

REVISTA INTERNACIONAL DE
ANUAL - ANO 2009
ARBITRAGEM
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM
E CONCILIAÇÃO



APA
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

Doutrina
Vida Institucional
Legislação
Jurisprudência
e Documentação
Notícias
Crónicas
Recensões

José Miguel Júdice

Advogado

Professor Convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa

Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 311/2008
Processo n.º 753/07

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Supremo Tribunal de Justiça, em que é recorrente Wall Street Institute de Portugal – Centro Inglês, S. A., e WSI – Consultadoria e Marketing, L.da, e recorrido o Centro de Inglês Santa Bárbara, L.da, vem interposto recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), nos seguintes termos:

«[...] 9 – O presente recurso é interposto ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82 na sua redacção actual.

10 – As ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a “dificultas prestandi” de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao “direito à arbitragem” das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.

11 – A coberto de uma interpretação conforme à Constituição, o Tribunal Judicial de Braga e o Tribunal da Relação de Guimarães, julgaram, afinal, a norma inaplicável ao caso concreto.

12 – O que viola os princípios constitucionais da protecção da confiança e determinabilidade da lei aplicável pelo tribunal, para além do artigo 209.º, n.º 2 da Constituição, uma vez que os tribunais arbitrais são uma das categorias de tribunais previstas na Constituição.

13 – Norma essa que é pois inconstitucional.

14 – Nos termos do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição são recorríveis para o tribunal Constitucional, “as decisões proferidas pelos restantes tribunais em que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, se haja julgado, afinal a norma inaplicável ao caso concreto. E isto por se considerar que tais situações são, na prática, equiparáveis aquelas em que tenha havida uma pura e simples recusa de aplicação de norma com fundamento na sua inconstitucionalidade” – Luís Nunes de Almeida, *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado, in Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a Constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, III, pag.124.

15 – Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira, para efeitos de decisões que tenham recusado a aplicação de norma por inconstitucionalidade, não é necessário que o tribunal tenha considerado a norma absolutamente inconstitucional; é suficiente que tenha recusado a sua aplicação num dos seus sentidos possíveis por motivo de inconstitucionalidade – J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *A Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1993, pág. 1019.

16 – A inconstitucionalidade da norma supra, foi suscitada pelas recorrentes nos articulados, na 1.ª instância, nas alegações do recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães e também nas alegações do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, e no requerimento de reclamação.[...]»

2. Em resposta ao convite ao aperfeiçoamento formulado pelo relator, a fls. 651, os recorrentes vieram dizer o seguinte:

«As ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a “dificultas prestandi” de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao “direito à arbitragem” das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.

Como refere Gomes Canotilho e Vital Moreira "Constituição da República Portuguesa Anotada", Coimbra, 1993, pág. 1019, para efeitos de recursos das decisões que tenham recusado a aplicação de norma por inconstitucionalidade, não é necessário que o tribunal tenha considerado a norma absolutamente inconstitucional; É suficiente que tenha recusado a sua aplicação num dos sentidos possíveis por motivo de inconstitucionalidade. De acordo com Rui Medeiros in "A decisão de inconstitucionalidade", Universidade Católica Editora, 1999, pág. 325, a concepção hoje dominante no Tribunal Constitucional é de que são recorríveis para este Tribunal, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 280 da Constituição "as decisões proferidas pelos restantes Tribunais em que, a coberto de uma interpretação conforme à constituição, se haja julgado, a final, a norma inaplicável ao caso concreto.

E isto "por se considerar que tais situações são, na prática, equiparáveis aquelas em que tenha havido uma pura e simples recusa de aplicação de norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade".

Assim sendo e salvo melhor opinião V. Ex.a, Exmo. Conselheiro Relator que, suprirá se assim o entender conveniente, entendem as Recorrentes que a decisão recorrente é recorrível para o Tribunal Constitucional, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição sendo, conseqüentemente, o presente recurso interposto ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei 28/82 na sua versão actual.

A tudo acresce que a inconstitucionalidade da norma supra, foi suscitada pelas recorrentes nos articulados, na 1.ª instância, nas alegações do recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães e também nas alegações do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, e no requerimento de reclamação.»

3. As recorrentes apresentaram alegações onde concluem o seguinte:

«I. A decisão do tribunal "a quo" que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, julgou inaplicável a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC ao caso concreto, é recorrível para o Tribunal Constitucional.

II. A norma segundo a qual a excepção dilatória decorrente da violação de convenção de arbitragem se não verifica quando ocorra uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes dessa convenção de suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem, pelo que, em tal caso, pode submeter o litígio que a oponha à outra parte aos tribunais estaduais, é inconstitucional, violando, nomeadamente, os princípios constitucionais da protecção da confiança e da determinabilidade da lei aplicável.

III. Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, fazendo parte das categorias de tribunais previstas na Constituição da República.

IV. A administração da justiça não é um monopólio exclusivo dos tribunais estaduais.

V. O direito de acesso à justiça, consagrado no artigo 20.º da Constituição da República, não é susceptível de ser violado por via da aplicabilidade da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC.

VI. Do mesmo modo, esta norma não põe em causa nenhum valor fundamental do ordenamento jurídico português, consagrado constitucionalmente.

VII. Não é aceitável o entendimento do tribunal "a quo", segundo o qual a aplicação da norma do artigo 494.º al. j) do CPC, implica a denegação de acesso à justiça, mesmo na situação de insuficiência económica de uma das partes.

VIII. A autora da acção nunca tomou a iniciativa de constituir o tribunal arbitral, pelo que nem sequer foi apurado que ela não teria podido prosseguir a instância arbitral sem custear os respectivos custos de funcionamento, já que esta é uma decisão que estava, e está, na disponibilidade das partes e do próprio tribunal arbitral.

IX. Não é, pois, possível, concluir, como o fez o tribunal "a quo", que a aplicação da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC, colocava em causa o dever do Estado de assegurar a todos o direito de acesso à justiça e o dever de impedir que este direito seja denegado por insuficiência de meios económicos.

X. A aplicabilidade da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC, não significa, pois, a denegação do direito de acesso à justiça, com referência à parte contra a qual foi deduzida a mencionada excepção dilatória.

XI. A validade da convenção de arbitragem estabelecida pelas partes, nunca foi questionada pela autora, nos termos do artigo 437.º do Código Civil, à luz do instituto da resolução ou alteração do contrato por alteração das circunstâncias.

XII. A norma cuja inconstitucionalidade é objecto do presente recursos, viola os princípios constitucionais da protecção da confiança e da determinabilidade da lei aplicável, e bem assim, o disposto no artigo 209.º da Constituição da República, na medida em que desconsidera os tribunais arbitrais que fazem parte da administração da justiça, atenta a sua natureza, o seu carácter jurisdicional, o estatuto de independência e imparcialidade dos respectivos juízes.»

4. O recorrido contra-alegou, suscitando a questão prévia do não conhecimento do objecto do recurso, e concluindo o seguinte:

«1 – Carecem as Recorrentes de qualquer razão para obter a fiscalização concreta da decisão do tribunal a quo, sendo que não se vislumbra nos argumentos apresentados pelas mesmas qual a inconstitucionalidade ou qual a norma legal ou constitucional violada pela dita decisão recorrida.

2 – O presente recurso constitui um flagrante abuso de direito na medida em que as Recorrentes se servem do mesmo para protelar o julgamento da presente acção que, note-se, foi considerada prejudicial à acção de falência por Acórdão do STJ de 12.10.2004. Falência essa que foi inclusive revogada também por acórdão do STJ. Sendo que existe ainda uma outra acção, de despejo, movida pelas Recorrentes contra a Recorrida, em que esta ficou credora no montante de cerca de €100.000,00 por benfeitorias efectuadas no locado. Assim sendo, dúvidas não há, de que as Recorrentes pretendem protelar ao máximo o julgamento desta acção, porque não têm pressa em pagar, enquanto que para a Recorrida tem os credores à porta para receber, credores, dentre os quais, se destacam o Estado e a Segurança Social.

3 – Desde logo, inexistente total fundamento para ser efectuada a fiscalização concreta da constitucionalidade, pois, contrariamente ao alegado, mas não demonstrado, note-se, porque importante, pelas Recorrentes, não houve na decisão recorrida qualquer “recusa na aplicação duma norma com fundamento na inconstitucionalidade” (cf. artigo 280.º, n.º 1 al. a) CRP).

4 – Como pode a decisão recorrida violar um preceito constitucional ao julgar improcedente uma excepção dilatória arguida pelas RR/Recorridas, por considerar que a convenção de arbitragem não podia ser aplicada, designadamente, por que houve uma alteração das circunstâncias em relação ao momento em que foi celebrada a convenção, encontrando-se a A./Recorrida neste momento em situação económica e financeira difícil, não tendo como custear um tribunal arbitral, nem um tribunal judicial, até mesmo por que litiga com apoio judiciário.

5 – Ademais, a decisão do tribunal a quo fundamentou-se na norma do artigo 20.º da CRP – no Acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva – pelo que não se compreende qual a norma que foi recusada aplicar e, muito menos, qual é a norma que as Recorrentes pretendem ver declarada inconstitucional. Será que é a norma do artigo 20.º da CRP que as Recorrentes pretendem que seja declarada inconstitucional por força da norma de direito adjectivo constante do artigo 494.º, al. j) do CPC?

6 – Ou seja, portanto, parece que as Recorrentes pretendem que a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC seja sobreposta e considerada uma norma superior à norma do artigo 20.º da CRP.

7 – Acresce que, as Recorrentes invocam “princípios constitucionais da confiança e determinabilidade da lei aplicável”, sendo estes princípios, na verdade, mais um argumento a favor para que a presente acção seja apreciada pelos tribunais judiciais, pois, a Recorrida têm maior confiança nestes tribunais, até porque as decisões dos tribunais arbitrais têm vindo a estar sob suspeitas.

8 – Aliás, as Recorrentes não apresentam um único argumento para que a presente acção seja apreciada pelos tribunais arbitrais, pois, se nem a celeridade é do interesse delas que interpõem recursos e mais recursos com vista unicamente a protelar o andamento da presente acção!

9 – Decidiram bem os tribunais de 1.^a e 2.^a instâncias ao julgarem improcedente a excepção dilatória invocada pelas Recorrentes de violação de convenção de arbitragem, decisões para onde se remete expressamente e se dão aqui como integralmente reproduzidas, por nelas se fazer uma correcta aplicação da lei e da nossa Constituição.

10 – De facto, e de acordo com a posição plasmada no Acórdão do STJ de 18/01/2000 a força expansiva do direito de acesso aos tribunais, constitucionalmente prevista e protegida, possibilita o recurso aos tribunais judiciais para a resolução de conflitos que, em princípio apenas poderiam ser submetidos a apreciação do tribunal arbitral.

11 – O direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental, material e formalmente constitucional, inalienável, e que faz parte do núcleo duro da nossa CRP, que não pode ser alterado, e que, necessariamente, se sobrepõe à exigência de cumprimento de uma convenção de arbitragem, celebrada entre as partes, ou seja, sobrepõe-se aos princípios de autonomia privada e autodeterminação e não pode Nunca ser negado por insuficiência de meios económicos.

12 – É apenas através dos tribunais judiciais que o Estado garante o direito de acesso à justiça aos cidadãos com insuficiência de meios económicos, mediante o instituto do apoio judiciário.

13 – Recorrendo aos tribunais arbitrais não seria possível à recorrida socorrer-se do instituto do apoio judiciário, o que equivaleria a negar-lhe o seu direito fundamental de acesso à justiça, seja como for, sempre se verificaria no caso sub iudice uma inexigibilidade da prestação, devido à existência de direitos de plano superior que se opõem aos direitos das Recorrentes.

14 – Perante todo o exposto, improcedem todas as conclusões formuladas pelas Recorrentes por serem inútuas, contraditórias e carecerem de fundamentação de facto e de Direito, e ainda por violarem, entre outras, as normas constantes dos artigos 20.º, 204.º, 280.º, n.º 1 al. a) da CRP e 70.º n.º 1 al. a) LTC.»

5. As recorrentes responderam à questão prévia, concluindo pela sua improcedência.

6. Compulsados os autos, apura-se o seguinte:

O Centro de Inglês de Santa Bárbara, Lda., intentou acção contra Wall Street Institute – Centro Inglês, S. A., e WSI – Consultadoria e Marketing, Lda., pedindo a condenação da primeira ré a pagar-lhe as quantias correspondentes ao crédito emergente de resolução ilegal de contrato de franchising e às rendas vencidas, relativas a contrato de arrendamento celebrado pela autora com terceiros (com vista a instalar o centro de ensino a que se refere o contrato de franchising) e a condenação de ambas as rés a pagar-lhe a quantia correspondente ao crédito da autora emergente de obras e benfeitorias realizadas no locado objecto de subarrendamento (para onde a autora transferiu as instalações do centro de ensino a que se refere o contrato de franchising).

Na contestação as rés invocaram a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem, tendo a autora pugnado pela sua improcedência.

Efectuadas diligências de prova requeridas, foi proferida decisão, pelo Tribunal da Comarca de Braga, julgando improcedente a invocada excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem e declarando este tribunal judicial competente para a preparação e julgamento da acção. Nesta decisão conclui-se o seguinte: «Conciliando desta forma todo o nosso ordenamento jurídico (lei constitucional e lei ordinária), e porque o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, que se encontra em plano superior ao direito das rés (o direito potestativo a exigir a arbitragem), temos que concluir que *difficultas praestandi* da autora torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem e que não é assim possível opor-lhe, de forma procedente, a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem».

Desta decisão as rés interpuseram recurso de agravo para o Tribunal da Relação de Guimarães, alegando, além do mais, que «a não aplicação do disposto no artigo 494.º, alínea j), do CPC, ainda que por força da prevalência do artigo 20.º da CRP é, na prática, equiparável àquela em que tenha havido uma pura e simples recusa da aplicação da referida norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, para além de violar os princípios constitucionais da protecção da confiança e determinabilidade da lei aplicável pelo tribunal, é inconstitucional» (cf. conclusão n.º 21 do recurso, a fls. 85 dos autos).

Por acórdão de 05.03.2006, o Tribunal da Relação de Guimarães negou provimento ao agravo, remetendo para os fundamentos da decisão recorrida. Lê-se neste acórdão, na parte que agora releva: «[...] Destes princípios resulta

que, existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem pode deixar de a ela recorrer e submeter o litígio aos tribunais do Estado.

É a doutrina do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.01.00 a que a A. faz referência e à qual aderimos, uma vez que, se assim não fosse, perante a impossibilidade de a parte custear as despesas da arbitragem, ficaria impossibilitada de aceder aos tribunais e obter a realização da justiça para o seu caso, frustrando-se o princípio constitucional de acesso ao direito. [...]

Ora, não resultando provado que a situação económica e financeira da A. se deveu a culpa sua, impõe-se que se conclua pela improcedência da invocada excepção e pela competência dos tribunais judiciais. [...]

Novamente inconformadas, as rés interpuseram recurso de agravo, em 2.^a instância, para o Supremo Tribunal de Justiça, com fundamento em contradição de julgados.

Por despacho de 29.03.2007 o recurso não foi admitido.

Deste despacho as rés reclamaram para a conferência, não tendo tal reclamação sido admitida por despacho de 24.05.2007.

Ainda inconformadas, as rés interpuseram o presente recurso para o Tribunal Constitucional.

Tudo visto e apreciado, cumpre decidir.

II – Fundamentação

7. A recorrida sustenta a inadmissibilidade do presente recurso para o Tribunal Constitucional, por entender, em síntese, que as recorrentes não indicam expressamente a norma cuja inconstitucionalidade querem ver apreciada e porque, de qualquer forma, não suscitaram qualquer questão de inconstitucionalidade na primeira instância.

Importa, assim, começar por apreciar a verificação dos pressupostos necessários ao conhecimento do objecto do recurso.

Este vem interposto ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, segundo a qual cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que «recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade».

Ora, os termos em que o recurso vem formulado levantam fundadas dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos do seu conhecimento, ainda que não pelas razões invocadas pela recorrida. Na verdade, e não obstante o convite a aperfeiçoamento que lhes foi dirigido, as recorrentes definem o objecto do recurso, em certos trechos, de forma pouco compatível com a via recursória seguida. Basta atentar no ponto n.º 10 do requerimento de recurso, integralmente reproduzido na resposta ao convite ao aperfeiçoamento e nas alegações. Aí se diz que «as ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a “dificultas prestandi” de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao “direito à arbitragem” das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.»

É notória a confusão, a nível das formulações, entre dois tipos distintos de recurso – o da alínea *a*) e o da alínea *b*) do artigo 70.º, n.º 1, da LTC –, também patente no modo como se rematam as conclusões das alegações. Estas finalizam requerendo que o Tribunal Constitucional «declare inconstitucional a norma do tribunal “a quo” que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição julgou inaplicável a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC ao caso concreto, tudo com as legais consequências.» Quer dizer, em vez de impugnarem directamente a inaplicação desta norma ao caso concreto, decisão tomada para evitar a inconstitucionalidade da denegação do acesso à justiça (o que, logicamente, implicaria a defesa da constitucionalidade da orientação oposta), as recorrentes contestam o critério normativo (a “norma do tribunal ‘a quo’”, na sua expressão) que levou à improcedência da excepção dilatória decorrente da violação de convenção de arbitragem, prevista naquela norma, qualificando-o como inconstitucional. Noutros termos: em vez de ter por objecto a norma do Código de Processo Civil que a decisão recorrida julgou inaplicável, o recurso parece incidir sobre a “norma” (de criação judicial), que justifica o juízo de inconstitucionalidade que está por detrás dessa decisão.

Mas, não obstante estas graves deficiências de formulação, é inequívoco que as recorrentes pretendem ver apreciado se, em caso de insuficiência económica que impossibilite suportar os custos de um tribunal arbitral, o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição torna inexigível o cumprimento de convenção de arbitragem, com a consequente inaplicação da

excepção dilatória prevista no artigo 494.º, alínea *j*), do Código de Processo Civil.

A questão de constitucionalidade suscitada é, ao fim e ao cabo, a de que «a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, o Tribunal Judicial de Braga e o Tribunal da Relação de Guimarães, julgaram, afinal, a norma inaplicável ao caso concreto» (ponto n.º 11 do requerimento do recurso).

Ou seja, o que se questiona não é a aplicação de um qualquer sentido normativo da norma, arguido de inconstitucional (caso em que o recurso adequado seria o da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC), mas antes a recusa da sua aplicação ao caso concreto, por força de um imperativo constitucional.

Apesar da formulação algo contraditória, é esse o objecto do recurso que, ainda assim, se retira dos requerimentos e das alegações das recorrentes. O sentido da jurisprudência deste Tribunal e dos trechos doutrinários que os recorrentes invocam abona também claramente esta identificação do objecto do recurso.

Para ela aponta, de igual modo, de forma particularmente clara, a seguinte caracterização do vício de que alegadamente enferma a decisão recorrida (ponto 36 das alegações, a fls. 681):

«A recusa da aplicação pelo tribunal de 1.ª instância e pelo Tribunal da Relação de Guimarães da norma estabelecida no artigo 494.º, al. *j*), do CPC, ao caso concreto, ainda que a a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, recusando assim a aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade, representa um afastamento objectivo de uma disposição legal que não contraria nenhuma disposição ou princípio constitucional»

A mais disso, esse alcance do recurso é perfeitamente adequado ao sentido da decisão recorrida (que no caso, atenta a não admissão do recurso pelo Supremo Tribunal de Justiça, é o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, que confirmou a decisão do Tribunal da Comarca de Braga).

Do teor do acórdão recorrido resulta claro, na verdade, que o tribunal efectuou uma interpretação do artigo 494.º, alínea *j*), do Código de Processo Civil, que reduz o seu âmbito literal de aplicação, dele excluindo, em cumprimento do direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição, os casos, como o dos autos, em que «existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem». Em consequência, considerou o tribunal que a *difficultas praestandi* da autora (aqui recorrida) tornava inexigível que ela cumprisse o acordo de arbitragem e que não era possível opor-lhe, de

forma procedente, a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem, podendo a mesma submeter o litígio aos tribunais do Estado.

É certo que o tribunal *a quo* não emitiu expressamente um juízo de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 494.º, n.º 1, alínea *j*) do CPC, fundamentador da sua frontal recusa de aplicação ao caso concreto – o que, admite-se, terá dificultado aos recorrentes uma mais directa e precisa identificação do objecto do recurso. Mas aquele tribunal só pôde proceder assim porque ressaltou do âmbito aplicativo desse preceito as situações de insuficiência de meios económicos, impeditivas da satisfação do direito de acesso à justiça. A inconstitucionalidade só não é declarada porque, justamente, a solução que a concretizaria é evitada através de uma interpretação redutora do alcance da norma, de forma alguma contida no seu teor literal.

Ora, já no Acórdão n.º 137/85 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 6.º vol., 321 s.) se entendeu que «(...) à recusa de aplicação de norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, se há-de equiparar o juízo de inaplicabilidade de norma que decorra, única ou primacialmente, da sua interpretação conforme à Constituição».

É esta a situação presente, no caso dos autos: A improcedência da excepção dilatória da violação de convenção de arbitragem ou, dito de outro modo, a inaplicação do artigo 494.º, alínea *j*), do CPC, deveu-se apenas à adequação do seu alcance, por razões de constitucionalidade (o acolhimento do direito consagrado no artigo 20.º da Constituição), o que, naquele entendimento, que, nesse ponto, aqui se retoma, equivale a uma recusa de aplicação da referida norma. Como tal, a decisão é susceptível de recurso ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

Nem, em bom rigor dogmático, estamos perante uma “interpretação conforme à Constituição”. Esta, para “continuar a ser interpretação”, “não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei” (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, 2002, 1293). Não foi essa a operação aqui realizada. Por influxo constitucional, apenas para evitar uma conformação normativa tida por constitucionalmente inaceitável, a norma foi submetida a uma verdadeira *reconstrução de conteúdo*, com introdução de uma ressalva que o seu texto claramente não comporta.

E, muito embora a sentença recorrida utilize também padrões normativos de direito comum, como a *inexigibilidade* ou a *impossibilidade de cumprimento*, eles não são tratados autonomamente, à margem do parâmetro constitucional, mas antes apreciados e aplicados à luz do quadro valorativo do artigo 20.º da

Constituição. Tal decorre iniludivelmente da estruturação dos fundamentos em que se apoia a decisão recorrida. Na verdade, depois de referenciar o direito de acesso aos tribunais e de enfatizar a sua proeminência em face da autonomia privada, conclui a decisão: «*Destes princípios resulta* que, existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem pode deixar de a ela recorrer e submeter o litígio aos tribunais do Estado» [itálico nosso].

Não sofre, pois, dúvida de que o direito de acesso à justiça é causa única do relevo exoneratório conferido àquelas situações. É expressamente por atendimento dessa garantia constitucional que a decisão recorrida pôde reforçar aquela conclusão, acrescentando que «verificada a insuficiência económica superveniente por *culpa não imputável à parte*, fica desonerada da obrigação de recorrer à arbitragem, podendo ter acesso aos tribunais judiciais sem que lhe possa ser oposta a exceção dilatória de violação de convenção de arbitragem.»

A utilidade do conhecimento do recurso não pode, assim, ser posta em causa.

Resta dizer que, no âmbito do recurso previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC é irrelevante saber se a questão foi, ou não, suscitada pela recorrente no decurso do processo, uma vez que esse não é um pressuposto deste tipo de recurso (artigo 72.º, n.º 2, da LTC).

8. Na medida em que admite a existência de tribunais arbitrais (artigo 209.º, n.º 2) a ordem jurídico-constitucional portuguesa não estabelece um monopólio estadual de administração da justiça. A apreciação e solução de um litígio podem ser confiadas a tribunais constituídos por particulares, gozando a decisão por estes proferida de força executiva idêntica à das sentenças judiciais (artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto).

O reconhecimento daquela categoria de tribunais implica, naturalmente, que, no campo dos direitos disponíveis (artigo 1.º, n.º 1, da referida Lei), as partes em conflito possam a eles recorrer, por opção voluntária, expressa em convenção de arbitragem. Esta tem natureza de *negócio jurídico processual* (LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, II, Coimbra, 2002, 627): assim como, através de um acordo de vontades, os sujeitos podem autodisciplinar vinculativamente os seus interesses, em modelação, pelos próprios, das relações jurídicas materiais, assim também, no âmbito per-

mitido, lhes é facultado atribuir competência a terceiros para dirimir litígios que tenham surgido, ou possam vir a surgir, na esfera dessas relações.

Como qualquer outro negócio jurídico, a convenção de arbitragem produz efeitos juridicamente vinculantes para os sujeitos que a celebraram, sendo dotada das garantias de efectividade próprias do direito. Tratando-se de um acto de autonomia privada, e, portanto, de uma liberdade cujo exercício é constituinte de juridicidade (v. CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra, 1985, 101 s.), a permissão e reconhecimento pelo ordenamento vêm necessariamente acompanhados da disponibilização de garantias e de meios de tutela, para que se cumpra a vontade negocialmente afirmada.

Expressão disso mesmo é o disposto na alínea j) do artigo 494.º do CPC. A atribuição de competência ao tribunal arbitral, através da convenção de arbitragem, tem como efeito negativo impedir a resolução judicial do litígio. Sendo a acção instaurada no tribunal judicial, a convenção, desde que invocada, obstaculiza que esta instância conheça da causa e profira decisão de mérito. Em conformidade, a violação de convenção de arbitragem configura, nos termos daquela norma, uma excepção dilatória, por não estar verificado o pressuposto processual atinente à competência do tribunal demandado. Também assim, por via preclusiva, se assegura a observância da convenção de arbitragem.

E a solução, 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.

Simplesmente, essa efectivação não pode ser isolada dos referentes normativos de protecção constitucional de outros direitos ou valores, em cujo âmbito de previsão a situação também, *prima facie*, se integra, e que são susceptíveis de com ela colidir. Como este Tribunal tem reiteradamente decidido – cf., em especial, o Acórdão n.º 254/99, tirado em plenário –, perante exigências confi-

tuantes, só uma ponderação de bens, situativamente ajustada às circunstâncias concretas do caso decidendo, permite encontrar um critério de ordenação constitucionalmente conforme.

No caso *sub judice*, foi dada como comprovada a impossibilidade de o recorrido arcar com as custas judiciais, por insuficiência de meios económicos. Para efectivação do direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), estava, pois, em condições de beneficiar de apoio judiciário que, efectivamente, lhe foi concedido, na modalidade de apoio total, na acção por ele instaurada no tribunal judicial. A competência deste tribunal foi, todavia, impugnada pelo recorrente, réu nessa acção, com base na prévia estipulação de uma cláusula compromissória, que pretende ver integralmente executada.

Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de *indefesa*. A situação conflituante nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efectiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.

E o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos. A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entraves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efectiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem. Em configurações deste tipo, o atendimento mínimo do interesse sacrificado só pode alcançar-se através da definição rigorosa dos pressupostos casuísticos que conferem "razões de prevalência" ao interesse tutelado.

Os factores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa acima enunciada. Na verdade, não está em causa, na estipulação de uma convenção de arbitragem, um aspecto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária directamente presa ao seu étimo

fundante, mas um seu modo de exercício muito específico, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária. Não poderá dizer-se que este modo concreto de exercício da liberdade negocial seja postulado pela realização do indivíduo como pessoa. Não estamos, pois, dentro do domínio de “protecção máxima” da autodeterminação (cf., quanto a este tópico e aos factores de ponderação, em geral, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Coimbra, 2007, 320 s.).

Em segundo lugar, o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tem a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio. Não é afectada, ainda que indirectamente, nenhuma posição material atinente à destinação dos bens. As possibilidades de realização do interesse final do recorrente, quanto ao objecto do litígio, mantêm-se intactas.

Sendo assim, o sacrifício que a solução representa, para o interessado na via arbitral, afigura-se necessário e perfeitamente proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia da tutela jurisdicional. Satisfaz, pois, o critério da proporcionalidade, aqui aplicável, uma vez que, como se afirma no Acórdão n.º 254/99, «em geral, sempre que a solução de um conflito de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se faça pela proibição do exercício de um direito em certas circunstâncias, seja a proibição explícita, implícita ou obtida por remissão, têm justificação as cautelas constitucionais contra as leis restritivas».

A solução contrária, acarretando, pela perda de apoio judiciário, a perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica, é que redundaria na desprotecção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de direito.

Solução, esta, tanto mais chocante quanto é certo que a situação de insuficiência económica, fundamentadora do apoio judiciário, se prende com o objecto do litígio. Numa relação tipicamente geradora de dependência económica, como é a decorrente de um contrato de *franchising*, a quebra do vínculo representa muitas vezes, para o franchisado, a perda da principal ou única fonte de receitas, inviabilizando a prossecução de actividade empresarial – como neste caso aconteceu (cf. a matéria de facto provada, transcrita no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães). A apreciação da licitude daquela conduta é, ao mesmo tempo, apreciação da imputação ou não à recorrente da causa determinante da

situação de “insuficiência de meios económicos” do recorrido. Um juízo quanto à questão controvertida confunde-se com um juízo quanto à responsabilidade ou não da recorrente na causação da situação incapacitante, em termos fácticos, do exercício do direito de acção perante o tribunal arbitral. De forma que a denegação a este de qualquer forma de tutela jurisdicional, consequência inevitável, nas circunstâncias concretas, da vinculação àquele tribunal, poderia importar que a satisfação do interesse da contraparte resultasse de uma situação de carência imputável a uma conduta ilícita do beneficiado – o que seria verdadeiramente intolerável.

De facto, através da invocação da excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem, a ser ela procedente, o réu obstaría, nas circunstâncias do caso, a que o autor obtivesse a prolação de uma decisão de fundo. Assim fecharia a porta à apreciação do rompimento do contrato de *franchising* e, com isso, à hipótese de uma decisão favorável à contraparte, o que, a concretizar-se, implicaria o poder prevalecer-se de uma situação por si ilícitamente gerada.

De resto, o poder de decisão do tribunal arbitral, mesmo quando assenta na vontade das partes, tem uma óbvia dimensão institucional, sujeita a condicionamentos e restrições decorrentes da regulação estadual. A liberdade de celebração de uma convenção de arbitragem, que se traduz na atribuição de competência a um tribunal arbitral, não é auto-realizável, ficando a eficácia do seu exercício dependente de uma actividade de administração da justiça estritamente conformada, de modo a oferecer garantias equivalentes às de um tribunal judicial. Ao admitir um poder de julgar paralelo ao dos tribunais integrados na organização judiciária, o Estado não se demite do seu papel de garante último da realização da justiça. Daí, além do mais, a observância imperativa, na tramitação a decorrer nos tribunais arbitrais, dos princípios fundamentais do processo (artigo 16.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), cuja violação é fundamento de anulação da decisão (alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º do referido diploma), e a proibição absoluta, em contratos de adesão, de cláusulas que “(...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei” (alínea *h*) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).

O Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efectivação dessa garantia requer a prestação de apoio judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é

o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um acto de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça

Ainda que a propósito de situações de conflito não coincidentes com a dos autos, o mesmo ponto de vista valorativo, de prevalência da proibição de denegação da justiça, tem sido expresso em numerosos arestos deste Tribunal, fundando decisões de inconstitucionalidade de preceitos que condicionam o exercício de direitos ou faculdades processuais ao prévio depósito de quantias ou à prestação de garantias, *não supríveis através do apoio judiciário* – cf. as indicações fornecidas por MÁRIO DE BRITO, “Acesso ao direito e aos tribunais”, O Direito, ano 127.º (1995), 351 s., aqui 365 s.

A recorrente invoca, contra a decisão recorrida, os *princípios constitucionais de confiança e determinabilidade da lei aplicável*.

Mas sem razão.

Na verdade, quando está em causa o direito à execução, nos termos acordados, de um contrato, a protecção da confiança confunde-se, no plano constitucional, com a protecção do exercício negocial da liberdade de determinação. Neste contexto, a confiança *legítima*, como vector subjectivo daquele princípio, só é afirmável na medida em que sejam de acolher constitucionalmente as consequências vinculativas daquele exercício. Para o determinar, há que ponderar, como fizemos, a projecção conflituante de outros direitos também constitucionalmente protegidos. Em face do concreto quadro situacional, essa metódica aplicativa levou a considerar que a protecção constitucional da autonomia privada devia ceder, numa compressão *a posteriori*, como única forma de dar efectividade à proibição de indefesa. O princípio da confiança, como princípio estruturante da ordem jurídico-constitucional, não tem aqui espaço de operatividade autónoma, para contrariar esse veredicto.

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a excepção de violação de convenção de arbitragem

ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação;

b) Em consequência, confirmar a decisão recorrida, na parte impugnada.

Lisboa, 30 de Maio de 2008.

Joaquim de Sousa Ribeiro – Mário José de Araújo Torres – Benjamim Rodrigues – João Cura Mariano – Rui Manuel Moura Ramos (com declaração).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Mantenho dúvidas sobre se a decisão recorrida teria efectivamente recusado, por inconstitucionalidade, a aplicação da dimensão normativa cuja conformidade à Constituição o acórdão discute. Na verdade, o Tribunal da Relação de Guimarães, numa interpretação cuja correcção não cabe a este Tribunal apreciar, perspectivando embora o seu raciocínio no contexto do direito de acesso aos tribunais e da sua força expansiva, confirmou a decisão da primeira instância, nos termos da qual a impossibilidade de cumprir uma obrigação acessória da obrigação principal acarretaria, nos termos do artigo 790.º do Código Civil, uma extinção desta última, fundada em impossibilidade de cumprimento da mesma por causa não imputável ao devedor (p.462). A circunstância de a tal interpretação não ser indiferente o intuito de não frustrar o princípio constitucional do acesso ao direito não é suficiente, a nosso ver, para a fazer equivaler a uma verdadeira recusa de aplicação com fundamento em inconstitucionalidade, uma vez que, movendo-se embora (como mais do que legítimo é exigido) no âmbito da Constituição, o tribunal recorrido se continua a colocar no plano do direito infraconstitucional. Tal resulta sobretudo de o afastamento da estatuição do artigo 494.º alínea j) do Código de Processo Civil decorrer afinal tão só do preenchimento da hipótese legal do referido artigo 790.º E que assim é comprova-o ademais a circunstância de a decisão recorrida não ter dispensado a verificação de outros pressupostos da aplicação daquela norma (a falta de culpa do recorrido na criação da situação de insuficiência económica em que se encontra), verificação que apenas se compreende quando a solução do caso concreto é feita derivar da aplicação desse comando legal. – Rui Manuel Moura Ramos.

ANOTAÇÃO

1. O Acórdão 311/2008 do Tribunal Constitucional¹, que se vai comentar, exprime a complexidade estrutural que a questão dos conflitos de direitos coloca a qualquer sistema judicial. O sistema normativo, lógica e metodologicamente, é pensado com base no paradigma da possibilidade da harmonização de todos direitos em presença, tarefa que os Tribunais deverão concretizar sempre que não recebam a harmonização já preparada, numa espécie de “pronto a comer” legislativo.

No entanto, esse modelo ideal não consegue funcionar sempre². Então é inevitável aliviar a tensão normativa, pacificando a relação jurídica de um modo que sacrifica uns direitos no altar de outros. O conflito de direitos, neste sentido, opõe-se à harmonização de direitos, constituindo na prática uma situação de patologia objectiva³.

Por isso a solução judicial do conflito que se opere no caso concreto, deve, na máxima medida possível, tentar sacrificar ao mínimo cada

¹ Diário da República, 2ª série, n.º 148, 1 de Agosto de 2008, págs 34401-5.

² A menos que se entenda que a resolução do problema pelo prevalectimento de um dos direitos em detrimento do outro ainda constitui uma forma de harmonização entre eles, à maneira da “harmonização” que exista na relação entre senhor e escravo.

³ Veja-se, por exemplo, Vieira de Andrade, in “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, Coimbra 1987, pp.2 21 e seguintes:

“A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes. (...)”

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).

J.J. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 1274:

“(...) necessidade de as regras do direito constitucional dos conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (...). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (...)”

um dos direitos trazidos à colação. Isso impõe um processo reflexivo aos tribunais que deve ser tanto maior quanto mais superior seja o tribunal que se confronte com o problema. Mesmo em sistemas de “civil law”, em que os precedentes não têm a importância sistémica que caracteriza os sistemas de “common law”, uma decisão de um tribunal superior exerce – ou deve exercer – um magistério de influência que não pode ser menosprezado. Quanto maior o poder, maior a responsabilidade.

Esta regra de prudência faz ainda mais sentido quando se trata de um tribunal cuja função seja a de definir no caso concreto⁴, a fronteira da constitucionalidade, como acontece com o nosso Tribunal Constitucional (TC). É que, neste caso, a decisão tende a ser mais vinculativa do que acontece com as decisões de outros tribunais superiores, por serem as suas decisões algo que se encontra a meio caminho entre a simples magistratura de influência e a dinâmica potencialmente férrea do sistema de precedentes⁵.

Entendo, por tudo isso, que qualquer Tribunal – e acima de todos o TC – deve ser muito prudente e cauteloso quando aparentemente se confronta com uma situação de conflitos de direito, não devendo concluir que isso ocorre antes de responder às seguintes questões: (i) os factos que sustentam as diversas posições de direito são de molde a que, para além de uma dúvida razoável, deles se conclua que as possíveis soluções de direito para o problema não são harmonizáveis? (ii) admitindo-se que não são harmonizáveis, não haverá possibilidade de encontrar no sistema normativo uma solução capaz de pacificar a relação jurídica de um modo que optimize as várias possibilidades em vez de se decidir pela sobreposição de um dos direitos, dentro do dilema intelectual e prático

⁴ Mas com possibilidade de acabar por conferir força geral e abstracta ao seu pensamento historicizado, nos termos do artigo 281.º n.º 3 da CRP

⁵ J.J. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 681 “À jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política.

As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política”.

que o caso concreto parece inexoravelmente gerar? (iii) e, se de novo for assim, não haverá forma de resolver o conflito de direitos de uma maneira menos radical, menos provocadora de tensões futuras, menos instrumentalizável a outras finalidades para além da legítima preocupação de solucionar uma situação limite? (iv) e, finalmente, não será possível restringir os efeitos da solução para o conflito de leis de um modo que evite a propagação como uma infecção da solução concreta para além do caso em análise, poluindo valores essenciais do sistema normativo, como é neste caso o princípio da santidade dos contratos e da adequação do sistema arbitral a outras factuaisidades que sejam diversas da analisada?

Como adiante se explicitará, em minha opinião o Acórdão 311/08 falha nestes quatro testes e, por isso, merece censura. Iremos tentar explicar porquê.

2. A primeira questão – os factos demonstram ou não o conflito insanável? – poderá pensar-se que é uma falsa questão, visto que surgirá já resolvida aos tribunais de cassação, dado que estes apenas analisam as questões de direito. Mas, como veremos, não é forçosamente assim. Aparentemente, neste seu acórdão o TC conclui, da atribuição de apoio judiciário na modalidade de apoio total, que se estaria *ipso facto* perante uma situação de conflito insanável entre o inalienável “direito ao direito”, previsto no artigo 20.º da Constituição, e o direito a obter da outra parte o respeito da santidade do contrato em que fora acordada a arbitragem como forma de resolução de litígios entre as contratantes.

Ora essa inferência não pode nem deve ser feita de forma automática. Em primeiro lugar, por ser público e notório que o benefício do apoio judiciário não era nessa época sempre concedido apenas após rigoroso escrutínio de existência de insuficiência económica limite, antes surgindo em muitos casos – denunciados aliás pela Magistratura Judicial, e com razão – como uma forma de colocar o Estado a suportar os honorários do mandatário da Parte. Depois, porque não existe uma relação forçosa e inequívoca entre atribuição de apoio judiciário e a impossibilidade da empresa se manter no giro comercial, como é atestado pelo facto dela se não ter apresentado à insolvência e ao competente plano legalmente previsto⁶.

⁶ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Lei n.º 39/2003 de 22 de Agosto, arts. 192.º e ss.

Este facto deveria ter sido analisado pelo TC, e não foi. Finalmente, seria necessário sindicar – nos termos da própria fundamentação do Acórdão comentado – se a situação de insuficiência económica em que aparentemente se encontrava a empresa em questão não fora causada por culpa que lhe fosse imputável⁷.

É certo que o Acórdão menciona que o litígio resulta – do ponto de vista da entidade que beneficiou de apoio judiciário – do incumprimento de hipotéticos deveres de indemnização da outra parte, que pusera termo ao contrato. Mas, ainda que assim fosse⁸ a questão a averiguar é se tal hipotético incumprimento é causa necessária e suficiente para aferir da situação de insuficiência económica, não bastando concluir que assim é pelo mero facto de ter sido invocada.

E contra isso não é possível objectar que o processo hipoteticamente não tinha elementos que permitissem aferir esta realidade. De facto, uma coisa é questionar a adequação da decisão das instâncias em matéria de facto, outra será não poder concluir pela inconstitucionalidade no caso concreto, ainda que em abstracto se admitisse essa possibilidade, se não estiverem provados factos – que eventualmente nem tenham sido alegados – e sem os quais a operação de subsunção na *fattispecie* legal se torne impossível.

E a isto tudo acresce que, como é evidente e ao contrário do que terá decidido o Tribunal da Relação de Guimarães, o ónus da prova da falta de culpa no caso em apreço compete à empresa que invoca a *difficultas*

⁷ António Menezes Cordeiro in “*Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral*” Tomo IV, Edição Livraria Almedina, 2005. “*Resulta (...) que (...) para dirimir as colisões de direitos, se imponha sempre uma prévia sindicância do conflito, à luz do sistema.*

Deverá ser desamparada a posição da pessoa que, censuravelmente se veio a colocar em situação de colisão. O Direito não obriga as pessoas a, em momento prévio, abdicar de direitos só para prevenir colisões. Mas irá desamparar aquele que o faça censuravelmente, isto é:

- violando regras de conduta;
- ignorando princípios que ao caso caibam.”

⁸ E não pode ser, nunca podendo para o tribunal decidir bastar a mera afirmação sem provas da parte interessada, não bastando enfatizar, como refere o Acórdão, que “a situação de insuficiência económica se prende com o objecto do litígio”, aceite de forma apodíctica.

praestandi, e não à parte contrária⁹. E esta questão podia e devia ter sido apreciada pelo TC. E, aparentemente, não foi.

Mas, ainda que se não admita a sindicabilidade da insuficiência económica pelo TC, sempre teria sido avisado a este nível que, devido à sua função pedagógica e preventiva evidentes, elucidasse com mais detalhe os limites da aplicabilidade da questão da insuficiência económica. Realmente no caso dos autos, a beneficiária do apoio judiciário não se apresentou à insolvência. Ora, em 2004 a Lei n.º 34 de 29 de Julho veio alterar – precisamente também por causa dos abusos na concessão – o regime do apoio judiciário a pessoas colectivas com fins lucrativos, deixando este sistema de lhes ser aplicável. Um acórdão que declara a inconstitucionalidade concreta com base na concessão do apoio judiciário, quatro anos depois da alteração legislativa que o tornou impossível para o futuro, deveria ter por essa razão aprofundado mais o problema e as questões que o habitam.

Por estes motivos se entende que o TC falhou na primeira regra da prudência antes de solucionar a questão do conflito de direitos como o fez. E por causa disso deixou mais dúvidas em aberto do que as que resolveu. Veremos então se o segundo teste falhou também ou não.

3. Recorde-se qual é este segundo teste: haverá ou não possibilidade de encontrar no sistema normativo uma solução capaz de pacificar a relação jurídica de um modo que optimize as várias possibilidades em vez de se decidir pela sobreposição de um dos direitos, dentro do dilema intelectual e prático que o caso concreto parece inexoravelmente gerar?

Recorde-se que o TC entendeu que o “direito ao acesso ao direito” ou “direito à tutela jurisdicional efectiva” deve prevalecer sobre o “direito ao contrato” ou da “liberdade contratual” e o “direito à arbitra-

⁹ Como resulta do conteúdo do Acórdão STJ de 18 de Janeiro de 2000 – relator Aragão Seia – que realça a necessidade da culpa não ser imputável à parte que pretende afastar a arbitragem, “sempre que, mas só quando” é a expressão usada, tendo por isso o Acórdão mandado baixar os autos à Relação para decidir essa questão. Para apreciação da jurisprudência portuguesa sobre a questão, veja-se Joaquim Shearman de Macedo, “Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes”, tese de pós-graduação em arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade Nova, ainda não publicada.

gem". Assumamos que assim deva ser. Mas então conviria perguntar se isso não poderia ter sido assegurado sem lesão dos compromissos contratuais livremente assumidos, incluindo a direito a um meio alternativo de resolução de litígios. O TC não se colocou a si próprio essa questão¹⁰; nem que fosse apenas para responder que a conciliação e harmonização dos direitos seria impossível.

Este lapso parece incompreensível, pois esta é matéria bem conhecida da prática arbitral, das normas de direito arbitral internacional¹¹ e da doutrina arbitral internacional. E nem poderia ser de outro modo, sabendo-se que acontece com frequência que empresas que se obrigaram por cláusula compromissória, com o passar do tempo, vieram a entrar em situação de graves dificuldades financeiras.

Para enfrentar este tipo de situação conhecem-se dois modelos principais de superação. O primeiro é típico das instituições que se dedicam à arbitragem¹²: a parte que desencadeia o procedimento arbitral tem de suportar os preparos da parte faltosa, se desejar que o processo prossiga sem que esta pague a sua parte. Esta solução não resolve integralmente o problema (pois os custos com o Mandatário da parte faltosa, seus peritos e deslocamentos de testemunhas não são incluídos nos preparos), mas diminui substancialmente os problemas resultantes das dificuldades financeiras.

Uma outra solução – que tem sido praticada designadamente na Alemanha¹³ – é a de impor à parte que não é afectada pelo problema que custeie integralmente a arbitragem, incluindo honorários razoáveis de

¹⁰ Antes pelo contrário, pois concluiu da situação de concessão de apoio judiciário que a parte ficaria colocada "numa situação de indefesa",

¹¹ Como são os regulamentos de centros de arbitragem institucional. Veja-se por todos Luís Lima Pinheiro in "Arbitragem Transnacional", Edição Almedina, 2005, pág. 70.

¹² Por exemplo, artigo 30, n.º 3 do Regulamento da CCI e art 1, n.º 6 do Apêndice III ao Regulamento, art. 24.3 do Regulamento da LCIA, art R. 54 das Regras da American Arbitration Association, art 41, n.º 4 das Swiss Rules das Câmaras de Comércio deste país, artigo 53 do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, para já não falar do artigo 41. n.º 4 da Lei Modelo da UNCITRAL.

¹³ Richard Kreindler e Jan Schaeffer, "Allemagne: Les cinq premières années d'application de la nouvelle législation", Revue de l'Arbitrage, 2003, pá. 495 e segs. e Joaquim Shearman de Macedo, ob cit., págs. 8 e 9.

advogado, sendo evidentemente ressarcido a final nos termos do hipotético decaimento da outra parte e da lei aplicável às custas processuais.

Assim sendo, existem e estão testadas alternativas capazes de harmonizar os direitos aparentemente conflitantes, em termos que viabilizam que sejam respeitados na sua essencialidade. Como é evidente, não se desconhece que os Juízes estão na prática limitados pelo que os Mandatários das Partes saibam carrear para os processos, e por maioria de razão quando se trata de trazer à colação soluções pouco conhecidas e/ou praticadas em Portugal¹⁴

Mas, ainda que assim seja e que a informação fornecida pela recorrente fosse insuficiente, não seria inviável ao TC fazer alguma investigação que fosse consentânea com a importância crucial para o futuro da arbitragem em Portugal do tema que decidiu. O TC optou por não a fazer, concluindo apressada e sumariamente – sem mesmo enfrentar a questão suscitada pela recorrente e atrás mencionada – que “a concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um com sacrifício total do outro”.

Ao não ter feito a averiguação (e nem ao menos deixando uma linha de orientação para o futuro), e não respondendo a ela, o TC falhou no segundo teste atrás mencionado: havia formas de levar ao máximo a otimização dos dois direitos em conflito, sem necessidade de optar exclusivamente por um deles.

4. Passemos então ao terceiro teste, que se recorda: não haver forma de resolver o conflito de direitos de um modo menos radical, menos provocador de tensões futuras, menos instrumentalizável a outras finalidades para além da legítima preocupação de solucionar uma situação limite.

Quando um tribunal decide nos termos que se vem analisando, uma das preocupações que o deve habitar – sobretudo quando decide no sentido da existência de inconstitucionalidade de uma norma estruturante, como é a de exceção de preterição de tribunal arbitral – é medir as consequências mediatas do que decide. A opção do TC foi que, havendo um conflito que definiu entre o acesso ao direito e uma regra contratual, a

¹⁴ Mas a recorrente nas suas alegações, resumidas pelo TC no ponto 3, VIII – Diário da República cit., pág 34401, suscitou aliás a questão.

simples invocação de uma das partes de que sofre de insuficiência económica (admita-se que não se provando a sua culpa) deve gerar o efeito de afastar o compromisso contratual da escolha da arbitragem como forma de resolução de conflitos.

Ao deliberar deste modo, o TC não definiu nenhuns critérios ou princípios aferidores que balizem tal tipo de solução. O resultado será óbvio: sempre que uma empresa não queira ter de se sujeitar a um procedimento arbitral – que em regra é mais expedito – por incumprimento contratual, passa a possuir um interesse estratégico em avançar com uma acção judicial em que invoque danos causados pela outra parte em dimensão superior ao das suas responsabilidades, informando o tribunal de que está numa situação de insuficiência económica que a impede de recorrer à arbitragem e até afirmando que a razão nasce precisamente dos danos que a outra parte lhe causou.

O resultado desta opção – sobretudo se acompanhada por uma *anti-arbitration injunction*, que o nosso sistema não proíbe – será colocar o credor que conheça o seu bom direito num dilema complexo: optar por contestar o processo judicial apenas com fundamento na excepção de preterição do tribunal arbitral e na falta de fundamento para aplicar o acórdão sob comentário, mas com isso perder muito tempo (pois a questão irá acabar na justiça constitucional) e correndo o risco – se não atacar a questão de fundo – de decair no processo se a doutrina do TC for aplicada; ou então, desistir de invocar a excepção, confiar que ela não poderá ser conhecível oficiosamente e que nenhum terceiro a venha invocar numa intervenção processual relevante, mas neste caso abdicando da arbitragem.

Os efeitos para a arbitragem em Portugal podem com isto ser devastadores; e sem necessidade. Mesmo que o TC entendesse que no caso concreto deveria declarar a inconstitucionalidade, era seu dever ter densificado a sua conclusão em termos tais que balizassem o tema com rigor e segurança para o futuro, não escancarando a porta a manobras dilatórias de partes inadimplentes.

A forma menos radical de resolver aquilo que aparentemente considerou um conflito de direitos não harmonizável teria sido precisamente fugir ao conteúdo muito geral e abstracto por que optou, antes aprofundando o caso concreto de tal modo que para o futuro se soubesse que esta decisão foi excepcional e que os testes futuros serão sempre muito

exigentes e cautelosos, devendo as partes que assinem compromissos arbitrais contar com a probabilidade séria de que o TC lhes não dará razão a não ser em casos em que fiquem provadas rigorosas condições que o justifiquem e são definidas. O TC ao optar por uma solução de facilidade, falhou o terceiro teste.

5. Finalmente o quarto teste: não será possível restringir os efeitos da solução para o conflito de leis de um modo que evite a propagação como uma infecção da solução concreta para além do caso em análise, poluindo valores essenciais do sistema normativo?

Também aqui nos parece que o TC falhou. Realmente a latitude em que se abriu a admissibilidade da prevalência de um direito – o previsto no art. 20.º da Constituição – sobre outro, nos termos em que foi construída a *ratio decidendi*, deixa aberto o caminho para abusos ou pelo menos para a construção de soluções abusivas que servirão de manobras dilatórias.

Realmente, quem ler o acórdão com atenção facilmente descobrirá oportunidades para não cumprimento de deveres contratuais desde que o seu cumprimento dificulte o exercício do direito ao acesso ao direito. Esta facticidade poderá ser usada muito para além da questão de um meio alternativo de resolução de litígios e poderá sobretudo ser usado em Portugal por toda e qualquer empresa estrangeira que seja parte num processo arbitral que lhe desagrade, para assim obrigar a contraparte a ir atacá-la nos tribunais do seu país, que sejam por assim dizer subsidiariamente competentes, que era manifestamente o que muito provavelmente se queria evitar com a opção pela arbitragem. E a questão inversa também se coloca.

No fundo está subjacente de forma implícita no acórdão que se comenta um pré-conceito relativo à arbitragem que convirá não deixar sem resposta. E o Acórdão quanto a isso não deixa dúvidas, ao degradar o “direito à arbitragem” para um mero “interesse de ordem puramente instrumental, (que) tem a ver com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio”¹⁵.

¹⁵ Diário da República, cit., pág 34404

Nos termos da Constituição e da Lei, o instituto da arbitragem não pode ser tratado como uma via contratada como “preferencial” (o que se significa que pode ser afastada com facilidade) em relação ao sistema judicial de resolução de conflitos, tão somente como uma forma de irrelevante diferenciação e que, por isso, sem grandes estados de alma pode ser afastada se num caso concreto se confrontar com uma questão para a qual a mais fácil saída seja abandonar a arbitragem¹⁶.

A arbitragem é uma forma “outra” de resolver litígios e não uma mera faculdade que deixa sempre a solução judicial como a solução-norma, a que voltar se e quando surgir a mais pequena dificuldade.

Ora, sendo assim, teria sido fácil restringir os efeitos limites da decisão, clarificando que o precedente apenas será aplicável na ordem interna (ou seja, nunca afectará as arbitragens internacionais, mesmo aquelas em que a sede seja em Portugal), que não seria invocável em situações de *exequatur*, e ainda que esta decisão não limita a arbitrabilidade do litígio se por ele se provar – para além de uma dúvida razoável – que os requisitos da inconstitucionalidade não estão presentes.

6. E no que acabou de se escrever reside uma das maiores censuras de que é passível a decisão comentada, pois nelas confluem os quatro testes mencionados.

De facto, o TC teria podido decidir que a excepção de preterição de tribunal arbitral não era no caso concreto inconstitucional, apenas podendo vir a revelar-se que o era se a decisão arbitral viesse a ser escrutinada em processo de execução e se se demonstrasse que a situação de impossibilidade de custear as despesas de arbitragem foi causada pelo comportamento da outra parte.

Contra isto poderá ser dito que o risco real que está subjacente a esta solução alternativa seria uma sentença arbitral *ex parte*, e por isso com os riscos que decisões deste tipo sempre comportam. Só que também os tribunais decidem *ex parte* e não há nenhuma razão ontológica ou prática que possa conduzir o TC a concluir que os tribunais arbitrais merecem menor confiança do que os tribunais judiciais.

¹⁶ O que está bem patente na seguinte frase do Acórdão: “as possibilidades de realização do interesse final do recorrente quanto ao objecto do litígio, mantêm-se intactas”

Realmente o TC deveria confiar em que o tribunal arbitral não daria razão à parte oposta à que invocou a inconstitucionalidade, apenas pelo facto desta última não participar no procedimento. Poderia até acontecer que a harmonização dos direitos se fizesse no caso concreto pela denegação do direito pretendido à parte que desencadeou o procedimento arbitral ou que o tribunal arbitral até concluísse pela inconstitucionalidade no caso concreto.

E, se assim não fosse, sempre o TC estaria em condições de vir a decretar a inconstitucionalidade no processo executivo¹⁷. O facto do TC não ter analisado essa hipótese, “saltando” de imediato para a conclusão do conflito insanável de direitos, que apenas pelo afastamento do direito à arbitragem poderia ser resolvido, nesse facto reside a essência da censurabilidade do acórdão comentado.

7. A importância deste acórdão não pode ser desvalorizada, sobretudo numa conjuntura em que dificuldades financeiras afectam fortemente empresas e interferem em processos arbitrais. O que tem de específico este Acórdão é que a solução tenha sido concretizada nestes termos, sem que a parte que recorreu ao tribunal judicial tenha iniciado qualquer procedimento de insolvência.

Ao decidir deste modo, o TC afastou-se do raciocínio que tinha levado o STJ a decidir de forma oposta numa situação equivalente¹⁸, numa cristalina decisão de Pires Rosa que também foi apoiada por Quirino Soares e Neves Ribeiro.

Admitir-se-ia, no entanto, que se a recorrida se tivesse apresentado a processo de insolvência – atento o teor do artigo 87 do Código da Insolvência – a decisão do TC estivesse correcta, por muito que dela discor-

¹⁷ Ou em recurso de anulação da sentença arbitral que provavelmente haveria, dado estar-se em arbitragem *ad hoc* nacional.

¹⁸ Acórdão de 9/10/2003, relator Pires Rosa, – www.dgsi.pt – que para além de se louvar no acórdão STJ de 2000 quanto à não imputabilidade da culpa, deixa escrito “... não negue a ninguém a possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses legítimos pelo recurso aos tribunais, mas que reconheça a cada um, no domínio dos direitos de que possa dispor, a possibilidade de recorrer a outras formas de obtenção de justiça, fora dos tribunais estaduais, mas não já de um princípio que supra a insuficiência de meios de quem – como as sociedades comerciais – só existe, ontologicamente, enquanto puder assegurar os meios económicos necessários à sua própria existência”.

demos *de iure constituendo*, sendo certo que a solução não é pacífica a nível internacional¹⁹. Mas sem essa passagem a uma situação jurídico-factual diversa, lamenta-se que o TC tenha, pela primeira vez²⁰, tomado conhecimento e decidido pela inconstitucionalidade no caso concreto da aplicação da norma do artigo 494, j) do CPC, sem aparentemente ter a noção da responsabilidade que decorre de ter sido a primeira vez.

Setembro 2009.

¹⁹ Ainda recentemente em 2008 no Brasil em dois casos – Interclínicas vs Saúde ABC e Jackson Empreendimentos vs Diagrama Construtora – o STJ e o Tribunal de Apelação de São Paulo respectivamente decidiram que um processo arbitral poderia prosseguir durante processos de insolvência com fundamento no princípio *Kompetenz Kompetenz* que existe também no nosso ordenamento; também o High Court inglês, em 2008, e louvando-se no EU Insolvency Regulation, decidiu de igual modo numa arbitragem internacional. Mas o Supremo Tribunal Suíço (decisão 4A_428/2008) – numa decisão criticada pela doutrina – considerou que não podia prosseguir uma arbitragem em relação a uma empresa polaca que tinha sido declarada insolvente por um tribunal polaco. Sobre o regime aplicável noutros países, ver Joaquim Shearman de Macedo, ob cit., pág. 7 e segs.

²⁰ Joaquim Shearman de Macedo, ob cit., pág 2.