

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 588/13.6TVPRT.P1.S1

Data do Acórdão: 17-03-2016

Sumário:

I. A Lei Portuguesa permite que as partes possam convencionar sobre a competência internacional, vigorando aqui o princípio da autonomia privada.

II. A Lei comunitária, Regulamento (CE) 44/2001, artigo 23º, nº1 permite que as partes, desde que pelo menos uma delas esteja sediada num dos Estados-Membros, podem convencionar «(...) que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência.(...)».

III. Não sendo a excepção de incompetência internacional de conhecimento oficioso, nem tendo a mesma sido arguida num outro processo intentado pela Recorrida contra a Recorrente, é óbvio que a pendência do mesmo nos Tribunais Portugueses, não faz precluir a possibilidade de instauração de uma outra acção, proveniente do mesmo contrato, entre as mesmas partes, com pedido e causa de pedir diversas, perante o Tribunal que estas convencionaram como sendo competente.

IV. Questão prejudicial é aquela que um órgão jurisdicional nacional de um qualquer Estado-Membro considera necessária para a resolução de um litígio pendente perante si, e é relativa à interpretação, ou à apreciação de validade, do Direito da União (com excepção da apreciação de validade dos Tratados).

V. Esta competência prejudicial que assenta no instituto do reenvio prejudicial, previsto naquele supra apontado ínsito legal, constitui um mecanismo de cooperação judicial, que visa a garantia da efectividade do direito comunitário e a sua prevalência sobre o direito nacional, permitindo assim um controlo concreto da validade do direito secundário da EU, ao mesmo tempo que proporciona a uniformidade na interpretação e aplicação das respectivas normas.

VI. O reenvio prejudicial para o TJUE é, em princípio facultativo, dependendo exclusivamente do poder discricionário do Tribunal nacional, sendo certo que existem alguns casos em que o mesmo se torna obrigatório.

VII. A aparente obrigatoriedade decorrente de um pedido de reenvio ter sido feita a um Órgão jurisdicional cujas decisões, que à luz do direito interno, sejam insusceptíveis de recurso ordinário, veio a ser resolvida pelo caso Cilfit de 6 de Outubro de 1982, onde se conclui que a convocação das instâncias comunitárias só se justificará, quando as instâncias nacionais considerem que o recurso àquelas é necessário para a solução do pleito e mais, que haja sido suscitada uma dúvida quanto à interpretação desse direito.

VIII. O aludido «dever» de reenvio, não se afirma com um carácter absoluto, perdendo tal significância, quando a questão suscitada for idêntica a outra já suscitada em processo idêntico e assim decidida a título prejudicial, reconhecendo assim que a «correcta aplicação do direito comunitário pode impor-se com tal evidência que não dê lugar a qualquer dúvida razoável quanto à solução a dar à questão suscitada», doutrina do «acto claro» em contraposição à teoria do «acto aclarado», com a finalidade de evitar que os Órgãos Judiciais da UE sejam chamados a intervir quando já haja antecedentes decisórios quanto às mesmas questões e/ou em casos paralelos, apresentando-se os Acórdãos do Tribunal de Justiça como um misto de Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, na sua faceta de apreciação abstracta típica e a concreção da regra do precedente.

IX. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é clara no sentido de entender que a noção de pacto atributivo de jurisdição constante do artigo 23.º do Regulamento 44/2001 é autónoma em relação aos direitos nacionais dos Estados-membros.

Decisão Texto Integral:

Acordam, no Supremo Tribunal de Justiça

I P, LDA, presentemente com a denominação AA, SA, instaurou acção declarativa contra BB, pedindo a sua condenação a pagar-lhe a quantia de €7.318.759,30 (sete milhões trezentos e dezoito mil setecentos e cinquenta e nove euros e trinta cêntimos) a título de indemnização de clientela e indemnização por danos emergentes e lucros cessantes.

Para o efeito, alegou que celebrou com a Ré um contrato de concessão comercial para comercialização do software produzido pela mesma (K anti-vírus, anti-spam e internet security) em Portugal, em regime de exclusividade, o qual perdurou durante cerca de 10 anos, sendo que a Ré incumpriu de forma ilícita e culposa o referido contrato, gerando danos à Autora.

A Ré contestou, e em sede de defesa indirecta arguiu a excepção dilatória da incompetência internacional dos tribunais portugueses com fundamento no acordo das partes, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento n.º 44/2001, em atribuir aos Tribunais do Reino Unido a competência internacional exclusiva para resolver o litígio da presente lide, conforme cláusula 16.8 do contrato, segundo a qual “este Acordo reger-se-á e será interpretado de acordo com a Lei Inglesa e as Partes submeter-se-ão à exclusiva jurisdição dos Tribunais Ingleses”. Mais sustentou a ré que a referida cláusula é conforme ao direito comunitário e nacional e, por isso, válida e eficaz para as partes. Em sede de defesa directa, refutou os factos alegados pela Autora.

Na réplica, a Autora respondeu que a referida cláusula do contrato é nula por violação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais contido no Decreto-Lei n.º 445/86, de 25 de Outubro, pois não foi objecto de qualquer negociação entre as partes, não lhe foi comunicada atempadamente de forma adequada e efectiva, foi elaborada previamente pela Ré que a impôs à Autora sem lhe dar a oportunidade ou a possibilidade de influenciar o seu conteúdo, e envolve graves inconvenientes para a Autora, sem que os interesses legítimos da Ré justifiquem a escolha feita. Em consequência da nulidade dessa cláusula os tribunais portugueses são os competentes nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 5º do Regulamento (CE) n.º 44/2001. Por outro lado, acrescentou, na 4ª Vara Cível deste Tribunal corre termos sob o n.º 74910/12.6YIPRT, uma acção intentada pela aqui Ré contra a aqui Autora na qual aquela pede a condenação desta no pagamento de montantes que alegadamente seriam devidos em resultado da relação contratual celebrada entre as partes que constitui a causa de pedir da presente acção. Ao instaurar essa acção, a aqui Ré renunciou à aludida cláusula, tendo mesmo defendido a competência dos tribunais portugueses quando o tribunal suscitou a questão do relevo da referida cláusula do contrato. A autora, por seu lado, aceitou tal derrogação por parte da Ré ao previsto no contrato pois entendia que a cláusula é nula e que o foro português era o mais adequado para discutir quaisquer temas relacionados com o contrato. Esta posição de ambos os contraentes representa uma verdadeira revogação da cláusula e uma expressa substituição da mesma por novo acordo das partes quanto aos tribunais competentes. A não se entender assim então terá que se considerar que a posição da aqui Ré de numa acção defender um regime e na outra outro regime

quanto à competência internacional constitui um abuso de direito sob a veste de venire contra factum proprium.

Foi produzida saneadora sentença onde se conheceu da excepção, pela sua verificação, e decidiu-se pela incompetência relativa do tribunal por violação de pacto privativo de jurisdição, absolvendo-se a Ré da instância.

Do assim decidido, a Autora interpôs recurso de Apelação, o qual veio a ser julgado improcedente, embora com um voto de vencido, tendo sido confirmada a decisão recorrida.

Irresignada, recorre agora a Autora, de Revista, apresentando as seguintes conclusões:

- Os presentes autos têm por objecto o incumprimento, imputado pela Autora, aqui Recorrente, à Ré, Recorrida, de um contrato de concessão comercial, nos termos do qual a Autora promoveu, durante uma década e em regime de exclusividade, a comercialização em Portugal de produtos de software produzidos pela Ré. Do contrato em causa nos autos consta uma cláusula (16.8), nos termos da qual o acordo rege-se e será interpretada de acordo com a Lei Inglesa e as Partes submeter-se-ão à exclusiva jurisdição dos Tribunais Ingleses.

- Sem discutir que a mencionada cláusula é parte integrante do contrato celebrado entre as partes, a Autora reputa a mesma inválida tendo invocado na sua Petição Inicial, por um lado, não ter sido a mesma objecto de qualquer negociação entre as partes, violando o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais e tendo ademais ressalvado que, mesmo que a cláusula em apreço não fosse nula, a sua aplicação sempre teria sido afastada pelas partes, ou, pelo menos, pela Ré, constituindo a sua invocação um manifesto abuso de direito.

- Não obstante o defendido pela Recorrente, o Tribunal a quo entendeu que a mesma configurava um pacto válido no sentido de atribuir competência exclusiva ao foro anglo-saxónico e retirar competência aos Tribunais Portugueses, sublinhando que a validade do pacto não pode ser questionada à luz de normas de direito interno; que não ocorreu qualquer derrogação da competência convencionada pelas Partes; e que, em qualquer caso, não existiria qualquer abuso de direito na invocação pela Ré da incompetência do Tribunal português.

- Para apreciação das questões suscitadas cumpre ter em atenção as circunstâncias em que foi firmado entre as partes o Contrato de 1 de Janeiro 2010, que substituiu o contrato que anteriormente vigorava, de 1 de Novembro de 2006: total ausência de negociação entre as partes e imposição em bloco de cláusulas, pela Ré à Autora, a quem foi vedada qualquer possibilidade de negociação.

- A Autora foi obrigada a aceitar um novo e agravado contrato de distribuição sob a ameaça da imediata cessação da relação comercial que vigorava entre as partes, à qual a Autora tinha subordinado toda a sua estrutura operativa e os seus investimentos nos sete anos anteriores, com todos os prejuízos inerentes a esse abandono, e os necessários custos da súbita desafecção dos recursos da Autora desse negócio que havia criado de raiz para a Ré em Portugal.

- O Legal Representante da Autora não só não interveio na formação e elaboração do contrato, como não pôde discutir ou comentar qualquer das suas cláusulas, designadamente a Cláusula 16.8 em apreço, que prevê a aplicação ao litígio de lei inglesa e o pacto privativo de jurisdição a que vimos aludindo.

- O Pacto em causa servia unicamente os interesses da Ré, em prejuízo manifesto dos da Autora, afastando a competência dos Tribunais portugueses quando toda a relação de distribuição se processava em território nacional.

- Atenta a ausência de qualquer negociação, entendeu e entende a Autora que tal pacto de aforamento é nulo, em face do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, consagrado no Decreto-Lei n.º 445/86, de 25 de Outubro (doravante, Regime das Cláusulas Contratuais Gerais), tendo intentado a presente acção nos Tribunais portugueses.

- Ao contrário do determinado pelo artigo 5.º do mencionado diploma, a cláusula em apreço (bem como todo o teor do contrato de 1 de Janeiro de 2010) não foi comunicada atempadamente, de forma adequada e efectiva, o que, em face do disposto no n.º 1 do artigo 8.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, determina a exclusão da cláusula em causa do contrato assinado entre as partes.

- Acresce que nos termos da alínea g) do artigo 19.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, serão relativamente proibidas as cláusulas que “estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem” o que é precisamente o caso já que além da distância a que a parte se encontra do foro elegido, o que gera inevitáveis dificuldades de litigância perante uma jurisdição estrangeira, também o sistema jurídico em causa é diametralmente oposto ao vigente no país de nacionalidade da parte que naquele vigora, sem que se veja, no caso concreto, interesse justificativo e prevalecente para tal opção.

- Também por esta razão, a cláusula em apreço era relativamente proibida e, conseqüentemente, nula - cfr. artigos 12.º e 19.º, alínea g), do Decreto-lei n.º 446/85.

- Cumpre notar que a questão suscitada pela Autora - a da inexistência de autonomia da vontade - é prévia e independente de qualquer análise do teor do pacto privativo de jurisdição em apreço, e da aferição da susceptibilidade de o direito interno impor requisitos diferentes ou mais gravosos do que os estatuídos pelo Regulamento (CE) n° 44/2001.

- Pressupondo o artigo 23° do Regulamento (CE) n° 44/2001 um acordo de vontades, é imperativo que o Tribunal chamado a apreciar a validade de um pacto privativo de jurisdição averigüe, previamente, se causas existem que possam ter inquinado a vontade expressa pelas partes sendo que no caso concreto a questão foi expressamente submetida ao Tribunal a quo. Em todo o caso, que o Regulamento (CE) n° 44/2001 não trata tais questões, pelo que a sua solução há-de ser encontrada no direito interno que se tenha por aplicável.

- O Tribunal a quo (sem prejuízo do voto de vencido expreso) entendeu que o Regulamento (CE) n° 44/2001 define os pressupostos dos pactos de jurisdição como contendo um conceito autónomo relativamente aos direitos nacionais de cada Estado-Membro, cujos requisitos são unicamente os que constam daqueles instrumentos legais transnacionais, tendo considerado, pois, irrelevante saber se a capacidade de conformação do conteúdo contratual se encontrava no momento da celebração do pacto privativo de jurisdição por qualquer modo viciada ou coarctada,

- Assim consentindo a decisão recorrida no reconhecimento como válida de uma cláusula que não resulta da vontade das partes.

- Tal entendimento não tem apoio, seja na doutrina, seja na Jurisprudência, seja na letra do próprio Regulamento, sendo manifestamente, contrário ao espírito que lhe subjaz já que o Regulamento admite exactamente, como expressão da autonomia privada, a vontade das partes na determinação da competência judiciária, quer através de cláusula atributiva ou privativa de jurisdição (artigo 23°).

- O Regulamento não pretendeu legitimar a validade de uma cláusula atributiva de jurisdição que resulta de uma decisão que não é livre - questão prévia e anterior a qualquer outra questão neste recurso. ! A validade da cláusula em que está ínsito o pacto de jurisdição pode, pois, e deve, ser analisada à

luz do direito nacional (aqui se incluindo também, naturalmente, o direito da União aplicável em cada Estado-Membro), em nada contendendo tal questão com o primado do direito da União.

- Não pode deixar de se notar que o recente Regulamento n.º 1215/2012, que reformula, no espaço da União Europeia, as regras relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, constantes do Regulamento n.º 44/2001, resolve a questão em parte aqui discutida porquanto prevê expressamente apreciação da validade substantiva do pacto - aspecto, aliás, sublinhado no Voto de Vencido do acórdão aqui em crise.
- É também incompatível com o próprio primado do direito europeu defender-se que a apreciação da validade de um pacto privativo de jurisdição pode ser feita à luz da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa a contratos de adesão celebrados com consumidores, mas já não o remanescente do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.
- Com a interpretação dada àquele regime o Tribunal opta por tratar de forma diferente aquilo que é essencialmente igual, em manifesta violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.
- Havendo que apurar se determinada cláusula foi verdadeiramente objecto de consentimento por ambas as partes, e sendo aplicável, o direito interno, a par do comunitário, é convocável o já mencionado Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.
- Não pode, também, aceitar-se a objecção levantada pelo Tribunal a quo no sentido de que as partes não teriam “convencionado” unicamente o foro competente mas também a lei aplicável, que seria a lei inglesa.
- O Tribunal parte de um pressuposto errado para uma conclusão também ela, necessariamente, errada ignorando que a Autora entende que o pacto contido naquela cláusula e, assim, a própria cláusula (que contém quer a “escolha” do foro quer a “escolha” da lei) é necessária e integralmente nula, em face do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.
- Essa nulidade determina a exclusão da cláusula, e, assim, a sua inexistência, razão pela qual a mesma não poderá ser considerada para aferir da validade da sua inserção no Contrato.
- Havendo que recorrer à lei do Tribunal português para aferir dessa (in)validade, que é o que seria competente na ausência de estipulação das Partes.
- Sendo certo que mesmo que se entendesse que a Autora deveria ter invocado a invalidade da cláusula à luz do direito inglês, não só o douto Tribunal de Primeira Instância teria a obrigação de oficiosamente indagar dessa validade, e de conhecer do direito estrangeiro que, in casu, pudesse ter por aplicável (cfr. artigos 348.º, n.º 1, parte final e n.º 2 do Código Civil), como,

atendendo ao diploma do qual brota o regime das Cláusulas Contratuais Gerais - a Directiva Comunitária - o regime instituído pelo “Direito Inglês” sempre determinaria o mesmo resultado.

- Não sendo aplicável o aludido “pacto privativo de Jurisdição”, as regras do Regulamento (CE) nº44/2001 sempre determinariam a competência dos Tribunais portugueses, já que devendo a obrigação contratual em causa ser cumprida em Portugal, os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para conhecer da acção em causa, por força do disposto no art. 5º, nº 1, al. a), do Regulamento (CE) nº 44/2001.

- Decidindo diferentemente fez o Tribunal a quo errada aplicação do Direito, designadamente, dos artigos 7º, nº 6, 8º, nº 4, 13º e 26º da Constituição da República portuguesa, dos artigos 5º, nº 1, al. a) e 23º, nº 1 do Regulamento (CE) nº 44/2001, dos artigos 1º, 3º e 6º da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 e dos artigos 5º, 8º, al. a) e 19º, al. g) do Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de Outubro.

- Por outro lado e sem conceder, cumpre notar que a Ré intentou, perante os Tribunais portugueses, contra a Autora, acção destinada a cobrar montantes alegadamente em dívida por força da supra descrita relação contratual estabelecida entre as partes, aí ignorando o pacto privativo de jurisdição que agora invoca para se eximir à presente acção nos Tribunais portugueses, a Ré por intentar, em Portugal, acção contra a Autora.

- Na acção por si intentada, a aqui Ré considera terem os tribunais portugueses competência para conhecer de litígio emergente do contrato já identificado nestes autos; já em acção que é contra si proposta invoca a Ré a incompetência dos tribunais nacionais para apreciar processo originado pela mesma relação contratual.

- A eleição do foro nacional pela mesma Ré para intentar contra a mesma Autora acção com base no mesmo contrato traduz-se, necessariamente, na derrogação, pela Ré, ali Autora, - consentida pela ali Ré, aqui Autora - da Cláusula que no Contrato celebrado entre as partes atribuía a um foro estrangeiro a competência para dirimir litígios e elegia a lei inglesa como a aplicável nos mesmos.

- A Recorrente não pode aceitar que o Tribunal compactue com a manifestamente abusiva posição da Ré e legitime essa posição, impedindo assim a Autora de ver apreciado em Portugal o seu pedido, mas permitindo à Ré essa mesma apreciação.

- Recorrendo à doutrina da impressão do destinatário que impõe a procura de um sentido para a declaração negocial que há-de ser aquela que o declaratário normal, colocado na posição do

real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante (cfr. artigo 236º do Código Civil), o sentido que se alcança, no caso vertente, atenta a posição assumida pela Ré na já identificada acção proposta contra a aqui Autora, não é, nem pode ser, a que agora, convenientemente, defende nestes autos.

- Não cabe ao Tribunal impor então às partes uma cláusula que as próprias, aí sim - no âmbito da sua autonomia privada - derogaram, sendo certo que o acordo das partes no sentido de afastar a competência dos Tribunais ingleses, ou, pelo menos, de estender a competência para resolver litígios emergentes daquela relação comercial aos Tribunais portugueses foi testemunhado e, na prática, homologado pelo Tribunal que, na sequência da pronúncia das partes sobre a questão, se declarou competente para conhecer da questão.

- Diga-se ainda que não pode deixar de configurar um caso típico de abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium, em acção contra si deduzida, vir a mesma Ré invocar a excepção dilatória de incompetência do foro, fazendo tábua rasa do que em acção em que figura como Autora havia defendido e invocado, pretendendo, assim, assumir uma posição diametralmente oposta à assumida em acção por si intentada.

- Não pode também concordar-se com o Venerando Tribunal a quo no sentido de que a Ré exerce o seu direito “nos termos que o Regulamento lho consente” porquanto o Regulamento não pretendeu “consentir” com uma situação como a que se verifica entre as partes - em que se estende a competência aos Tribunais portugueses e depois se invoca a incompetência dos mesmos...

- Ao ter considerado, por um lado, não ter ocorrido um acordo tácito entre as partes na lide para a revogação do pacto privativo de jurisdição aqui em questão e, por outro, não ter a ora Ré actuado em manifesto abuso de Direito ao excepcionar, na lide, a Incompetência Internacional dos Tribunais Portugueses, fez o venerando Tribunal a quo, salvo o devido respeito, que muito é, errada interpretação e aplicação ao caso do disposto no artigo 24º do Regulamento (CE) nº 44/2001, 236º e 334º do Código Civil.

- Subsidiariamente e sem conceder, para a eventualidade de entenderem Vossas Excelências, Exmos. Senhores Juizes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça que existe dúvida sobre a possibilidade de invocação de direito nacional para aferir da formação da vontade negocial ao abrigo do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 44/2001, entende a Recorrente que a pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso subjudice, nos termos do artigo 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, será indispensável para a decisão da

controvérsia jurídica que constitui objecto da presente acção. Por essa razão, requer-se seja suspensa a presente instância até que o TJUE se pronuncie, a título prejudicial, expressa e especificamente, sobre as seguintes questões:

i. Os requisitos de validade formal do pacto privativo de jurisdição previstos no artigo 23º do Regulamento (CE) nº 44/2001 pressupõem um acordo de vontades, livres, esclarecidas e incondicionadas, no sentido de celebrar esse mesmo pacto?

ii. O Regulamento (CE) nº 44/2001 obsta à aplicação de normas de direito interno para efeito de controlo da validade do acordo de vontades que determinou a inserção de pacto de jurisdição num contrato?

Em concreto,

a. O Regulamento (CE) nº 44/2001 obsta à aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais para efeito de controlo da validade de pacto de jurisdição inserto num contrato?

b. O Regulamento (CE) nº 44/2001 obsta à aplicação do instituto do abuso do direito para efeito de controlo da validade e aplicação de pacto de jurisdição inserto num contrato?

Termos em que

(i) Deve ser a decisão em crise revogada e substituída por outra que, reconhecendo a competência internacional dos tribunais portugueses, determine a remessa dos autos ao

Tribunal de Primeira Instância para apreciação do mérito da causa, com todas as legais e necessárias consequências.

Subsidiariamente,

(ii) Subsistindo dúvidas acerca da aplicação do regime contido no Regulamento (CE) nº 44/2001, deverá o douto Tribunal recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial para a decisão da controvérsia jurídica que constitui objecto da presente acção.

Nas contra alegações a Ré, aqui Recorrida, conclui pela manutenção do Aresto em crise, concluindo do seguinte jeito:

- A Recorrente nunca colocou em causa a existência do Pacto de Jurisdição em apreço nos autos, nem a sua validade/eficácia de acordo com o previsto no Regulamento 44/2001.

- A Recorrente “apenas” coloca portanto em crise o aludido Pacto de Jurisdição com recurso ao RJCCG e ao seu alegada impacto na consideração do clausulado contratual acordado e subscrito pelas partes dos autos.
- O Pacto de Jurisdição em consideração consta inequívoca e expressamente do contrato celebrado e assinado pelas partes, pelo que cumpre os requisitos de validade e eficácia previstos no artigo 23.º do Regulamento 44/2001.
- Em decorrência do princípio da prevalência do Direito da União Europeia sobre o Direito Nacional, a orientação perfilhada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (e, bem assim, pela jurisprudência e doutrina nacionais) é a de que a sindicância e a apreciação da existência, validade e eficácia de um determinado Pacto de Jurisdição tem que efectuar-se exclusivamente com fundamento nos requisitos de validade e eficácia previstos no Regulamento 44/2001 e, como tal, de forma autónoma relativamente ao disposto nos direitos nacionais dos Estados-Membros.
- Também em decorrência do mesmo princípio da prevalência do Direito da União Europeia sobre o Direito Nacional, a citada jurisprudência e doutrina conferem, pois, relevo à alegada invalidade de um Pacto de Jurisdição por violação da Directiva 93/13/CEE, conquanto o âmbito de aplicação da mesma Directiva se mostre subsumido, à luz das exigências de protecção do consumidor que subjazem à dita Directiva, por contraponto com a violação de uma qualquer outra norma de direito - meramente - interno (como é o caso do RJCCG na parte em que não transpõe a dita Directiva e, antes, vai além do imposto por esta).
- Assim, (apenas) nas relações com consumidores se justifica um limite à validade ou eficácia dos Pactos de Jurisdição, podendo o tribunal nacional apreciar oficiosamente a questão do carácter abusivo da cláusula atributiva de competência, em face da e com fundamento na Directiva 93/13/CEE.
- Veja-se, a este propósito, a Jurisprudência do TJUE e dos Tribunais Nacionais citada supra, que é absolutamente uniforme e corrente no sentido exposto. Em sentido idêntico aponta também a doutrina.
- Este entendimento conforma-se, de resto, com a circunstância - negligenciada pela Recorrente - de o próprio Regulamento 44/2001, no n.º 5 do seu artigo 23.º, prever três categorias de contratos em que os pactos atributivos de jurisdição não produzem efeitos, tendo precisamente

como objectivo a protecção da parte contraente mais fraca, a saber: (i) os contratos de seguros; (ii) os contratos celebrados com consumidores; e (iii) os contratos individuais de trabalho.

- O Regulamento 44/2001 não é, portanto, insensível aos interesses dos contraentes carecidos de tutela. No entanto, fora dos casos previstos no sobredito artigo 23.º, n.º 5, o legislador comunitário considerou não haver razão para indagar a inexistência de um consenso e para afastar a aplicação de um pacto atributivo de jurisdição, assinado conscientemente por ambas as partes.

- No caso, inexistente qualquer fundamento para sequer se equacionar que o contrato celebrado entre as partes é um contrato celebrado “entre um profissional e um consumidor” (artigo 3.º da Directiva 93/13/CEE) e que a Recorrente é um “consumidor” para efeitos da mesma Directiva (prevendo-se no seu artigo 2.º que é um “consumidor” “qualquer pessoa singular que nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional”).

- A arquitectura do dito Regulamento, em conjunto com o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às relações contratuais (Roma I - doravante apenas “Regulamento 593/2008”) e, bem assim, com o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional resolve, de forma adequada e justa, as questões que se poderiam suscitar e também a questão em apreço nos autos. - O julgador não poderá distinguir onde o legislador assumidamente não o quis fazer! Tendo em consideração o facto de o RJCCG não transpor (na parte aplicável às relações com profissionais e, como tal, aplicável ao contrato em apreço) ao prescrito pela Directiva 93/13/CEE, falecem cabalmente os argumentos da Recorrente, sendo que distinção feita entre profissional empresário, como a Recorrente, e consumidor, não se traduz numa qualquer violação do princípio da igualdade, baseando-se precisamente na vertente deste princípio que estabelece que “se deve tratar de forma diferente aquilo que é diferente”, como é o caso.

- O Pacto de Jurisdição é perfeitamente válido à luz do - disposto no n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento 44/2001. São então os Tribunais Ingleses exclusiva e internacionalmente competentes para o conhecimento da presente acção judicial - e, se necessário for, para de acordo a lei inglesa (que, para além da *lex fori*, é também a lei expressamente designada pelas partes como a lei reguladora do contrato) apreciar a validade do referido Pacto também por reporte a eventuais vícios de vontade.

- Em consequência, é inaplicável o artigo 5.º, alínea a), do referido Regulamento 44/2001, sob pena de uma manifesta violação da competência exclusiva fixada pelas partes aos Tribunais do Reino Unido.
- Solução inversa, para além de contra legem, seria ainda gravemente lesiva de valores como a segurança do comércio jurídico internacional e, ainda, dos compromissos assumidos pelo Estado Português, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento da legislação comunitária e aos princípios da certeza jurídica e disponibilidade das regras de competência internacional, plasmados nos Considerando (11) do citado Regulamento 44/2001.
- Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento 593/2008, prescreve-se que o contrato deve ser regido pela lei escolhida pelas partes.
- Seria, destarte, à lei inglesa que se teria de recorrer para sindicar a validade do Pacto, sendo essa a lei designada pelas partes na Cláusula 16.8. do contrato e, como tal, a lei aplicável ao abrigo do disposto no artigo 10.º, n.º 1, do mesmo Regulamento.
- Acresce que não foi invocada pela Recorrente nenhuma concreta circunstância factual que permita fazer a determinação que o regime previsto no n.º2 do artigo 10.º pressupõe.
- Nos autos, a Recorrente não efectuou qualquer alegação ou produziu qualquer prova quanto ao conteúdo da lei inglesa.
- O artigo 348.º, n.º1, do Código Civil, não exonera a parte da prova do direito estrangeiro que alegadamente suporta a sua pretensão; aliás, o conhecimento oficioso que nela também se consagra pressupõe, precisamente, uma primeira e prévia alegação e demonstração, pela dita parte, do conteúdo normativo estrangeiro aplicável.
- No mais, é de refutar o raciocínio da Recorrente no sentido de a lei inglesa, por também estar constrangida a conformar-se com o regime da aludida Directiva, não poder senão encerrar um conteúdo normativo semelhante ao português (tal como já mencionado, o legislador português entendeu, no RJCCG, ir além do regime previsto na referida Directiva (aplicável em exclusivo “aos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor”), estipulando também a potencial aplicação do referido RJCCG a “relações entre empresários”, e não apenas às “relações entre consumidores finais”. A solução consagrada no RJCCG e aplicável ao contrato sub iudice (contrato com profissionais) não corresponde, portanto, necessariamente à solução da lei inglesa).

- A solução alternativamente proposta por alguma doutrina e jurisprudência prevê como aplicável para o efeito a lei do Tribunal designado pelas partes com competente, o que, no caso e como é fácil concluir, não teria resultado diverso do supra exposto.

- A aqui Recorrente apenas em sede de Resposta à Contestação concretizou, nos autos, a alegação da mencionada matéria factual. Tal matéria em rigor mais não consubstancia que uma ampliação - inadmissível - da causa de pedir dos autos, causa de pedir que deverá considerar-se precludidamente fixada em sede de Petição Inicial.

- A aplicação da regra do ónus da prova ínsita no n.º 3 do artigo 1.º do RJCCG pressupõe a prévia demonstração pela Recorrente (parte que se pretende prevalecer da aplicação desse mesmo regime jurídico), nos termos gerais previstos no artigo 342.º do Código Civil, de que a cláusula em questão consubstancia uma cláusula contratual geral, sujeita ao RJCCG, A Recorrente incumpriu este ónus de prova

- O contrato em causa não foi apresentado à aqui Recorrente como “hermeticamente fechado”; pelo contrário, foi objecto de análise e ponderação por ambas as partes e, em particular, pela ora Recorrente, que logrou alterar o referido contrato (face ao contrato anteriormente em vigor entre as partes) em sentido manifestamente favorável à sua posição contratual: o contrato foi celebrado na sequência de uma relação contratual - na própria tese da Recorrente - estabelecida há já 8 anos entre as partes, período durante o qual foram celebrados pelas partes dois outros/ anteriores contratos com o mesmo objecto do contrato em apreço nos autos, e dos quais sempre constou uma cláusula atributiva de jurisdição (conferindo-a a tribunais que não os portugueses) e de designação de lei aplicável (diferente da lei portuguesa). Nunca a aqui Recorrente procurou eliminar do contrato a cláusula privativa de jurisdição em consideração.

- Após ter celebrado com a aqui Recorrente dois outros contratos anteriores que incluíam Pactos de Jurisdição e de designação de lei estrangeira semelhantes (e idênticos, senão mais gravosos, em termos de potencial lesão para a posição litigante da Recorrente), certo é que assistia à Recorrente uma opção clara e evidente: a de não celebrar um outro/ novo Contrato com a aqui Recorrida, isto caso esta - por hipótese (não provada) - tivesse insistido, contra a vontade da Recorrente, na manutenção da inclusão no contrato de uma cláusulas nos moldes referidos e em vigor entre as partes até então.

- No último contrato celebrado entre as partes 01.01.2010 e em apreço nos autos não só não foram reduzidas as margens de desconto conferidas à Recorrente para a aquisição dos produtos XX como, bem pelo contrário, as mesmas foram aumentadas de forma considerável, em directo

e exclusivo benefício da Recorrente, aumento que se estendeu, também, os prazos de pagamento, pela Recorrente, à Recorrida, das facturas por esta emitidas com respeito à aquisição dos produtos XX.

- As alterações exemplificadas e o seu sentido favorável à posição contratual da Recorrente, atestam a maleabilidade e a susceptibilidade de negociação de tais contratos e, em particular (querendo-o as partes), de tal cláusula atributiva de competência e de designação de lei aplicável.

- Destarte, conclui-se que a Recorrente não se viu obrigada, mas antes totalmente interessada em celebrar o contrato em apreço, tendo tido uma influência efectiva e concretizada - com resultado útil identificável - na negociação e formação deste Contrato.

- Demonstrado está nos autos - sem susceptibilidade de prova em sentido contrário - que a Recorrente teve a possibilidade de influir nas condições de contratação e na formulação das cláusulas contratuais, cujo conteúdo e as implicações há muito conhecia, e com as quais sucessiva e prolongadamente se conformou e vinculou.

- Por outro lado, não está demonstrado que o Contrato se destinava “a ser proposto a destinatários indeterminados”, tendo as cláusulas que o integram a característica de “generalidade” que distingue as Cláusulas Contratuais Gerais, sendo que cláusula posta em crise só seria regulada pelo RJCCG se encerrasse um conteúdo insusceptível de ser discutido ou influenciado pela Recorrente, enquadrando-se num conjunto de cláusulas elaboradas antes do contrato ser concluído.

- Não se verificar uma qualquer diferença assinalável com respeito à dimensão e ao poderio socioeconómico da Autora e da Ré, e a Recorrente jamais invocou desconhecer ou ter (ter tido) dúvidas sobre as cláusulas do contrato em apreço, muito menos, em especial, sobre a cláusula que consubstancia o Pacto de Jurisdição. Jamais invocou não ter aceites essas mesmas cláusulas. Limita-se a Recorrente a invocar condições de suposta “falta de alternativa”, pelo que a cláusula em apreço não se subsume à factispécie da ratio ou dos normativos legais do RJCG.

- A Recorrida cumpriu cabalmente os deveres de comunicação e informação a que estaria adstrita por força do disposto nos artigos 5.º e 6.º do referido diploma.

- Qualquer putativa violação desses deveres sempre deveria, em qualquer caso, considerar-se descaracterizada e insusceptível de produção de quaisquer efeitos: a Cláusula consta perfeitamente visível, legível e perceptível do Contrato que foi, a final, assinado por ambas as partes, sendo que dos dois contratos anteriormente celebrados entre as partes, tanto em

03.03.2003 como em 01.11.2006 constava já uma cláusula atributiva de jurisdição, ainda que em moldes ligeiramente diversos dos do último contrato assinado pelas partes e ora em apreço, moldes diversos que precisamente atestam a maleabilidade e a susceptibilidade de negociação de tais contratos, e isto sem que nunca se tenha suscitado a oposição da Recorrente, ou que quaisquer dúvidas se tenham levantado, justificando um pedido de esclarecimentos dirigido pela aqui Recorrente à ora Recorrida.

- Não foi alegado que a Recorrente tenha pedido esclarecimentos e que estes hajam sido negados ou prestados de forma insuficiente por parte da Recorrida, donde não restará senão concluir que as cláusulas em causa foram atempada e suficientemente comunicadas à Recorrente, e por esta compreendidas, cabendo à Recorrente, no uso de “comum diligência”, esclarecer quaisquer pontos que considerasse dúbios, sendo que também o artigo 6.0 do RJCCG especifica que o dito dever de informação se baliza “de acordo com as circunstâncias”, restringindo-se aos “aspectos” “compreendidos” na cláusula “cuja aclaração se justifique” e à resposta aos “esclarecimentos razoáveis solicitados”.

- A Recorrente é nada menos do que uma empresa de renome e de dimensão, com relações comerciais nacionais mas também internacionais. Atento por um lado o perfil, a natureza e a actividade da Recorrente, a relação existente e por duas vezes renovada entre as partes desde 2002, os termos da referida relação (três contratos redigidos em língua inglesa e com cláusulas de designação de foro e de lei aplicável estrangeiros) e, por outro lado, a perspicuidade da cláusula em apreço e o seu enquadramento claro e visível no contrato (sem qualquer formatação diversa ou por qualquer modo camuflada ou disfarçada), contrato esse assinado pelas partes, mister é concluir que a Recorrente estava suficientemente informada quanto à cláusula em consideração e seus efeitos. Qualquer eventual falta de conhecimento do clausulado contratual só à Recorrente seria imputável, por violação do dever de diligência que sobre si sempre impendia.

- O RJCCG não fere de nulidade o clausulado contratual que, integrando um contrato de adesão, consubstancia um Pacto de Jurisdição só porque dele podem resultar desvantagens para uma das partes: na previsão normativa em apreço admitem-se como possíveis essas desvantagens se as mesmas forem correlativas de um interesse relevante da outra parte. Ao contrário do que processualmente se lhe impunha, a Recorrente não alegou quaisquer factos de que possa inferir-se que o Pacto de Jurisdição acordado lhe causa “graves inconvenientes”.

- Limitou-se a Recorrente a invocar os incómodos normais inerentes a toda e qualquer eleição de um foro estrangeiro para dirimir qualquer litígio, incómodos que, aliás, a aqui Recorrida enfrenta à data e que continuaria a enfrentar ao ser obrigada a litigar nos presentes autos em Portugal.
- O pacto tácito de (extensão de) competência formado no processo n.º 74910/12.6YIPRT, de natureza exclusivamente processual e intraprocessual, nenhuma relevância todavia encerra relativamente à relação contratual/substantiva estabelecida entre as partes, e não reveste - nem poderia revestir - qualquer carácter ou conteúdo revogatório da Cláusula 16.8. do Contrato e do Pacto de Jurisdição e de designação de lei aplicável que a mesma encerra.
- Qualquer decisão judicial que seja proferida no sentido da competência ou da incompetência internacional de um Tribunal (no caso, a decisão judicial proferida no processo n.º 74910/12.6YIPRT no sentido da competência internacional do Tribunal) reveste natureza meramente processual, de caso julgado formal.
- O Pacto de Jurisdição persiste, pois, válida e eficaz no que se reporta a todos os demais litígios/processos nascidos e/ou a nascer entre as partes relativos à relação contratual estabelecida entre as partes.
- Não poderá ser imputada à aqui Recorrida qualquer conduta abusiva, e isto exactamente na medida em que a instauração do processo n.º 74910/12.6YIPRT nos Tribunais Portugueses foi norteada por questões estratégicas (designadamente, o facto de os bens da aqui Autora/Recorrente, ali Ré, susceptíveis de garantir a condenação patrimonial que ali se pretende obter, se encontrarem localizados em Portugal).
- Não será possível argumentar nesta sede, como pretende a Recorrente, que se deve proceder a uma “interpretação” da declaração negocial que se extrairia do facto de a Recorrida ter recorrido ao foro português para a resolução do litígio discutido naqueloutro Processo n.º 74910/12.6YIPRT, posto que esse facto não constitui, sob nenhum prisma, uma declaração negocial, não sendo portanto susceptível de ser interpretada no sentido de produzir efeitos no âmbito da relação contratual estabelecidas entre as partes, muito menos no sentido pretendido pela Recorrente.
- Acresce que nenhum argumento existe que permita restringir o âmbito de aplicação do referido Pacto aos litígios nascidos entre as partes durante a pendência da relação comercial das partes e já não, também, aos litígios nascidos após a sua extinção, ainda que por reporte à dita relação.

- Sendo o contrato e a relação comercial estabelecida entre as partes regulados pela lei inglesa, a aplicação do Pacto de Jurisdição celebrado entre as partes não poderá ser questionada/sindicada com fundamento em institutos de direito nacional, como é o caso do instituto do abuso de direito.
- Também o princípio do primado do direito comunitário e o consignado supra a respeito da sindicância e interpretação do conceito de Pacto de Jurisdição insito no Regulamento 44/2001 de forma autónoma e independente de conceitos e institutos do direito nacional impõem conclusão idêntica.
- Ao invocar nos presentes autos a excepção de incompetência internacional dos Tribunais portugueses, faz-se a Recorrida valer de um direito que lhe assiste em termos plenos no âmbito da relação contratual que há muito mantinham entre si.
- O comportamento da Recorrida com respeito à sua opção de instaurar o Processo n.º 7491 0/12.6YIPRT nos tribunais portugueses (norteados pelas razões estratégicas já aludidas supra) não é causa geradora de confiança na esfera da Recorrente quanto a que qualquer outro processo relativo à relação contratual estabelecida entre as duas não viria a ser instaurado nos tribunais designados como competentes no Pacto de Jurisdição.
- Não se tratou sequer de um comportamento que tenha sido reiterado ou cujos termos tivessem sido susceptíveis de uma interpretação para lá dos estritos limites do processo judicial concretamente em consideração.
- Não estão preenchidos os pressupostos que tornam obrigatório a um órgão jurisdicional nacional de última instância proceder a um reenvio prejudicial nos termos do primeiro e segundo parágrafos do artigo 267.º do TFUE.
- A obrigação de o Tribunal de última instância proceder ao reenvio prejudicial não é absoluta.
- A jurisprudência do TJUE e dos próprios Tribunais Nacionais, a título de exemplo citada, aponta de forma uniforme, estabilizada e sem excepção (veja-se que nem a Recorrente, nas suas Alegações de Recurso de Revista, cita qualquer decisão em sentido contrário) no sentido de que um acordo escrito entre empresas não consumidores como o dos autos, que inclua um pacto atributivo de jurisdição é bastante para comprovar o consenso das partes e cumprir as exigências do referido artigo 23.º do Regulamento 44/2001, não sendo relevante, no caso concreto, a alegada natureza de “contrato de adesão” do acordo celebrado e o alegado carácter “abusivo”

do accionamento do dito Pacto (na medida em que não é, aqui, aplicável a Directiva 93/13/CEE).

- Por conseguinte, a questão sub judice está isenta de dúvidas (também à luz da jurisprudência do TJUE), dispondo o Supremo Tribunal de Justiça de todos os elementos para o decidir,

- Ademais, qualquer eventual reenvio para o TJUE sempre se revelaria desnecessário, inconsequente e irrelevante no presente caso na medida em que os argumentos esgrimidos pela Recorrente não são susceptíveis de colocar em crise a validade e eficácia de um pacto de jurisdição validamente celebrado ao abrigo do Regulamento 44/2001, e também na medida em que ii. os dois institutos/regime invocados pela Recorrente - o instituto do abuso de direito e o RJCCG - não são aplicáveis ao caso em apreço, quer ii.a. por não estarem observados os seus específicos pressupostos, quer ii.b. por ao caso não ser aplicada a lei portuguesa; a articulação do regime do Regulamento 44/2001 com esses dois institutos não releva, pois, para a boa decisão do presente litígio.

- Uma putativa decisão concedendo provimento ao Recurso de Revista sub judice violaria, portanto, o disposto artigo 8.º, n.º4, da Constituição da República Portuguesa, no Regulamento 44/2001 (em particular, no seu artigo 23.º), nos artigos 3.º, n.º1, e 10.º, n.º 1, do Regulamento 593/2008, nos artigos 342.º e 348.º, n.º1, do Código Civil, nos artigos 97.º, n.º1, 99.º, n.º1, 278.º, n.º1, alínea a), 576.º, n.º1 (1.ª parte) e 577.º, alínea a), do Código de Processo Civil, no n.º3 do artigo 1.º do RJCCG, e no artigo 267.º do TFUE.

I Põem-se como problemas de direito a resolver no âmbito do presente recurso os de saber: i) se a cláusula 16.8 do contrato havido entre as partes é válida em face do regime das cláusulas contratuais gerais; ii) validade da aludida cláusula face ao Regulamento (CE) 44/2001; iii) apreciação da validade do pacto à luz da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993; iv) derrogação da cláusula de competência, por via da eleição do foro português no âmbito de uma outra acção proveniente do mesmo contrato; v) abuso de direito por parte da Ré/Recorrida; vi) do pedido subsidiário de reenvio prejudicial formulado.

Factualidade relevante para a decisão:

A) A redacção da cláusula 16.8 do contrato celebrado pelas partes com data de 1 de Janeiro de 2010 é a seguinte: “Este Acordo rege-se-á e será interpretado de acordo com a Lei Inglesa e as Partes submeter-se-ão à exclusiva jurisdição dos Tribunais Ingleses”.

B) Na acção nº... instaurada na então ... Vara Cível da Comarca ..., a aqui ré demandou a aqui autora, alegando que ao abrigo das relações contratuais que com esta estabeleceu, designadamente através do contrato com data de 1 de Janeiro de 2010, lhe forneceu diversos produtos antivírus para comercialização no mercado português, mas a aqui autora não lhe pagou o respectivo preço, pedindo a sua condenação no pagamento dos montantes indicados nas facturas que descreve.

C) Nesse processo, o Tribunal suscitou a questão da competência internacional para decidir a acção e convidou as partes a pronunciarem-se sobre essa questão.

D) A ali autora pronunciou-se defendendo a competência dos tribunais portugueses com base na seguinte argumentação:

“(…) 8- A competência internacional dos Tribunais Portugueses, resulta, no presente caso, do princípio da submissão do Réu ou competência convencional tácita, plasmado do artigo 24º do Regulamento em apreço, onde se estatui que “para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal de um Estado-Membro perante o qual o requerido compareça (...)”

9- Resulta, assim, e desde logo, de tal normativo comunitário que, muito embora uma acção tenha sido instaurada no tribunal de um Estado-Membro que, em princípio, não era competente,

10- Todavia, a comparência da parte contrária torna o mesmo competente, a não ser que ser que essa comparência se destine a arguir tal incompetência ou, se existir competência exclusiva de outro tribunal por força do artigo 22º do Regulamento – o que não sucede in casu.

11- Ora, é inequívoca a comparência da Ré no presente pleito, que após citada, compareceu, apresentando a sua defesa (oposição à injunção e contestação aperfeiçoada) sem arguir a incompetência internacional,

12- Pelo que, são os Tribunais Portugueses os competentes para julgar a presente acção, por força do artigo 24º do Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22/12/2000.

13- (...) a incompetência internacional não é de conhecimento oficioso,

14- Porquanto, na secção 8ª do Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22/12/2000, referente à verificação da competência e sua admissibilidade, o Regulamento estatui no seu o artigo 25º, nº 1, que (...)

15- E, no artigo 26º, nº 1 do Regulamento dispõe que “ (...)”

16- Assim, da conjugação dos dois normativos supra citados resulta que o Juiz só está obrigado a, oficiosamente, conhecer e declarar a incompetência internacional nas situações de competência exclusiva de um tribunal de um Estado-Membro e nas situações em que o réu, domiciliado num Estado-Membro, for demandado perante um tribunal de um outro Estado-membro e não compareça

17- Sendo que, nenhuma das situações supra descritas ocorre no presente caso,

18- Sem prescindir, ainda que assim não se entenda, o que não se concede e por mero dever de patrocínio se pondera, importa esclarecer que o pacto privativo de jurisdição, constante na cláusula 16.8 do Acordo de Fornecimento e Distribuição junto aos autos, deve ser interpretado, e apenas aplicável, aos litígios decorrentes entre a Autora e Ré na pendência da relação comercial existente entre as partes,

19- Relação comercial essa, finda, conforme já oportunamente alegado e explanado.

20- Pelo que, também, à luz do princípio do domicílio do Réu, presente no artigo 2º, n.º 1 do Regulamento, advém a competência internacional do foro Português para julgar o presente pleito (...)"

1.Da validade da cláusula 16.8 do contrato de concessão havido entre as partes: validade da aludida cláusula face ao Regulamento (CE) 44/2001; apreciação da validade do pacto à luz da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993.

Insurge-se a Autora/Recorrente, contra o Aresto impugnado, porquanto na sua tese constando do contrato de concessão comercial havido entre as partes e em causa nos autos uma cláusula (16.8), nos termos da qual o mesmo rege-se-á e será interpretado de acordo com a Lei Inglesa, submetendo-se as Partes à exclusiva jurisdição dos Tribunais Ingleses, sendo que sem discutir que a mencionada cláusula é parte integrante daquele contrato celebrado entre as partes, a Autora reputa a mesma inválida tendo invocado na sua Petição Inicial, por um lado, não ter sido a mesma objecto de qualquer negociação em violação do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais e tendo ademais ressalvado que, mesmo que a cláusula em apreço não fosse nula, a sua aplicação sempre teria sido afastada pelas partes, ou, pelo menos, pela Ré, constituindo a sua invocação um manifesto abuso de direito, já que esta intentou, perante os Tribunais portugueses, contra a aqui Autora, acção destinada a cobrar montantes alegadamente em dívida por força da supra descrita relação contratual estabelecida entre as partes, aí ignorando o pacto privativo de jurisdição que agora invoca para se eximir à presente acção nos Tribunais portugueses.

Quid inde?

A competência dos tribunais em geral é a medida da sua jurisdição, o modo como entre eles se fracciona e reparte o poder jurisdicional, que tomado em bloco, pertence ao conjunto dos tribunais, cfr Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, 1976, 88 e 89.

Desta definição, podemos passar para uma classificação de competência, a qual em sentido abstracto ou quantitativo, será a medida da sua jurisdição, ou seja a fracção do poder jurisdicional que lhe é atribuída, ou, a determinação das causas que lhe cabem; em sentido concreto ou qualitativo, será a susceptibilidade de exercício pelo tribunal da sua jurisdição para a apreciação de uma certa causa, cfr Manuel de Andrade, *ibidem* e Miguel Teixeira de Sousa, A Competência e Incompetência dos Tribunais Comuns, 7.

Assim, a incompetência será a «insusceptibilidade de um tribunal apreciar determinada causa que decorre da circunstância de os critérios determinativos da competência não lhe concederem a medida da jurisdição suficiente para essa apreciação. Infere-se da lei a existência de três tipos de incompetência jurisdicional: a incompetência absoluta, a incompetência relativa e a preterição do tribunal arbitral.», cfr Miguel Teixeira de Sousa, Estudos Sobre o Novo Processo Civil, 2ª edição, 128.

In casu, a questão suscitada, prende-se com a incompetência internacional dos Tribunais portugueses.

Entre a Recorrente e a Recorrida foi celebrado um contrato de concessão comercial, no qual, além do mais, se consignou, na sua cláusula 16.8, o seguinte: “Este Acordo reger-se-á e será interpretado de acordo com a Lei Inglesa e as Partes submeter-se-ão à exclusiva jurisdição dos Tribunais Ingleses”.

Decorre do artigo 99º do CPCivil progressivo, aqui aplicável, atenta a data da propositura da acção, que «As partes podem convencionar qual a jurisdição competente para dirimir um litígio determinado, ou os litígios eventualmente decorrentes de certa relação jurídica, contanto que a relação controvertida tenha conexão com mais de uma ordem jurídica.», predispondo o seu nº3 que o convénio assim erigido só será válido se «a) dizer respeito a um litígio sobre direitos disponíveis; b) ser aceite pela lei do tribunal designado; c) ser justificada por um interesse sério de ambas as partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra; d) não recair sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses; e) resultar de

acordo escrito ou confirmado por escrito, devendo nele fazer-se menção ex-pressa da jurisdição competente.».

A relação contratual em tela estabeleceu-se entre a Autora Recorrente, sociedade comercial com sede em Portugal e a Ré/Recorrida, sociedade comercial inglesa, com sede no Reino Unido.

Trata-se, pois, de uma situação jurídica multinacional, transversal a mais de um ordenamento jurídico, na espécie, o português e o inglês, pelo que há que chamar a terreira as regras da competência internacional, em particular o direito da competência internacional da União Europeia, aferindo-se da sua eventual prevalência face às regras internas, face ao princípio do primado do direito da União Europeia, inserto no artigo 8º, nº 4, da CRPortuguesa, o qual predispõe que «As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.».

Esse princípio conjugado com o princípio do efeito directo, constituem os princípios nucleares do direito da União Europeia, encontrando eco em várias disposições da Lei ordinária, de que é exemplo o artigo 65º-A do CPCivil anterior (actual artigo 59º), quando se refere à competência exclusiva dos Tribunais Portugueses «Sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais os tribunais portugueses têm competência exclusiva para: (...)», «(...) Os autores dos Tratados da EU pretenderam assim integrar, em termos inovadores, uma *jurisdictio* compósita no projecto de construção europeia, conferindo-lhe um papel central de modo a que tal projecto não se desenvolvesse apenas sob a égide da *gubernatio* e da *diplomacia*, com o risco de o direito adoptado para o efeito permanecer, em grande medida, letra morta.(...)», apud Nuno Piçarra, in NOS 50 ANOS DO ACÓRDÃO VAN GEND EN LOOS. A génese dos princípios do efeito directo e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados-Membros, Themis, Ano XIII, nºs 24/25, 2013, 101/121.

Temos, portanto, de chamar à colação as normas constantes do Regulamento (CE) 44/2001 de 22/12/2000, Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, maxime os seus artigos 22º a 26º, relativos à competência exclusiva, extensão da competência e verificação da competência e sua admissibilidade (este Regulamento foi substituído pelo novíssimo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro 2012, o qual reformulou, as regras relativas à

competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, constantes daqueloutro, mas que não é aplicável ao caso, face ao preceituado no seu artigo 66º).

Assim sendo, alinhamos como ponto de partida, os seguintes corolários:

1. A Lei Portuguesa permite que as partes possam convencionar sobre a competência internacional, vigorando aqui o princípio da autonomia privada, tendo em atenção a natureza do contrato em causa, cfr Maria Helena Brito, *Direito Aplicável Ao Contrato Internacional De Concessão Comercial*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume I, 103/157.

2. A Lei comunitária, Regulamento (CE) 44/2001, artigo 23º, nº1 permite que as partes, desde que pelo menos uma delas esteja sediada num dos Estados-Membros, podem convencionar «(...) que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência. Essa competência será exclusiva a menos que as partes convencionem em sentido contrário. Esse pacto deverá ser celebrado: a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; ou b) Em conformidade com os usos que as partes estabelecerem entre si; ou c) No comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.», impondo-se esta ao direito nacional por força do efeito directo e do primado, cfr Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2012, 2ª ed., 192; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, 3ª edição, 334/345; Acórdão Da Costa do Tribunal de Justiça, de 27 de Março de 1963, <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>; Acórdão Simmenthal, de 9 de Março de 1978, <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>; «(...) Todos os tribunais portugueses – incluindo o Tribunal Constitucional – também são, assim, «tribunais comunitários» (a quem cabe defender o primado do direito comunitário, com submissão à interpretação desse direito pelo TJCE.(...))», A. Araújo, J. P. Cardoso da Costa, M. Nogueira de Brito, in *As Relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras Jurisdições Nacionais*, incluindo a Interferência, nesta Matéria, da Acção das Jurisdições Europeias (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002), ROA, ano 62, 2002.

Daqui resulta, *prima facie*, a competência dos Tribunais Ingleses para o conhecimento do litígio, por via do acordo das partes, já que se verificam os três pressupostos cumulativos de aplicabilidade do artigo 23º, quais são: i) pelo menos uma das partes se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro; ii) que o pacto atribua competência a um Tribunal ou aos Tribunais de um Estado-Membro; iii) e se trate de uma questão jurídica internacional (embora este seja um pressuposto controverso na doutrina e na jurisprudência), cfr Sofia Henriques, *Os Pactos De Jurisdição No Regulamento (CE) 44/2001*, 32.

Aqui chegados, começa a primeira das perplexidades suscitadas pela Recorrente, na medida em que reputa a aludida cláusula de atribuição de competência (16.8) de inválida e por a mesma não ter sido objecto de qualquer negociação em violação do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Esta problemática não poderá ser analisada sem que, primeiramente, se apure se o contrato havido entre as partes – contrato de concessão comercial – é ou não um contrato de adesão, a fim de o podermos subsumir às *fattispecies* consignadas no LCCG, DL 446/85, de 25 de Outubro.

O artigo 1º, nº1 daquele diploma preceitua que «As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.», acrescenta o nº2 que «O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.».

Como nos refere Joaquim de Sousa Ribeiro, in *O Problema Do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais E O Princípio Da Liberdade Contratual*, 447 «(...) Só merecem a qualificação de ccg as cláusulas que, não tendo em vista uma contraparte determinada, nem apresentando uma conformação moldada por uma concreta relação contratual, revestem carácter geral e abstracto. A elaboração sem prévia negociação individual só é um dado qualificante do fenómeno se a ela presidir a intenção de utilização reiterada das cláusulas numa série de contratos que se projecta concluir. A imposição unilateral de um conteúdo, por sua vez, só ganha relevo diferenciador quando se processa através da incorporação de cláusulas predispostas para aplicação em vários contratos, sem atender às particularidades de cada um. Essa “vontade geral”, uniformizadora do conteúdo de uma multiplicidade de contratações futuras, é o elemento especificamente distintivo – porque não compartilhando com qualquer

outra manifestação – e, ao mesmo tempo, sobredeterminante – porque por ele se explicam os restantes, quer o modo de conformação (preformulação), quer o modo de ingresso (por adesão sem negociação) em cada contrato singular.(...).».

Não basta a Recorrente vir alegar em sede de Petição Inicial, como fez nos artigos 82º e 83º daquela peça processual «que à semelhança do sucedido com os contratos de distribuição que haviam vigorado entre as partes, a A. foi compelida a aceitar este novo contrato de distribuição. Não lhe tendo sido dada a possibilidade de negociar o teor das várias cláusulas que nele foram apostas por parte da R., que se limitou a impô-las em bloco à A.», para que se possa concluir, sem mais, estarmos perante um contrato de adesão, já que, concedendo que o mesmo possa ter obedecido a um modelo «standart», dele não deflui qualquer carácter geral e abstracto das respectivas cláusulas, nem, tão pouco, que o mesmo se destinasse a ser subscrito por um número indeterminado de pessoas.

Aquela «modelo» contratual, de concessão comercial, mesmo que pré-feito, tinha um destinatário preciso e conciso, isto é, a aqui Recorrente, sendo certo que o mesmo não era de todo em todo desconhecido, porquanto antes dele, outros idênticos haviam vigorado, sendo-lhe sempre possível, aceitar ou recusar a sua assinatura, pois não podemos ignorar que estamos perante duas sociedades comerciais com um passado em comum, e não perante uma empresa e um mero consumidor individual, sem conhecimentos do ramo, não sendo crível que a aludida cláusula escrita, conhecida e subscrita pela Autora Recorrente, pudesse não ter sido compreendida por esta, quanto à sujeição do litígio à alçada dos Tribunais Ingleses, tendo em atenção o preceituado nos artigos 5º e 6º da LCCG: por um lado não foi alegado que a sua comunicação não tenha sido feita de modo adequado de molde a não ter havido o seu conhecimento efectivo, por outra banda, do seu teor não resulta qualquer factor que nos leve a uma qualquer má interpretação do seu sentido e alcance, dela resultando uma concreta identificação dos Tribunais competentes, no caso, os ingleses, neste sentido e em caso paralelo, o Ac STJ de 9 de Julho de 2015 (Relator Salazar Casanova), in www.dgsi.pt; Menezes Cordeiro, Tratado De Direito Civil Português, I, Parte Geral Tomo I, 3ª edição, 615/619.

Existindo entre a Recorrente e a Recorrida uma relação comercial de concessão e tendo em atenção as especificidades do acordo que as ligava, nos termos do qual a Autora promoveu, durante uma década e em regime de exclusividade, a comercialização em Portugal de produtos de software produzidos pela Ré, o que fez ao abrigo do principio da liberdade contratual, pois ninguém lhe impôs a assunção dos eventuais riscos decorrentes da assunção de um negócio nos termos configurados, não se compreende ou mal se compreende a argumentação de ter sido

«obrigada a aceitar um novo e agravado contrato de distribuição sob a ameaça da imediata cessação da relação comercial que vigorava entre as partes, à qual a Autora tinha subordinado toda a sua estrutura operativa e os seus investimentos nos sete anos anteriores, com todos os prejuízos inerentes a esse abandono, e os necessários custos da súbita desafecção dos recursos da Autora desse negócio que havia criado de raiz para a Ré em Portugal», pois se efectivamente pode ter criado a estrutura do negócio especialmente tendo em vista a distribuição dos produtos da Recorrida, concerteza deverá ter estudado o impacto económico de um tal investimento, bem como quais as consequências de uma falência do mesmo, pois não decorria do acordo que o mesmo fosse para vigorar ad eternum, nem que houvesse qualquer garantia de sucesso negocial efectivo e duradouro, estando sujeito às vicissitudes do normal funcionamento dos mercados.

Esta situação de nos encontrarmos perante duas sociedades comerciais, afasta a consideração do disposto na Directiva 93/3/CEE, de 5 de Abril de 1993, porquanto o seu artigo 1º, nº1, prevê expressamente a sua aplicação apenas e tão só às cláusulas abusivas constantes de contratos celebrados entre profissionais e consumidores, sendo que o seu artigo 3º, nº1 considera abusiva uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual quando «der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato».

Veja-se, aliás, a propósito do conceito de contrato celebrado com um consumidor, o Acórdão do Tribunal de Justiça de de 20 de Janeiro de 2005 Proc C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG, onde se decidiu além do mais o seguinte «(...) 32 Ora, em primeiro lugar, no sistema da Convenção de Bruxelas, a competência dos órgãos jurisdicionais do Estado contratante em cujo território o requerido tem o seu domicílio constitui o princípio geral, enunciado no artigo 2.º, primeiro parágrafo, dessa Convenção, e é só por derrogação a esse princípio que esta prevê casos, taxativamente enumerados, em que o requerido pode ou deve ser demandado perante um órgão jurisdicional de outro Estado contratante. Consequentemente, as normas de competência derogatórias a esse princípio geral são de interpretação estrita, no sentido de que não podem dar lugar a uma interpretação que extravase as hipóteses expressamente previstas pela Convenção (v., nomeadamente, acórdãos, já referidos, Bertrand, n.º 17; Shearson Lehman Hutton, n. os 14 a 16; Benincasa, n.º 13, e Mietz, n.º 27). 33 Tal interpretação impõe-se por maioria de razão a propósito de uma regra de competência, como a do artigo 14.º da Convenção de Bruxelas, que permite ao consumidor, na acepção do artigo 13.º, primeiro parágrafo, da mesma, demandar o requerido perante os órgãos jurisdicionais do Estado contratante em cujo

território o requerente tem o seu domicílio. Com efeito, fora dos casos expressamente previstos pela Convenção, esta é hostil à admissão da competência de órgãos jurisdicionais do domicílio do requerente (v. acórdãos de 11 de Janeiro de 1990, *Dumez France e Tracoba*, C-220/88, Colect., p. I-49, n. os 16 e 19; *Shearson Lehman Hutton*, já referido, n.º 17; *Benincasa*, já referido, n.º 14, e de 10 de Junho de 2004, *Kronhofer*, C-168/02, Colect., p. I-0000, n.º 20). 34 Em segundo lugar, o Tribunal decidiu, repetidamente, que o regime especial instituído pelas disposições do título II, secção 4, da Convenção de Bruxelas, que derroga a regra de base prevista no artigo 2.º, primeiro parágrafo, da mesma e a regra de competência especial para os contratos em geral, prevista no artigo 5.º, ponto 1, da mesma Convenção, tem a função de garantir uma protecção adequada do consumidor enquanto parte do contrato reputada economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente do que o seu co-contratante profissional e que, por isso, não deve ser desencorajado de actuar judicialmente pelo facto de ser obrigado a intentar uma acção junto dos órgãos jurisdicionais do Estado em cujo território o seu co-contratante tem o seu domicílio (v., nomeadamente, acórdãos, já referidos, *Shearson Lehman Hutton*, n.º 18, e *Gabriel*, n.º 39). 35 Da sistemática das regras de competência consagradas pela Convenção de Bruxelas e da teleologia do regime especial instituído pelas disposições do título II, secção 4, da mesma, o Tribunal inferiu que essas disposições apenas se aplicam ao consumidor final privado, não envolvido em actividades comerciais ou profissionais, não devendo o benefício da aplicação dessas disposições ser alargado a pessoas para as quais essa protecção não se justifica (v., neste sentido, designadamente, acórdãos, já referidos, *Bertrand*, n.º 21; *Shearson Lehman Hutton*, n. os 19 e 22; *Benincasa*, n.º 15, e *Gabriel*, n.º 39). 36 Nos n.os 16 a 18 do acórdão *Benincasa*, já referido, o Tribunal precisou, a este respeito, que o conceito de «consumidor» na acepção dos artigos 13.º, primeiro parágrafo, e 14.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas deve ser interpretado de forma restritiva, atendendo-se à posição dessa pessoa num contrato determinado, em conjugação com a natureza e finalidade deste, e não à situação subjectiva dessa mesma pessoa, pois uma mesma pessoa pode ser considerada consumidor no âmbito de determinadas operações e operador económico no âmbito de outras. O Tribunal deduziu daí que só os contratos celebrados fora e independentemente de qualquer actividade ou finalidade de ordem profissional, unicamente com o objectivo de satisfazer as próprias necessidades de consumo privado de um indivíduo, ficam sob a alçada do regime especial previsto pela referida Convenção para protecção do consumidor enquanto parte considerada economicamente mais débil, ao passo que essa protecção não se justifica em casos de contratos cujo objectivo é uma actividade profissional.

37 Daqui se conclui que as regras de competência específicas dos artigos 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas só são aplicáveis, em princípio, nos casos em que o contrato celebrado entre as partes tem por finalidade a utilização não profissional do bem ou serviço em causa. 38 É à luz destes princípios que se deve apreciar a questão de saber se e em que medida um contrato como o em causa no processo principal, que se reporta a actividades parcialmente profissionais e parcialmente privadas, é susceptível de cair sob a alçada das regras de competência derogatórias previstas nos referidos artigos 13.º a 15.º 39 Neste aspecto, já resulta claramente do objectivo dos artigos 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas, que é o de proteger adequadamente a pessoa que se presume estar numa posição mais fraca relativamente ao seu co-contratante, que o benefício dessas disposições não pode, em princípio, ser invocado por uma pessoa que celebra um contrato para uma finalidade que se reporta parcialmente à sua actividade profissional e, portanto, só parcialmente é estranha a esta. Só se poderia chegar a solução diversa se o nexos do referido contrato com a actividade profissional do interessado fosse tão ténue que se tornaria marginal e, por isso, teria um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente. 40 Com efeito, como o advogado-geral refere nos n. os 40 e 41 das suas conclusões, se uma pessoa celebra um contrato para uma finalidade ligada à sua actividade profissional, deve ser considerada em pé de igualdade com o seu co-contratante, de forma que, em tal hipótese, a protecção especial reservada pela Convenção de Bruxelas aos consumidores não se justifica. 41 Esta consideração não é minimamente infirmada pelo facto de o contrato em causa obedecer igualmente a uma finalidade de ordem privada e mantém a sua relevância independentemente da proporção entre a utilização privada e profissional que pode ser dada ao bem ou serviço em causa, e isto mesmo que a utilização privada seja dominante, contanto que a proporção da utilização imputável à actividade profissional não seja despidenda. 42 Consequentemente, no caso de um contrato que tenha dupla finalidade, não é necessário que a utilização do referido bem ou serviço para fins profissionais seja preponderante para que seja afastada a aplicação dos artigos 13.º a 15.º da referida Convenção. 43 Tal interpretação é corroborada pelo facto de a definição do conceito de consumidor constante do artigo 13.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas estar redigida em termos claramente restritivos, sendo construída pela negativa («contrato celebrado [...] para finalidade [...] estranha à [...] actividade [...] profissional»). Além do mais, a definição de contrato celebrado por um consumidor deve ser objecto de interpretação estrita na medida em que constitui uma derrogação à regra de competência de base prevista no artigo 2.º, primeiro parágrafo, dessa Convenção e atribui, excepcionalmente, a competência aos órgãos jurisdicionais do domicílio do demandante (v. n. os 32 e 33 do presente acórdão). 44 A referida

interpretação impõe-se igualmente pelo facto de a qualificação do contrato só poder resultar de uma apreensão global do mesmo, tendo o Tribunal decidido, por diversas vezes, que a inexistência da multiplicação de esferas de competência jurisdicional relativamente a uma mesma relação jurídica constitui um dos objectivos essenciais da Convenção de Bruxelas (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 19 de Fevereiro de 2002, Besix; Gabriel, já referido, n.º 57, e de 5 de Fevereiro de 2004, DFDS Torline). 45 A interpretação que consiste em negar a qualidade de consumidor, na acepção do artigo 13.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas, se a finalidade da utilização do bem ou serviço apresentar umnexo não despidiendocom a actividade profissional do interessado é igualmente a que melhor se conforma com as exigências de segurança jurídica e de previsibilidade do órgão jurisdicional competente na esfera do futuro demandado, que estão na base desta Convenção (v., nomeadamente, acórdão Besix, já referido, n. os 24 a 26). 46 Tendo em conta as regras habituais em matéria de ónus da prova, cabe à pessoa que pretende invocar os artigos 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas fazer prova de que, no contrato com dupla finalidade em causa, a utilização profissional apenas tem um papel despidiendopodendo a outra parte produzir prova em contrário. 47 Face aos elementos de prova que lhe são assim apresentados, cabe então ao órgão jurisdicional onde a acção foi proposta pronunciar-se sobre a questão de saber se o referido contrato tem por objecto satisfazer, em medida não despidiendanecessidades decorrentes da actividade profissional do interessado ou se, pelo contrário, a utilização profissional apenas tem uma importância insignificante. Para o efeito, o órgão jurisdicional nacional deve tomar em consideração não só o conteúdo, natureza e finalidade do contrato, mas também as circunstâncias objectivas que rodearam a sua celebração.(...)», in eur-lex.europa.eu.

Acrescenta-se ainda, ex abundantí, que mesmo admitindo estarmos perante uma cláusula contratual geral, neste específico caso do pacto de jurisdição – cláusula 16.8 – a sua invalidade sempre dependeria da alegação e prova que o estabelecimento do foro competente para o julgamento dos dissídios resultantes do acordo celebrado, envolveria graves inconvenientes para a Recorrente, sem que os interesses da Recorrida o justificassem, nos termos do artigo 19º, alínea h) da LCCG, o que não se mostra ter sido feito.

Contudo, nunca aquele regime das CCG poderia ser chamado a intervir neste preciso conspectu, pois as partes igualmente convencionaram não só sobre a competência dos Tribunais para julgar qualquer litígio decorrente do contrato de concessão celebrado, como também subordinaram o convénio formulado à Lei Inglesa, nos termos previsto no artigo 3º, nº1 do Regulamento (CE) 593/2008, no qual se estipula que «O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha

deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.», cfr Maria Helena Brito, *ibidem*, 109 «(...) Na determinação do direito competente para regular o contrato de concessão comercial, deve portanto antes de mais indagar-se se existe acordo das partes quanto a essa questão. Neste domínio, assume relevância significativa o princípio da autonomia. Com efeito, os contratos celebrados no domínio da distribuição internacional são com frequência desenvolvidamente discutidos entre as partes e a escolha da lei aplicável é então objecto de uma estipulação específica.(...)»; a este propósito assume especial relevo a nota de pé de página 12 que transcrevemos «O “guia para a elaboração dos contratos de concessão de venda internacional”, preparado pela CCI, alerta os operadores económicos para a importância da questão, aconselhando que “o contrato deveria estipular sempre a lei que lhe é aplicável”, (...); dentro dessa linha de orientação, o “contrato modelo de concessão comercial”, também preparado pela CCI, inclui no artigo 22.2, alternativa B, uma cláusula respeitante à designação do direito aplicável. Formulando a mesma recomendação, H van Houtte, *The law of international trade*, London, 1995, p 171, e, em termos mais amplos, relativamente à generalidade dos contratos comerciais internacionais, W.F.FOX, *International commercial agreements. A primer drafting, negotiation and resolving disputes*, 3ª ed., The Hague, London, Boston, 1988, p. 150 ss.».

Resulta do preceituado no artigo 67º do Regulamento (CE) 44/2001, de 16 de Janeiro, que o mesmo «não prejudica a aplicação de disposições que, em matérias específicas, regulam a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões, contidas nos actos comunitários ou nas leis harmonizadas nos termos desses actos.».

Daqui decorre, vítreo, que a validade do pacto de jurisdição havido entre as partes e a que se refere a cláusula 16.8 do contrato de concessão, sempre poderia ser aferida, única e exclusivamente, mesmo que outras razões inexistissem - mas como vimos e deixamos exposto se verificam - pelo disposto no artigo 23º daquele diploma, não sendo despidendo transcrever o que a propósito desta temática se decidiu no Acórdão Benincasa do Tribunal de Justiça, de 3 de Julho de 1997, in <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>:

«(...) O artigo 17.º, primeiro parágrafo, da Convenção estabelece: «Se as partes, tendo uma delas, pelo menos, domicílio no território de um Estado contratante, convencionarem que um tribunal ou tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir dos litígios surgidos ou a surgir em conexão com uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou os tribunais desse

Estado terão competência exclusiva. Este pacto atributivo de jurisdição deve celebrar-se quer por escrito...»

24 A este propósito, importa, antes de mais, distinguir entre pacto atributivo de jurisdição e as disposições materiais do contrato em que esse pacto se inscreve.

25 Com efeito, um pacto atributivo de jurisdição, que obedece a uma finalidade processual, rege-se pelas disposições da Convenção, cujo objectivo é a criação de regras uniformes em matéria de competência jurisdicional internacional. Em contrapartida, as disposições materiais do contrato principal, em que se inscreve o pacto, bem como qualquer contestação no que respeita à sua validade rege-se pela *lex causae* que é determinada pelo direito internacional privado do Estado do foro.

26 Cabe sublinhar em seguida que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o objectivo da Convenção consiste, designadamente, na uniformização das regras de competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes, evitando, na medida do possível, a multiplicação da titularidade da competência judiciária a respeito de uma mesma relação jurídica, e em reforçar a protecção jurídica das pessoas domiciliadas na Comunidade, permitindo, simultaneamente, ao requerente identificar facilmente o órgão jurisdicional a que se pode dirigir e ao requerido prever razoavelmente aquele perante o qual pode ser demandado (acórdãos de 4 de Março de 1982, Effer, 38/81, Recueil, p. 825, n.º 6, e de 13 de Julho de 1993, Mulox IBC, C-125/92, Colect., p. I-4075, n.º 11).

27 O facto de o juiz nacional a quem foi submetida a questão poder facilmente pronunciar-se sobre a sua própria competência com base nas regras da Convenção, sem ser obrigado a proceder a um exame do processo quanto ao mérito, também obedece a este espírito de segurança jurídica.

28 Esta preocupação de garantir a segurança jurídica através da possibilidade de prever com certeza o foro competente foi interpretada no âmbito do artigo 17.º da Convenção, que favorece a vontade das partes contratantes e introduz uma competência exclusiva abstraindo de qualquer elemento objectivo de conexão entre a relação controvertida e o tribunal designado, através da fixação de condições de forma estritas (v., a este respeito, acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, MSG, C-106/95, Colect., p. I-911, n.º 34).

29 O artigo 17.º da Convenção tem por objectivo designar, de forma clara e precisa, um tribunal de um Estado contratante que seja exclusivamente competente em conformidade com o acordo de vontade das partes, expresso segundo as condições

de forma rigorosas aí mencionadas. A segurança jurídica pretendida por essa disposição podia facilmente ficar comprometida se se reconhecesse a uma parte contratante a possibilidade de se subtrair a essa regra da Convenção através da alegação da nulidade de todo o contrato com base em razões que decorrem do direito material aplicável.

30 Esta conclusão está em consonância com a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Effer, já referido, em que declarou que o requerente beneficia do foro do local de execução do contrato previsto no artigo 5.º, ponto 1, da Convenção, ainda que a celebração do contrato que está na origem do recurso seja discutida entre as partes, e com a resultante do acórdão de 14 de Dezembro de 1977, Sanders (73/77, Colect., p. 865, n.º 15), em que reconheceu, no âmbito do artigo 16.º, ponto 1, da Convenção, que, em matéria de arrendamento de imóveis, a competência dos tribunais de Estado onde se situa o imóvel subsiste mesmo que objecto do litígio seja a existência do contrato de arrendamento.

31 Cabe acrescentar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a interpretação de uma cláusula atributiva de jurisdição, a fim de determinar os diferendos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, é da competência do órgão jurisdicional nacional onde foi invocada (acórdão de 10 de Março de 1992, Powell Duffryn, C-214/89, Colect., p. I-1745, n.º 37). Assim, no caso em apreço, é a este último que cabe decidir se o pacto invocado perante si, que respeita a «todos os litígios» sobre a interpretação, execução ou «qualquer outra questão» relativa ao contrato, visa igualmente qualquer contestação da validade desse contrato.(...), cfr neste sentido a posição de Miguel Teixeira de Sousa in <http://blogipcc.blogspot.pt/2014/04/pactos-de-jurisdicao-e-swaps-demasiado.html>; cfr também a propósito da validade da cláusula, o Ac do Tribunal de Justiça de 21 de Maio de 2015 proferido no processo C-322/14 Jaouad El Majdoub contra CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH, onde se considerou em caso paralelo de acordo celebrado via internet que «O artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 de Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que a técnica de aceitação por «clic» das condições gerais de um contrato de compra e venda, como o que está em causa no processo principal, celebrado por via electrónica, que contém um pacto atributivo de jurisdição, constitui uma comunicação par via electrónica que permite um registo duradouro desse pacto, na acepção

desta disposição, quando esta técnica torna possível imprimir e gravar o texto dessas condições gerais antes da celebração do contrato.», porquanto além do mais e entre outros considerando se atendeu que «(...)»²⁴ A este respeito, há que recordar, a título preliminar que, segundo a redacção do artigo 23, n.º 1, de Regulamento Bruxelas I, a competência de um tribunal ou de tribunais de um Estado-Membro convencionada pelos contraentes num pacto atributivo de jurisdição é, em princípio, exclusiva. Para ser válido, este pacto deve ser celebrado quer por escrito, quer verbalmente com confirmação escrita, quer ainda em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si ou, no comércio internacional, com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer. Por força do n.º 2 desse artigo, «[q]ualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do pacto» deve ser considerada equivalente à «forma escrita». ²⁵ Importa realçar que as disposições do artigo 23.º do Regulamento Bruxelas I, em virtude de excluírem quer a competência determinada pelo princípio geral do foro do demandado consagrado no artigo 2.º desse regulamento, quer as competências especiais dos artigos 5.º a 7.º deste, são de interpretação estrita quanto às condições nele estabelecidas (v., por analogia, acórdão MSG, C-106/95, EU:C:1997:70, n.º 14 e jurisprudência referida). ²⁶ Em primeiro lugar, o artigo 23, n.º 1, de Regulamento Bruxelas I indica claramente que o seu âmbito de aplicação se limita aos casos em que as partes tiverem «convencionado» a competência de um tribunal. Como resulta do considerando 11 desse regulamento, é este acordo de vontades entre as partes que justifica o primado concedido, em nome do princípio da autonomia da vontade, à escolha de uma jurisdição diferente daquela que teria sido eventualmente competente por força do referido regulamento (acórdão Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, n.º 26). ²⁷ A este respeito, há que recordar que, uma vez que o Regulamento Bruxelas I substitui, nas relações entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas, a interpretação fornecida pelo Tribunal de Justiça no que respeita às disposições dessa Convenção é válida igualmente para as deste regulamento, quando as disposições desses instrumentos possam ser qualificadas de equivalentes (v., designadamente, acórdão Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, n.º 18). ²⁸ É esse o caso do artigo 17.º, primeiro parágrafo, da referida Convenção e do artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I, que têm uma redacção quase idêntica (acórdão Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, n.º 19). ²⁹ Ora, o Tribunal de Justiça decidiu, a propósito do artigo 17.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas, que, ao subordinar a validade de uma cláusula atributiva de jurisdição à existência de uma «convenção» entre as partes, esta disposição impunha ao órgão jurisdicional a obrigação de averiguar, em primeiro lugar, se a cláusula que lhe atribui competência foi efectivamente objeto de consenso entre as partes, que deve manifestar-se de

forma clara e precisa, e que as exigências de forma estabelecidas pelo referido artigo têm por função assegurar que o consentimento seja efectivamente provado (v. acórdão MSG, C-106/95, EU:C:1997:70, n.º 15 e jurisprudência referida). 30 Daí resulta que, à semelhança do objectivo prosseguido pelo artigo 17.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas, a existência de consenso dos interessados é um dos objectivos do artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I (v. acórdão Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, n.º 28 e jurisprudência referida). 31 No caso em apreço, como decorre da decisão de reenvio, o adquirente em causa no processo principal aceitou, expressamente, as condições gerais em causa ao assinalar o quadrado correspondente no sítio de Internet do vendedor em questão.(...)», in eur-lex.europa.eu.

E, sempre se adianta, que a remissão efectuada contratualmente pelas partes para a Lei substantiva Inglesa, não está dependente de uma eventual prova da sua existência, de harmonia com o preceituado no artigo 348º do CCivil, uma vez que este normativo apenas diz respeito à aplicação do direito ao caso em concreto, isto é, no que tange aos termos e efeitos da resolução do contrato de concessão existente entre a Recorrente e a Recorrida, o que aqui ainda não está em causa, pois estamos apenas em sede de análise pressupostos processuais, cfr Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I/311.

Soçobram assim as conclusões recursivas quanto a estes particulares.

1.1.Do afastamento da competência convencional, por via da instauração de uma outra acção e/ou a situação de abuso de direito.

Pretende ainda a Recorrente ver afastada a aplicação da cláusula 16.8 pois na acção por si intentada, a aqui Ré considera terem os tribunais portugueses competência para conhecer de litígio emergente do contrato já identificado nestes autos e nesta acção, que é contra si proposta, invoca a Ré a incompetência dos tribunais nacionais para apreciar processo originado pela mesma relação contratual e acrescenta que a eleição do foro nacional para intentar com base no mesmo contrato traduz-se, necessariamente, na derrogação, pela Ré, ali Autora, - consentida pela ali Ré, aqui Autora - da Cláusula que no Contrato celebrado entre as partes atribuía a um foro estrangeiro a competência para dirimir litígios e elegia a lei inglesa como a aplicável nos mesmos, não se podendo aceitar que o Tribunal compactue com a manifestamente abusiva posição da Ré e a legitime essa posição, impedindo assim a Autora de ver apreciado em Portugal o seu pedido, mas permitindo à Ré essa mesma apreciação.

Vejamos.

Conforme se decidiu no Aresto impugnado «(...) saber se a instauração nos tribunais portugueses da anterior acção da aqui ré contra a aqui autora para obter a condenação desta a pagar o preço de bens fornecidos ao abrigo do contrato que contém o pacto de atribuição de jurisdição aos tribunais ingleses significa que a aqui ré renunciou tacitamente a esse pacto.

Esta questão liga-se com o disposto no artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001, que dispõe o seguinte: “Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal de um Estado-Membro perante o qual o requerido compareça. Esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objectivo arguir a incompetência ou se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 22.º”.

Trata-se, como se vê, de uma extensão de competência (é essa a epígrafe da secção que contém os artigos 23.º e 24.º), isto é, de uma situação em que a competência para o julgamento do litígio se alarga, passando a ser competente não só o tribunal inicialmente designado por disposição do Regulamento como também aquele perante o qual o demandado compareça a oferecer a sua defesa.

A competência pode assim resultar não apenas do acordo explícito (pacto de jurisdição) como ainda do acordo implícito das partes que ao apresentarem-se perante aquele tribunal a demandar e a oferecer a sua defesa aceitam tacitamente a respectiva jurisdição, caso o requerido compareça em tribunal sem arguir no primeiro acto de defesa a incompetência do tribunal ao qual é posta a questão.(...).

Esta interpretação do artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001 foi já feita pelo Tribunal de Justiça nos Acórdãos de 24 de Junho de 1981, Elefanten Schuh e de 20 de Maio de 2010, Česká podnikatelská pojišť'ovna as Vienna Insurance Group, como bem a propósito de considera no Aresto impugnado, nenhuma censura havendo a fazer ao mesmo, cfr a jurisprudência sinalizada in <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>.

Queremos nós dizer que, estando o Tribunal colocado perante um litígio que possa suscitar uma questão de competência internacional que não é de conhecimento oficioso, porquanto não se trata de qualquer das problemáticas que possam fazer atribuir ao Tribunal nacional competência absoluta nos termos do artigo 22º do Regulamento (CE) 44/2001, o que levaria neste caso, à constatação obrigatória da respectiva incompetência nos termos do seu artigo 25º, nem a mesma seja de declaração ex officio por força do preceituado no artigo 26º, nº1, que no caso sub judice nunca seria de aplicar já que a Requerida naqueloutro processo instaurado pela Recorrida, aqui Requerente, é domiciliada em Portugal.

Não sendo a exceção de incompetência internacional de conhecimento oficioso, nem tendo a mesma sido arguida no processo intentado pela Recorrida contra a Recorrente, é óbvio que a pendência do mesmo nos Tribunais Portugueses, não faz precluir a possibilidade de instauração de uma outra acção, proveniente do mesmo contrato, entre as mesmas partes, com pedido e causa de pedir diversas, perante o Tribunal que estas convencionaram como sendo competente, veja-se neste sentido as considerações e respectiva conclusão no Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Fevereiro de 2014, proferido no Proc C-1/13 Cartier parfums — lunettes SAS, Axa Corporate Solutions assurances SA contra Ziegler France SA, Montgomery Transports SARL, Inko Trade s. r. o., Jaroslav Matěja, Groupama Transport, onde se decidiu o seguinte «(...) 32 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as disposições do referido regulamento devem ser interpretadas de maneira autónoma, com referência ao seu sistema e aos seus objectivos (v. acórdão de 15 de Novembro de 2012, Gothaer Allgemeine Versicherung e o., C-456/11, n.º 25 e jurisprudência referida). 33 Assim, para responder à questão submetida, importa ter em conta a economia geral e a finalidade do Regulamento n.º 44/2001. 34 No que diz respeito, em primeiro lugar, à economia geral do Regulamento n.º 44/2001, importa recordar que a primeira frase do seu artigo 24.º estabelece uma regra de competência assente na comparência do demandado, aplicável a todos os litígios em que a competência do tribunal onde foi intentada a acção não decorra de outras disposições deste regulamento. Esta disposição é aplicável também aos casos em que a acção foi intentada em violação das disposições do referido regulamento e implica que a comparência do demandado possa ser considerada uma aceitação tácita da competência do tribunal onde foi intentada a acção e, portanto, uma extensão da sua competência (acórdão de 20 de Maio de 2010, ČPP Vienna Insurance Group, C-111/09, Colet., p. I-4545, n.º 21). 35 O artigo 24.º, segundo frase, do Regulamento n.º 44/2001 prevê excepções a essa regra geral. Estabelece que não há uma extensão tácita da competência do tribunal onde foi intentada a acção se o demandado deduzir uma excepção de incompetência, expressando assim a sua vontade de não aceitar a competência desse tribunal, ou se o litígio em causa for um dos litígios relativamente aos quais o artigo 22.º do referido regulamento estabelece regras de competência exclusiva (acórdão ČPP Vienna Insurance Group, já referido, n.º 22). 36 O Tribunal de Justiça já declarou que resulta do objectivo do artigo 18.º da Convenção de Bruxelas, disposição no essencial idêntica ao artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001, que a contestação da competência, se não for anterior à defesa quanto ao mérito, não pode em caso algum ocorrer após o momento da tomada de posição que o direito processual nacional considera como primeira defesa dirigida ao tribunal chamado a pronunciar-se (acórdãos de 24 de Junho de 1981, Elefanten Schuh, 150/80, Recueil,

p. 1671, n.º 16, e de 13 de Junho de 2013, Goldbet Sportwetten, C-144/12, n.º 37). 37 Além disso, já foi declarado que o artigo 18.º da Convenção de Bruxelas é também aplicável aos casos em que o demandado apresente alegações sobre a competência do juiz chamado a decidir e sobre o mérito da causa. Contudo, a contestação da competência só terá o efeito que o artigo 18.º lhe atribui se o demandado e o tribunal chamado a decidir puderem compreender, logo a partir da primeira defesa do demandado, que esta defesa visa contestar a competência (v., neste sentido, acórdão Elefanten Schuh, já referido, n.ºs 14 e 15). 38 Daqui resulta que o sistema instituído pelo Regulamento n.º 44/2001, como decorre dos seus artigos 24.º e 27.º, foi concebido com o fim de evitar que se prolongue a suspensão da instância no tribunal em que a acção foi proposta em segundo lugar, quando, na realidade, a competência do tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar já não pode ser contestada, como recordado no n.º 36 do presente acórdão. 39 Ora, tal risco inexistente quando, como no processo principal, o tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar não tiver declarado oficiosamente a sua incompetência e nenhuma das partes a tiver contestado antes ou até ao momento da tomada de posição que o respectivo direito processual nacional considera ser a primeira defesa. 40 No que se refere, em segundo lugar, à própria finalidade do Regulamento n.º 44/2001, importa recordar que um dos objectivos deste regulamento, como decorre do seu considerando 15, é o de minimizar a possibilidade de processos concorrentes e de evitar que sejam proferidas decisões inconciliáveis quando sejam competentes vários foros para conhecer do mesmo litígio. Foi com este objectivo que o legislador da União veio instituir um mecanismo claro e eficaz para resolver os casos de litispendência. Daqui decorre que, para alcançar estes objectivos, o artigo 27.º do Regulamento n.º 44/2001, deve ser objecto de uma interpretação ampla (acórdão Overseas Union Insurance e o., já referido, n.º 16). 41. Ora, há que observar que uma interpretação do artigo 27.º, n.º 2, do referido regulamento segundo a qual, para que seja estabelecida a competência do tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar, na acepção desta disposição, é necessário que esse tribunal tenha tácita ou expressamente reconhecido a sua competência por decisão transitada em julgado, aumentando o risco de processos paralelos, prejudicaria o efeito útil das regras estabelecidas neste regulamento, que visam resolver as situações de litispendência. 42 Por outro lado, como resulta do relatório sobre a Convenção de Bruxelas, elaborado por P. Jenard (JO 1990, C 189, p. 122), e da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 21.º desta convenção, disposição correspondente ao artigo 27.º do Regulamento n.º 44/2001, o objectivo da regra da litispendência é também o de evitar conflitos negativos de competência. Com efeito, esta regra foi introduzida a fim de que as partes não fossem obrigadas a recomeçar um novo processo quando, por exemplo, o tribunal em que a

acção foi proposta em primeiro lugar viesse a declarar-se incompetente (v. acórdão Overseas Union Insurance e o., já referido, n.º 22). 43 Ora, quando o tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar não tenha declarado oficiosamente a sua incompetência e quando nele não tenha sido deduzida a excepção de incompetência, a declaração de incompetência do segundo órgão jurisdicional não pode ter por consequência um conflito negativo de competência, uma vez que a competência do primeiro órgão jurisdicional já não pode ser posta em causa. 44 Consequentemente, importa considerar que resulta da economia geral e da finalidade do Regulamento n.º 44/2001 que, para que seja estabelecida a competência do tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar na acepção do artigo 27.º, n.º 2, deste regulamento, basta, quando o tribunal em que a acção foi proposta em segundo lugar não tiver competência exclusiva nos termos do referido regulamento, que o tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar não tenha declarado oficiosamente a sua incompetência e que nenhuma das partes a tenha contestado antes ou até ao momento da tomada de posição que o respectivo direito processual nacional considere ser a primeira defesa. 45 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado neste sentido que, sob reserva dos casos em que o tribunal em que a acção foi proposta em segundo lugar tenha competência exclusiva nos termos deste regulamento, a competência do tribunal em que a acção foi proposta em primeiro lugar deve considerar-se estabelecida, na acepção desta disposição, desde que este tribunal não tenha declarado oficiosamente a sua incompetência e que nenhuma das partes a tenha suscitado antes ou até ao momento da tomada de posição que o respectivo direito processual nacional considere ser a primeira defesa quanto ao mérito deduzida nesse tribunal.(...)», in eur-lex.europa.eu.

Soçobram, pois, as conclusões quanto a este particular.

Mutatis mutandis quanto ao pretense abuso de direito.

Resulta do disposto no artigo 334º do CCivil que o abuso de direito pressupõe a existência de um direito radicado na esfera do titular, o qual, contudo, é exercido por forma ilegítima por exceder manifestamente a boa fé, os bons costumes ou o seu fim social ou económico.

O princípio do abuso do direito constitui, pois, um dos expedientes técnicos ditados pela consciência jurídica para obtemperar, em algumas dessas situações particularmente clamorosas, aos efeitos da rígida estrutura das normas legais, e reconduz-se à prática de um acto ilegítimo desde que se ultrapassem os limites que ao direito subjectivo são impostos e descritos no artigo 334º do CCivil.

A modalidade do abuso de direito de que poderíamos curar no caso dos autos seria a do desequilíbrio no exercício a do venire contra factum proprium, «(...) O elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e o seu excesso manifesto perante certos limites – por uma qualificação – em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade ou, melhor dizendo, a proibição; reparte-o, porém, por três áreas atinentes á previsão: em causa ficam limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico dos direitos. Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e económico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico – cada direito tem, ou pode ter o seu fim social e económico; os dois primeiros são gerais: a boa fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal, de cada direito em si. O artigo 334º prevê a boa fé objectiva: não versa factores atinentes, directamente, ao sujeito, mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem. Nessa qualidade, concorre com outros elementos normativos, na previsão legal dos actos abusivos: o sujeito exerce um direito – move-se dentro de uma permissão normativa de aproveitamento específico – o que, já por si, implica a incidência de realidades normativas e deve além disso observar limites impostos pelos três factores acima isolados, dos quais um, a boa fé. O sentido desta implica a determinação do conjunto. II O falar em abuso de direito pressupõe adquirida a noção de Direito subjectivo. A versão apresentada – o direito subjectivo é uma permissão normativa de aproveitamento específico (...)», apud Menezes Cordeiro, da Boa Fé No Direito Civil, 1997, 661/662.

Esta ideia de desequilíbrio no exercício das posições jurídicas, pode conduzir a uma situação de actuação aparentemente regular, por banda do sujeito, mas que será susceptível de desencadear resultados totalmente contrários e/ou alheios àqueles que o sistema poderia admitir na sequência de tal exercício. A problemática aqui gizada faz apelo ora ao princípio da confiança, ora ao princípio da materialidade subjacente, e, enquanto o primeiro cobre as actuações anormais e inopinadas, que se tornam prejudiciais por apanharem desprevenidas as pessoas que não contavam, justificadamente, com a mesma, o segundo refere-se a actuações de puro desequilíbrio objectivo.

Talvez se pudesse integrar aqui, como sub-tipo, a figura do «tu quoque», pois a parte que desrespeita um contrato e depois exige a sua observância à outra parte, parece incorrer em contradição, cfr Menezes Cordeiro, l.c., 843/847.

Mas será que poderemos verdadeiramente falar numa violação contratual, neste aspecto de ser desconsiderada a competência contratualmente fixada, quando é a própria Lei processual, que afasta a possibilidade de essa mesma (in)competência ser oficiosamente conhecida?

Queremos nós dizer: como compatibilizar um instituto de conhecimento oficioso quando na sua génese está uma cláusula contratual que não faz convocar conhecimento idêntico? Parece que neste preciso conspectu, o não conhecimento oficioso da excepção de incompetência internacional do Tribunal, afasta a se, qualquer possível alegação da violação do princípio da confiança e/ou contradição no comportamento da parte (titular-exercente).

A situação factual decorrente do caso em equação não nos oferece qualquer dúvida, porquanto, como deflui da materialidade assente, decorrente da matéria carreada para os autos pelas partes, a aceitação da competência naqueloutra acção, implicou apenas o exercício de um direito conferido pelo Regulamento (CE) 44/2001, a par de outro exercido nesta acção, sem que qualquer um dos direitos anule o outro, porque os mesmos advêm dos artigos 22º a 26º daquele diploma.

Improcedem também por aqui, as conclusões quanto a ponto, o que nos conduz à improcedência in totum das mesmas

2. Do pedido subsidiário de reenvio prejudicial.

Solicita-nos a Recorrente, a final, para a eventualidade de se poder vir a entender que existe dúvida sobre a possibilidade de invocação de direito nacional para aferir da formação da vontade negocial ao abrigo do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 44/2001, a pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos do artigo 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, será indispensável para a decisão da controvérsia jurídica que constitui objecto da presente acção, devendo então ser suspensa a instância até que o TJUE se pronuncie, a título prejudicial, expressa e especificamente, sobre as seguintes questões:

- i. Os requisitos de validade formal do pacto privativo de jurisdição previstos no artigo 23º do Regulamento (CE) nº 44/2001 pressupõem um acordo de vontades, livres, esclarecidas e incondicionadas, no sentido de celebrar esse mesmo pacto?
- ii. O Regulamento (CE) nº 44/2001 obsta à aplicação de normas de direito interno para efeito de controlo da validade do acordo de vontades que determinou a inserção de pacto de jurisdição num contrato?

Em concreto,

a. O Regulamento (CE) n° 44/2001 obsta à aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais para efeito de controlo da validade de pacto de jurisdição inserto num contrato?

b. O Regulamento (CE) n° 44/2001 obsta à aplicação do instituto do abuso do direito para efeito de controlo da validade e aplicação de pacto de jurisdição inserto num contrato?

Analisando.

Questão prejudicial é aquela que um órgão jurisdicional nacional de um qualquer Estado-Membro considera necessária para a resolução de um litígio pendente perante si, e é relativa à interpretação, ou à apreciação de validade, do Direito da União (com excepção da apreciação de validade dos Tratados).

Perante ela, o órgão jurisdicional nacional pede ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – (intérprete máximo do Direito da União) – que se pronuncie, de forma a ficar esclarecido sobre o correcto entendimento, ou se for caso disso validade, das disposições europeias que condicionam a solução do litígio concreto que é chamado a julgar, nos termos do artigo 267º do TFEU, cfr Miguel Gorjão-Henriques, *ibidem*, 347/361; António Pinto Pereira, *A Directiva Comunitária*, 570/587; Leite de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, 4ª edição, 421-424; Jónatas Machado, *Direito Da União Europeia*, 573/595.

Esta competência prejudicial que assenta no instituto do reenvio prejudicial, previsto naquele supra apontado ínsito legal, constitui um mecanismo de cooperação judicial, que visa a garantia da efectividade do direito comunitário e a sua prevalência sobre o direito nacional, permitindo assim um controlo concreto da validade do direito secundário da EU, ao mesmo tempo que proporciona a uniformidade na interpretação e aplicação das respectivas normas, Jónatas Machado, *ibidem*, 573; Henriques Gaspar, *O Direito Europeu em Acção – A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, in *Justiça Nacional Justiça Europeia*, 37/52.

Dispõe aquele artigo 267º, o seguinte, no que à economia da nossa problemática diz respeito:

«O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.(...).

O reenvio prejudicial para o TJUE é, em princípio facultativo, dependendo exclusivamente do poder discricionário do Tribunal nacional, sendo certo que existem alguns casos em que o mesmo se torna obrigatório.

A aparente obrigatoriedade decorrente de um pedido de reenvio ter sido feita a um Órgão jurisdicional cujas decisões, que à luz do direito interno, sejam insusceptíveis de recurso ordinário, veio a ser resolvida pelo caso Cilfit de 6 de Outubro de 1982, onde se conclui que a convocação das instâncias comunitárias só se justificará, quando as instâncias nacionais considerem que o recurso àquelas é necessário para a solução do pleito e mais, que haja sido suscitada uma dúvida quanto à interpretação desse direito.

Contudo, mesmo nestes casos, o aludido «dever» de reenvio, não se afirma com um carácter absoluto, perdendo tal significância, quando a questão suscitada for idêntica a outra já suscitada em processo idêntico e assim decidida a título prejudicial, reconhecendo assim que a «correcta aplicação do direito comunitário pode impor-se com tal evidência que não dê lugar a qualquer dúvida razoável quanto à solução a dar à questão suscitada», doutrina do «acto claro» em contraposição à teoria do «acto aclarado», com a finalidade de evitar que os Órgãos Judiciais da UE sejam chamados a intervir quando já haja antecedentes decisórios quanto às mesmas questões e/ou em casos paralelos, apresentando-se os Acórdãos do Tribunal de Justiça como um misto de Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, na sua faceta de apreciação abstracta típica e a concreção da regra do precedente, cfr M. Nogueira Serens, A Obrigação De Reenvio Prejudicial Decorrente Do Artigo 234º, § 3º (Ex – Art 177º § 3º), Do Tratado CE, in Estudos De Homenagem Ao Professor Carlos Ferreira De Almeida, Volume IV, 627/642; Carlos Lobato Ferreira, Os tribunais portugueses e o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de tributação directa: algumas notas, in Revista do Ministério Público 136, Out-Dez 2013, 123/138; Moitinho de Almeida, O Reenvio Prejudicial Perante O Tribunal De Justiça Das Comunidades Europeias, 33/36; Patrício Bueno Martinez e Alejandro Daniel Perotti, la Teoria Del Acto ejandro Daniel Perotti, la Teoria Del Acto Aclarado Resulta

Necesária su aplicatioó En El Marco De La Interpretación Prejudicial Andina, in biblioteca digital andina, www.comunidadandina.org; Acórdão Cilfit in <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt> onde se pode ler em conclusão « L'article 177, alinéa 3, du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté.»; De Rome à Lisbonne Commentaire Article Para Article Dès Traités EU et CE, 2ème édition sous la direction de Isabelle Pingel, 1541; veja-se em caso de recusa de reenvio os Ac deste STJ de 30 de Setembro de 2014, da aqui Relatora e em que intervém como 1º Adjunto o aqui 1º Adjunto, in www.dgsi.pt e de 29 de Setembro de 2015, proferido no Proc 1740/2012.7TBPVZ.P1.S1 (Relator Salreta Pereira), in SASTJ, site do STJ.

No caso sub judice não se suscitou aos Tribunais envolvidos, primeiro e segundo grau, quaisquer dúvidas na interpretação das normas em causa, nomeadamente das constantes no artigo 23º do Regulamento, supra enunciado, concatenada com as da LCCG, bem como na sua conjugação com o normativo inserto no artigo 334º do CCivil, as quais, aliás, são claras precisas e concisas e foram conformemente interpretadas e aplicadas em ambas as instâncias, em perfeita consonância com a jurisprudência recente deste Supremo Tribunal de Justiça a respeito, cfr Ac STJ de 11 de Fevereiro de 2015 (Relator Gregório de Jesus); de 19 de Fevereiro de 2015 (relator João Bernardo); de 19 de Novembro de 2015 (Relator Lopes do Rego), nestes Arestos é comum a seguinte asserção «A validade do pacto de jurisdição, constante de uma cláusula contratual geral, integrada num contrato celebrado entre um empresário ou entidade equiparada, é analisada, exclusivamente segundo o disposto no art. 23.º do Regulamento n.º 44/2001, sendo inaplicável o regime jurídico interno das cláusulas contratuais gerais.»; mais recentemente a propósito da aplicação do artigo 23º do Regulamento, em caso de swaps, os Ac STJ de 26 de Janeiro de 2016 (Relator Garcia Calejo) e de 4 de Fevereiro de 2016 (Relator Lopes do Rego); veja-se, ainda, com interesse a propósito desta específica temática do reenvio o Ac Tribunal Constitucional, nº163/90, de 23 de Maio de 1990 (Relator Messias Bento), caso “Campo da

Fonte do Piolho”, onde o nosso Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se a propósito, tendo negado o reenvio a justo título, in www.dgsi.pt.

Ora, a interpretação consiste numa operação lógica que antecede a aplicação do direito.

«Por interpretação entende-se a definição do sentido e do significado de uma disposição quando a sua redacção não é clara. Isto é diferente da aplicação de uma norma a um caso concreto, ou seja, a análise da questão de saber se determinados factos podem estar abrangidos por uma disposição legal, e a apreciação dos factos que daí resulta. Os limites entre interpretação e aplicação são por vezes difíceis de traçar, sobretudo quando a interpretação se limita a um determinado aspecto e quando o problema de interpretação é ilustrado pela exposição dos factos a que procede o tribunal “a quo”, o que se pode mostrar útil para facilitar a a tarefa do Tribunal de Justiça.», conclusões do advogado-geral Roamer, no caso *Van Gend & Loos*, citado por António Pinto Pereira, l.c., 574/575.

Questão outra, diversa da aqui abordada em sede de recurso e de reclamação, é a da aplicação das normas do Regulamento CE, que a Recorrente insiste em dizer que foram mal interpretadas, para chamar à colação o instituto do reenvio prejudicial, quando, ao cabo e ao resto o que se cura é da pertinência da aplicabilidade do preceituado no artigo 23º do Regulamento (CE) nº44/2001, feita nestes autos pelas instâncias, mas que a Recorrente persiste em não aceitar a sua bondade, porque continua a insistir que os Tribunais Portugueses são os competentes para conhecer da presente acção.

Nesta específica situação, confrontamo-nos não com uma dúvida de interpretação daquele preciso normativo, mas antes com a não concordância da Recorrente com a aplicação do mesmo pelas instâncias, quando estas decidiram pela incompetência dos Tribunais Portugueses para o conhecimento da questão material controvertida, por via da existência e validade da cláusula atributiva de competência aos Tribunais Ingleses, aliás no escrupuloso cumprimento dos segmentos normativos contidos naquele ínsito, o que sempre levaria ao indeferimento do requerido neste «conspectu», caso existissem razões para reanalisar a questão da competência internacional dos Tribunais Portugueses.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal de Justiça é clara no sentido de entender que a noção de pacto atributivo de jurisdição constante do artigo 23.º do Regulamento 44/2001 é autónoma em relação aos direitos nacionais dos Estados-membros, cfr Acórdãos *Powell Doffryn v. Wolfgang Petereit*, de 10 de Março de 1992 e *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions*

Assurance SA de 7 de Fevereiro de 2013, in
<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>.

Não se antevêem razões bastantes para se ordenar o reenvio prejudicial solicitado.

III Destarte, nega-se a Revista, mantendo-se a decisão plasmada no Aresto impugnado.

Custas pela Recorrente.

Lisboa, 17 de Março de 2016

(Ana Paula Boularot)

(Pinto de Almeida)

(Júlio Manuel Viera Gomes)