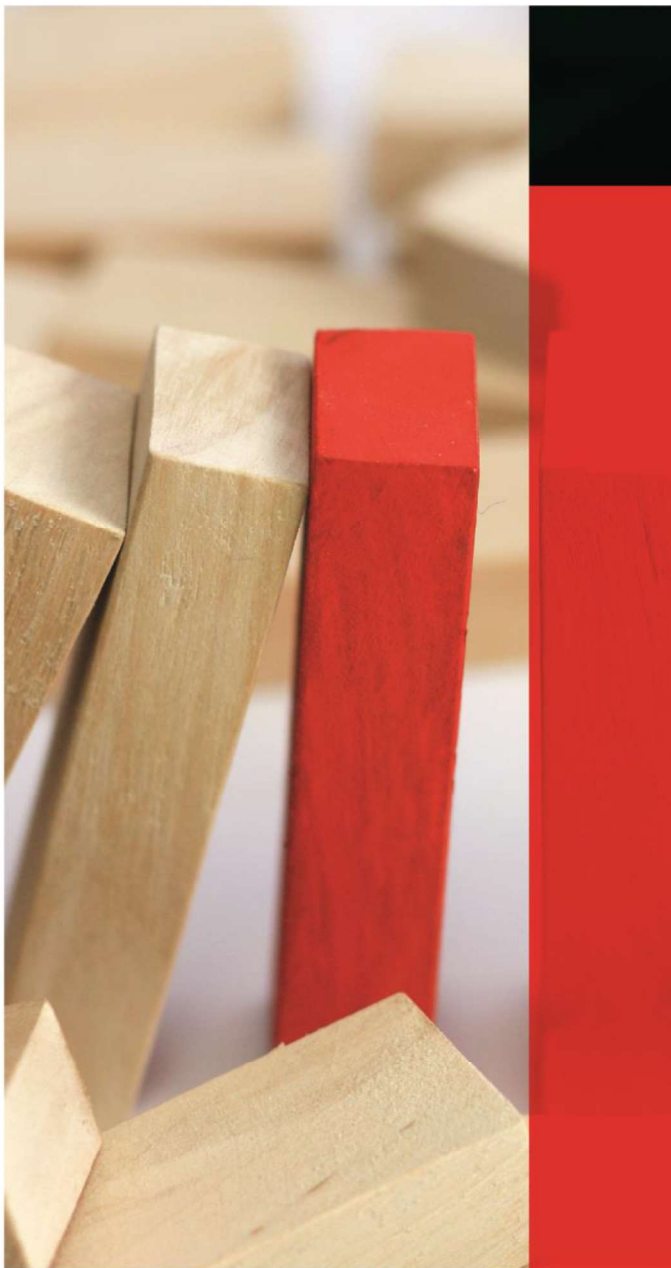


Revista **PLMJ Arbitragem** PLMJ Arbitration Review

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA - 2016
COMMENTARY ON CASE LAW - 2016

N.º1 | NOVEMBRO 2017
No.1 | NOVEMBER 2017

COORDENAÇÃO | COORDINATION
ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO | IÑAKI CARRERA



www.plmj.com

PLMJ 
ADVOGADOS, SP, RL

50
ANOS YEARS
Consigo. *By your side.*



JURISPRUDÊNCIA COMENTADA - 2016
COMMENTARY ON CASE LAW - 2016

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM: ALGUNS PROBLEMAS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 8 DE MARÇO DE 2016¹

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO

Doutor em Direito (FDUNL)
Pós-Graduação em Arbitragem (FDUNL)
Associado Sênior PLMJ Arbitragem

JOÃO TORNADA

Mestrando em Direito Orientado para a Investigação (FDUCP)
Advogado-estagiário PLMJ Arbitragem

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO,

Processo n.º: 2164/14.7TBSTS.P1²

Relator: Vieira e Cunha

Sumário:

I – Vigorando, entre nós, o princípio da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência (art.ºs 5.º n.º1 e 18.º n.º1 LAV), o tribunal estadual em que a acção foi proposta deve limitar-se a verificar a excepção de preterição do tribunal arbitral, mas assumindo que esse tribunal apenas pode decidir pela incompetência do tribunal arbitral nos casos de inexistência, nulidade ou ineficácia da cláusula compromissória.

II – Subsistindo porém a questão da amplitude do caso julgado formado na acção em que se discutiu a excepção de preterição do tribunal arbitral, o tribunal arbitral deve ficar vinculado a aceitar a competência que o tribunal judicial lhe reconheceu, sob pena de nenhum dos tribunais, nem o tribunal judicial, nem o tribunal arbitral, se considerar competente para a apreciação de um mesmo objecto.

III – Nos termos do art.º 36.º n.º1 LAV, é admitida a intervenção de terceiros no processo arbitral (independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral), intervenção que seria sempre imposta, para além da eficácia de um caso julgado absolutório, em matéria de preterição do tribunal arbitral, pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual – seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência.

IV – O contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos documentos relevantes das negociações revelar que várias partes ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento (mesmo tacitamente), essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem.

V – Um não signatário da arbitragem pode forçar um signatário a aceitar a arbitragem – basta que exista (ou seja invocada) uma actuação concertada entre o terceiro não signatário e uma das partes signatárias do contrato, tudo com recurso à figura ou às várias figuras em que se desenrola o abuso de direito, que funciona então como paralisação da invocação da incompetência do tribunal arbitral.

VI – Os objectivos de plena realização prática dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação, subjacentes à norma flexibilizadora do n.º7 do art.º 6.º RCP, só são plenamente alcançados se ao juiz for possível moldar o valor pecuniário correspondente ao remanescente da taxa de justiça devida nas causas de valor especialmente elevado, ponderando as especificidades do caso concreto”, de acordo com os critérios apontados no citado normativo.

¹ O presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

² Disponível em www.dgsi.pt.

Resumo:

O presente caso envolve duas sociedades autoras (1.^a Autora e 2.^a Autora) e quatro réus (1.^o Réu, 2.^a Ré, 3.^a Ré e 4.^a Ré), numa complexa teia de contratos celebrados entre as partes, alguns dos quais com cláusulas compromissórias. Pelo que nos é dado a conhecer no acórdão sob anotação, podemos traçar o seguinte quadro:

A 2.^a Ré celebrou um contrato com as autoras, nos termos do qual garantiu o cumprimento de obrigações assumidas pela 3.^a Ré, contrato este que previa uma cláusula compromissória entre as autoras e a 2.^a Ré. Posteriormente, as autoras celebraram com a 3.^a Ré vários contratos de opção de venda de acções com vários aditamentos, contendo várias cláusulas compromissórias entre as autoras e a 3.^a Ré. Volvidos cerca de quatro anos, a 2.^a Autora celebrou individualmente com a 2.^a e a 3.^a Ré dois contratos de penhor de acções, tendo as referidas partes estabelecido em cada um deles cláusulas compromissórias. Para “compor o ramalhete”, o 1.^o Réu intermediou e negociou o contrato que colocou a 4.^a Ré no capital social da sociedade (cujas participações sociais eram objecto do contrato de opção de venda de acções) e intermediou outros contratos com as autoras.

Em virtude do incumprimento da obrigação de pagamento do preço previsto nos contratos de opção de venda de acções, as autoras intentaram uma acção declarativa de condenação contra os 4 réus, cumulando vários pedidos³. Sendo que, importa recordar, para além das autoras apenas a 2.^a e a 3.^a Ré vincularam-se – por meio de cláusulas compromissórias – a recorrerem à arbitragem para dirimir todos os litígios atinentes à interpretação, execução ou cessação dos contratos *supra* referidos.

As autoras fundamentaram os seus pedidos no incumprimento desses contratos por partes dos réus, na violação da sua confiança jurídica, no exercício abusivo da personalidade jurídica colectiva dos réus e no enriquecimento sem causa. Adicionalmente, as autoras procuraram ainda justificar a preterição de processo arbitral em três ordens de razão. Em primeiro lugar, as autoras só podiam demandar a 3.^a Ré em processo arbitral, já que os demais réus não eram partes signatárias nem dos contratos de opção de venda de acções, nem das convenções de arbitragem neles contidas. Ademais, tanto o pedido (que abrangia todos os réus) como a causa de pedir

extravasavam o escopo das cláusulas compromissórias, acarretando por isso a sua “inexequibilidade” ou “inaplicabilidade”. Em todo o caso, concluiriam as autoras, as várias convenções de arbitragem eram incompatíveis entre si, porquanto umas prescreviam a arbitragem institucionalizada, ao passo que outras previam o recurso à arbitragem *ad hoc*.

Por sua vez, o 1.^o Réu e a 2.^a Ré (em articulado conjunto) e a 4.^a Ré contestaram e arguíram a incompetência absoluta do tribunal por preterição de tribunal arbitral, alegando que o litígio em causa tinha como causa de pedir a apreciação dos contratos celebrados entre as autoras e a 2.^a e 3.^a Ré, os quais continham cláusulas compromissórias. A 3.^a Ré, apesar de ter sido regularmente citada, não apresentou contestação, ficando em revelia.

Em resposta, as autoras pleitearam pela improcedência dessa excepção dilatória por falta de legitimidade do 1.^o Réu, da 2.^a e da 4.^a Ré para a argüirem em juízo. Alegaram, ainda, que, em todo o caso, a convenção de arbitragem havia sido revogada tacitamente pela 3.^a Ré por esta não ter apresentado contestação. Enfim, sustentaram que o recurso à jurisdição estadual (e, consequentemente, a preterição do tribunal arbitral) era indispensável para fazerem valer em juízo, contra todas as partes, o direito de que se arrogavam, sob pena de violação dos princípios do dispositivo e do direito de acesso ao direito.

O tribunal de 1.^a instância deu provimento à referida excepção dilatória e declarou-se como absolutamente incompetente para o conhecimento da causa, absolvendo os réus da instância. Em sede de recurso para o Tribunal da Relação do Porto, as autoras vieram alegar que esse entendimento contendia com as normas constantes dos artigos 97.^o, n.^o 1, do Código de Processo Civil (CPC), e dos artigos 1.^o, 2.^o, 3.^o, 5.^o e 36.^o, aplicáveis *ex vi* art. 6.^o, (todos) da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), recuperando a sua tese de que, entre os 4 réus demandados, apenas a 3.^a Ré era parte da convenção de arbitragem, pelo que apenas esta teria legitimidade para arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral voluntário.

Cumprindo-lhe decidir, o Tribunal da Relação do Porto não concedeu provimento ao recurso de apelação. Para tal, sustentou que qualquer um dos réus litisconsortes tinha legitimidade para arguir a excepção de preterição de tribunal arbitral, concluindo, a final, pela existência de convenção de arbitragem e pela

³ Em causa estavam dois pedidos de condenação solidária dos réus ao pagamento do preço das acções objeto do exercício da opção de venda, acrescido do valor da cláusula penal prevista no contrato de opção de venda de acções acrescido de juros de mora vencidos e calculados até 25/07/2014, cumulado com pagamento dos juros de mora vincendos, a calcular sobre o preço das acções, desde o dia 26/07/2014 até integral pagamento, perfazendo um total de € 2.235.828,64 petitionado pela 1.^a Autora e um total de € 2.047.009,92 pela 2.^a Autora. *Cumulativamente*, a 2.^a Autora peticionou ainda o pagamento de juros de mora devidos e encargos respetivos que o “Banco H” lhe viesse a exigir, por conta do atraso e falta de pagamento do valor de capital mutuado no âmbito do empréstimo celebrado. Subsidiariamente, as autoras peticionaram que os réus [ou qualquer

Réu, caso a improcedência fosse apenas quanto a um ou mais réu(s)] fossem condenados pelo valor dos benefícios económicos e/ou lucros, associados aos rendimentos que retiraram/auferiram, nomeadamente nos anos de 2008, 2009 e 2010, dos negócios *sub judice* que foram celebrados com as autoras e/ou decorrentes da integração da “sociedade l...” (sociedade cujas acções eram objecto do contrato de opção de venda de acções) no “Grupo J...” e/ou da exploração da “l...”, directamente e/ou por via das empresas que controlavam e/ou tinham relações especiais e/ou detinham participações sociais e/ou eram Agrupados, nomeadamente, por via da “K...”, S.A” e da “L...”, ACE” e/ou através de qualquer outra entidade, até ao montante total petitionado nos pedidos principais.

subsequente imposição do 1.º Réu, da 2.ª Ré e da 4.ª Ré a intervirem no processo arbitral (se este se iniciar), por força da eficácia do caso julgado absolutório e pelo princípio da boa fé enquanto conduta processual.

ANOTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2016 versa sobre várias questões pertinentes e complexas – questões estas que, certamente, dificultaram a tarefa de julgar o presente litígio, tornando, porém, mais interessante (e desafiante) uma anotação ao mesmo.

De entre os vários problemas que se colocam, assume preponderância o tema da *intervenção de terceiros* – o tema “forte” do acórdão. Em todo o caso, para além desta questão, o Tribunal da Relação do Porto deparou-se, ainda, com outras igualmente controversas. Referimo-nos em particular: (i) aos vários problemas que se levantaram, no presente caso, com a *excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*; (ii) ao tema da *revogação tácita da convenção de arbitragem por revelia do réu*; e (iii) à *alegada inconstitucionalidade por violação do princípio do dispositivo e do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva*.

O comentário que faremos de seguida irá analisar cada um destes temas e a posição adoptada pelo Tribunal da Relação do Porto em relação aos mesmos. No final, terminaremos a anotação com uma breve conclusão.

2. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM⁴

I – A arbitragem voluntária é, como se sabe, contratual na sua origem⁵. Em consequência desse facto, existe, por vezes, uma certa tendência de presumir que a arbitragem envolve somente duas partes⁶. A verdade, porém, é que, ao contrário do que se poderia inicialmente pensar, o número de arbitragens com pluralidade de partes é cada vez maior (como o demonstra o presente caso e como o demonstram as estatísticas conhecidas de vários centros de arbitragem institucionalizada)⁷.

A arbitragem não se desenvolve, assim, apenas entre dois sujeitos, isto é, entre um demandante e um demandado. Com alguma frequência, encontramos casos em que o processo arbitral opõe vários demandantes a vários demandados (no acórdão sob análise, duas autoras a quatro réus). As razões para tal circunstância são conhecidas: o fenómeno da globalização e o rápido (e enorme) crescimento do comércio internacional das últimas décadas conduziram a um aumento do número e da complexidade das transacções comerciais – transacções estas que, muitas vezes, envolvem mais de duas partes⁸.

Neste contexto, os (muitos) problemas que a pluralidade de partes levanta na arbitragem têm vindo a ser discutidos na comunidade arbitral há já largos anos. Entre eles, o tema da *intervenção de terceiros*, sobre o qual o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/03/2016 incide particularmente.

⁴ O presente capítulo seguirá de muito perto o que o primeiro Autor já anteriormente escreveu em *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, e “A pluralidade de partes na arbitragem: a necessidade de uma adequada compreensão dos principais problemas”, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, Macau (em curso de publicação).

⁵ Sobre a origem contratual da arbitragem voluntária (e a sua cobertura constitucional e legal, que não deverá ser esquecida), veja-se, entre muitos outros, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 168 a 215.

⁶ Vide JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003, p. 377, KRISTINA MARIA SIIG, “Multi-party arbitration in international trade: problems and solutions”, in *International Journal Liability and Scientific Enquiry*, vol. 1, n.ºs 1 e 2, Inderscience Publishers, Genebra, 2007, p. 75, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, in *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress Series*, n.º 14, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 351, ERIC A. SCHWARTZ, “Multi-Party Arbitration and the ICC - In the Wake of Dutco”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 10, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1993, pp. 5 e 6, YVES DERAINS, “The Limits of the Arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties”, in *Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin - Special Supplement, Paris, 2003, p. 31, e MICHAEL KRAMER / GUIDO E. URBACH / RETO M. JENNY, “Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators”, in *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, Manzsche Verlags, Viena, 2009, p. 149.

⁷ É isso que sucede, desde logo, com as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (CCI), que nos mostram que cerca de um terço dos processos submetidos à CCI são *arbitragens multipartes* (cfr. “2013 Statistical Report”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, n.º 1, Paris, 2014, p. 7, ANNE MARIE WHITESSELL / EDUARDO SILVA ROMERO, “Multiparty and Multicontract

Arbitration: Recent ICC Experience”, in *Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin - Special Supplement, Paris, 2003, p. 7, ANNE MARIE WHITESSELL, “Multiparty Arbitration: the ICC International Court of Arbitration perspective”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 203, e “The 1998 ICC Rules of Arbitration Today”, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, CCI, Paris, 2005, p. 926, bem como BERNARD HANOTIAU, “Introduction”, in *Multiparty Arbitration*, Dossier VII, CCI, Paris, 2010, p. 7). Números semelhantes verificam-se, ainda, por exemplo, no *London Court of International Arbitration*, LCIA (veja-se MARTIN PLATTE, “When should an arbitrator join cases?”, in *Arbitration International*, The Journal of the London Court of International Arbitration, vol. 18, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, p. 67, e ADRIAN WINSTANLEY, “Multiple parties, multiple problems: a view from the London Court of International Arbitration”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 213), bem como no *Permanent Court of Arbitration*, PCA (cfr. T.JACO T. VAN DEN HOUT, “Preface”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. v).

⁸ A este propósito, veja-se, nomeadamente, ALEXIS MOURRE, “L’intervention des tiers à l’arbitrage”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, p. 100, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, cit., p. 343, bem como BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, in *La convention d’arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats - Arbitrageovereenkomst. Venootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 118, e “Multiple parties and multiple contracts in international arbitration”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 35.

II – A intervenção de terceiros na arbitragem é, desde há muito, uma questão controversa, fonte de inúmeras dúvidas e problemas (a ponto de, durante muito tempo, ter sido vista como uma fronteira que dificilmente viria a ser ultrapassada⁹). E a verdade é que, não obstante a atenção que, sobretudo nos últimos anos, tem sido dada a esta questão – quer por parte de vários legisladores¹⁰, quer por parte de alguma doutrina e jurisprudência –, ainda assim persistem os problemas e as dúvidas associadas a tal intervenção. Não surpreende, por isso, que, ainda hoje, muitos autores continuem a considerar a intervenção de terceiros como o grande desafio que se coloca na arbitragem internacional¹¹; não surpreendendo, igualmente, alguns equívocos de que o acórdão sob anotação parece revelar (e que justificam considerações adicionais sobre o tema).

O problema começa logo com a própria *origem contratual* da arbitragem voluntária. Afinal, se a arbitragem tem, como referimos *supra*, uma origem contratual, como poderá um terceiro intervir no processo arbitral?

Embora a noção de terceiro (tomada em sentido processual) seja comum ao processo arbitral e ao processo civil (terceiro é aquele que não é parte¹²⁻¹³, isto é, todo aquele que não figura no processo como parte), a verdade é que a arbitragem apresenta especificidades importantes que não poderão ser ignoradas.

A este respeito, importa, desde logo, ter em atenção que os tribunais arbitrais têm uma *jurisdição limitada no que toca à intervenção de terceiros*. Com efeito, diferentemente do que sucede com os tribunais estaduais, em relação aos quais, em princípio, estarão submetidas todas as pessoas a que a lei atribua personalidade judiciária (radicando a admissão da intervenção de um terceiro “nos poderes de autoridade do tribunal e na submissão de todos à sua jurisdição”), o tribunal arbitral não tem um poder jurisdicional sobre todos, mas apenas sobre aqueles que se tiverem submetido à sua jurisdição através da *convenção de arbitragem*¹⁴ – sendo necessário, portanto, que o terceiro esteja vinculado à mencionada convenção (seja na modalidade

de compromisso arbitral, seja na modalidade de cláusula compromissória)¹⁵ para que possa intervir no processo. Como veremos *infra*, este é um ponto em relação ao qual parece haver alguma confusão no acórdão que anotamos.

Compreende-se, por isso, o estabelecido no artigo 36.º, n.º 1, da LAV, nos termos do qual para que um terceiro possa intervir num processo arbitral é necessário que ele esteja *vinculado pela convenção de arbitragem* em que o processo se baseia, quer o terceiro esteja vinculado (por essa convenção) desde a respectiva conclusão, quer tenha aderido a ela subsequentemente (caso em que a adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem, podendo ser realizada só para os efeitos da arbitragem em causa).

A LAV não exige, assim, que a vinculação do terceiro à convenção de arbitragem seja *originária*, podendo ser *subsequente*, desde que todas as partes da convenção arbitral *consintam* nessa adesão (admitindo-se, ainda, a possibilidade de limitar a intervenção do terceiro para os efeitos da arbitragem em causa, isto é, o terceiro poderá intervir no litígio em questão e não em outros eventuais litígios que, porventura, venham a surgir). A exigência do mencionado consentimento é compreensível: visa, essencialmente, proteger-se o interesse das partes primitivas e evitar o risco de alguns inconvenientes que a intervenção de terceiros lhes poderá trazer¹⁶, designadamente ao nível da celeridade e da confidencialidade do processo. Ao mesmo tempo, esta é, também, a solução mais congruente com a origem contratual da arbitragem voluntária. Note-se, em todo o caso, que o consentimento referido no citado preceito é o consentimento para a adesão subsequente do terceiro à convenção e não o consentimento para a sua admissão no processo arbitral. Nos termos do artigo 36.º, n.º 3, da LAV, a admissão da intervenção do terceiro (vinculado pela convenção de arbitragem) não depende do consentimento das partes, mas sim de decisão do tribunal arbitral¹⁷.

III – Dito isto, o ponto mais relevante que importa ter aqui em atenção é o de que, diferentemente do processo civil, na

⁹ Para vários autores, este era um tema, de certa forma, paradoxal. *Arbitragem e terceiros* pareciam ser dois conceitos incompatíveis. A este respeito, veja-se BERTRAND MOREAU, “Introduction”, in *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, vol. 1988, n.º 3, Paris, 1988, p. 431. Sobre o tema, vide, ainda, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 246 a 256, 290 e ss.

¹⁰ Vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 922 a 925.

¹¹ Neste sentido, STAVROS L. BREKOUKAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 21.

¹² É esta a definição clássica de terceiro que encontramos, por exemplo, em ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, 5.ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1992, p. 82, PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, parte seconda, Cedam, Pádua, 1943, p. 199, JUAN MONTERO AROCA, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2.ª ed., tirant lo blanch, València, 2016, p. 235, JUAN MONTERO AROCA / JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER / SILVIA BARONA VILAR / MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 23.ª ed., tirant lo

blanch, València, 2015, p. 60, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO / BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 154, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 76 e 77, e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimpressão), p. 9.

¹³ Defendendo – por referência à arbitragem – que terceiro é “todo aquele que não é parte na acção arbitral”, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Intervenção de terceiros em processo arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 183.

¹⁴ PAULA COSTA E SILVA / MARCO GRADI, “A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr, ano VIII, n.º 28, Síntese, Porto Alegre, 2010, p. 65. ¹⁵ Cfr. Artigo 1.º, n.º 3, da LAV.

¹⁶ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 114.

¹⁷ Sobre o artigo 36.º da LAV, vide, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 332 a 343.

arbitragem existe um importante requisito prévio para que o terceiro possa intervir no processo: a *vinculação à convenção arbitral*¹⁸. Este requisito prévio compreende-se bem, atendendo à origem contratual da arbitragem voluntária, que “implica uma jurisdição naturalmente restrita às partes que celebraram a convenção [de arbitragem] e à matéria objecto da convenção e do processo”¹⁹. De facto, importa não esquecer que a convenção de arbitragem delimita o âmbito subjectivo do processo arbitral²⁰, pelo que se o terceiro não assinou a convenção de arbitragem, nem está, de alguma forma, vinculado pela mesma, pura e simplesmente não poderá intervir – o tribunal arbitral não terá jurisdição em relação a esse terceiro; dir-se-á, a este propósito, que nem o terceiro pode impor às partes a sua *intervenção espontânea*, nem as partes podem forçar a sua *intervenção provocada*²¹.

A *convenção de arbitragem* é, portanto, o centro da questão. Na verdade, “só há competência do tribunal arbitral se houver convenção”²², pelo que se não houver convenção de arbitragem entre todos os intervenientes, não haverá arbitragem²³. A questão que sempre se terá de colocar é, pois, a de saber se o terceiro *consentiu* ou não em se submeter à jurisdição arbitral. Conforme se costuma salientar, o *consentimento* é a “*pedra angular da arbitragem*”²⁴ – esta é, de facto, uma das mais importantes (e indiscutíveis) máximas deste meio de resolução alternativa de litígios. Deste modo, para que qualquer sujeito possa litigar no foro arbitral, é necessário que o mesmo *consinta* em se submeter à jurisdição arbitral. Caso não o faça, esse sujeito não estará vinculado pela convenção de arbitragem e, conseqüentemente, não poderá intervir no processo arbitral²⁵.

A vinculação à convenção de arbitragem é, em suma, uma importante especificidade (uma questão prévia muito relevante) que não deverá ser esquecida quando falamos da intervenção de terceiros no processo arbitral.

Ora, é precisamente aqui que, com o devido respeito, nos parece existir alguma confusão no texto do acórdão – confusão esta que está presente, desde logo, no ponto III do sumário *supra* transcrito (posteriormente reproduzido no texto do acórdão).

Segundo o referido ponto III do sumário: “*nos termos do artº 36º nº1 LAV, é admitida a intervenção de terceiros no processo arbitral (independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral), intervenção que seria sempre imposta, para além da eficácia de um caso julgado absolutório, em matéria de preterição do tribunal arbitral, pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual – seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência*”²⁶.

Conforme resulta do que referimos antes, a intervenção de terceiros não pode ter lugar “independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral”. O terceiro tem de estar vinculado à convenção de arbitragem para que possa intervir no processo arbitral. O artigo 36.º, n.º 1, da LAV é, a este respeito, bem claro: “*só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia [...]*”.

¹⁸ Cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 249 e ss.

¹⁹ JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 4 (2011), Almedina, Coimbra, 2011, p. 112.

²⁰ Vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., p. 936.

²¹ Neste sentido, por referência à lei portuguesa, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., pp. 936 e ss. Na doutrina francesa, veja-se, em particular, CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, pp. 312 e 313.

²² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 271 (a este respeito, veja-se, ainda, a p. 126).

²³ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 135. A vinculação à convenção de arbitragem é, desta forma, o “requisito indispensável” para que um determinado sujeito possa participar no processo arbitral e ficar submetido à sentença que vier a ser proferida (STAVROS L. BREKOULAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, cit., p. 3).

²⁴ “*Cornerstone of arbitration*” ou “*piere angulaire de l'arbitrage*” são as expressões frequentemente usadas por vários autores para salientar a importância do consentimento das partes na arbitragem. A este respeito, vejam-se, por exemplo, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Multiple parties and multiple contracts: divergent or comparable issues?”, e KARIM YOUSSEF, “The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies”, ambos os artigos publicados em *Multiparty Arbitration*, Dossier VII, CCI, Paris, 2010, pp. 25 e 72, respectivamente, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, Haia, 2005,

pp. 32 e 33, W. LAURENCE CRAIG, “Introduction”, e WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma”, ambos em *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. lvii e pp. 3 e 4, respectivamente, DAVID D. CARON / LEE M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules - A Commentary*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 54, ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1, OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 7, NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 71, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO / JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Class Actions & Arbitration in the European Union - Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 202.

²⁵ Cfr. DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d'arbitrage”, in *La convention d'arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats - Arbitrageovereenkomst. Vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelas, 2007, p. 25, e PHILIPPE FOUCARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999, p. 280. O consentimento das partes é, assim, poderemos considerar, uma condição prévia da *arbitragem* (vide NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., p. 85), cuja importância nunca deverá ser subestimada (cfr. OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, cit., p. 7).

²⁶ Destaque nosso.

Não obstante esta redacção menos feliz, julgamos que o Tribunal da Relação do Porto se está a referir, essencialmente, ao facto de o terceiro não ter de ser *signatário* da convenção de arbitragem. A “vinculação expressa” que o acórdão refere será, possivelmente, a assinatura da mencionada convenção. E, neste caso, o Tribunal da Relação do Porto terá razão. O importante, de facto, é o terceiro estar vinculado à convenção de arbitragem (algo que não implica, necessariamente, que o mesmo tenha de ser signatário da convenção, como veremos de seguida).

IV – Esclarecida a necessidade de o terceiro estar vinculado à convenção de arbitragem, a questão seguinte que se poderá colocar (e que, no presente caso, efectivamente se coloca) é a de saber *como se deverá manifestar o referido consentimento*, para que um determinado sujeito se possa considerar parte da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, se possa entender vinculado a tal convenção (podendo vir a ser considerado terceiro no processo arbitral)²⁷. A este respeito, importa desde já esclarecer que *não é necessário que uma pessoa seja signatária da convenção de arbitragem*, para que se possa entender que está vinculada pela mesma – a LAV não o exige.

Com efeito, o artigo 36.º, n.º 1, não se refere a terceiros *signatários* da convenção de arbitragem em que o processo arbitral se baseia, mas sim a terceiros *vinculados* pela convenção. O que se compreende, uma vez que, nos termos da LAV, não é necessária a *assinatura* das partes para que estas se possam considerar vinculadas pela convenção de arbitragem – à semelhança, aliás, do que se verificava na anterior LAV²⁸ e à semelhança do que sucede em muitas leis estrangeiras²⁹.

Conforme observa Dário Moura Vicente, é certo que a vontade de cometer a árbitros a resolução de litígios tem de ser devidamente exteriorizada. Razão pela qual se exige que a convenção de arbitragem adopte *forma escrita* (artigo 2.º, n.º 1, da LAV). Face à importância que tal convenção reveste (retirando jurisdição aos tribunais estaduais), compreende-se que assim seja; por outro lado, o requisito da forma escrita permite, ainda, que as partes possam ponderar melhor a sua opção e evita incertezas quanto à jurisdição competente³⁰. Em todo o caso, a necessidade de a convenção de arbitragem revestir forma escrita não implica, nos termos da LAV, que a mesma tenha de ser assinada pelas partes³¹⁻³².

Assim se compreende, em suma, a existência de casos em que, não obstante determinado sujeito não ter assinado a convenção arbitral, ainda assim o mesmo intervém no processo como terceiro (por se entender estar vinculado a tal convenção)³³. É o que se verifica, designadamente, com os casos compreendidos no âmbito da chamada *extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros* (bem como com as *arbitragens multicontratos*): “extensão” esta que, aparentemente, segundo o texto do acórdão, ter-se-á verificado no presente caso³⁴.

Resumidamente, o Tribunal da Relação do Porto entendeu que, no caso concreto, a intervenção de terceiros seria admissível – apesar da ausência de “vinculação expressa” [falta de assinatura] em relação à convenção de arbitragem – “*pela amplitude da boa fé enquanto conduta processual*”, pois “*seria inadmissível conceber que esses terceiros que vieram invocar a preterição de tribunal arbitral viessem, composto este tribunal, invocar a respectiva incompetência*”³⁵. Mais acrescenta que “*o contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a*

²⁷ Sobre este ponto, veja-se, em geral, DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in *Direito Internacional Privado - Ensaios*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 372 a 388, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Giuffrè Editore, Milão, 2004, pp. 206 e ss., e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 250 e ss.

²⁸ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., p. 373.

²⁹ Vide JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 211, WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts...”, cit., pp. 8 e 9, ALAN SCOTT RAU, “‘Consent’ to arbitral jurisdiction: disputes with non-signatories”, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105 e 106, e BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., pp. 32, 33, 52 a 54, e “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 348 a 350.

³⁰ Vide DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., pp. 33 e 34, e “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., pp. 372 a 375; sobre este ponto, veja-se, ainda, DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, cit., pp. 27 a 31, e JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., pp. 147 e ss.

³¹ Diferente era o que sucedia no anterior Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, cujo artigo 2.º, n.º 1, exigia, expressamente, que a convenção de arbitragem fosse “reduzida a escrito, assinado pelas partes”; sobre o regime então consagrado,

RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, in *ROA*, ano 46, vol. I, Lisboa, 1986, pp. 26 a 30.

³² Por outro lado, importa também notar que um determinado sujeito pode ter assinado, formalmente, a convenção de arbitragem e, ainda assim, não ser considerado parte da referida convenção ou, pelo menos, não ser considerado a única parte da convenção – a este respeito, veja-se BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., pp. 8, 32 e ss., WILLIAM W. PARK, “Non-signatories and international contracts...”, cit., p. 8 (nota de rodapé n.º 12), e JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 211. Tal poderá suceder, por exemplo, em situações de *grupos de sociedades*, bem como se estivermos perante um vício da vontade (cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 498 e ss.), designadamente perante um erro-vício nos termos do artigo 251.º do CC (vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 16 e ss.).

³³ É isso que poderá suceder, desde logo, por força de uma cessão da posição contratual. O mesmo se poderá verificar, ainda, noutros casos; por exemplo: cessão de créditos, sub-rogação, contratos a favor de terceiro, garantia das obrigações, grupos de sociedades, etc. Sobre estas e outras possibilidades de se verificar uma extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros, veja-se, entre outros, JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, cit., pp. 114 a 143.

³⁴ Na jurisprudência, sobre o tema, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011 (Relator Abrantes Geraldes, processo 3539/08.6TVLSB.L1-7), in <http://www.dgsi.pt/> (acórdão proferido no âmbito da anterior LAV).

³⁵ Ponto III do sumário do acórdão sob anotação.

análise dos documentos relevantes das negociações revelar que várias partes ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento (mesmo tacitamente), essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem”³⁶. O Tribunal da Relação do Porto coloca depois a tónica no abuso do direito para concluir, *in casu*, pela vinculação dos terceiros à convenção de arbitragem e a sua consequente possibilidade de intervenção.

Embora formulada em termos algo imprecisos, o Tribunal da Relação do Porto segue, assim, a teoria da chamada extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros para, nos termos *supra* descritos, sustentar a possibilidade da intervenção de terceiros. Neste contexto, algumas observações se impõem.

Em rigor, não existe aqui qualquer extensão da convenção arbitral, nem existe uma intervenção de terceiros (assim se compreendendo as críticas que têm sido dirigidas a esta terminologia). Com efeito, acima de tudo, estamos perante casos em que um determinado sujeito aparenta não estar vinculado pela convenção de arbitragem (por não a ter formalmente subscrito), mas na realidade está. Na verdade, esse sujeito não é terceiro em relação à convenção, mas sim parte da mesma – ele é, poder-se-á dizer, um “falso terceiro” perante a convenção arbitral³⁷. Deste modo, a questão que se deverá sempre colocar é a de saber quem é parte da convenção de arbitragem. Não é um caso de “extensão”, uma vez que a convenção não se estende³⁸.

O problema é, portanto, contratual e não processual³⁹, ou seja, não é um problema de intervenção de terceiros propriamente dito; verdadeiramente, nem é um problema específico da arbitragem, ou melhor, é um “falso problema”⁴⁰. Neste sentido, saber se e quando um não signatário se pode considerar vinculado pela convenção de arbitragem (ou por qualquer contrato) é algo que, muitas vezes, exigirá um cuidadoso esforço de interpretação do caso concreto – em particular, da vontade das partes e do não signatário aquando da celebração da convenção de arbitragem, bem como em momento posterior à mesma,

designadamente na execução do contrato. Conforme acertadamente referem vários autores, não existe, assim, uma solução única para este problema (não sendo possível proceder a generalizações); ele é “*fact specific*”, isto é, tem de ser determinado caso a caso, podendo a resposta variar em função das circunstâncias de cada situação concreta⁴¹.

O mesmo se poderá dizer, aliás, por referência ao problema das *arbitragens multicontratos*. Entre as muitas hipóteses abrangidas por estes casos, incluem-se, designadamente, aquelas em que um determinado sujeito está vinculado não pela mesma convenção de arbitragem das restantes partes, mas sim por uma convenção de arbitragem *compatível*, levantando-se então a questão de saber se o terceiro pode intervir nestas situações.⁴²

Não obstante as críticas que dirigimos, a verdade é que, em tese, a posição assumida no acórdão poderá não estar errada. Em todo o caso, esta é uma matéria em que têm de ser tomadas especiais cautelas e onde tem de ser dada uma grande atenção à factualidade do caso concreto – algo que, face à insuficiência de elementos factuais, não nos é possível aferir com o necessário rigor.

3. A EXCEÇÃO DE PRETERIÇÃO DE TRIBUNAL ARBITRAL VOLUNTÁRIO: INTERESSE EM AGIR E PROCEDÊNCIA DA EXCEÇÃO

I – Conforme referimos em sede introdutória, para além do tema (forte) da intervenção de terceiros, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/03/2016 defrontou-se, ainda, com alguns problemas adicionais, igualmente pertinentes e complexos. Um deles prendeu-se com a excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário. Em concreto: (i) com a questão do interesse em agir para arguir a referida excepção por parte dos réus que não assinaram a convenção de arbitragem; e (ii) com a questão da procedência da excepção – questões que iremos analisar de seguida.

³⁶ Ponto IV do sumário do acórdão sob anotação, correspondente ao texto de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 168 e 169.

³⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, cit., pp. 930 e 931, e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da condução do processo arbitral. Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vols. II e III, Lisboa, 2013, pp. 715 a 717.

³⁸ Sobre as mencionadas críticas, vejamos JEAN-FRANÇOIS POUDET / SEBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 211, GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 1414, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., p. 5, NATHALIE VOSER, “Multi-party disputes and joinder of third parties”, cit., pp. 370 a 372, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 253 e 254 (nota de rodapé n.º 1061).

³⁹ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 153.

⁴⁰ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 139.

⁴¹ Vide BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 139, “Non-signatories in International Arbitration...”, cit., pp. 351 e 358, e “Multiple parties and multiple contracts in international arbitration”, cit., pp. 47 e 68, ANNE MARIE WHITESELL, “Non-signatories in ICC Arbitration”, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 373 e 374, CARLA GONÇALVES BORGES / RICARDO NETO GALVÃO, “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 135, e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 195.

⁴² Sobre o problema das arbitragens multicontratos, vejamos BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations...*, cit., pp. 101 a 162, ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, cit., pp. 161 a 164, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Multiple parties and multiple contracts...”, cit., pp. 11 a 33, e JORGE MORAIS CARVALHO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais”, cit., pp. 134 a 142.

Na decisão em análise, as autoras suscitaram a falta de legitimidade para invocar a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral. O Tribunal da Relação do Porto, porém, sustentou que a legitimidade para arguir essa excepção aferia-se à luz do critério geral do artigo 30.º do CPC, concluindo assim que qualquer réu tem um “interesse directo” em invocar a excepção de incompetência absoluta, na medida em que é demandado e integra a relação jurídica material controvertida tal como o autor a definiu. Mais acrescentou que dos artigos 96.º e 97.º do CPC tão pouco resulta qualquer obstáculo à invocação dessa excepção por qualquer litisconsorte.

Contrariamente ao entendimento sufragado no acórdão em análise, a questão é, na verdade, mais controvertida do que à “primeira vista” poderia parecer. Tal como o Tribunal precisou, é necessário distinguir o plano da legitimidade (ou melhor do *interesse em agir*) para arguir uma excepção do plano da procedência dessa excepção. Ora, resulta dos artigos 97.º do CPC e 5.º, n.º 1, da LAV, que o conhecimento desta excepção não pode operar *ex officio*, cabendo a sua arguição às partes.

A razão de ser desta solução é simples: tal como está na disponibilidade das partes retirar a jurisdição aos tribunais estaduais⁴³, mediante um ato da sua autonomia privada (a convenção de arbitragem), também fica em seu poder a revogação desse acordo, devolvendo a jurisdição ao Estado⁴⁴. Por isso, a propositura de uma acção que pretira uma convenção de arbitragem, confere ao réu demandado a *faculdade* (em rigor, o *onus*) de invocar essa excepção dilatória⁴⁵. Está aqui em causa, portanto, a natureza contratual das cláusulas compromissórias⁴⁶. A preterição de tribunal arbitral voluntário num processo estadual, mais não é do que o reconhecimento por parte desse tribunal estadual de que as partes que lhe podiam ter subtraído a sua jurisdição por meio de um contrato, a vieram restabelecer por meio de um ato concludente tácito de sinal inverso.

Neste sentido, poderá entender-se que nem todas as partes poderão invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral junto de um tribunal estadual, mas apenas as “partes interessadas”⁴⁷. Foi isso que sucedeu, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/07/2016, no qual se decidiu que o conhecimento desta excepção “depende de arguição *da parte interessada*, determinante da absolvição do Réu da instância,

como se retira da articulação do disposto nos artigos 96º, alínea b), 99º, n.º 1, 576º, n.º 2 e 578º, todos do Código de Processo Civil.”⁴⁸. A título de exemplo, facilmente se percebe que o autor não poderá ser “parte interessada”, pois este ao intentar a acção nos tribunais estaduais já prescindiu da convenção de arbitragem⁴⁹. Por esta razão, o legislador, no artigo 5.º, n.º 1 da LAV, refere-se apenas ao réu.

Ora, quererá isto dizer que qualquer réu pode invocar em juízo uma convenção de arbitragem, mesmo quando não alegue (nem prove) que esta lhe é aplicável a si e ao litígio em disputa?

No presente caso, como existia um litisconsórcio voluntário (activo e passivo), a procedência da excepção dilatória por preterição de tribunal arbitral por cláusula compromissória celebrada entre as autoras e a 3.ª Ré, só poderia originar a absolvição da instância dessa ré, e nunca dos demais litisconsortes. Note-se que, em diante, assumimos, para este efeito, que os demais réus não estavam abrangidos pela convenção de arbitragem questão sobre a qual não podemos tomar posição pelas razões atrás mencionadas. Quanto a esses réus não abrangidos pela convenção de arbitragem, importa recordar que, nos termos do artigo 35.º do CPC, a sua posição processual é independente dos demais litisconsortes. Deste modo, não podendo esses réus retirar qualquer vantagem material ou processual da arguição dessa excepção, poderá entender-se que não gozavam de qualquer *interesse (processual) em agir*. Atendendo ao elemento teológico dos artigos 97.º do CPC e 5.º da LAV – deixar na disponibilidade das partes que se vincularam à convenção de arbitragem a *faculdade* ou o *onus* de a revogarem – coloca-se a questão de saber se não deverá interpretar-se restritivamente o artigo 97.º, n.º 1 do CPC, entendendo “partes” como “partes interessadas”, em linha com o artigo 130.º do CPC que proíbe atos processualmente inúteis.

Por outro lado, note-se que o réu que não seja parte da convenção de arbitragem (não estando vinculado pela mesma) ao invocar a excepção de preterição do tribunal arbitral poderá, com isso, estar a “atropelar” a vontade do outro réu em recorrer aos tribunais estaduais, revogando tacitamente a convenção de arbitragem (direito que lhe assiste)⁵⁰. Razão pela qual, mais uma vez, se afigura controvertida a possibilidade de qualquer réu

⁴³ Sobre a diferença entre jurisdição e competência, vide JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, in ROA, Ano 58.º, III, pp. 1126 e 1127.

⁴⁴ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª ed., vol. I, 2014, pp. 200 e 201, e JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1124, 1127 e 1128.

⁴⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120, JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., pp. 1120, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 101.

⁴⁶ Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *A arbitragem voluntária em Portugal*, in O Direito, 1992, IV, pp. 541 ss., e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Algumas implicações da natureza jurídica da convenção de arbitragem*, in Estudos em homenagem à Professora

Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, 2002, vol. II, pp. 625 ss. Na doutrina estrangeira, vide PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 11 ss.

⁴⁷ Vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 89.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/07/2016 (Relator Ezagúy Martins, processo 508/14.0TBLNH-A.L1-2), in <http://www.dgsi.pt/>.

⁴⁹ Parecendo apontar neste sentido, vide MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 166, referindo-se apenas ao “demandado”, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120, defendendo que a invocação só cabe “à outra parte” que interpôs a acção no tribunal estadual.

⁵⁰ Cfr. Ponto 4 da presente anotação.

poder invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário.

Note-se que por “interesse em agir” não nos referimos ao interesse em agir do réu de estar em juízo e em se opor à procedência do pedido, o qual configura um pressuposto processual cuja falta determina a absolvição da instância⁵¹. Aqui estará apenas em causa um *interesse (processual) em agir* das partes, não de estarem em juízo na acção, mas de poderem deduzir incidentes processuais que, nos termos do artigo 130.º do CPC, têm de ser úteis para a sua posição material e/ou processual.

Em suma, parece-nos que só existiria interesse processual em arguir esta excepção, se os réus tivessem invocado a preterição de tribunal arbitral alegando a existência de uma convenção de arbitragem que lhes fosse *aleadamente* aplicável, *i.e.*, cuja procedência pudesse alterar a sua instância e não apenas de outro litisconsorte. Esta questão do interesse processual surge, frisamos, a montante de saber se essa excepção seria ou não procedente.

II – Ainda no âmbito da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário, uma segunda ordem de considerações se impõe a respeito da decisão de o acórdão ter julgado a excepção procedente.

O Tribunal da Relação do Porto, na sua fundamentação, começou por explanar que dos artigos 5.º e 18.º da LAV resulta que “os árbitros são, assim, os primeiros juizes da sua competência, estabelecendo-se uma regra de prioridade cronológica quanto à tomada de decisão sobre a competência” sobre os tribunais estaduais. Citando o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012⁵², o Tribunal da Relação do Porto concluiu, assim, que quando uma acção seja proposta nos tribunais estaduais, estes devem-se limitar “a verificar a excepção de preterição do tribunal arbitral e absolver da instância ou julgar improcedente essa excepção, mas sempre na base de que o tribunal estadual apenas pode decidir pela incompetência do tribunal arbitral nos casos de inexistência, nulidade, ineficácia (nulidade relativa) da cláusula compromissória”.

Atento o caso concreto, esta formulação não é totalmente feliz, pois não está aqui em causa o conhecimento da incompetência do tribunal arbitral (que nem se havia constituído), mas sim o conhecimento da nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção de arbitragem. Ora, o efeito negativo da convenção de arbitragem dita que os tribunais estaduais não podem conhecer do litígio objecto dessa convenção⁵³, salvo nos casos de nulidade, ineficácia ou inexequibilidade manifesta, conforme resulta do dispõe o artigo 5.º, n.º 1, da LAV. Dito de outro modo, para salvaguardar o princípio da “*Kompetenz-Kompetenz*”⁵⁴, em princípio basta que as partes demonstrem com um grau de *plausibilidade*⁵⁵ a existência e a vinculação a uma convenção de arbitragem para dirimir um certo litígio, para que o tribunal estadual se abstenha de julgar a validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem antes de um tribunal arbitral se ter pronunciado sobre a questão. Quer-se com isto dizer que decorre do artigo 5.º, n.º 1, e do artigo 578.º ambos do CPC que o réu tem o *onus de alegar e provar* a existência de uma convenção de arbitragem “susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor”⁵⁶, o que, neste caso, pela factualidade que conhecemos, parece-nos que o Tribunal da Relação do Porto não estava em condições de concluir quanto a todos os réus.

Como se viu, e resultou dos factos dados como assentes pelo tribunal, existiam três convenções de arbitragem que vinculavam apenas as autoras, a 2.ª e a 3.ª Ré. É, portanto, com alguma perplexidade que constatamos que o Tribunal, por um lado, refere que a cláusula compromissória com maior enfoque no caso era a que vinculava as autoras e a 3.ª ré contida no contrato cujo incumprimento havia sido invocado (Contrato de Opção de Venda de Acções), mas parece acabar por concluir que todos os réus estavam obrigados a intervir na arbitragem independentemente de serem partes nas convenções de arbitragem.

O Tribunal da Relação do Porto, demitiu-se da tarefa de conhecer da “existência de várias convenções de arbitragem, nos contratos invocados pelas Autoras” que fossem susceptíveis de “prejudicar a procedência da matéria da preterição do tribunal arbitral” a fim de definir, com exactidão, quais dos réus eram afinal

⁵¹ Sobre o tema, vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 97 e ss., e ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., 3.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 262 a 264.

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012 (Relatora Albertina Pedroso, processo 477/11.8TBACN.C1), in <http://www.dgsi.pt/>.

⁵³ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 402 ss.

⁵⁴ O princípio da “*kompetenz-kompetenz*” não significa, note-se, que os tribunais arbitrais gozam do poder exclusivo de decidir sobre a sua própria competência. Significa antes que estes gozam de poderes plenos para serem os primeiros juizes da sua própria competência, não sendo necessariamente os últimos. Assim, vide FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 400 e 401. Sobre este importante princípio, veja-se, por exemplo, JENS-PETER LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3.ª ed., Verlag Dr. Otto

Schmidt, Colónia, 2008, pp. 187 a 189, KARL HEINZ SCHWAB / GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*, 7.ª edição, Verlag C. H. Beck / Helbing & Lichtenhahn, Munique, 2005, pp. 48 e 49, ROLF A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 5.ª edição, NJW Praxis, Verlag C. H. Beck, Munique, 2012, p. 85, e, entre nós, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 133 a 142, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, Lisboa, 2013, pp. 291 a 325, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 134 e 135.

⁵⁵ Vide JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1123.

⁵⁶ Vide JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1124.

parte na convenção de arbitragem que cobria o litígio sindicado junto desse tribunal.

Face ao exposto, pela factualidade que nos é dada a conhecer, é no mínimo controverso que a convenção de arbitragem celebrada entre as Autoras e a 3.^a Ré abrangesse também o 1.^o Réu, a 2.^a Ré e a 4.^a Ré. Permanece, portanto, a (forte) dúvida de saber se o Tribunal da Relação do Porto não devia ter antes concluído pela manifesta inaplicabilidade da convenção de arbitragem, nos termos do artigo 5.^o, n.º 1, da LAV.

4. DA REVOGAÇÃO TÁCITA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR REVELIA DO RÉU

Outro problema igualmente pertinente prende-se com a questão suscitada pelas autoras de que a revelia da 3.^a ré havia acarretado a revogação tácita da convenção de arbitragem invocada pelos demais réus – questão esta que o Tribunal da Relação do Porto não chegou a endereçar, sendo a fundamentação do acórdão completamente omissa quanto aos efeitos da revelia. Fica, assim, a dúvida de saber se o Tribunal ao conhecer da sua incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral e absolvendo todos os réus da instância, terá aplicado o disposto no artigo 568.^o, a) do CPC, determinando a revelia inoperante da 3.^a ré.

Quanto à questão de saber se a revelia de um réu que seja parte em convenção de arbitragem importa a revogação tácita desta, importa, desde logo, lembrar que do artigo 5.^o, n.º 1 da LAV, conjugado com o artigo 97.^o do CPC, resulta que a não invocação da preterição de tribunal arbitral pelo réu após o momento da prolação do “seu primeiro articulado sobre o fundo da causa” importa a revogação tácita dessa convenção de arbitragem. Como já o dissemos⁵⁷, o legislador decidiu deixar na disponibilidade das partes tanto a celebração destas cláusulas como a sua revogação que, nos termos do artigo 217.^o do CC, tanto poderá ser expressa como tácita. Tanto assim é que a propositura de acção pelo autor num tribunal estadual conjugada com a não invocação da excepção dilatória pelo respectivo réu, consubstancia uma revogação tácita da convenção de arbitragem⁵⁸, devolvendo o exercício do poder jurisdicional aos tribunais estaduais. Importa também lembrar que o “efeito

negativo” da convenção de arbitragem consiste na *faculdade* de invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral⁵⁹ diante dos tribunais estaduais, existindo um *onus de invocação da sua preterição*⁶⁰.

Com a ressalva de que a solução ao problema enunciado não é líquida, temos por certo, portanto, que a não invocação atempada da preterição de tribunal arbitral importará a revogação tácita da convenção. Resta, pois, saber *até que momento processual pode um réu revel arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral*.

Em primeiro lugar, o artigo 567.^o, n.º 1, do CPC, quanto à cominação da revelia, refere-se aos “factos articulados pelo autor” e não à (in)existência de excepções dilatórias no geral. Importa, portanto, ter presente a distinção entre factos e excepções dilatórias (que são, diríamos, qualificações jurídicas de factos)⁶¹. Quer isto dizer que o efeito de confissão tácita da revelia não poderá ter o alcance de o réu revel confessar a não preterição de tribunal arbitral ou a inexistência de quaisquer outras excepções dilatórias. Apenas poderá acarretar a confissão dos factos que sustentam essas excepções. Mesmo que assim não se entendesse, como ensina Lebre de Freitas, o aproveitamento da contestação dos réus contestantes ao réu revel não vale no que toca à “impugnação de factos que, por só respeitarem ao revel, o réu contestante não tem interesse em contradizer”⁶², sendo que, como referimos antes, é controverso que os réus contestantes tivessem algum interesse processual legítimo em provocar a absolvição da instância da 3.^a ré revel.

A isto acresce que o prazo para arguir a excepção dilatória de incompetência absoluta, ao abrigo do artigo 97.^o do CPC, finda com a prolação de sentença de mérito⁶³. Segundo Lebre de Freitas, o artigo 97.^o do CPC, conjugado com o artigo 573.^o, n.º 2, do CPC, permite que esta excepção dilatória seja conhecida posteriormente à contestação⁶⁴. Assim, poderá eventualmente sustentar-se que o réu revel pode, ainda, arguir a existência de excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral aquando da alegação por escrito prevista no artigo 567.^o, n.º 2, do CPC, caso o facto que essa excepção tem por base (*i.e.*, a existência de cláusula compromissória) já constasse do processo, conforme exige o artigo 573.^o, n.º 2, do CPC⁶⁵. Esta solução parece estar,

⁵⁷ Vide Ponto 3. da presente anotação.

⁵⁸ Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, cit., p. 182; JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., pp. 1115-1132 (em especial, 1124); MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, cit., p. 47; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 89 e FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 405 e 441 a 442. Na jurisprudência, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014, (Relator García Calejo, processo 232/06.8TBBRR.L2.S1), in <http://www.dgsi.pt/>.

⁵⁹ Vide RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, pp. 379 ss e 391 ss. Na doutrina estrangeira, vide FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 381 ss.

⁶⁰ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120, JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1120, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem...*, cit., p. 101.

⁶¹ Sobre a diferença entre a invocação de excepções dilatórias e a arguição dos factos em que essas se baseiam, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum: à luz do código de processo civil de 2013*, 3.^a ed., Coimbra Editora., pp. 97-98 e 107.

⁶² Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., p. 90 (em nota).

⁶³ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.^a ed., vol. II, 2017, p. 201.

⁶⁴ Neste sentido, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., p. 97 (em nota).

⁶⁵ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum...*, cit., pp. 97-98 e 107.

aliás, em sintonia com a letra do artigo 5.º, n.º 1, da LAV, o qual não se refere à contestação do réu, mas sim ao “seu primeiro articulado sobre o fundo da causa”.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência não se tenham pronunciado directamente sobre esta questão, Menezes Cordeiro refere que o prazo de invocação da convenção de arbitragem termina com o “primeiro articulado do interessado” e que “depois da contestação ou equivalente” essa convenção “não mais pode ser invocada, salvo superveniência admissível”⁶⁶, o que parece ir ao encontro do que aqui se escreveu. Já Lebre de Freitas, em linha com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014⁶⁷ conclui que o réu só pode arguir esta excepção “no prazo da contestação”⁶⁸, o que parece fechar a porta à invocação da excepção aquando da alegação por escrito do réu revel.

Em todo o caso, para quem logre defender uma solução contrária, isto é, de que a revelia importa automaticamente a revogação tácita da convenção de arbitragem, findo o prazo para contestar, apenas notamos que dificilmente se descortina qual a permissão legal para atribuir ao silêncio (do réu revel) um valor declarativo para revogar a convenção de arbitragem à qual se vinculou, como exige o artigo 218.º do CC. Nem se diga que essa norma seria o artigo 567.º do CPC, pois já sabemos que esta se refere apenas a factos, e tão pouco parece bastar o artigo 5.º, n.º 1 da LAV que se refere ao “primeiro articulado sobre o fundo da causa” e não à contestação.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E DO DIREITO DE ACESSO AO DIREITO E TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA

Uma última questão, por fim, merece um destaque especial no nosso comentário: referimo-nos à alegada inconstitucionalidade por violação do princípio do dispositivo e do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva.

No presente caso, as autoras alegaram que o recurso à jurisdição estadual (e, conseqüentemente, a preterição do processo arbitral) era indispensável para fazerem valer em juízo,

contra todas as partes, o direito de que se arrogavam, sob pena de violação dos princípios do dispositivo e do direito de acesso ao direito. Muito embora o Tribunal da Relação não se tenha pronunciado sobre esta questão, e não cabendo neste comentário uma análise detalhada do tema, iremos apenas destacar alguns pontos:

a) Num sistema de fiscalização da constitucionalidade como o nosso em que não existe a figura da “queixa constitucional” ou do “recurso de amparo”, a mera invocação da violação da Lei Fundamental desacompanhada da identificação das normas (ou interpretações normativas) ilegais ou inconstitucionais aplicadas pelo tribunal *a quo* - como fizeram as autoras - nunca seria suficiente para desencadear o processo de fiscalização concreta da constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional⁶⁹. Contudo, nem por isso deixaria o tribunal de 2.ª instância de estar obrigado a não aplicar normas ou proferir decisões que violem direitos fundamentais.

b) Contudo, apenas o direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva consubstancia um direito fundamental (de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, adiante-se⁷⁰) consagrado no artigo 20.º da CRP. Já o princípio do dispositivo, quando muito, goza de uma protecção constitucional residual⁷¹.

c) Configurando esta acção um litisconsórcio voluntário activo e passivo, tem-se que a negação da possibilidade das autoras de obter junto de um só tribunal (estadual ou arbitral) a condenação de todos os réus advém de um ato da sua autonomia privada (a cláusula compromissória) e não de uma qualquer violação pelo tribunal estadual do seu direito fundamental de acesso à Justiça.

d) Segundo o Tribunal da Relação do Porto, com a absolvição da instância dos réus, o acesso ao direito nunca sairia prejudicado, pois a extensão da força do caso julgado formado nas acções em que o tribunal judicial se declara incompetente por preterição de tribunal arbitral, obrigará o tribunal arbitral a reconhecer a sua própria competência⁷², sob pena de nenhum

⁶⁶ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 120.

⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014, (Relator Garcia Calejo, processo 232/06.8TBRR.L2.S1), in <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁸ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 580.

⁶⁹ Sobre o tema, vide MARIA LÚCIA AMARAL, *Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (uma Lição de Direito Público Comparado)*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 a 499, e CARLOS LOPES DO REGO, *Os recursos de fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 2010, Almedina, Coimbra, pp. 31 e ss.

⁷⁰ Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 178

⁷¹ Ainda que o princípio do dispositivo não tenha guarida expressa enquanto direito fundamental, e apesar de o direito de acesso ao direito (artigo 20.º da CRP) conferir ao legislador ordinário um amplo espaço para determinar os poderes de cognição dos tribunais (cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*

Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 438 e 439), parece-nos que a observância mínima do princípio do dispositivo decorre não só desse direito fundamental como também do princípio da liberdade ou da autonomia privada. Em termos próximos, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vols. II e III, Lisboa, 2013, p. 615.

⁷² Neste sentido, na vigência do anterior CPC, veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 134 e 135, e A *Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex-Edições Jurídicas, 1994, p. 135. No actual CPC, a violação de convenção de arbitragem passou a ser considerada um caso de *incompetência absoluta*, nos termos da alínea b) do artigo 96.º – alínea que compreende a preterição do tribunal arbitral necessário e a violação de convenção de arbitragem, previstas na alínea j) do artigo 494.º do anterior CPC. A propósito desta alteração legislativa, vejam-se JOÃO CORREIA / PAULO PIMENTA / SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 27, PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA

dos tribunais se considerar competente para apreciar o litígio. A verdade, porém, é que este entendimento não é pacífico na doutrina, existindo quem defenda – a nosso ver com razão – que o tribunal arbitral pode ainda assim julgar a sua incompetência, devendo, nesse caso, o tribunal estadual admitir a propositura de uma nova acção⁷³.

6. CONCLUSÃO

Conforme oportunamente salientámos em sede introdutória, várias foram as questões controversas com que o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2016 se deparou. Fruto desta complexidade, e não obstante a qualidade da decisão (que não cumpre aqui apreciar), várias foram também as críticas que lhe dirigimos. Com efeito, em certos momentos, o texto do acórdão parece revelar alguns aspectos menos claros em determinados temas de arbitragem.

Chegados a este ponto, importa recordar, sumariamente, algumas das principais críticas e observações que fizemos a este respeito:

- A intervenção de terceiros na arbitragem não pode ter lugar “independentemente de vinculação expressa na convenção arbitral”⁷⁴. O terceiro tem de estar vinculado à convenção de arbitragem para que possa intervir no processo arbitral (não tendo, porém, necessariamente, de ser signatário da mesma).
- A (alegada) possibilidade de qualquer réu poder invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário é controvertida, podendo entender-se que nem todas as partes poderão invocar a excepção de preterição de tribunal arbitral junto de um tribunal estadual, mas apenas as partes interessadas.
- O efeito negativo da convenção de arbitragem dita que os tribunais estaduais não podem conhecer do litígio objecto dessa convenção, salvo nos casos de nulidade, ineficácia ou inexecuibilidade manifesta, conforme resulta do dispõe o artigo 5.º, n.º 2, da LAV.
- No que se refere à (alegada) revogação tácita da convenção de arbitragem por revelia do réu, importa salientar o seguinte: (i) o não exercício do ónus de invocação da convenção de arbitragem devolve a jurisdição aos tribunais estaduais, funcionando a propositura da acção e a não invocação da excepção como comportamentos tácitos concludentes da sua

revogação; (ii) o réu revel só renuncia tacitamente à convenção quando preclui o seu ónus de a invocar em juízo; (iii) quanto ao apuramento do momento da preclusão desse ónus, propendemos a admitir que o réu ainda possa alegar essa excepção dilatória, ao abrigo do artigo 97.º do CPC, aquando da alegação por escrito prevista no artigo 567.º, n.º 2, do CPC, desde que o facto que esta excepção tem por base (i.e., a existência de cláusula compromissória) já constasse do processo, conforme exige o artigo 573.º, n.º 2, do CPC.

- Contrariamente ao entendimento defendido no acórdão, é controvertido que a extensão da força do caso julgado formado nas acções em que o tribunal judicial se declara incompetente por preterição de tribunal arbitral obrigue o tribunal arbitral a reconhecer a sua própria competência. Com efeito, será possível sustentar que o tribunal arbitral pode, ainda assim, julgar a sua incompetência, devendo, nesse caso, o tribunal estadual admitir a propositura de uma nova acção.

LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. 1, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 497, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “O novo Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem Voluntária”, *in* RIAC, APA, n.º 6 (2013), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 267 e 268, e ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, 3.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2015, p. 169 (anotação ao artigo 96.º).

⁷³ Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 181 e 182, e JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., pp. 1129-1130.

⁷⁴ Ponto III do sumário do acórdão sob anotação.