

Acórdãos TRL**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**

Processo: 193098/09.7YIPRT.L1-2
Relator: JORGE LEAL
Descritores: TRIBUNAL ARBITRAL
COMPETÊNCIA
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 06-10-2011
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S

Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE

Sumário: **I - A competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente.**
II □ Na determinação de qual o sentido da convenção de arbitragem, no que concerne à exclusividade ou não da competência do tribunal arbitral, aplicar-se-ão as regras gerais de interpretação do negócio jurídico.
III □ Configura-se como uma cláusula compromissória de atribuição exclusiva de competência ao tribunal arbitral uma disposição convencional em que as partes, tendo em vista regular os meios de agir no caso de desacordo ou litígio emergente do contrato, inserem neste uma única cláusula, com a epígrafe □ Arbitragem □, onde apenas se menciona, no que concerne a meios não conciliatórios de resolução dos diferendos, o denominado □ Tribunal Arbitral □, sem qualquer referência à ordem jurisdicional estatal, aí se consignando que as partes □ diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa □ e □ No caso de não ser possível uma solução negociada e amigável, cada um dos Contraentes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem □, exarando-se nessa cláusula regras atinentes à constituição, composição e funcionamento do tribunal arbitral, incluindo a remissão, a título supletivo, para a LAV.
(Sumário do Relator)

Decisão Texto Parcial:

Acordam os juízes no Tribunal da Relação de Lisboa

RELATÓRIO

Em 17.6.2009 □A□ Limited, posteriormente denominada □A□□ Publicidade e Marketing, Lda e actualmente denominada □A□ □ Publicidade e Marketing, Lda, apresentou no Balcão Nacional de Injunções requerimento de injunção emergente de transacção comercial contra Banco □B□ □ SA.

A requerente alegou, em síntese, que em 02.01.2007 celebrara com a requerida um contrato de cessão de direitos de imagem relativo a um determinado atleta profissional, tendo como contrapartida a obrigação de a requerida pagar à requerente a retribuição anual de □ 400 000,00. O contrato foi celebrado por três anos, com início em 01.01.2007 e termo em 31.12.2009. A requerida pagou os valores referentes ao ano de 2007, mas não os posteriores, pese embora as diligências e contactos feitas pela requerente junto da requerida.

A requerente terminou pedindo que a requerida fosse notificada para lhe pagar a quantia de □ 400 000,00 a título de capital, acrescida de juros de mora às taxas legais aplicáveis, os quais liquidou em □ 38 908,33.

Notificada, a requerida deduziu oposição, na qual alegou que no contrato celebrado entre as partes havia sido convencionado o recurso à arbitragem no caso de litígio sobre, nomeadamente, a execução do contrato, convenção essa que assim fora violada, o que constituía excepção dilatória que dava lugar à absolvição da instância. A requerida mais requereu a intervenção acessória do Banco □B□, S.A. e invocou a resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias que haviam fundado a decisão de contratar.

A requerida terminou pedindo a sua absolvição da instância, por preterição de tribunal arbitral voluntário; que fosse admitido o incidente de intervenção acessória provocada do Banco □B□ □ Banco □; que fosse julgada procedente a resolução do contrato e, conseqüentemente, fosse a opoente absolvida do pedido; caso os pedidos antecedentes não fossem julgados procedentes, que fosse reconhecido o direito de regresso da requerida sobre o Banco □B□, condenando-se este no pagamento à opoente

em montante igual àquele em que esta fosse condenada a pagar à requerente.

Distribuído o processo à 6.ª Vara Cível de Lisboa, a A. replicou, pugnando pela improcedência da preterição de tribunal arbitral voluntário, porquanto o incumprimento por parte da R. das cláusulas contratuais não constituía um litígio sobre a execução do contrato, e pronunciando-se sobre as outras questões suscitadas pela R., no sentido da sua improcedência.

Foi indeferido o chamamento do Banco □ B□.

A A. ampliou o pedido para o montante de □ 850 050,33.

Em 07.02.2011 foi proferido despacho no qual se julgou procedente a excepção dilatória de preterição do tribunal arbitral voluntário e em consequência absolveu-se a R. da instância.

A Autora apelou desta decisão, tendo apresentado motivação na qual formulou as seguintes conclusões:

1. A prova apresentada, nomeadamente o contrato de cessão de direitos de imagem, celebrado em 2 de Janeiro de 2007, entre a Ré e a Autora foi mal apreciada e incorrectamente valorada pela Meritíssima Juiz do tribunal *a quo*, prova que obriga a uma diferente decisão.
2. Além da factualidade, a Meritíssima Juiz *a quo* não fez, com o máximo respeito, a mais correcta interpretação e aplicação do direito.
3. Na verdade, infunde-se a sentença aqui posta em crise no facto do Tribunal *a quo* ter considerado competente materialmente e de forma exclusiva o Tribunal Arbitral para dirimir a questão dos autos.
4. Para tal, a Meritíssima Juiz *a quo* baseou-se somente numa leitura superficial da cláusula 11.ª do referido contrato de cessão de direitos de imagem, concluindo, sem mais, pela violação de convenção arbitral.
5. Ora, dispõe a Cláusula 11.ª do referido contrato no seu número um que: "*Em caso de desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução do presente contrato, os Contraentes diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa.*"
6. E assim sucedeu por parte da Autora.
7. Conforme consta dos autos, desde Fevereiro de 2008, que a Ré deixou de cumprir os seus deveres, nomeadamente

efectuar os pagamentos dos valores devidos à Autora.

8. Tendo a Autora, para o efeito, enviado à Ré as respectivas facturas, e efectuado várias tentativas amigáveis para que a Ré honrasse o seu compromisso.

9. Ainda assim, goradas todas as tentativas, ainda procedeu a Autora à interpelação da Ré, sem que esta nada respondesse.

10. Na impossibilidade de aguardar "ad aeternum" o cumprimento da prestação da Autora, a qual, convenhamos, dado tratar-se de 850.050,33 (oitocentos e cinquenta mil e cinquenta Euros e trinta e três cêntimos) não constitui nenhuma quantia irrisória,

11. A Autora esgotou todas as tentativas de resolução amigável do litígio.

12. Além do mais, não foi produzida prova que conclua que a Autora tenha negligenciado todas as diligências para resolver equitativa e amigavelmente o litígio.

13. Tendo, assim, a Meritíssima Juiz *a quo* proferido despacho sobre a excepção dilatória de preterição do tribunal arbitral voluntário, sem que dos autos constassem todos os elementos necessários (cfr. Artigo 513.º do CPC).

14. No que concerne ao disposto no n.º 2 da Cláusula 11.ª do Contrato, estipula o mesmo que: *"No caso de não ser possível uma solução negociada e amigável - como foi o caso - cada um dos Contraentes PODERÁ, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos constantes dos números que se seguem, de cujas decisões não haverá recurso."*

15. Estamos, pois, perante uma faculdade conferida às partes, ou seja, um poder facultativo ou optativo.

16. *"A competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente."* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/02/2009, n.º 3859/2008-7, in www.dgsi.pt, in fine:

17. Com o mesmo intuito, as partes convencionaram na Cláusula 18.ª, que *"Os direitos e faculdades previstos no presente contrato são acumuláveis e não alternativos. O não exercício ou atraso no exercício de qualquer direito ou faculdade por qualquer das partes não constitui renúncia ao exercício posterior desse direito ou faculdade."*

18. São da competência dos tribunais judiciais as causas que

não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional (art. 66.º do C.P.C.);

19. A natureza e o modo de funcionamento dos Tribunais Arbitrais perspectivam-os como meios de resolução alternativa de litígios e não como meios substitutivos.

20. A própria Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) (Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto), esta tampouco, não consagra qualquer norma de competência exclusiva do Tribunal Arbitral.

21. Atribuindo-se, assim, aos tribunais arbitrais uma competência material alternativa, com as virtualidades de meio de aliviar a consabida sobrecarga dos tribunais judiciais, onde avultam razões de eficácia do sistema e a atribuição ao demandante da liberdade da escolha entre os dois tribunais.

22. A competência material do Tribunal arbitral é assim optativa relativamente aos tribunais judiciais com competência territorial concorrente, cabendo, assim, ao demandante escolher entre um ou outro tribunal.

23. Além do mais, quem pode afastar a solução de conflitos do Poder judiciário são as partes e não a lei da Arbitragem.

24. A arbitragem é um direito e não um dever, dado que ninguém é obrigado a se submeter a qualquer solução alternativa de conflitos.

25. A Lei fundamental estabelece que a todos é assegurado o acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

26. Nenhuma lei pode impor a aplicação compulsória da arbitragem, visto que ao contratar as partes já dispõem de ampla e constitucional possibilidade de ter acesso ao tribunal judicial que tem de estar à disposição de qualquer cidadão.

27. Além do mais, dispõe o artigo 2.º, n.º 3 da LAV que a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem, sendo que, em momento algum, foi especificada a relação jurídica a que o eventual litígio diria respeito.

28. As partes desejaram liberdade de escolha no momento do litígio, foi que, como atesta a referida cláusula 11.ª do Contrato, nada foi previsto, nenhum limite de tempo foi acordado, tratando-se, portanto de uma cláusula arbitral

vazia e, como tal, ineficaz.

29. A presente cláusula não contém nenhum dos requisitos mínimos para que possa ser instaurado qualquer procedimento arbitral.

30. Razão pela qual, perante esta cláusula arbitral vazia e facultativa, as partes diante do impasse, podem-se submeter ao poder judiciário para assim em tempo útil ver ressarcido o seu direito.

31. *"Alguns contratos contêm cláusulas que prevêem a possibilidade de resolução de eventuais litígios futuros por arbitragem se as partes assim quiserem. Estas cláusulas parecem advir da mera intenção de dar arrimo a uma futura proposta de celebração de um compromisso arbitral, mas não manifestam uma vontade efectiva e actual de resolução dos litígios por arbitragem, pelo que não constituem convenções de arbitragem e nem mesmo promessas. Delas não resultam vinculações."* in "Manual de Arbitragem", Pág. 148, Dr. Manuel Pereira Barrocas;

32. O incumprimento do contrato da Ré não integra o conceito de litígio relativo à interpretação ou execução, visto que resulta clara e inequivocamente do contrato quais os deveres das partes, o objecto do mesmo, os valores que a Ré se comprometeu a pagar, os prazos para a entrega desses montantes e as causas de resolução do contrato.

33. Quer isto dizer que a Ré não tem, nem nunca teve, um interesse legítimo na obtenção de um acordo que pusesse termo ao litígio, sempre procurando esquivar-se aos seus compromissos.

34. Pelo que, não tendo a Ré qualquer disponibilidade cordatária, qualquer acordo ou processo de arbitragem não passaria de uma manobra dilatória para aquela, na sua má fé, escapar impune ao cumprimento do contrato.

35. Assim, violou a dita sentença proferida as regras de competência material do tribunal, nomeadamente, os artigos 211. da Constituição da República Portuguesa, que consagra que *"Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais."*

36. Violou ainda o artigo 66.º do Código de Processo Civil segundo o qual *"São da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem*

jurisdicional", e a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais.

37. Por tudo quanto foi exposto, resulta claro que o tribunal competente para a presente acção é o Tribunal *a quo*, seja por via da aplicação do disposto no artigo 74.º do C.P.C. seja por via da ausência de convenção arbitral.

A apelante terminou pedindo que a decisão recorrida fosse revogada e substituída por outra que declarasse o Tribunal Judicial de Lisboa como o competente para a presente acção.

A Ré contra-alegou, tendo formulado as seguintes conclusões:

I. As partes acordaram de comum acordo em subordinar exclusivamente ao tribunal arbitral «*Em caso de desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução*» do Contrato cessão de direitos de imagem.

II. Tal manifestação recíproca de vontades resulta da pormenorizada regulamentação que no aludido contrato se fez na cláusula 11.ª, sem qualquer alusão a tribunal não arbitral para a decisão de direito, indiciando claramente que ambas as partes orientaram a vontade contratual no sentido da exclusividade de competência da jurisdição arbitral.

III. Aliás, essa acepção apenas poderia ser concluída por um «declaratório medianamente instruído, diligente e sagaz» da referida cláusula, que as partes contratantes estabeleceram que se a via conciliatória viesse a falhar, as partes estariam livres, isto é, poderiam recorrer à via contenciosa através da arbitragem, não abrindo aqui qualquer possibilidade de recurso a jurisdição diversa daquela que expressa e pormenorizadamente.

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

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

VI. Nem tão pouco resulta alegado, e portanto também não está provado, que arbitragem no processo *sub judice* se possa conceber como um direito e de que nenhuma lei pode impor a respectiva aplicação compulsória sob pena de tal ser desconforme com a Constituição da República Portuguesa.

VII. Com efeito, a Recorrida não questionou *ab initio* que a arbitragem não fosse por si aceite o que significa que a Apelante não assumiu uma postura de contraditoriedade com a arbitragem imposta pelo contrato, não podendo, por isso, vir apenas nesta fase invocar tal fundamento.

VIII. Tornando-se, por isso, forçoso de concluir que não se verifica qualquer violação de preceito Constitucional.

Por outro lado,

IX. A cláusula 11.^a do mencionado contrato é plenamente eficaz por a mesma especificar cabalmente a relação jurídica e os litígios a que respeitem e

X. Sendo a arguição da excepção de preterição do compromisso arbitral pela Apelada um direito/imposição decorrente do contrato celebrado entre as Partes, não correspondendo, por isso, a qualquer manobra dilatória da Apelada tendente ao respectivo inadimplemento.

XI. Com efeito, a convenção de arbitragem é, assim, o negócio pelo qual os contraentes estipulam um tribunal arbitral (voluntário) como competente para dirimir um determinado litígio - art. 1.º, n.º 1 e apreciar uma certa questão - art. 1.º, n.º 3, ambas da LAV (*in casu* interpretação ou execução do contrato).

XII. Neste sentido, as partes, ao abrigo da liberdade contratual disposto no art. 405.º do Código Civil, podem conceder ao tribunal arbitral competência concorrente com a de um tribunal legalmente competente, mas, na falta de estipulação negocial, considera-se a competência do tribunal arbitral como exclusiva.

XIII. O requisito formal da convenção de arbitragem é estar reduzida a escrito, o que sucede no processo *sub judice*, considerando-se como tal a convenção constante de documento assinado pelas partes ou de escrita, quer esses instrumentos contenham directamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida (art. 2.º, n.ºs 1 e 2, da

referida Lei).

XIV. De outra banda, no caso em apreço, constata-se ter sido celebrada uma convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, posto que respeita a litígio futuro, a qual consta do documento escrito dos autos, estando especificada a relação jurídica a que tal litígio respeita (emergente da interpretação ou execução do contrato de cessão de direitos de imagem).

XV. Sendo ponto assente que a presente acção tem por objecto o alegado (in)cumprimento do contrato celebrado pelas Partes precisamente, do contrato consubstanciado em documento subscrito pelas mesmas, cuja alteração, nulidade, falsidade de teor ou de assinaturas não foram sequer suscitadas pela Recorrente.

XVI. Como tal e por não se verificar, na presente lide, a concorrência de competência material entre o tribunal judicial e arbitral, não violou o Tribunal *a quo* o disposto no art. 211.º da Constituição da República Portuguesa, art. 66.º do Código de Processo Civil e a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais.

A apelada terminou pedindo a manutenção da decisão recorrida.

Foram colhidos os vistos legais.

FUNDAMENTAÇÃO

A questão a apreciar neste recurso é se no caso dos autos houve preterição indevida de tribunal arbitral.

O factualismo relevante a ter em consideração é o descrito no Relatório supra e ainda:

1. A A. e a R. em 02.01.2007 celebraram o □ contrato de cessão de direitos de imagem □ cuja cópia consta a fls 20 a 32 dos autos.

2. No contrato em causa figura, sob a epígrafe □ arbitragem □, a cláusula 11.^a, a qual tem a seguinte redacção:

□ 1. *Em caso de desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução do presente contrato, os Contraentes diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa.*

2. *No caso de não ser possível uma solução negociada e amigável, cada um dos Contraentes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos constantes dos números que*

se seguem, de cujas decisões não haverá recurso.

3. A arbitragem será realizada por um Tribunal Arbitral que será composto por três árbitros, cabendo a cada um dos Contraentes nomear um árbitro, sendo o terceiro árbitro, que exercerá as funções de Presidente do Tribunal Arbitral, cooptado por aqueles e devendo o Tribunal Arbitral decidir segundo o direito constituído.

4. Na falta de acordo para a escolha do terceiro árbitro, será este nomeado pelo Presidente da Delegação da Associação Comercial de Lisboa, mediante requerimento de qualquer um dos referidos Contraentes.

5. O Tribunal Arbitral funcionará na cidade de Lisboa, em local a escolher pelo Árbitro Presidente.

6. As regras de processo a utilizar pelo Tribunal Arbitral serão as adoptadas pelo Regulamento Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa e os honorários devidos corresponderão a metade dos constantes da respectiva tabela.

7. Em todo o omissis serão aplicáveis as normas constantes da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, ou do diploma que a substituir. □

O Direito

O art.º 20.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa garante que □ a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. □

□ Os tribunais são os órgãos da soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo □ (n.º 1 do art.º 202.º).

O legislador constituinte impõe a existência do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça e tribunais judiciais de primeira e segunda instância, do Supremo Tribunal Administrativo e demais tribunais administrativos e fiscais e do Tribunal de Contas (n.º 1 do art.º 209.º).

□ Podem ainda existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz □ (n.º 2 do art.º 209.º da CRP).

A Lei n.º 31/86, de 29.8 (Lei da Arbitragem Voluntária □

LAV -, com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 38/03, de 8.3), contém o regime da arbitragem voluntária.

Assim, aí se estipula que □ desde que por lei especial não

esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros □ (n.º 1 do art.º 1.º).

O n.º 2 do art.º 1.º explicita que □ *a convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)*. □

A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito (n.º 1 do art.º 2.º). O compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem (n.º 3 do art.º 2.º).

A parte que pretenda instaurar o litígio no tribunal arbitral deve notificar desse facto a parte contrária, por carta registada com aviso de recepção indicando a convenção de arbitragem e precisando o objecto do litígio (caso ele não resulte já determinado da convenção de arbitragem), sem prejuízo da sua ampliação pela parte contrária (n.ºs 1 a 3 do art.º 11.º).

Os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar rigorosamente os princípios da igualdade das partes e do contraditório (art.º 16.º).

A decisão arbitral forma caso julgado e tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.ª instância (art.º 26.º).

Ou seja, o tribunal arbitral (voluntário) assenta na autonomia da vontade, na iniciativa das partes, que acordam em submeter a resolução de um litígio a uma estrutura de natureza privada a que a lei reconhece poderes jurisdicionais.

Na síntese formulada por Francisco Cortez (□ *A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados* □, in *O Direito*, ano 124.º, 1992, IV, pág. 535), □ *em suma, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado* □.

Quanto aos seus efeitos, costuma evidenciar-se que a convenção de arbitragem produz um efeito positivo e um

efeito negativo. O efeito positivo consiste em facultar a qualquer das partes a constituição de um tribunal arbitral competente para o julgamento de litígios nela previstos, facultade essa que constitui um direito potestativo a que corresponde a inerente sujeição da outra parte à atribuição do julgamento do litígio ao tribunal arbitral (cfr. Raul Ventura, □Convenção de arbitragem□, ROA, ano 46, vol. 2, 1986, páginas 301 e 379). O efeito negativo consiste na exclusão dos tribunais do Estado do conhecimento desse litígio (Raul Ventura, estudo citado, páginas 301, 379 e 380). A violação de convenção de arbitragem, com a consequente preterição de tribunal arbitral voluntário, constitui excepção dilatória, que não é de conhecimento officioso (artigos 494.º alínea j) e 495.º do CPC) e determina a absolvição da instância (art.º 493.º n.º 2 do CPC). Ou seja, recai sobre a parte demandada o ónus de arguir a aludida excepção, para assim accionar a convenção arbitral e conduzir a que o litígio seja julgado perante o tribunal arbitral. Daqui resulta que a convenção arbitral não exclui automaticamente a jurisdição dos tribunais do Estado, podendo dizer-se que a mantêm enquanto o réu não deduzir a excepção da preterição do tribunal arbitral (Lebre de Freitas, □Algumas implicações da natureza da convenção da arbitragem□, in □Estudos sobre direito civil e processo civil□, vol. II, 2.ª edição, 2009, Coimbra Editora, pág. 565). Na medida em que admite a existência de tribunais arbitrais (citado artigo 209.º, n.º 2 da CRP) □*a ordem jurídico-constitucional portuguesa não estabelece um monopólio estadual de administração da justiça*□ (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2008, de 30.5.2008, in D.R., II série, 1.8.2008, pág. 34404).

O regime supra mencionado, □*na medida em que garante eficácia ao exercício da autonomia privada, presta tributo ao valor constitucional da autodeterminação, contribuindo para a sua realização, no campo específico das relações jurídicas. A autonomia privada constitui, verdadeiramente, □o modo de produção jurídica ajustado à autodeterminação□ (Paulick). E este direito, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, como direito pessoal, expressa -se também, a nível do económico-empresarial, como liberdade de iniciativa (artigo 61.º, n.º 1), que comporta a liberdade de conformação jurídica das*

relações intersubjectivas. Pelo que o respeito pela vontade exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um factor de certeza e de segurança jurídicas, representa também a efectivação das consequências intencionadas pelo exercício da liberdade de acção dos sujeitos, de que o negócio jurídico é instrumento, na esfera das relações jurídicas. □ (supra citado acórdão do Tribunal Constitucional).

É pois, improcedente a argumentação apresentada pela apelante no sentido da inconstitucionalidade de uma suposta imposição de tribunal arbitral decorrente de convenção de arbitragem (vide conclusões 18 a 26 e 35 da apelação).

Quanto ao conteúdo da convenção de arbitragem, □ *o compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem* □ (n.º 2 do art.º 2.º da LAV).

O litígio pressupõe um conflito de interesses, que se traduz na incompatibilidade das posições materiais das partes face a um bem, a qual se pode manifestar na formulação por uma das partes da pretensão de que a outra parte adopte a conduta necessária à satisfação do seu interesse e, por sua vez, a parte demandada se oponha, seja negando a validade de tal pretensão (resistência no plano intelectual), seja recusando a satisfação do referido interesse (resistência no plano material) □ cfr. Lebre de Freitas, estudo citado, pág. 554, nota 14.

Quanto à especificação, na cláusula compromissória, dos litígios que ficam sujeitos a arbitragem, em regra é feita através da remissão para o contrato de direito material em que está inserida (Manuel Pereira Barocas, □ Manual de arbitragem □, Almedina, 2010, pág. 158).

Como exemplo comum de redacção de cláusula compromissória, aponta-se o seguinte:

□ *Todos os litígios referentes à validade, execução e interpretação deste contrato serão submetidos à arbitragem* □, ou

□ *Todos os litígios emergentes deste contrato serão resolvidos por um tribunal arbitral* □ (Manuel Pereira Barocas, obra citada, pág. 158).

A convenção de arbitragem está sujeita às regras gerais de

interpretação do negócio jurídico (v.g., Raul Ventura, citado, pág. 365; Manuel Pereira Barocas, obra citada, pág. 171). Assim, nos termos conjugados dos artigos 236.º e 238.º do Código Civil, *“a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele”, “sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida”,* e, uma vez que se trata de negócio formal, necessariamente reduzido a escrito, *“não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”*.

Conforme dá conta Raul Ventura, *“é relativamente frequente prever em contratos que, antes de alguma das partes recorrer à arbitragem, sejam feitos esforços para se encontrar uma solução amigável do litígio”* (estudo citado, pág. 348). Essas cláusulas não constituirão necessariamente condição suspensiva da convenção de arbitragem.

Conforme pondera Raul Ventura, é de admitir *“que, em muitos casos, as partes tenham considerado desejáveis esses esforços de conciliação, mas não tenham querido fazer depender a arbitragem do resultado delas”* (citado, páginas 348 e 349).

Como se disse, no caso das cláusulas compromissórias, pode suceder que uma das partes demande a outra perante o tribunal estadual, e a parte demandada aceite tal situação, assim se fixando a competência desse tribunal em detrimento do tribunal arbitral (posto que, como é regra na maioria dos ordenamentos jurídicos, o efeito negativo da convenção de arbitragem não se produz oficiosamente - cfr. Raul Ventura, estudo citado, pág. 381).

Põe-se, porém, a questão da possível opção, ou seja, se é lícito convencionar-se que as partes têm a faculdade de optar, quando o litígio surja, entre submetê-lo à arbitragem ou utilizar a jurisdição estadual. Neste caso a parte demandada perante o tribunal estadual não poderá arguir a exceção de convenção de arbitragem ou de preterição de tribunal arbitral. As partes convencionaram que a jurisdição estadual e o tribunal arbitral serão concorrentes,

podendo ser accionados em alternativa.

Em relação aos pactos atributivos ou privativos de competência internacional dos tribunais portugueses, a lei admite expressamente a atribuição de competência alternativa, presumindo-se mesmo esta em caso de dúvida (art.º 99.º n.º 2 do CPC).

Quanto às convenções de arbitragem, a lei nada diz, mas não há razões para não admitir tal acordo. Se as partes podem retirar totalmente competência aos tribunais estaduais para dirimirem determinados litígios, também poderão defini-la como concorrente com a do tribunal arbitral (neste sentido, Raul Ventura, estudo citado, páginas 364, 380; Miguel Teixeira de Sousa, □A competência e a incompetência nos tribunais comuns□, 3.ª edição revista, A.A.F.D.L., 1990, páginas 90, 107, 108).

Uma tal convenção permite à parte, na hora de accionar a outra em razão do contrato celebrado, escolher o tipo de jurisdição que reputa mais adequado para a resolução do litígio em concreto, sendo certo, por exemplo, que em certos casos a situação reclamará a intervenção de juizes com especiais conhecimentos técnicos, mais facilmente recrutáveis por via das regras da arbitragem, enquanto noutros casos estar-se-á perante uma situação de incumprimento que não oferece particularidades e poderá ser célere e economicamente resolvida através dos □rotineiros□ meios jurisdicionais facultados pelo Estado.

Trata-se, de todo o modo, de modalidades de convenções arbitrais que não surgem com frequência (Miguel Teixeira de Sousa, obra citada, pág. 90). Miguel Teixeira de Sousa defende que, na falta de disposição legal e contrariamente ao que sucede nos pactos de jurisdição, nas convenções de arbitragem deverá entender-se (em caso de dúvida, obviamente) que a competência do tribunal arbitral é exclusiva, por ser a solução que melhor se quadra com a vontade presumível das partes (obra citada, pág. 91).

Poderá também acontecer que as partes num determinado contrato aí consignem a possibilidade de futuramente tomarem uma decisão sobre a submissão a arbitragem de litígios futuros. Nesses casos não haverá convenção de arbitragem, pois esta exige uma manifestação actual de submeter à arbitragem litígio presente ou futuro (Raul

Ventura, estudo citado, pág. 345; Manuel Pereira Barocas, obra citada, pág. 148).

Tudo dependerá da interpretação da convenção em concreto.

Na convenção *sub judice* escreveu-se que:

□ 1. *Em caso de desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução do presente contrato, os Contraentes diligenciarão no sentido de alcançar, por acordo amigável, uma solução adequada e equitativa.*

2. *No caso de não ser possível uma solução negociada e amigável, cada um dos Contraentes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos constantes dos números que se seguem, de cujas decisões não haverá recurso.*

(□).□

Esta cláusula é uma convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória. Nela as partes manifestam a vontade de constituir um tribunal arbitral para decidir eventuais litígios futuros emergentes do contrato, vontade essa que é actual, conforme aliás decorre da estipulação expressa de regras atinentes à constituição, composição e funcionamento do tribunal arbitral, incluindo a remissão, a título supletivo, para a LAV (n.ºs 3 a 7 da cláusula 11.ª).

Nesta parte, pois, carece de adequação ao caso dos autos o vertido na conclusão 31.ª da apelação.

A referida cláusula contém a necessária e suficiente explicitação do objecto da arbitragem: esta incidirá sobre

□ *desacordo ou litígio relativamente à interpretação ou execução do presente contrato* □. O que basta, perante a nossa lei, conforme supra exposto.

Pelo que também são improcedentes as razões de revogação da decisão recorrida aventadas nas conclusões 27 a 30.

Como é sabido, o tribunal arbitral não tem por função obter acordos, estimular a resolução amigável de litígios. O tribunal arbitral não é uma instância de mediação. Exerce uma função jurisdicional, traduzida na emissão de um juízo que se impõe às partes. Assim, o recurso ao tribunal arbitral não pressupõe nenhuma intenção conciliatória. Por outro lado, no caso concreto mostra-se evidenciada a existência de litígio entre as partes, na medida em que a A. reclama da R. o pagamento de determinadas quantias a que

a A. entende ter direito por força do contrato e a R. se recusa a proceder a esse pagamento (reclamando inclusive a resolução do contrato por alteração das circunstâncias).

Essa situação de litígio é aliás expressamente invocada pela apelante nas conclusões 7 a 11. Carece, pois, de relevância o expendido pela apelante nas conclusões 32 a 34.

É certo que no texto da convenção se diz que *□ cada um dos Contraentes poderá, a todo o tempo, recorrer à arbitragem □*.

O uso do verbo *□ poder □* é interpretado pela apelante como significando a atribuição de uma mera faculdade, que será ou não usada pela parte, a qual continuará livre de optar pelos tribunais estaduais, que assim se manteriam como tribunais concorrentes do tribunal arbitral.

Discordamos de tal interpretação.

Note-se que no contrato as partes, após nele exararem as cláusulas atinentes aos direitos e obrigações destinados à satisfação dos interesses subjacentes ao negócio e bem assim sobre a possibilidade de resolução do mesmo, cuidaram de regular os meios de agir no caso de desacordo ou litígio.

Ora, toda essa regulamentação foi inserida numa única cláusula, que tem como epígrafe *□ Arbitragem □* e onde apenas se menciona, no que concerne a meios não conciliatórios de resolução dos diferendos, o denominado

□ Tribunal Arbitral □. Não há qualquer referência à ordem jurisdicional estatal. Por conseguinte, a utilização do verbo *□ poder □* alinha-se com o reconhecimento de que, por força do acordo a que chegaram, as partes têm a possibilidade, a faculdade, de accionar um Tribunal Arbitral para dirimirem o seu litígio. Um poder, não uma obrigação, na medida em que, conforme pondera Raul Ventura,

□ liminarmente é de excluir que as partes se obriguem a submeter o litígio a arbitragem, no sentido de ficarem obrigadas a propor a acção, pois, não obstante a convenção de arbitragem, nenhuma das partes é forçada a manter o litígio ou a fazê-lo solucionar; a completa inactividade de ambas as partes quanto ao litígio abrangido pela convenção não viola qualquer obrigação por elas tomada □ (estudo citado, pág. 300). O uso do verbo *□ poder □* conjuga-se igualmente com a formulação do propósito de procura inicial de uma solução conciliatória. Frustrada esta, então qualquer das partes *□ poderá □* recorrer ao tribunal

arbitral, cuja formação, composição e funcionamento são desenvolvidamente regulados na cláusula e que se apresenta como o meio de resolução contenciosa do litígio convencionado pelas partes, em detrimento, pois, dos tribunais estatais.

A não exclusividade da jurisdição do tribunal arbitral, ou melhor, a sua concorrência ou alternatividade com a jurisdição do tribunal estadual, para ser considerada por declaratórios normais, colocados na posição da A. e da R., careceria de expressão evidente no contrato, a qual não existe.

A apelante invoca o disposto na cláusula 18.^a do contrato, que tem a seguinte redacção:

□ *(Renúncia)*

Os direitos e faculdades, previstos no presente contrato são acumuláveis e não alternativos. O não exercício ou atraso no exercício de qualquer direito ou faculdade por qualquer das partes, não constitui renúncia ao exercício posterior desse direito ou faculdade. □

Tal cláusula reporta-se ao relacionamento entre si dos diversos direitos e faculdades previstos no contrato, afastando qualquer dúvida que porventura pudesse existir acerca da possibilidade da sua cumulação ou vinculatividade simultânea (ressalvada alguma evidente incompatibilidade lógica ou legal). Não é evidente que dessa cláusula se possam tirar ilações no que concerne a direitos de origem não contratual (como o de recorrer aos tribunais judiciais), sendo certo que, de todo o modo, o teor da convenção de arbitragem não retirava às partes a possibilidade de o seu litígio ser julgado pelos tribunais estatais, por força da conjugada propositura da acção perante tais tribunais e da passividade da parte contrária no que concerne à invocação da convenção de arbitragem. A interpretação que nos parece mais curial é sufragada pela apelada e é defendida pelo STJ para uma convenção semelhante à destes autos, em acórdão de 20.01.2011 (Internet, dgsi-itij, processo 2207/09.6TBSTB.E1.S1). Aliás, na primeira instância, em resposta à oposição, a A. não questionou a existência de convenção de arbitragem nem a exclusividade da competência do tribunal arbitral, limitando-se a arguir que a lide *sub judice* não cabia no

âmbito do objecto convencionalmente previsto para a intervenção do tribunal arbitral.
Conclui-se, pois, pela improcedência da totalidade das conclusões da apelação e, conseqüentemente, do recurso.

DECISÃO

Pelo exposto, julga-se a apelação improcedente e conseqüentemente mantém-se a decisão recorrida.
As custas da apelação são a cargo da apelante.

Lisboa, 6 de Outubro de 2011

Jorge Manuel Leitão Leal
Pedro Martins
Sérgio Almeida