

Processo:	2672-14.0T8LSB.L1-6
Relator:	CARLOS MARINHO
Descritores:	CONTRATO-QUADRO CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMPETÊNCIA
Nº do Documento:	RL
Data do Acórdão:	05-11-2015
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	N
Texto Parcial:	S
Meio Processual:	APELAÇÃO
Decisão:	IMPROCEDENTE
Sumário:	<ul style="list-style-type: none">- Um contrato-quadro tem, na sua essência, uma regulação de enquadramento, ou seja, a definição prévia de um conjunto de regras negociais que deverão enformar a contratação situada sob o seu âmbito subjectivo, temático, contextual e económico;- Tal contrato só se justifica e adquire sentido quando lhe é conferido um objecto de enquadramento, ou seja, quando emerge, à sua «sombra», um negócio jurídico que a ele se submeta enquanto elemento definidor das grandes linhas da disciplina negocial;- A finalidade central desta figura jurídica é a de emprestar celeridade, simplificação e eficácia às relações jurídico-económicas e comerciais de largo referente temporal e concentração temática e subjectiva, através da regulação unívoca e centralizada de um tronco comum de cláusulas definidas por antecipação e complementadas, ulteriormente, através de uma regulação adicional, de mera especificação e carácter fluido e flexível;- Se um contrato-quadro prevê uma cláusula compromissória e não refere expressamente que a mesma se aplica exclusivamente às questões suscitadas pela interpretação do seu clausulado, tem que se ler, necessariamente, que se está a querer constituir essa regra também como regime de enquadramento, logo aplicável ao conjunto de contratos celebrados a jusante e sob a sua égide;- A abordagem que se impõe aos tribunais comuns quando se encontrem perante cláusula compromissória e arguição de preterição de Tribunal arbitral é de traço grosso, de atenção ao flagrante e manifesto, face ao estabelecido no n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária;- Importará averiguar apenas, pois, se a convenção de arbitragem é nula e se o é de forma flagrante, id est, claramente visível e sem necessidade de aprofundada indagação de pormenor;- O mais (ou seja, a análise fina) deve ser deixado ao funcionamento da regra Kompetenz-Kompetenz - ou competence-competence ou, ainda, competência-competência -

segundo a qual deve ser atribuída competência ao tribunal apontado pela cláusula, para definir a sua própria competência;

- O facto de alguém, por uma vez, não exercer um direito não é susceptível de gerar confiança, a um nível tutelado pelo sistema, no sentido de que nunca o exercerá, ou seja, inculcando a noção da estabilidade e carácter definitivo do abandono da faculdade em termos de, assim, cristalizar o facto e a conduta;
- Tratando-se do exercício de direito de defesa, de radical constitucional e assente no Direito da União Europeia e no Direito Internacional pactício vinculativo, a consideração da validade do decaimento de tal direito pelo seu não uso localizado e ocasional geraria uma vera agressão a um Direito fundamental. (Sumário elaborado pelo Relator)

Decisão Texto Parcial:

Acordam do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. RELATÓRIO:

C... L.DA, com os sinais identificativos constantes dos autos, instaurou acção declarativa de condenação com processo comum contra a sociedade BANCO ..., neles também melhor identificada, por intermédio da qual apresentou o seguinte pedido:

Nestes termos, e nos melhores de direito que V. Exa. suprirá, deverá a presente acção ser julgada procedente por provada e o contrato dos autos ser resolvido, por alteração superveniente das circunstâncias, com as legais consequências, nomeadamente:

- i) a destruição do vínculo retroagindo o efeito da resolução à data da verificação da alteração das circunstâncias, i.e., a partir do trimestre vencido em 12/05/2009, equivalente ao quarto trimestre de execução do contrato;
- ii) as partes condenadas a devolver o que prestaram e receberam desde esse momento, sendo, o saldo favorável à Autora em 358.851,31€ - montante que o Réu deverá ser condenado a restituir, acrescido de juros nos termos legais até efectivo e integral pagamento;
- iii) ser declarado que a Autora nada deve ao Banco Réu ao abrigo deste contrato.

Subsidiariamente, deve o contrato ser julgado nulo e restituído o valor que reciprocamente foi prestado, sendo o Réu condenado a pagar 358.851,31€ à Autora.

Para o efeito, invocou a celebração de um negócio jurídico denominado de «Contrato de permuta de taxa de juro», a alteração superveniente das circunstâncias em que o mesmo se esteou e o abuso de direito que brotaria da alegada existência de desproporcionada relação entre as vantagens e os sacrifícios emergentes do pactuado.

A Demandada, na sua contestação, arguiu a «excepção dilatária de preterição de tribunal arbitral» e pediu, a final, a sua absolvição da instância.

A Autora respondeu a tal arguição sustentando que a cláusula compromissória invocada não é aplicável e, ainda que o fosse, o Banco Réu teria renunciado à sua invocação para dirimir aspectos directa ou indirectamente relacionados com o contrato de *swap* cuja resolução se pretende com a presente acção, pelo que a sua arguição seria violadora do princípio da confiança e, no limite, constituiria abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*. Concluiu dever a excepção ser julgada *improcedente, por infundada e não provada*, ordenando-se o prosseguimento dos autos.

Foi dispensa a realização de audiência prévia, tendo o Tribunal «a quo», em sede de saneamento, avaliado a aludida excepção, julgando-a procedente e absolvendo a Ré da instância.

É desta decisão que vem o presente recurso interposto pela Demandante, que alegou e apresentou as seguintes conclusões:

01. Compulsada a decisão recorrida constata-se que a mesma entende que o presente litígio deverá ser apreciado por um tribunal arbitral e não pelos Tribunais judiciais e, bem assim que o Tribunal a quo só será competente para se pronunciar sobre a validade ou existência da putativa cláusula compromissória caso esses vícios sejam patentes.

02. Partindo dessa asserção, que não se aceita, sempre terá de sindicar sobre se o contrato que dá origem aos presentes autos (docs. n.º 1 junto com a p.i.) incluía uma convenção arbitral (o que se crê não suceder), pois só se tal pressuposto se mostrar preenchido é que a decisão recorrida poderá ter o mínimo de consistência, e, ainda partindo desse pressuposto, se existe ou não uma nulidade ou inexistência manifesta (o que sucede).

03. Ora, o pedido formulado pela Autora visa a declaração resolução ou de nulidade desse contrato de *swap* e não do Contrato-Quadro (junto com a contestação) onde se mostra vazado, no n.º 1 da cláusula 41ª, que “Os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são

dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância”.

04.O Contrato-Quadro é também ele, e mesmo que desacompanhado da concretização de quaisquer negócios posteriores, um centro autónomo de imputação de obrigações, sendo patente que a decisão em recurso omite e suprime um elemento central do nº 1 da cláusula 41ª e que é o âmbito objectivo dessa norma contratual, tendo o Tribunal a quo andando mal ao substituir a expressão contratualmente fixada “no âmbito do presente contrato” por «todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as Partes» não oferecendo tal expressão (“presente contrato”) dúvidas exegéticas sobre o objecto que norma pretende regular.

05.Aliás no Contrato-Quadro a expressão “presente contrato” surge noutras cláusulas contratuais em que se salvaguarda que o âmbito objectivo das cláusulas abrange não só o Contrato-Quadro, mas também as operações financeiras que, a jusante dele, as partes viessem a contratar (vide, p.e., cláusulas 4ª, 18ª e 35ª).

06.Pelo que, se a Cláusula 41ª do Contrato-Quadro submetesse os contratos de swap a um compromisso arbitral, então teria de prever – e não prevê – não só “os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato” mas também que surgissem em cada uma das operações financeiras celebradas no seu âmbito.

07.No caso, que não se concebe, de improceder a argumentação exposta nas conclusões anteriores, e considerando também o Tribunal ad quem que a cláusula 41ª do Contrato-Quadro contém um compromisso arbitral relativamente aos diferendos relativos aos contratos em causa nos presentes autos e que lhe está a jusante, terá, ainda assim, de se concluir que a predita cláusula compromissória não tem aplicabilidade ao caso dos autos.

08.Sem prescindir, o pedido e a causa de pedir da presente acção em absolutamente nada se relacionam com o “contrato-quadro”, pois que todas as regras contratuais relativas ao swap, nomeadamente as que contendem com os valores trocados, estão exclusivamente previstas no contrato que é o documento nº 2 da p.i., tão pouco a Autora pretendeu assacar qualquer consequência desse contrato-quadro.

09.A censura que se assaca à decisão recorrida comporta ainda a constatação de que, atenta a forma como a acção foi configurada pela aqui apelante, nos presentes autos não se discute qualquer diferendo entre as partes sobre os contratos de swap, muito menos sobre o Contrato-Quadro em que a putativa cláusula compromissória se encontra inserta.

10. Com efeito, não se discute nos autos o cumprimento ou qualquer outra vicissitude atinente às prestações ou obrigações resultantes dos contratos dos autos, mas sim a resolução ou a validade do próprio contrato de permuta de taxa de juros, o que não se pode confundir com diferendos entre as partes, tão pouco relacionados com a sua execução – não cabendo, portanto, no âmbito da citada cláusula 41ª do Contrato-Quadro.

11. Em sentido convergente, e também num caso relativo a swaps, decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães, em acórdão tirado no processo 1387/11.5TBBCL-B.G1 (entretanto já confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça) que “a A. não se pretende valer do contrato junto, sendo que a causa de pedir e o pedido supõem justamente, pelo contrário, a invalidade do contrato (...) “há que atender à forma como o A. configura a acção, ou seja, como alega a causa de pedir e faz os pedidos, e que, in casu, a A. não se pretende valer do contrato junto, sendo que a causa de pedir e o pedido supõem justamente, pelo contrário, a invalidade do contrato, pelo que assim sendo, não se pode afirmar a existência desta excepção” (...) “não estando em discussão na acção questões de natureza bancária ou financeira específicas resultantes da vigência do contrato bancário se validamente constituído” (disponível em www.dgsi.pt).

12. Também sem prescindir, a Sentença recorrida andou mal ao aplicar a cláusula 41ª do Contrato-Quadro também pela flagrante razão de que a mesma deveria ter sido considerada juridicamente inexistente, por ser essa a sanção estabelecida nos artigos 5.º e 8.º do Decreto-Lei 446/85, quando estabelece que se consideram excluídas as cláusulas dos contratos singulares, sem afectação do demais convencionado (artigo 8.º, alíneas a) e b), e artigos 9.º, do Decreto-Lei n.º 446/85), quando se demonstre violado o ónus de comunicação e informação.

13. Como facilmente se depreende da mera leitura do contrato-quadro e na qual se encontra inserta a cláusula 41ª (o putativa compromisso arbitral) o mesmo trata-se de um contrato de adesão, qualificação essa expressamente invocada pela aqui recorrente na “resposta” à excepção deduzida pelo banco Recorrido.

14. A Sentença a quo, por seu turno, optou – ostensivamente e mal – por não conhecer esta questão, apesar de deter todos dados processuais para decidir tal questão, sem necessidade de produção de qualquer prova ao contrário do que afirma.

15. Por outras palavras, a inexistência da putativa cláusula compromissória é evidente e patente, pelo que mesmo na lógica restritiva de possibilidade de pronuncia sobre a competência do Tribunal Judicial por que enfileirou a Sentença recorrida, deveria ter sido conhecida.

16. Vejamos o mérito da argumentação que conduz à conclusão anterior:

i) a aqui apelante, intentou a presente acção com vista à resolução ou declaração de nulidade dos contratos de swap que é os docs. nº 2 da p.i.;

ii) o Réu, na contestação, invocou a existência de uma cláusula contratual geral, no contrato de adesão que é corporizado no doc. nº 1 da contestação (cláusula 41ª do contrato quadro);

iii) ao invocar tal cláusula o banco Réu pretendeu, pois, prevalecer-se do seu conteúdo; sucede que o banco Recorrido não alegou (nem provou, nem podia provar porque não tinha alegado) que tivesse comunicado ou informado – como não comunicou nem informou – a existência, sentido e alcance da dita cláusula.

17. Porque o Banco Recorrido nada alegou neste sentido também não poderia provar a excepção que invocou, pelo que a questão tem necessariamente de ser decidida contra si (artigo 342º, n.º 1, do Código Civil e artigo 414.º do CPC 2013).

18. Aqui chegados, mesmo que se conclua que o contrato-quadro tem aplicação nos presentes autos e que a cláusula 41ª é efectivamente um compromisso arbitral que se estenda à discussão da validade dos já extintos contratos de swap, era mister que o Banco Réu tivesse alegado na contestação, e após demonstrado, que informou e comunicou a Autora «o sentido e alcance dessa cláusula».

19. O Banco Réu, nada alegou sobre essa realidade aquando da arguição da excepção, i.e., quando pretendeu prevalecer-se da cláusula 41ª do Contrato-Quadro. Não o tendo feito, como não fez, não pode provar que tenha cumprido tais obrigações de informação e comunicação, o que era seu ónus.

20. Como em caso similar foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa (1ª Secção) no processo 877/12.7TVLSB.L1, datado de 10 de Abril de 2014 : “... não se pode ignorar que o acordo das partes tem subjacente uma cláusula contratual geral. (...). Ora, nos termos do n.º 3 do artigo 1º deste diploma, o ónus da prova de que uma cláusula contratual geral resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem dela pretende prevalecer-se do seu conteúdo. O réu (...) não alegou na contestação que (...) tenha decorrido na sequência de uma concreta e prévia negociação sobre essa matéria. (...) Competia ao réu (...), por ser um facto constitutivo do seu direito, o ónus de alegar provar a existência de prévia negociação, não se satisfazendo o cumprimento desse ónus com a mera alegação de que a cláusula consta de um documento incorporado no contrato (artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil).” (...) A violação do dever de

comunicar (dever este que garante o conhecimento efectivo da cláusula contratual) e de informar (dever este que garante a compreensão da mensagem que lhe está subjacente), previstos, respectivamente, nos artigos 5.º e 8.º do Decreto-Lei 446/85, tem como consequência a exclusão da cláusula dos contratos singulares, sem afectação do demais convencionado (artigo 8.º, alíneas a) e b), e artigos 9.º, do Decreto-Lei n.º 446/85). (...) “Em relação ao dever de informação, dos factos alegados não resulta que tal dever tenha sido cumprido, já que o réu (...) nada alegou neste sentido, pelo que também não poderia provar. Sendo assim, a questão tem de ser decidida contra si (artigo 342º, n.º 1, do Código Civil e artigo 516.º do CPC de 1961, com correspondência no artigo 414.º do CPC 2013) (...) Consequentemente, a cláusula (...) deve ser excluída do contrato (...) o vício em causa determina a inexistência da cláusula que logicamente prevalece sobre a nulidade da mesma”.

21.Em síntese: nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, consideram-se excluídas dos contratos singulares as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º, pelo que a aceitar-se, no que não se concede, que a cláusula compromissória prevista na cláusula 41ª do Contrato-Quadro englobava os contratos cuja invalidade se discute nos presentes autos, deverá ser sopesado que o Banco recorrido não alegou, logo não poderia provar, que tal tivesse sido comunicado à Autora.

22.É, assim, evidente e patente, que a tal cláusula é inexistente, com a consequente improcedência da excepção e revogação da Sentença recorrida, que poderia e deveria ter sido conhecida pelo Tribunal a quo por apenas por apenas depender da aplicação do direito ao comportamento (processual) das partes; i.e., e ao contrário do que consta da Sentença apelada, sem necessidade de produção de prova.

23.Ainda sem prescindir, atento o facto de a cláusula 41ª do “Contrato-Quadro” se tratar de uma cláusula contratual geral, e admitindo-se, sem conceder – pois que para a Autora “presente contrato” quer dizer, apenas e só “contrato-quadro” – que a mesma tem pelo menos uma formulação ambígua, sempre deverá prevalecer, dos possíveis sentidos desta, a que se mostre como mais favorável ao aderente, nos termos do artº 11º, nº 2, do DL nº 446/85, de 25/10.

24.Neste tipo de contratos releva a doutrina da impressão do destinatário, pelo que, estando a leitura propugnada pela Autora, pelo menos razoavelmente expressa na letra da cláusula, a mesma deverá valer com o razoável sentido que o Autor lhe atribui.

25.Sem prejuízo das conclusões anteriores, o exercício do

putativo direito de excepcionar a competência dos tribunais judiciais é abusivo.

26. Isto porque no processo 309/11.8TVLSB (vide doc. 1 da p.i. e o seu reconhecimento na p.i. e na contestação), que tinha como objecto a validade do contrato de swap dos autos e, inerentemente, as mesmas partes, o Banco Réu não invocou tal excepção, correndo o processo nos Tribunais Comuns.

27. Tal comportamento é bem revelador de que a cláusula compromissória não é aplicável e, ainda que fosse, é demonstrativo de que o Banco Réu renunciou à sua invocação para dirimir aspectos directa ou indirectamente relacionados com o contrato de swap cuja resolução se pretende com a presente acção.

28. Daí que, se outra razão não houvesse para determinar a improcedência da excepção em mérito, sempre se terá de ter consideração que a sua arguição é violadora do princípio da confiança, e no limite constitui abuso de direito na do agente susceptível de basear uma situação objectiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas - anterior e actual - ao agente; a boa fé do lesado - confiante -; a existência dum “investimento de confiança”, traduzido no desenvolvimento dum actividade com base no factum proprium e o nexos causal entre a situação objectiva de confiança e o “investimento” que nela assentou), por se tratar do exercício de um (putativo) direito incompatível ou contraditória com a sua conduta anterior).

29. A Sentença a quo violou, eventualmente entre outras normas, o artigo 64.º e o artigo 414.º do Código de Processo Civil de 2013, os artigos 334º e 342º, n.º 1, do Código Civil, os artigos 8.º, alíneas a) e b), e artigos 9.º, bem como o n.º 2 do artº 11º, todos do Decreto-Lei n.º 446/85, os nºs 1,2,3 e 4 do artigo 304º, o artigo 312º, o artigo 312º-A, o artigo 332º, estes do Código dos Valores Mobiliários.

Terminou sustentando dever «o Recurso ser julgado procedente e revogada a Sentença».

O BANCO, respondeu a estas alegações concluindo que:

1. A Recorrente vem apelar da decisão do Tribunal a quo, que julgou procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral, invocada pelo Banco Recorrido, absolvendo-o da instância. No entanto, não assiste qualquer razão aos recorrentes.

2. Note-se que é indiscutível que as partes celebraram um contrato intitulado de “Contrato-Quadro para operações financeiras”, tanto que a própria Recorrente o reconhece. E, de entre as operações financeiras abrangidas por este regime

quadro, encontram-se os swaps de taxa de juro, conforme expressamente previsto na cláusula 5.1. do referido Contrato-Quadro, que inclui também uma convenção arbitral, na vertente de cláusula compromissória. Assim, não há quaisquer dúvidas sobre a existência da convenção de arbitragem.

3. Concretamente, nos termos do disposto no n.º 1 da cláusula 41.º do Contrato-Quadro, “os diferendos que possam surgir entre as partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância”.

4. Comprovada a existência da convenção arbitral, é também manifesto que a mesma se aplica ao litígio dos autos, dada a sua amplitude. É indubitável que o litígio surge no âmbito do contrato de swap: é este contrato que a Recorrente, pretende que seja resolvido ou declarado nulo. Acresce que as partes não limitaram ou cingiram o objecto da cláusula compromissória a qualquer parcela da relação jurídica, sendo inequívoco que a convenção de arbitragem abrange todas as circunstâncias que tenham que ver com o contrato, sejam elas de formação, de celebração ou cumprimento.

5. Por outro lado, mesmo que existissem dúvidas sobre o âmbito e aplicabilidade da convenção de arbitragem, devia ser o tribunal arbitral a conhecer, em primeira mão, dessa questão, porquanto a decisão sobre a competência do tribunal arbitral abrange a análise do âmbito e alcance da convenção de arbitragem. Aliás, com a NLAV e a consagração expressa do princípio do efeito negativo da convenção de arbitragem (cfr. n.º 1 do artigo 18.º da NLAV), isso tornou-se absolutamente claro.

6. Assim, o tribunal recorrido nestes autos apenas poderia ter considerado improcedente a excepção de preterição de tribunal arbitral caso a convenção de arbitragem padecesse de garrafal invalidade ou ineficácia — tal como prescreve o artigo 5.º da NLAV, que afirma que só em casos de manifesta nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção de arbitragem é que o tribunal pode deixar de remeter as partes para o tribunal arbitral.

7. Contudo, nos presentes autos, inexistem seguramente qualquer dessas situações excepcionais em que a cláusula não produz manifestamente efeitos, desde logo porque estão cumpridos os requisitos essenciais dos artigos 1.º e 2.º da NLAV.

Adicionalmente, a convenção arbitral em causa é também totalmente eficaz, uma vez que não se verificaram eventos nem suspensivos nem extintivos da sua eficácia; nem nenhuma das partes foi declarada insolvente (cfr. artigo 87.º, n.º1 do CIRE).

8. Assim, nada há a provar ou a discutir na presença do tribunal comum, pois toda e qualquer prova deve ser feita em sede

arbitral. Aliás, a necessidade de produção de prova implica, desde logo, que não se está perante uma invalidade manifesta. 9. Por tudo isto, é claro que a jurisdição arbitral é a única que pode proferir a primeira decisão sobre a matéria e, note-se que basta apenas a plausibilidade dessa existência de compromisso arbitral.

10. Saliente-se ainda que a Recorrente pretende solução totalmente oposta a esta que é uma máxima internacional. Com efeito, por se tratar de um princípio internacional em questões de competência, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 estabeleceu também expressamente que em caso de litispendência, quem decide em primeiro lugar sobre a competência é o tribunal cuja competência é atribuída pelo pacto de jurisdição, mesmo que não seja o tribunal em que foi instaurada a primeira acção.

11. Note-se que, e ainda que se considerasse (sem nunca conceder) que havia uma questão de nulidade para apreciar sobre os efeitos e/ou validade da convenção, o tribunal não tendo uma “evidente certeza” teria que optar sempre pela procedência da excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário.

12. Acontece porém, que apesar de todo o exposto, a Recorrente fundamenta a sua posição no acórdão fundamento proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, que adopta uma posição absolutamente isolada, conforme refere a sentença da Primeira Instância e o acórdão aqui recorrido (cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de Setembro de 2014, processo n.º 1403/13.0TCGMR.G1 e de 30 de Janeiro de 2014, processo n.º 1257/13.2TBVCT.G1).

13. Além de tudo isto, a Recorrente invoca o regime das cláusulas contratuais gerais para sustentar a nulidade da convenção de arbitragem e conseqüente improcedência da excepção de preterição de tribunal arbitral. Em primeiro lugar, recorde-se que a própria NLAV, no n.º 4 do artigo 2.º, admite a validade de convenções de arbitragem em contratos de adesão. Em segundo lugar, saber se tais cláusulas são nulas ou não, no caso concreto dos autos, é uma questão litigiosa que deverá ser dirimida, em primeiro lugar, pelos tribunais arbitrais.

14. Ao contrário do que pretende a Recorrente, não cabe ao Banco Recorrido fazer prova de que comunicou ou informou a Recorrente da existência, sentido e alcance da dita cláusula, por forma a não afastar a sua aplicação ao caso em crise, porquanto quem alega que o Contrato-Quadro, onde se encontra incerta a convenção de arbitragem, é um contrato de adesão é a Recorrente.

15. Posto isto, e nos termos do disposto do n.º 2 do artigo 342.º do Código Civil, é a Autora Recorrente que tem o ónus de fazer prova dos factos extintivos alegados, pelo que não lhe basta

invocar a verificação dos requisitos das cláusulas contratuais gerais (neste sentido, cfr. o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Junho de 2015, processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1).

16. Por esta mesma razão, responderemos (de facto et de iure) a toda essa factualidade levantada pela Autora (e ora Recorrente), no momento e instâncias próprias, ou seja, no processo arbitral, e não aqui.

17. Contudo, sem conceder, não há qualquer invalidade à luz do RCCG, pois é manifesto que as partes estiveram em negociações antes de celebrarem o contrato, onde discutiram na sua maior amplitude o conteúdo daquela operação; tendo a minuta sido facultada à Recorrente antes da assinatura final. Deste modo, é evidente que RCCG nem sequer se aplica ao caso concreto.

18. Mas ainda que assim não se entendesse – sem nunca conceder – jamais seria nula esta cláusula, pois não foram violados quaisquer deveres de informação, uma vez que a celebração do swap foi precedida de reuniões de apresentação do produto, em que o Recorrido explicou em detalhe à Recorrente a dinâmica e o funcionamento inerente ao swap. Aliás, o contrato foi enviado com antecedência por forma a que a Recorrente pudesse analisá-lo, com tempo.

19. Por último vem a Recorrente afirmar que o exercício do direito do Banco Recorrido em excepcionar a competência dos tribunais judiciais é abusivo, por ser um exercício violador do princípio a confiança e que, no limite, constitui abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium.

20. Contudo, o Banco Recorrido exerceu o seu direito em tempo, ou seja, em cumprimento do n.º 1 do artigo 5.º da NLAV; por outro lado, o exercício do direito não é abusivo nem, tão-pouco, manifestamente abusivo; pelo que não se traduz numa qualquer situação de injustiça clara.

21. Acresce que este mesmo contrato de swap já foi discutido em sede judicial, num processo que se arrastou por quatro anos (e que deu razão ao Banco Recorrido), pelo que é perfeitamente legítimo que o Recorrente pretenda encurtar a duração do presente processo judicial recorrendo à via arbitral, atendendo a que foi isso mesmo que as partes estipularam no Contrato-Quadro.

22. Note-se que negar este direito ao Banco Recorrido, servia negar-lhe o seu direito de defesa em clara violação dos princípios da igualdade de armas e do processo justo e equitativo (artigos 3.º n.º 3 e 4.º do Código de Processo Civil).

23. Deste modo, só se pode chegar à mesma conclusão que chegou a sentença recorrida, isto é, que estamos perante uma verdadeira convenção de arbitragem válida, devendo, por isso, ser

procedente a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral e, em consequência, ser o Banco Réu absolvido da instância.

Terminou pedindo que fosse o recurso julgado totalmente improcedente e mantida a decisão posta em crise.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

São as seguintes as questões a avaliar:

1. Se a Cláusula 41.^a do Contrato-Quadro submetesse os contratos de swap a um compromisso arbitral, então teria de prever – e não prevê – não só «os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato» mas também que surgissem em cada uma das operações financeiras celebradas no seu âmbito?

2. O pedido e a causa de pedir da presente acção em absolutamente nada se relacionam com o «contrato-quadro», pois que todas as regras contratuais relativas ao swap, nomeadamente as que contêm com os valores trocados, estão exclusivamente previstas no contrato que é o documento n.º 2 da petição inicial?

3. O que se discute nos autos é a resolução ou a validade do próprio contrato de permuta de taxa de juros, o que não se pode confundir com diferendos entre as partes, tão pouco relacionados com a sua execução – não cabendo, portanto, no âmbito da citada cláusula 41.^a do Contrato-Quadro?

4. A cláusula 41.^a do Contrato-Quadro deveria ter sido considerada juridicamente inexistente, por ser essa a sanção estabelecida nos artigos 5.º e 8.º do Decreto-Lei 446/85, quando estabelece que se consideram excluídas as cláusulas dos contratos singulares, sem afectação do demais convencionado (artigo 8.º, alíneas a) e b), e artigos 9.º, do Decreto-Lei n.º 446/85), quando se demonstre violado o ónus de comunicação e informação?

5. *Porque o Banco Recorrido não alegou nem provou que tivesse comunicado ou informado da existência, sentido e alcance da dita cláusula, a questão tem, necessariamente, de ser decidida contra si nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil e do artigo 414.º do Código de Processo Civil?*

6. Atento o facto de a cláusula 41.^a ser uma cláusula contratual geral e dado que, para a Autora, «presente contrato» quer dizer, apenas e só, «contrato-quadro», sempre deverá prevalecer, dos possíveis sentidos desta, a que se mostre como mais favorável ao aderente, nos termos do art. 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10?

7. O exercício do putativo direito de excepcionar a competência dos tribunais judiciais é abusivo?

II. FUNDAMENTAÇÃO:

Fundamentação de facto:

Resultam provados, dos documentos juntos aos autos, os seguintes elementos relevantes para a decisão (indo alteradas as referências fácticas apontadas na decisão recorrida que não espelharam rigorosamente o que emerge de tais documentos):

Com data de 13 de Maio de 2008, A. e ré celebraram um contrato denominado «Confirmação de Contrato de Permuta de Taxa de Juro (interest rate swap)», cuja cópia se encontra junta a fls. 75 a 85;

Com data de 13 de Maio de 2008, a Autora e o Banco Réu celebraram o «Contrato Quadro para Operações Financeiras», junto a fls. 222 a 228;

Previu-se, no n.º 1 da cláusula 1.ª deste «Contrato», que «O presente contrato destina-se a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras entre as Partes, sejam elas do mesmo tipo ou natureza jurídica ou de tipo ou natureza diferente»;

No n.º 3 da apontada cláusula 1.ª, estabeleceu-se que «Em tudo o que não resulte expressamente dos respectivos termos e condições particulares, as operações financeiras a realizar entre as Partes ficarão sujeitas ao estabelecido no presente contrato»;

Inscreeveu-se no n.º 4 da mesma cláusula que «Para os efeitos do determinado nos números anteriores, o estabelecido no presente contrato constitui parte integrante do enquadramento de cada uma das operações financeiras a realizar entre as Partes, salvo quando por escrito for por elas acordado o contrário»;

Previu-se no n.º 5 da aludida cláusula 1.ª, que «ficam abrangidas pelo presente contrato designadamente as seguintes operações:» «5.1. Permutas Financeiras (Swaps): De taxas de juro (Interest Rate Swaps - IRS); De taxas de juro variáveis (Basis Swaps)».

Inscreeveu-se na cláusula 3.ª do referido «Contrato-Quadro» que:

«1. As Partes aceitam submeter igualmente às condições do presente contrato e nos termos da cláusula 1.ª todas as operações financeiras por elas já realizadas e ainda não concluídas, sem prejuízo dos respectivos termos e condições particulares e em tudo o que a estes não contrarie».

No «Contrato-Quadro» referenciado, as partes estabeleceram, no n.º 1 da cláusula 41.ª, que: «Os diferendos que possam surgir entre as partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância.»

Adita-se o seguinte facto, provado em virtude do conteúdo do conteúdo do documento junto aos autos a fls. 75 a 85, apresentado pela Recorrente e que não foi validamente posto em crise:

9. Consta do texto subscrito pela Recorrente e pela Recorrida intitulado «CONFIRMAÇÃO DE CONTRATO DE PERMUTA DE TAXA DE JURO (Interest Rate Swap) BST Ref.: 6263.001»: «O objectivo desta carta ("Confirmação") é confirmar os termos e condições particulares do Contrato de Permuta de Taxa de Juro (Interest Rate Swap), acordado entre o Banco (o "Banco") e C... LDA, com sede em ... capital social de 25,000.00 euros, matriculado na Conservatória do Registo Comercial de GONDOMAR sob o n.º 502354038, pessoa colectiva n.º 502354038 (o "Cliente") na Data da Operação abaixo indicada (a "Operação"). Sem prejuízo da plena eficácia e validade da presente Confirmação as partes desenvolverão os melhores esforços para celebrar, até ao final do mês seguinte à assinatura desta Confirmação, o Contrato-Quadro para Operações Financeiras ("Contrato-Quadro") cuja minuta foi elaborada pelo Banco e entregue para apreciação do Cliente, que após assinado passará também a reger a presente Operação. No caso de divergência entre o disposto no Contrato-Quadro e o estabelecido nesta Confirmação, prevalecerá esta última.».

Fundamentação de Direito:

1. Se a Cláusula 41.^a do Contrato-Quadro submetesse os contratos de swap a um compromisso arbitral, então teria de prever – e não prevê – não só «os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato» mas também que surgissem em cada uma das operações financeiras celebradas no seu âmbito?

A questão que, neste ponto, cumpre apreciar é de natureza estritamente interpretativa. Impõe que se analise o clausulado dos dois contratos mencionados na matéria de facto fixada e se ajuíze da existência ou ausência de articulação entre ambos no domínio da definição de jurisdição.

Diz a Recorrente que discorda do julgamento porquanto o contrato-quadro em apreço é, também ele, ainda que desacompanhado da concretização de quaisquer negócios posteriores, um centro autónomo de imputação de obrigações. Efectivamente, o aludido contrato contém uma mecânica pactícia, uma imputação de sinalagmas, o desenho de referentes negociais relevantes que poderão, eventualmente, merecer

avaliação autónoma. Porém, esta noção nada de substancial carrega à solução do problema em apreço.

Por um lado, assim é porquanto qualquer contrato-quadro tem na sua essência uma regulação de enquadramento, a definição prévia de um conjunto de regras negociais que deverão enformar a contratação situada sob o seu âmbito subjectivo, temático, contextual e económico. Quer isto dizer que um contrato-quadro só se justifica e adquire sentido quando lhe é conferido um objecto de enquadramento, ou seja, quando emerge, à sua «sombra», um negócio jurídico que a ele se submeta em termos de grandes linhas da disciplina negocial.

É feliz, neste âmbito, a expressão «situações de pré-determinação», lançada na sentença posta em crise em sede de menção doutrinal que seria ocioso aqui reproduzir. Quer isto dizer que, se tivermos, no caso em apreço, um contrato-quadro e um outro desenvolvido sob os seus traços definidores, nada releva, na perspectiva do problema em avaliação, a questão da interpretação isolada daquele. Designadamente, não assumirá importância a interpretação autónoma de regras de jurisdição já que, necessitando sempre, até em termos lógicos e de essência ontológica, o enquadramento do enquadrado, *id est*, de mecanismos contratuais de concretização, nenhum sentido teria definir apenas para aquele um contexto de atribuição de *vis* jurisdicional.

Por outro lado, por o aludido pacto poder ser interpretado autonomamente, daí não resulta, por si só, que não deva ser também integrado numa interpretação conjunta. A referência da Recorrente é insuficiente para inculcar a noção de que só o contrato-quadro seria abrangido pela sua própria uma cláusula compromissória. É assim, com segurança, face ao já dito.

O facto de a cláusula atributiva de jurisdição arbitral poder ter relevo interpretativo interno nunca afastaria a relação com o contrato enquadrado nem o relevo que assumiria ao nível deste. Raciocinando *ad terrorem*, a aceitar a relevância pretendida para a tese minimalista da Recorrente, teríamos que admitir, para futuro, que as partes vinculadas por contratos-quadro pudessem sempre invocar, uma a uma, a blindagem, segregação e autonomização contratual das respectivas regras, quando não lhes conviesse a externalização, para os negócios jurídicos ulteriores e abrangidos, de algum regime ao qual se tivessem vinculado e que deixasse de lhes parecer favorável. Estaríamos perante a fórmula certa para inutilizar em absoluto a figura do

contrato-quadro.

Mais, perder-se-ia, de todo, a consecução da finalidade central desta figura jurídica que é a emprestar celeridade, simplificação e eficácia às relações jurídico-económicas e comerciais de largo referente temporal e concentração temática e subjectiva que se concretiza através da regulação unívoca e centralizada de um tronco comum de cláusulas definidas por antecipação, complementadas, ulteriormente, através de uma regulação adicional, de especificação e carácter fluido e flexível. Ou seja, perder-se-ia a centralidade contratual, o relevo do esquema duplo ou dual de fixação de um regime negocial em dois tempos contratuais distintos, já que a construção brandida sempre veria, apenas, dois contratos, dois momentos e dois regimes sem correlação e, logo, conjuntos de regras desprovidos de susceptibilidade de interpretação conjunta.

Nenhum sentido tem a interpretação proposta. Se o contrato-quadro prevê uma cláusula compromissória e não refere expressamente que a mesma se aplica exclusivamente às questões suscitadas pela interpretação do seu clausulado, tem que se ler, necessariamente, que se está a querer constituir também essa regra como regime de enquadramento, logo aplicável aos conjunto de negócios jurídicos celebrados a jusante e sob a sua égide. No caso concreto, esta leitura é, aliás, claramente consistente com o estabelecido no n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato-quadro na qual se fixou que: «Em tudo o que não resulte expressamente dos respectivos termos e condições particulares, as operações financeiras a realizar entre as Partes ficarão sujeitas ao estabelecido no presente contrato». Claro está que, quando se refere operações financeiras, se incluem as regras jurídicas de sustentação sem as quais as mesmas seriam impossíveis.

Corrigida a cristalização fáctica menos rigorosa vertida na sentença impugnada quanto ao n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato-quadro, em nada se altera, pois, a conclusão do Tribunal «a quo».

É manifestamente negativa a resposta que se impõe dar à primeira questão proposta.

2.O pedido e a causa de pedir da presente acção em absolutamente nada se relacionam com o «contrato-quadro», pois que todas as regras contratuais relativas ao swap, nomeadamente as que contendem com os valores trocados, estão exclusivamente previstas no contrato que é o documento n.º 2 da petição inicial?

Está demonstrado que as partes deste processo, na mesma data (13 de Maio de 2008), celebraram um contrato denominado «Confirmação de Contrato de Permuta de Taxa de Juro (*interest rate swap*)», cuja cópia se encontra junta a fls. 75 a 85 e um «Contrato Quadro para Operações Financeiras», junto a fls. 222 a 228, e que este último, após subscrição, passaria «também a reger a presente Operação» – leia-se a prevista no contrato de *swap* invocado pela Recorrente na acção. Mais se tornou patente e fixo que «No caso de divergência entre o disposto no Contrato Quadro e o estabelecido nesta Confirmação, prevalecerá esta última».

Quanto a este último aspecto, é flagrante que não há divergência no domínio que nos ocupa já que só um dos acordos negociais contém uma cláusula compromissória não colidindo, pois, por razões lógicas, com quaisquer outras cláusulas do outro pacto, sendo que o silêncio de um não representa opção pelos Tribunais comuns em afastamento da escolha feita no outro, uma vez que sempre teria que ser expressa, para ser apreensível, cláusula de sinal contrário ou colidente, por força da remissão de regime.

Daqui e do dito no âmbito da questão anterior resulta que, mostrando-se flagrante estarmos perante um diferendo incidente sobre a matéria alvo de regulação dual – porque visa a resolução do compromisso integrado no quadro pactício, ou seja, a assunção obrigacional prevista no contrato-quadro (por força da referida convocação regulatória) e concretizada no âmbito do contrato enquadrado (que é indiscutível respeitar à causa de pedir brandida atento o que consta da petição inicial que a este dedica a maior parte do seu articulado) – o contrato-quadro tem clara incidência sobre o litígio trazido a juízo.

Aliás, sendo o pactuado englobado por dois momentos negociais que confluem num regime único, importa também ter presente o disposto no n.º 2 do art. 18.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária ou LAV – segundo o qual «*uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo.*

Acresce que, *in casu*, tem plena razão a Recorrida ao referir que «o Contrato Quadro não contém em si cláusulas contratuais propriamente ditas, antes fixando um conjunto de regras aplicáveis no caso de vir a ser outorgada uma (ou mais) Confirmação(ões)».

Por assim ser, há que responder negativamente à questão proposta na vertente visada com a alegação que era a de produzir convencimento sobre a descolagem entre a acção e o regime do contrato-quadro.

3. O que se discute nos autos é a resolução ou a validade do próprio contrato de permuta de taxa de juros, o que não se pode confundir com diferendos entre as partes, tão pouco relacionados com a sua execução – não cabendo, portanto, no âmbito da citada cláusula 41.^a do Contrato-Quadro?

Por ser idêntica a razão de decidir, vale, no seio da análise deste problema, o patenteado nas respostas anteriores.

Se dúvidas subsistissem, elas sempre seriam dissipadas pela análise do supra-fixado sob o n.º 9. Não se fez aí qualquer distinção que permita a extrapolação pretendida.

Por outro lado, o n.º 1 da cláusula 41.^a refere diferendos surgidos no âmbito do «presente contrato», não se distinguindo nem permitindo, agora, separações de espécie e particularizações de objecto.

Estamos, pois, situados no âmbito da relação jurídica atingida pela cláusula compromissória, no sentido referenciado pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção) de 21 de Maio de 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV e outros*, Processo C-352/13, segundo o qual «Uma cláusula atributiva de jurisdição só pode dizer respeito a litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, o que limita o alcance de um pacto atributivo de jurisdição apenas aos litígios que têm a sua origem na relação de direito na altura em que esse pacto foi celebrado».

O que a Recorrente tenta atingir com a sua impugnação incide, justamente, sobre a relação de Direito constituída em termos coevos com os da celebração da convenção de arbitragem.

É negativa a resposta a dar a esta questão.

4. A cláusula 41.^a do Contrato-Quadro deveria ter sido considerada juridicamente inexistente, por ser essa a sanção estabelecida nos artigos 5.º e 8.º do Decreto-Lei 446/85, quando estabelece que se consideram excluídas as cláusulas dos contratos singulares, sem afectação do demais convencionado (artigo 8.º, alíneas a) e b), e artigos 9.º, do Decreto-Lei n.º 446/85), quando se

demonstre violado o ónus de comunicação e informação?

Nada se provou sobre a ausência de informação e comunicação agora introduzida como motivo de impugnação.

Foi a Recorrente quem invocou a qualificação do Contrato-Quadro como contrato de adesão, integrando essa referência num contexto processual de alegação de facto extintivo do direito brandido à intervenção do tribunal arbitral. Era, pois, da mesma o respectivo ónus de invocação e prova face ao disposto no n.º 2 do art. 342.º do Código Civil pelo que nunca seria possível concluir no sentido proposto, mesmo que devesse ser fina e de fundo a análise a fazer na presente sede.

Porém, nem sequer assim é já que a abordagem que se impõe aos tribunais comuns fazer quando se encontrem perante cláusula compromissória e arguição de preterição de Tribunal arbitral é de traço grosso, de atenção ao flagrante e manifesto. Com efeito, o n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária, ou LAV – estatui, sob a epígrafe «Efeito negativo da convenção de arbitragem» que:

1 - O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.

Importará averiguar apenas, pois, se a convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou inexecutável e se o é de forma flagrante, *id est*, claramente visível e sem necessidade de aprofundada indagação de pormenor. Ora, no caso em apreço, face à apontada rarefação demonstrativa, nada de manifesto se encontra no sentido de se inculcar a noção da nulidade da cláusula em apreço.

O mais (ou seja, a análise fina) deve ser deixado para o funcionamento da regra *Kompetenz-Kompetenz* – ou *competence-competence* ou, ainda, *competência-competência* (se abstrairmos da origem germânica da mesma) – segundo a qual deve ser atribuída competência ao tribunal apontado pela cláusula, para definir a sua própria competência. Tal regra recebeu consagração expressa na LAV nos seguintes termos:

«1 - O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a

existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.»

No contexto sob avaliação tem, assim, integral justificabilidade a invocação do aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 28-05-2015, proferido no processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, *in* <http://www.dgsi.pt>, assim sumariado, na parte que aqui importa:

1.Tendo tido lugar convenção de arbitragem, tempestivamente invocada, só nos casos em que é manifesta a sua nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade, devem os tribunais estaduais considerar-se competentes.

2.Essa evidência não fica preenchida se a parte contra quem é invocada se limita invocar a verificação dos requisitos das cláusulas contratuais gerais.

É negativa, também neste espaço de avaliação, a resposta que se impõe.

5.Porque o Banco Recorrido não alegou nem provou que tivesse comunicado ou informado da existência, sentido e alcance da dita cláusula, a questão tem, necessariamente, de ser decidida contra si nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil e do artigo 414.º do Código de Processo Civil?

Por ser contígua e concorrente com a análise anterior a ponderação imposta por esta questão, remete-se, neste ponto, para o dito na referida sede.

As razões invocadas impõem, também aqui, a resposta negativa.

6.Atento o facto de a cláusula 41.ª ser uma cláusula contratual geral e dado que, para a Autora, «presente contrato» quer dizer, apenas e só, «contrato-quadro», sempre deverá prevalecer, dos possíveis sentidos desta, a que se mostre como mais favorável ao aderente, nos termos do art. 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10?

Releva, de novo, o dito.

É ao nível do estabelecido no n.º 1 do art. 18.º do diploma sob referência que tal questão de detalhe deverá ser ponderada.

Não nos encontramos perante situação subsumível ao estabelecido no n.º 1 do art. 5.º da LAV porquanto nada torna manifesto, no âmbito suscitado, que a convenção de arbitragem

sofra dos vícios apontados na norma, desconhecendo-se qual o sentido mais favorável ao dito aderente e apenas se sabendo que a Recorrente já não quer, neste momento, e diz ser-lhe desfavorável, o que declarou querer quando celebrou o contrato.

Improcede esta vertente da arguição de recurso.

7.O exercício do putativo direito de excepcionar a competência dos tribunais judiciais é abusivo?

Finalmente, foi suscitada a questão do abuso de direito de radical processual. A norma central de subsunção desta matéria é o art. 334.º do Código Civil que estatui:

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Apesar de se ter adoptado, neste preceito, uma noção objectiva de abuso de direito que independe, conseqüentemente, de factores subjectivos ou volitivos, ainda assim encontramos, aqui, perante conceito difuso que clama por forte densificação e complexa aferição jurisdicional e convoca outras noções não menos complexas e difíceis de isolar como o são as de boa fé e bons costumes e as relativas à teleologia da concessão normativa de direitos.

Esta dificuldade é mitigada, porém, no caso em apreço, por algumas evidências ou noções de menor complexidade. Em primeiro lugar, importa ter presente que a sociedade Recorrida, ao invocar a preterição de tribunal arbitral, não veio clamar pelo reconhecimento de direito substantivo por si composto, desenhado ou invocado com o intuito de servir as suas finalidades específicas, veio, antes utilizar um direito processual, clamar pela verificação de um quadro de incompetência absoluta de cariz tão grave que o legislador processual cominou mesmo com a absolvição da instância do Demandado, ou seja, que tem consagração expressa no Direito adjectivo constituído – vd. art. 96.º do Código de Processo Civil. Veio, pois, a recorrida exercer direito processual, faculdade de intervenção adjectiva expressamente conferida.

Neste contexto, perguntar-se-á: é possível exercer direitos processuais de forma abusiva? A resposta parece dever ser um rotundo sim. Tal ocorre quando se se litiga de má-fé nos termos do disposto no art. 542.º do Código de Processo Civil. Porém, no caso em apreço, não se vislumbra nem foi seguramente invocada

a existência de vestígios da mesma.

Restará avaliar se o eventual não recurso à excepção referida num processo e o seu uso noutro poderá indiciar esse abuso. A este respeito, cumpre referir que, ainda que tal assimetria tenha ocorrido, sempre poderiam ser inúmeras as razões justificativas do facto de um réu omitir um meio de defesa num processo e de o usar no outro. Tais razões poderão ir desde o esquecimento, a simples sucessão de mandatários e critérios, a defesa por equipas pluridisciplinares distintas com incompatibilidade de teses, a evolução da reflexão sobre a matéria, a ausência de verdadeira simetria de interesses, a aprendizagem emergente da experiência anterior, novos contextos técnicos ou a vera opção estratégica.

Porém, mesmo quanto a esta última possibilidade, não se pode concluir que as escolhas inerentes a uma tutela adjectiva de interesses substantivos possam, por si só, à míngua de outros elementos, representar uma ultrapassagem manifesta de finalidades e práticas normalizadoras e tidas como vigentes e ética e socialmente aceitáveis. Acresce que, assistindo o direito invocado à Recorrida, injustiça não se criou certamente, já que se trata de consequência que deveria esperar (e, eventualmente, nos dois processos, podendo dizer que terá tido a felicidade, à luz dos interesses que agora quis brandir, de não se ver confrontada duas vezes e apenas uma com um compromisso arbitral ao qual, ao menos numa abordagem menos profunda, nos termos supra-referidos, claramente se vinculou e quis que valesse).

Neste quadro, e existindo e relevando, numa apreciação globalizante e genérica, a cláusula à qual sempre se vem fazendo referência, nunca se poderia falar na protecção da confiança inerente à interdição de um *venire contra factum proprium*, já que o facto de alguém, por uma vez, não exercer um direito não é susceptível de gerar confiança, a um nível tutelado pelo sistema, no sentido de que nunca exercerá o direito, ou seja, de uma estabilidade e abandono definitivo da faculdade em termos de, assim, cristalizar o facto e a conduta.

Tratando-se, como ocorre, do exercício de direito de defesa, de radical constitucional e assente no Direito da União Europeia e no Direito Internacional pactício vinculativo, a consideração da validade do decaimento de tal direito pelo seu não uso localizado e ocasional geraria uma vera agressão a Direito fundamental.

Não tem resposta positiva, conseqüentemente, esta última questão.

III. DECISÃO:

**Pelo exposto, julgamos a apelação totalmente improcedente e, em consequência, confirmamos a decisão impugnada.
Custas pela Apelante.**

Lisboa,05.11.2015

**Carlos M. G. de Melo Marinho (Relator)
Anabela Moreira de Sá Cesariny Calafate (1.^a Adjunta)
Maria Regina Costa de Almeida Rosa (2.^a Adjunto)**

Decisão Texto Integral: