

DR. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO - A DISPONIBILIDADE DO DIREITO COMO CRITÉRIO DE ARBITRABILIDADE DO LITÍGIO**Reflexões de jure condendo (1)**

Pelo Dr. António Sampaio Carmelo

1. Sendo ideia generalizadamente aceite, segundo creio, a da conveniência de se proceder a uma revisão da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, adiante designada por “LAV”), em ordem a corrigir e suprir algumas das deficiências e lacunas que tem revelado e a adaptá-la às mais modernas orientações que têm sido consagradas pelas reformas legislativas empreendidas neste domínio, na última década, pela grande maioria dos países da Europa e da América Latina bem como por numerosas jurisdições de outros continentes (diversos Estados da Ásia, algumas províncias do Canadá, alguns estados dos E.U.A.), julgo ser pertinente visitar o critério de determinação dos litígios que podem ser decididos por árbitros, que está consagrado no art. 1.º, n.º 1, da LAV, para verificar se ele constitui o melhor instrumento de que o legislador poderia lançar mão para esse fim.

O termo “arbitrabilidade” (que, em 1986, o Prof. Raúl Ventura⁽²⁾ qualificava como neologismo, mas que hoje deixou de o ser, tão vulgar se tornou a sua utilização) designa precisamente a aptidão de um litígio para ser submetido a arbitragem (3) (4).

Na grande maioria das referências à arbitrabilidade, que se acham na doutrina da especialidade, tem-se em vista a natureza do objecto do litígio.

Mas, por vezes, encontra-se também usado o termo “arbitrabilidade” (ou o seu oposto, inarbitrabilidade) para designar a susceptibilidade (insusceptibilidade) de resolução do litígio por árbitros, em atenção à qualidade das partes e, mais particularmente, a susceptibilidade de resolução por essa via de controvérsias em que sejam partes o Estado ou entes públicos autónomos. Fala-se, então, de “arbitrabilidade subjectiva”, para distinguir esta vertente da arbitrabilidade (referida no n.º 4 do art. 1.º da LAV) daquela que mencionei anteriormente (contemplada no n.º 1 do art. 1.º da LAV) e que é, então, designada por “arbitrabilidade objectiva” (5).

Aqui apenas me ocuparei da denominada “arbitrabilidade objectiva”.

2. Uma análise de direito comparado sobre este tema mostra-nos que os diversos ordenamentos jurídicos usam diversas técnicas para se determinar quais os litígios que podem ser sujeitos a arbitragem.

Numerosos países, partindo do princípio geral de livre arbitrabilidade dos litígios, exceptuam depois aqueles que, por causa da especial relevância ou melindre dos interesses que aí estão em causa, só podem ser julgados pelos tribunais estaduais. É o que acontece na Lei da Arbitragem e Conciliação da Índia, de 1996⁽⁶⁾. É também o que ocorre no Direito Inglês e no Direito Federal dos E.U.A., embora nestes dois ordenamentos a enunciação das matérias relativamente às quais se veda a submissão à arbitragem não conste de leis escritas, sendo definida pela case law construída pelas decisões dos tribunais e esclarecida pelos comentários da doutrina. Contudo, a maioria dos ordenamentos jurídicos, sobretudo os do continente europeu e da América Latina, recorre para este efeito a um dos critérios de carácter geral (conceitual) adiante referidos, sem embargo de alguns deles combinarem o uso desses critérios com listagens de matérias que especificamente se estabelece não serem arbitráveis, listagens estas que, umas vezes, alargam o âmbito da arbitrabilidade a assuntos que o critério geral adoptado não abrangia⁽⁷⁾ e, outras vezes, visam antes afastar possíveis dúvidas sobre o alcance daquele critério geral (8).

Os critérios de arbitrabilidade de carácter geral, que encontramos no direito comparado, são fundamentalmente três:

- a) o da ligação do litígio com a ordem pública.
- b) o da natureza patrimonial de pretensão.
- c) o da disponibilidade do direito em causa.

Vou, muito sumariamente, passar em revista cada um destes critérios, a fim de pôr em realce as respectivas vantagens e desvantagens.

3. O critério da ligação com ordem pública

O critério da ligação (ou não ligação) do litígio com a ordem pública dominou, durante quase um século e meio, o tratamento da questão da arbitrabilidade (objectiva) nas doutrinas francesa e belga(9).

Com efeito, dispõe o art. 2060 do Código Civil Francês: “on ne pas compromettre sur des questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public”(10).

Em resultado de uma formulação tão categórica como a contida na parte final deste artigo, as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram pautadas inicialmente pela rejeição da primeira pela segunda. Assim, “em presença de uma norma pública, qualquer possibilidade de arbitragem era excluída” (11).

Entendia-se, com efeito, em virtude da supracitada disposição legal, que nenhuma contestação respeitante à interpretação e aplicação de normas de ordem pública poderia ser apreciada e decidida por árbitros.

Como é evidente, esta concepção do domínio da arbitragem era extremamente restritiva: a simples invocação de uma norma de ordem pública por uma das partes, fosse ou não bem fundada essa invocação, bastava para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada (12).

Por essa razão, a jurisprudência francesa teve de evoluir nesta matéria.

Numa primeira fase (A), a jurisprudência passou a considerar que a ordem pública não suprime sempre a possibilidade de se recorrer à arbitragem, a menos que essa ordem pública tenha sido violada pelo contrato ou operação em causa; nesta última hipótese, a arbitragem seria excluída automaticamente (“d’office”).

Numa segunda fase (B), a jurisprudência francesa, acompanhada pelas doutrinas maioritárias francesa e belga, irá mais longe, passando a admitir que a violação de uma norma de ordem pública não torne necessariamente o litígio inarbitrável.

Vejamos, mais de perto, como se processou esta evolução, seguindo a descrição feita por Olivier Caprasse (13).

4. A partir de meados do século XX, a doutrina francesa passou a fazer distinções nas matérias referidas no artigo 2060 do Code Civil.

Assim, segundo esta doutrina, por um lado, havia matérias que, pelo seu próprio objecto, tocavam no cerne da ordem pública: era o caso do estado das pessoas e da falência. Quanto a estas matérias, estávamos perante disposições de ordem pública que assumiam uma tal relevância (no quadro dos interesses e valores que aos ordenamentos jurídicos compete tutelar), que o interesse geral seria violado pelo simples facto do recurso à arbitragem nesses domínios, qualquer que fosse o modo como o árbitro viesse a decidir o litígio.

Diferente seria, porém, o caso de o litígio dizer respeito a um acto fundado no exercício da liberdade contratual, a que leis imperativas apenas impõem certos limites. Nesse caso, a ordem pública só seria interessada se tais regras legais imperativas fossem efectivamente infringidas. Por isso, o árbitro seria autorizado a examinar o litígio, mas não poderia, através da sua sentença, violar tais regras imperativas. Mais do que isso. Deveria declarar-se incompetente, se constatasse que a operação que constituía o objecto do litígio era contrária a uma disposição de ordem pública.

Segundo um dos defensores deste entendimento (P. Hébraud)(14), “a convenção arbitral não é nula pelo simples facto de a operação litigiosa estar submetida a um quadro imperativo e colocar eventualmente questões que tocam a ordem pública, pois que a verificação da manifestação concreta da ordem pública requer um exame prévio do fundo de litígio: só depois de terem examinado o fundo da causa e consoante o sentido em que decidiriam esta, é que os árbitros serão obrigados a declarar-se incompetentes ou, ao invés a estatuir normalmente”.

Por outro lado, para os partidários deste modo de delimitar a arbitrabilidade dos litígios, seria vedado submeter a árbitros, a título principal, a questão da validade de uma operação perante a ordem pública, qualquer que fosse a resposta que entendessem dar a tal questão.

Este entendimento, segundo o qual a necessidade de aplicar uma norma de ordem pública não determina automaticamente a inarbitrabilidade do litígio, foi consagrado, quanto à arbitragem interna, pelo acórdão

Tissot, de 1950, da Cour de cassation, que marcou o início da jurisprudência dos tribunais franceses nesse sentido. Seguidamente, os tribunais franceses acolheram o mesmo entendimento quanto à arbitragem internacional(15). Orientação semelhante foi adoptada pelos tribunais belgas (16).

5. Mas a evolução da jurisprudência e da doutrina francesa que acaba de se descrever não pareceu satisfatória a uma parte da doutrina, havendo quem qualificasse tal jurisprudência como paradoxal.

Na verdade, como observaram alguns autores, o árbitro deveria realizar todo o trabalho, isto é, examinar se o contrato era ou não válido e, uma vez isso feito, se chegasse à conclusão que não o era, não poderia decretar a sanção correspondente a tal inviabilidade, porque se tornava então incompetente para tal. Realçando este paradoxo, observou o Professor Pierre Mayer: “é francamente curioso que, após ter feito o que era mais difícil – constatar a ilicitude –, o árbitro não possa ir até ao fim e pronunciar a nulidade; afinal de contas, isso seria ir no bom sentido: o de lutar contra a ilicitude, sem nenhum perigo”.

Por outro lado, apontava-se a incoerência da jurisprudência iniciada pelo acórdão Tissot, segundo o qual, “a competência do árbitro é confirmada ou infirmada depois de se ter abordado o fundo da causa” (17) (18). Ora, como observou Charles Jarrosson, a determinação da competência do árbitro é uma questão prévia, situada a montante da resolução do fundo de litígio, não podendo resultar desta” (19).

Também a distinção que, de acordo com a jurisprudência Tissot, se deveria fazer entre a apreciação da licitude do contrato, a título incidental, e a título principal, foi apodada de incongruente. Na verdade, como observou Pierre Mayer, “se o árbitro constata, a título preliminar, que o contrato é ilícito, quando, na realidade, o não é, ele ordenará a execução de tal contrato; ora, não é isso tão grave quanto declarar pura e simplesmente o contrato como válido?” (20). Estas críticas à jurisprudência

Tissot determinaram a passagem a uma nova etapa na evolução do entendimento da doutrina e dos tribunais franceses quanto ao âmbito da arbitrabilidade.

Passou então a vingar a ideia de que nada há de chocante no facto de um árbitro poder constatar e sancionar uma nulidade de ordem pública. Fora daquelas matérias relativamente às quais a ordem pública impede que sejam apreciadas por um juiz privado (por exemplo, as questões relativas ao estado civil das pessoas), o carácter de ordem pública das normas aplicáveis não pode ser causa de inarbitrabilidade do litígio. O árbitro disporá assim do poder de sancionar qualquer violação dessas regras, quer a título de questão incidental, quer a título principal (21).

Isso não significa, porém, dar ao árbitro carta branca quanto às matérias de ordem pública. Ele deve aplicar as regras inerentes àquela e essa aplicação será objecto de um controlo ao nível da sentença arbitral, a efectuar pela jurisdição estadual. É a possibilidade de controlo da decisão arbitral pelos tribunais estaduais que permite aos partidários da concepção alargada da arbitrabilidade justificar a adopção da mesma, fazendo ver que esta concepção não acarreta perigo para o Estado, uma vez que este conserva, de todo o modo, a possibilidade de controlo da sentença arbitral(22).

Esta nova orientação da jurisprudência francesa, firmou-se, no campo da arbitragem internacional, através dos acórdãos Ganz (de 1991) e Labinal (de 1993) da Cour de cassation, confirmados depois por numerosos acórdãos de Cour d’appel de Paris e por outros acórdãos da Cour de cassation, proferidos com o aplauso da grande maioria da doutrina, que sublinhou o facto de assim se dissipar a confusão existente, durante muito tempo, entre a estrita questão da arbitrabilidade, que consiste em saber quais os litígios que podem ser submetidos a árbitros, e aquela outra questão, bem diferente, dos poderes de que dispõe o árbitro em relação à aplicação das regras de ordem pública (23).

Hoje, no direito francês, pelo menos no domínio da arbitragem internacional(24), pode dizer-se que os limites decorrentes da concepção francesa de ordem pública internacional constituem a única restrição à arbitrabilidade dos litígios.

Também na jurisprudência belga (fortemente influenciada pela doutrina e pela jurisprudência francesas), a evolução descrita veio a ser consagrada pelo acórdão Audi-Nsu de 1979, segundo a interpretação que veio a ser-lhe dada pela maioria da doutrina (25).

A ideia-chave que me parece de reter na evolução registada no modo da determinação da arbitrabilidade nos direitos francês e belga, é a que assenta no reconhecimento de que os árbitros exercem realmente uma função jurisdicional, dirimindo um litígio de acordo com as regras do Direito (incluindo as normas imperativas que deste fazem parte), sempre que elas tenham de ser aplicadas.

A ordem pública deve, pois, ser vista como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de determinação de arbitrabilidade do litígio.

6. O critério da patrimonialidade da pretensão

Outro critério de determinação da arbitrabilidade dos litígios que se encontra acolhido nas legislações de alguns países—e, como mostrarei, é também utilizado pela doutrina de outros países, (cujos ordenamentos jurídicos não o acolheram expressamente) como auxiliar de outros critérios de carácter geral, designadamente o da disponibilidade de direito — é o da natureza patrimonial da pretensão.

É este o critério adoptado no direito suíço, para a arbitragem internacional (v. art. 177, al. 1 da Lei Suíça sobre Direito Internacional Privado, que dispõe que “toda a causa patrimonial pode ser objecto de arbitragem”). O Tribunal Federal Suíço sublinhou que esta é uma “regra material de direito internacional privado regida pela *lex arbitri*, sem atender às disposições porventura mais estritas de *lex causae* ou da lei nacional das partes”. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a natureza patrimonial de pretensão é interpretada extensivamente e engloba “todas as pretensões que têm um valor pecuniário para as partes, a título de activo ou de passivo; dito de outro modo, todos os direitos que apresentam para, pelo menos, algumas das partes um interesse susceptível da avaliação em dinheiro” (26).

É também este o critério que foi consagrado na Lei Alemã sobre Arbitragem de 1991 (que foi incorporada no Código de Processo Civil, passando a constituir o livro X deste), sendo, porém, aí objecto de duas ligeiras correcções: uma no sentido do alargamento do âmbito da arbitrabilidade, outro no sentido da sua restrição.

De acordo com o n.º 1 da secção 1030 deste Código, “qualquer pretensão que envolva um interesse económico (“*vermögensrechtlicher Anspruch*”) pode ser objecto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões que não envolvam um interesse económico será juridicamente eficaz na medida em que as partes possam sobre elas concluir transacção”(27). Por seu turno, o n.º 2 da mesma secção declara nulas as convenções de arbitragem que versem sobre litígios relativos a arrendamentos habitacionais.

Na verdade, este parece-me ser o critério de arbitrabilidade de aplicação mais simples e segura e, por essa razão, o mais adequado para se determinar quais os litígios que podem ser submetidos a árbitros.

Foi precisamente por o critério da natureza patrimonial da pretensão ser o mais apto a afastar as dúvidas de interpretação que surgiam quando se tratava de determinar, em cada caso concreto, se um particular direito era ou não “disponível”, segundo o critério de disponibilidade do direito que estava consagrado, para o regime de arbitragem interna, na Concordata Intercantonal Suíça, que os autores da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, ao traçarem o novo regime da arbitragem internacional, decidiram adoptar este critério mais simples e seguro, como o claro objectivo de favorecer as arbitragens internacionais no espaço de aplicação do direito suíço, ou seja, as sediadas nesse país(28).

Embora alguns autores espanhóis advirtam que há direitos extra-patrimoniais que são disponíveis e, por isso, arbitráveis à luz do critério da disponibilidade do direito (não o sendo à luz do critério ora em análise), a verdade é que os pouquíssimos exemplos apontados não me parecem convincentes nesse sentido (é, por exemplo, o caso da determinação de qual dos cônjuges separados, divorciados ou cujo casamento foi anulado, exercerá o poder paternal sobre os filhos, questão esta que me parece claramente insusceptível de decisão por árbitros(29)).

Pelo que deixo exposto, considero que o critério de patrimonialidade da pretensão é, por um lado, o que permite uma mais fácil identificação de matérias susceptíveis de submissão à arbitragem e, por outro lado, o que possibilita o alargamento máximo, até ao limite de que parece razoável à luz dos valores fundamentais que enformam não só a nossa ordem jurídica mas também as ordens jurídicas estrangeiras que maiores afinidades têm com a nossa.

E tanto assim é que, mesmo nos sistemas jurídicos cujas leis consagram o critério da disponibilidade do direito, a determinação dos litígios que são susceptíveis de sujeição a arbitragem acaba afinal por fazer-se, em boa medida, mediante recurso ao critério da patrimonialidade da pretensão. É o que constata (ao menos, implicitamente) nos textos dos autores espanhóis que escreveram sobre esta problemática (30).

7. O critério da disponibilidade do direito

O terceiro dos critérios de carácter geral que, como referi no início destas reflexões, são usados para a determinação da arbitrabilidade dos litígios, é o da disponibilidade do direito em questão.

É este, como disse atrás, o critério acolhido no artigo 1.º, n.º 1, da LAV.

Começo por observar que este é um critério de aplicação difícil, porque, como observava o Professor João de Castro Mendes (31), “nem sempre é fácil determinar se certa relação jurídica é disponível ou não é”. E acrescentava o saudoso Mestre: “Em regra, a vontade das partes é determinante no sentido da constituição e da extinção das relações jurídicas. A aquisição e perda dos direitos depende, em regra, da vontade dos adquirentes e perdentes, por si ou conjugadas com outras vontades. Há, porém, relações jurídicas cuja constituição ou extinção (direitos e deveres cuja aquisição ou perda, absoluta ou relativa) está subtraída à vontade das partes. Estas são as relações jurídicas indisponíveis.

Simplesmente, vulgar é que, quando a certa relação ou direito, certas vicissitudes estejam vedadas à vontade das partes, outras não. Então estamos perante relações jurídicas relativamente indisponíveis”.

A seguir, passava o Professor Castro Mendes a dar exemplos de tais relações jurídicas relativamente indisponíveis, colhidos no âmbito do Direito de Família, após o que chamava a atenção para outro tipo de relação jurídica relativamente indisponível: “aquela de que a parte só pode dispor por certa forma, que exclui qualquer outra” (32).

Outros autores referem-se à última hipótese, explicando ser aquela em que a disponibilidade só é admitida em certas circunstâncias ou a favor de certas pessoas(33).

Chegados aqui, cabe perguntar: qual a espécie de disponibilidade que relevará para este efeito?

Será de exigir a “disponibilidade absoluta”? Isso implicaria restringir excessivamente o âmbito das matérias arbitráveis, pois que há direitos que, embora não sejam extinguíveis por vontade do seu titular, em todas e quaisquer circunstâncias(34), apesar disso, tendo esses direitos carácter patrimonial(35), não se vê razão ponderosa (à luz da hierarquia ou grau de relevância dos valores ou interesses tutelados pelo ordenamento jurídico) para vedar a submissão a arbitragem de litígios a eles respeitantes.

Deverá ser então suficiente a “disponibilidade relativa”? Se assim fosse, bastaria que um direito que, embora indisponível na maioria das circunstâncias ou em relação à maioria das vicissitudes que o podem atingir, pudesse ser objecto de disposição (renúncia) pelo seu titular em relação a uma dessas vicissitudes ou numa especial circunstância, para se concluir pela possibilidade da sua sujeição a arbitragem. Mas, admitir que pudessem ser submetidos à arbitragem litígios relativos a direitos que apresentassem uma qualquer forma de disponibilidade, ainda que de âmbito muito restrito, como a detectada em alguns dos exemplos referidos pelo Professor Castro Mendes e colhidos no Direito da Família, teria como consequência lógica tornar arbitráveis, por exemplo, matérias relativas ao estado civil das pessoas, o que seria um resultado inaceitável(36), à luz dos valores que regem não só a nossa ordem jurídica, mas também outras ordens jurídicas axiológica e culturalmente afins da nossa.

Não surpreenderá, por isso, que não seja este o entendimento geralmente adoptado, quando se utiliza o critério da disponibilidade do direito.

Além destes reparos que se podem fazer ao critério da disponibilidade do direito, enquanto meio de determinação da arbitrabilidade dos litígios, é ainda de mencionar a crítica que lhe é dirigida por assentar na ideia ultrapassada de que o Direito, no seu conjunto, pode ser compreendido em termos de direitos subjectivos(37), o que constitui uma visão redutora e ultrapassada, que, por isso, deve ser afastada.

8. As dificuldades e limitações inerentes à aplicação do critério da disponibilidade do direito poderão ser melhor evidenciadas através de dois casos recentemente decididos pelos nossos tribunais superiores. 8.1. Por acórdão proferido em 16.02.2005(38), o Tribunal da Relação de Guimarães declarou a nulidade de uma cláusula de arbitragem inserida num contrato de distribuição celebrado entre duas empresas portuguesas (39), em que se estipulara o seguinte: “quaisquer litígios decorrentes da interpretação ou execução do presente contrato serão definitivamente dirimidos perante três árbitros, de harmonia com o Regulamento do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Lisboa”. E um dos números desta cláusula acrescentava: “Os árbitros julgarão segundo a equidade”.

Além de outros defeitos de redacção de que enfermava esta cláusula arbitral (“...os litígios... serão definitivamente dirimidos perante três árbitros...”, em vez de “...dirimidos por três árbitros...”), era errónea, a vários títulos, a designação do “Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Lisboa”, como órgão jurisdicional a que caberia julgar os futuros litígios.

Por um lado, não existe uma “Câmara de Comércio Internacional de Lisboa”(40). Há sim uma instituição com esse nome, mas sede em Paris e vocação de âmbito universal na administração ou supervisão de arbitragens. Por outro lado, como expliquei desenvolvidamente noutra lugar(41), as instituições especializadas na administração de arbitragens, quer no plano interno quer no plano internacional, não mantêm, em regra, junto de si, tribunais arbitrais de funcionamento permanente. Estas instituições

funcionam decerto com carácter permanente, mas para auxiliar as partes na constituição de tribunais arbitrais (com missão e duração limitadas no tempo) para a resolução dos litígios que aquelas lhes submetam, tribunais esses que, uma vez proferidas as decisões finais sobre tais litígios, cessam automaticamente as respectivas funções, perdendo a jurisdição que lhes fora atribuída.

Não é, contudo, da defeituosa redacção da cláusula arbitral apreciada nesta espécie jurisprudencial que pretendo cuidar aqui. Apenas me interessa a sua alínea que estabelece que “os árbitros julgarão segundo a equidade”, pois foi nesta estipulação que a Relação de Guimarães baseou a sua decisão de declarar nula a convenção de arbitragem.

No entender dos Venerandos Desembargadores, ao contrato de distribuição (contrato legalmente atípico, embora com contornos bem definidos na prática da contratação comercial) é aplicável, em princípio, por analogia, o dispositivo da Lei do Contrato de Agência (L. C. A.) e, em particular, o regime da cessação desse contrato.

Trata-se de um entendimento com larga aceitação na doutrina (no seguimento da opinião que, em primeiro lugar, foi defendida pelo Professor A. Pinto Monteiro, autor do anteprojecto que esteve na origem daquela lei) e que obteve um firme acolhimento na jurisprudência dos nossos tribunais.

É, por outro lado, ponto adquirido que os direitos indemnizatórios que o agente comercial (e, por extensão analógica, o distribuidor) adquire, após a cessação do seu contrato, de acordo com os arts. 32.º e 34.º da L. C. A., não são susceptíveis de renúncia por aquele antes dessa cessação ocorrer, não podendo nomeadamente ser excluídos no próprio contrato. É o que resulta, se não do texto do decreto-lei que aprovou o regime do contrato de agência, pelo menos do art. 19.º da Directiva do Conselho (86/653/CEE), de 18 de Dezembro de 1986, que aquele se propôs transpor para o direito português(42).

Sendo assim, entendeu a Relação de Guimarães que, na parte em que cometa a resolução de litígios respeitantes a direitos indisponíveis (no caso vertente, o direito à indemnização de clientela que o agente e o distribuidor adquirem aquando da cessação dos seus contratos) a árbitros, julgando segundo a equidade, a dita cláusula arbitral era nula. Isto, porque “o agente, protegido por norma imperativa relativa à indemnização de clientela, não poderia esperar de um tal tribunal arbitral um julgamento com estrita aplicação das normas legais de interesse e ordem pública relativas à indemnização de clientela”.

Deve dizer-se em abono da verdade que, não obstante o discurso argumentativo desenvolvido neste Acórdão ser algo confuso, revelando imperfeito domínio dos conceitos aí convocados, a decisão por ele proferida, em si mesma considerada, parece congruente com o critério da “disponibilidade do direito” consagrado no n.º 1 do art. 1.º da LAV.

Com efeito, embora a L. C. A., no seu art. 34.º, disponha que a indemnização de clientela seja fixada “em termos equitativos”, tendo em conta os parâmetros aí estabelecidos, parece inquestionável que um julgamento segundo a equidade poderia desatender ou não aplicar fielmente o disposto nos arts. 33.º e 34.º daquela Lei. Isto, porque um julgamento de equidade produz uma decisão que, por ser baseado na “justiça caso concreto”, não se encontra vinculada ao Direito estrito(43).

É de notar que, se é certo que os supra-referidos direitos indemnizatórios do agente comercial (e do distribuidor), não podem, por lei, ser objecto de renúncia antecipada, certo é também que eles podem ser renunciados após a cessação do respectivo contrato, quando tais direitos já se radicaram na esfera jurídica do seu titular.

Parece-me ser útil distinguir, a este propósito, entre uma disponibilidade forte, para designar a possibilidade de se renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente, e uma disponibilidade fraca, que se traduz na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação deste na esfera jurídica no seu titular.

Ora, a Relação de Guimarães entendeu que faltava ao direito do agente ou do distribuidor à indemnização de clientela o que acima designei por disponibilidade forte, que teria de existir para que um litígio versando sobre aquele direito pudesse ser dirimido por árbitros, julgando segundo a equidade. Daí ter declarado nula a cláusula arbitral em apreço.

Mas, se bem se atentar, existe um erro lógico na fundamentação deste Acórdão. Na verdade, se o que, para os Senhores Desembargadores, viciava a cláusula em apreço era o facto de ela submeter a resolução do litígio

respeitante ao direito de indemnização de clientela a um “julgamento segundo a equidade”, então é forçoso concluir que esse vício também existiria se, por hipótese, as partes tivessem estipulado, ao abrigo do art. 4.º, b) do Código Civil, que o referido litígio seria dirimido pelo tribunais judiciais, julgando

segundo a equidade.

Por conseguinte, o vício que afectava a cláusula em apreço não era tanto a apontada inarbitrabilidade do litígio (que existiria ou não, consoante a aceção da “disponibilidade do direito” que se concluisse estar consagrada no n.º 1 do art. 1.º da LAV), mas antes a ilegalidade da escolha da Equidade (em vez do Direito) como critério de decisão do julgador, fosse este um colectivo de árbitros ou um tribunal judicial.

Esta a razão por que disse acima que a decisão proferida pelo Acórdão em apreço me parecia acertada, embora tivesse sido mal fundamentada.

Independentemente desta circunstância, esta espécie jurisprudencial é muito útil para evidenciar a inadequação do critério da “disponibilidade do direito” como definidor da arbitrabilidade dos litígios.

Com efeito, como facilmente se compreende, se os “direitos disponíveis” referidos no art. 1.º, n.º 1, da LAV, deverem ser entendidos no sentido de disponibilidade forte atrás explicado, teremos de concluir que ficará muito significativamente restringido o campo da arbitrabilidade, sem que se vejam razões ponderosas de política legislativa para que isso aconteça (antes pelo contrário, como penso demonstrar neste texto). Isto, desde que se abandone, como se impõe, a desconfiança quanto à capacidade e à vontade dos árbitros de aplicarem normas de interesse e ordem pública e de fazerem valer direitos que a lei configura como indisponíveis.

Ao invés, se o sentido da “disponibilidade do direito” que se deva considerar acolhido no art. 1.º, n.º 1, da L. A. V., for o de disponibilidade fraca, então este critério de arbitrabilidade perde muito da sua operatividade, uma vez que a esmagadora maioria dos direitos subjectivos que, por lei, são antecipadamente irrenunciáveis, passam a poder ser objecto de renúncia após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular.

8.2. Valerá a pena fazer referência a outro acórdão dos nossos tribunais superiores sobre a admissibilidade da sujeição a árbitros de litígios respeitantes aos direitos emergentes (para o agente) da cessação de um contrato de agência.

Refiro-me ao Acórdão do S.T.J., de 11.10.2005(44), que se pronunciou sobre a validade de uma cláusula arbitral inserida num contrato de agência celebrado entre uma empresa portuguesa (o “agente”) e uma empresa indiana (o “principal”), cuja execução se localizava no nosso país, no qual as partes haviam estipulado que todos os litígios emergentes do contrato fossem dirimidos por árbitros, segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. As partes haviam, pois, deferido à arbitragem comercial internacional a resolução dos litígios que entre elas surgissem.

Nesta decisão, o S.T.J. desatendeu os argumentos de uma das partes (o agente) que, invocando, por um lado, o carácter imperativo da norma do art. 38.º da L. C. A. e, por outro lado, o disposto no n.º 1 do art. 1.º da LAV, arguiu a nulidade da convenção de arbitragem, por serem (no seu entender) inarbitráveis os litígios relativos aos direitos emergentes da cessação deste tipo de contratos.

Considerou o S. T. J., muito discutivelmente, que as implicações que a imperatividade da norma do art. 38.º da L. C. A. poderá ter, ao nível da jurisdição competente para conhecer dos litígios previstos naquela disposição legal, eram um problema que apenas se poderia colocar no plano da competência internacional dos tribunais portugueses em confronto com os tribunais de outros países, em nada interferindo com a questão da admissibilidade da sujeição desses litígios a arbitragem internacional, se essa tivesse sido (como foi) a solução adoptada pelas partes no contrato que celebraram.

Para quem defende, como eu, pelo menos de jure constituendo, que esta categoria de litígios deve poder ser submetida a árbitros, a decisão do Supremo não pode deixar de agradar. Permanece, todavia, a questão de saber se, face ao critério da disponibilidade do direito consagrado no n.º 1 do art. 1.º da LAV, o Supremo deveria ter decidido como decidiu.

Se o sentido da “disponibilidade do direito” que deva relevar para efeito da interpretação desta disposição legal for aquilo que designámos por disponibilidade forte, teremos de concluir que o S.T.J. terá aqui decidido mal. Ao invés, se o que deva relevar para este efeito for a disponibilidade fraca, isto é, se for de entender que são arbitráveis os litígios em que o titular do direito controvertido possa de alguma forma a este renunciar, ainda que só após a sua constituição, então a decisão em apreço terá sido acertada.

Contudo, como acima fiz notar, jogar com um conceito de disponibilidade fraca para efeitos de aplicação do art. 1.º, n.º 1.º, da LAV, equivale a retirar a este critério de arbitrabilidade grande parte da sua operatividade, uma vez que, nesta aceção, a esmagadora maioria dos direitos são disponíveis. Não será então melhor recorrer para esse efeito a outro critério?

O que ficou dito neste número e nos números anteriores, basta, a meu ver, para tornar evidente a inadequação do critério da “disponibilidade do direito” para demarcar o campo da arbitrabilidade.

9. Para além do que deixei dito no número anterior, parece-me fora de dúvida que o critério da disponibilidade do direito não fornece resposta clara e inequívoca relativamente às questões atinentes à susceptibilidade de sujeição a arbitragem de numerosas questões de direito das sociedades.

É o caso da acção de declaração de nulidade do contrato de sociedade ou a declaração de nulidade de deliberação de órgãos sociais, em que se vê mal como se poderá determinar a (in)arbitrabilidade do litígio que delas seja objecto, em função de um direito dos sócios (e não são apenas estes que têm legitimidade para intentar tais acções) que fosse disponível, ainda que só relativamente.

Como observou Andrea Zoppini(45)—autor que procurou muito laboriosamente conciliar o critério da disponibilidade do direito, acolhido no art. 806 do Codice de Procedura Civile (com a redacção que lhe foi dada pelo decreto legislativo de 2 de Fevereiro de 2006)(46), com o propósito declarado dos autores da recente reforma do direito societário italiano, de abrirem as portas da arbitragem a muitos litígios relativos a matérias de direito das sociedades—, não se podem transpor conceitos que são próprios dos contratos de troca (contratti di cambio) para os contratos associativos (contratti associativi), categoria em que se inclui o contrato de sociedade.

Nos contratos de troca, que constituem, histórica e dogmaticamente, o modelo de disciplina geral do contrato, mede-se a arbitrabilidade das controvérsias pelo metro dos resultados que as partes podem atingir na lide. Daí a afirmada equivalência normativa se não mesmo semântica, entre disponibilidade do direito, a capacidade de o transferir e o poder de a ele renunciar.

Coisa muito diferente se verifica, segundo este autor, nos contratos associativos, em que se assiste ao estabelecimento de regras organizativas de conteúdo procedimental e, assim, à produção e imputação de efeitos a nível meta-individual. Daí que muitas das posições jurídicas derivadas de contrato de sociedade não sejam reconduzíveis a situações de titularidade.

Ainda segundo este autor, em vez de pretensões fundadas em normas relacionais e representáveis em termos do direito subjectivo, o que encontramos é posições participativas radicadas em normas de acção e apenas descritivamente referenciáveis mediante o conceito de status. Sendo assim, quando se trata de determinar quais são, no interior do fenómeno societário, os “direitos disponíveis”, deve abandonar-se a perspectiva individualista (isto é, ser o sócio titular de uma situação subjectiva), que induz a apreciar a disponibilidade exclusivamente na base da possibilidade de obter do juiz privado uma regra e de produzir um efeito idêntico ao que o sujeito poderia autonomamente atingir.

Nessa ordem de ideias, Andrea Zoppini veio defender que a noção de “direitos disponíveis relativos ao objecto social”, através da qual o novo direito societário italiano veio abrir um campo mais vasto para a arbitragem, deve ser entendido na dimensão procedimental/organizativa característica do direito societário, concluindo, depois, que “a disponibilidade” a que se refere a nova lei italiana sobre arbitragem em matéria societária, deve ser entendida “não no plano do agir individual, mas no diferente plano do agir corporativo, de forma a que, em síntese, se possa afirmar que “o que é socialmente decidível é outrossim arbitrável”.

Subscrevam-se ou não estas considerações, uma coisa pode dizer-se com segurança: o critério da disponibilidade do direito em causa no litígio não é adequadamente operativo para delimitar, claramente e com segurança, o espaço da arbitrabilidade no campo do direito das sociedades, sendo incapaz de fornecer respostas inequívocas às inúmeras dúvidas que às partes, aos árbitros e aos juizes dos tribunais estaduais (chamados a controlar os limites da arbitrabilidade) forçosamente se suscitarão acerca da possibilidade de submeter tais questões a arbitragem.

Melhor será, por isso, recorrer a um critério de determinação da arbitrabilidade que seja de aplicação mais simples e segura.

Independentemente das insuficiências apontadas ao critério de disponibilidade do direito como definidor da arbitrabilidade dos litígios, parece-me que o recurso a tal critério para este efeito, à semelhança da utilização que, durante muito tempo, a jurisprudência francesa fez do critério da ligação do litígio com a ordem pública, assenta numa desconfiança (ainda que inconfessada) do Estado-legislador (quando é a lei que estabelece o critério da arbitrabilidade) ou dos tribunais estaduais (quando esse critério é definido por via jurisprudencial) relativamente à capacidade e/ou à vontade dos árbitros de respeitarem e fazerem respeitar normas ou princípios considerados como particularmente importantes e, por isso, como obrigatoriamente aplicáveis em quaisquer circunstâncias. Ora, é esta desconfiança que, a meu ver, não

tem justificação. Os árbitros exercem a jurisdição e, tal como os juízes, têm o dever de aplicar normas imperativas, assim como o de fazer valer direitos indisponíveis. Se não o fizerem e, conseqüentemente, se a sua decisão ferir princípios ou valores que a ordem jurídica não possa consentir que sejam postos em causa, tal decisão poderá ser anulada pelos tribunais estaduais, com esse fundamento.

Dito de outro modo, a “indisponibilidade do direito” (tal como “a atinência à ordem pública”, que encontrámos nas fases anteriores da evolução da jurisprudência francesa atrás descrita) não deveria ser considerada como fundamento de exclusão da possibilidade de submissão de controvérsias à arbitragem, mas antes como limite ao poder decisório dos árbitros.

10. O sub-critério da transigibilidade Algumas legislações nacionais adoptaram como critério da arbitrabilidade o critério da transigibilidade, isto é, a possibilidade de sobre o litígio em presença se poder ou não celebrar transacção(47). Por outro lado, nos sistemas jurídicos em que o critério legal é o da disponibilidade do direito, alguns autores recorrem à indagação sobre a possibilidade ou impossibilidade de se celebrar transacção sobre o direito em causa, como meio indirecto (ou sub-critério) de determinação da sua disponibilidade.

A meu ver, parece-me ser este um critério erróneo. Já o Professor Raúl Ventura, no seu estudo sobre a convenção de arbitragem publicado em 1986, criticara a equiparação entre transacção e convenção de arbitragem que por vezes encontrava na doutrina, exprimindo a dúvida “de que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre o direito disponível afecte a disponibilidade do direito”(48).

No fundo, essa assimilação de figuras bem diferentes é herdeira da ultrapassada concepção contratual da arbitragem. Na verdade, a arbitragem não tem uma natureza puramente contratual, sendo antes uma instituição de feição mista: tem uma fonte contratual, na medida em que se funda no reconhecimento da autonomia privada (é por convenção das partes que se atribui aos árbitros o poder de resolver um litígio), mas tem um carácter substancialmente jurisdicional, porque a função dos árbitros consiste em julgar um litígio e a sua decisão se reveste de obrigatoriedade e força executiva idênticas às que têm as sentenças dos tribunais estaduais(49). Ora, se a arbitragem é uma modalidade de jurisdição, é errado ver na convenção de arbitragem algo de semelhante à transacção, na qual as partes, por si ou através de mandatários que para o efeito designam, põem termo a um litígio que as divide através de abandonos ou concessões recíprocas.

Compreende-se que um requisito da admissibilidade de transacção seja a possibilidade de as partes poderem dispor dos direitos em causa, renunciando a eles. Mas na arbitragem não se trata disso (transigir, por si ou através de mandatários), mas sim de determinar quem serão os juízes que irão dirimir um litígio, respeitando e fazendo valer, se for caso disso, o direito ou direitos indisponíveis que porventura estejam em causa. Sendo assim, por que razão se há-de exigir a disponibilidade ou a transigibilidade dos direitos que são objecto do litígio, para que os mesmos possam ser submetidos a árbitros? Nenhuma razão válida existe, a meu ver, para tanto.

11. Acresce que o critério da disponibilidade do direito consagrado na LAV é incapaz de justificar (mais do que isso, é incompatível com) o alargamento do domínio da arbitrabilidade criado pelo legislador português através de alguns diplomas recentes, onde, muito audaciosamente, se abriu a porta à possível sujeição à arbitragem de litígios que, anteriormente, em virtude das concepções tradicionais e também por aplicação do critério do carácter indisponível dos direitos em causa, se entendia ser inarbitráveis. Mencionarei, a este respeito, dois domínios particularmente significativos.

Em matéria de propriedade industrial, entendia-se, ao abrigo do Código da Propriedade Industrial de 1995 (tal como ao abrigo do Código da Propriedade Industrial antecedente), que, se não havia impedimento à possibilidade de sujeição a arbitragem de litígios atinentes à interpretação, execução ou incumprimento do estipulado em acordos que tivessem por objecto a transmissão ou o licenciamento de direitos emergentes de patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, etc., já o mesmo não acontecia com as questões relativas à titularidade ou validade de direitos de propriedade industrial, que eram geralmente consideradas inarbitráveis.

Entre nós, tal como na doutrina estrangeira, esse entendimento era frequentemente fundamentado na natureza da protecção conferida pelo título de propriedade industrial. Esta protecção era qualificada pela maioria da doutrina como um monopólio ou direito de exploração económica exclusiva e oponível a terceiros, conferido pelo Estado ao titular da patente, marca ou outro direito de propriedade industrial (50), o que justificava que se reservasse aos tribunais estaduais o contencioso respeitante à validade, vigência e titularidade dos direitos de propriedade industrial oponíveis erga omnes, solução que também era justificada pelo âmbito meramente pessoal de vinculação da convenção de arbitragem(51).

Se se aplicar aqui o critério da disponibilidade de direito, dificilmente se poderá afirmar ser disponível o

poder de decisão que tem o Estado (ou o ente público dotado de competência específica para esse efeito) de conceder ou recusar o registo de uma patente ou de promover (através do Ministério Público) a declaração da sua nulidade ou anulação, por não verificação dos pressupostos legais que regulavam a sua atribuição.

No entanto, ultrapassando estes impedimentos, o novo Código Português de Propriedade Industrial (de 2003), veio dispor, no n.º 1 do seu art. 48.º: “Sem prejuízo da possibilidade de recurso a outros mecanismos extra-judiciais de resolução de litígios, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de todas as questões susceptíveis de recurso judicial”. E o n.º 2 deste artigo acrescenta: “exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral”.

Conjugando este artigo com o art. 39.º do mesmo Código, que elenca as decisões do I.N.P.I. de que cabe recurso (de plena jurisdição) para o tribunal competente, verifica-se que aquelas abrangem as decisões do Instituto Nacional de Propriedade Industrial que (a) concedam ou recusem direitos de propriedade industrial e (b) as relativas transmissões, licenças, declarações de caducidade ou a quaisquer outros actos que afectem, modifiquem ou extingam direitos de propriedade industrial.

Verifica-se, pois, que, uma vez resolvida, mediante a adesão dos possíveis contra-interessados à convenção de arbitragem, a dificuldade resultante da necessária oponibilidade erga omnes dos actos (da autoridade pública competente ou dos tribunais) que confirmam ou extingam direitos da propriedade industrial, mesmo os litígios atinentes a essa outorga ou extinção são susceptíveis de decisão por via arbitral.

Ao consagrar esta solução, o direito português adoptou uma solução claramente mais avançada (no sentido de arbitrabilidade dos litígios) que um bom número de outros ordenamentos jurídicos europeus, o que me parece de aplaudir. Mas, ao fazê-lo, estabeleceu um regime que não harmoniza o critério geral de arbitrabilidade consagrado no art. 1.º, n.º 1 da LAV.

A meu ver, este facto constitui uma razão adicional para se repensar a adequação deste critério.

12. A evolução verificada em diversos ordenamentos estrangeiros e (mais recentemente) no direito europeu, relativamente à admissão de arbitrabilidade de matérias “sensíveis”, como a legislação de defesa de concorrência – nas quais, quer à luz do critério da ligação do litígio com a ordem pública quer do da disponibilidade do direito, seria de esperar uma posição desfavorável à admissão da submissão de tais matérias à arbitragem—depõe também no sentido de necessidade de se repensar o critério de arbitrabilidade acolhido na LAV.

Durante muito tempo, na generalidade dos países, negou-se a possibilidade de sujeição a árbitros, de litígios que envolvessem a aplicação das legislações domésticas ou europeia sobre defesa de concorrência. Para fundamentar tal posição, invocava-se o acentuado carácter de interesse e ordem pública de tais legislações, dada a fundamental importância das normas reguladoras dessas matérias para o bom funcionamento das economias nacionais, donde resultaria a indisponibilidade dos direitos criados nesse âmbito e, por conseguinte, a inadmissibilidade do julgamento de tais matérias por árbitros, pelo menos, a título principal.

Mas esta concepção veio a sofrer alterações muito significativas.

A primeira ordem jurídica em que passou a aceitar-se a arbitrabilidade de litígios que requeressem a aplicação do direito da concorrência foi a dos E.U.A., cujo Supremo Tribunal, relativamente à arbitragem internacional, no acórdão proferido no caso Mitsubishi (em 1985) concluiu que “preocupações de cortesia (comity) internacional, respeito pela capacidade de tribunais estrangeiros e transnacionais e sensibilidade à necessidade que o sistema do comércio internacional tem de previsibilidade na resolução dos litígios exigem que nós (o Supremo Tribunal) confirmamos eficácia (enforce) ao acordo das partes, mesmo que solução contrária pudesse resultar num contexto doméstico”(52).

Mas o Supremo Tribunal Americano, logo de seguida, acentuou que, “tendo-se permitido que a arbitragem avançasse, os tribunais nacionais dos Estados Unidos terão oportunidade, na fase de execução da decisão arbitral, de assegurar que o legítimo interesse na aplicação da legislação anti-trust haja sido acautelado”, o que a Convenção de Nova Iorque de 1959 sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras possibilita, “ao permitir a cada país signatário recusar o reconhecimento e execução de uma decisão que seja contrária à (Art. V. 2(b), NYC) ordem pública desse país”.

O Supremo Tribunal dos E.U.A. consagrou aqui a chamada “second look doctrine”, segundo a qual cabe aos tribunais estaduais fazer o exame ex post da efectiva aplicação pelos árbitros de legislação anti-trust, anulando a sentença ou recusando-lhe o enforcement, se se mostrar que tal legislação não foi tida em

conta pelos árbitros. Na sequência deste acórdão do Supremo Tribunal Americano, veio a admitir-se, na grande maioria dos países europeus, a submissão à arbitragem das questões relativas ao direito da concorrência(53).

Mas, mais do que poderem ser aplicadas pelos tribunais arbitrais, as regras dos direitos nacionais e europeu relativos à defesa da concorrência e ao combate às práticas e comportamentos restritivos ou lesivos do livre funcionamento dos mercados, reclamam uma efectiva aplicação pelos árbitros.

Esta doutrina veio a ser consagrada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na sua decisão proferida (em 1999) no caso *Eco Swiss China Time v. Benetton International B.V.*. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça, depois de qualificar as disposições do art. 81.º do Tratado da U. E. como constituindo matéria de ordem pública comunitária, afirmou que uma decisão arbitral que houvesse decidido um litígio ao qual aquelas disposições fossem aplicáveis, sem as aplicar efectivamente, podia e deveria ser anulada pelos tribunais estaduais. E, embora no dito acórdão não se haja expressamente afirmado o dever de os árbitros aplicarem oficiosamente o direito comunitário da concorrência, ainda que as partes não o tenham invocado, tal acórdão é geralmente interpretado pela doutrina como implicando a existência desse dever (54).

As relações entre a arbitragem e o direito europeu da concorrência tornaram-se ainda mais estreitas (encerrando-se definitivamente o período de “recíproca indiferença” que durante muito tempo caracterizou essas relações e passando estas a ser de mútua cooperação) a partir da reforma que de que aquele direito foi objecto pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, que entrou em vigor em 1 de Maio de 2004, e dos demais instrumentos normativos que deram corpo a esta reforma.

A partir desta Reforma, aos árbitros passou a ser reconhecida, sem mais dúvidas ou reservas, competência para aplicarem, não só a título incidental (o que, durante longo tempo, se entendeu ser o único poder que aqui se lhes reconhecia) mas também a título principal, todas as regras e princípios do direito europeu da concorrência que os tribunais estaduais também aplicam. É de salientar que esta competência alargada dos árbitros inclui, à semelhança do que passou a ser permitido aos tribunais estaduais, o poder de conceder isenções ao abrigo do art. 81, § 3, do Tratado da União, o que até então constituía competência exclusiva da Comissão da União Europeia (55).

A evolução registada quanto à arbitrabilidade dos litígios relativos à aplicação das regras nacionais e comunitárias de defesa da concorrência tem a maior relevância para a demonstração que aqui pretendo fazer, de que o critério de “disponibilidade do direito” não é o mais adequado para delimitar o âmbito da arbitrabilidade dos litígios.

Com efeito, parece-me inegável que os direitos ou situações subjectivas emergentes da aplicação das regras contidas no art. 81.º do Tratado da União Europeia e nos instrumentos de direito comunitário que visam dar-lhe aplicação eficiente, bem como nos correspondentes textos nacionais existentes nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados membros da União Europeia, se contam entre aqueles em que a indisponibilidade se revela com maior força e nitidez. Ora, a verdade é que tal circunstância não foi considerada como óbice à possibilidade de os árbitros poderem decidir sobre tais litígios respeitantes a tais matérias e situações jurídicas.

13. Resulta do que acima disse, que o critério da natureza patrimonial da pretensão pode e deve substituir com grandes vantagens o da disponibilidade do direito, como método de determinação da arbitrabilidade dos litígios.

Mas isto não equivale a afirmar que todos os litígios de natureza patrimonial possam ou devam ser submetidos a arbitragem.

Razões ou factores de natureza variada podem fazer excluir da possibilidade de submissão a árbitros matérias ou grupos de questões que, por razões de política legislativa, se entenda dever reservar-se à apreciação dos tribunais estaduais.

Os conflitos colectivos de trabalho são um domínio que, tradicionalmente, não só entre nós(56) mas também noutros países, como a França(57) e a Itália(58), se entende dever ser reservado aos tribunais estaduais. O Prof. Raúl Ventura justificava tal opção como o facto de os tribunais estaduais serem mais capazes de proporcionar aos trabalhadores subordinados (vistos como o contraente mais débil) uma tutela adequada.

Em minha opinião, se esta ideia pode fazer sentido em relação à generalidade dos trabalhadores subordinados, já é muito contestável que o mesmo se possa dizer de um executivo altamente qualificado e

bem remunerado que entra em litígio com a empresa sua empregadora. Por que razão vedar então o recurso à arbitragem relativamente à totalidade dos litígios individuais de trabalho? Seja como for, trata-se de uma opção de política legislativa, não resolúvel à luz de um critério geral (conceitual) de arbitrabilidade.

Um caso de algum modo semelhante é o dos litígios relativos ao arrendamento urbano. Já vimos que, na Alemanha, a lei exclui tais litígios do campo da arbitrabilidade, não obstante o seu carácter patrimonial. Em Portugal, no âmbito do anterior Regime do Arrendamento Urbano (RAU), a melhor doutrina entendia que, em princípio, este grupo de litígios eram arbitráveis, com excepção dos relativos a certas formas de cessação do contrato de arrendamento que, por determinação expressa da lei, só podiam ser decretadas pelos tribunais judiciais (a resolução e a denúncia do contrato pelo senhorio)(59).

O novo RAU (aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro) veio introduzir alguma obscuridade nesta questão, porque, relativamente àqueles casos de cessação do contrato de arrendamento que antes estavam reservados ao tribunal judicial, determina agora que a resolução ou denúncia se façam “nos termos das leis do processo”(60).

A preocupação manifestada por alguns legisladores nacionais (entre os quais o nosso) de reservar aos tribunais judiciais a decisão sobre algumas questões de arrendamento, assenta provavelmente na ideia de que só aqueles tribunais são capazes de assegurar uma tutela adequada ao contraente supostamente mais débil. Mas trata-se, a meu ver, de um preconceito que deve ser afastado. A experiência positiva obtida no âmbito do direito espanhol, em que são arbitráveis todos os litígios relativos a arrendamentos urbanos e rústicos, deveriam induzir o legislador português a seguir pelo mesmo caminho, com o que ajudaria muito significativamente a aliviar os tribunais judiciais de uma categoria de litígios que muito contribuem para a sobrecarga que os aflige.

Importa, por último, fazer uma breve referência às questões falimentares.

Numerosos autores salientaram a tensão existente entre o carácter colectivo dos processos falimentares e o efeito relativo (i. e., o âmbito pessoal de vinculação) da convenção de arbitragem. Esta tensão terá por consequência, como observam Poudret et Besson, submeter, em certos casos, uma destas instituições (geralmente, a arbitragem) à lógica própria da outra(61).

As relações difíceis entre a arbitragem e a falência manifestam-se, em primeiro lugar, quanto à validade *ratione personae* da convenção de arbitragem. E é só quanto a este ponto que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) se pronuncia sobre matérias de arbitragem (v. art. 87.º deste Código).

Em segundo lugar, a falência tem incidência no desenrolar do processo arbitral. Há certas regras de importância tão capital para que o decretamento da falência ganhe efectividade (sendo, por isso, consideradas nos direitos de alguns Estados como integrando a respectiva ordem pública internacional), que têm de ter primazia sobre as arbitragens que envolvam a massa falida, convencionadas ou em curso. É o caso da suspensão das acções intentadas individualmente contra o devedor e que tenham por objecto bens compreendidos na massa, sujeitos, portanto, ao princípio de igualdade dos credores comuns.

Em terceiro lugar, os vários regimes nacionais sobre a falência estabelecem regras de competência exclusiva para os tribunais estaduais, aos quais é atribuída competência exclusiva para conhecerem de certas questões atinentes ao desenrolar do processo colectivo de falência (ou insolvência).

Cumprido, porém, realçar que, se é certo que a declaração de falência (ou insolvência) cria zonas de inarbitrabilidade fundamentadas nos objectivos específicos desse processo de execução colectiva, daí não resulta que todas as questões relacionadas com a falência sejam inarbitráveis. A arbitrabilidade do litígio resultará unicamente da natureza específica da ligação entre a questão a decidir e o processo de falência.

Nesta ordem de ideias, é evidente que o decretamento da falência não pode ser proferido por árbitros, pois que ele põe em causa todos os credores e não apenas os que são partes da convenção de arbitragem. O mesmo se pode dizer dos litígios (de natureza processual) que digam respeito à tramitação própria do processo de falência. Diferente será, contudo, a situação dos litígios de direito material cujo desfecho condiciona apenas a procedência do crédito reclamado por um ou mais credores do insolvente (crédito esse que será pago pro rata, de acordo com as possibilidades da massa insolvente), ou que digam respeito à eventual separação da massa de bens que se conclua não pertencerem àquela. Tais litígios são generalizadamente entendidos como arbitráveis(62).

Para além das (pequenas) diferenças que os vários ordenamentos jurídicos nacionais apresentam neste domínio, a justificação da vasta zona de coincidência que neles se detecta, nesta matéria, explica-se pela supra-mencionada necessidade de tutelar o interesse do universo de credores comuns do insolvente, o que

constitui justificação bastante para as derrogações que neste domínio se fazem ao princípio da arbitrabilidade das questões de natureza patrimonial.

14. Em jeito de conclusão, por todas as razões que deixei explanadas, penso que se a actual lei sobre a arbitragem voluntária vier a ser, como se espera, objecto de uma profunda reforma, deverá o critério da arbitrabilidade dos litígios que consta do n.º 1 do seu artigo 1.º (“respeitar o litígio a direitos disponíveis”) ser substituído pelo da patrimonialidade da pretensão.

Não podendo uma lei sobre arbitragem voluntária deixar de conter um critério geral de arbitrabilidade, deverá passar a ser este o aí consagrado, nada impedindo, porém, antes parecendo aconselhável (foi esse o caminho trilhado noutros ordenamentos jurídicos, como atrás mencionei) que outras leis, em atenção a específicas e ponderosas razões de política legislativa, vedem a sujeição de determinadas matérias à arbitragem, não obstante terem natureza patrimonial, e igualmente que leis especiais permitam que a este meio de resolução de litígios sejam submetidas controvérsias respeitantes a pretensões de natureza não-patrimonial (não obstante, como acima referi, ter alguma dificuldade em encontrar exemplos adequados à materialização desta última possibilidade), se existirem bons motivos para tanto.

Notas:

(1) Este texto é uma versão desenvolvida da intervenção do autor no Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Arbitragem sobre “Problemas e Perspectivas Actuais da Arbitragem”, que teve lugar, em 6 de Julho de 2006, na Faculdade de Direito de Lisboa.

(2) Em “Convenção de Arbitragem” – Revista da Ordem dos Advogados – ano 46 (1986) – II, p. 317.

(3) V., neste sentido, por exemplo, as definições dadas por Alan Redfern and Martin Hunter, with N. Blackaby and C. Partasides – *Law and Practice of International Commercial Arbitration* – 4th ed., 2004 – London – Sweet and Maxwell/Thomson, p. 138: “Arbitrability, in the sense in which it is used both in this book and generally, involves determining which types of dispute may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of courts”; e por Jean François Poudret et Sébastien Besson – *Droit Comparé de l’Arbitrage International* – 2002 – Bruylant-L.G.D.J.--Shulltess, p. 298: “L’arbitrabilité (objective) désigne l’aptitude d’une cause à être soumise à l’arbitrage”.

(4) Na doutrina e na jurisprudência dos tribunais norte-americanos, o conceito de “arbitrabilidade” assume frequentemente uma significação mais ampla, de modo a abranger o âmbito de compreensão ou alcance da convenção de arbitragem. Sobre este particular significado de arbitrabilidade, v. Alan Redfern e Martin Hunter – ob. cit., p. 138, note 45, e J. F. Poudret et S. Besson – ob. cit., p. 299, Fouchard, Gaillard, Goldman – *On International Commercial Arbitration* – 1999 – The Hague, – Kluwer Law International, p. 312, e ainda a referência fortemente crítica que se encontra em Bernard Hanotiau – *Complex Arbitrations* – 2005 – The Hague – Kluwer Law International, p. 226.

(5) Cfr. Luís de Lima Pinheiro – *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem* – 2005 – Coimbra – Almedina, pp. 103-104; Fouchard, Gaillard, Goldman – ob. cit., pp. 312-313.

(6) Citada por Pilar Perales Viscasillas – *Arbitrabilidade e Convenio Arbitral* – 2005 – Thomson/Aranzadi, p. 130.

(7) É o que acontece no direito italiano, em que o artigos 409 e 806 do Codice de Procedura Civile dispõem que os litígios relativos a relações de trabalho subordinado ou a contratos de agência e de representação comercial, entre outros, só podem ser submetidos a arbitragem se a lei ou os acordos colectivos o previrem.

(8) É o que ocorre no art. 2060 do Código Civil Francês.

(9) Sobre esta temática, pode consultar-se com particular interesse Jean-Baptiste Racine – *L’Ordre Public et l’Arbitrage Commercial International* – 1999 – L.G.D.J. – Paris, pp. 27-147, e Olivier Caprasse – *Les Sociétés et l’Arbitrage* – 2002 – Bruylant--L.G.D.J.-Bruxelles-Paris, pp. 33-140.

(10) No artigo 2059 do Código Civil Francês, adoptou-se também o critério da livre disponibilidade do direito, mas foi sobretudo o critério da ligação (ou não-ligação) do litígio com a ordem pública que orientou o debate e a evolução que a questão da arbitrabilidade conheceu no âmbito do direito francês.

(11) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 46.

(12) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 48-49.

(13) Na ob. cit., pp. 42-76.

(14) Citado por Olivier Caprasse – ob. cit., 52-53.

(15) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 53-54; Jean Baptiste Racine – ob. cit., p. 31.

(16) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 55.

(17) Em “Le contrat illicite” – Revue de l’Arbitrage – 1984, p. 214.

(18) Cfr. J. B. Racine – ob. cit., p. 125.

(19) Citado por Olivier Caprasse – ob. cit., p. 58.

(20) Cfr. Pierre Mayer – ob. cit., p. 21.; Olivier Caprasse – ob. cit., p. 58-59.

(21) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 59.

(22) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 59-60.

(23) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 61-64.

(24) Não tenho conhecimento de que os tribunais franceses tenham já claramente consagrado esta nova orientação, no domínio da arbitragem interna.

(25) Cfr. Olivier Caprasse – ob. cit., p. 69-71.

(26) Cfr. Poudret et Besson – ob. cit., p. 307.

(27) Utilizei aqui a tradução (não-oficial) para inglês, feita pela Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit.

(28) Cfr. Marc Blessing – “Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives” – na obra colectiva – International Arbitration in Switzerland – An Introduction to and Commentary to Articles 176.194 of The Swiss Private International Law Statute – 2000 – Kluwer Law International, p. 173; Robert Briner – “Commentary on article 177” – (na mesma obra), p. 317.

(29) Cfr. Pilar Perales Viscasillas – ob. cit., p. 141.

(30) V. Neste sentido, Vicent Chuliá - Introducción al Derecho Mercantil- 2004 – Valencia, p. 187-188 ; Pilar Perales Viscasillas – ob. cit., p. 139-142; Juan Fernandez Armesto – “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española” – Revista de Derecho Mercantil – n.º 258 – outubro-dezembro de 2005, p. 1507-1509.

(31) V. Direito Processual Civil – Lições – I volume – 1986-1987 – Ed. AAFDL, p. 210.

(32) Cfr. ob. cit., p. 212-213.

(33) V., por exemplo, Ana Prata – Dicionário Jurídico – “Indisponibilidade (Dir. Civil)” – 4.ª ed. – Coimbra – Almedina.

(34) Pense-se por exemplo, nos direitos do credor que, nos termos do art. 809.º do Código Civil, não são antecipadamente renunciáveis. Não havendo razão válida para serem inarbitráveis, sê-lo-iam se os “direitos disponíveis” referidos no artigo 1.º, n.º 1, da LAV devessem ser entendidos no sentido da “disponibilidade absoluta”.

(35) Dito de outro modo, não sendo atinentes aos direitos da personalidade ou ao estado civil das pessoas.

(36) Salvo em relação a aspectos patrimoniais do estado civil, como as questões relativas ao regime matrimonial de bens, que não vejo razão ponderosa para não serem arbitráveis.

(37) V., neste sentido, Fouchard, Gaillard, Goldman – ob. cit., p. 341.

(38) Em www.dgsi.pt

(39) É o que, com dúvidas, julgo poder depreender do relatório do acórdão em apreço. Apesar da defeituosa redacção da cláusula arbitral, que saliento no texto, parece que ela teria em vista arbitragens internas, não internacionais.

(40) As partes, possivelmente, terão tido em vista o “Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa/Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”.

(41) Em “Questões de Arbitragem Comercial – II. Anotação ao Acórdão do STJ, de 22 de Abril de 2004”, Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XLVI, n.º 2-3-4, Abril-Dezembro 2005, pp. 368-370.

(42) É sabido que as normas de direito interno, publicadas em transposição de directivas comunitárias, devem ser objecto de uma “interpretação conforme ao direito comunitário que lhes diga respeito”. Sobre esta matéria, v., entre outros, Fausto de Quadros – Direito da União Europeia – Coimbra – 2004, p. 488-490, e Sofia Oliveira Pais – O Acórdão Marleasing – Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1992) – pp. 283-322.

(43) V., neste sentido, Luís de Lima Pinheiro ob. cit., pp. 157-163. Ainda hoje permanecem válidas as reflexões que Aristóteles, na *Ética a Nicómaco* (Livro V, Cap. X), fez sobre a Equidade e as suas relações com a Justiça.

(44) Em www.dgsi.pt

(45) No estudo “I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario” – Rivista delle Società – 2004, pp. 1173-1185.

(46) Na redacção anterior deste preceito, o critério da arbitrabilidade aí acolhido era o critério (vizinho daquele, mas não coincidente com ele, como veremos) da “possibilidade de se concluir transacção” sobre o litígio em causa.

(47) Era este o critério da arbitrabilidade utilizado pelo direito italiano até à recente reforma legislativa (de 2 de Fevereiro de 2006) que incidiu sobre os artigos do Codice di Procedura Civile que versavam sobre arbitragem.

É também, como referi atrás, o critério complementar adoptado pela lei alemã sobre arbitragem (alargando por esta via, embora pouco significativamente, o campo da arbitrabilidade que é delimitado através do critério da patrimonialidade da pretensão).

(48) V. ob. cit, p. 321.

(49) V. Dário Moura Vicente – Da Arbitragem Comercial Internacional – Coimbra – 1990, pp. 64-68.

(50) V., neste sentido, Carlos Olavo – Propriedade Industrial – 1997- Almedina – Coimbra, pp. 23-26 e Oliveira Ascensão – Direito Comercial Direito Industrial – Lições – II vol. – 1988 – Lisboa, pp. 404-409. Na literatura estrangeira, v., por exemplo: Jean Michel Wagret - Brevets d’ Invention et Propriété Industrielle – 1975 – PUF – Paris, p. 11; T. A. Blanco and Robin Jacob—Patents, Trade Marks, Copyright and Industrial Designs – 1986. Sweet and Maxwell – London, pp. 4-5.

(51) É este o entendimento seguido, ainda hoje, noutras ordens jurídicas; cfr. Alan Redfern and Martin Hunter – ob. cit., p. 139; Fouchard, Gaillard, Goldman – ob. cit., p. 344; Poudret et Besson – ob. cit., pp. 322-324.

(52) Poudret et Besson – ob. cit., p. 316, referiam que (à data da publicação desta obra) a validade de convenções de arbitragem para litígios relativos a matérias anti-trust, no plano interno, ainda era controvertida, não sendo admitida por todos os Federal Circuit Courts.

(53) Cfr. Poudret et Besson – ob. cit. pp. 314-317; Fouchard, Gaillard, Goldman – ob. cit., pp. 342-343.

(54) Cfr. Alan Redfern and Martin Hunter – ob. cit., p. 141-142.

(55) Sobre esta problemática, ver, entre outros, T. Diederik de Groot – “The impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration” – Journal of International Arbitration – Kluwer—2003—n.º 20(4), pp. 365-373; Maurits Dolmains and Jacob Grierson—“Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities”, ICC International Court of Arbitration Bulletin (2003),

vol. 14, n.º 2, p. 37; Philippe Pinsolle – “Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators” – *International Arbitration Law Review* – London – 2004 – n.º 7 (1), p. 14; Patrick Baron and Stephen Liniger – “A Second Look at Arbitrability” – *Arbitration International* – Kluwer – 2003 – n.º 19, p. 17; Walid Abdelgawad – “l’arbitrage international et le nouveau règlement d’application des articles 81 et 82 CE” – *Revue de l’Arbitrage* – (2004) n.º 2, pp. 253-282; Luca G. Radicati di Brozolo – “Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration” – *International Arbitration Law Review* – London – 2004, n.º 7 (1), p. 23; Daniel Bensaude – “Thalés Air Defence BV v. GIE Euromissile”: Defining the Limits of Scrutiny of Awards

Based on Alleged Violations of European Competition Law” – *Journal of International Arbitration* – Kluwer – 2005. n.º 22(3), pp. 239-244., Gordon Blanke – “Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on alleged Violations of European Competition Law” – *A Réplique to Daniel Bensaúde’s “Thalés Air Defence BV v. GIE Euromissile”* – *Journal of International Arbitration* – Kluwer – 2006. n.º 23(3), pp. 249-257.

(56) Cfr. Raúl Ventura – *ob.cit.*, pp. 337-339.

(57) Neste país têm, porém, surgido autores a defender a arbitrabilidade, sob determinadas condições ou garantias, dos conflitos individuais de trabalho. Tais condições visam assegurar que a parte mais fraca da relação laboral (sendo indesmentível o seu menor poder negocial aquando da celebração do contrato de trabalho) não veja enfraquecida a tutela jurídica que lhe é devida, através da imposição pelo seu co-contratante, a entidade patronal, de uma cláusula arbitral. V., sobre este tema, Estelle Courtois-Champenois – “L’arbitrage des litiges en droit du travail: la découverte d’une institution française en disgrâce” – *Revue de l’Arbitrage* – 2003, n.º 2, pp. 349-380. Entre as garantias propostas por esta autora para compensar o menor poder negocial do trabalhador subordinado, são de referir: o maior envolvimento dos sindicatos nesses processos arbitrais, a proibição da convenção de arbitragem, se esta constituir condição da obtenção do emprego (sancionando-se tal facto com a nulidade relativa dessa convenção), uma regulamentação mínima em matéria processual adequada à especificidade destas arbitragens e a admissão, com limites, de recursos da decisão arbitral.

(58) Em Itália, o Código do Processo Civil (art. 806.º) admite a submissão de conflitos individuais de trabalho a arbitragem, desde que isso esteja previsto em lei especial ou em acordo colectivo de trabalho.

(59) V. António Marques dos Santos – “Arrendamento Urbano e Arbitragem Voluntária” – em *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles* – Vol. III, pp. 580 e segs..

(60) Significará esta expressão que, tal como anteriormente acontecia, tais formas de cessação de contrato só podem ser decretadas pelo tribunal judicial ou, ao invés, que os árbitros poderão decretar essa cessação, embora com observância de tramitação processual prevista na lei? Não é nada líquido que tenha sido essa a intenção do legislador ou que isso deva resultar da correcta interpretação da lei.

(61) V. *ob. cit.*, p. 325.

(62) Sobre esta problemática, v. Luís de Lima Pinheiro – *ob. cit.*, p. 110; e Poudret et Besson – *ob. cit.*, p. 326.