DIREITO COMERCIAL

As cláusulas arbitrais opcionais: aplicabilidade no ordenamento jurídico angolano

Gelson de Sousa Monteiro

GestJus Law Review — Revista Angolana de Direito · Volume 2024 · pp. 1–8
01 de janeiro de 2024

● ACESSO ABERTO · OPEN ACCESS

1. INTRODUÇÃO

Segundo o Professor Doutor Lino Dianvutu (2019), "a arbitragem consiste num meio de composição de litígios que se caracteriza pela atribuição de competência para julgá-los a uma ou mais pessoas, escolhidas pelas próprias partes ou por terceiros, cujas decisões têm a mesma eficácia que as sentenças judiciais".

O recurso à arbitragem justifica-se tendo em vista as suas vantagens comparativamente ao recurso aos tribunais judiciais:

- A **celeridade** caracteriza o procedimento arbitral, comparativamente aos tribunais judiciais que são mais morosos, e podem levar anos até a prolação de uma sentença definitiva. A este respeito, a LAV determina que na arbitragem a decisão deve ser tomada no prazo de 6 meses, salvo se as partes determinarem o contrário (cfr. a 25.° da LAV).

"A internacionalização da arbitragem deve-se à celeridade que lhe caracteriza, constituindo uma garantia, por se considerar o tempo como sinônimo de dinheiro e de lucro (*time is money*). A racionalidade no uso do tempo gera vantagens, peculiarmente no sector do comércio e do investimento, traduzindo uma certa estabilidade no funcionamento e, consequentemente, a sua rentabilização" (CIPRIANO, 2021).

- A **flexibilidade** é outro aspecto característico da arbitragem, a lei coloca na disponibilidade das partes a escolha do(s) árbitro(s) nos termos do art. 7.°, a sede da arbitragem (art. 17.°), a lei material aplicável, as regras processuais, a língua, entre outros aspectos. A arbitragem não está sujeita a um procedimento rígido e pré-estabelecido, pelo que, as partes podem adoptar o procedimento que se mostre mais conveniente, além de praticar apenas os actos que se mostrem necessários.
- Visto que as partes podem escolher o árbitro único ou os árbitros do processo, a **qualidade técnica da decisão** é outra vantagem, as partes podem escolher

árbitros "*experts*" na matéria. No que aos tribunais judiciais diz respeito, os seus juízes geralmente lidam com diferentes matérias, mas podem não ser especialistas na matéria específica submetida à sua apreciação.

- **Soluções mais justas** são outro aspecto positivo, pois, as partes podem determinar que o árbitro decida com base na equidade, além de que a escolha do árbitro, com sua expertise, contribui para este aspecto. Podemos ainda apontar como vantagens: A **Confidencialidade, segurança, simplicidade, especialidade, neutralidade.**

2. AS CLÁUSULAS ARBITRAIS OPCIONAIS: APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO

2.1. A convenção de arbitragem

O acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis à arbitragem constitui a convenção de arbitragem.

Este conceito de convenção de arbitragem foi adoptado pela Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958, art. 2.°/1) e é comum aos principais sistemas nacionais [Professor Doutor Lima Pinheiro em Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)].

A generalidade dos sistemas admite que a convenção de arbitragem revista as modalidades de compromisso arbitral ou de cláusula compromissória. No ordenamento jurídico Angolano, a distinção traça-se em função do carácter actual ou futuro dos litígios que são objecto da convenção de arbitragem (art. 2.°, LAV angolana).

Nos termos do art. 2.° da LAV angolana, a Cláusula compromissória é a convenção segundo a qual as partes se obrigam a dirimir, através de árbitros, os litígios que venham a decorrer de uma determinada relação jurídica contratual ou extra-contratual. Por seu turno, o compromisso arbitral é a convenção segundo qual as partes se obrigam a dirimir através de árbitros um litígio actual, quer ele se encontre afecto, quer não, a um Tribunal Judicial.

A convenção de arbitragem produz essencialmente efeitos processuais (atribuição de competência ao tribunal arbitral e excepção processual perante os tribunais estaduais). Quando constitua um negócio autónomo trata-se, por isso, de um negócio jurídico-processual [Professor Doutor Lima Pinheiro em Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)].

A convenção de arbitragem pode ser invocada perante os tribunais estaduais como excepção processual deduzida em acção relativa a um litígio abrangido pela convenção de arbitragem. A preterição do tribunal não é de conhecimento oficioso, este regime de conhecimento da excepção está em harmonia com a livre revogabilidade da convenção de arbitragem estabelecida no art. 3.º, n.º 4 da LAV.

No entanto, tem vindo a ser uniformemente entendido, tanto pela Jurisprudência como pela Doutrina, que a competência convencionalmente atribuída ao tribunal arbitral pode ser exclusiva ou concorrente com a do tribunal legalmente competente, nomeadamente,

o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português de 04-05-2005, no processo n.° 2207/09.6TBSTB.E1.S1, e, no plano dogmático, Prof. Miguel Teixeira de Sousa, na sua obra, A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns, 1994, pg. 102.

Tradicionalmente, e no comum dos casos, a celebração de uma convenção de arbitragem tem em vista conferir, com exclusividade, a competência ao tribunal arbitral para dirimir determinados eventuais litígios, afastando-os da jurisdição dos tribunais estatais. Aliás, da leitura do art. 2.° da LAV, podemos inferir que a convenção arbitral seria o acordo por meio do qual as partes "se obrigam".

Porém, o objecto concreto do presente estudo prende-se com a análise da possibilidade de existir uma convenção arbitral que não obriga as partes a recorrerem à arbitragem, sendo isto opcional, o que será feito nos pontos seguintes.

2.2. Cláusulas opcionais bilaterais

Segundo KLEIMAN; SPINELLI, (2014), cláusulas de opção bilaterais ou multilaterais são acordos de resolução de disputas que estabelecem um foro padrão ou dão às partes a opção de escolher um foro alternativo para o qual as disputas possam ser encaminhadas (tradução livre[1]). Portanto, cláusulas opcionais bilaterais prevêem a arbitragem em termos não vinculativos, ou determinam expressamente que as partes recorrem a arbitragem ou ao tribunal judicial, mas têm ainda a faculdade de optar por outro foro.

O uso de expressões como: "***as partes Podem(...)",*** pode determinar o carácter opcional da arbitragem. Enquanto uma cláusula arbitral vinculativa deve conter termos como: ***"as partes devem (...)", "as partes se obrigam", entre outros.*** Uma cláusula arbitral deve ser redigida em termos claros, sob pena de tornar-se ambígua.

Aliás, como advoga o Professor Miguel Teixeira (1994), na interpretação da cláusula compromissória que não preveja expressamente se é conferida ou não a competência alternativa, devemos entender que a competência do tribunal arbitral é exclusiva, por ser a solução que melhor se enquadra com a vontade presumível das partes, e, precisamente por isto, a propósito das cláusulas escalonadas, a 2° directriz do IBA orienta que se deve evitar expressões que indiciem que o recurso à arbitragem é facultativo).

Em 12 de junho de 2013, no caso M-Real Alizaya (MRA) VS Thermodyn, o Supremo Tribunal francês confirmou a validade e a aplicabilidade de uma cláusula de opção bilateral que dava a ambas as partes a opção de resolver o seu litígio através de arbitragem ou através de tribunais nacionais. O tribunal concluiu que a convenção arbitral neste caso não era vinculativa, e que o recurso a arbitragem era meramente opcional.

Uma cláusula semelhante foi mantida em Inglaterra no processo Westfal-larsen & Co A/S VS Ikerigi Compania Naviera SA (1983).

À este propósito, muito interessante é o art. 15.° da lei de investimento privado angolana, lei n.º 10/18 de 26 de Junho (com alterações introduzidas pela lei n.º 10/21 de 22 de Abril), pois determina no número 1 do aludido artigo que o Estado angolano

garante a todos os investidores privados o acesso aos tribunais angolanos para defesa dos seus interesses, sendo-lhes assegurado o devido processo legal, protecção e segurança.

No número 2 determina que, no âmbito daquela lei, os conflitos que eventualmente surgirem relativos a direitos disponíveis, podem ser resolvidos, através dos métodos alternativos de resolução de conflitos, designadamente, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, desde que por lei especial não estejam exclusivamente submetidos a tribunal judicial ou à arbitragem necessária.

É claramente um exemplo, consagrado na lei, da faculdade de uso de uma cláusula arbitral opcional, visto que, não obriga as partes, mas apenas confere a possibilidade de recorrer aos meios extrajudiciais de resolução de litígios.

Outro interessante exemplo de cláusulas arbitrais opcionais, são aquelas muitas vezes contidas em tratados bilaterais de investimento.

O Estado e o investidor em causa, podem litigar em sede dos tribunais estaduais ou em sede de arbitragem, e dependendo do caso, nos dois foros sucessivamente, podem litigar em sede de arbitragem internacional depois de esgotadas as instâncias judiciais internas.

Pelo exposto, conclui-se fácilmente pela possibilidade de elaboração de cláusulas arbitrais deste tipo.

Abaixo são avançadas mais razões que justificam o recurso às cláusulas em análise.

2.2.1. Autonomia privada

Entre os princípios fundamentais do direito das obrigações temos, em primeiro lugar, a autonomia privada, como defende o Professor Doutor Menezes Leitão (2020).

Segundo o Professor Doutor Carlos Burity (2018), a autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses e de auto-governo da sua esfera jurídica.

O aludido professor refere ainda que, a produção de efeitos jurídicos resulta principalmente de actos de vontade (declarações de vontade), dirigidos precisamente a produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor declarado dessa intenção designam-se por negócios jurídicos. A autonomia privada tem a sua mais cabal expressão no domínio dos contratos, assumindo-se aí como princípio da liberdade contratual.

Do art. 405.° do CC emerge explícita ou explicitamente a consagração da liberdade de modelação, de fixação ou de estipulação do conteúdo contratual e o reconhecimento da liberdade de celebração ou conclusão dos contratos.

No princípio da liberdade contratual integram-se, pois, dois aspectos essenciais, nomeadamente: a liberdade de conclusão ou celebração dos contratos e a liberdade de

modelação do conteúdo contratual.

Por liberdade de estipulação entende-se a faculdade de estabelecer os efeitos jurídicos do contrato, ou seja, a possibilidade conferida pela ordem jurídica às partes de, por mútuo acordo, determinarem à sua vontade o conteúdo do contrato. Essa liberdade encontra-se referida no art. 405.° do CC que estabelece que "dentro dos limites da Lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos" e de "incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver". Salvo em situações de natureza excepcional, a lei abstém-se de controlar o conteúdo dos contratos, deixando esse conteúdo na discricionariedade das partes, (LEITÃO, pág. 19 e ss).

Destarte, pode-se afirmar que a convenção de arbitragem, por um lado e, por outro, o recurso a cláusulas opcionais bilaterias, fundam-se na autonomia privada e, sendo um contrato, as partes no exercício da sua autonomia podem modelar o seu conteúdo, desde que não seja contrário à lei, atente contra a ordem pública ou aos bons costumes.

2.2.2. Efeitos jurídicos

Se as partes redigirem uma cláusula arbitral opcional bilateral, a qualquer uma delas é conferida uma faculdade de opção, entre a via arbitral e a via judicial. Importa frisar que nestes casos, geralmente, a faculdade de escolha cabe a quem pretende intentar a acção, o/a demandante, salvo disposição expressa em contrário.

Se uma das partes submeter o litígio à arbitragem, a outra parte teria de sujeitar-se, por outro lado, se recorrer ao tribunal judicial, a outra parte não poderá arguir a excepção de preterição do tribunal arbitral.

Nestes termos decidiu a suprema corte de Moçambique, no acórdão datado de 8 de Junho de 2023, proferido no processo n.º 911/2022, num caso onde havia uma cláusula arbitral redigida em termos tais que o tribunal concluiu que se tratava de uma cláusula opcional bilateral.

Quanto às definições legais propostas no art. 2.°, n.° 1 e 2 da LAV, reitera-se a crítica que inúmeras vezes foi avançada pela doutrina: “não é função do legislador apresentar conceitos”. Com efeito, o conceito apresenta-se restritivo, pois exclui a convenção arbitral em que as partes não se obrigam, uma cláusula opcional, pelo que, de *ius constituend*o advoga-se uma redação diferente, sem o uso de qualquer expressão que passe a ideia de obrigatoriedade.

Ademais, recorrendo aos cânones interpretativos das leis, defende-se uma interpretação correctiva do artigo supramencionado.

Assim, há que concluir que estas cláusulas são plenamente válidas no ordenamento jurídico angolano.

2.3. Cláusulas opcionais unilaterais

Diferentemente das anteriores (cláusulas opcionais bilaterais), as cláusulas opcionais unilaterais prevêem que as disputas serão resolvidas por meio da arbitragem, mas conferem a uma das partes o direito exclusivo de optar por encaminhar o litígio para

apreciação no tribunal judicial, ou ainda, cláusulas que prevêem que as disputas serão resolvidas no tribunal judicial, mas dando a uma das partes, em exclusivo, direito de optar pela via arbitral.

Se as cláusulas opcionais bilaterais são válidas, o entendimento já não é pacífico no que tange às cláusulas opcionais unilaterais. Em Inglaterra, por exemplo, a jurisprudência tem se orientado no sentido da validade de cláusulas deste tipo, em França, ainda não há um consenso, na Rússia, a solução adoptada passa pela conversão da cláusula opcional unilateral numa cláusula bilateral, na Alemanha respeita-se a autonomia da vontade, mas adverte-se que as partes devem ter cuidado ao adoptar termos comerciais padrão (cfr. Clifford Change. Unilateral option clauses survey, 2021).

Até ao momento, a posição dominante, e que tem se consolidado, é a da validade das cláusulas opcionais unilaterais, e o principal argumento avançado é a autonomia da vontade (nos mesmos termos do que foi exposto no ponto **2.2.1**).Todavia, advogamos o entendimento contrário.

O princípio da autonomia privada não é absoluto, encontra limitações, que decorrem dos princípios gerais do Direito, a ordem pública e os bons costumes.

Nestes termos, algum sector da doutrina entende que cláusulas deste tipo são violadoras da ordem pública e/ou dos bons costumes, e outros entendem que uma cláusula opcional unilateral violaria o princípio da igualdade, um dos princípios fundamentais da arbitragem, sendo esta última posição de colher, na medida em que, uma cláusula deste tipo coloca as partes numa posição desmedidamente desprivilegiada em relação a outra.

Se nas cláusulas de opção bilaterais, a faculdade de escolha é conferida em abstracto a qualquer um dos contraentes, nas cláusulas de opção unilaterais, este direito é conferido, *ab initio*, a apenas um deles. Este por sua vez, aquando do surgimento do eventual litígio, pode aproveitar-se deste direito para criar uma manobra dilatória, escolhendo um foro diferente apenas para atrasar a resolução do litígio, ou ainda, para causar prejuízos a outra parte *(“**Time is money**”).*

À título de exemplo, a arbitragem apesar das inúmeras vantagens que possui, acarreta também inconvenientes, um deles é o alto custo financeiro para constituição de um tribunal arbitral, ora, se a outra parte tiver, no momento do surgimento do litígio, dificuldades financeiras, pode ver-se impossibilitada de litigar em sede do tribunal arbitral, devido ao pagamento de custas, honorário ou ainda deslocação e acomodação, dependendo da sede da arbitragem

Ora, o princípio da igualdade perpassa todo o processo arbitral, e entende-de que constitui um entrave à validade das cláusulas opcionais unilaterais.

3. CONCLUSÃO

A convenção de arbitragem está submetida às regras gerais de interpretação do negócio jurídico. Com efeito, a convenção vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do

declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele, e, sendo um negócio formal, não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento (artigos 236.º, 238.º do CC e 2.º, n.º 1 da LAV).

Se as partes celebram uma convenção arbitral não vinculativa, é assim que deve ser, pelo que propugnamos a plena validade das cláusulas arbitrais bilaterais, mas no sentido inverso, entendemos ser injusta a admissão da validade das cláusulas arbitrais unilaterais, pelos motivos já supramencionados.

As partes recorrem à arbitragem pelas inúmeras vantagens que esta apresenta, mas nalguns casos, a via judicial pode apresentar-se como sendo a melhor opção, pelo que, as partes podem convencionar ser possível recorrer a uma via ou a outra, mas em todo o caso, e o mais importante, a justiça não seria denegada, a controvérsia jurídica seria sempre resolvida por um terceiro imparcial, seja árbitro ou juíz.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIPRIANO, Felix. A arbitragem voluntária como garantia de acesso ao Direito e ao investimento privado: o caso de Angola, 2021.

CLIFFORD CHANGE. Unilateral option clauses survey, 2021 disponível em: https://www.cliffordchance.com. Acesso em: 01/12/2023.

DA SILVA, Carlos Alberto B. Burity. Teoria geral do Direito Civil, 2. Ed., 2018.

DE SOUSA, Miguel Teixeira; O Processo Civil Comum Ordinário, 1994.

DIANVITU, Lino; Favor arbitradum, 2019.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. Vol I, 15. ed. Almedina, 2020.

PINHEIRO, Lima, Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais),

KLEIMAN, Elie, SPINELLI, Julie. Bilateral option clause – importance of clear and unequivocal wording, Lexology, 2014 disponível em: https://www.lexology.com. Acesso em: 05/11/2023.

Outras obras consultadas

CACHIMBOMBO, Hermegildo. Manual de processo civil & perspectivas da reforma. 1. ed. Luanda, 2017.

GONÇALVES, Manuel, VALE, Sofia, DIANVUTU, Lino, Lei de arbitragem voluntária comentada, 2021.

5. LISTA DE ABREVIATURAS

Art. (Artigo)

CC (Código civil)

Cfr. (Conferir)

IBA (International Bar Association)

LAV (Lei de arbitragem Voluntária)

S (Seguintes)

Citação:

[1] Bilateral or multi-lateral option clauses are dispute resolution agreements that either set out a default forum or give the parties the option to choose an alternative forum to which disputes can be referred" KLEIMAN; SPINELLI (2014).

E a si, caro leitor, o que lhe parece? Deixe a sua opinião nos comentários abaixo.

Muito obrigado pela leitura.