

Processo: 2207/09.6TBSTB.E1.S1  
Nº Convencional: 2ª SECCÃO  
Relator: ÁLVARO RODRIGUES  
Descritores: CONVENÇÃO ARBITRAL  
COMPROMISSO ARBITRAL  
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA  
TRIBUNAL ARBITRAL  
COMPETÊNCIA

Nº do Documento: SJ  
Data do Acórdão: 01/20/2011  
Votação: UNANIMIDADE  
Texto Integral: S  
Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA  
Decisão: CONCEDIDA

Sumário :

I-A convenção de arbitragem desdobra-se em duas modalidades:

- a) compromisso arbitral – quando concerne a um litígio actual, portanto, já existente.
- b) cláusula compromissória – quando se refere a litígios eventuais, portanto potenciais ou futuros.

II- Por outro lado, como tem vindo a ser uniformemente entendido, tanto pela Jurisprudência como pela Doutrina, a competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser **exclusiva** ou **concorrente** com a do tribunal legalmente competente [ por todos, o Acórdão deste Supremo Tribunal de 04-05-2005, acima identificado e, no plano dogmático, Prof. Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, 1994, pg. 102).

III - É importante ter presente que os tribunais arbitrais, embora não sejam órgãos de soberania como os tribunais estaduais, não deixam de ser entidades jurisdicionais a quem cabe definir o direito nas situações concretas que lhes são submetidas.

IV- Vigora, entre nós, o princípio lógico e jurídico da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência, designado em idioma germânico por *Kompetenz-kompetenz* e que, na sua acepção negativa, impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua própria competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral. Com efeito, o artº 21º nº 1 da Lei de Arbitragem Voluntária consagra *expressis verbis* que «o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela insira, ou a aplicabilidade da referida convenção».

V- Apenas nos casos em for manifesta a nulidade, a ineficácia ou a inaplicabilidade da convenção de arbitragem, o juiz pode declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a excepção.

Decisão Texto Integral:

Acordam no **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**:

### **RELATÓRIO**

**AA, S.A.**, com sede no Parque ....., em Quinta da.....  
– Quinta do Anjo - Palmela, instaurou a presente acção, com processo ordinário, na Comarca de Setúbal, contra **BB, LD<sup>a</sup>**, com sede na Quinta ..... – Quinta ..... – Palmela, alegando:

Que no dia 30 de Outubro de 2001, celebrou um contrato de prestação de serviços com a Ré.

Que no âmbito de tal contrato e por corresponderem a serviços prestados, emitiu três facturas com um montante global de 1.186.489,16 €, que enviou à Ré.

Esta, embora as recebesse, não as liquidou na data aprezada – 17 de Fevereiro de 2009.

Contactada a fim de esclarecer o sucedido, a Ré justificou a falta de pagamento com a existência de erros na facturação, o que não se verifica.

Termina, concluindo que a Ré deve ser condenada a pagar-lhe tal quantia, acrescida de juros vencidos e vincendos.

Citada, contestou a Ré, por excepção, alegando:

Por força do contrato celebrado entre a Autora e a Ré, nas questões surgidas sobre a interpretação, execução e/ou incumprimento do mesmo, as partes deveriam diligenciar pela resolução equitativa e amigável do diferendo e, caso tal resolução não fosse alcançada no prazo de 30 dias, submeter o litígio a um Tribunal Arbitral, cuja constituição e modo de funcionamento, foi desde logo regulado. Ora, no presente caso, a Autora não só não diligenciou por uma prévia solução amigável do litígio, como violou o compromisso arbitral.

Invocando o artigo 493º e 494º, do Código de Processo Civil, conclui pela sua absolvição da instância.

Replicou a Autora, alegando que enviou uma carta à Ré, no dia 10 de Março de 2009, tentando resolver o litígio amigavelmente, à qual a Autora não respondeu.

Perante a situação e a ausência de qualquer outra iniciativa, a Autora viu-se forçada a instaurar a presente acção, tanto mais que o contrato diz que as partes podem recorrer a Tribunal Arbitral.

não impondo tal obrigação.

Termina, concluindo pela improcedência da excepção.

A fls. 476 – 480, o Exmº Juiz tomou posição quanto à invocada excepção, julgando-a procedente e absolveu a Ré da instância. Não concordou a Autora com tal decisão, tendo interposto o respectivo recurso de Apelação para o Tribunal da Relação de Évora que julgou o recurso procedente e, em conformidade, revogou a decisão recorrida e declarou a competência da Vara Mista do Tribunal da Comarca de Setúbal para a tramitação do presente processo.

Inconformada, a Ré veio interpor recurso de Revista para este Supremo Tribunal de Justiça, rematando as suas alegações, com as seguintes:

### CONCLUSÕES

1. O objecto do recurso cinge-se à interpretação do parágrafo 8.<sup>a</sup> da Cláusula XXIII do Contrato, importando saber se a cláusula compromissória aí estabelecida tem carácter vinculativo ou se os litígios emergentes do Contrato podem, em alternativa, ser dirimidos junto dos tribunais comuns,
2. A expressão "podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem" (*may*, na versão inglesa) contida no parágrafo 8.2 da referida cláusula deve, desde logo, ser lida no contexto contratual em que a mesma se insere e, em particular, em articulação com parágrafo 8.1.
3. Tal expressão significa unicamente que o recurso à arbitragem está dependente de duas circunstâncias: (i) a tentativa prévia das Partes em encontrar uma solução justa e adequada através de um acordo amigável, e (ii) o insucesso desse processo de negociação.
4. Por outro lado, a previsão de um período de negociação prévia á arbitragem com vista à resolução amigável do litígio resulta dos usos do comércio e da prática negocial em contratos com particular complexidade técnica, como sucede in casu,
5. Este tipo de cláusula é usual e o seu sentido é claro: a cláusula arbitral é obrigatória mas o litígio só pode ser instaurado depois de uma fase de negociação pré-contenciosa.
6. A dependência da eficácia da cláusula arbitral de um segundo acordo das partes esvaziaria a convenção de arbitragem de qualquer utilidade, desde logo porque às partes é permitido em qualquer estado da causa acordar em que a decisão seja cometida a tribunal arbitral, celebrando compromisso arbitral nos termos do n.

º2 do artigo 1º da Lei de Arbitragem Voluntária e do artigo 290.º do CPC.

7. A atribuição de competência concorrente aos tribunais judiciais e ao tribunal arbitral, para além de desprovida de qualquer conteúdo útil, seria, pelo contrário, fonte de incertezas e de potenciais conflitos que as partes não poderiam racionalmente desejar.

8. Mais acresce que a obrigatoriedade da convenção da arbitragem estabelecida no parágrafo 8.1 da Cláusula XXIII do Contrato resulta patente da circunstância de o processo arbitral se encontrar pormenorizada e exaustivamente regulado ao longo dos 12 parágrafos da citada cláusula.

9. Neste sentido é particularmente impressionante o n.º 12 da Cláusula em causa quando dispõe que as partes podem (aí e só aí) recorrer e eleger o foro que tenham por mais conveniente para instaurar procedimentos cautelares - porque, como é sabido, os tribunais arbitrais de constituição ad hoc não têm condições para decretar providências cautelares - e para executar a decisão arbitral - porque os tribunais arbitrais não têm meios nem poder para o efeito.

10. Acresce que, de acordo com o princípio lógico e jurídico da competência (*Kompetenz-kompetenz*), as matérias de interpretação da cláusula compromissória e competência do tribunal arbitral estão excluídas do âmbito de apreciação antecipada pelo tribunal judicial (neste sentido vide Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.05.2004, proc, n.º 3094/2004-7; de 10.02.2009, proc. n.º 3859/2008-7; e de 05.06.2007, proc, n.º 1380/2007-1).

11. Donde resulta que, quer a interpretação do parágrafo 8.2 da Cláusula XXIII do Contrato no sentido de saber se o recurso à arbitragem é obrigatório ou facultativo e se a sua eficácia se encontra dependente da celebração de compromisso arbitral posterior, quer a alegada nulidade da referida Cláusula por violação da Convenção devem ser apreciadas em primeira linha em sede de arbitragem, reservando-se aos tribunais comuns uma função de controlo da sentença arbitral que vier a ser proferida,

12. De todo o modo, ainda que se admitisse ao Tribunal a quo pronunciar-se sobre a validade da convenção de arbitragem, sempre se concluiria que o parágrafo 8 da Cláusula XXIII em nada contraria as regras da Convenção.

13. Por outro lado, o que está em causa neste processo é um contrato de prestação de serviços complexo, inominado e atípico, que, entre outros, inclui a prestação de serviços de transporte de

mercadorias.

14. Contrariamente ao entendimento do Tribunal a quo, não se está perante um mero contrato de prestação de serviços de transporte que inclui pontuais "condições meramente logísticas".

15. Na interpretação e execução deste contrato devem verificar-se não só as regras previstas na Convenção, nas matérias que forem reguladas por tal convenção, como também as demais normas do nosso ordenamento jurídico que regem a interpretação dos direitos e deveres das partes contratualmente estabelecidos.

16. Assim, estando em causa, no caso em apreço, a verificação das fórmulas de cálculo do preço dos serviços prestados no âmbito da logística e transporte de mercadorias, a eventual aplicação da Convenção em nada afectaria a solução das questões que se colocam, visto que tal convenção é omissa sobre o objecto do contrato, em particular, no que respeita à aplicação das fórmulas subjacentes à fixação do preço e obrigações conexas livremente assumidas entre as partes.

Foram apresentadas contra-alegações, pugnando a Autora pela manutenção do decidido, rematando as suas doughtas contra-alegações com as conclusões seguintes:

1.<sup>a</sup> A cláusula arbitral em crise nos presentes autos dispõe que " Caso não seja possível encontrar uma solução amigável dentro de um período de 30 (trinta) dias a partir da data em que uma das partes notifica a outra da existência de uma disputa, ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos abaixo descritos. "

2.<sup>a</sup> É pacificamente admitido que a competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente.

3.<sup>a</sup> Não se descortina na cláusula arbitral qualquer elemento interpretativo que permita ao intérprete aplicador conferir um sentido de obrigatoriedade à expressão "(...)podem (*may*), em qualquer altura, recorrer à arbitragem (...)", sendo certo que, atenta a terminologia usada pelas partes na cláusula em crise, só um fortíssimo elemento hermenêutico em sentido manifestamente contrário poderia conduzir ao entendimento de que a competência atribuída ao tribunal arbitral seria exclusiva.

4.<sup>a</sup> Se a vontade comum das partes fosse dotar a jurisdição arbitral de competência exclusiva, teriam aquelas formulado uma cláusula contratual que traduzisse essa vontade, como por exemplo, "todos

os litígios relativos à interpretação, validade ou execução do presente Contrato serão dirimidos por um tribunal arbitral".

5.<sup>a</sup> Atento o disposto no artigo 238.º n.º 1 do Código Civil não se pode conferir à cláusula em crise um entendimento que não tenha o mínimo de correspondência com o respectivo texto.

6.<sup>a</sup> No caso vertente, não se vislumbra fundamento algum para a formação da convicção de que a vontade comum das partes não tem qualquer correspondência com a letra e, em consequência, lançar-se mão da excepcionalíssima interpretação contratual abrogante, prevista no n.º 2 do citado artigo 238.º.

7.<sup>a</sup> O âmago do contrato em crise e, designadamente, o âmbito das obrigações que são objecto de disputa entre as partes nos presentes autos, é o transporte internacional rodoviário de mercadorias, estando, enquanto tal, sujeito às regras contidas na Convenção CMR.

8.<sup>a</sup> Uma vez que a cláusula 8.<sup>a</sup> do contrato *sub-judice* não estipula que o tribunal arbitral está vinculado a aplicar a Convenção CMR, terá então forçosamente de se concluir pela nulidade da cláusula arbitral, tendo presente o estatuído nos artigos 33.º e 41º da mesma Convenção.

10.<sup>a</sup> A referida nulidade não configura uma questão nova, uma vez que o que aqui está em causa é um motivo jurídico para a resolução de uma mesma questão - a procedência ou improcedência da excepção de preterição de tribunal arbitral invocada pela Ré, ora Recorrente.

11.<sup>a</sup> A nulidade, enquanto questão de conhecimento oficioso, pode sempre ser objecto de decisão do tribunal de recurso, ainda que não tenha sido suscitada pelas partes nas suas alegações.

Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir, pois nada obsta ao conhecimento do objecto do presente recurso, sendo que este é delimitado pelas conclusões da alegação do Recorrente, nos termos, essencialmente, do artº 684º, nº 3 do CPC, como, de resto, constitui doutrina e jurisprudência firme deste Tribunal.

## **FUNDAMENTOS**

Equacionando as questões decidendas no presente recurso, diremos que são basicamente duas, a primeira consiste em saber se as partes que outorgaram o contrato, mais propriamente a cláusula que se discute no presente processo, convencionaram a competência exclusiva do tribunal arbitral ou, antes, a competência desse tribunal cumulativamente com a do tribunal judicial e, no caso

dessa competência ter sido exclusiva, se ocorreu preterição da referida jurisdição arbitral fundamentadora da absolvição da instância.

A segunda questão consiste em nos pronunciarmos relativamente à invocada nulidade da cláusula compromissória em apreço.

Começamos, então, pela questão da eventual violação da referida cláusula compromissória que consta do **ponto 8 da Cláusula XXIII** com a epígrafe «*Arbitragem*» do acordo contratual referente ao **Contrato de Transporte e Serviços de Logística** (*Transportation and Logistics Services Agreement*) também designado abreviadamente por «**Contrato**», que consta dos presentes autos e que tem o seguinte teor, na parte que ora interessa:

### **8. Arbitragem**

*8.1. Em caso de disputa em relação à interpretação, execução, cumprimento e/ou incumprimento ou quebra deste Acordo, ambas as Partes irão empenhar-se em encontrar uma solução justa e adequada através de um acordo amigável.*

*8.2. Caso não seja possível encontrar uma solução amigável dentro de um período de 30 (trinta) dias a partir da data em que uma das partes notifica a outra da existência de uma disputa, ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos descritos.*

O Tribunal da 1ª Instância entendeu verificar-se tal violação de convenção de arbitragem, também designada por violação do pacto privativo de jurisdição, e com fundamento em tal exceção dilatória [ artº 494º, j) do CPC] absolveu a Ré da instância. Entendimento contrário perfilhou a Relação de Évora, ao defender que não houve qualquer violação de compromisso arbitral socorrendo-se da interpretação literal da estipulação convencionada.

Com base em tal argumentação, o referido Tribunal assim concluiu:

«Razão tem, pois, a Apelante quando conclui que poderia instaurar o presente pleito nos Tribunais Comuns.».

Importa, destarte, verificar se se mostra adequado este raciocínio à realidade do caso *sub judicio*!

Antes, porém, convirá gizar, necessariamente a traço grosso, breve esquema teórico-prático sobre a preterição de tribunal arbitral que, como é consabido, constitui uma infracção das regras de competência que se verifica quando determinada acção da competência de um tribunal arbitral for proposta num tribunal judicial.

Se essa competência do tribunal arbitral resultar de imperativo

legal, estaremos perante a preterição de tribunal arbitral necessário (artºs 1525º e segs. do CPC) e se resultar da violação de uma convenção de arbitragem (designação eleita pelo legislador para a preterição de tribunal arbitral voluntário), isto é, se a acção for instaurada em tribunal estadual, devendo sê-lo em tribunal arbitral convencionado pelas partes, estaremos perante a preterição de tribunal arbitral voluntário.

Como se decidiu no Acórdão deste Supremo Tribunal de 04-05-2005 (Relator, o Exmº Juiz Conselheiro Azevedo Ramos), «a preterição de tribunal arbitral voluntário resulta da infracção da competência convencional de um tribunal arbitral que tem competência para apreciar determinado objecto, de tal modo que seja instaurada num tribunal comum uma acção que devia ser proposta num tribunal convencionado pelas partes» .

Tanto a preterição do tribunal arbitral necessário, como a preterição do tribunal arbitral voluntário (actualmente designada como violação da convenção de arbitragem), constituem excepções dilatórias [artº 494º, j) do CPC] sendo que esta última não é de conhecimento officioso, como comanda o artº 495º do mesmo Código.

Em suma, como tem vindo a seu desenhado pela nossa Jurisprudência, o quadro-síntese nessa matéria apresenta-se da seguinte forma:

A convenção de arbitragem desdobra-se de duas modalidades:

- a) compromisso arbitral – quando concerne a um litígio actual, portanto, já existente.
- b) cláusula compromissória – quando se refere a litígios eventuais, portanto potenciais ou futuros.

Por outro lado, como tem vindo a ser uniformemente entendido, tanto pela Jurisprudência como pela Doutrina, a competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser **exclusiva** ou **concorrente** com a do tribunal legalmente competente [ por todos, o Acórdão deste Supremo Tribunal de 04-05-2005, acima identificado e, no plano dogmático, Prof. Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, 1994, pg. 102).

Este mesmo Ilustre Processualista adverte, no entanto, que «*não é frequente que a competência atribuída ao tribunal arbitral seja concorrente com a do tribunal legalmente competente*» (op. cit, pg. 102).

É importante ter presente que os tribunais arbitrais, embora não sejam órgãos de soberania como os tribunais estaduais, não deixam de ser entidades jurisdicionais a quem cabe definir o direito nas



situações concretas que lhes são submetidas, o que levou Francisco Cortez a proferir a conhecida afirmação:

«O árbitro não é um conciliador, a decisão arbitral não é uma transacção; o árbitro é um juiz e a sua decisão é uma sentença. Só que se a decisão arbitral tivesse efeitos meramente privados, entre as partes, a utilidade dos seus efeitos seria muito reduzida. É então que a lei, no nosso caso a Lei Fundamental, tendo em conta as reconhecidas vantagens da arbitragem, equipara essa função jurisdicional dos tribunais arbitrais à função jurisdicional dos tribunais judiciais. Desta forma, os tribunais arbitrais não deixam de ser instituições de natureza privada para se transformarem em órgãos do Estado. O Estado é que, reconhecendo a utilidade pública da arbitragem voluntária, quebra o monopólio do exercício da função jurisdicional pelos seus órgãos atribuindo à decisão os efeitos próprios da sentença judicial: a força de caso julgado e a força executiva» (2)

O mesmo Autor remata a referida asserção com a seguinte síntese feliz:

«A arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado».

Desenhado assim, em esboço esquemático, o quadro jurídico do compromisso arbitral e a sua distinção relativamente à cláusula compromissória, é tempo de descer ao caso concreto que nos ocupa.

No caso vertente, a Relação entendeu, como vimos, que as partes estabeleceram uma mera faculdade de recurso ao Tribunal arbitral e não uma obrigatoriedade (auto-vinculação) a tal recurso, apenas com base no uso do verbo **poder** e do tempo verbal em que o mesmo foi utilizado ( presente do indicativo), que entendeu como se de uma de mera faculdade se tratasse.

Para além de outras considerações colaterais, a 2ª Instância assentou o seu entendimento essencialmente no seguinte raciocínio:

«Segundo o contrato subscrito pelas partes, dispunha a Cláusula XXIII, nº 8. 2:

*“Caso não seja possível encontrar uma solução amigável...ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos abaixo descritos”.*

Encontramos, novamente, o tempo verbal “**PODEM**”. Trata-se de uma situação bem diferente de “**TÊM**”. Se os outorgantes entendessem que TINHAM que recorrer a Tribunal Arbitral, em vez de terem optado pela expressão **PODEM** teriam dito: os conflitos surgidos serão resolvidos por via arbitral, ou outra equivalente...

Ora, a Autora, optou por recorrer aos Tribunais Comuns. Daí que não haverá que apreciar se estamos ou não perante a nulidade da cláusula XXIII 8.2, já que não terá qualquer interesse para o desfecho do presente recurso.

Aliás, para que não restem quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de uma das outorgantes, que recorresse a Tribunal, escolher qual o tipo de tribunal que pretendia, pode ser extraída do nº 8.12. Se houvesse sido escolhido o Tribunal Arbitral (não estamos agora a analisar a nulidade ou não do nº 3), para executar a decisão proferida, a Exequente poderia escolher, novamente, o Tribunal Comum: “... *para execução da decisão do Tribunal Arbitral, qualquer uma das partes poderá eleger a jurisdição mais conveniente*”»

É jurisprudência consensual deste Supremo Tribunal que «a interpretação das declarações ou cláusulas contratuais constitui matéria de facto, da exclusiva competência das Instâncias, mas já constitui matéria de direito, sindicável pelo STJ, determinar se na interpretação das declarações foram observados os critérios legais impostos pelos artºs 236º e 238º do Código Civil, para a interpretação do sentido que há-de vincular as partes, face aos factos concretamente averiguados pelas Instâncias» [neste exacto sentido, o Acórdão do STJ de 18-06-2009 (Relator, o Exmº Conselheiro Oliveira Rocha) que se pode ver publicado in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Pº 246/09.6YFLSB.S1].

No mesmo sentido, pode ver-se também o Acórdão deste Supremo Tribunal, de 19-02-2008 (Relator, Exmº Conselheiro Nuno Cameira) assim sumariado:

1- Por constituir matéria de facto, é da exclusiva competência das Instâncias – e insusceptível, por isso, de constituir objecto de revista – o apuramento do sentido que as partes quiseram atribuir à exteriorização da sua vontade contratual.

2- Já a determinação do alcance que um declaratório normal, colocado na posição de declaratório real, atribuiria à exteriorização da vontade contratual, é matéria de direito, e passível, por isso, de recurso para o STJ. (Pº 07A4529, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Ora é justamente no domínio da aplicação de tais critérios jurídicos que nos encontramos, pois, como escreve Manuel P. Barrocas na sua obra de referência **Manual de Arbitragem**, «a convenção de arbitragem está submetida às regras de interpretação do negócio jurídico. Avultam, assim, as regras contidas nos artigos 236º, número 1, e 238º, número 1, do CC: a convenção vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir da posição do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; e sendo um negócio formal, não pode valer com um sentido que

não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento» (M. P. Barroca, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pg. 171).

Como ensinou o saudoso civilista Prof. Mota Pinto, na interpretação da declaração da vontade das partes serão atendíveis «todos os coeficientes ou elementos que um declaratário medianamente instruído, diligente e sagaz, na posição do declaratário efectivo, teria tomado em conta» (Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1980, pg. 421).

Por sua vez, Antunes Varela assim explica a *ratio* daquela teoria: «O objectivo da solução aceite na lei é o de proteger o declaratário, conferindo à declaração o sentido que seria razoável presumir em face do comportamento do declarante, e não o sentido que este lhe quis efectivamente atribuir» e, mais adiante, acrescenta: «a normalidade do declaratário, que a lei toma como padrão, exprime-se não só na capacidade para entender o texto ou o conteúdo da declaração, mas também na diligência para recolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, auxiliem a descoberta da vontade real do declarante» (P.Lima e A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. I, anotação ao artº 236º).

Ora de um declaratário normal não seria de esperar, sem que tal compromisso de competência concorrente dos tribunais arbitrais e estaduais estivesse objectiva e suficientemente plasmado na referida cláusula ou em qualquer outra, ainda que de forma menos perfeita, extrair uma interpretação no sentido de que os sujeitos contratuais que intervieram no Contrato ou Acordo que celebraram, tivessem querido estipular uma cláusula que contemplasse a competência do Tribunal arbitral concorrente com a dos tribunais da ordem judiciária comum, isto é, os tribunais judiciais.

Não só nada permite concluir nesse sentido, posto que nada vem assim expresso ou, sequer, referido indirectamente pelas partes, como tudo aponta em sentido contrário, ou seja, que foi da vontade das partes subordinar exclusivamente ao tribunal arbitral qualquer «*disputa em relação à interpretação, execução, cumprimento e/ou incumprimento ou quebra*» do referido Acordo.

Aliás, a pormenorizada regulamentação que no aludido contrato se fez do ponto 8 (nada menos que 12 (doze) items), sem qualquer alusão a tribunal não arbitral para a decisão de direito, indicia claramente que ambas as partes orientaram a vontade contratual no sentido da exclusividade de competência da jurisdição arbitral.

Nem há aqui que fazer apelo à regra «*falsa demonstratio non nocet*», que está prevista no nº 2 do artº 236º em referência, pois a «*falsa demonstratio*» diz respeito àquelas «*situações em que o declarante e o declaratário se exprimem mal e se entendem bem, apesar deste entendimento comum contrariar o uso linguístico ou*

o sentido normal das expressões empregues» (Heinrich Ewald Hörster, A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral do Direito Civil), Almedina, 2009 (5ª reimpressão da edição de 1992), pg.511, o que não é, manifestamente, o caso.

Note-se que, em reforço do entendimento *in hoc sensu*, as próprias cláusulas ou *item* 8.4 e 8.5 estabelecem que:

8.4. O Tribunal Arbitral é composto por um único árbitro, caso as Partes em litígio concordem com a nomeação, dentro de um período de quinze dias após a data de notificação de uma das Partes à outra Parte. Nessa notificação deverá constar o litígio, o árbitro único proposto e, em alternativa, o árbitro que deverá constituir o Tribunal Arbitral, caso a nomeação do árbitro único não seja aceite.

8.5. Dentro do período de tempo referido na alínea anterior, a Parte Contrária deverá comunicar a sua aceitação da arbitragem por árbitro único ou designar outro árbitro, e pode igualmente alargar o âmbito do litígio. Caso não seja efectuada nenhuma comunicação dentro do período de tempo definido na alínea anterior, tal será considerado como uma aceitação da arbitragem por árbitro único e do assunto do litígio (sublinhado nosso).

Assim sendo, é com suficiente nitidez que resulta da redacção da referida cláusula compromissória um sentido de opção, pelos sujeitos contratuais, da competência exclusiva do tribunal arbitral e não de uma competência concorrente com a do tribunal judicial. Com todo o respeito que nos merecem os Ilustres subscritores do Acórdão recorrido, de onde foi extraída a passagem transcrita, não podemos aceitar que, segundo a referida teoria da impressão do declaratório, acolhida entre nós e plasmada no artº 236º do Código Civil, se possa validamente concluir pela auto-vinculação das partes a uma cláusula compromissória em que estivesse consignada a competência concorrente do tribunal arbitral com a do tribunal da ordem judiciária comum, é dizer, de um tribunal judicial. Portanto, um «declaratório medianamente instruído, diligente e sagaz» apenas poderia concluir, da referida cláusula, que as partes contratantes estabeleceram que se a via conciliatória viesse a falhar, as partes estariam livres, isto é, poderiam recorrer à via contenciosa através da **arbitragem**, não abrindo aqui qualquer possibilidade de recurso a jurisdição diversa daquela que expressa e pormenorizadamente convencionaram nos 12 (doze) pontos da cláusula 8 do Acordo que se mostra junto aos autos.

Por outro lado, dado que no caso presente o negócio jurídico celebrado é um **negócio formal**, na medida em que a lei prescreve a forma escrita para a convenção de arbitragem [artº 2º da Lei nº 31/86 de 29 de Agosto ( Lei de Arbitragem Voluntária, designada

*brevitatis causa* pela sigla LAV)], o que, aliás, é sublinhado pela doutrina da especialidade ( cfr. Manual de Arbitragem, supra referenciado) tal circunstância reforça mais ainda o entendimento que deixamos plasmado.

Na verdade, a leitura atenta da convenção estabelecida entre as partes no presente litígio não deixa margem para dúvidas consistentes de que as partes referidas convencionaram uma cláusula compromissória relativamente à qual se verifica a exclusividade da competência do Tribunal arbitral.

É que o termo **podem**, inserto na falada cláusula contratual, não se conexas directamente com a opção pela competência jurisdicional clausulada, mas apenas com a condição (constante do aludido ponto 8.2) de as partes tentarem uma via conciliatória ( *acordo amigável*, como consta do texto) antes de enveredarem pela contenciosa, e só em caso de frustração de tal via, ficarem livres para ( podem) enveredar pela via contenciosa por recurso à arbitragem, como linearmente se colhe da expressão:

***“Caso não seja possível encontrar uma solução amigável...ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem de acordo com os termos abaixo descritos”*** (negrito e sublinhado nossos).

Pelo exposto, e ao contrário do que refere a Recorrida nas suas doudas contra-alegações, não podemos acompanhar a posição de que *«só um fortíssimo elemento hermenêutico em sentido manifestamente contrário poderia conduzir ao entendimento de que a competência atribuída ao tribunal arbitral o teria sido, no caso em apreço, de forma exclusiva»*, pois pelas razões, já lautamente expendidas, a convenção de recurso à arbitragem surge, tanto no contexto contratual em pauta, como na própria redacção do texto, como única forma de dirimir litígios, desde que observado o requisito, também convencionado, de uma fase conciliatória ou *amigável* que imperativamente deveria anteceder a via ou fase contenciosa.

Deste modo, há que concluir no sentido de que, quer em face da aplicação do disposto no artº 236º/1 do Código Civil, quer nos termos do artº 238º/1 do C. Civil, não resulta que tivesse sido estabelecida, no referido acordo, a competência jurisdicional concorrente a que fizemos alusão, antes a competência exclusiva do tribunal arbitral, como bem havia sido decidido pela 1ª Instância.

Neste mesmo sentido, aliás, já haviam decidido, sobre esta mesmíssima questão e relativamente às mesmas partes, os Acórdãos da referida Relação, de 12.05.2010 (Pº 2832.09.5TBSTB) e de 26.05.2010 (Pº 3914/09.9TBSTB.E1), de que a Recorrente juntou cópias aos presentes autos, lendo-se no primeiro dos arestos indicados o seguinte:

«A questão fulcral atém-se à interpretação da expressão "*ambas as partes podem, a qualquer altura, recorrer à arbitragem ...*", no contexto do clausulado sobre a arbitragem.

Se à primeira vista a expressão pode inculcar no intérprete uma ideia de faculdade de recurso à arbitragem, no contexto global da cláusula 8<sup>a</sup> quer significar que as partes podem recorrer à arbitragem logo que decorra o prazo para resolverem o litígio por acordo, sendo aquele o meio processual vinculativo para o fazerem.....

... Assim sendo a palavra *podem*, não significa mais do que permissão de recurso à *segunda fase*, litigiosa, ultrapassado, sem êxito, o prazo concedido contratualmente para as partes encontrarem uma solução amigável.»

No segundo dos arestos, é de apontar *in hoc sensu* a seguinte passagem:

«... Assim, só depois de findo tal período mínimo de 30 dias (que poderá ou não ser prorrogado por ambas partes com vista à tal resolução consensual do litígio), falhando essa fase de negociações pré-contenciosa, podem as partes pedir a constituição do tribunal arbitral com o objectivo de dirimir o litígio existente.

Daí que o significado da palavra "podem", constante do referido ponto 8.2, não tem forçosamente o carácter meramente facultativo que a recorrente pretende transmitir no presente recurso, antes tendo de ser interpretada no contexto do aludido ponto 8.2 em que está inserida, conjugada com o ponto anterior ( 8.1), nos precisos termos acima explanados.»

São, desta sorte, despiciendas mais considerações para se constatar que inteira razão assiste à Recorrente BB, Lda relativamente às conclusões 1<sup>a</sup> à 11<sup>a</sup> das suas doutas alegações que, assim, procedem inteiramente.

No que tange às conclusões 12<sup>a</sup> e seguintes, também a razão está do lado da Recorrente, como se passa a demonstrar!

Refere a Recorrida, nas suas contra-alegações, que o Tribunal deve considerar nulo o compromisso arbitral celebrado no Acordo de que tratam os autos, com base no estatuído no artº 33º da Convenção Relativa ao Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada (CMR ), concluída em Genebra a 18 de Maio de 1956 e aprovada, para adesão de Portugal, pelo Decreto-Lei nº 46235, de 18-03-1965.

Dispõe o referido preceito que «o contrato de transporte pode conter uma cláusula que atribua competência a um tribunal arbitral, desde que essa cláusula estipule que o tribunal arbitral aplicará a presente Convenção».

Deste modo, em seu entender, uma vez que foi clausulado no

compromisso arbitral celebrado que o tribunal arbitral aplicaria essa Convenção, o mesmo compromisso, a vingar a tese interpretativa da exclusividade da competência do tribunal arbitral, deveria ser considerado nulo, e porque a nulidade dos negócios jurídicos pode ser apreciada oficiosamente pelo Tribunal, entende que, não obstante só ter levantado essa questão em requerimento avulso dirigido ao Tribunal da Relação de Évora e não nas alegações de recurso, o Tribunal não está impedido de dela conhecer uma vez que «a nulidade, enquanto questão de conhecimento oficioso, pode sempre ser objecto de decisão do Tribunal de recurso, ainda que não tenha sido suscitado pelas partes».

Como o Tribunal da Relação acolheu a tese da então Recorrente (agora Recorrida) no sentido de que a cláusula compromissória não fixava a competência exclusiva do tribunal arbitral, antes podendo as partes optar entre dos tribunais arbitrais e os judiciais (competência concorrente), afastou a apreciação desta questão, pois tendo a Autora/Recorrente optado por recorrer aos tribunais comuns (judiciais), concluiu que «não haverá que apreciar se estamos ou não perante a nulidade da cláusula XXIII, 8.2, já que não terá qualquer interesse para o desfecho do presente recurso». A ora Recorrente tomou, nas suas alegações de Revista, posição expressa sobre esta questão, alegando que não foi celebrado *inter partes* um contrato de transporte, mas um contrato de prestação de serviços complexo, inominado e atípico que, entre outros, inclui a prestação de serviços de transporte de mercadorias.

Alegou, também, que de acordo com o princípio lógico e jurídico da competência (*Kompetenz-kompetenz*), as matérias de interpretação da cláusula compromissória e competência do tribunal arbitral estão excluídas do âmbito de apreciação antecipada pelo tribunal judicial (neste sentido indica Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.05.2004, proc. n.º 3094/2004-7; de 10.02.2009, proc. n.º 3859/2008-7; e de 05.06.2007, proc. n.º 1380/2007-1).

Donde resulta que, quer a interpretação do parágrafo 8.2 da Cláusula XXIII do Contrato no sentido de saber se o recurso à arbitragem é obrigatório ou facultativo e se a sua eficácia se encontra dependente da celebração de compromisso arbitral posterior, quer a alegada nulidade da referida Cláusula por violação da Convenção devem ser apreciadas em primeira linha em sede de arbitragem, reservando-se aos tribunais comuns uma função de controlo da sentença arbitral que vier a ser proferida. ( conclusões 10ª e 11ª).

Mais referiu, no corpo da sua peça alegatória, que a alegada invalidade não poderia ser apreciada pelo Tribunal da Relação, também porque a extemporânea alegação da violação da

Convenção por requerimento avulso constitui acto que a lei processual não admite.

Note-se, de resto, que a ora Recorrente já havia alegado na mesma peça que « remetidos os autos ao Tribunal da Relação de Évora, por requerimento notificado à Recorrente a 22 de Março de 2010, veio a Recorrida invocar a nulidade do parágrafo 8 da Cláusula XXIII do Contrato ao abrigo dos artigos 33.º e 41.º da Convenção relativa ao Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada (doravante apenas designada "Convenção").

A Recorrente respondeu sustentando a extemporaneidade e inadmissibilidade do requerimento apresentado pela Recorrida após interposição de recurso e oferecimento de alegações, e defendendo a improcedência da nulidade invocada.».

Não restam dúvidas de que a ora Recorrida, ao pretender que a Relação apreciasse a questão da invocada nulidade do compromisso arbitral celebrado entre as partes, só o poderia fazer validamente em sede das alegações de recurso para aquele Tribunal, sintetizando-a, depois, nas suas conclusões.

A lei é clara no sentido de que o âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do Recorrente, nos termos, essencialmente, do artº 684º, nº 3 do CPC, como, de resto, constitui doutrina e jurisprudência firme e pacífica.

Como assim, ao contrário do que refere nas suas contra-alegações neste recurso de Revista, ao não o ter feito na aludida peça alegatória e sintetizado nas conclusões respectivas, precluído ficou o seu alegado direito de ver apreciada pelo Tribunal superior, a seu pedido, tal questão.

Na verdade não se trata de simples argumento ou razão, mas de uma verdadeira questão, e questão nova, na medida em que a questão de nulidade de tal cláusula não foi submetida à apreciação da 1ª Instância.

Porém, defende a Recorrida, que sendo tal questão de conhecimento oficioso, pode sempre ser objecto de decisão do tribunal de recurso, ainda que não tenha sido suscitada pelas partes. Efectivamente, nos termos do artº 286º do Código Civil a nulidade pode a todo o tempo ser declarada oficiosamente pelo Tribunal.

Como acima se disse, o Tribunal da Relação não se debruçou sobre a questão da nulidade levantada pois, pela solução dada ao objecto do recurso, julgou tal questão prejudicada.

Entendimento diverso do perfilhado pela Relação determinaria, em princípio, a apreciação e decisão da questão da nulidade da cláusula referida, se óbice de considerável envergadura a tal não obstasse.

Porém, como é consabido, a apreciação da questão da nulidade de um acto jurídico tem como pressuposto processual a competência



do tribunal que dela irá decidir e tal competência é exclusiva, no caso vertente, do tribunal arbitral, pelas razões amplamente expostas.

É que, como doutamente refere a Recorrente, vigora, entre nós, o princípio lógico e jurídico da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência, designado em idioma germânico por *Kompetenz-kompetenz* e que, na sua acepção negativa, impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua própria competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral.

Com efeito, o artº 21º nº 1 da Lei de Arbitragem Voluntária consagra *expressis verbis* que «o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela insira, ou a aplicabilidade da referida convenção».

É de todo o interesse anotar, aqui e agora, as judiciosas considerações de Lopes dos Reis no seu estudo de referência «A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral», que, referindo-se ao princípio *Kompetenz-kompetenz*, assim escreve:

«Aquele princípio acarreta o efeito negativo de impor à jurisdição pública o dever de se abster de pronunciar sobre as matérias cujo conhecimento a lei comete ao árbitro, em qualquer causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, *antes que o árbitro* tenha tido a oportunidade de o fazer.

Isto é, do aludido princípio não decorre apenas que o árbitro tem competência para conhecer da sua própria competência, decorre também que tal competência lhe cabe a ele, antes de poder ser deferida a um tribunal judicial»(3).

Mais adiante, o mesmo distinto Autor afirma:

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

Para que esse limite fique claro, para que fique nitidamente delimitada essa *fronteira* estabelecida ao poder do juiz, questões relativas à própria convenção, como a sua validade, a sua eficácia, a sua aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final.

Só se ocorrer nulidade da convenção de arbitragem é que o tribunal judicial pode decidir de outro modo» (4)

Esta também tem sido a orientação, praticamente consensual, da nossa jurisprudência, como se pode constatar, a título meramente

exemplificativo, do Acórdão da Relação de Lisboa, de 05-06-2007 (Relator, o Exmº Desembargador Rui Vouga) que assim resumiu e esquematizou a orientação perfilhada:

I - Para decidir sobre a procedência ou improcedência da excepção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal judicial deve satisfazer-se com a prova da existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

II - Enquanto, à luz do regime do CPC de 1939, o julgamento da excepção dilatória da preterição do tribunal arbitral voluntário dependia da apreciação da validade, da eficácia e da aplicabilidade da convenção de arbitragem, pelo que a decisão do juiz que julgasse tal excepção procedente vinculava o árbitro, diversamente, no domínio da LAV (Lei de Arbitragem Voluntária), o juízo sobre a questão de saber se a convenção de arbitragem é inoperante, compete ao árbitro.

III - A questão da validade, a questão da eficácia, mesmo a questão da aplicabilidade da convenção de arbitragem ao litígio submetido ao tribunal judicial estão subtraídas à jurisdição do juiz, quer se discuta a validade da própria convenção - por exemplo, em função dos poderes do subscritor do contrato em que se insere a cláusula compromissória - quer se discuta a sua eficácia - por, v.g., ter sido ultrapassado o prazo fixado para a decisão - quer se discuta apenas a sua aplicabilidade - por exemplo, por o subscritor do contrato em que se insere a cláusula compromissória ter cedido o contrato, sendo parte no litígio o cessionário.

IV - Apenas com uma excepção: a que decorre da aplicação da doutrina do artigo 12º, nº 5 da LAV). Se for manifesta (óbvia, evidente) a nulidade, a ineficácia ou a inaplicabilidade da convenção de arbitragem, o juiz pode declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a excepção.

A única entidade jurisdicionalmente competente para a apreciação e decisão da invocada nulidade será, pois, o tribunal arbitral, já que as partes convencionaram a exclusividade da competência de tal entidade, como se deixou amplamente demonstrado.

Isto porque não ocorre *in casu* a situação, a todas as luzes excepcional, de a arguida *nulidade* ser óbvia ou manifesta, tanto mais que o contrato celebrado é um contrato complexo de prestação de serviços, em que actividade de transportes é um dos serviços que integram o seu objecto, mas não o único, e, ainda, com a peculiaridade de que esse transporte pode ser por via rodoviária (estrada) ou ferroviária, como se colhe do respectivo texto.

Nesta conformidade, acodem-nos ao pensamento as lapidares palavras do saudoso Mestre da Universidade de Lisboa, que foi o Professor Raul Ventura: «a convenção de arbitragem produz um

efeito negativo, a que também poderia chamar-se reflexo, pois constitui a outra face do elemento positivo. Uma vez que, com o beneplácito do Estado, os interessados criam, pela sua convenção, um tribunal para conhecimento de um certo ou de eventuais litígios, segue-se como consequência natural, que os tribunais do Estado devem ficar excluídos, temporária ou definitivamente, do conhecimento do mesmo litígio» RAUL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46 (Setembro de 1986),pg. 380..

Tem, pois, razão a Recorrente nas suas doughtas alegações, sintetizadas nas conclusões supra transcritas que, destarte, procedem inteiramente, o que determina a procedência integral do presente recurso.

### **DECISÃO**

Face a tudo quanto exposto fica, acordam os Juizes deste Supremo Tribunal de Justiça em conceder a Revista e, revogar o Acórdão recorrido, mantendo-se, com a fundamentação ora desenvolvida, a decisão da 1ª Instância que, julgando procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral, absolveu a Ré da Instância.

Custas pela Autora, aqui Recorrida.

Processado e revisto pelo Relator.

Lisboa e Supremo Tribunal de Justiça, 20 de Janeiro de 2011

Álvaro Rodrigues (Relator)  
Bettencourt de Faria  
Pereira da Silva

---

(1) Pº 05A2222, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

(2) FRANCISCO CORTEZ, *A Arbitragem Voluntária em Portugal*, in O Direito, ano 124, 1992, IV, pg.555

(3) J. L. LOPES DOS REIS, A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), ano 58, Dezembro 1998, pg.1122.

(4) Ibi, ibidem.

(5) RAUL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46 (Setembro de 1986),pg. 380.