

ARBITRABILIDADE DA INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA DO AGENTE COMERCIAL

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2005.

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

O Acórdão da Relação de Guimarães, de 16 de Fevereiro de 2005, ⁽¹⁾ decidiu não ser arbitrável o litígio relativo a uma indemnização de clientela que os artigos 33.º e 34.º do Dec. Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, com a redacção dada pelo Dec. Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, reconhecem ser devida ao agente comercial.

Segundo o Acórdão, a indemnização de clientela é de interesse e ordem pública e as normas legais respectivas integram, consequentemente, a ordem pública interna do Estado português.

Acentua o Acórdão o carácter indisponível daqueles direitos do agente, o que determinaria a não-arbitrabilidade de um litígio a eles relativo e, consequentemente, a nulidade de uma cláusula compromissória que o preveja e a falta de competência dos árbitros para dele conhecer.

Com o merecido respeito, em nossa opinião o Acórdão não julgou correctamente.

⁽¹⁾ Este Acórdão encontra-se publicado no site <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/90312443c84f1bbf80256fff004d4105>.

Elencamos, pelo menos, os seguintes pontos que aqui comentamos:

- primeiro, carece de fundamentação a afirmação segundo a qual a indemnização de clientela e a sua fixação são de interesse e ordem pública nos exactos termos definidos pelo Acórdão;
- segundo, carece de clarificação adequada a distinção entre arbitrabilidade de um litígio e competência dos árbitros; e
- sobretudo, terceiro, não interpretou correctamente a extensão do conceito de *direitos indisponíveis* a que se refere o artigo 1.º, número 1, da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), de aqui em diante apenas designada por LAV.

Dizemos, em primeiro lugar, que carece de fundamentação a qualificação de interesse e ordem pública da indemnização de clientela.

Efectivamente, explicita o Acórdão que as normas de interesse e ordem pública regulam interesses gerais considerados fundamentais da colectividade e, por isso, são inderrogáveis por convenção das partes.

Porém, o certo é que daqui não resulta, necessariamente, que todas as normas imperativas sejam de interesse e ordem pública nos termos acima referidos e aceites pelo Acórdão, e que os árbitros não possam conhecer de litígios em que esteja em equação a ordem pública. Na verdade, não se encontra nessa matéria o cerne do conceito e do regime da arbitrabilidade de litígios, nem à face do artigo 1.º da LAV, nem dos limites gerais da arbitrabilidade de litígios.

Na verdade, existem certas normas jurídicas que são imperativas, mas não por regularem interesses gerais considerados fundamentais da colectividade. Um caso é exactamente o regime definido pelos artigos 33.º e 34.º do Dec. Lei n.º 178/86. Na realidade, antes de mais, não é fácil admitir que, por muito meritórios que sejam os interesses do agente comercial, a protecção legal da indemnização de clientela que lhe possa ser devida tenha a dignidade de, se não lhe for atribuída, afectar interesses fundamentais da

colectividade, pois o próprio texto daquele diploma, no seu artigo 38.º, afasta a aplicação da lei portuguesa se a lei estrangeira for mais favorável ao agente do que a lei portuguesa.

É certo que subjacente às normas dos artigos 33.º e 34.º encontra-se um outro interesse protegido por normas deste tipo, que é a protecção da parte teoricamente mais fraca (o agente comercial) perante o principal, quer sob o aspecto económico, quer de poder negocial. É certamente, aliás, esta a razão principal que justifica a natureza de norma parcialmente de aplicação imediata do artigo 38.º do mesmo Dec. Lei n.º 178/86.

De qualquer modo, repita-se, o que é importante mencionar aqui nesta matéria não é o carácter de interesse e ordem pública que rotula de não-arbitrável um litígio, como faz o Acórdão, pois isso também pode suceder apenas porque o legislador entende que, dado o carácter especialmente técnico do litígio, ele deva ser resolvido por um tribunal arbitral necessário e não por um tribunal judicial ou por um tribunal arbitral voluntário tal como prevê o artigo 1.º, número 1, da LAV. Nesse caso, o litígio não é arbitrável, mas certamente não por razões de interesse e ordem pública.

O segundo comentário que nos merece o Acórdão respeita à distinção entre arbitrabilidade e competência dos árbitros.

A competência dos árbitros deve ser vista em dois planos, um instrumental e outro material.

O primeiro consiste no poder dos árbitros de apreciar e decidir sobre a sua própria competência para resolver o litígio face à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem.

Sabe-se que sem convenção de arbitragem não existe arbitragem voluntária. Todavia, pode, em concreto, num caso submetido a árbitros, faltar de todo a convenção de arbitragem ou ela existir mas ser inválida ou ineficaz. Nesses casos, sem necessidade de que seja o tribunal judicial a pronunciar-se, os próprios árbitros podem decidir sobre essas matérias e, assim, considerar que têm ou não poderes para resolver o litígio que lhes foi submetido.

Se a convenção de arbitragem não existir ou se for nula ou ineficaz, os árbitros carecem de competência para a resolução do litígio.

O segundo plano consiste, por seu turno, na amplitude do poder que os árbitros têm de se pronunciar sobre a matéria em concreto objecto da sua decisão final ⁽²⁾ ou, por outras palavras, para resolver o litígio que lhes foi submetido e nos termos em que as partes o fizeram.

Esta dualidade de competências dos árbitros tem sido referida por competência-competência e por princípio da competência-competência o normativo geral que as reconhece interligadas.

O primeiro plano de competência está definido na lei (no direito português, no artigo 21.º, número 1. da LAV). O segundo plano é definido, caso a caso, pelas partes na convenção de arbitragem, pois é esta que estabelece o *thema decidendum* e os seus limites que os árbitros devem observar sob pena de carecerem de competência material.

A arbitrabilidade do litígio é, porém, algo diferente. Enquanto a competência dos árbitros tem a ver e afere-se pela, ou em face da, convenção de arbitragem, quer pela sua existência, validade ou eficácia, quer pelo seu conteúdo, a arbitrabilidade é exterior à convenção de arbitragem e nem sequer, em rigor, tem a ver com esta, mas apenas com a lei face ao litígio e à sua natureza. São os litígios que são arbitráveis ou não. Independentemente da celebração ou não da convenção de arbitragem, ou de uma convenção de arbitragem qualquer, um litígio abstractamente considerado é arbitrável ou não é.

É certo que uma convenção de arbitragem é nula se o litígio não for arbitrável, mas já não é correcto afirmar que uma convenção de arbitragem é, ou não é, arbitrável. O litígio que é objecto da convenção de arbitragem tem de estar contido no âmbito da convenção de arbitragem, mas a arbitrabilidade, ou a não arbitrabilidade, do litígio pré-existe, por determinação legal, à celebração da convenção de arbitragem. De tal modo que se, por exemplo, a lei declarar não-arbitrável um litígio que antes era arbitrável deve reti-

⁽²⁾ De notar que a competência dos árbitros não respeita apenas às matérias sobre que elas se pronunciam na decisão final, mas também sobre outras questões que ao longo do processo arbitral ocorram, como seja a decisão sobre questões incidentais, sobre a concessão de medidas cautelares, etc., etc..

rar-se do facto as consequências segundo as normas de aplicação das leis no tempo, especificamente quanto aos efeitos dessa lei nova em processos de arbitragem em curso e em convenções de arbitragem já celebradas antes da entrada em vigor da nova lei.

A terceira crítica, e quiçá a mais importante, respeita à interpretação que o Acórdão faz do artigo 1.º, número 1, da LAV relativamente ao conceito de *direitos indisponíveis*.

É verdade que, por um lado, este preceito não teve a preocupação de pontuar o que se deve entender por indisponibilidade do direito, no sentido, por exemplo, de uma elencagem do que são direitos indisponíveis, como fazia a Lei n.º 36/1988, de 5 de Dezembro, em Espanha, hoje revogada, no seu artigo 2.º, ao considerar não arbitráveis (1) as matérias sobre as quais tenha recaído uma sentença judicial transitada em julgado (2) as matérias inseparavelmente unidas a outras sobre as quais as partes não tenham poder de disposição e (3) as questões para cuja resolução deva intervir o ministério público em representação e defesa de incapazes.

Mas, por outro lado, aquele preceito da LAV não deixa de afirmar a regra geral da arbitrabilidade dos litígios, salvo quando exista lei especial que o submeta a tribunal judicial ou a arbitragem necessária (trata-se, portanto, de um critério de política legislativa) ou quando o litígio respeite a direitos indisponíveis. Importa, pois, delimitar o que se entende por direitos indisponíveis, o que faremos de seguida.

O Acórdão afirma que todas as questões integradas na ordem pública do estado não são arbitráveis.

Esta tese, porém, está hoje largamente ultrapassada pelo tempo. Em França, por exemplo, a Cour de Cassation, numa decisão de 29 de Novembro de 1950, comentada por vários autores como Jean Robert e Motulsky, já dizia, naquele longínquo ano e em sentido oposto à tese perfilhada pelo Acórdão:

s'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas et n'a jamais signifié que toute litige relatif à une opération sou-

mise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à l'arbitrage: qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention litigieuse à laquelle il a trait se trouve être illícite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à l'ordre public ...; ... que la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé.

Também a jurisprudência das decisões do Cour d'appel de Paris, de 14 de Junho de 1962, (Revue de l'Arbitrage 1962-107), e de 21 de Fevereiro de 1964 (idem, 1964-55), mantida pela Cour de Cassation na sua decisão de 15 de Junho de 1967 (JDI 1968.929) e comentada por B. Goldman, dizia igualmente:

si le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas que toute litige relative à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouve de ce fait soustrait à l'arbitrage.

Por fim, a jurisprudência firmada no caso Impex ⁽³⁾ consolidou definitivamente, em França, a orientação dos tribunais nesta matéria. E, assim, posteriormente no acórdão do caso Société Labinal vs. Sociétés Mors e Westland Aerospace, ⁽⁴⁾ diz-se:

l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux" ...

e mais adiante

l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui relèvent [de l'ordre public] ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle.

⁽³⁾ Clunet 1972, pág. 62 e Revue critique 1972, pág. 124, com anotação de E. Mezger, e Revue de l'Arbitrage 1972, pág. 2, com anotação de Ph. Kahn.

⁽⁴⁾ Acórdão da Cour d'appel de Paris, de 19 de Maio de 1993, Revue de l'Arbitrage 1993, pág. 645, com anotação de Charles Jarrosson.

Para maior desenvolvimento do estudo da matéria do estado actual da arbitrabilidade dos litígios pode ler-se Jean-Baptiste Racine ⁽⁵⁾.

A doutrina francesa tem sublinhado sobre esta jurisprudência: 1.º o árbitro não pode decidir contra a ordem pública; 2.º ele pode decidir “à côté de l’ordre public”; 3.º e pode decidir no sentido da ordem pública. ⁽⁶⁾

Em Espanha, por seu lado, os comentadores salientam que a nova lei de arbitragem (Lei n.º 60/2003, de 23 de Dezembro), no seu artigo 2.1., regula a matéria da arbitrabilidade de um modo aberto e positivo, equiparando os litígios arbitráveis às matérias de livre disposição pelas partes. ⁽⁷⁾

A maioria da doutrina espanhola, na sequência da entrada em vigor da Lei Espanhola de Arbitragem de 1988, já sustentava abertamente que a arbitragem podia ser utilizada na resolução de litígios do contencioso administrativo, de carácter social e, inclusivamente, de natureza criminal, desde que os interesses envolvidos sejam disponíveis.

A mesma orientação foi, aliás, mantida na actual lei de arbitragem. ⁽⁸⁾

Em praticamente todos os países que se dedicam a arbitragem, como é o caso da Suíça e da Alemanha que adiante melhor referiremos, esta posição também sobre o âmbito da arbitrabilidade é abundantemente afirmada.

Na verdade, não se pode confundir certos direitos que respeitam ou estão incluídos na ordem pública, cuja natureza os qualifique de indisponíveis, e por isso não são arbitráveis, e os litígios relativos a matérias reguladas por normas imperativas.

Os primeiros respeitam a interesses essenciais ou vitais e inalienáveis da comunidade nacional. Os segundos podem incluir, e

⁽⁵⁾ L’arbitrage commercial international et l’ordre public, LGDJ 1999.

⁽⁶⁾ Dominique Vidal, Droit français de l’arbitrage commercial international, Gualino Editeur, Paris, 2004, pág. 79 e segs.

⁽⁷⁾ Vicente Guilarte Gutiérrez e Jacobo B. Mateo Sanz, Comentarios Prácticos a La Ley de Arbitraje, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 61 e segs..

⁽⁸⁾ Ibidem, pág. 65.

normalmente incluem, matérias de ordem pública, mas com diferente conteúdo, âmbito e regime daqueles. Uma norma pode ser imperativa por razões da mais diversa natureza, até mesmo por mera opção legislativa ou por oportunidade da conjuntura. E, assim, não são necessariamente de ordem pública naquele primeiro sentido.

Os árbitros podem por isso interpretar e aplicar normas imperativas, o que não podem é resolver litígios relativos a certos direitos indisponíveis, como sejam os direitos relativos à pessoa, ao seu estado, aos direitos da personalidade, etc..

Ao invés, em geral, não são considerados indisponíveis (ou, ao menos, indisponíveis para a sua qualificação de não arbitráveis) os direitos de carácter patrimonial, como é o caso do direito à indemnização de clientela do agente comercial.

A não ser assim, estabelecer-se-ia uma forte e injustificada limitação a dois valores essenciais da ordem jurídica portuguesa: primeiro, o princípio da liberdade contratual; segundo, a liberdade do comércio e a protecção que lhe é devida. E, ainda, violar-se-ia, sem justificação, o princípio *favor arbitrandum* que, embora evidenciado sobretudo na arbitragem internacional, não deixa de se aplicar igualmente na arbitragem em geral, seja ela internacional ou doméstica. Consiste na prevalência a dar à arbitragem em caso de dúvida, *in casu* sobre a arbitralidade de um litígio.

Submeter um litígio a arbitragem, ao contrário do que entende o Acórdão sob comentário, não significa para o agente comercial tornar disponível o seu direito à indemnização de clientela e à sua fixação.

Significa, apenas, que as partes, no uso da sua autonomia da vontade e para protecção dos interesses do seu comércio, e obviamente para satisfação de interesses tão importantes como a celeridade do tráfego comercial, designadamente a resolução de litígios a ele relativos, preferem a arbitragem ao tribunal judicial.

Os árbitros são, à partida, tão aptos para interpretar e aplicar normas imperativas e avaliar da violação, ou não, da ordem pública em litígios relativos ao comércio jurídico, ou seja, a direitos patrimoniais, como o são os juízes.

Se os árbitros interpretarem e aplicarem erradamente as normas imperativas ou não salvaguardarem a reserva de ordem pública, a lei deve prever a possibilidade de anulação da sentença arbitral.

Para tanto, à face da LAV, entendemos, como já sustentámos no artigo que publicámos na ROA, Ano 67, tomo I, Janeiro 2007, pág. 299 e segs., e especialmente pág. 304, que o facto de ela não prever expressamente a violação de ordem pública como causa de anulação da sentença arbitral não significa que este fundamento não possa ser judicialmente invocado em Portugal para a obtenção daquele efeito. Esta posição tem, aliás, outros autores em Portugal que notaram a lacuna legal, na linha do que é hoje comum nas leis modernas de arbitragem, desde a Lei-Modelo da UNCITRAL até à lei alemã de arbitragem, à nova lei espanhola e muitas outras.

A demonstração cabal do que dizemos é-nos dada pela própria LAV. Na verdade, a conjugação dos números 1 e 2 do artigo 21.º autoriza o árbitro a conhecer da nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem por forma a conhecer da sua própria competência.

É inquestionável que questões de nulidade de actos jurídicos são regulados por normas imperativas e, certamente, de interesse e ordem pública. Não faz, pois, sentido que o árbitro esteja autorizado a aplicar normas desta natureza segundo o artigo 21.º e não esteja, se seguissemos a tese do Acórdão, por força do artigo 1.º, número 1.

É devido a estas razões que autorizam o árbitro a resolver litígios relativos a direitos indisponíveis de carácter patrimonial que os direitos positivos alemão e o direito suíço afirmam expressamente este regime legal. O artigo 1030 do Código de Processo Civil (Zivilprozessordnung) estabelece expressamente que...

... qualquer direito de carácter patrimonial pode ser objecto de convenção de arbitragem.

E o artigo 177, alínea 1.ª, da Lei de Direito Internacional Privado suíça consagra, igualmente, o princípio da arbitrabilidade de todos os litígios de natureza patrimonial. ⁽⁹⁾

⁽⁹⁾ De notar que leis arbitrais mais modernas consagram igualmente este regime da arbitrabilidade dos litígios que tenham por objecto direitos patrimoniais. É o caso, situando-nos apenas no universo dos países de língua oficial portuguesa, do artigo 1.º da lei da arbitragem do Brasil (Lei n.º 9307, de 23.9.96) que utiliza a expressão *direitos patri*

Assim, em conclusão, desde que tenham carácter patrimonial, todas as questões podem ser submetidas a arbitragem, tratem-se ou não de direitos indisponíveis. Isso só não sucederá nos casos em que a lei for expressa, dispondo em sentido contrário ou isso resultar da natureza especial dos direitos. Assim, os direitos relativos à pessoa não são arbitráveis, pois referem-se a direitos indisponíveis. Também não são arbitráveis os direitos patrimoniais relativamente aos quais uma disposição legal ou a sua natureza impedem a sua disponibilidade ou a sua livre disponibilidade, como é o caso dos direitos relativos a bens patrimoniais afectos ao domínio público ou os direitos patrimoniais sobre obras de arte classificadas.

É esta, aliás, a evolução natural da arbitragem e do concomitante papel actual do estado na resolução de litígios privados.⁽¹⁰⁾ Nos últimos cem anos, o estado assumiu, durante a maior parte da primeira metade do século vinte, um quasi-monopólio na resolução de litígios. Na segunda metade do século passado, com o incremento das relações comerciais, sobretudo internacionais, a arbitragem ganhou o seu espaço e a sua importante função, reconhecendo-lhe os estados, cada vez mais, a sua importância, não apenas na arbitragem internacional, mas também na arbitragem doméstica.

Na verdade, a arbitragem tem hoje gradualmente entrado no domínio da resolução de litígios de carácter patrimonial que respeitam a vários ramos do Direito, quer privado quer público, como é o caso, quanto a este último, do Direito Administrativo, uma vez que, tomando como exemplo a lei portuguesa, o artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, permite a resolução mediante o recurso a arbitragem voluntária de questões que tenham por objecto contratos administrativos, certos actos administrativo e questões de responsabilidade civil extra-contratual do Estado.

moniais disponíveis para caracterizar a arbitrabilidade dos litígios; o artigo 1.º da lei de arbitragem de Angola (Lei n.º 16/03, de 25.7) que utiliza o vocábulo *direitos disponíveis*; o artigo 1.º da lei de arbitragem da Guiné-Bissau (Dec. Lei n.º 9/2000, de 2.10), que utiliza o vocábulo *direitos patrimoniais disponíveis*; o artigo 5.º, número 2., alínea b), da lei de arbitragem de Moçambique (Lei n.º 11/99, de 8.7) utiliza, por sua vez, as expressões *direitos indisponíveis* ou *não transaccionáveis*.

⁽¹⁰⁾ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, além da citação feita *supra* na nota n.º 4, ver Aldo Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, Giappichelli, 1999.

Do mesmo passo, a possibilidade de os árbitros aplicarem leis relativas ao Direito da Concorrência, Direito Societário, Direito do Consumo, Direito Laboral, questões de arrendamento, direito testamentário e muitos outros está ampla e pacificamente aceite.

Neste quadro, parece-nos, em conclusão, dispiciendo e infundamentado o Acórdão em análise.

Lisboa, 9 de Fevereiro de 2009

