esta doutrina é, sob diversas formas, uma “conveniente e pragmática ficção”. Com efeito, tal doutrina possibilita não só que a validade da cláusula arbitral não dependa da validade do contrato como um todo, mas também que a cláusula arbitral, sobrevivendo à cessação do contrato principal, constitua o necessário acordo das partes para que os diferendos entre elas sejam dirimidos por arbitragem, fornecendo, por essa via, a base legal para a constituição do tribunal arbitral. Mas, se o tribunal arbitral decidir que tal cláusula não é uma válida convenção de arbitragem, a base da autoridade ou competência daquele desaparece. Em boa verdade, se essa cláusula não constitui uma convenção de arbitragem válida e eficaz, aquela competência nunca existiu. Contudo, por causa das suas óbvias vantagens práticas, esta doutrina é generalizadamente aceite pelos regulamentos de arbitragem e pelas leis nacionais sobre esta matéria ⁽¹²⁾.

Não é, com efeito, necessário, ir ao extremo de afirmar ou postular a dualidade dos acordos, conforme o preconizado por Schwebel e pelos autores que partilham o seu modo de justificar a “separabilidade” da cláusula arbitral relativamente ao contrato em que se inclua, para se defender que o conceito (ou princípio) da “separabilidade” (“separability” ou “severability”) da cláusula arbitral relativamente ao contrato principal é muito mais adequado

ou da autonomia da cláusula arbitral, mas simplesmente uma maneira de descrever o resultado que se quer atingir, o que equivale a dizer que a verdadeira justificação para o “princípio da autonomia” é de carácter prático e não teórico. Neste ponto, a visão destes autores coincide com a que hoje prevalece na doutrina da especialidade, como se refere adiante neste estudo.

⁽¹¹⁾ V. a indicação dos autores que aderiram este entendimento, no estudo de Pierre Mayer — “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* — The Hague — T. 217 (1989), p. 431, nota 157.

⁽¹²⁾ V. A. Redfern and M. Hunter — *ob. cit.*, pp. 251.

do que o de “autonomia” para exprimir a ideia resumida no excerto da obra do Prof. Lima Pinheiro acima transcrito.

É que nos propomos demonstrar a seguir.

3. O conceito de “autonomia”, na maioria dos sentidos em que frequentemente usado, não se ajusta à relação que se estabelece entre a cláusula arbitral e o contrato em que se insere.

Num daqueles sentidos, a cláusula compromissória que seja inserida num contrato não pode qualificar-se como *autónoma* relativamente a este, melhor lhe convindo a qualificação de *acessório* ⁽¹³⁾ do contrato que alguns autores lhe dão, visto que se transmite com aquele, em caso de cessão do mesmo contrato bem como em caso de cessão de todos ou de alguns (ou de sub-rogação nos) créditos dele emergentes.

A cláusula arbitral ⁽¹⁴⁾ pode, na verdade, ser considerada como um dos “acessórios” do crédito (v. art. 582.º, n.º 1.º do Código Civil) ou de toda a relação contratual cedida, uma vez que de tal cláusula se pode prevalecer (e por ela fica vinculado) o cessionário de crédito ou da posição contratual cedida ⁽¹⁵⁾. Cedido o crédito, se surgir um litígio entre o cessionário e o cedido, que caiba no âmbito das matérias delimitadas na cláusula compromissória constante do contrato de que aquele crédito fazia parte,

⁽¹³⁾ Refere a doutrina civilista que os “acessórios” a que se refere o art. 582.º, n.º 1, do C.C., determinando que se transmitem com o crédito cedido, “devem ser entendidos em termos amplos, de forma a compreender várias situações jurídicas que, de uma forma ou de outra, se encontram em conexão com o direito de crédito” (Luís de Menezes Leitão — *Cessão de Créditos* — Almedina — Coimbra — 2005, pp. 325). Segundo Antunes Varela, “os acessórios seguem, em princípio, o destino da coisa principal (*accessorium sequitur principale*), imprimem-lhe carácter, robustecendo muitas vezes a sua consistência jurídica, e tal modo que sem eles, o crédito não seria, em regra, o mesmo, perderia identidade” (*Das Obrigações em geral* — Almedina — Coimbra — Vol. II — 7.ª ed. — 1997, p. 323).

⁽¹⁴⁾ O que se diz no texto vale igualmente para o compromisso arbitral, como melhor explicará adiante.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Antunes Varela — *ob. cit.*, p. 325, que qualifica expressamente o compromisso arbitral com um “acessório” de crédito cedido, sendo que nenhuma razão há para se pensar que este autor não aceitasse estender tal qualificação à cláusula compromissória. V. também, sobre a transmissão dos “acessórios” em caso de cessão da posição contratual o que consta da p. 405 da mesma obra deste autor.

nenhuma dúvida haverá de que esse litígio terá de ser dirimido por arbitragem e o mesmo se pode dizer em caso de cessão de posição contratual. Logo, pelo menos neste sentido, a cláusula compromissória não é autónoma, antes é um “acessório” do contrato em que ela se integra ou um “acessório” do(s) crédito(s) que desse contrato emerge(m).

Mas também noutra acepção do termo “autonomia” repugnará atribuir tal qualificativo à cláusula compromissória ⁽¹⁶⁾.

Diz-se, com efeito, que dois contratos ou acordos são “autónomos” quando, mesmo que constem de um único instrumento, são independentes entre si, o que implica que a respectiva duração possa sem inconveniente diferir, que a inexecução de um não influa sobre a eficácia do outro, que a nulidade de um não afecte a validade do outro e, sobretudo, quando cada um constitua um todo auto-suficiente.

Ora, não é possível ver na convenção de arbitragem um contrato “autónomo”, neste sentido do termo. A cláusula compromissória seria inconcebível na ausência do resto do contrato, tal como o seria o compromisso arbitral na falta do litígio (tenha este ou não fonte contratual) a que diga respeito, visto que não se pode prever o recurso à arbitragem *in vacuo*. A arbitragem prevista pela cláusula compromissória tem por objecto os litígios (por vezes, certos litígios) a que podem dar origem as outras cláusulas do contrato de que aquela faz parte, o que equivale a dizer que o objecto da cláusula compromissória é constituído pelo resto do contrato ⁽¹⁷⁾. Logo, também neste sentido, a cláusula compromissória não é “autónoma”, mas antes acessória ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Como salientam, entre outros, os autores citados na nota 18 *infra*.

⁽¹⁷⁾ Do mesmo modo que o objecto do compromisso arbitral é o litígio (de fonte contratual ou não) a que aquele respeita.

⁽¹⁸⁾ *Cfr.* Pierre Mayer — “Les Limites de la Séparabilité de la Clause Compromissoire” — *Revue de L’Arbitrage* — 1998, n.º 2, pp. 360-361; Sylvain Bollée — “La Clause Compromissoire et le Droit Commun des Conventions” — *Revue de l’Arbitrage* — 2005, n.º 4, p. 925. Observa este último autor, citando o *Dictionnaire Larousse*, que “é acessório o que se acrescenta, o que acompanha uma coisa principal, à qual se subordina ou é inferior”.

Em terceiro lugar, como salienta Pierre Mayer ⁽¹⁹⁾, a cláusula compromissória não é “autónoma”, porque ela constitui um elemento do regime contratual querido pelas partes, tendo por função fazer face a uma eventual inexecução ou dificuldade de interpretação da relação contratual que aquelas entre si estabelecem, entrando assim a fazer parte do contrato, a título que não difere do qualquer outra estipulação que o integra. Ela é uma cláusula, entre outras, de um contrato único, tendo no seio deste ainda menos “autonomia” do que a maioria das restantes cláusulas desse contrato.

Sob este aspecto, essa cláusula pode ser comparada à cláusula atributiva de jurisdição ⁽²⁰⁾ e à cláusula de escolha da lei aplicável ao contrato (a *professio juris* prevista no art. 41.º, n.º 1 do C.C.), que também não têm “autonomia”, pois só adquirem sentido enquanto elementos do regime contratual querido pelas partes, em caso algum podendo tais cláusulas existir por e para si próprias. Tal como não teria sentido uma cláusula de escolha de lei na ausência de um contrato a que tal lei fosse aplicável, mais sentido não teria uma cláusula compromissória a que faltasse a relação contratual principal cujo regime ela contribui para precisar (tal como as duas outras cláusulas “não autónomas” supra-referidas).

Pelas razões que se deixam expostas, não pode surpreender que, em estudo recente ⁽²¹⁾, Pierre Mayer tenha afirmado que a “autonomia da cláusula compromissória deve ser banida do debate”.

4. Se o conceito de “autonomia” não é adequado para caracterizar a relação que se estabelece entre a cláusula arbitral e o contrato de que faz parte, o de “acessoriedade” também não se lhe ajusta perfeitamente.

A convenção de arbitragem não é “acessória” em relação ao contrato a que se diz respeito, no sentido em que a lei afirma a “acessoriedade” da obrigação do fiador em relação à obrigação do

⁽¹⁹⁾ No estudo citado na nota anterior.

⁽²⁰⁾ Do mesmo modo que o compromisso arbitral pode ser assimilado ao pacto atributivo de jurisdição (v. a 1.ª parte do n.º 1 do art. 99.º do C.P. C.).

⁽²¹⁾ “La «circulation» de conventions d’arbitrage” — *Journal de Droit International* — 2005, n.º 2, p. 254.

devedor principal (art. 627.º do Código Civil), sendo sabido que uma das manifestações dessa acessoriedade é a que se traduz no facto de a fiança não ser válida, se não o for a obrigação principal (art. 632.º, n.º 1, do C.C.).

Ora, já acima salientámos que é princípio consagrado na esmagadora maioria das legislações nacionais e convenções internacionais sobre arbitragem voluntária, o de a invalidade do contrato principal não acarretar a nulidade da cláusula arbitral nele inserida (art. 21.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem Voluntária, adiante designada por “LAV”). Foi este princípio que acima designámos por “separabilidade” da cláusula compromissória relativamente ao contrato principal.

Para evitar confusões com as várias acepções em que o termo “acessoriedade” é usado nos vários direitos, nomeadamente no português, propomos apelidar de “instrumentalidade” as várias facetas da subordinação funcional da cláusula arbitral relativamente ao contrato de que faz parte (que foram evidenciadas no número anterior), termo esse que visa traduzir a ideia de que a cláusula compromissória *serve para* dar à relação contratual uma determinada configuração no plano dos seus eventuais desenvolvimentos contenciosos, isto é, na vertente do direito de acção que é inerente a todo o direito material (art. 2.º, n.º 2, do C.P.C.).

“Separabilidade” e “instrumentalidade” são, pois, os conceitos a que preferimos recorrer para caracterizar o específico modo de relacionamento que se estabelece entre a cláusula arbitral e o contrato principal em que se integra e entre ela e os vários direitos (nomeadamente, direitos de crédito) que desse contrato emergem.

É esse específico modo de relacionamento que importa agora analisar com maior profundidade, seguindo de perto a construção proposta por Pierre Mayer ⁽²²⁾.

5. Vejamos o que se passa quando é transmitido — por cessão, por sub-rogação ou por qualquer outro meio — o crédito emergente de um contrato em que haja sido estipulada uma cláusula compromissória.

(22) No estudo citado na nota anterior.

Sustenta-se correntemente, quer na doutrina portuguesa quer na estrangeira, que a cláusula compromissória se transmite juntamente com o crédito transmitido, quando essa transmissão se opera por cessão de créditos ou por sub-rogação, porque a cláusula compromissória constitui um “acessório” do crédito que é cedido ou é objecto de sub-rogação (no âmbito do direito português, por força do disposto nos arts. 582.º, n.º 1, e 594.º do C.C.) (23).

Mas, se bem se atentar, esta explicação não pode satisfazer. Se a cláusula compromissória se transmite ao cessionário do crédito por ser um “acessório” deste, isso pode justificar que ela seja oponível por aquele ao devedor cedido ou por este àquele. Mas fica por justificar o facto de a cláusula compromissória continuar a aproveitar a (e a vincular o) cedente, no que toca às relações daquele com o cedido que porventura sobrevivam à cessão. Se se transmite como um “acessório” de crédito cedido, como se compreende que continue a integrar a esfera jurídica do cedente, em tudo o que diga respeito às relações que ele ainda mantenha com o cedido? De igual modo se passam as coisas em caso de cessão de posição contratual: a cláusula compromissória transmite-se ao cessionário desta posição, mas continua a aproveitar ao (e a vincular o) cedente nas relações que ainda mantenha com o cedido, após a cessão.

A explicação que Pierre Mayer (24) propõe para este fenómeno jurídico, parece-nos muito convincente.

Como acentua este autor, a cessão do crédito que as partes acordam entre si tem por objecto apenas este e não a cláusula compromissória (25). Aconteceu, porém, que, com a inclusão de uma

(23) V., além de Antunes Varela, citado na nota 14 supra, Raúl Ventura — “Convenção de Arbitragem” — Revista da Ordem dos Advogados — 1986 — II, pp. 396-398; L. Lima Pinheiro — *ob. cit.*, p. 121.

No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, v. Vicent Chulià — *Introduction al Derecho Mercantil* — Tirant lo blanch — Valencia — 2004, p.189; Fouchard, Gaillard, Goldman — *ob. cit.*, pp. 420-422 e 424-430 e segs; J .F. Poudret et S. Besson — *Droit Comparé de l'Arbitrage International* — Bruylant — L.G.D.J. — Shulltess — Bruxelles, Paris, Zurich — 2002, pp. 258-267; Laurent Aynés — Anotation de Jurisprudence — Revue de L'Arbitrage — 2004, n.º 3, pp. 626-630, entre muitos outros autores que poderia citar-se a este respeito.

(24) No estudo citado na nota 21 supra.

(25) Como Raúl Ventura já fizera notar (*v. ob. cit.*, p. 397).

cláusula arbitral no contrato de onde emergiu o crédito, tal inclusão produziu um efeito sobre esse crédito: ela *configurou-o* ou, mais exactamente, configurou o direito de acção que é inerente ao crédito (como, de resto, a qualquer outro direito subjectivo material — *cfr.* o art. 2.º, n.º 1 de C.P.C.).

Na verdade, toda a relação jurídica comporta uma dimensão substantiva e uma dimensão processual que normalmente não são separáveis, sendo concebidas como um todo pelas partes. É a dimensão processual do direito ou da relação em que este se integra que é *configurada* pela cláusula arbitral, de modo que o direito de acção passe a só poder exercido por via de arbitragem.

Daí resulta que cessionário e cedido ficam obrigados a submeter a arbitragem os litígios atinentes aos direitos materiais transmitidos, não porque ambos tenham sido partes na anterior convenção de arbitragem (considerada como um acto jurídico bilateral), mas porque são partes na relação jurídica *configurada* por tal convenção, relação jurídica essa que constitui o objecto da cessão ⁽²⁶⁾.

Esta construção explica igualmente que, no caso de cessão da posição contratual, a cláusula compromissória aproveite ao (e vincule o) cessionário nas suas relações com o cedido, ao mesmo tempo que continua a aproveitar ao cedente nas relações que porventura continue a manter com o cedido, após a cessão do contrato. Também aqui a chave da explicação do fenómeno está na inserção de uma cláusula compromissória no contrato, tendo como efeito *configurar* a dimensão processual dos direitos que integram aquele, isto é, configurar o direito de acção que é inerente a esses direitos, passando tal direito de acção a ter de ser exercido por via de arbitragem, em vez de o ser perante os tribunais estaduais, como aconteceria se tal cláusula arbitral não tivesse sido estipulada. O objecto dessa cláusula é, como acentuou Pierre Mayer no estudo anteriormente citado (v. n.º 3 *supra*), o de precisar o regime processual dos direitos substantivos emergentes do contrato.

Por conseguinte, quer no caso de cessão de crédito (e de sub-rogação) quer no caso de cessão de posição contratual, a cláusula

⁽²⁶⁾ Explicação idêntica pode ser dada no caso de transmissão do crédito por sub-rogação.

compromissória proveita e é oponível aos novos titulares da relação cedida, ao mesmo tempo que continua a aproveitar e a vincular as partes originais de tal relação, na medida em que os direitos substantivos que tal cláusula configurara na sua dimensão processual não tenham deixado de existir entre essas partes.

6. Esta construção permite também explicar de um modo plenamente satisfatório que, no caso de ter sido celebrado um compromisso arbitral a respeito de um determinado litígio, se uma das posições na relação jurídica litigiosa contemplada nesse compromisso for cedida a outra pessoa, o mesmo passe a aproveitar e a ser oponível aos actuais titulares da relação jurídica litigiosa, não obstante um deles não ter sido parte no dito compromisso.

Seria incorrecto conceber tal factualidade com uma cessão de posição contratual (de natureza processual) ⁽²⁷⁾ no compromisso arbitral, um vez que nenhum acordo terá normalmente existido entre o cedente e o cessionário da referida relação litigiosa, tendo por objecto a cessão da posição no compromisso arbitral, cessão essa que, de resto, para ser eficaz, requereria o consentimento da parte cedida (art. 424.º, n.º 1, do C.C.). Normalmente, o acordo das partes terá tido por objecto apenas a cessão da relação litigiosa, mas, uma vez que os direitos litigiosos integrantes de tal relação haviam sido *configurados* (na sua dimensão processual) pelo compromisso arbitral celebrado entre as partes iniciais da mesma, foi assim que eles foram transmitidos.

Com efeito, também neste caso se pode afirmar, com todo o rigor, que a celebração do compromisso arbitral *configurou* o direito de acção que constitui um acessório dos direitos substantivos integrantes da relação litigiosa supramencionada, de tal modo que esse direito de acção passou a só poder ser exercido mediante o recurso à arbitragem ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Pois a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual; é esse o entendimento largamente maioritário da doutrina. V., nesse sentido, entre muitos outros, José Lebre de Freitas — “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem” — *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço* — II Vol. — Almedina — 2002, pp. 625-641, em especial, pp. 627-628; Pierre Mayer — *ob. cit.*, p. 254.

⁽²⁸⁾ *Cfr.* Pierre Mayer — *ob. cit.*, p. 255.

7. Contra a construção proposta por Pierre Mayer, não valerá invocar o alegado *intuitus personae* da convenção de arbitragem, que impediria que a mesma pudesse ser oposta àquela parte que não deu o seu expresso consentimento à mudança de titular do outro pólo da relação a que a convenção respeita.

Importa começar por observar que o problema, a existir, só se poderá pôr em relação à parte que for cedida na relação material objecto da cessão. O cessionário, como é evidente, nenhuma objecção poderá mover ao facto de o direito por ele adquirido, *configurado* como veio (na sua dimensão processual) pela cláusula arbitral inserida no contrato de onde aquele emergiu, o obrigar a fazer dirimir por arbitragem os litígios que no âmbito das matérias definidas pela dita cláusula se suscitam entre ele e o cedido, pois que, quanto a ele, poderá sempre responder-se como fez o Supremo Tribunal da Suécia, no Acórdão *Emja*, de 1997: “*Se o adquirente não concorda com a cláusula de arbitragem, ele pode sempre recusar adquirir os direitos do cedente*” (29).

Quanto ao cedido, à eventual objecção provinda deste, de que não dera o seu consentimento à transmissão da posição na convenção de arbitragem para o cessionário e de que fora devido à sua particular relação pessoal com o cedente (*intuitus personae*) que ele aceitara o recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios eventualmente decorrentes do contrato celebrado, caberá responder que este pretenso *intuitus personae* não tem qualquer suporte na normal realidade de tráfico jurídico.

Como nota Pierre Mayer, uma instância arbitral não é uma situação que requeira um maior confiança mútua do que a situação jurídica substantiva que ela acompanha, constituída por obrigações de fazer, de entregar ou de construir, etc. Além disso, o entendimento ora em apreciação implicaria um agravamento desrazoável da posição do cessionário do direito substantivo, pois que assim ele, apesar de ter aceite tal cessão com todas as suas implicações, nunca saberia de antemão se a configuração da dimensão processual desse direito pela cláusula arbitral seria ou não aplicável, pelo facto de o cedido poder vir alegar que, quando celebrara o contrato

(29) Citado em Pierre Mayer — *ob. cit.*, pág. 256.

de onde emergiu o direito cedido, tivera exclusivamente em mente a hipótese de, caso tivesse de se recorrer à arbitragem, esta vir a desenrolar-se entre ele (cedido) e o cedente.

Não parece razoável subscrever um tal entendimento, agravando assim, sem justificação válida, a posição do cessionário. A posição que melhor corresponde a uma justa ponderação dos interesses em presença é, pelo contrário, a de impor à parte de um contrato em que se preveja o recurso à arbitragem para a resolução de futuros litígios dele emergentes, que nele faça consignar que a aceitação do recurso à arbitragem só valerá para as relações entre as partes originárias do contrato, caso ela entenda que é em atenção à sua particular relação pessoal com a contraparte originária que aceita tal modo de resolução de litígios, deixando aberto o recurso aos tribunais estaduais para os litígios que se suscitem com quaisquer transmissários dos direitos emergentes desse contrato. Admitindo-se, como deve admitir-se, a possibilidade de uma tal estipulação, temos de convir que a sua verificação será muito improvável ⁽³⁰⁾.

8. Face a este entendimento proposto por Pierre Mayer, a que aderimos, evidente se torna que, se não houver transmissão de um direito ou conjunto de direitos subjectivos materiais (de fonte contratual ou outra), mas sim novação de uma relação jurídica, o direito de acção configurado mediante a inserção da cláusula compromissória no contrato de onde emergiram esse ou esses direitos também não se transfere.

Essa novação pode ser subjectiva ou objectiva, isto é, envolver a constituição entre novos sujeitos de uma relação obrigacional idêntica à primeira, extinguindo-se do mesmo passo a primeira obrigação, ou envolver a extinção de uma obrigação e criação de uma nova relação obrigacional entre os mesmos sujeitos. Em ambos os casos, extinguem-se os direitos que anteriormente haviam sido “configurados” através da inserção de uma cláusula arbitral no respectivo contrato, surgindo no lugar deles novos direitos, já sem tal configuração.

⁽³⁰⁾ Pierre Mayer — *ob. cit.*, pp. 256-257.

Nenhum fundamento haverá, portanto, para que eventualmente se pretenda opor então a anterior cláusula arbitral aos sujeitos da relação obrigacional criada *ex novo* ⁽³¹⁾.

B) A competência da competência do tribunal arbitral

9. Estreitamente relacionado com o princípio ou doutrina da “autonomia” (que pelas razões atrás expostas, preferimos designar por “separabilidade”) da cláusula arbitral, encontra-se o princípio da “competência da competência do tribunal arbitral” (também designado por “*kompetenz-kompetenz*” ⁽³²⁾ ou “*competence-competence*” ou “*compétence-compétence*”).

9.1. A doutrina costuma distinguir na análise deste princípio um *efeito positivo* e um *efeito negativo*. O *efeito positivo* do princípio da competência da competência do tribunal arbitral consiste em habilitar este a decidir sobre a sua própria competência; neste sentido, o princípio é acolhido pela generalidade das leis nacionais e convenções internacionais sobre arbitragem comercial. O *efeito negativo* do sobredito princípio traduz-se em permitir aos árbitros serem, não os únicos juízes (o que não é aceite em lado nenhum), mas os primeiros juízes da sua competência; por outras palavras, de acordo com este efeito do princípio em análise, o tribunal estadual só pode apreciar a competência do tribunal arbitral depois de este se ter sobre ela pronunciado, podendo fazê-lo por via de

⁽³¹⁾ Cfr. Pierre Mayer — *ob. cit.*, p. 257; Sylvain Bollée — *ob. cit.*, p. 923.

⁽³²⁾ Fouchard, Gaillard, Goldman (*ob. cit.*, pp. 396-397) chamam a atenção para a inadequação da expressão *kompetenz-kompetenz*, não obstante o seu uso muito difundido para designar a competência da competência do tribunal arbitral, no sentido que ela assume na generalidade das leis nacionais e convenções internacionais sobre arbitragem comercial. Isto, porque tal expressão, na doutrina alemã, tem o significado de atribuir aos árbitros o poder de proferirem uma decisão final sobre a sua competência, sem haver lugar à subsequente revisão da mesma por um qualquer tribunal estadual. Ora, entendido deste modo, tal princípio é rejeitado na Alemanha, tal como em qualquer outro país, sendo raríssimos os autores que defenderam a adopção dessa solução *de jure constituendo*. Daí que Fouchard, Gaillard, Goldman — seguidos, neste ponto, por Jean-François Poudret et Sébastien Besson — *ob. cit.*, p.407 — recomendem o abandono de tal expressão, propondo que, em vez dela, se use a expressão inglesa *competence-competence*”.

impugnação da decisão interlocutória sobre a competência ou da decisão sobre o fundo da causa ou em sede de oposição à execução desta sentença. Este último efeito do princípio da competência da competência do tribunal arbitral, tanto quanto sabemos, só foi consagrado no direito francês, na Convenção de Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra, em 26 de Abril de 1961 (de que Portugal não é parte), e no direito português (LAV, art. 21.º, n.º 4, e 27.º, n.º 3) ⁽³³⁾.

9.2. Embora os princípios da “autonomia” da cláusula arbitral e da “competência da competência do tribunal arbitral estejam estreitamente interrelacionados, eles devem ser rigorosamente distinguidos, pois não é idêntico o seu conteúdo.

Enquanto o princípio da autonomia ou separabilidade da cláusula arbitral é um princípio de direito substantivo, o princípio da competência da competência do tribunal arbitral tem essencialmente uma dimensão processual ⁽³⁴⁾.

Como observam Poudret et Besson (citando Pieter Sanders) ⁽³⁵⁾, se as sortes do contrato e da cláusula arbitral não fossem distintas, o árbitro, ao admitir a nulidade do contrato principal deveria, do mesmo passo, negar a sua própria competência, de tal modo que não poderia decidir sobre o fundo da causa e declarar a nulidade assim constatada. Chegar-se-ia assim a um impasse que só poderia ser resolvido mediante a instauração um novo processo perante o juiz estadual. Por outras palavras, a autonomia (ou separabilidade) significa que, se o árbitro constatar que o contrato principal é inválido, ele não perde por esse facto a sua competência. A competência da competência do árbitro pode ser considerada como o instrumento processual do princípio de autonomia (ou separabilidade) da cláusula arbitral, que o habilita a decidir, ele próprio, sobre a nulidade do contracto principal.

Para Craig, Park, Paulsson ⁽³⁶⁾, a doutrina da separabilidade permite aos árbitros invalidar o contrato principal (por exemplo,

⁽³³⁾ Cfr. Fouchard, Gaillard, Goldman — *ob. cit.*, p. 401; Poudret et Besson — *ob. cit.*, pp. 406-415; e L. Lima Pinheiro — *ob. cit.*, pp. 134-135.

⁽³⁴⁾ Craig, Park, Paulsson — *ob. cit.*, pp. 48-49.

⁽³⁵⁾ Poudret et Besson — *ob. cit.*, pp. 135-136.

⁽³⁶⁾ V. *ob. cit.*, p. 515-516.

por ser ilegal ou por ter havido fraude na sua celebração), sem o risco de que a sua decisão ponha em questão a validade da cláusula arbitral da qual deriva a sua competência. Dito de outro modo, a doutrina da separabilidade dá aos árbitros o instrumento com o qual exercerão a sua função, examinando a totalidade do acordo das partes. Além disso, a separabilidade requer que os tribunais estaduais, quando tiverem de decidir sobre se a arbitragem deve ou não prosseguir, examinem apenas a validade da convenção de arbitragem. A separabilidade, contudo, nada diz sobre a validade da própria cláusula arbitral ou por quem ela deve ser determinada. O facto de uma cláusula arbitral *poder* ser válida, não obstante os vícios existentes noutras estipulações do contrato, não significa que ela seja necessariamente válida nem que uma decisão errada dos árbitros sobre a validade da cláusula arbitral escape ao escrutínio judicial.

Por seu turno, o princípio da “*competence-competence*” permite aos árbitros examinar a causa da arguida invalidade ou ineficácia não só do contrato principal mas da própria cláusula arbitral (embora se sujeitem porventura a uma subsequente impugnação judicial). No entanto, só por força do princípio “*competence-competence*”, sem a “doutrina-irmã” da separabilidade, os árbitros não poderiam declarar o contrato principal inválido por ilegalidade, sem com isso fazerem ruir a sua jurisdição para o fazer⁽³⁷⁾.

Salientam os mesmos autores⁽³⁸⁾ que “separabilidade” e “*competence-competence*” apenas se intersectam no sentido de que os árbitros que decidem sobre a sua jurisdição olham só para a cláusula arbitral e não para a totalidade do contrato.

(37) Noutro passo da sua citada obra, (*ob. cit.*, p. 49), Craig Park, Paulsson notam que, “num sistema jurídico que não aceitasse o princípio da “*competence-competence*”, mas aceitasse o princípio da autonomia da cláusula arbitral, a arguição da nulidade de todo o contrato não poderia ser apreciada em arbitragem, porque, sendo todo o contrato nulo, aquela questão teria de ser decidida pelo juiz, mas este último enviaria o assunto para a arbitragem, caso se mostrasse que a cláusula arbitral autónoma não fora, ela própria, afectada pela invalidade do contrato. Pela mesma ordem de ideias, os árbitros que aplicassem o usual princípio da “*competence-competence*” teriam de se declarar eles próprios sem jurisdição, se achassem que o contrato principal era nulo e se a lei aplicável, ao contrário do que usualmente acontece, não reconhecesse o princípio da autonomia da cláusula arbitral.

(38) V. *ob. cit.*, p. 516.

Também Fouchard, Gaillard, Goldman ⁽³⁹⁾ chamam a atenção para o facto de os princípios da autonomia da cláusula arbitral e da “*competence-competence*”, apesar de estarem estreitamente ligados e de terem um objectivo comum, só parcialmente se sobrepõem.

Em alguns aspectos, o alcance do princípio da autonomia estende-se para além do da regra da “*competence-competence*”. Esta permite aos árbitros examinarem a sua própria jurisdição. Se acharem que o contrato principal é ineficaz, só com o princípio da “*competence-competence*” não teriam outra opção senão declinar a jurisdição. Contudo, o princípio da autonomia habilita os árbitros a declararem o contrato principal ineficaz, sem concluírem necessariamente que a cláusula arbitral é igualmente ineficaz e, consequentemente, declinarem a jurisdição. Dito de outro modo, a decisão dos árbitros de reterem a jurisdição e declararem depois inválido ou ineficaz o contrato litigioso deve ser fundada no princípio da autonomia e não apenas na regra da “*competence-competence*”.

Noutros aspectos, salientam os mesmos autores ⁽⁴⁰⁾, a regra da “*competence-competence*” vai muito mais longe que o princípio da autonomia. O princípio da autonomia não pode servir para basear a jurisdição dos árbitros perante um ataque directamente dirigido à (validade ou eficácia da) cláusula arbitral e não ao contrato principal. Numa tal situação é que se tornam claras as vantagens da regra da “*competence-competence*”.

Como referem Craig, Park, Paulsson, a organização interna de algumas leis de arbitragem põe a “separabilidade” e a “*competence-competence*” no mesmo artigo, enquanto que outras leis estão organizadas de forma a separar as duas doutrinas. É este o caso da nossa LAV que, no n.º 1 do seu art. 21.º, estabelece o princípio da competência da competência do tribunal arbitral, enquanto a separabilidade da cláusula arbitral vem consagrada no n.º 2 do mesmo artigo.

⁽³⁹⁾ V. *ob. cit.*, p. 214-215.

⁽⁴⁰⁾ V. *ob. cit.*, p. 214.

10. Explicada como ficou a estreita ligação entre o princípio de separabilidade da cláusula arbitral e o da competência da competência do tribunal arbitral, procuraremos agora examinar, mais de perto, o significado e alcance do segundo destes princípios, após o que tentaremos identificar o seu fundamento.

Todos os tribunais ⁽⁴¹⁾ têm competência para apreciar a sua competência ⁽⁴²⁾ para decidirem sobre o fundo das causas que lhe hajam sido submetidas.

Os tribunais arbitrais também têm competência para decidirem sobre a sua própria competência, mas a sua “competência da competência” não pode ter o mesmo fundamento que aquela que assiste aos tribunais estaduais, assim como a decisão que sobre essa questão prévia o tribunal arbitral profira não tem o mesmo significado, autoridade e força vinculativa que têm as decisões emitidas pelos tribunais estaduais sobre a sua própria competência.

⁽⁴¹⁾ Tal como, em geral, todos os órgãos de soberania. Sobre as origens de expressão “competência da competência” e sobre o seu entendimento deste conceito, no início da sua adopção, como elemento definidor do conceito de soberania, v. Miguel Galvão Teles — “Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional” — *Actas do Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional* — Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993 — Coimbra Editora — 1995, pp. 105-107.

⁽⁴²⁾ Ou melhor, “jurisdição”, se se seguir o ensinamento da doutrina do processo civil. Segundo o Professor Antunes Varela (*Manual de Processo Civil* — 2.ª ed. — Coimbra — 1985, pp. 196), “na linguagem técnico-jurídica, distingue-se para determinados efeitos, entre a *competência* e a *jurisdição*. Em bom rigor, a *jurisdição* designa o poder (de julgar) genericamente atribuído, dentro da organização do Estado, ao conjunto dos tribunais, (art. 202.º da Constituição da República)”, ou seja, “o poder (de julgar) globalmente reconhecido aos tribunais em confronto com os demais órgãos do Estado”. Para este autor, “a *competência* refere, por seu turno, o poder resultante do fraccionamento do poder jurisdicional entre os diferentes tribunais”. Distinção conceptual substancialmente idêntica foi adoptada pelo Professor João de Castro Mendes, para quem “a *jurisdição* é a função do Estado, desempenhada pelos tribunais — ou o correspondente poder destes — de compor os litígios, impondo a aceitação da hierarquização dos respectivos interesses e vencendo para isso toda a resistência”, enquanto que a “*competência* é a medida da jurisdição atribuída a cada tribunal” — *Direito Processual Civil* — Lições 1986-1987 — AAFDL — vol. I, pp. 116-123 e 344-348.

No presente texto, seguindo a orientação generalizadamente adoptada na literatura sobre a arbitragem comercial internacional, usaremos os termos *jurisdição* e *competência* em sinonímia. *Cfr.*, entre muitos outros autores, Fouchard, Gaillard, Goldman — *ob. cit.*, pp. 394-397, e Redfern and Hunter — *ob. cit.*, pp. 248-255.

10.1. Como realçou Pierre Mayer, no curso que proferiu, em 1989, na Academia de Direito Internacional ⁽⁴³⁾, nas arbitragens de direito privado, internas ou internacionais ⁽⁴⁴⁾, nem o poder de julgar do árbitro (competência para decidir sobre o fundo da causa) nem o poder de ele decidir se tem ou não competência para tanto (competência da competência) podem ser consideradas como um aspecto da soberania, ao contrário do que acontece com os correspondentes poderes dos tribunais estaduais que (estes sim, não aquele) são órgãos de soberania.

O fenómeno da arbitragem revela, aliás, que o poder de julgar (poder jurisdicional) não é necessariamente um aspecto de soberania. O que é reservado ao Estado (*rectius*, aos seus tribunais) é o poder de proferir julgamentos que tenham, de modo incontestado (por outras entidades), força executória. Se se entender que o “poder jurisdicional” consiste, pura e simplesmente, no facto de se estar habilitado a pronunciar uma decisão que põe termo a um litígio, pode-se afirmar que o árbitro tem tal poder.

Mas a decisões proferidas pelo árbitro só adquirem carácter obrigatório (autoridade de caso julgado e exequibilidade), na medida em que isso lhes seja reconhecido pela(s) ordem(s) jurídica(s) do(s) Estado(s) que tenha(m) uma ligação significativa com a arbitragem em que tais decisões hajam sido proferidas.

Com efeito, mesmo os autores que defendem, relativamente às arbitragens internacionais, a tese da (relativa) “autonomia” (perante as directrizes dos ordenamentos jurídicos estaduais) do poder de julgar dos árbitros, aceitam que “a competência jurisdicional destes assenta principalmente no reconhecimento estadual: depende das ordens jurídicas estaduais a relevância da convenção de arbitragem perante os tribunais estaduais (designadamente como excepção processual), a efectivação de decisões processuais por meios coercivos, o efeito do caso julgado da decisão arbitral perante os tribunais estaduais e a execução forçada de decisão judicial” ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ V. a obra citada na nota 11 *supra*.

⁽⁴⁴⁾ Sobre o modo como esta questão se poderá equacionar nas arbitragens de direito internacional público, v. o estudo de Miguel Galvão Teles citado na nota 41, *supra*, pp. 104-110.

⁽⁴⁵⁾ *Cfr.*, L. Lima Pinheiro — *ob. cit.*, p. 465.

É porque estão sujeitos ao controlo (que, mesmo que não seja efectivamente exercido, se mantém como possibilidade e como tal desempenha um papel eficaz) dos tribunais do Estado no âmbito de cuja ordem jurídica foram proferidas (no caso das arbitragens domésticas) ou dos Estados com os quais a arbitragem a que respeitam tenha uma ligação significativa (nas arbitragens internacionais) ⁽⁴⁶⁾, que as decisões dos árbitros têm carácter obrigatório e susceptibilidade de execução por meios coercivos, que lhes são generalizadamente reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos da grande maioria dos Estados (nomeadamente dos mais de 130 Estados que ratificaram ou aderiram à Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras).

10.2. Por outro lado, é inegável que a competência da competência dos árbitros tem um significado e obedece a pressupostos diferentes da dos tribunais estaduais.

Como sublinhou Pierre Mayer ⁽⁴⁷⁾, ao contrário dos juízes dos tribunais estaduais que gozam de uma investidura “subjectiva” e permanente (poder de decidir sobre a sua competência em relação a qualquer litígio que lhe seja submetido), a competência da competência do árbitro depende de três condições: *(i)*, em primeiro lugar, é preciso que uma convenção celebrada entre as partes tenha validamente previsto a arbitragem para esse preciso litígio ou para uma categoria de litígios à qual ele pertence; *(ii)* é necessário, depois, que uma das partes (ou ambas conjuntamente) requeira ao árbitro a instauração de um processo arbitral, segundo as formas e nos prazos previstos pela lei e pela convenção; *(iii)* e é preciso, por último, que a designação do árbitro (ou a constituição do tribunal) tenha sido feita regularmente.

Daí que, antes de um árbitro ter sido designado e de, mais ou menos ao mesmo tempo, ter sido perante ele deduzido um pedido,

⁽⁴⁶⁾ Estados esses que são não só aquele em que se situa a “sede” de arbitragem, mas também aquele(s) em que se virá a requerer o reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral.

⁽⁴⁷⁾ V. o estudo referido na nota 11 *supra*, p. 329-331, citando Motulsky.

só se possa falar de competência⁽⁴⁸⁾ do árbitro para exprimir o facto de um litígio *entrar na categoria daqueles que as partes validamente convencionaram que seriam submetidos à arbitragem*; ou seja, para traduzir a *virtualidade* de que um tal árbitro conheça de um pedido cuja dedução se encara, mas que ainda não se formalizou.

Feitas estas clarificações preliminares, aderimos à tese sustentada por Pierre Mayer, de que a “competência da competência do árbitro” não é afinal mais do que o poder — que lhe é reconhecido pela generalidade das legislações nacionais ou convenções internacionais sobre a arbitragem comercial (ou arbitragem voluntária) — de declarar infundada a contestação que haja sido deduzida à sua competência, para daí tirar a consequência de que pode e deve proferir uma sentença sobre o fundo da causa⁽⁴⁹⁾.

Por outras palavras, a chamada “competência da competência de árbitro” traduz simplesmente a ausência da obrigação para o árbitro suspender (ou o poder de não suspender)⁽⁵⁰⁾ a decisão sobre o fundo da causa, quando uma das partes alegue que ele não é competente, ficando assim a verificação dessa competência remetida para uma eventual instância perante a jurisdição estadual. Trata-se aqui, note-se, não de um poder conferido ao árbitro pelas partes, mas de uma permissão legal de não suspensão da instância arbitral.

10.3. Esta permissão consignada nas legislações nacionais ou convenções internacionais sobre a arbitragem comercial baseia-se, como Pierre Mayer bem realçou, principalmente em razões de carácter pragmático, dispensando o recurso a justificações de natureza teórica ou concepções impregnadas de ideologia (como as que, visando acentuar a autonomia da posição do árbitro interna-

(48) Como recorda Pierre Mayer, poderá usar-se a noção da “competência” a propósito dos árbitros, se se atender a que a “ideia-chave” que essa noção encerra é a de repartição: a função das regras de competência é a de repartir poderes entre várias pessoas, pelo que perguntar se um árbitro é competente equivale a perguntar se é à justiça arbitral *ou* à justiça estadual que um determinado litígio deve ser submetido.

(49) V. *ob.cit.*, pp. 342-345 e 405-406.

(50) Até que o tribunal estadual confirmasse ou infirmasse a suposta competência do árbitro.

cional, maximizando a importância do seu papel em relação ao juiz estadual, faz daquele o juiz *normal* da sua competência) ⁽⁵¹⁾.

Tais razões de carácter pragmático radicam, em primeiro lugar, no propósito de impedir ou desencorajar actuações dilatórias das partes que tivessem interesse em sustar o desenrolar do processo arbitral, o que, sendo por demais evidente, dispensa mais explicações.

Em segundo lugar, o preceituar-se que o tribunal estadual só poderá verificar a competência do árbitro depois de este se ter pronunciado sobre esta questão ⁽⁵²⁾, tem por efeito que a intervenção do juiz estadual, chamado a controlar essa decisão do árbitro, possa mesmo ser dispensada (se esta decisão, fundamentada de forma convincente, for acatada pelas partes, como acontece com grande número de decisões arbitrais) e que, caso tal controlo venha a ter lugar, uma vez que é efectuado com referência a uma decisão anteriormente tomada, o seu exercício seja mais simples e eficaz. O princípio do duplo grau de jurisdição assenta, aliás, nesta ideia.

Na verdade, o exame sucessivo é uma garantia de boa administração da justiça, pois que o juiz poderá inspirar-se na motivação adoptada pelo árbitro ou, pelo contrário, encontrar nela a falha que justifique a anulação. Por outro lado, a prévia discussão da questão da competência do árbitro perante este, fará com que o juiz, quando for chamado a controlar a decisão do árbitro, beneficie das particularidades do processo arbitral, nomeadamente de uma instrução mais completa e da troca de peças escritas com argumentação mais desenvolvida do que possivelmente aconteceria, se a questão fosse logo submetida ao tribunal estadual.

11. Conceber a “competência da competência do árbitro” do modo como ficou sugerido no número anterior, permite, a nosso ver, fazê-la escapar à crítica de ser um conceito “autoreferente”,

⁽⁵¹⁾ V. *ob. cit.*, pp. 346-351.

⁽⁵²⁾ De acordo com o chamado *efeito negativo* do princípio da competência da competência do tribunal arbitral que, como se referiu atrás (v. 9.1. *supra*), foi acolhido pelo Convenção de Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961, pelo direito francês e pelo direito português, mas não pela generalidade dos outros ordenamentos jurídicos.

reparo que é habitualmente feita à competência da competência dos tribunais estaduais ⁽⁵³⁾.

É que o princípio de competência da competência do árbitro, entendido como ficou explicado, não implica que se aceite, também aqui, que o “fundamentado decida sobre o próprio fundamento”, como acontece em relação à competência da competência dos tribunais estaduais ⁽⁵⁴⁾.

A decisão de um tribunal estadual (ou do conjunto da hierarquia de tribunais estaduais a que pertence o tribunal em questão) sobre a sua própria competência é definitiva, não estando sujeita ao controlo ou verificação da outra entidade. Por isso se diz que ela implica ou um círculo vicioso ou uma auto-afirmação ⁽⁵⁵⁾.

Ao invés, a competência da competência do árbitro traduz-se apenas no poder, que as leis nacionais ou as convenções internacionais aplicáveis lhe conferem, de proferir uma decisão sobre o fundo da causa, apesar de ter havido uma denegação da sua competência (por uma das partes) que o árbitro considere infundada, ou seja, o *poder* (atribuído por lei) *de não suspender*, em tais circunstâncias, a prolação da decisão sobre o fundo da causa, não esperando que o tribunal estadual viesse a confirmar ou denegar a sua competência para o fazer.

Continuando a acompanhar a tese de Pierre Mayer, a que, na parte que aqui interessa, aderimos, entendemos que o árbitro, ao declarar-se competente não está, em bom rigor, a arrogar-se essa competência — o que o faria incorrer, sob o ponto de vista lógico, no reparo acima referido. O árbitro, ao declarar-se competente para julgar sobre esta questão prévia, apenas profere uma decisão preliminar provisória (tendo, nesse momento, apenas eficácia intraprocessual) que fica sujeita, tal como a sua decisão sobre o fundo da

⁽⁵³⁾ Sobre esta crítica, v. Miguel Galvão Teles — *ob. cit.*, pp. 120-123. Como observa este autor, as proposições autoreferentes conduzem a uma *regressio ad infinitum*. Assim, “a norma segundo a qual o tribunal A tem competência para julgar se é competente para julgar os casos que lhe sejam submetidos significará, na totalidade da sua extensão, relativamente, por exemplo a um caso X, que o tribunal A é competente para julgar se é competente para julgar o caso X; que o tribunal é competente para julgar se é competente para julgar se é competente para julgar o caso X; e assim sucessivamente” (*ob. cit.*, p. 121).

⁽⁵⁴⁾ V. Miguel Galvão Teles — *ob. cit.*, p.122.

⁽⁵⁵⁾ V. Miguel Galvão Teles — *ob. cit.*, p.122.

causa, ao controlo e verificação dos tribunais estaduais competentes do ordenamento(s) jurídico(s) com o(s) qual(is) a arbitragem tem uma ligação significativa. E é esse controlo (ou a mera possibilidade da sua efectivação, que é compatível com a hipótese de as partes acatarem as decisões do árbitro, prescindindo de fazer actuar o controlo dos tribunais estaduais) que vem a legitimar, lógica e juridicamente, a “decisão” (melhor se diria, a *opinião*) que o árbitro emitiu sobre a sua competência, a fim de que o processo arbitral pudesse prosseguir e ele pudesse julgar sobre o fundo da causa.

12. Para terminar estas breves reflexões sobre a competência da competência do árbitro, seja-nos permitido ainda observar que o reconhecimento da competência dos tribunais estaduais para decidirem sobre a sua própria competência também costuma ser fundamentado em considerações de natureza essencialmente pragmática, revelando indiferença pela crítica que lhes possa ser movida no plano puramente lógico-jurídico.

Com efeito, os especialistas de processo civil fundamentam a competência da competência do tribunal estadual naquilo que uns designam por *princípio de auto-suficiência do processo* ⁽⁵⁶⁾ e outros por *princípio de tutela provisória de aparência* ⁽⁵⁷⁾ e que se traduz na seguinte proposição: “em matéria processual, a aparência vale como realidade para o efeito de se determinar se essa aparência corresponde ou não a qualquer realidade. É este princípio que justifica que, por exemplo, o tribunal incompetente tenha competência para apreciar a sua própria competência ou que a parte ilegítima tenha legitimidade para alegar a sua ilegitimidade, pois que a aparência de competência do tribunal ou de legitimidade da parte é suficiente para permitir a discussão e a apreciação dessa competência ou legitimidade. Assim, as questões suscitadas no processo pendente são resolvidas nesse próprio processo: o processo é quanto a elas, auto-suficiente” ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ V. Miguel Teixeira de Sousa — *Introdução ao Processo Civil* — Lex — Lisboa — 2000, pp. 51-52; e do mesmo autor — *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns* — Lex — Lisboa — 1993, p. 37.

⁽⁵⁷⁾ V. João de Castro Mendes — *ob. cit.* — vol. I, p. 205

⁽⁵⁸⁾ V. Miguel Teixeira de Sousa — *Introdução, cit.* — pp.51-52.

Como se vê, é uma preocupação de economia processual (o resultado processual deve ser obtido com a maior economia de meios) que justifica a competência da competência do tribunal estadual, prevalecendo sobre a crítica que, no plano puramente lógico, lhe pode ser dirigida.

13. As diferentes modalidades que pode assumir a aplicação o princípio de competência de competência do tribunal arbitral, sob o ponto de vista das formas e tempos em que pode ter lugar o controlo, pelos tribunais estaduais, da decisão que os árbitros profiram sobre a sua competência originam um leque bastante diversificado de soluções legais que se podem encontrar consagradas numa análise de direito comparado, assim como suscita um bom número questões técnico-jurídicas de diversa índole, a que as legislações nacionais e as convenções internacionais aplicáveis neste domínio não dão resposta inteiramente satisfatória. Mas a análise dessas diversas soluções legais e das questões técnico-jurídicas que permanecem sem resposta completa encontra-se suficientemente feita nas obras gerais sobre arbitragem comercial (*maxime*, nas que tratam da arbitragem comercial internacional) ⁽⁵⁹⁾, pelo que não valerá a pena retomá-las aqui.

⁽⁵⁹⁾ Ver, entre muito outros autores que poderia citar-se, a respeito das diferentes soluções que, neste domínio, se encontram consagradas nas legislações nacionais e nas convenções internacionais e sobre as questões que permanecem em aberto, no âmbito da aplicação desses textos normativos, Luís de Lima Pinheiro — *ob. cit.*, pp. 131-142 e Poudret et Besson — *ob. cit.*, pp. 465-481.