

O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA NA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA*

LINO DIAMVUTU

Pós-graduado

em Direito Comercial Internacional

SUMÁRIO:

1. Considerações preliminares
2. Âmbito, fundamento jurídico e efeitos do princípio da competência-competência
 - 2.1. Âmbito do princípio da competência-competência
 - 2.2. Fundamento jurídico do princípio da competência-competência
 - 2.3. Efeito positivo do princípio da competência-competência
 - 2.4. Efeito negativo do princípio da competência-competência
3. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência (ou incompetência)
4. Conclusão

Antes de mais, gostaria de agradecer o amável convite que me foi endereçado pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, para, neste Colóquio sobre “O Desenvolvimento da Arbitragem em Angola”, organizado no âmbito das comemorações do trigésimo aniversário desta Faculdade, dissertar sobre o princípio da competência-competência na arbitragem voluntária.

1. Considerações preliminares

A competência do tribunal é entendida como a medida do respectivo poder jurisdicional. *A contrario sensu*, existe incompetência do tribunal nos casos em que no seu âmbito de poderes jurisdicionais não cabe o de julgar certo litígio ou categoria de litígios¹.

* Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em 12 de Outubro de 2009.

¹ PRATA, Ana, Dicionário Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2005, p. 259.

A competência do tribunal arbitral pressupõe: (i) a existência de uma convenção de arbitragem válida e eficaz entre as partes; (ii) a arbitrabilidade do litígio cujo objecto deve ser abrangido pela convenção de arbitragem e (iii) a sua regular constituição.

É, precisamente, a problemática do controlo do poder jurisdicional dos árbitros que constitui o cerne da minha intervenção.

A Lei n.º 16/03, de 25 de Julho, sobre a Arbitragem Voluntária (LAV) dispõe no n.º 1 do seu artigo 31º, com a epígrafe “Decisão sobre a competência”, que:

“Compete ao Tribunal Arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, ainda que, para esse efeito, haja necessidade de apreciar, quer os vícios da Convenção de Arbitragem ou do contrato em que ela se insere, quer a aplicabilidade daquela convenção ao conflito”.

Esta disposição legal consagra no domínio da arbitragem voluntária o chamado princípio da *Kompetenz-Kompetenz*², Competência-Competência, *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction* ou *Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht*.

Com efeito, o tribunal arbitral, como qualquer outra jurisdição, pode e deve verificar, antes de mais, a sua competência para conhecer de determinado litígio submetido à sua apreciação. *A fortiori*, este controlo impõe-se quando a sua competência for contestada por uma das partes.

O princípio da competência-competência encontra, *prima facie*, a sua justificação no seguinte: invocando uma das partes litigantes a falta de competência do tribunal arbitral, seria necessário recorrer ao tribunal judicial para decidir se o diferendo, objecto da convenção arbitral, é ou não da competência do tribunal arbitral. A ironia é patente: para beneficiar da arbitragem, seria preciso submeter-se antecipadamente a um processo judicial,

² Vide a observação feita no ponto 2.1.A).

sendo necessário que o tribunal judicial tome uma decisão que reconheça a competência do tribunal arbitral³.

Assim sucedeu no passado. O princípio da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade da cláusula compromissória, e, conseqüentemente, sobre a sua própria competência, resultou de uma evolução. Inicialmente, entendia-se que a questão deveria ser analisada pela jurisdição estadual comum. Uma decisão da Corte de Cassação francesa de 1953 afirmou que: "*Le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire (...) doit être soumis aux juridictions de droit comum, seules compétentes pour en connaître*"⁴.

Posteriormente, considerou-se como incontroverso que "*il est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et de la validité de cette convention*"⁵.

Hoje, o princípio da competência-competência é consagrado em quase todas as legislações nacionais e internacionais sobre arbitragem. Excluindo a Convenção de Nova Iorque de 1958⁶ sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que não contempla qualquer disposição acerca da competência do tribunal arbitral de decidir sobre a sua própria

³ COSSIO, Francisco González de, "Compétence à la Mexicaine et à l'Américaine – Une évolution douteuse", in Les Cahiers de l'Arbitrage, Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 173.

⁴ Corte de Cassação francesa, JCP 1954.II.8293, j. 06.10.53; *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional, Renovar, 2003, p. 149.

⁵ Caso *Impex*, Revue de l'Arbitrage, 1968, p. 149.

⁶ O n.º 3 do artigo 2º da Convenção de Nova Iorque, de 1958 prevê que: "o tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se se verificar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação".

Esta disposição não consagra nem o efeito positivo, nem o efeito negativo do princípio da competência-competência. Tão somente impõe ao tribunal judicial que for chamado a pronunciar-se sobre o mérito da causa, o respeito da convenção de arbitragem. Nada diz sobre o controlo do poder jurisdicional do árbitro.

competência, temos, a título ilustrativo, o princípio reconhecido nos seguintes instrumentos jurídicos^{7/8}:

A Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) de 1985, dispõe no n.º 1 do seu artigo 16º que:

“O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória”.

No mesmo sentido, o Regulamento da Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, de 1998, prevê no n.º 2 do seu artigo 6º que:

“...se uma das partes formular uma ou mais exceções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da exceção ou das exceções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, “prima facie”, da possível existência de uma convenção de arbitragem conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal...”

A Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (CIRDI) de 1965, no n.º 1 do seu artigo 41.º estabelece que:

“Só o tribunal conhecerá da sua própria competência”.

⁷ No Acto Uniforme Relativo Ao Direito da Arbitragem da Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA) de 1994, o artigo 11º afirma que:

“O tribunal arbitral decide sobre a sua própria competência, incluindo quaisquer questões relativas à existência ou validade da convenção de arbitragem”.

⁸ Artigo 18º do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL.

No Direito francês, o artigo 1466^o do Novo Código de Processo Civil⁹ (NCPC) prevê, em termos inequívocos, que:

“Se, perante o árbitro, uma das partes contestar no seu princípio ou na sua extensão o poder jurisdicional do árbitro, compete a este último decidir sobre a validade ou os limites da sua investidura”.

A mesma regra vem prevista no artigo 1040^o do *Zivilprozessordnung* alemão (ZPO)¹⁰ de 1998:

“O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência , incluindo sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória integrada num contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato”.

O *Arbitration Act*¹¹ de 1996 reconhece, no direito inglês, através do seu artigo 30^o, n.º 1, o princípio da competência-competência, dispondo que:

⁹ Artigo 1466^o NCPC:

“Si, devant l’arbitre, l’une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l’arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture”.

¹⁰ Artigo 1040^o ZPO (Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence):

“1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d’un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

2. L’exception d’incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d’avoir désigné un arbitre ou d’avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L’exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l’un ou l’autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s’il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Si le tribunal arbitral estime qu’il est compétent, il statue sur l’exception visée à l’alinéa 2 en règle générale par une sentence intérimaire. Dans cette hypothèse, chaque partie peut, dans un délai d’un mois, après avoir été avisée de cette décision, demander une décision judiciaire. En attendant qu’il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence”.

¹¹ Artigo 30^o ARBITRATION ACT (Competence of tribunal to rule on its jurisdiction)

“1. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

2. Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part”.

“Salvo convenção contrária das partes, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, para apreciar:

- (a) se existe uma convenção de arbitragem válida;*
- (b) se o tribunal foi regularmente constituído, e*
- (c) sobre se as questões submetidas à arbitragem são de acordo com a convenção arbitral”.*

No novo regime italiano da Arbitragem, o princípio da competência-competência ficou plasmado nos artigos 817º, n.º 1 e 817º-bis do *Codice Di Procedura Civile* de 2006 . Por um lado, o n.º 1 do artigo 817º prescreve que:

“Se la validità, il contenuto o l’ampiezza della convenzione d’arbitrato o regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell’arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”.

Por outro, o artigo 817º-bis estipula que:

“Gli arbitri sono competenti a conoscere dell’eccezione di compensazione, nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell’ambito della convenzione di arbitrato”.

De igual modo, o Código de Processo Judiciário belga (CPJ) ^{12/13}, no seu artigo 1697º, n.º1, reconhece ao tribunal arbitral:

¹² Artigo 1697º CPJ:

“1. Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d’examiner la validité de la convention d’arbitrage.

2. La constatation de la nullité du contrat n’entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d’arbitrage qu’il contient.

3. La décision par laquelle le tribunal arbitral s’est déclaré compétent ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance qu’en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie. Le tribunal de première instance peut, à la demande de l’une des parties, se prononcer sur le bien-fondé de la décision d’incompétence du tribunal arbitral.

4. La désignation d’un arbitre par une partie ne la prive pas du droit d’invoquer l’incompétence du tribunal arbitral”.

¹³ Na Suíça, o princípio encontra-se consagrado pelo artigo 186º, n.º 1 da Lei Federal do Direito Privado Internacional, de 18 de Dezembro de 1987. Diz o texto da lei que: “O tribunal arbitral decide sobre a sua própria competência”.

Artigo 186º LDIP:

“1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence.

2. L’exception d’incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond.

3. En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente”.

“a competência para decidir sobre a sua própria competência e, para esse efeito, apreciar a validade da convenção de arbitragem”.

Nas legislações dos espaços lusófonos¹⁴, destaca-se que:

Em Portugal, o artigo 21º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto sobre a Arbitragem Voluntária (LAV) consagra o princípio da competência-competência nos seguintes termos:

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

No Brasil, o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem de 1996 determina que:

¹⁴ O princípio da competência-competência vem, também, plasmado no artigo 30º da Lei n.º 76/VI/2005, de 16 de Agosto, de Arbitragem Voluntária de Cabo Verde; no artigo 8º da legislação sobre arbitragem voluntária da Guiné-Bissau (Decreto-Lei n.º 9/2000) de 2 de Outubro, no artigo 27º do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho, de Macau, no 37º da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique e no artigo 21º da Lei n.º 9/2006, de 2 de Novembro, de Arbitragem Voluntária de São Tomé e Príncipe.

- Artigo 30º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária – Cabo Verde)

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

- Artigo 8º, n.º 1 (Decreto-Lei sobre a Arbitragem Voluntária – Guiné-Bissau)

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

- Artigo 27º, n.º 1 (Decreto-Lei sobre a Arbitragem Voluntária – Macau)

“O tribunal pode decidir *oficiosamente* sobre a sua competência, apreciando para esse efeito a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira”.

- Artigo 37º, n.º 1 (Lei de Arbitragem... – Moçambique)

“O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer excepção relativa à existência ou a validade da convenção de arbitragem”.

- Artigo 21º (Lei de Arbitragem Voluntária – São Tomé e Príncipe)

“O Tribunal Arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira ou a aplicabilidade da referida convenção”.

“Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Se o princípio da competência-competência é largamente reconhecido nas diversas legislações sobre a arbitragem, essa aparência de unanimidade dissimula, como observa EMMANUEL GAILLARD¹⁵, divergências profundas que analisaremos *infra*.

2. Âmbito, fundamento jurídico e efeitos do princípio da competência-competência

2.1. Âmbito do princípio da competência-competência

A) Distinção entre “Competência-Competência” e a expressão tradicional do Direito alemão “*Kompetenz-Kompetenz*”¹⁶

A expressão do Direito alemão “*Kompetenz-Kompetenz*” tem um significado tradicional substancialmente diferente, em matéria arbitral, do entendimento actual. Tradicionalmente, essa expressão significa que os árbitros têm competência para decidir *definitivamente* sobre a sua competência, sem possibilidade de revisão dessa decisão pelos tribunais judiciais. Interpretada desta forma, a expressão alemã “*Kompetenz-Kompetenz*” é hoje rejeitada, quer na Alemanha, quer noutros países¹⁷.

Da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência não pode decorrer que esta decisão seja definitiva. Geralmente esta decisão está sujeita a um controlo dos tribunais estaduais em sede da impugnação da decisão arbitral, e a grande maioria dos sistemas jurídicos não

¹⁵ GAILLARD, Emmanuel, *Revue de l'Arbitrage* 1995, p. 619; POUDRET/BESSON, op. cit., n.º 459, p. 410.

¹⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, n.º 651, p. 396.

¹⁷ *Ibid.*, n.º 651, p. 396.

admite uma renúncia das partes à impugnação da decisão com fundamento em incompetência do tribunal arbitral¹⁸.

Como veremos *infra*, a lei angolana consagra uma dupla via de impugnação da decisão arbitral proferida na arbitragem interna: a anulação e o recurso. A incompetência do tribunal é invocável em acção de anulação se a parte alegou oportunamente perante o tribunal arbitral e este considerou tal alegação improcedente.

Por conseguinte, alguns autores de renome acordam em considerar ambígua e inapropriada a utilização da expressão “*Kompetenz-Kompetenz*” no âmbito do Direito da Arbitragem¹⁹.

B) O princípio da competência-competência não deve ser confundido com o princípio da autonomia da convenção de arbitragem (*Separability* ou *severability*)

O princípio da autonomia da convenção de arbitragem significa que a validade da cláusula compromissória deve ser apreciada isoladamente em relação ao contrato principal no qual está inserida. Tem como consequência que o árbitro é competente, quer para decidir sobre a sua própria competência, quer para apreciar a existência ou a validade do contrato.

Entre nós, tal princípio consta do n.º 2 do artigo 4º da LAV, nos seguintes termos: “*A nulidade do contrato não implica a nulidade da Convenção de Arbitragem, salvo mostrando-se que aquele não teria sido celebrado sem a referida convenção*”.

Como afirma PIETER SANDERS²⁰, na falta de autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, o árbitro que admite a

¹⁸ LIMA PINHEIRO, Luís de, Arbitragem Transnacional – Determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, 2005, p.134.

¹⁹ JOLIDON, Pierre, Commentaire du Concordat Suisse sur l’Arbitrage, Berne: Staempfli, 1984, p. 185; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 651, p. 397; POUDRET/BESSON, op. cit., p. 407, nota de rodapé n.º 3.

nulidade do contrato principal deveria *ipso jure* negar a sua competência de tal forma que não poderia decidir sobre o mérito da causa, nem pronunciar a nulidade constatada. Deparar-se-ia face a um impasse que só seria resolvido através de um novo processo perante o tribunal judicial.

Noutras palavras, a autonomia significa que, se o árbitro constatar que o contrato principal é inválido, não perde por este motivo a sua competência. A competência-competência pode ser considerada como o instrumento processual do princípio da autonomia, que habilita o próprio árbitro a decidir sobre a nulidade do contrato principal²¹, mesmo que se trate de uma nulidade *ab ovo* do referido contrato principal.

No mesmo sentido, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN²² observam que os dois princípios não se confundem e têm cada um o seu significado próprio, existindo, no entanto, entre eles uma relação lógica. E, para PIETER SANDERS²³, os dois princípios têm fundamento na vontade presumida das partes de submeter ao árbitro, num processo único, todas as questões litigiosas, incluindo a decisão sobre a sua própria competência. Tal presunção justifica-se pelas cláusulas usuais em matéria da arbitragem internacional que se referem a todos os diferendos em relação ao contrato, incluindo a sua existência e validade.

Para finalizar este ponto, vale aqui transcrever o ensinamento do juiz STEPHEN SCHWEBEL, da Corte Internacional de Justiça: “*When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin of which survives any birth defect or acquired disability of the principal agreement*”²⁴.

²⁰ SANDERS, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, La Haye, 1999, p. 33.

²¹ POUDRET/BESSON, op. cit., n.º 166.

²² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 416.

²³ SANDERS, Pieter, op. cit., p. 33.

²⁴ SCHWEBEL, Stephen, The severability of the Arbitration Agreement, International Arbitration: Three Salient Problems, 1987, p. 5; *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 75.

Em material de arbitragens internacionais, merece destaque a decisão da Câmara Civil da Corte de Cassação francesa no caso *Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb v. Sté Dalico Contractors*. Tratava-se de um contrato que previa como lei aplicável a lei libanesa, sendo que o município libanês alegava que de acordo com a lei libanesa a cláusula arbitral não seria válida.

A Corte de Cassação francesa considerou que a existência e a eficácia de uma cláusula arbitral devem ser determinadas pela vontade das partes, não havendo necessidade de submissão a uma lei nacional²⁵.

2.2. Fundamento jurídico do princípio da competência-competência

A doutrina apresenta soluções divergentes relativamente à questão do fundamento do princípio da competência-competência. Para PIERRE MAYER, a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência fundamenta-se na aplicação extensiva ou analógica do princípio segundo o qual qualquer autoridade é competente para apreciar a sua própria competência ou ainda, na presunção segundo a qual as partes à convenção de arbitragem entenderam também submeter essa questão prévia (decisão sobre a competência do tribunal) aos árbitros²⁶.

Para FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN²⁷, o fundamento da competência-competência não reside na convenção de arbitragem, mas na lei do país onde a arbitragem decorre. Só por esta razão, pode-se justificar que o tribunal arbitral prossiga com o procedimento arbitral mesmo quando a existência ou a validade da convenção de arbitragem for contestada por uma das partes. O princípio da autonomia da cláusula compromissória permite afastar o argumento da nulidade da convenção de arbitragem pelo facto da invalidade do contrato principal, mas não permite ao tribunal arbitral prosseguir com a

²⁵ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 74.

²⁶ MAYER, Pierre, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, RCADI 1989-V, p. 339; POUURET/BESSON, Droit Comparé de l'arbitrage international, Bruylant Bruxelles-LGDJ-Schulthess, 2002, pp. 407-408.

²⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, op. cit., n.º 658, p. 400.

arbitragem quando a referida invalidade disser respeito à própria convenção de arbitragem. Isto só pode ser a consequência do princípio da competência-competência. O princípio da competência-competência permite, de igual modo, aos árbitros decidir sobre a invalidade da convenção de arbitragem e proferir sentença que declare a sua falta de competência, sem qualquer contradição. Com certeza, nenhum desses efeitos decorre da convenção arbitral. Se fosse o caso, estaríamos perante um círculo vicioso.

No mesmo sentido, sustenta o Prof. LIMA PINHEIRO²⁸ que a circunstância de a convenção de arbitragem não prejudicar a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência torna patente que a competência do tribunal arbitral não se fundamenta na convenção de arbitragem.

De acordo com o mesmo autor, a autonomia privada só poderia directamente produzir efeitos jurídicos, sem a mediação de Direito objectivo, se os particulares fossem titulares de um poder jurígeno “originário” ou “constituinte”, no sentido de uma fonte de criação de Direito que não seja, ela própria, regulada pelo Direito. A conduta negocial é necessariamente regulada pelo Direito e é o Direito que lhe atribui eficácia jurídica.

Assim, na arbitragem interna, a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência fundamenta-se no Direito objectivo, mormente, no regime local da arbitragem²⁹. Na arbitragem internacional, o fundamento desse princípio encontra-se no Direito estadual da sede da arbitragem ou no Direito Transnacional autónomo. Como releva FRANÇOIS RIGAUX³⁰, nas arbitragens CCI, o processo arbitral é regido pelo respectivo Regulamento de Arbitragem, independentemente de qualquer ordem jurídica estadual; “a sede parisiense da CCI não lhe confere a qualidade de uma instituição de Direito francês”. O sistema de arbitragem CCI é uma das ordens

²⁸ LIMA PINHEIRO, Luís de, op. cit., p. 133 e *passim*.

²⁹ No fundo, apesar da competência dos árbitros para decidir sobre a sua própria competência, resultar da existência, *prima facie*, da convenção de arbitragem (porque a questão não se colocaria sem ela), ela fundamenta-se no Direito objectivo.

³⁰ RIGAUX, François, *Droit International Privé*, vol. I, 2.^a ed., Bruxelas, 1987, pp. 142 e segs; *Idem*, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, RCADI 213, 1989, pp. 242 e seg.

jurídicas transnacionais particulares existentes e que, ao subscreverem uma cláusula de arbitragem CCI, as partes inserem-se voluntariamente na respectiva ordem institucional privada.

Por minha parte, subscrevo a posição defendida por FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, tal como ficou explicitada pelos Profs. RIGAUX e LIMA PINHEIRO.

2.3. Efeito positivo do princípio da competência-competência

O efeito positivo do princípio da competência-competência consiste, precisamente, na atribuição de competência ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio ou o dissídio. Deste ponto de vista, os diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais *supra* referidos reconhecem tal efeito positivo, mas nem todos consagram o seu efeito negativo, como veremos *infra*.

O Tribunal Arbitral é, mais frequentemente, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência para apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem, a arbitrabilidade do litígio ou a regularidade da constituição do tribunal arbitral. Passemos em revista cada um desses aspectos.

2.3.1. A existência e validade da convenção de arbitragem³¹

A) A problemática das cláusulas patológicas³²

³¹ Os requisitos da existência e validade da Convenção arbitral no Direito angolano, são fixados nos artigos 1º, 3º, 4º e 5º da LAV. Grosso modo, podemos identificar os seguintes aspectos:

- Arbitrabilidade objectiva segundo o critério da disponibilidade do direito (art. 1º)
- Arbitrabilidade subjectiva segundo se trate de pessoas singulares e colectivas de direito privado, ou do Estado e outras pessoas colectivas públicas (art. 1º);
- Celebração por escrito da convenção arbitral sob pena de invalidade (art. 3º);
- Especificação das relações litigiosas na convenção arbitral sob pena de nulidade (art. 4º);
- Regularidade da constituição do tribunal arbitral sob pena de caducidade da convenção arbitral (art. 5º).

³² GAILLARD, Emmanuel, La Jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'Arbitrage 2007, N.º 4, pp. 697 e seg.

A existência e validade da convenção arbitral para fundar a competência do Tribunal arbitral são, inúmeras vezes, questionadas por uma das partes litigantes quando se está em presença de cláusulas arbitrais ditas patológicas, podendo as mesmas ser defeituosas, imperfeitas ou incompletas.

Como aponta a Prof^a. SELMA LEMES, a redacção imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redacção imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem³³.

Essas cláusulas podem ser classificadas como cláusulas arbitrais inválidas ou susceptíveis de validade.

a) Cláusulas arbitrais inválidas

São inválidas as cláusulas redigidas de tal forma incongruente que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como as cláusulas que, apesar de receberem a denominação de cláusulas arbitrais, prevejam procedimento que mais se assemelha à *conciliação* ou à *mediação*, bem como, quando estabeleçam, na verdade, uma *avaliação pericial*.

As cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral³⁴.

b) Cláusulas susceptíveis de validade

(i) *Cláusulas arbitrais em branco ou vazias*

³³ LEMES, Selma M. Ferreira, “Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes”, in Reflexões sobre Arbitragem, Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 189 e segs.; FOUCHARD et alii, op. cit., p. 284; EISEMANN, Frederic, “Les clauses d’arbitrage pathologiques”, Essais in Memoriam Eugénio Minoli, Utet, 1974, p. 20.

³⁴ LEMES, Selma M. Ferreira, op. cit., p. 189.

São cláusulas arbitrais em branco ou vazias, as que não esclarecem a forma de eleição dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou *ad hoc*).

O exemplo mais corrente é o das cláusulas compromissórias redigidas nos seguintes termos:

“As partes acordam que quaisquer controvérsias surgidas deste contrato serão definitivamente resolvidas mediante arbitragem”.

No Direito angolano, a cláusula vazia pode ser salva. Pois, o n.º 2 do art. 7º da LAV prevê que, se as partes não tiverem designado o árbitro ou árbitros, nem fixado o modo da sua designação e não houver acordo entre elas sobre essa designação, cada uma das partes indica um árbitro, a menos que acordem que cada uma delas indique, em número igual, mais do que um, cabendo aos árbitros assim designados a escolha e designação do árbitro que completa a composição do Tribunal.

(ii) *Cláusulas arbitrais que indicam erroneamente, ou de modo insuficiente, a instituição arbitral*

Indicação errónea da instituição arbitral

No caso de arbitragens institucionais são frequentes as designações equivocadas quanto à denominação da instituição, em special as referentes à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em que as partes em vez de disporem que a arbitragem observará as regras da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, redigem cláusulas indicando a Câmara de Comércio de Genebra, a Câmara de Comércio Internacional de Londres, a Câmara de Comércio de Paris, Arbitragem em Genebra, conforme as regras CCI³⁵.

³⁵ A CCI, no sentido de permitir que a arbitragem seja impulsionada, faz análise ampla da proposição, que vai além das precisas palavras usadas pelas partes, no sentido de determinar se estas tinham a intenção de se referir a CCI. Dois factores em particular são verificados, conforme o costume presente na instituição. O primeiro é que as partes envolvidas são de nacionalidades diferentes e sem conexão com o lugar especificado na cláusula compromissória, a Corte pressupõe que a intenção das partes era de se referir a uma instituição internacional, em vez de nomear uma instituição doméstica. E a segunda e mais importante, a Corte verifica, em cada caso, se pode ser uma outra instituição em vez da CCI que as partes

Uma decisão da Corte de Apelação de Dresden, na Alemanha, decidiu a favor da validade de uma cláusula arbitral, embora ela estivesse mal redigida, na medida em que estabelecia que “all disputes arising in connection with the present contract shall be settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce of Viena”. A Corte alemã entendeu que a CCI era competente para administrar a disputa, e que a referência a uma cidade diversa de Paris – sede da CCI – não tornava a cláusula arbitral inválida, devendo a referência a Viena ser interpretada como uma indicação das partes de que a sede da arbitragem seria em Viena, mas que a arbitragem deveria ser conduzida de acordo com as Regras da Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris³⁶.

Indicação de modo insuficiente da instituição arbitral

A indicação da instituição arbitral é insuficiente quando a cláusula arbitral se limita a designar as regras de procedimento, sem especificar se a arbitragem decorrerá na instituição cujas regras processuais foram escolhidas pelas partes.

É o caso, no seguinte exemplo: “All disputes arising from this agreement shall be settled *according to ICC rules*”

Para que a arbitragem seja impulsionada, quando haja uma indicação errônea ou insuficiente da instituição arbitral, a CCI faz uma interpretação *in favorem validitatis*, aplicando os princípios (i) de interpretação de acordo com a boa-fé, (ii) do efeito útil ou da efectividade, (iii) de rejeição da interpretação estrita ou restrita, (iv) de interpretação da indicação equivocada da instituição arbitral como erro material e verificação dos documentos pré-contratuais, e (v) de interpretação *pro validate*³⁷.

tiveram a intenção de se referir. Na falta de outra instituição que a cláusula pudesse claramente se referir, a Corte prefere construir uma interpretação própria para a cláusula arbitral, em vez de recusar a arbitragem desde o começo. Vide LEMES, Selma M. Ferreira, op. cit., p.194; DERAINS, Yves & SCHWARTZ, Eric, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, The Hague, Kluwer, 1998, p. 90.

³⁶ *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 72.

³⁷ LEMES, Selma M. Ferreira, op. cit., pp. 195 e segs.

(iii) *Cláusulas arbitrais contraditórias*

São contraditórias as cláusulas arbitrais que prevêm a arbitragem e, no mesmo documento ou em apartado, indicam o foro judicial para dirimir certo litígio. As duas cláusulas não se coadunam, ao contrário, elas se repelem. Ao pactuarem uma cláusula arbitral e uma cláusula de eleição de foro num mesmo contrato, surge a dúvida sobre qual seria a real intenção das partes.

No caso CCI n.º 11.559³⁸, o tribunal arbitral deparou-se com essa questão. O contrato possuía as duas cláusulas:

“Cláusula 92^a – Da arbitragem – Todas as controvérsias que derivem da execução ou interpretação do presente Contrato serão definitivamente resolvidas de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional, por três árbitros nomeados conforme essas Regras. A Lei a ser aplicada é a Brasileira. O local da arbitragem será em local a ser mutuamente acordado pelas Partes; no entanto tal local não poderá ser na República Federativa do Brasil ou nos Estados Unidos da América. Caso as partes não consigam acordar sobre o local da arbitragem, então tal local será determinado de acordo com as Regras.

Cláusula 93^a – Do Foro – As partes contratantes elegem o foro da cidade de Brasília – DF, para solução de qualquer questão oriunda do presente Contrato, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”.

O tribunal arbitral acabou adoptando uma posição conciliatória, mas com prevalência da cláusula arbitral, nos seguintes termos:

“Melhor sorte não merece por sua vez a invocada contradição entre a convenção de arbitragem (cláusula 92^a) e a convenção de foro em Brasília (cl. 93^a), já que os princípios da conservação do negócio jurídico e do respeito da vontade das partes impõem a conciliação daquelas cláusulas no sentido que ficaram reservados, ao foro de Brasília, os procedimentos alheios ao âmbito da

³⁸ Vide DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 143.

arbitragem CCI, como é o caso de eventuais procedimentos cautelares ou do processo de execução de qualquer acórdão arbitral".

São ainda contraditórias, as cláusulas arbitrais que designam de forma imperativa duas instituições arbitrais.

Por fim, são contraditórias, as cláusulas arbitrais que prevêm a resolução de diferendos por uma instituição arbitral e indicam a aplicação do Regulamento de uma instituição arbitral diferente.

É o caso, no seguinte exemplo: "All disputes arising from the execution of or in connexion with the contract shall be settled through friendly negotiation between both parties. In case no settlement can be reached, the disputes shall be submitted to the Singapore International Arbitration Centre for arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect at the time of applying for arbitration by the three (3) arbitrators appointed in accordance with said Rules. The venue of Arbitration shall be Singapore"³⁹.

O *favor arbitrandum* tem levado a jurisprudência a permitir que as cláusulas contraditórias possam ser validadas se for manifesta a vontade das partes em recorrer à arbitragem⁴⁰.

(iv) *Cláusulas arbitrais ambíguas*

São cláusulas arbitrais cuja redacção indica a arbitragem para solucionar questões referentes à execução do contrato, podendo subentender-se que as questões surgidas e referentes à rescisão do contrato seriam excluídas.

³⁹ COSTA, Marina Mendes, A Arbitragem CCI nos Países Lusófonos – O interesse das Práticas CCI e o Controlo dos Riscos (www.arbitragem.pt).

⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel, La Jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'Arbitrage 2007, N.º 4, p. 704.

B) A problemática das cláusulas escalonadas⁴¹

As cláusulas escalonadas são aquelas que prevêm um procedimento duplo ou triplo de resolução de litígios (negociação entre as partes e arbitragem, conciliação/mediação e arbitragem, perícia e arbitragem).

Estamos perante cláusulas escalonadas nos seguintes exemplos:

“Toda controvérsia relativa ao presente contrato poderá ser resolvida amigavelmente por três (3) conciliadores, dois nomeados por cada uma das partes e o terceiro nomeado de comum acordo pelos dois primeiros. Entretanto, o dono da obra e o empreiteiro terão direito de submeter o litígio à Câmara de Comércio Internacional para ser resolvido definitivamente segundo o regulamento de arbitragem”.

“Caso qualquer das partes não se conforme com o parecer emitido por uma das comissões de peritos nos termos do artigo anterior, poderá, no prazo máximo de vinte (20) dias úteis contados da data em que o referido parecer lhe tenha sido comunicado, submeter o diferendo a um Tribunal Arbitral composto por três membros, um nomeado por cada parte e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as partes tiverem designado”.

No primeiro exemplo, pode-se colocar o problema da *prematividade* da arbitragem porque a apresentação do litígio perante o tribunal arbitral está condicionada à sua prévia submissão a conciliação/mediação. No segundo, pode-se levantar o problema da *tempestividade* da arbitragem se o réu alegar que, por força do que fora previamente acordado entre as partes, o autor deveria ter submetido o litígio à arbitragem até um certo limite temporal que o mesmo não observara, deixando caducar o seu direito⁴².

⁴¹ COSTA, Marina Mendes, A Arbitragem CCI nos Países Lusófonos – O interesse das Práticas CCI e o Controle dos Riscos (www.arbitragem.pt).

⁴² SAMPAIO, António Caramelo, “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto”, in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, p. 183.

Em meu entender, nestas duas situações, o tribunal arbitral poderá declarar a sua incompetência: no primeiro caso, por ter sido constituído de forma prematura e, no segundo, pelo facto da caducidade do *pactum de compromittendo*⁴³.

C) A problemática da extensão subjectiva dos efeitos da cláusula arbitral

A cláusula arbitral, como todo o negócio jurídico, em regra, só produz efeitos entre as partes que a celebraram. Todavia, embora com frequência se fale em extensão dos efeitos da cláusula arbitral a terceiros, não se trata aqui de saber se determinada pessoa sofrerá as consequências da convenção de arbitragem, mas sim quando uma pessoa deixará de ser terceiro para ser reputada parte e, conseqüentemente, estar vinculada à cláusula⁴⁴.

O tribunal arbitral é, frequentemente, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência nos casos de transmissão da convenção de arbitragem a terceiros, por se ter verificado uma cessão de posição contratual, uma cessão de créditos, uma sub-rogação legal ou convencional ou contratos sucessivos que operam a transmissão da propriedade da mesma coisa. Nessas situações, a jurisprudência tem aceite a extensão subjectiva dos efeitos da cláusula arbitral⁴⁵.

Persiste uma zona cinzenta onde o casuísmo impera, sobretudo, em casos envolvendo grupos de sociedades. A este respeito, a questão é bem resumida por CHARLES JARROSSON, citado por JACOB DOLINGER & CARMEN TIBURCIO⁴⁶:

⁴³ António Caramelo Sampaio considera que a decisão interlocutória incidirá sobre a inadmissibilidade do pedido em caso de prematuridade ou intempestividade do recurso à arbitragem. Vide SAMPAIO, António Caramelo, “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto”, in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, p. 183.

⁴⁴ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 185.

⁴⁵ Sobre esta matéria, vide DIAMVUTU, Lino, “Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in Revista Angolana de Direito, Ano 2 – N.º 2, Casa das Ideias, 2009, pp. 159 e segs.

⁴⁶ *Apud* DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., pp. 186 e segs.

“C’est l’histoire d’une mère et de ses filles: seule l’une d’elles a conclu une convention d’arbitrage, mais toutes se demandent si la mère, une fille ou une soeur peut utiliser la clause à son profit, ou bien risque de la voir invoquée par un tiers à son encontre”.

E continua:

“Telle est, en guise d’entrée en matière, la presentation brute de la question. Dresser l’état des lieux apporte une image pessimiste et paradoxale: les conventions d’arbitrage ont pour fonction de résoudre les litiges; or trop souvent, en matière de groupes de sociétés, il se trouve qu’elles sont elles-mêmes source de contentieux. Groupes de sociétés et conventions d’arbitrage feraient-ils mauvais ménage?”.

Note-se que para estender os efeitos da cláusula arbitral para sociedades não-signatárias, não basta a simples circunstância de estas fazerem parte do grupo societário de uma das partes signatárias. Todavia, os demais requisitos para a extensão não estão ainda claros nem na doutrina, nem nas jurisprudências arbitral e estatal. Com efeito, tem-se sempre buscado a análise das peculiaridades do caso concreto, geralmente em busca de comportamentos nos quais se possa fundar uma concordância implícita com a cláusula arbitral.

Finalmente, a extensão subjectiva dos efeitos da convenção de arbitragem pode dar-se por aplicação da cláusula da Nação Mais Favorecida. Esta questão foi debatida no Centro para Resolução de Litígios de Investimentos (CIRDI), no célebre caso *Maffezini v. Espanha*^{47/48}. Segundo o Relatório Global de Investimentos da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), de 2006, este caso é o único envolvendo um

⁴⁷ Emilio Agustín Maffezini (Claimant) and The Kingdom of Spain (Respondent), Case n.º Arb/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000; Award, 13 November 2000, Rectification of Award, 31 January 2001 (www.worldbank.org/icsid/). *Apud* DAIGREMONT, Claire Crépet, Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international, *in* Le Contentieux Arbitral Transnational relatif à l’Investissement, Anthemis, 2006, p. 126 e ss.

⁴⁸ DIAMVUTU, Lino, “Cláusulas de Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida nos Tratados Bilaterais de Investimento”, *in* Estudos de Direito Comercial Internacional, Edições Caxinde, 2008, p. 62 e segs.

investidor de um país em desenvolvimento e o governo de um país desenvolvido, e que foi ganho pelo argentino⁴⁹.

Em 1997⁵⁰, Emilio Agustín Maffezini, cidadão argentino, domiciliado em Buenos Aires (Argentina) apresentou um requerimento ao CIRDI, visando a instrução de um procedimento arbitral contra a Espanha por violação do Tratado Bilateral de Investimento concluído com a República de Argentina em 3 de Outubro de 1991.

Com efeito, o artigo X do referido Tratado possibilita o recurso a tal procedimento, subordinando, no entanto, o mesmo a uma acção prévia junto do tribunal interno competente e à condição de que nenhuma decisão sobre o mérito da causa fosse proferida num prazo de 18 meses. “(...) 2. If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it shall be submitted to the competent Tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made. 3. The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances: a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in paragraph 2 of this Article have been initiated, or if such decision has been rendered, but the dispute between the parties continues; b) if both parties to the dispute agree thereto. (...)”

Essas exigências não foram satisfeitas. Contudo, Maffezini recorreu à cláusula da nação mais favorecida do artigo IV, parágrafo 2 do Tratado Bilateral celebrado entre a Argentina e a Espanha, com vista a beneficiar de condições mais flexíveis do Tratado entre a Espanha e o Chile. Este último Tratado não impunha o recurso aos tribunais internos. Exigia tão-somente a observância de um prazo de 6 meses entre o surgimento do diferendo e o recurso ao Centro, para permitir a resolução amigável do litígio.

⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 229.

⁵⁰ 18 de Julho.

O requerente estimava que os investidores chilenos eram mais favorecidos em relação aos investidores de nacionalidade argentina e que a cláusula da nação mais favorecida inserida no Tratado Argentina - Espanha permitir-lhe-ia beneficiar desse tratamento mais favorável. A cláusula era assim formulada: “In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.”

Para refutar este argumento, a Espanha, contestando a competência do CIRDI, sustentou que tão-somente os aspectos substanciais do tratamento (*material economic treatment*), por oposição aos aspectos processuais, poderiam ser estendidos aos beneficiários de uma cláusula da nação mais favorecida.

O tribunal, presidido por FRANCISCO ORREGO VICUÑA, acolheu o argumento de Maffezini, declarando-se competente para conhecer do litígio submetido à sua apreciação⁵¹. Por conseguinte, como concluiu a CNUCED⁵², “the MFN (*Most-Favored-Nation*) clause may, against the intention of a contracting party, incorporate into the IIA (*International Investment Agreement*) containing this clause certain procedural or substantive rights from other IIAs.”

2.3.2. A arbitrabilidade objectiva do litígio

A competência do tribunal arbitral é delimitada pela arbitrabilidade do litígio. Por outro lado, o objecto do litígio deve ser abrangido pela convenção de arbitragem.

A controvérsia é arbitrável quando pode ser submetida à arbitragem voluntária⁵³. Deste ponto de vista, trata-se da arbitrabilidade objectiva ou *ratione materiae*. Do ponto de vista subjectivo, é preciso indagar se as partes

⁵¹ Uma análise dos diferentes TBIs rubricados por Angola revela a existência de uma cláusula idêntica para o recurso aos mecanismos de arbitragem internacional, a qual estabelece a observância de um prazo de 6 meses, contados da data em que uma das Partes em diferendo o tiver suscitado.

⁵² UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 29.

⁵³ LIMA PINHEIRO, Luís de, Direito Comercial Internacional, Almedina, 2005, p. 374.

na convenção de arbitragem estão habilitadas por lei, a celebrá-la (arbitrabilidade *ratione personae*).

Assim, o tribunal arbitral deve verificar – como juiz de sua própria competência – a arbitrabilidade da questão *sub judice* e a validade da cláusula arbitral.

Os dois critérios mais seguidos para a determinação da arbitrabilidade objectiva são o da disponibilidade do direito em causa e o da natureza patrimonial da pretensão. Nos direitos angolano e português⁵⁴, vigora o critério da disponibilidade de direitos (art. 1º LAV). Tal solução foi também retida na Bélgica (art. 1676º, al.1 CJB), Itália (art. 806º CPCI), Países Baixos (art. 1020º, al. 3 WBR), França (art. 2059º CCfr.), Suíça (art. 177º, al. 1 LDIP), etc.

A disponibilidade define-se como a faculdade de o titular de um direito renunciar ou transigir sobre o mesmo. São indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis. Trata-se, em regra, de matérias relativas ao estatuto pessoal, direito da família, direito penal, propriedade intelectual, falências e concordatas, e questões onde há desequilíbrio entre as partes, tais como alimentos, arrendamento, direito do trabalho e do consumidor⁵⁵. Finalmente, tem-se entendido não ser admitida a arbitragem, como regra, quando a matéria diz respeito à ordem pública, o que justifica o facto de alguns países excluírem a arbitragem em direito da concorrência.

Como notam JACOB DOLINGER & CARMEN TIBURCIO⁵⁶, nem todos os países interditam a arbitragem nessas hipóteses, e até mesmo dentre os que proíbem, há algumas questões atinentes a esses temas que podem ser dirimidas pela via arbitral. Vale isto por dizer que, nesses casos, as partes e os árbitros devem tomar todas as precauções possíveis para evitar que a decisão seja declarada nula ou não seja exequível.

⁵⁴ No direito português, é o art. 1º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

⁵⁵ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005, p. 376; POUURET/BESSON, op. cit., pp. 306 e segs.

⁵⁶ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 215.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁷ observa que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos não se afere instituto a instituto, mas deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido. A exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque a todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral.

Entre nós, em matéria de direito do trabalho, o artigo 304º da Lei Geral do Trabalho estatui que é lícito ao trabalhador, após a extinção da relação jurídico-laboral, renunciar total ou parcialmente, ao crédito que tenha sobre o empregador, bem como celebrar acordos de conciliação, de transacção e de compensação sobre os mesmos créditos. Entendo que também é possível a celebração de compromisso arbitral entre o empregador e o trabalhador, após a cessação do vínculo jurídico-laboral, quando o litígio tenha por objecto créditos salariais, embora o artigo 306º da referida Lei determine a competência dos Tribunais Provinciais, através da Sala do Trabalho, para conhecer e julgar todos os conflitos individuais de trabalho.

Em matéria de direito do consumidor, a alínea f) do artigo 16º (Cláusulas abusivas) da Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 15/03, de 22 de Julho, considera nula de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem. Por conseguinte, entre o fornecedor e o consumidor (destinatário final) só é possível a celebração do compromisso arbitral.

No direito francês, no âmbito do direito da família, os litígios relativos ao estado e à capacidade de pessoas são excluídos da arbitragem, assim como as questões relativas ao divórcio e à separação de pessoas. Não será possível confiar ao árbitro a resolução de uma questão de divórcio, de perfilhação ou de protecção de um incapaz.

⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos”, *in* I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2007, p. 86.

Contudo, a arbitragem volta a ser possível para a resolução de *litígios patrimoniais* relacionados com a incapacidade ou o estatuto familiar. Por exemplo, o tribunal arbitral pode decidir acerca da nulidade de um contrato celebrado por um incapaz (desde que a incapacidade não seja discutida) ou proceder à liquidação e partilha de bens do casal. Obviamente, só o compromisso arbitral é possível nestes domínios⁵⁸.

A natureza patrimonial da pretensão é a sua susceptibilidade de ser objecto de avaliação pecuniária.

Em regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos pessoais são indisponíveis. Mas há excepções. Por exemplo, a *alienação de bens de menores* tem natureza patrimonial mas não admite transacção, devido à sua sujeição à autorização judicial, sendo inidónea como objecto arbitral. Os *direitos de personalidade* são indisponíveis e irrenunciáveis. Contudo, o artigo 81º do Código Civil permite a celebração de negócios de personalidade^{59/60}. O litígio decorrente da revogação ou resolução unilateral desse negócio é idóneo como objecto arbitral, uma vez que a questão de indemnização dos prejuízos pelo titular do direito de personalidade que revogue intempestivamente a sua vinculação é de pura natureza patrimonial⁶¹.

⁵⁸ NOUGEIN/REINHARD/ANCEL/RIVIER/BOYER/GENIN, *Guide Pratique de l'Arbitrage et de la Médiation Commerciale*, Éditions du Jüris-Classeur, 2004, p. 15.

⁵⁹ Como observa Pedro Pais de Vasconcelos, Os mais importantes valores da personalidade são indisponíveis. A vida não pode ser trocada por dinheiro, nem é lícito o suicídio. Mas já é lícito que a pessoa se submeta voluntariamente a experiências médicas ou científicas das quais possa resultar perigo para a sua vida. E são mesmo muito valiosamente consideradas práticas voluntárias em que a vida é posta em perigo, por exemplo, por membros das forças armadas ou das forças de segurança, de serviços de salvamento, ou mesmo por médicos e outros intervenientes no tratamento de doenças contagiosas. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2005, p. 54 e segs.

⁶⁰ MANSO, Luís Duarte & OLIVEIRA Nuno Teodósio, *Teoria Geral do Direito Civil – Casos práticos resolvidos*, Quid Juris Sociedade Editora, 3.ª edição, 2007, p. 32.

⁶¹ Por exemplo, a celebração de um acordo escrito entre A e B nos termos do qual A aceita que qualquer actividade da escola de música de B possa funcionar a qualquer hora do dia e noite, sem limite de ruído, em contrapartida da utilização por A de um espaço da escola. Quando o titular do direito de personalidade revogue unilateralmente a sua vinculação, fica obrigado a indemnizar os prejuízos que com isso cause à outra parte.

Uma recente corrente doutrinária em Portugal⁶², defendida pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) tem preconizado a revisão do critério de arbitrabilidade dos litígios enunciado no artigo 1º da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto). Seguindo o exemplo da lei alemã⁶³ sobre a arbitragem, aprovada em 1998 e imediatamente integrada no Código de Processo Civil desse país, a APA apresentou um projecto de novo diploma sobre arbitragem no qual altera o critério de arbitrabilidade dos litígios, fazendo depender esta não já do carácter disponível do direito a submeter à arbitragem, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial, combinando, porém, também à semelhança do que fez a lei alemã⁶⁴, esse critério principal com o critério secundário de transigibilidade da pretensão em litígio, de modo que mesmo litígios que não envolvam interesses patrimoniais mas sobre os quais seja permitido concluir transacção possam ser submetidos à arbitragem^{65/66}.

Outras razões apresentadas podem ser, assim, resumidas:

(i) Para o Prof. MOURA VICENTE, o critério da disponibilidade dos direitos afigura-se hoje excessivamente restritivo e desajustado da confiança que os tribunais arbitrais merecem à sociedade. Recorde-se, a este respeito, que a Lei-Modelo Sobre a Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, prevê a admissibilidade da sujeição a arbitragem de quaisquer questões suscitadas por uma relação de natureza comercial, contratual ou extracontratual, independentemente de os direitos subjectivos disputados serem disponíveis ou não⁶⁷.

⁶² MOURA VICENTE, Dário, “Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de Arbitragem”, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2007, p. 79.

⁶³ Art. 1030º, n.º 1 ZPO.

⁶⁴ Art. 1030º - Arbitrabilité (ZPO):

“1. Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’une convention d’arbitrage. Une convention d’arbitrage portant sur des causes de nature non-patrimoniale entraîne des effets juridiques lorsque les parties sont libres de transiger sur l’objet du litige (...)”.

⁶⁵ Vide a Exposição de Motivos de Proposta de Lei da Arbitragem Voluntária, nº 3; www.arbitragem.pt

⁶⁶ Art. 1º da proposta de Lei:

“1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2. É válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre a pretensão em litígio (...)”.

⁶⁷ MOURA VICENTE, Dário, op. cit., p. 79.

(ii) Por outro, o *favor arbitrandum* tem levado a jurisprudência e as legislações de diversos países a um progressivo alargamento das matérias susceptíveis de serem decididas por árbitros, sem sujeição ao referido critério⁶⁸.

(iii) Para SAMPAIO CAMELO, o critério da disponibilidade tal como consagrado no artigo 1º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa apresenta dificuldades ao intérprete para saber se consagra um critério *forte* ou *fraco* de disponibilidade. A disponibilidade forte designa a possibilidade de renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente, ao passo que a disponibilidade fraca traduz-se na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação deste na esfera do seu titular⁶⁹.

Pelas razões acima expostas, inclino-me em aceitar que, *de lege ferenda*, se reveja o critério da arbitrabilidade no direito angolano sobre arbitragem, para conferir-lhe maior clareza e abrangência.

2.3.3. A regular constituição do tribunal arbitral

As questões referentes à regularidade da constituição do tribunal arbitral, prendem-se com a matéria da recusa e da substituição dos árbitros. Remete-se para os artigos 10º e 11º da LAV⁷⁰.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ CAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do Objecto de Litígio”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66º, 2006, III, p. 1261, citado por MENDES, Armino Ribeiro, Balanço dos Vinte anos de vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2007, p. 55.

⁷⁰ Artigo 10.º (Recusa) LAV

“1. Quem for convidado para exercer as funções de árbitro, tem o dever de dar imediato conhecimento de todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência. Esse dever de informação a ambas as partes mantém-se enquanto decorrer o processo arbitral.

2. Um árbitro designado só pode ser recusado quando existir circunstância susceptível de gerar fundada dúvida sobre a sua imparcialidade e independência ou se manifestamente não possuir a qualificação que tenha sido previamente convencionada pelas partes.

3. Uma parte só pode recusar um árbitro por si designado ou em cuja designação tenha participado, por motivo que apenas tenha conhecido após essa designação.

4. Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao Tribunal Arbitral, no prazo de oito dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do Tribunal Arbitral ou da data em que teve conhecimento de qualquer circunstância relevante, nos termos do n.º 2 do presente artigo e se o árbitro recusado não se escusar ou demitir, ou se a outra parte não aceitar a recusa, compete ao Tribunal Arbitral decidir sobre esta.

2.4. Efeito negativo do princípio da competência-competência

2.4.1. Consagração do efeito negativo da competência-competência nos diversos ordenamentos jurídicos

O efeito negativo do princípio da competência-competência traduz-se na *primazia* que têm os árbitros em relação à jurisdição estadual no conhecimento de questões relativas à validade, eficácia ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. Por outras palavras, o efeito negativo do princípio da competência-competência proíbe ao tribunal judicial ao qual uma parte tenha recorrido, quer para apreciação da competência do tribunal arbitral, quer para decisão do mérito da causa, apesar da existência de uma convenção de arbitragem, de decidir sobre as questões relativas à existência ou à validade desta, antes de o tribunal arbitral pronunciar-se sobre tais questões.

Conforme referido *supra*, existem divergências entre as diversas legislações nacionais e internacionais, no que diz respeito à consagração do efeito negativo do princípio da competência-competência.

A) Alguns ordenamentos jurídicos não reconhecem o efeito negativo do princípio da competência-competência.

Assim, a Lei-modelo da CNUDCI não reconhece o efeito negativo da regra competência-competência. O artigo 8º, n.º 1 dessa Lei admite que o tribunal em que seja proposta uma acção relativa a um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem rejeite a excepção fundada nesta convenção se verificar que ela é caduca, inoperante, ou insusceptível de ser executada, o que implica uma apreciação da validade da convenção de arbitragem.

5. Se for indeferida a arguição de recusa, a parte recusante pode, no prazo de quinze dias contados desde a comunicação do indeferimento, requerer ao tribunal ou à autoridade ou entidade referidas no artigo 14.º da presente lei, que decida sobre a recusa, sendo tal decisão insusceptível de recurso e na pendência deste pedido, pode o Tribunal Arbitral, incluindo o árbitro recusado, prosseguir com o processo arbitral e proferir decisões, salvo a decisão final”.

Artigo 11.º (Substituição de árbitros) LAV

“Se algum dos árbitros falecer, se escusar, for recusado ou ficar impossibilitado de forma permanente para o exercício das suas funções ou se a designação ou nomeação ficar sem efeito, procede-se à sua substituição, segundo as regras aplicáveis à designação ou nomeação com as necessárias adaptações”.

No direito alemão, o n.º 1 do artigo 1032º ZPO⁷¹ reconhece ao tribunal judicial, em termos inequívocos, a possibilidade de apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem se o demandado arguir a excepção de preterição de tribunal. O tribunal deve analisar a convenção arbitral para verificar se a mesma não é caduca, inoperante ou não susceptível de ser executada. O n.º 2 do citado artigo prevê a possibilidade de as partes numa convenção de arbitragem, antes da constituição do tribunal arbitral, intentar uma acção visando a constatação da admissibilidade ou inadmissibilidade da resolução do litígio por via arbitral. Finalmente, como forma de evitar manobras dilatórias da parte menos interessada na arbitragem, o n.º 3 do mesmo artigo, autoriza o tribunal arbitral, em qualquer dos casos acima referidos, a iniciar ou prosseguir o processo arbitral até ser proferida sentença.

O *Arbitration Act* inglês prevê no n.º 1 do seu artigo 32º a possibilidade de as partes a um procedimento arbitral, recorrer directamente ao tribunal judicial (*Court*) para a determinação da competência do tribunal arbitral, tendo este último a faculdade de prosseguir o processo arbitral e decidir sobre a sua competência. Por conseguinte, o tribunal judicial poderá apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem antes do tribunal arbitral, não sendo reconhecida a prioridade deste na apreciação de tais questões.

O n.º 1 do artigo 1679º CPJ belga⁷² não concede expressamente a prioridade ao árbitro, pelo facto de não restringir o poder de apreciação do tribunal judicial, ao controlo *prima facie* da convenção de arbitragem. O tribunal judicial poderá,

⁷¹ Artigo 1032º ZPO:

“1. Le tribunal saisi d’un différend sur une question faisant l’objet d’une convention d’arbitrage renverra les parties à l’arbitrage si le défendeur le demande au plus tard avant le début de l’audience sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que la dite convention est caduque, inoperante ou non susceptible d’être exécutée.

2. Avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d’une action afin de voir constater l’admissibilité ou l’inadmissibilité du règlement du litige par voie d’arbitrage.

3. Lorsque le tribunal est saisi d’une action visée à l’alinéa 1 ou 2, la procédure arbitral peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue”.

⁷² Artigo 1679º CPJ:

“1. Le juge saisi d’un différend faisant l’objet d’une convention d’arbitrage se déclare incompetent à la demande d’une partie, à moins qu’en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n’ait pris fin; l’exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de defense. (...)”

antes do tribunal arbitral, apreciar a validade da convenção de arbitragem. Nos termos do referido artigo:

“O juiz que for chamado a decidir sobre um diferendo, objecto de uma convenção de arbitragem, deve declarar-se incompetente a pedido de uma parte, a não ser que para aquele diferendo, a convenção não seja válida ou seja caduca; a excepção deve ser levantada antes de quaisquer outras excepções e meios de defesa”.

- B) Outras legislações nacionais estabelecem a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua competência em termos que excluem a possibilidade de esta decisão ser antecipada pelo tribunal judicial⁷³.

No direito português, o n.º 4 do artigo 21º dispõe que:

“A decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa e pelos meios especificados nos artigos 27º e 21º”

Seguindo a mesma orientação, o n.º 3 do pré-citado artigo 31º da LAV angolana estabelece que:

“A decisão do Tribunal Arbitral através da qual se declare competente para decidir a questão só pode ser apreciada pelo Tribunal Judicial depois de proferida a decisão arbitral, em sede de impugnação ou por via de oposição à execução, nos termos dos artigos 34º e 39º da presente lei”.

O tribunal judicial só pode apreciar a competência do tribunal arbitral depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa, em acção de anulação da decisão arbitral, em recurso da decisão arbitral e em oposição à execução da decisão arbitral.

⁷³ LIMA PINHEIRO, Luís de, Direito Comercial Internacional, Almedina, 2005, pp. 400 e segs.

No Brasil, o artigo 20º, parágrafo 2 prevê a decisão do tribunal arbitral sobre a competência só poderá ser examinada pelo órgão do poder judiciário competente, aquando da eventual propositura da demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral.

- C) O efeito negativo da regra competência-competência só é consagrado, de forma explícita, no direito francês.

De acordo com o artigo 1458º NCPC⁷⁴:

“Quando for proposta num tribunal estadual acção relativa a um litígio submetido a arbitragem, o tribunal deve considerar-se incompetente.

Se o litígio ainda não tiver sido submetido à arbitragem, o tribunal só não deve declarar-se incompetente se a convenção de arbitragem for manifestamente nula.

Nos dois casos, a jurisdição não poderá relevar de ofício a sua incompetência”.

O artigo 1458º NCPC só permite ao tribunal judicial uma apreciação *prima facie* da convenção de arbitragem, ou seja a constatação da sua manifesta nulidade ou não.

No caso *Tripcovitch SPA v. Sieur Jacques de Conick*, em que se discutia a validade de uma cláusula arbitral num contrato de natureza civil, a Corte de Cassação francesa anulou a decisão que havia sido proferida pela Corte de Apelação de Bordeaux que declarara a cláusula arbitral nula. A decisão estabeleceu que a jurisdição estatal é incompetente, a menos a título principal, para decidir sobre a validade da convenção de arbitragem. Segundo a Corte,

⁷⁴ Artigo 1458º NCPC:

“Lorsqu’un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompetente à moins que la convention d’arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d’office son incompetence”.

os árbitros devem analisar, em primeiro lugar, a validade da convenção de arbitragem⁷⁵.

O efeito negativo permite evitar manobras dilatórias do processo arbitral⁷⁶. Mas, o argumento mais sério a favor do efeito negativo da regra competência-competência é de, na arbitragem internacional, submeter o controlo da decisão sobre a validade da convenção de arbitragem à jurisdição da sede da arbitragem (Estado cujos tribunais são competentes para a impugnação da decisão arbitral) em vez da jurisdição dos juízes estaduais estrangeiros que possam ser chamados a decidir sobre a excepção de preterição de tribunal arbitral, evitando-se, deste modo, uma desarmonia de soluções em direito⁷⁷.

2.4.2. Efeito negativo, preterição do tribunal arbitral e litispendência⁷⁸

Está-se perante excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário quando o réu alega e prova que o autor ignorou a convenção de arbitragem existente para o litígio que submeteu ao tribunal judicial, ou dito de outra forma, quando alegue e prove que existe uma convenção de arbitragem susceptível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor⁷⁹. A excepção de preterição de tribunal arbitral não é de conhecimento oficioso.

Importa saber, neste caso, se o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário depende ou não da apreciação da validade da

⁷⁵ Vide DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, 2003, p. 149.

⁷⁶ Esta preocupação pode ser satisfeita por outra via: permitir que qualquer das partes do processo arbitral instaurado em primeiro lugar requeira ao tribunal judicial demandado posteriormente a suspensão da instância até à decisão definitiva sobre a competência do tribunal arbitral (seja ela proferida pelo próprio tribunal arbitral ou pelos tribunais estaduais competentes para a impugnação da decisão arbitral (LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 402; POUDRET/BESSON, op. cit., pp. 407 e segs.).

⁷⁷ POUDRET/BESSON, op. cit., p. 447.

⁷⁸ Art. 494º CPC angolano:

“ 1. São dilatórias, entre outras, as excepções seguintes:

...

f) A incompetência, quer absoluta, quer relativa, do tribunal;

g) A litispendência;

h) A preterição do tribunal arbitral;

...”

⁷⁹ REIS, João Luís Lopes dos, “A excepção de Preterição do Tribunal Arbitral”, ROA Ano 58 III, Dezembro 1998, pp. 115 e 1124.

convenção de arbitragem e, portanto, se o tribunal judicial absolver o réu da instância se essa decisão vincula o tribunal arbitral voluntário, demonstrando por isso, que o tribunal comum reconhece a validade da convenção de arbitragem; ou se, pelo contrário, o julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário se deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

No direito angolano, se uma das partes decide submeter ao tribunal judicial, um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, antes da instauração da instância arbitral, a *excepção de preterição de tribunal arbitral* dá lugar à remessa do processo para o tribunal arbitral. Em minha opinião, o controlo da validade da convenção de arbitragem pelo tribunal judicial só poderá limitar-se à verificação da sua não manifesta nulidade⁸⁰. Doutro modo, estaríamos perante a violação do artigo 31º da LAV. Por outro lado, a procedência da excepção de preterição do tribunal arbitral não implica o julgamento da competência do tribunal arbitral, mas tão-somente o julgamento da existência de convenção de arbitragem não manifestamente nula e, eventualmente, aplicável ao caso concreto.

Tal é o entendimento, na jurisprudência portuguesa, do Tribunal da Relação de Lisboa que, no seu Acórdão de 10 de Fevereiro de 2009⁸¹, decidiu que:

“1. No julgamento da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário, o tribunal deve satisfazer-se com a prova de existência de uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula.

2. A decisão do tribunal judicial só vincula o tribunal arbitral quando se verificar a manifesta nulidade da convenção de arbitragem. Caso contrário, vale o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro (art. 21º, n.º 1 da LAV⁸²). Se o tribunal arbitral se considerar incompetente, a acção pode ser novamente proposta no tribunal judicial que se deve considerar vinculado à decisão do

⁸⁰ Sobre esta questão, vide SOUSA, Miguel Teixeira de, A Recorribilidade das Decisões Arbitrais (Sep. O Direito 120), s.l., 1988, p. 576 e seg.; *Apud* LIMA PINHEIRO, Luís de, Direito Comercial Internacional, Almedina, 2005, pp. 400 e seg.

⁸¹ www.dgsi.pt

⁸² Trata-se da LAV portuguesa.

tribunal arbitral sobre a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o tribunal arbitral se considerar competente, a sua decisão não vincula o tribunal judicial, mas este só pode apreciar a questão depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa em acção de anulação, recurso ou oposição à execução da decisão arbitral (art.ºs 21º, n.º 4 e 27º, n.º 1, al. b) da LAV)...”

A litispendência pressupõe a repetição de uma causa. Há litispendência se duas (ou mais) causas estão simultaneamente pendentes⁸³. A excepção de litispendência tem por objectivo evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior. A litispendência é de conhecimento oficioso. Se determinado litígio for submetido ao tribunal judicial, posteriormente à constituição do tribunal arbitral, a *excepção de litispendência* permite a suspensão do processo no tribunal judicial até à decisão definitiva do tribunal arbitral sobre a sua própria competência ou sobre o mérito da causa. Neste caso, não há dúvida que competirá ao tribunal arbitral apreciar, em primeiro lugar, a validade da convenção de arbitragem.

2.4.3. Efeito negativo e a questão da constituição do tribunal arbitral pelo tribunal judicial

Nos termos do n.º 1 do artigo 14º da LAV, sempre que se não verifique a designação de árbitro ou árbitros pelas partes ou pelos árbitros ou por terceiros, a sua nomeação cabe ao Presidente do Tribunal Provincial do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta dessa fixação, do domicílio do requerente ou ao Tribunal Provincial de Luanda no caso do domicílio do requerente ser no estrangeiro.

A propósito, levanta-se a questão de saber se o tribunal judicial deverá apreciar a existência e validade da convenção arbitral.

⁸³ MACHADO, António Montalvão & PIMENTA, Paulo, O Novo Processo Civil, TSE Editores, 1997, p. 126.

O respeito do princípio da competência-competência impõe que o tribunal judicial se limite a uma apreciação, *prima facie*, da convenção de arbitragem, ou seja, a verificação da sua não manifesta nulidade.

Em direito comparado, o Código de Processo Civil holandês (art. 1027º, n.º 4 WBR) recomenda expressamente ao tribunal a proceder à designação dos árbitros, sem analisar a validade da convenção arbitral. A lei suíça circunscreve esse controlo a *un examen sommaire* da convenção de arbitragem (art. 179º, n.º 3 LDIP). O mesmo infere-se da combinação dos artigos 1493º, n.º 2, 1495º e 1444º do NCPC francês. A lei belga limita-se a afirmar que a decisão do presidente não prejudica a competência dos árbitros de decidir sobre a sua própria competência. Esta solução não é aceite no direito inglês que consagra a liberdade absoluta do tribunal judicial na apreciação da validade da convenção de arbitragem⁸⁴.

3. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência (ou incompetência)

3.1. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência

De acordo com o n.º 2 do artigo 31º da LAV, as partes só podem arguir a incompetência do tribunal assim como a irregularidade da sua constituição até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa ou juntamente com esta ou na primeira oportunidade de que disponham após o conhecimento de facto superveniente que dê causa a algum dos referidos vícios. O tribunal arbitral é, neste caso, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência, proferindo uma decisão interlocutória.

⁸⁴ Vide sobre esta matéria, SAMUEL, Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, 1989, pp. 193-195.

Em regra, as decisões interlocutórias são as proferidas a meio de uma arbitragem, sem lhe porem termo⁸⁵. A questão prévia, releva SAMPAIO CAMELO, que com maior frequência é objecto de uma sentença interlocutória (com carácter definitivo e vinculativo para os árbitros e para as partes) é a que versa sobre a alegada falta de competência (ou jurisdição) do tribunal arbitral para conhecer do pedido ou pedidos (ou de alguns deles) deduzidos na arbitragem. Se a sentença for no sentido da total falta de competência do tribunal, o processo arbitral acabará aí (passando então aquela a ser sentença final do processo que termina por uma absolvição da instância), sem prejuízo de os pedidos para cujo julgamento o tribunal se considerou incompetente serem novamente apresentados perante um outro tribunal (estadual ou mesmo arbitral).

Nos termos do n.º 3 do artigo 31º da LAV, a decisão do Tribunal Arbitral através da qual se declare competente para decidir a questão só pode ser apreciada pelo Tribunal Judicial depois de proferida a decisão arbitral, em sede de impugnação (acção de anulação ou recurso) ou por via de oposição à execução, nos termos dos artigos 34º e 39º da presente lei.

Para evitar manobras dilatórias que entorpeçam o processo arbitral, a LAV não permite que as partes apresentem pedidos perante o tribunal judicial para que este se pronuncie sobre a validade (ou invalidade) de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral. Para evitar que a impugnação

⁸⁵ CAMELO, António Sampaio, “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Regime e Objecto”, in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2009, pp. 179 e sgts. Segundo o mesmo autor, há que distinguir no universo algo heterogéneo das “decisões interlocutórias” entre, por um lado, aquelas decisões que têm simplesmente por objecto a ordenação do processo arbitral ou a resolução de questões processuais incidentais que se suscitam no decurso da instância e não são de molde a pôr em causa a subsistência desta e, por outro lado, as decisões que se pronunciam sobre questões ou meios de defesa que podem, dependendo da solução que o tribunal adoptar, determinar a cessação total ou parcial do processo arbitral e, como terceira subcategoria de “decisões interlocutórias”, aquelas pelas quais o tribunal se pronuncia sobre parte ou partes do mérito da causa, em consequência de ter decidido fraccionar o conhecimento deste (op. cit., pp. 179-180). Alguns exemplos de “sentenças interlocutórias” que um tribunal arbitral pode proferir:

- a) Decisão sobre a validade ou a vigência do contrato;
- b) Decisão que determine o pagamento de dívidas liquidadas e vencidas de uma das partes;
- c) Decisão sobre a inadmissibilidade do pedido, por intempestividade, por caducidade ou por outra razão;
- d) Decisão sobre a excepção de caso julgado;
- e) Determinação da lei aplicável ao fundo da causa;
- f) Decisão sobre a competência do tribunal arbitral.

imediate seja utilizada como manobra dilatória, é suficiente que a impugnação não tenha efeito suspensivo do processo arbitral e que o tribunal arbitral possa diferir a sua decisão sobre a competência até à decisão sobre o mérito da causa⁸⁶.

Dentre os sistemas legais que só admitem o recurso contra a decisão interlocutória depois de proferida sentença final, podemos citar o artigo 1697º do CPJ belga, segundo o qual:

“la décision par laquelle le tribunal s’est déclaré compétent ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance qu’en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie.”

A mesma regra vem expressamente consagrada no direito italiano, nos termos do n.º 3 do artigo 827º do *Codice di Procedura Civile*:

“Il lodo che decide parzialmente il mérito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo”

No direito holandês (art. 1052º n.º 4 WBR), como na arbitragem CIRDI, só se pode impugnar uma decisão interlocutória do tribunal arbitral, depois de proferida a sentença final sobre o caso.

Em sentido contrário, podemos referir, em primeiro lugar, a Lei-Modelo da CNUDCI. Com efeito, a referida Lei admite a impugnação imediata da decisão interlocutória sobre a competência, dispondo que o tribunal arbitral pode decidir sobre a excepção de incompetência, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o fundo. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer das partes pode, num prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal judicial que tome uma decisão

⁸⁶ LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 403.

sobre este ponto, decisão que será insusceptível de recurso. Ademais, na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir uma sentença.

O direito inglês adopta a solução da Lei-Modelo. O artigo 31º, n.º 4 do *Arbitration Act* deixa ao árbitro a liberdade de decidir sobre a sua competência através de uma decisão interlocutória (*award as to jurisdiction*) ou, com a sentença sobre o mérito da causa (*award on the merits*). O seu artigo 67º dispõe claramente que a decisão interlocutória poderá sempre ser impugnada junto da *High Court*, sem qualquer efeito suspensivo quanto ao procedimento arbitral.

A solução da Lei-Modelo é acolhida no direito alemão. O artigo 1040º, n.º 3 ZPO determina que a decisão interlocutória pode ser impugnada, no prazo de um mês, depois de proferida, por qualquer das partes. O tribunal arbitral é livre de continuar o processo arbitral e proferir a sentença final.

Finalmente, no direito francês, no caso de o tribunal arbitral proferir uma decisão interlocutória sobre competência, admite-se o “recurso imediato” desta decisão para o tribunal estadual, i.e., a propositura imediata de uma acção de anulação da decisão sobre a competência.

3.2. Impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua incompetência

A LAV não contém nenhuma disposição sobre a possibilidade de impugnação de uma decisão do Tribunal arbitral em que se declare incompetente, não mencionando nenhum motivo de anulação a este respeito (art. 34º).

De igual modo, o artigo 16º, n.º 3 da Lei-Modelo não faz referência a qualquer motivo de anulação da decisão arbitral pelo facto de o tribunal ter declinado a sua competência.

A esse respeito, comungo a opinião do prof. LIMA PINHEIRO⁸⁷, ao reconhecer que é amplamente admitido que a decisão de incompetência proferida em primeiro lugar pelo tribunal arbitral vincule o tribunal judicial na apreciação da exceção de preterição de tribunal arbitral. Todavia, isto não significa necessariamente que a decisão de incompetência seja insusceptível de impugnação.

Perante a lei angolana, como a portuguesa, não se encontra base legal para admitir uma acção de anulação desta decisão, mas nada parece obstar à sua recorribilidade, quando ela não tiver sido excluída pelas partes ou pelo disposto em matéria de arbitragem internacional.

4. Conclusão

Apraz-me recordar aqui, concluindo, um velho brocardo latino, que, penso manter, para os juristas contemporâneos, a sua pertinência: “Incompetentia iudicis recte a pragmaticis dicitur nullitas nullitatum” (a incompetência do juiz é, com razão, chamada pelos pragmáticos, a nulidade das nulidades).

Termino formulando os meus votos de sucesso à Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, no cumprimento da sua nobre missão. Obrigado pela atenção dispensada.

⁸⁷ LIMA PINHEIRO, Luís de, op. cit., p. 404.