

A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

A EVOLUÇÃO DA CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO “COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA” À LUZ DAS RECENTES REFORMAS LEGISLATIVAS.

Sumário: Razão e ordem. I. Da determinação da competência do tribunal arbitral. 1. O princípio “competência-competência”. 2. Consagração e evolução do efeito positivo. 3. Consagração e evolução do efeito negativo. II. Da intervenção do tribunal Estadual na determinação da competência do tribunal Arbitral. 1. Introdução à questão. 2. Intervenção do Tribunal Estadual a nível de colaboração. 3. Determinação da competência por parte do tribunal estadual. A. Introdução à questão. B. Da impugnação da decisão interlocutória sobre a competência. C. Da impugnação da sentença arbitral com fundamento na incompetência. D. Da oposição à execução da sentença arbitral com fundamento na incompetência. E. Da oposição ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras com fundamento na incompetência. III. Conclusão.

Razão e ordem.

As décadas transcorridas desde a entrada em vigor da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto)¹ expressam claramente o quão relevante foi o seu contributo para o desenvolvimento da arbitragem em Portugal. Em retrospectiva, podemos afirmar que em virtude da qualidade da sua técnica legislativa e pela modernidade das soluções consagradas, a LAV não se limitou apenas a abrir as portas do direito português a um verdadeiro processo arbitral, mas teve o condão de o fazer mediante um normativo que serviu de catalisador ao seu progresso doutrinário e jurisprudencial. Não obstante, a arbitragem revelou-se como um fenómeno dinâmico, em evolução constante, pautado pelas exigências da prática dos seus operadores a nível internacional. Esse desenvolvimento contínuo teve como consequência necessária a dissonância entre a *praxis* e as opções legislativas consagradas a nível nacional. Neste sentido, tornou-se evidente a premente necessidade de reforma, pois, como se sabe, são hoje sobejamente conhecidos os prejuízos decorrentes da consagração de um regime arbitral desatualizado ou em desarmonia em relação às práticas celebradas tanto a nível nacional como internacional. A consagração de um regime arbitral que contraste com as práticas internacionais, não é apenas desprovido do carácter de alternativa em relação aos tribunais estaduais, mas inevitavelmente implicará o desinteresse dos operadores internacionais. Esta é uma realidade incontornável que tem fomentado a reforma de múltiplos sistemas jurídicos ao longo dos anos.

¹ Doravante referida pela abreviação LAV.

A expressão última de tudo o que acabávamos de expor pode ser encontrada na reforma do Livro IV do *Code de procedure civile*², levada a cabo pelo *Décret* n.º 2011-48 de 13 de Janeiro, pois muito embora o direito arbitral francês fosse uma referência de modernidade e flexibilidade, sentiu-se a necessidade de consagrar legislativamente as soluções e inovações que se foram desenvolvendo jurisprudencialmente³.

É igualmente na consciencialização deste fenómeno que se encontra o ímpeto da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro, que revogou a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, e que consagrou uma nova Lei de Arbitragem Voluntária⁴ para o ordenamento jurídico português. Com um texto que se aproxima das orientações sugeridas pela Lei Modelo⁵ da UNCITRAL e que se inspira em contributos de outros sistemas apologistas da arbitragem, o novo texto oferece um regulamento moderno e flexível, que converte a arbitragem numa efetiva alternativa para os seus operadores, potenciando a escolha de Portugal como sede de arbitragem.

As inovações são múltiplas e significativas, porém, no presente artigo, limitar-nos-emos à análise da evolução da consagração da competência do tribunal arbitral e na sua cognoscibilidade ou avaliação por parte do tribunal estadual. A subsequente análise será amparada por uma observação de direito comparado, dando especial relevância à reforma do direito francês. Com este intuito, dividiremos o nosso texto em dois títulos, no primeiro analisaremos a consagração e determinação da competência do tribunal arbitral e no segundo daremos particular relevo à intervenção do tribunal estadual na determinação dessa mesma competência.

I. DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL ARBITRAL.

1. A conceção do princípio “competência-competência”.

Na gênese da teorização da competência do tribunal arbitral a doutrina deparou-se com o aparente paradoxo conceitual que resultava da insuficiência ou invalidade da

² Doravante designado pela abreviação CPCF.

³ GAILLARD, Emmanuel. *France adopts new law on arbitration*. New York Law Journal. Vol. 245. n.º 15. ALM publication, 2011.

⁴ Doravante designado pela abreviação NLAV.

⁵ Doravante designado pela abreviação LM.

convenção de arbitragem⁶. Partindo da perspectiva que identificava a convenção de arbitragem como o elemento fundamentador da competência do tribunal arbitral, a invalidade da qual a mesma eventualmente padecesse inquinaria necessariamente a sua competência, pois, nos termos desse entendimento, inexistiria qualquer elemento válido que legitimasse a pronúncia por parte dos árbitros.

Com o desenvolvimento da prática arbitral, a doutrina consciencializou-se para o facto de que o recurso aos tribunais estaduais para resolução do impasse implicaria sempre uma limitação no desenvolvimento do conceito de arbitragem e significaria uma séria depreciação do tribunal arbitral. Por outro lado, tal solução possibilitaria a promoção de manobras dilatórias, pois qualquer parte que estivesse relutante em dirigir-se à arbitragem, com vista a travar o seu processo, poderia impugnar de má-fé a competência do tribunal arbitral, implicando uma grave dilação na conclusão do processo.

Consideramos que o problema decorria de uma falha de conceção que se encontrava na premissa da questão. Tal como já defendemos noutra sede, a convenção de arbitragem é o maior pressuposto do processo arbitral⁷, mas não seu fundamento último. É neste contexto que surge a teorização do princípio da “*competência-competência*”. A conceção deste princípio corporiza-se na competência que é reconhecida aos tribunais arbitrais para se pronunciarem sobre a sua própria competência. Nos termos gerais da sua conceção dogmática, o princípio desdobra-se em dois efeitos antagónicos com diferentes destinatários. A primeira vertente é o efeito positivo, que destinando-se aos tribunais arbitrais, possibilita que estes conheçam da sua própria competência. A segunda é o efeito negativo, que rege a participação dos tribunais estaduais, determinando que os mesmos deverão abster-se de exercer a sua competência perante a invocação de uma convenção de arbitragem.

A teorização deste princípio não se limita a disponibilizar um mecanismo de legitimação que responde ao dilema decorrente da invalidade da convenção de arbitragem, como também se traduz num dos avanços mais significativo do

⁶ CAPPER, Phillip. *International arbitration: a handbook* - 3rd ed. - London : LLP, 2004. p. 80.

⁷ CAPPER, Phillip. op. cit. p.76.

desenvolvimento da teoria do processo arbitral. Este entendimento promove a autonomização do tribunal arbitral em relação à jurisdição estadual, principalmente porque lhe reconhece a legitimidade para decidir sobre o elemento fundamentador de uma decisão arbitral lúdima, já que qualquer pronúncia por parte do tribunal arbitral que extravase o âmbito do que lhe é cometido na convenção de arbitragem inquirará a validade da sua decisão, prejudicando a sua exequibilidade e reconhecimento no âmbito de outro sistema jurídico⁸.

Não obstante, o sentido que hoje se atribui ao princípio da “*competência-competência*” é consideravelmente diferente do originário. A conceção germânica original (“*Kompetenz-Kompetenz*”) consagrava a possibilidade de atribuir aos árbitros a competência para declarar em termos definitivos a sua própria competência, ou seja, a consagração máxima das vertentes negativa e positiva do princípio, naquilo que consideramos como sendo o princípio da “*competência-competência*” *stricto sensu*, porém, não é este o conceito que se lhe atribui nas legislações modernas. Entendemos como uma vertente mitigada, a que geralmente vigora na atualidade.

Muito embora o princípio goze de um amplo reconhecimento, essa pretensa harmonia é meramente aparente⁹. A medida em que ambos os efeitos são consagrados difere significativamente, principalmente no que se refere ao efeito negativo, uma vez que na generalidade das legislações não se verifica uma verdadeira prioridade no conhecimento da matéria por parte do tribunal arbitral. Nestes termos, a decisão do tribunal arbitral é tendencialmente provisória. Observando a consagração de que são alvo ambas as vertentes do princípio, numa perspetiva de direito comparado, somos levados a concluir que o nível de autonomia que se consagre ao tribunal arbitral, passará, necessariamente, pelo entendimento que se consagre destas duas vertentes.

2. Consagração e evolução do efeito positivo do princípio da “*Competência-competência*”.

⁸ Este condicionalismo é internacionalmente reconhecido. Tal como é patente nos textos do Art.V.1.(a) da Convenção de Nova Iorque (doravante designada pela abreviação CNI) e do Art.36.1.a.(iv) da LM, ambos determinam a impossibilidade do reconhecimento de sentença arbitral quando se prove que a convenção de arbitragem é inválida na perspetiva do sistema jurídico ao qual as partes a subordinaram.

⁹ GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John., FOUCHARD, Philippe. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration, edited by: Emmanuel Gaillard, John Savage, Kluwer Law International, 1999. p. 395.

É na sua vertente positiva que o princípio é geralmente consagrado. Como decorrência da sua natureza complexa, existem divergências de entendimentos mesmo entre os sistemas que o consagram¹⁰, porém, as legislações nacionais aderiram largamente à consagração desta vertente em termos análogos aos consagrados na LM.

No seu Art.16.º, a LM consagra que o tribunal arbitral poderá decidir sobre a sua competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para estes efeitos, o tribunal arbitral poderá conhecer de todos os factos relevantes para a sua determinação, mesmo que estes façam parte da questão de mérito¹¹. Esta orientação está em consonância com a generalidade dos sistemas jurídicos, sendo comumente admitido que o tribunal judicial proceda à avaliação e reapreciação da competência do tribunal arbitral. Nesta medida se refere que, embora a competência para apreciação da sua jurisdição lhe pertença, esta não é exclusiva do tribunal arbitral.

No que se refere ao direito português, e na esteira da consagração empreendida pela generalidade dos sistemas jurídicos que acolhem o conceito do princípio da “*competência-competência*”, a LAV adotou a vertente positiva do princípio em termos patentemente análogos ao do Art.16.º da LM. Neste sentido, no n.º 1 do Art.21.º da LAV, estatuiu-se que o tribunal arbitral tinha o poder de se pronunciar sobre a sua própria competência. À semelhança do previsto na LM, igualmente se determinava a competência para apreciar a existência, a validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se inserisse, ou mesmo a aplicabilidade da convenção.

Sem prejuízo da consagração no âmbito da LAV, o legislador foi sensível à possibilidade de evolução e cristalização do princípio. Neste sentido, o legislador vem

¹⁰ Existem autores que referem que é devido a esta desigualdade de tratamento que a CNI acaba por se abster de referir este princípio. Como referência podemos mencionar o direito alemão, que no âmbito do regime anterior à sua alteração legislativa de 1998 permitia às partes conferir competência ao tribunal arbitral para decidir em termos definitivos. Atualmente, em virtude de uma alteração conjuntural, tal não se considera possível, pois a estatuição do §1040 do Zivilprozessordnung (doravante designada pela abreviação ZPO) tem carácter impositivo.

¹¹ Neste sentido, existe a possibilidade de optar pela bifurcação do processo, conhecendo da matéria da competência em separado, ou conjuntamente com o mérito.

consagrar na NLAV um capítulo de dois artigos clarificando a matéria da competência do tribunal arbitral.

O n.º 1 do Art.18.º da NLAV sucedeu na previsão do efeito positivo do princípio da “*competência-competência*” em termos análogos ao dos realizados no âmbito da LAV, porém, a nova redação concretiza o princípio mediante a explicitação de que o tribunal arbitral não apenas se poderá “*pronunciar*” (nos termos do Art.21.º da LAV) sobre a sua competência, mas sim efetivamente “*decidir*” sobre a mesma. Em termos práticos a alteração pode não traduzir uma alteração no regime, mas a verdade é que transparece claramente a tendência evolutiva da arbitragem, na medida em que o legislador procurou assertivamente reafirmar a competência do tribunal arbitral nesta sede.

Mutatis mutandis, o mesmo que se poderá afirmar relativamente à reforma do CPCF, a nova consagração do regime vem reforçar a previsão do princípio em ambas as vertentes. O seu efeito positivo era claramente expresso na antiga redação do Art.1466.º, outorgando a decisão sobre a questão da competência ao tribunal arbitral. Sem embargo, na redação do atual do Art.1465.º do CPCF, o legislador expressamente refere a competência exclusiva (“*seul compétent*”) do tribunal arbitral para decidir relativamente à questão da sua jurisdição (“*pouvoir juridictionnel*”). Consideramos particularmente relevante a formulação desta norma, uma vez que mediante a referência à exclusiva competência, esta redação permite não apenas a consagração do efeito positivo, como igualmente reforça e reafirma o efeito negativo. Embora este artigo se refira primeiramente à arbitragem nacional, em virtude da remissão feita pelo Art.1506.º, n.º 3 do CPCF, o mesmo será igualmente aplicável à arbitragem internacional.

3. Consagração e evolução do efeito negativo do princípio da “*Competência-competência*”.

Para efeitos de explanação das implicações deste conceito, podemos afirmar que a máxima expressão do efeito negativo implicaria que a decisão do tribunal arbitral não fosse passível de reapreciação pelo tribunal Estadual¹². Na doutrina podemos encontrar referências que defendem uma noção tendencialmente crescente de que o processo

¹² Gaillard, Goldman, Fouchard, op. cit. p.203.

arbitral deverá ser realizado sem intervenção do tribunal estadual¹³, porém, esta vertente não goza do mesmo nível de consagração internacional que a vertente positiva.

São múltiplos os entendimentos concernentes com a justificação e o propósito da vertente negativa. Por um lado, podemos indicar preocupações de natureza económica, dados os elevados custos associados à arbitragem. Por outro lado, os argumentos mais flagrantes são os efeitos nefastos do prolongamento da lide arbitral, que é ostensivamente conhecida pela sua celeridade¹⁴. Contudo, as inclinações doutrinárias não se dividem apenas entre lógicas de economia processual, tal como sugerem Poudret e Besson¹⁵, o efeito negativo teria o condão de evitar que a questão fosse conhecida por tribunais estaduais que não fossem os da sede da arbitragem. Segundo este entendimento o propósito do efeito negativo fundamentar-se-ia no intento de evitar a proliferação de sentenças contraditórias. Como consequência direta da multiplicidade de entendimentos que contextualizam a teorização do efeito negativo do princípio “*competência-competência*”, é comum que se invoque a excepcionalidade da sua consagração¹⁶. Com efeito, verifica-se a predominância da solução que admite aos tribunais estaduais a prerrogativa de conhecer da existência e validade da convenção de arbitragem¹⁷.

O paradigma da consagração do efeito negativo surge no direito francês. Tal como é possível constatar pela atual redação do CPCF, a reforma de 2011 estabeleceu uma continuidade com o que era expresso quanto ao regime do efeito negativo, previsto no Art.1458.º da anterior redação. O atual Art.1448.º veio condensar num único número a regulação das duas situações que antes eram reguladas individualmente. Como afirmámos, consideramos que este artigo regula duas ordens de situações distintas. Na primeira situação, regulada na primeira parte do primeiro parágrafo do Art.1448.º do

¹³ REDFERN, Alan., HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration - 3rd ed.* - London : Sweet & Maxwell, 1999. p.256.

¹⁴ Em virtude da existência de um processo judicial que se desenvolve paralelamente, em lugar de se proceder a uma imediata remissão das partes para a arbitragem, verifica-se uma exponencial dilação temporal na conclusão do processo.

¹⁵ POUURET, Jean-Francois., BESSON, Sebastien., BERTI, Stephen Berti., PONTI, Annette., *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, 2007. p.453.

¹⁶ Poudret e Besson, op. cit. p. 416.

¹⁷ Como mero exemplo podemos referir as soluções adotadas pelo *Arbitration Act de 1996* (doravante designado pela abreviação AAI). Tal como afirmam Poudret e Besson, o AAI emparelha-se com as legislações que são adversas ao efeito negativo da “*competence-competence*”. Será de realçar que mesmo quando se verifique a validade da convenção de arbitragem, o tribunal estadual meramente declarará a suspensão do processo judicial, não resultando qualquer declaração de incompetência do tribunal judicial.

CPCF, se a questão estiver pendente em processo arbitral, o tribunal estadual deverá declarar-se desde logo incompetente. O efeito negativo é claramente expresso, pois não se retira qualquer interpretação que permita ao tribunal judicial a pronúncia, ainda que preliminar, sobre a validade da convenção de arbitragem. Na segunda situação, regulada na segunda parte do primeiro parágrafo do Art.1448.º do CPCF, exceciona-se o preceituado na primeira parte do artigo, estatuinto que o tribunal estadual poderá não declarar-se incompetente caso a questão ainda não tenha sido apresentada perante tribunal arbitral e caso a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou manifestamente inexecutável (“*manifestement nulle ou manifestement inapplicable*”), limitando-se assim o poder cognitivo do tribunal estadual a um nível preliminar (“*manifestement*”).

No que se refere à possibilidade de conhecimento oficioso da questão, com o intuito de evitar situações de denegação de justiça, a nova redação sucede na estatuição da impossibilidade de conhecimento oficioso sobre a questão da competência. Devemos realçar, no entanto, que a continuidade verificada na consagração do efeito negativo não é plena. Na nova redação do CPCF o legislador adotou uma alteração relevante ao regime do efeito negativo no âmbito da arbitragem internacional. Nos termos do que era previsto à luz da redação anterior à reforma de 2011, concretamente no Art.1459.º, qualquer estipulação ou acordo que fosse contrário ao legalmente estatuído quanto ao efeito negativo, deveria ser considerado como não escrito. Este carácter imperativo é atualmente consagrado no terceiro parágrafo do Art.1448.º do CPCF, porém, esta estipulação cinge-se meramente à arbitragem nacional, uma vez que a remissão realizada pelo Art.1506.º deixa claramente de fora o terceiro parágrafo do Art.1448.º. Neste sentido, o regime consagrado relativo ao efeito negativo poderá ser derogado pelas partes no âmbito de uma arbitragem internacional.

Em nosso entender, a opção legislativa do Art.1506.º fundamenta-se num propósito de flexibilidade e modernização do regime, num pragmatismo inspirado pela prática na arbitragem transnacional, não significando, de todo, um retrocesso na teorização do princípio “*competência-competência*”.

Diversamente, no que se refere ao sistema jurídico português, a reforma realizada pela NLAV traduziu uma verdadeira alteração conjuntural no que se refere ao

poder cognitivo do tribunal estadual perante a invocação de uma convenção de arbitragem. Nos termos que importam para o tema em análise, verificou-se a transposição da inclinação apologista da autonomia privada que a LM claramente veio a sugerir, e que o direito francês exemplarmente traduziu. A consagração do efeito negativo era claramente expressa no n.º 4, do Art.21.º da LAV, determinando-se a postergação da apreciação estadual da competência do tribunal arbitral para um momento em que este último já se tivesse pronunciado sobre a questão de mérito.

Nos termos em que se encontrava previsto o efeito negativo do princípio, o legislador foi omissivo quanto ao escrutínio possibilitado ao Tribunal Estadual relativamente à validade da convenção de arbitragem. Nesta medida, nomeadamente, no âmbito da exceção de violação de convenção de arbitragem, o legislador foi omissivo relativamente à questão de saber se o tribunal estadual teria poderes cognitivos suficientes para proceder a uma análise plena da validade da convenção, ou se bastaria uma análise meramente liminar da mesma.

No sentido de colmatar esta factualidade, e com vista à promoção da autonomia e independência do processo arbitral, no texto da NLAV o legislador veio consagrar um artigo autónomo à previsão e condensação do efeito negativo do princípio¹⁸. Numa clara inspiração no texto da CNI¹⁹ e da LM²⁰, o Art.5.º da NLAV vem definir os vetores mediante os quais o tribunal estadual poderá proceder ao conhecimento de uma questão objeto de uma convenção de arbitragem, porém, o legislador português concretizou efetivamente a vertente negativa do princípio, contrariamente ao que sucede na CNI. Nos termos deste último diploma, por solicitação de uma das partes, o tribunal estadual deverá remetê-las para o processo arbitral, salvo se considerar que a respetiva convenção caducou, é inexecutável ou insuscetível de aplicação (“*null and void, inoperative or incapable of being performed*”)²¹. Uma leitura rápida do artigo poderia vislumbrar uma ténue expressão do efeito negativo, pois salvo uma grave patologia da convenção, o tribunal estadual seria obrigado a remeter as partes para a arbitragem. Contudo, o que de facto sucede é precisamente o inverso. A CNI não delimita os termos

¹⁸ Art.5.º da NLAV.

¹⁹ Art.II (3) da CNI.

²⁰ Art. 8.º da LM.

²¹ PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005. p. 203.

mediante os quais a avaliação é feita. Assim, o tribunal estadual não está sequer limitado a uma análise preliminar da convenção de arbitragem.

Inversamente, o texto do n.º 1 do Art.5.º da NLA V vem expressamente delimitar o poder cognitivo do tribunal estadual à verificação da nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade “*manifesta*” da convenção de arbitragem. Consequentemente, o tribunal estadual perante o qual seja apresentada uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deverá, a requerimento do réu, absolvê-lo da instância exceto se considerar que a convenção é manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável. Em tal circunstância, no intento de efetivar o regime do efeito negativo, e em perfeita consonância com as inspirações acima referidas²², o n.º 2 do Art.5.º determina que não obstante se verifique a pendência da questão perante o tribunal arbitral, o processo arbitral poderá ser iniciado, continuar ou mesmo ser nele proferida sentença.

É essa mesma preocupação de efetivar a vertente negativa do princípio que se encontra o fundamento do regime previsto n.º 4 do mesmo artigo. Nos termos desta estatuição, as questões referentes à nulidade, ineficácia e inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em sede de tribunal estadual – quer seja no âmbito de uma ação de simples apreciação ou quer se trate de procedimento cautelar –, se for considerado que tal ação tem como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral. Tal como o artigo *supra* referido, esta disposição tem como *ratio* a preocupação de garantir um meio de evitar fraudes ao efeito negativo do princípio da “*competência-competência*”. Ao obstar a possibilidade de apreciação das referidas questões autonomamente, pretende-se prever uma medida de prevenção de manobras dilatórias do processo arbitral.

Segundo a nossa perspetiva, entendemos que um correto entendimento desta vertente do princípio “*competência-competência*” deverá tomar em consideração que a *ratio* da previsão do efeito negativo não é una, mas decorrente de uma rede de consequências e implicações que não passarão apenas pelo intuito de evitar decisões antagónicas ou meras preocupações de economia processual. Deverá ter-se em conta que existe um conflito entre a posição da parte que eventualmente se veja invalidamente

²² Nomeadamente, o artigo 8(2) da LM.

integrada num processo arbitral e a parte que legitimamente se dirige ao tribunal arbitral para usufruir das vantagens que este meio lhe permite. Nesta medida, é necessário considerar outra linha de interesses igualmente relevantes que deverão ser tomados em conta, como seja a própria continuidade do processo, o nível de eficácia da decisão, ou mesmo o interesse legítimo das partes de se afastarem do sistema judicial nacional, principalmente a nível transnacional.

Concluindo, a consagração do efeito negativo deverá responder a este paradoxo com uma solução de compromisso que equilibre os interesses em causa. Consideramos que a NLAV oferece um ponto de equilíbrio racional, pois não se limita a reforçar a competência do tribunal arbitral mediante o bloqueio da intervenção estadual, mas procura uma colaboração para efeitos de reforço e garantia da segurança jurídica da sentença arbitral, nomeadamente, mediante a possibilitação de decisões interlocutórias sobre a competência, como veremos adiante.

II. DA INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL ESTATUAL NA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL.

1. Introdução à questão

Tal como deixamos antever *supra*, muito embora seja patente a tendência evolutiva da arbitragem no sentido da consciencialização para o ideal de um processo arbitral autónomo, principalmente no que se refere à arbitragem transnacional, é generalizadamente consagrada a possibilidade de intervenção do tribunal estadual no processo arbitral. Entendemos que a *ratio* justificativa desta intervenção estadual na arbitragem não é singular, mas dual. Em nosso entender, a intervenção do tribunal estadual poderá, em termos gerais, assumir um de dois propósitos. Por um lado existe a intervenção que podemos considerar de *colaboração* ou *apoio*, e por outro, uma intervenção para efeitos de *controlo* ou *revisão*.

Neste segundo título procuraremos analisar as implicações das recentes reformas legislativas no regime de intervenção do tribunal estadual no que se refere à questão de competência. Em virtude do limitado escopo do presente artigo, e por ser mais

pertinente para o tema em estudo, focaremos a nossa análise na intervenção realizada a nível de controlo. Contudo, e em virtude das relevantes inovações introduzidas a título de colaboração com o tribunal estadual, nomeadamente no que se refere ao conceito de “*juge d’appui*” no âmbito da reforma do CPCF, iniciaremos a nossa exposição pela intervenção para efeitos de colaboração ou apoio.

2. Intervenção do tribunal estadual a nível de colaboração.

No âmbito da vigência da LAV podemos afirmar que o expoente máximo da participação do tribunal estadual no processo arbitral para efeitos de colaboração consagrava-se no então Art.12.º. Na eventualidade de se verificar a falta de nomeação do árbitro, nos termos do citado artigo, esta nomeação seria da competência do presidente do Tribunal da Relação. A efetivação desta incumbência era precedida por um determinado nível de escrutínio por parte do juiz estadual relativamente à validade da convenção de arbitragem. Nos termos do n.º4 do Art.12.º da LAV, *a contrário*, o presidente do Tribunal da Relação apenas procederia à nomeação caso considerasse que a convenção não se encontrava ferida de uma manifesta nulidade. Nesta medida, muito embora não se permitisse uma análise de fundo, mas uma mera avaliação preliminar da competência do tribunal arbitral, não deixava de existir um certo nível de cognoscibilidade sobre a validade da convenção de arbitragem.

Contudo, a doutrina orientadora do regime transposto no Art.12.º da LAV não foi transposta no âmbito da NLAV. Nos termos dos Arts.10.º, n.º 2 e 11.º, n.º 2 da NLAV, na eventualidade de existir desacordo quanto à nomeação de árbitros, essa incumbência pertencerá ao tribunal estadual, que, nos termos da alínea a) do n.º 1 do Art.59.º da NLAV, corporiza-se ainda no Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem. Todavia, diferentemente do que sucedia à luz da LAV, esta intervenção a nível de colaboração será efetuada sem precedência de qualquer escrutínio por parte do tribunal estadual para efeitos de avaliação da validade da convenção de arbitragem, pois inexistente na NLAV uma disposição análoga à do número 4 do Art.12.º da LAV. De realçar será que, no âmbito da participação do tribunal estadual ao nível de colaboração, aquele tem ainda competência para colaborar no processo de recusa de árbitro (Art.14.º da NLAV) e na determinação de honorários quando não tenha existido acordo sobre os mesmos e quando assim seja requerido ao tribunal estadual (Art.17.º da

NLAV), porém, em nenhum destes casos podemos aferir qualquer poder cognitivo do tribunal estadual no que se refere à validade da convenção, nem mesmo de *prima facie*, como no caso do regime sucedido. Consagrando-se uma plena submissão da intervenção estadual à autoridade do tribunal arbitral nos termos expressos, consideramos que o poder de controlo outrora consagrado ao tribunal estadual encontra-se agora retraído, pelo menos no que se refere à participação a nível de colaboração.

Entendemos que esta opção legislativa denota claramente o pendor evolutivo do regime da arbitragem em Portugal. No intuito de promover a autonomização do processo arbitral, este emancipa-se do escrutínio judicial estadual ao nível de colaboração, focando apreciação da competência apenas ao nível de controlo, conforme observaremos *infra*. Não obstante, torna-se interessante observar que muito embora as reformas realizadas nos sistemas jurídicos português e francês se tenham motivado por uma similitude de ideais – ou seja, em última análise, a promoção de um sistema “*favor arbitrandum*” –, a realidade é que, no que se refere à intervenção ao nível de colaboração, ambos os sistemas adotaram uma orientação ideológica contrastante.

Tal como tem denotado a doutrina francesa²³, as soluções consagradas na nova redação do CPCF procuram traduzir a ideia de que atualmente se encontra ultrapassada a conceção de que os tribunais estaduais e arbitrais se contrapõem no exercício de competências opostas ou concorrentes. Aquilo que ao nosso ver é claramente sintomático desta realidade é a introdução do conceito de “*juge d’appui*” no âmbito da nomeação de árbitros por parte do tribunal estadual. À semelhança do que é estatuído na legislação portuguesa, nos termos do terceiro parágrafo do Art.1451.º do CPCF, se as partes não concordarem na designação do terceiro árbitro, essa determinação deverá ser realizada pelos restantes árbitros, porém, caso estes não procedam a essa designação, a mesma caberá ao juiz que presta apoio à arbitragem (ou, conforme o texto original, “*juge d’appui*”), que nos termos do Art.1459.º, será corporizado no presidente do “*Tribunal de Grande Instance*”²⁴. Seguindo os vetores de raciocínio *supra* mencionados, numa ótica de colaboração entre o tribunal estadual e o tribunal arbitral, o

²³ GAILLARD, Emmanuel. *France adopts new law on arbitration*. New York Law Journal. Vol. 245. n.º. 15. ALM publication, 2011.

²⁴ Será importante remarcar que o “*juge d’appui*”, para além das competências para efeito de designação de árbitros e constituição do tribunal arbitral (Arts.1452 a 1453 do CPCF), tem igualmente incumbências referentes à recusa de árbitros (Art.1456.º) ou interrupção do processo arbitral (Art.1457.º).

legislador francês optou por não restringir o poder cognitivo do tribunal estadual nesta sede. Similarmente ao que sucedia no âmbito da anterior legislação portuguesa (Art.12.º da LAV) a redação atual do Art.1455.º do CPCF vem determinar que caso uma convenção de arbitragem seja manifestamente (“*manifestement*”) nula ou manifestamente inexecutável, o “*juge d’appui*” deverá declarar que não é necessário proceder a qualquer designação (“*declare n’y avoir lieu à désignation*”).

Em jeito de conclusão podemos afirmar que muito embora estejamos cientes da virtude da orientação legislativa francesa, que se posiciona para além de antigos paradigmas balizados numa suposta sobreposição na jurisdição estadual e arbitral, consideramos que perante a situação atual do sistema jurisdicional português, a limitação do poder cognitivo do tribunal estadual apresenta-se como uma opção verdadeiramente pragmática e dinamizadora do processo arbitral. No âmbito de um sistema judicial lotado, a adoção de uma solução similar à do atual Art.1455.º do CPCF, incontornavelmente representará prejuízos a nível da celeridade processual.

3. Determinação da competência do tribunal arbitral por parte do tribunal estadual.

a. Introdução à questão.

Ao longo da nossa exposição temos realçado o carácter mitigado da previsão que é feita ao princípio da “*competência-competência*” na generalidade dos sistemas jurídicos contemporâneos. É usualmente consagrada a sindicância perante o tribunal estadual da decisão do tribunal arbitral sobre a sua própria competência, variando apenas os termos em que a mesma se efetiva. No que se refere ao direito português, o texto da LAV estatuiu que o tribunal estadual poderia pronunciar-se sobre a questão da competência do tribunal arbitral no âmbito da impugnação da sua sentença²⁵, no âmbito do recurso da decisão²⁶ e no âmbito da oposição à execução²⁷. Com a reforma efetuada pela NLAV, mais propriamente pela introdução da possibilidade de execução coerciva

²⁵ Art.27.º, n.º1, al. b) da LAV.

²⁶ Art.29.º da LAV.

²⁷ Art.31.º da LAV.

de providências cautelares²⁸, bem como pela condensação da matéria do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no próprio texto da NLAV²⁹, prevêem-se circunstâncias adicionais nas quais se excepciona o efeito negativo do princípio da “*competência- competência*”. Embora seja o nosso propósito debruçar-nos sobre cada um destes aspetos, observando ainda as opções legislativas assumidas na reforma do CPCF, o limitado escopo do presente artigo obriga-nos a focar a nossa atenção na impugnação da decisão da competência, pela qual começaremos.

b. Da impugnação da decisão interlocutória sobre a competência.

De uma perspectiva de direito comparado, podemos observar que relativamente aos poderes cognitivos dos tribunais estaduais em sede de impugnação da competência dos tribunais arbitrais, os sistemas dividem-se essencialmente em dois tipos. Por um lado, existem aqueles em que se consagra o sistema de controlo concorrente³⁰ (*concurrent control*), permitindo que o tribunal estadual se pronuncie antes que o tribunal arbitral tenha proferido uma decisão sobre a matéria³¹. Por outro lado encontram-se os sistemas que protelam essa apreciação para um momento posterior ao da decisão por parte do tribunal arbitral. Na atualidade é patente que os sistemas que adotam o regime de controlo concorrente são, cada vez mais, uma exceção. Com efeito, a solução que colhe maior consensualidade – e que demonstra uma maior coerência com a tendência evolutiva do processo arbitral no sentido da sua autonomização –, é a que consagra a prioridade do tribunal arbitral na pronúncia sobre a questão da sua competência. Era precisamente este segundo entendimento que se encontrava estatuído nos termos do Art.21.º da LAV, pois a decisão pela qual o tribunal arbitral se declarasse competente só poderia ser apreciada pelo tribunal estadual após a produção de decisão final sobre o fundo da causa.

²⁸ Art.27.º da NLAV

²⁹ Art.55.º da NLAV.

³⁰ Nos ordenamentos jurídicos nos quais se adota o sistema do *concurrent control* e usual que se determinem procedimentos especiais tendentes à pronúncia do tribunal estadual sobre a questão da competência. Sem embargo, a doutrina evidencia uma tendência no sentido de excluir este tipo de procedimentos, ou então determiná-los meramente para circunstâncias excepcionais. Por exemplo, o n.º 2 do § 1032 do ZPO estabelece um meio processual especial para a apreciação da admissibilidade do processo arbitral.

³¹ Redfern, Hunter, op. cit. p. 256.

Por sua vez, e sem prejuízo do ora exposto, este segundo tipo de sistemas ainda se dividem em dois subtipos. Em primeiro lugar encontram-se os ordenamentos jurídicos que, à semelhança da LAV, procrastinam a pronúncia do tribunal estadual até ao momento em que se profira uma decisão final no processo arbitral. Por outro lado, existem ordenamentos jurídicos nos quais se prevê a possibilidade de que seja proferida uma decisão preliminar relativamente à questão da competência, podendo, esta última, ser objeto de impugnação perante tribunal estadual, sem que seja necessário que o tribunal arbitral profira uma decisão sobre o fundo da causa³². O debate sobre a virtude de cada um dos referidos subtipos, digladiava-se entre o ideal de manter o processo arbitral sem intervenção estadual e o efetivo benefício, em termos de segurança jurídica, que decorre do facto de existir uma decisão sobre a competência que é suscetível de impugnação nos primeiros momentos do processo arbitral.

Tal como se tornava patente pelo preceituado na LAV³³, esta enfileirava-se entre os sistemas jurídicos do primeiro dos subtipos suprarreferidos. Muito embora seja defensável a intenção legislativa de garantir uma maior autonomia ao processo arbitral, mediante a postergação da intervenção estadual a nível da impugnação, a *praxis* internacional demonstrou que a adoção da possibilidade de impugnar uma decisão preliminar – nas fases iniciais do processo arbitral – garante uma maior segurança às partes na efetiva utilidade da futura decisão arbitral, pelo menos, no que se refere a eventuais diligências de reconhecimento ou execução.

Consciente deste circunstancialismo, o legislador português logrou colmatar esta situação numa clara inspiração no regime contante na LM³⁴, que transpôs na produção dos três últimos números do Art.18.º da NLAV³⁵. Nesta medida, tal como é estatuído no referido artigo, passa a ser possível ao tribunal estadual conhecer da competência do

³² Como principal referência podemos indicar que no âmbito da LM encontra-se prevista a existência de decisões preliminares no âmbito da competência, estabelecendo-se um prazo de trinta dias para a sua impugnação. Uma vez proferida a decisão preliminar, as partes poderão proceder à impugnação da mesma perante os tribunais designados pelos Estados que acolham a LM. Podemos referir ainda o sistema jurídico suíço (Art.186.º, n.º 3 conjugado com o n.º 3 do Art.190.º do LDIP.) e o direito germânico (o segundo parágrafo do § 1040 do ZPO), sendo que ambos consagram a possibilidade de que o tribunal arbitral proceda a uma decisão preliminar quando confrontado com a impugnação da validade da convenção.

³³ Art.21.º n.º 4 da LAV.

³⁴ Art.16.º, n.º 3 da LM.

³⁵ Art.18.º, n.º 8, 9 e 10 da NLAV.

tribunal arbitral em dois momentos distintos, *id est*, no decurso do próprio processo arbitral ou em momento posterior à produção da sentença arbitral mediante o pedido de anulação, que analisaremos no título subsequente.

Fica claramente expresso pelo n.º 8 do Art.18.º da NLAV que o tribunal arbitral poderá decidir sobre a questão da sua competência tanto mediante uma decisão interlocutória, como no âmbito da sentença sobre o fundo da causa. No que se refere à decisão interlocutória, esta poderá ser impugnada com base em dois fundamentos que se encontram tipificados para efeito do pedido de anulação da sentença arbitral, aplicáveis à decisão interlocutória em virtude da remissão do n.º 9 do Art.18.º da NLAV. O primeiro dos referidos fundamentos de impugnação encontra-se previsto na subalínea *i*) da alínea a) do n.º 3 do Art.46.º da NLAV. Transpondo o referido fundamento ao âmbito da impugnação da decisão interlocutória, a mesma poderá ser impugnada com fundamento na incapacidade de uma das partes para a celebração da convenção ou com fundamento na invalidade da convenção à luz da lei à qual as partes determinaram o processo arbitral, ou, na falta de tal referência, pela sua contrariedade com o próprio texto da NLAV.

O segundo fundamento remetido pelo n.º 9 do Art.18.º da NLAV encontra-se previsto na subalínea *iii*) da alínea a) do n.º 3 do Art.46.º da NLAV. Em virtude da referida remissão, a decisão interlocutória poderá ainda ser impugnada com fundamento no extravasamento das competências conferidas pela convenção de arbitragem. Em virtude de se encontrar tipificada como fundamento para a anulação da sentença arbitral, o que concretamente se encontra estatuído neste artigo, é a anulabilidade da sentença arbitral em decorrência da sua pronúncia sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou em virtude de esta conter decisões que ultrapassem o âmbito da convenção. Contudo, esta redação encontra-se em estrita consonância com a fase processual a que se refere o pedido de anulação, ou seja, a um momento posterior ao proferimento da sentença arbitral. Neste sentido, consideramos que para possibilitar a transposição deste fundamento ao contexto da decisão interlocutória – ou seja, a um momento em que o tribunal arbitral ainda não se pronunciou sobre o litígio –, esta disposição deve ser interpretada no sentido de que decisão interlocutória poderá ser impugnada caso, na mesma, o tribunal arbitral se considere competente para decidir

sobre um litígio que não se encontra abrangido pela convenção de arbitragem ou que ultrapasse o âmbito da mesma.

Parafraseando a última parte do Art.16.º, n.º 3 da LM, o n.º 10 do Art.18.º da NLAV estatui que a pendência da impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral não implicará a suspensão do processo arbitral. Nestes termos, o processo arbitral poderá prosseguir a sua lide e eventualmente proferir a sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo da impugnação da decisão preliminar sobre a competência.

Na eventualidade de o tribunal estadual vir a dar provimento à impugnação da decisão interlocutória, a primeira parte do n.º 3 do Art.5.º da NLAV determina expressamente que o processo arbitral deverá cessar caso o tribunal estadual venha a considerar, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido.

c. Da impugnação da sentença arbitral com fundamento na incompetência do tribunal arbitral.

Tal como referimos *supra*, conforme previsto na NLAV, o tribunal estadual poderá ser chamado a decidir sobre a questão da competência do tribunal arbitral após a produção da sentença arbitral. Primeiramente, devemos ter em conta que o n.º 1 do seu Art.46.º a NLAV é claro em determinar que, salvo a possibilidade de recurso, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação. Neste sentido, torna-se claro que o pedido de anulação é consagrado como o meio por excelência de impugnação da sentença, reforçando-se a orientação da NLAV face à possibilidade de recurso.

Em contraste com o regime consagrado na LAV³⁶, em relação à arbitragem nacional, a NLAV adota uma solução que converte a possibilidade da existência de recurso da sentença arbitral numa verdadeira exceção. O n.º 4 do Art.39.º da NLAV vem estender à arbitragem nacional o entendimento que no âmbito da LAV³⁷ era limitado à arbitragem internacional. Nos termos do atual regime, só existirá

³⁶ Art.29.º, n.º 1 da LAV.

³⁷ Art. 34.º da LAV.

possibilidade de recurso – tanto no âmbito da arbitragem nacional como internacional –, caso as partes expressamente prevejam tal possibilidade na convenção de arbitragem e a causa não tenha sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável. Por sinal, esta mesma orientação é traduzida na reforma do CPCF. Na medida do previsto no Art.1489.º do CPCF, apenas existirá recurso caso assim seja previsto, porém, no âmbito da arbitragem internacional o único meio de processual disponível será a ação de anulação³⁸.

Nos termos do exposto, no âmbito do direito português, não se verificando a previsão da possibilidade de recurso, o pedido de anulação será o único meio de impugnação da sentença arbitral com base na incompetência do tribunal. Conforme referido *supra*, o n.º 3 do Art.46.º da NLAV elenca os fundamentos do pedido de anulação de sentença arbitral, entre os quais se encontra a incompetência do tribunal que a proferiu. Cingindo-nos à questão da competência, partilhando os seus fundamentos com a impugnação de decisão interlocutória, nos termos explicados no número anterior, a anulação da sentença poderá ser requerida com fundamento na incapacidade das partes³⁹, na invalidade da convenção de arbitragem⁴⁰ ou com fundamento no extravasamento por parte do tribunal arbitral das competências que lhe eram atribuídas pela convenção de arbitragem⁴¹.

No âmbito do direito francês, numa formulação mais simples, a nova redação do Art.1491.º do CPCF vem determinar a possibilidade de interpor uma ação de anulação da sentença arbitral com fundamento na indevida assunção ou negação de competência por parte do tribunal arbitral.

Contrariamente ao que se verifica em certos sistemas jurídicos⁴², nos quais se possibilita a derrogação do direito à impugnação da sentença com fundamento na incompetência do tribunal arbitral, a NLAV prosseguiu a orientação consagrada na LAV⁴³. Na segunda parte do n.º 5 do seu Art.46.º, a NLAV vem determinar

³⁸ Art.1518.º do CPCF

³⁹ Primeira parte da subalínea i) da alínea a) do número 3 do Art.46.º da NLAV.

⁴⁰ Segunda parte da subalínea i) da alínea a) do número 3 do Art.46.º da NLAV.

⁴¹ Subalínea iii) da alínea a) do número 3 do Art.46.º da NLAV.

⁴² Como seja o caso da Lei suíça de Direito Internacional Privado (Doravante referenciada pela abreviação LDIP).

⁴³ Art.28.º, n.º1 da LAV.

expressamente que o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável. Pelo que, nos termos do n.º 6 do artigo suprarreferido, a parte que pretenda requerer a anulação o deverá realizar 60 dias após a data em que recebeu a notificação da sentença, da respetiva retificação ou do esclarecimento solicitado nos termos do Art.45.º da NLAV.

Sem prejuízo de tudo o *supra* exposto, devemos observar que apesar da NLAV expressamente impossibilitar a derrogação do direito à anulação da sentença, a mesma vem elencar circunstâncias suscetíveis de acarrear a sua preclusão⁴⁴. Segundo o exposto no n.º 4 do Art.46.º, uma parte que tenha consciência do desrespeito de uma norma derogável, nos termos da lei, ou a inobservância de qualquer condicionante da convenção de arbitragem, sem que disso deduza impugnação, ficará impedida de requerer anulação da sentença com fundamentos nesses factos. Na sua redação atual, o CPCF vem determinar uma solução análoga, estabelecendo que uma parte que não alegue uma determinada irregularidade em tempo útil (“*temps utile*”) ficará prejudicada na possibilidade arguir a mesma em sede de anulação da sentença⁴⁵.

Na nossa perspetiva, particularmente no que se refere ao objeto do nosso estudo, este aspeto é unguído de uma particular importância no âmbito da NLAV. Tal como refere o citado artigo, sabendo uma parte que não foi respeitada “*uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem*” – como seja, nomeadamente, uma questão de competência –, sem ter deduzido oposição de imediato ou no prazo consagrado para tal, “*considera-se que renunciou ao direito de impugnar, com tal fundamento*”. Ora, tal como se sabe, contrariamente ao que sucedia no âmbito da LAV, a NLAV consagrou a possibilidade de impugnar a decisão interlocutória sobre a competência com base nos mesmos fundamentos previstos para ao pedido de anulação⁴⁶, determinando-se, para tal, um prazo de 30 dias após a notificação das partes. Seguindo estes vetores de raciocínio, somos impelidos a interpretar o n.º 4 do Art.46.º da NLAV no sentido de que, na eventualidade de existir uma decisão interlocutória sobre a competência e tendo esta não sido impugnada nos termos do número 9 do Art.18.º da NLAV, deverá considerar-se que essa parte renunciou ao direito de requerer

⁴⁴ Primeira parte do n.º 5 do Art.46.º da NLAV.

⁴⁵ Art.1466.º do CPCF.

⁴⁶ Subalíneas *i*) e *iii*) da alínea a) do número 3 do Art.46.º da NLAV

a anulação da sentença arbitral com os fundamentos previstos subalíneas *i*) e *iii*) da alínea a) do n.º 3 do Art.46.º da NLAV relativamente a factos verificados ou conhecidos em momento prévio ao do proferimento da decisão interlocutória sobre a competência.

No que se refere propriamente à questão da possibilidade de derrogação do pedido de anulação, consideramos que o direito francês, na sua reforma do CPCF deu um passo significativo no favorecimento do regime da arbitragem internacional. Com efeito, nos termos do seu Art.1522.º, aplicável igualmente à arbitragem internacional, se as partes expressamente (*expressément*) assim o estabelecerem, mediante acordo específico⁴⁷ (“*par convention spéciale*”), estas poderão, a qualquer momento, renunciar ao direito de requerer a ação de anulação. Embora esta solução se assemelhe às consagradas no direito belga ou suíço, diverge pelo relevante facto de que esta não levanta qualquer condicionalismo à qualidade das partes para efeito desta previsão⁴⁸.

Aparte do processamento da ação de anulação, a nova redação do CPCF igualmente consagrou relevantes inovações a nível dos seus efeitos. Nos termos do Art.1526.º, o requerimento de anulação de sentença arbitral ou a oposição ao reconhecimento de sentença estrangeira, não implicarão a suspensão da execução da mesma. Nestes termos, ao contrário do que sucedia à luz do direito anterior, as sentenças arbitrais produzidas em França serão desde logo vigentes, sem prejuízo de qualquer ação de anulação. Contudo, ainda nos termos do artigo referido, o presidente do *Court d’appel* poderá suspender o processo se considerar que a execução da sentença é suscetível de lesar gravemente os direitos de uma das partes (“*est susceptible de léser gravement les droits de l’une des parties*”).

Para concluir devemos ainda referir os efeitos da anulação da sentença arbitral no âmbito do direito português. Na eventualidade do pedido de anulação obter deferimento mediante decisão transitada em julgado, a sentença arbitral proferida deixará de produzir efeitos⁴⁹. Contudo, existe uma exceção a tal circunstancialismo

⁴⁷ Tal como refere a doutrina francesa, a estatuição do Art.1522.º implica necessariamente uma renúncia específica, não bastando uma renúncia geral à impugnação. Como referência, a doutrina salienta que nos termos da atual redação, o Art.26.6 do Regulamento da CCI, no qual se determina a renúncia das partes a qualquer tipo de recurso, poderá não ser suficiente para satisfazer os requisitos do artigo Art.1522.º.

⁴⁸ GAILLARD, Emmanuel. *France adopts new law on arbitration*. New York Law Journal. Vol. 245. n.º.15. ALM publication, 2011.

⁴⁹ Segunda parte do número 3 do Art.5.º da NLAV.

prevista no texto do n.º 8 do Art.46.º da NLAV. Com uma clara preocupação de ordem de economia processual, a NLAV vem consagrar que, caso uma das partes assim o solicite e o tribunal o considere adequado, este poderá suspender o processo de anulação com o objetivo de permitir ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o seu processo ou de tomar qualquer outra medida pertinente com o fim de eliminar os fundamentos da anulação.

Perante tal redação, e observando a relevância pragmática da solução ora consagrada, somos levados a ponderar a possibilidade de uma aplicação análoga desta solução ao caso da decisão interlocutória proferida nos termos do n.º 9 do Art.18 da NLAV. Observando as exigências de celeridade e economia processual que se encontram na *ratio* da previsão do n.º 8 do Art.46.º da NLAV, seria válido argumentar que, para obviar a consequência prevista na primeira parte do n.º 3 do Art.5.º da NLAV – entenda-se, a cessação do processo arbitral –, uma das partes pudesse requerer ao tribunal estadual que suspendesse o conhecimento da impugnação da decisão interlocutória, permitindo a possibilidade de suprir a incompetência do tribunal arbitral.

d. Da oposição à execução da sentença arbitral com fundamento na incompetência do tribunal arbitral.

Similarmente ao que sucedida no âmbito da LAV⁵⁰, o tribunal estadual poderá igualmente apreciar a questão da competência do tribunal arbitral em sede de oposição à execução da sentença arbitral. Seguindo ainda a técnica legislativa da LAV, o novo regime apresenta os fundamentos da oposição à execução por remissão aos fundamentos elencados para o pedido de anulação de sentença⁵¹, que, como vimos, enquadra a incompetência do tribunal que proferiu a sentença que se pretende executar. Não podemos deixar realçar que subjacente a esta similitude formal encontra-se uma clivagem essencial entre ambos os regimes. No regime da NLAV o legislador limita a possibilidade de oposição à execução de uma sentença arbitral por uma dualidade de condicionalismos. Em primeiro lugar, a última parte do n.º 1 do Art.48.º vem impossibilitar que se invoque algum dos fundamentos do pedido de anulação caso um tal pedido tenha já sido rejeitado, por sentença transitada em julgado, com base nos

⁵⁰ Art.31.º da LAV.

⁵¹ Art.48, n.º 1 da NLAV.

mesmos fundamentos. Nesta medida, o efeito de caso julgado material da sentença que indefira o pedido de anulação com base em determinado fundamento, obstará à oposição à execução da mesma sentença com base no mesmo fundamento. Em segundo lugar, e em contraste com a opção legislativa traduzida na LAV⁵², nos termos do n.º 2 do Art.48.º da NLAV, o executado não poderá invocar nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do n.º 3 do Art.46.º – entre os quais se encontra a incompetência do tribunal arbitral – caso já tenha decorrido o prazo fixado para apresentação do pedido de anulação da sentença. Em conclusão, e no sentido que importa para o presente estudo, a parte que não deduza pedido de anulação de sentença com base na incompetência do tribunal no prazo de 60 dias (conforme concedido no n.º 6 do Art.46.º da NLAV) ver-se-á impedida de invocar essa mesma incompetência para efeitos de oposição à execução.

O sistema francês apresenta uma solução ligeiramente diferente, muito embora o processo de execução de sentença decorra igualmente no âmbito de um tribunal estadual, o seu processo não se enforma numa estrutura contraditória (*“la procédure relative à la demande d’exequatur n’est pas contradictoire”*)⁵³. Conforme previsto no Art.1488.º do CPCF, a execução será denegada caso a sentença seja manifestamente contrária à ordem pública.

e. Da oposição ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras com fundamento na incompetência do tribunal arbitral.

Sem prejuízo do que é preceituado na CNI, a parte que pretenda valer-se da eficácia de uma sentença arbitral estrangeira em Portugal deverá proceder ao reconhecimento da mesma⁵⁴. No âmbito do processo de reconhecimento estabelecido na NLAV, mais propriamente em sede de oposição⁵⁵, o tribunal estadual poderá pronunciar-se sobre a competência do tribunal arbitral com base no estipulado nas subalíneas *i)* e *iii)* da alínea a) do n.º 1 do seu Art.56.º. Numa formulação similar ao

⁵² No âmbito do Art.31.º da LAV permitia-se que se invocassem os fundamentos da ação de anulação para efeitos de oposição à execução, muito embora o prazo para intentar a ação de anulação já tivesse decorrido.

⁵³ Art. 1487.º do CPCF.

⁵⁴ Arts.55.º e 57.º da NLAV.

⁵⁵ Art.57.º, n.º 2 da NLAV.

elenco de fundamentos estabelecido para efeitos do pedido de anulação⁵⁶, e no que se refere à questão específica da competência do tribunal arbitral, a NLAV determina que o tribunal estadual poderá recusar o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira se, a pedido de uma parte, for provado que alguma destas estava afetada por incapacidade ou que a convenção é inválida (nos termos da lei escolhida pelas partes ou nos termos da própria NLAV, caso não tenha existido determinação pelas partes), ou então, caso se considere provado que a sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção ou que a mesma decidiu sobre aspetos que extravasam o seu âmbito.

Comparativamente, nos termos do Art.1514.º do CPCF, a lei francesa condiciona o reconhecimento da sentença à prova da sua existência e conformidade com a ordem pública. No que se refere à execução de sentenças estrangeiras, à semelhança do regime previsto para a execução de sentenças arbitrais nacionais, o processo organiza-se em vetores não contraditórios⁵⁷, sendo, porém, possível o recurso da decisão que garanta força executiva à sentença arbitral com base nos mesmos fundamentos da ação de anulação. O facto de as partes terem eventualmente renunciado à ação de anulação não obsta tal recurso⁵⁸. No que se refere aos efeitos da oposição ao reconhecimento ou à execução da sentença estrangeira, é aplicável o mesmo regime que o da impugnação de sentença nacional, na medida que não implicarão a suspensão da execução da sentença, salvo se o presidente do *Court d'Appel* determinar a suspensão para proteção dos direitos das partes⁵⁹.

f. Da oposição ao reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares decretadas por um tribunal arbitral.

A inovação legislativa corporizada na possibilidade de decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral veio consagrar mais um desvio ao efeito negativo do princípio da “*competência-competência*”. Conforme previsto no Art.27.º do NLAV, as referidas providências cautelares são obrigatórias *inter partes*, e salvo estipulação em contrário do tribunal arbitral, estas poderão ser coercivamente

⁵⁶ Art.46.º, n.º 3 da NLAV.

⁵⁷ Art.1516.º do CPCF.

⁵⁸ Segundo parágrafo do Art.1522 do CPCF.

⁵⁹ Art. 1526.º do CPCF.

executadas mediante pedido dirigido ao tribunal estadual de primeira instância ou tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local de arbitragem⁶⁰. Contudo, em decorrência do que se prevê no Art.28.º da NLAV, o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar poderão ser recusados em virtude de oposição apresentada pela contraparte em juízo. No que se refere aos fundamentos de tal oposição, por efeito da expressa remissão legal efetuada pela subalínea i) do n.º 1 do Art.28.º da NLAV, estes são idênticos aos consagrados para efeitos de oposição ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme explicitadas *supra* e para onde remetemos a fim de evitar o pleonasma. Não obstante, devemos salientar que em nenhum dos casos presentemente em análise existirá conhecimento oficioso da questão da competência. Tais fundamentos deverão ser expressamente invocados pela parte contra a qual a providência ou sentença foi invocada, nos termos do Art.28.º, número 1, al. a) e Art.56.º, número 1, al. a) da NLAV.

III. CONCLUSÃO

Numa perspetiva generalista e de direito comparado, poderíamos dizer que embora exista uma notória heterogeneidade na regulação da competência do tribunal arbitral, a generalidade dos sistemas jurídicos consagra a vertente positiva do princípio. Neste sentido, consideramos que a verdadeira clivagem entre os vários ordenamentos jurídicos, demarcando os que verdadeiramente consagram uma orientação *favor arbitrandum*, encontra-se no entendimento que um determinado sistema faça do efeito negativo do princípio da “*competência-competência*”. Muito embora ainda sejam numerosos os sistemas que, ao deixarem de prever o efeito negativo, não atribuem qualquer prioridade ao conhecimento da validade da convenção de arbitragem, é hoje uma realidade incontornável que a multiplicação das relações comerciais tem forçado a abertura de horizontes estaduais para critérios internacionais. Em diversos casos, como seja, nomeadamente, o que se sucedeu na República Popular da China⁶¹, a verificação de uma doutrina tradicionalmente sustentada em princípios adversos à arbitragem, não

⁶⁰ Art. 59.º, n.º 4 e 5 da NLAV.

⁶¹ GU Weixia, *Judicial Review over Arbitration in China: Assessing the Extent of Latest Pro-Arbitration Move by the Supreme People’s Court in the People’s Republic of China*. Wisconsin International Law Journal. Vol. 27, n.º 2 (2009), no mesmo sentido, KUN, Fan, *Arbitration in China: Practice, Legal Obstacles and Reforms*, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin* – Vol. 19/ No. 2 – 2008.

impediu a abertura de antigos cânones para possibilitar uma primeira aproximação às práticas internacionais.

Sem prejuízo do que acabamos de expor, consideramos que mais do que as reformas de sistemas adversos à arbitragem, é a constante evolução de ordenamentos jurídicos que já consagravam sistemas favoráveis à arbitragem que verdadeiramente expressa a tendência evolutiva do processo arbitral em geral e da competência do tribunal arbitral em particular. É precisamente este fenómeno que se verificou no âmbito do direito português e francês. Não obstante as soluções já consagradas, existe na doutrina e na jurisprudência uma pulsante tendência evolutiva no sentido de autonomização e desenvolvimento da autoridade do tribunal arbitral.

Da observação das várias soluções consagradas nos sistemas jurídicos analisados, podemos observar que a autonomização do processo arbitral mediante a retração da intervenção estadual tem inerente a digladição entre a tutela estadual das partes perante a verificação da incompetência do tribunal arbitral e a tutela da autonomia das partes que recorrem lidimamente à arbitragem⁶². Sob o nosso ponto de vista, o entendimento que cada sistema consagre em relação à competência do tribunal arbitral decorre do equilíbrio resultante do referido conflito. O que não deixa de ser relevante, é que mesmo entre sistemas que partilham as mesmas orientações e referências na sua génese, como sejam o sistema francês e o português, as soluções consagradas revelam equilíbrios distintos entre o nível de autonomia e intervenção, muito embora ambos atinjam formas racionais de otimização do processo arbitral.

O que fica expresso torna-se patente, nomeadamente, em sede de designação de árbitros. Por um lado, o direito português procurou reforçar o processo arbitral pela

⁶² Ao se consagrar um sistema apologista da autonomia do tribunal arbitral, muito embora o intuito seja naturalmente o de potencializar e autonomizar a arbitragem, o mesmo poderá redundar no efeito inverso. Se o tribunal estadual se vir impedido de conhecer da matéria da competência nos primeiros momentos do processo arbitral, este último só o fará em momento posterior à produção da sentença arbitral. Desta forma, uma vez decorrido o processo arbitral, com as consequentes implicações temporais e económicas, as partes do processo poderão deparar-se com a futilidade da lide corrida, pois os tribunais estaduais podem eventualmente vir a considerar que o mesmo não se encontrava munido da competência necessária para tal decisão, impossibilitando o seu reconhecimento ou execução. Assim, apesar de que o intuito possa ser o de promover o processo arbitral, a consagração do efeito negativo poderá limitar a própria utilidade do processo. Inversamente, a carência de consagração do efeito negativo, embora possa obstar à futilidade posterior da sentença arbitral, implicaria os efeitos nefastos da intervenção judicial no âmbito do processo arbitral.

retração da competência do tribunal estadual para a avaliação da validade da convenção de arbitragem no momento de designação de árbitros. O direito francês, por outro lado, optou por uma outra via. Muito embora tenha procurado fortalecer a autoridade do processo arbitral, o legislador francês procurou igualmente não isolar o árbitro. Pela introdução do conceito de “*juge d’appui*”, o papel de subordinação do tribunal estadual ao processo arbitral fica expresso na lei, sem prejuízo do facto de que lhe seja reconhecida alguma competência a nível de controlo. Não obstante o contraste entre as orientações consagradas, ambos os regimes harmonizam-se com as exigências da *praxis* a nível internacional.

Foi este ímpeto de modernização e flexibilização que levou à conversão dos sistemas anteriormente consagrados no que se refere à impugnação da competência do tribunal arbitral. Expressão desta realidade são as relevantes limitações estatuídas para a impugnação da competência, tanto em sede de ação de anulação, como no âmbito da oposição à execução⁶³.

Perante a tendência demonstrada pelas opções legislativas da NLAV, e em virtude de uma mera exigência de coerência com os termos da sua redação atual, consideramos autorizados a entender que, satisfeitas determinadas condições, e no estrito âmbito da arbitragem nacional, a impugnação da competência perante o tribunal estadual poderá ser totalmente precludida. Fundamentando-nos na interpretação análoga do n.º 4 do Art.46.º da NLAV, sugerida no ponto II.3.c. da presente exposição, caso tenha sido proferida uma decisão interlocutória sobre a competência do tribunal arbitral, não tendo a mesma sido impugnada pela parte, a aplicação análoga do n.º 4 do Art.46.º da NLAV ao regime da decisão interlocutória, impossibilitará que essa mesma parte requeira a anulação da sentença com fundamento nessa incompetência (verificada ou conhecida em momento prévio ao da decisão interlocutória). Consideramos que, não o podendo invocar para efeitos de pedido de anulação, em virtude do estatuído no n.º 2 do Art.48.º da NLAV, a parte não poderá invocar essa mesma incompetência para efeitos de oposição à execução. Em tais circunstâncias, consideramos que o regime atual permite

⁶³ A título de exemplo refira-se que, no âmbito da LAV, a parte que não impugnasse a competência em sede de ação de anulação, poderia, ainda assim, opor-se à execução com fundamento na incompetência do tribunal. Hoje a situação é totalmente distinta, na medida em que a parte que não deduza pedido de anulação de sentença com base na incompetência do tribunal no prazo de 60 dias (conforme concedido no n.º 6 do Art.46.º da NLAV) ver-se-á impedida de invocar essa mesma incompetência para efeitos de oposição à execução.

uma preclusão plena da possibilidade de impugnação da sentença arbitral nacional com fundamento na incompetência do tribunal.

Contudo, consideramos que o legislador português poderia ter ido mais além. Tal como já defendemos noutra sede⁶⁴, no âmbito de uma jurisdição fundamentada na autonomia das partes e na patrimonialidade das questões, fomos inclinados a considerar que teoricamente o legislador português encontrar-se-ia legitimado a consagrar a possibilidade de derrogação de ação de anulação por vontade das partes, tal como sucede em vários sistemas jurídicos europeus⁶⁵. Não obstante, inversamente ao consagrado na reforma do CPCF, não foi essa a orientação seguida na reforma da LAV. Entendemos que uma tal estatuição não apenas reforçaria a flexibilidade do processo, como também expressaria que no âmbito da arbitragem internacional é mais relevante o local do cumprimento da sentença do que o local da arbitragem⁶⁶.

Os anos transcorridos desde a entrada em vigor da LAV demonstraram que a arbitragem se contextualiza num ambiente dinâmico e internacional, pautado por uma constante mutação que extravasa o próprio texto da lei, que se desenvolve pelo impulso das exigências dos operadores internacionais e que se consagra nas decisões jurisprudenciais. Portanto, às legislações nacionais e aos centros internacionais de arbitragem cabe a adoção de soluções e regimes que apresentem respostas efetivas e pragmáticas aos operadores internacionais, pois apenas assim será possível caracterizar o processo arbitral como uma verdadeira alternativa e não um mero meio subsidiário de resolução de litígios. Muito embora seja nossa consideração que o legislador português poderia ter ido mais além, é inquestionável que a NLAV levou o regime português a um

⁶⁴ TORBAY, Augusto Cesar. *A competência do tribunal arbitral: a sua determinação e fundamento no âmbito da arbitragem nacional e transnacional*. Tese de Mestrado em Direito Forense. Faculdade de direito – Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010. No mesmo sentido, ROZAS, José Carlos Fernández. *Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia in Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005.

⁶⁵ A alínea b) do n.º 2 do Art.190.º do LDIP consagra que a anulabilidade da sentença. Não obstante, nos termos do Art.192.º, quando as partes não tenham domicílio, residência habitual ou estabelecimento comercial no território suíço, estas poderão derrogar a possibilidade de impugnação da sentença arbitral com base na sua incompetência, ou em qualquer outro dos fundamentos previstos. Uma consagração semelhante à prevista no regime belga. O Art.1697.º do CJB prevê que o tribunal judicial poderá pronunciar-se sobre a competência do tribunal arbitral, porém, o seu Art.1717.º, consagra a possibilidade da exclusão da ação de anulação, porém, esta possibilidade só é prevista em termos absolutos.

⁶⁶ GAILLARD, Emmanuel. *France adopts new law on arbitration*. New York Law Journal. Vol. 245. n.º. 15. ALM publication, 2011.

patamar de modernidade e flexibilidade que o aproxima das mais modernas legislações arbitrais e o coloca a par das mais recentes práticas arbitrais internacionais.