A DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR RAZÕES ECONÔMICAS NO DIREITO PORTUGUÊS

LA DESCONSIDERACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE ARBITRAJE POR RAZONES ECONÓMICAS EN EL DERECHO PORTUGUÉS

Cristiano Starling Erse*

RESUMO: A Nova Lei de Arbitragem Portuguesa (lei n.º 63/11, de 14 de dezembro de 2011) reflete a tendência moderna de reforçar a estabilidade e a segurança jurídica das demandas submetidas à esse modo alternativo de resolução de conflitos. Apesar dessa realidade, a doutrina portuguesa tem discutido situações específicas que motivam o afastamento da convenção arbitral. Entre os debates mais aquecidos, aparece o relativo à desconsideração da convenção arbitral por razões econômicas. Esse estudo se dedica ao referido tema, buscando compreender as hipóteses em que isso é possível, seus requisitos e limites. Metodologicamente, realizou-se uma análise teórica e abstrata (enfoque); bibliográfica e documental (coleta de dados); de natureza investigativa (produto final).

PALAVRAS-CHAVE: Convenção arbitral. Abuso de direito. Nova Lei de Arbitragem Portuguesa.

RESUMEN: La Nueva Ley de Arbitraje Portuguesa (ley n.º 63/11, de 14 de diciembre de 2011) refleja la tendencia moderna de reforzar la estabilidad y la seguridad jurídica de las demandas presentadas a este modo alternativo de resolución de conflictos. Pese esta realidad, la doctrina portuguesa ha discutido situaciones específicas que motivan la supresión del acuerdo de arbitraje. Entre los debates más acalorados, aparece el relativo a la deconsideración del acuerdo de arbitraje por razones económicas. Este estudio se dedica a ese tema, tratando de comprender las circunstancias en que esto sea posible, sus requisitos y límites. Metodológicamente, se realizó un análisis teórico y abstracto (enfoque); bibliográfico y documental (recopilación de datos); carácter de investigación (producto final).

PALABRAS CLAVE: Convención de arbitraje. Abuso de derecho. Nueva Ley de Arbitraje Portuguesa.

* Advogado em Minas Gerais; Mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal; Especialista em gestão universitária (MBA) pela Carta Consulta; Pesquisador visitante nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Florença; Professor universitário nas Faculdades Arnaldo Janssen. Endereço eletrônico: cristianoerse@gmail.com

INTRODUÇÃO

A arbitragem tem, progressivamente, ocupado um papel de destaque na resolução de conflitos. O afastamento da competência dos tribunais estaduais por uma cláusula compromissória ou por um compromisso arbitral e a sua entrega à árbitros ou entidades arbitrais externas ao Estado é o centro gravitacional de todo o sistema e tem conquistado, a cada dia, mais relevância. A perspectiva de uma decisão mais célere e especializada fez com que essa seja a opção mais comum no comércio internacional contemporâneo, além de alavancar o seu uso também nas lides internas.

Frente a essa realidade, muitos países têm promovido alterações legislativas para proporcionar maior estabilidade e segurança aos casos submetidos à arbitragem. A lei portuguesa n.º 63/11 de 14 de dezembro de 2011 é, nesse sentido, um bom exemplo. O novo texto lusitano reflete as principais tendências doutrinárias acerca do tema e traz em seu bojo um número significativo de avanços em relação à norma anterior.

A evolução da matéria em Portugal não está, todavia, livre de polêmicas. A viabilidade da desconsideração dos efeitos da convenção de arbitragem por razões econômicas, seus requisitos e limites aparece como uma dessas questões que tem merecido atenção por parte da academia jurídica. Ocorre que, em diversas situações da vida prática, uma barreira econômica pode (efetiva e/ou potencialmente) inviabilizar a instauração fática da arbitragem, acarretando, em última análise, a não discussão do litígio em nenhuma das esferas. Referida gama temática é, sem dúvida, uma das mais instigantes e atuais no Direito arbitral português, razão pela qual apresenta-se esse estudo.

Dentro desse contexto, a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral por razões econômicas foi delimitada e analisada, para fins desse trabalho, levando-se em consideração as seguintes hipóteses: i) insolvência de uma das partes; ii) insuficiência econômica (superveniente e anterior) das partes; iii) cláusulas gerais contratuais contendo convenções arbitrais; iv) desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido.

1. A NOVA LEI DE ARBITRAGEM PORTUGUESA E A ESTABILIDADE DO MEIO[1]

Segundo Manuel Pereira Barrocas, a "[...] arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção entre as partes. (BARROCAS, 2013, p. 33)."[2]

Trata-se, portanto, de uma estrutura diferente daquela ofertada pelo Estado para a resolução de controvérsias. O processo arbitral permite um ambiente mais

1 O texto segue o padrão de formatação da ABNT e foi escrito em português do Brasil. Ressalte-se, entretanto, que existem algumas referências diretas retiradas de autores portugueses, o que pode eventualmente trazer uma grafia diferente da brasileira.

2 Esclarece o autor que o conceito apresentado se coaduna com a noção de arbitragem voluntária.

flexível, técnico, veloz, sigiloso e desburocratizado que o meio tradicional[3] (MARTINS; CARMONA, 1999, p. 1), atraindo a atenção do comércio internacional e tornando-se, nesse campo, o principal meio de solução de conflitos.[4] (CORREIA, 1989, p. 173). Também a elevada taxa de execução voluntária das decisões arbitrais — fruto, provável, das represálias sociais gravosas que podem surgir da inexecução para as partes em certos círculos comerciais (PINHEIRO, 2005b, p. 24) — e a facilidade no reconhecimento internacional das decisões arbitrais — decorrência, principalmente, do grande número de países signatários da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958) —, impulsionaram, entre outros fatores, o seu notável desenvolvimento na história recente da humanidade.

A popularidade atingida no comercio internacional influenciou, naturalmente, os ambientes domésticos, que passaram a utilizar a arbitragem em grande escala. Muitas das razões determinantes para a sua disseminação internacional podem ser constatadas no plano interno, gerando, em consequência disso, sua propagação para solução de conflitos de interesses nas esferas nacionais. A arbitragem é, sem dúvida, um verdadeiro fenômeno socioeconómico, que se firma e se impõe como um instrumento importantíssimo para a efetividade do direito moderno, repercutindo ferozmente nas legislações e no comportamento das sociedades contemporâneas. (BARROCAS, 2013, p. 48).

A arbitragem, nacional e internacional, ocupa, assim e progressivamente, lugar de destaque na solução de controvérsias. Por isso, muito importante a estabilidade proporcionada pelo afastamento da competência dos tribunais estaduais pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Para que os sistemas[5] arbitrais alcancem seus objetivos, é necessário que os ordenamentos jurídicos internos garantam estabilidade ao meio. Caso contrário, ao invés de soluções mais rápidas e adequadas, correríamos o risco de ampliarmos indefinidamente o universo de discussões, caminhando na contramão.

Essa realidade levou à criação de padrões internacionais para a área. Neste sentido, Jónatas E. M. Machado (2013, pp. 688-XXX??) informa que:

> [...] A comissão da ONU sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), elaborou um documento designado por *Modelo de Regras de Arbitragem* para os contratos internacionais, representando o padrão básico de *procedural due process* neste domínio. A sua importância extravasa o direito comercial, já que as

3 Carlos Alberto Carmona defende a tese de que o que leva, essencialmente, à escolha pela arbitragem é o fato dela ser "um método diferente de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático." O autor reconhece que as dificuldades do Poder Judiciário corroboram para a propagação do sistema arbitral, mas entende que este não é o elemento fundamental. Segundo o ilustre jurista, "querem os contendentes outro método, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema." (CARMONA, 2010, p. 8).

4 Estima-se que, atualmente, cerca de 90% dos contratos do comércio internacional contêm cláusulas arbitrais. (PINHEIRO, 2005a, p. 344). CLAY apud PINHEIRO (2005a, p. 344, nota 804) aduz que a arbitragem é cada vez menos uma justiça "alternativa" e cada vez mais uma justiça apropriada "para certo tipo de litígios".

5 Carlos Alberto Carmona reconhece na arbitragem um verdadeiro sistema com características próprias que a distingui de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais. O autor parte de uma concepção simplificada de sistema, considerando-o como "uma reunião ou combinação orgânica de preposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. (CARMONA, 2010, p. 7).

> mesmas são mobilizadas a título supletivo, como sucede na arbitragem comercial obrigatória sobre atividades na Área. Também no referido *Iranian-United States Claims Tribunal*, as regras da UNCITRAL foram seguidas praticamente à letra. Igualmente dignas de menção neste âmbito, são as regras de conciliação e arbitragem da câmara de comércio internacional, de Paris, conhecendo também uma ampla utilização, bem como a Convenção Inter-Americana de Arbitragem Comercial, celebrada em janeiro de 1975, no âmbito da OEA. O relevo dos Estados Unidos no comércio mundial justifica a utilização frequente, no plano internacional, das regras de arbitragem da *American Arbitration Association*. Nos contratos internacionais é comum a inclusão de uma cláusula compromissória, identificando o **fórum** arbitral de composição de conflitos e o direito aplicável.

Procurando otimizar a utilização da arbitragem, proporcionar maior segurança e, principalmente, alinhar-se com as estratégias globais, muitos países, entre eles Portugal, aprovaram novos textos legais.[6]

José Robin de Andrade (2012, p. 6), ao comentar a lei n.º 63/2011,[7] de 14 de dezembro, conhecida como Nova Lei de Arbitragem Voluntária (NLAV), confirma esse escopo ao relatar:

> [...] Sendo as soluções consagradas na nova Lei, tributárias, em larga medida, das soluções da Lei-Modelo da UNCITRAL (Lei-Modelo), que vêm sendo objeto de uma interpretação uniforme por parte da jurisprudência e da doutrina dos Países onde a mesma foi adoptada, espera a Direcção da APA que todo esse "acquis" doutrinal ajude a formar uma prática consistente e uma jurisprudência estável, que crie confiança nos cidadãos e nas empresas, nacionais e estrangeiras, garantindo que a arbitragem realizada em Portugal constitua um meio adequado, justo e eficaz de solução de litígios.

As questões relativas à convenção de arbitragem e seus efeitos merecem especial atenção. Convenção de arbitragem pode ser compreendida como um acordo de vontades, em que as partes submetem a resolução de um ou mais litígios (determinados ou determináveis) à arbitragem[8], podendo revestir duas formas: i) compromisso arbitral (litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado); ii) cláusula compromissória (litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual). É, portanto, um ato de autonomia da vontade que permite aos demandantes, desde que respeitada a legislação, encarregar a terceiros a decisão de suas controvérsias, estabelecendo, ainda, limites e procedimentos.

São válidas, para a NLAV, os pactos que estiverem, simultaneamente, em consonância com os artigos 1.º e 2.º da norma, isto é, quando um compromisso arbitral ou cláusula compromissória tenha como conteúdo uma questão arbitrável,[9] revestida dos requisitos estabelecidos pelo legislador.[10]

---

6 Mesmo países com longa tradição em arbitragem como a França têm reformado seus sistemas para atender aos requisitos da sociedade contemporânea. Na França, o Livro IV do *Code de precedure civile* foi revisto pelo *Décret* 2011-48, de 13 de janeiro. Cf.: GAILLARD, 2011. Sobre a proximidade das leis de arbitragem portuguesa e espanhola cf.: (PROL, 2013).

7 Sobre as origens da Nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa cf.: MENDES, 2012, pp. 7-11.

8 Este conceito é próximo ao apresentado na Convenção de Nova Iorque (artigo 2.º./1) e ao da Lei-modelo da UNCITRAL (artigo 7.º).

9 Cf.: Artigo 1..º da NLAV.

10 Cf.: Artigo 2..º da NLAV.

Apresentando essas características, as partes adquirem, concomitante e reciprocamente, um direito potestativo e uma sujeição quanto ao meio de resolução daqueles conflitos. Essa situação se traduz em efeitos positivos e negativos. A convenção permite que as partes possam (positivamente) invocar seu cumprimento judicial, sujeitando a outra às regras pré-estabelecidas, desde que de acordo com a NLAV (artigos 1.º e 2.º) - atribuindo ao tribunal arbitral a competência para julgar. (BARROCAS, 2013, pp. 163-167). Por outro lado, exclui (negativa), quando arguida, a jurisdição dos tribunais estaduais para julgar os litígios abrangidos por força da celebração válida da convenção.[11] (BARROCAS, 2013, p. 166). Essa concepção pode ser constatada no artigo 5, 1, da NLAV:

> Artigo 5..º Efeito negativo da convenção de arbitragem
>
> 1 – O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível. [...].

Em virtude da referida regra, o tribunal estadual português exerce um controle *prima facie* da convenção arbitral em situações excepcionais, nas quais esteja clara a nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção. (VICENTE, 2013, p. 21). As demais ficam a cargo do tribunal arbitral, regra conhecida como *Kompetenz-Kompetenz* (artigo 18 da NLAV).[12] (VIEIRA, 2012, p. 42). A centralização dessas questões no tribunal arbitral reflete o "*favor arbitrandum*" que inspira a lei portuguesa, evitando medidas dilatórias das partes envolvidas e corroborando para um ambiente de maior confiança em relação à utilização desse meio alternativo de resolução de controvérsias.

Tais premissas são reforçadas pelo instituto da "exceção de preterição de tribunal arbitral", presente no Novo Código de Processo Civil Português (NCPC).[13] O artigo 96 b, do NCPC estabelece a incompetência absoluta do tribunal estadual, em virtude da convenção de arbitragem, assinalando, porém, que essa não deva ser conhecida oficiosamente pelo tribunal regional (artigo 97.º, 1; 577, a; 578. do NCPC). O regime de conhecimento da exceção é, portanto, harmônico e coerente com a livre revogabilidade da convenção de arbitragem (artigo 4.º da NLAV).

---

11 Dário Moura Vicente apresenta uma visão ligeiramente diferente sobre os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem. O autor afirma que o efeito positivo consiste na atribuição de competência ao tribunal arbitral para julgar o litígio ou litígios visados pela convenção de arbitragem, enquanto o efeito negativo se traduz na incompetência dos tribunais estaduais para conhecerem a demanda. (VICENTE, 2012, p. 21).

12 O efeito negativo da convenção de arbitragem portuguesa reflete as disposições fixadas no artigo II, n. 3.º, da Convenção de Nova Iorque e no artigo 8 da Lei-Modelo, nas quais o tribunal estadual deve remeter as partes à arbitragem nas questões compreendidas no escopo da convenção, exceto nos casos em que seja latente que a convenção é ineficaz ou a inexequível.

13 O antigo Código de Processo Civil também tratava da exceção de preterição de tribunal arbitral para obstar a apreciação do mérito da causa. Inteligência dos artigo 494..º, j; 288..º, 1, e; 493..º,2. (PORTUGAL, 1961).

2. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR RAZÕES ECONÔMICAS

2.1 INSOLVÊNCIA DE UMA DAS PARTES

A primeira das questões que precisam ser abordadas dentro da temática escolhida é a da suspensão da convenção arbitral por insolvência de uma das partes, prevista no artigo 87.º do atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. (PORTUGAL, 2004). Vejamos:

> Artigo 87..º (Convenção de arbitragem)
> 1- Fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis.
> 2 - Os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão porém os seus termos, sem prejuízo, se for o caso, do disposto no n.º 3 do artigo 85. e no n.º 3 do artigo 128.

Trata-se de inovação trazida pela legislação de 2004, inspirada na *Ley Concursal* espanhola, notadamente no seu artigo 52.[14] (LEITÃO, 2012b, p. 174). Assim, em casos de insolvência, o efeito negativo da convenção de arbitragem é afastado e permite-se que a controvérsia seja decidida pelo juízo do Estado desde que: i) o encaminhamento ao juízo arbitral possa interferir economicamente no valor da massa (o que normalmente acontece); ii) a demanda não esteja submetida a um regime previsto em tratado internacional aplicável ao caso; iii) o processo arbitral ainda não tenha sido devidamente instaurado à data da declaração de insolvência, hipótese em que seu feito prosseguirá até o fim. (FERNANDES, 2009, p. 360).

A solução legislativa vai de encontro ao posicionamento, doutrinário e jurisprudencial, que já vinha sendo adotado anteriormente, mesmo com o silêncio dos, agora, revogados Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência e do Código de Processo Civil. Nessa seara, duas grandes linhas de argumentação eram suscitadas: i) a defesa da prevalência do princípio da universalidade de procedimento sobre a competência convencional (o compromisso arbitral e a cláusula compromissória); ii) não vinculação do insolvente à convenção arbitral com fundamento na alteração anormal das circunstâncias (de acordo com o artigo 437, n.º 1, do Código Civil). (EPIFÂNIO, 2012, p. 187)

Contudo, mesmo com a positivação do direito e seu consequente clareamento interpretativo, alguns problemas permanecem. A não suspenção dos efeitos da convenção de arbitragem já instituída (artigo 87, n.º 2) gera dificuldades práticas caso a massa não tenha recursos para despesas decorrentes dos encargos da arbitragem (intercorrentes ou finais), ensejando, pelo menos potencialmente, prejuízos à defesa dos direitos da massa (indiretamente dos credores e do insolvente) e ao transcurso regular da arbitragem. A princípio, a solução legal é a de habilitação dos eventuais créditos no

[14] Artículo 52. Procedimientos Arbitrales 1. Los convénios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. 2. Los procedimientos arbitrales em tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmezadel laudo, siendo de aplicación las normas contendias en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

processo de insolvência, o que pode envolver, inclusive, o pagamento dos árbitros, da instituição arbitral, entre outros.

3. POR INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DAS PARTES

3.1 SUPERVENIENTE

A insuficiência econômica de uma das partes pode ocorrer sem a declaração de insolvência, provocando discussão sobre a viabilidade de não se considerar os efeitos da convenção de arbitragem. A NLAV não contém um dispositivo que regule explicitamente tal circunstância, suscitando incertezas.

Algumas decisões dos tribunais estaduais,[15] inclusive o constitucional,[16] anteriores à NLAV, sedimentaram o entendimento de que não é exigível o cumprimento da convenção de arbitragem quando, por dificuldades financeiras supervenientes à celebração de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória, uma das partes não tiver condições econômicas para suportar os encargos da arbitragem. Nesse sentido, Barrocas (2013, p. 245) expõe que

> [...] pode considerar-se que na ordem jurídica portuguesa é pacífico o princípio de que não pode ser imposta a realização de arbitragem à parte que, após a celebração da convenção, deixou de ter meios para suportar seus encargos.
> São dois os pressupostos da ineficácia da convenção de arbitragem por insuficiência econômica de uma das partes:
> 1. Que exista uma comprovada situação objetiva de insuficiência econômica de uma das partes para suportar os encargos com a arbitragem, invocada por essa parte;
> 2. Que essa impossibilidade tenha surgido após a celebração da convenção de arbitragem.

Os fundamentos jurídicos, embora variantes, consistem, basicamente, na: i) garantia constitucional de apoio e acesso à justiça (artigo 20, n.º 1, CRP); ii) afirmação do preenchimento dos pressupostos da impossibilidade objetiva (artigo 790 CC); iii) modificação contratual por alteração das circunstâncias (artigo 437. do CC).

Vejamos, inicialmente, o dispositivo constitucional:

> Artigo 20. Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva.
> 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. [...]

A funcionalidade do referido princípio constitucional é regulamentada pela lei 34/2004, norma que estabelece o regime de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal e que tem como finalidade "[...] assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos".

---

15 Cf.: Acórdão de 18 de janeiro de 2000 (BMJ493/327; CJ Acs. STJ, Tomo I/2000); Acórdão de 09 de outubro de 2003 (processo 03B1604); Acórdão de 17 de janeiro de 2006 (publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano 31, tomo I, pp.78-79); Acórdão de 2 de novembro de 2010 (processo n.º 99 1015). Síntese das referidas decisões são encontradas em: GOUVEIA, 2012, pp. 310-312.

16 Cf.: Acórdão de 30 de maio de 2008 (Ac. n.º 311/08, Proc. n.º 753/07).

Partindo-se da premissa de que o Estado português não presta apoio judiciário em ações arbitrais, a invocação de uma convenção de arbitragem para afastar a competência do tribunal estatal nas hipóteses de fragilidade econômica superveniente levaria, em última análise, à negação ao acesso a justiça, acarretando inconstitucionalidade. De um lado, a parte não poderia buscar seus direitos perante o Estado em razão do efeito negativo da convenção; de outro, não poderia pleitear junto ao tribunal arbitral em decorrência de uma barreira econômica intransponível. Nessa perspectiva, o cumprimento da convenção implica a denegação de justiça ao vulnerável financeiro. Assim, em determinadas circunstâncias, sendo incompatível a harmonização entre a liberdade negocial e a tutela jurisdicional efetiva, deve prevalecer o acesso à justiça. Essa foi a tônica do Acórdão n.º 311/08 proferido pelo Tribunal Constitucional, transcrito, parcialmente, a seguir:

> Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de *indefesa*. A situação conflitante nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efectiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.
>
> E o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos. A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça de uma das partes, por entraves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efectiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem. Em configurações deste tipo, o atendimento mínimo do interesse sacrificado só pode alcançar-se através da definição rigorosa dos pressupostos casuísticos que conferem "razões de prevalência" ao interesse tutelado.

Parte da doutrina tem, todavia, apontado dúvidas de natureza hermenêutica. Tanto a autonomia da vontade, quanto a garantia ao acesso à justiça, são direitos constitucionais. O artigo 335 do CC, n.º 1, aduz que "havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes". Destarte, frente às características do episódio real, dever-se-ia tentar, na medida do possível, ponderar e conciliar os direitos em choque, preservando o que for possível. Nesse sentido, Rita Gouveia (2012, p. 325) afirma que:

> [...] Verificando-se, assim, uma colisão de direitos, haverá que apurar, em concreto, se estão em causa aspectos nucleares de ambos os direitos, a natureza do caso e a condição e comportamento das partes, nada justificando o esmagamento total e muito **a priori** do direito emergente da convenção de arbitragem.
>
> Com efeito, a harmonização dos direitos conflituantes pode consistir na modificação da convenção de arbitragem no sentido de, por exemplo: sujeitar a arbitragem a um regulamento de custas e honorários menos dispendioso do que o contratualmente previsto pelas partes, constituir um tribunal arbitral singular em vez de um tribunal colegial, submeter o litígio a arbitragens institucionalizadas que prevejam a isenção de encargos em caso de insuficiência económica, etc.

Apesar de ser uma proposição lógica e concatenada, fundado em bons valores, no entender desse estudo, os exemplos dados não são plausíveis, pois o tribunal estadual não teria poderes para impor modificações dessa monta na convenção de arbitragem sem a concordância das partes.

José Miguel Júdice (2009, p. 184) também aborda alternativas capazes de harmonizar os direitos em conflito aparente, apresentando dois modelos de superação. O primeiro, típico de instituições de arbitragem, seria o de transferir à parte que deseja ver desencadeada a arbitragem os custos de preparo da parte faltosa, "se desejar que o processo prossiga sem que esta pague a sua parte". Essa solução não resolve, porém, a situação de forma plena, porque, como admite o próprio autor, "os custos com o mandatário da parte faltosa, seus peritos e deslocações de testemunhas não estão incluídos". Além disso, pode ser justamente a parte que pretenda procurar seus direitos que esteja em situação de dificuldade econômica. O segundo, baseado na prática alemã, é o de impor à parte não afetada pelo problema que suporte integralmente o ônus arbitral, incluindo honorários razoáveis de advogado, sendo, ao final, ressarcida de acordo com os temos do julgamento.

As sugestões têm, de fato, grande valia se forem parte integrante da convenção de arbitragem ou se estiverem inseridas nos regulamentos do tribunal arbitral indicado ou, até mesmo, se for uma faculdade concedida pelo tribunal à parte saudável economicamente. Porém, inexistindo uma dessas situações, acredita-se que não será possível ao tribunal estadual aplicá-las coercitivamente. Novamente, incorreríamos em modificação exagerada do pacto arbitral, sacrificando demasiadamente uma das partes.

Por conseguinte, embora reconheçamos a importância de se procurar harmonizar direitos em confronto, não vislumbramos, por enquanto, hipóteses passíveis de conciliação. Entendemos correta, desse modo, a interpretação do Tribunal Constitucional de que a configuração deste conflito aceita somente uma solução optativa, favorável ao livre acesso à justiça.

Referido argumento, nos parece, forte e satisfatório para fundamentar, por si só, a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral em boa parte dos casos de insuficiência superveniente, mas a sua aplicação sofre restrições. Objetivamente, as pessoas jurídicas com fins lucrativos e aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não gozam dos benefícios do apoio judiciário, conforme exposto no artigo 7 da lei n.º 34/2004 (modificado pela lei 47/2007), fato este que bloqueia a utilização do preceito inconstitucional por parte dessas instituições. Joaquim Sherman de Macedo (2009, p. 229), esclarece que:

> Uma vez que as pessoas colectivas com fins lucrativos não são elegíveis para efeitos de apoio judiciário nos termos definidos pela lei ordinária, a não concessão de apoio judiciário nos tribunais arbitrais já não pode considerar-se como colocando estas numa situação de falta de defesa que justifique o sacrifício da convenção de arbitragem. Ou seja, quer nos Tribunais Judiciais, quer nos Arbitrais, as pessoas colectivas com fins lucrativos terão que suportar os respectivos custos. Quando impossibilitadas de o fazer, poderão obviamente recorrer aos meios previstos no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Diante desse quadro, torna-se de significativo interesse apreciar os fundamentos jurídico-civis que têm sustentado o não cumprimento da convenção de arbitragem nessas hipóteses, isto é, a aplicação do artigo 790, n.º 1 ou do 437 do CC, n.º 1.

Informa o artigo 790, n.º 1, do CC que a "obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor". Refere-se o dispositivo, para maior parte da doutrina portuguesa, à impossibilidade superveniente, objetiva, absoluta, definitiva. (GOUVEIA, 2012, p. 314).

Nessa esteira, José Carlos Brandão Proença (2011, p. 168-169) nos ensina que:

> Podemos afirmar sem erro que o legislador adoptou como **padrão** da impossibilidade com efeito exoneratório a **impossibilidade objectiva, absoluta, definitiva e total**. A impossibilidade diz-se **objectiva** sempre que o devedor esteja impedido de cumprir por razoes que não dizem respeito à sua pessoa (por ex., o empreiteiro não pode entregar a obra dado que esta ruiu por razões de força maior). Este impedimento é, em si mesmo, uma barreira (objectiva) **inultrapassável pelo devedor ou por qualquer outra pessoa que o possa substituir** (por ex., o bem precioso a entregar pereceu ou a adega onde se encontrava o vinho de uma colheita especial a engarrafar ficou completamente destruída). A impossibilidade objectiva é, assim e em regra, uma impossibilidade **absoluta** na medida em que o impedimento é um obstáculo inultrapassável ("cui resisti non potest") mesmo com esforços suplementares. Por outras palavras, mesmo que o devedor estivesse disposto a sacrifícios enormes não poderia cumprir. Nem ele, nem qualquer outra pessoa. A impossibilidade é **total** quando recai sobre toda a prestação ou sobre o conjunto de prestações cumulativas ou alternativas. A impossibilidade diz-se definitiva quando não for possível o seu cumprimento, por razões físicas ou pela circunstância de não interessar ao credor a sua recepção tardia.

A impossibilidade subjetiva somente ganha contorno e o tratamento do artigo 790, n.º 1, quando tiver natureza infungível. (PROENÇA, 2011, p. 171). É o que se deduz da leitura do artigo 791: "A impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro".

Os requisitos presentes no artigo 790, n.º 1, do CC não são, a nosso ver, atendidos no caso geral aqui estudado. A impossibilidade é relativa à parte, tendo caráter subjetivo e não objetivo. A alteração da situação econômica da parte é, a princípio, um fato temporário. E principalmente, a falta de recursos financeiros não configura uma impossibilidade absoluta da prestação, mesmo sem culpa do devedor.[17] Nesse sentido, convém citar a lição de Antunes Varela (1997, p. 68):

> Para que a obrigação se extingua, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente **impossível**, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por acção do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado **extraordinariamente onerosa** ou **excessivamente difícil** para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos.
>
> Causa a extinção da obrigação é a **impossibilidade** (física ou legal) da prestação (a que pleonasticamente se poderia chamar **impossibilidade absoluta**), não a simples **difficultas praestandi**, a impossibilidade relativa.

Ao consagrar referido regime, o legislador português optou manifestamente por impedir as incertezas e riscos de arbítrio que podem resultar de uma orientação

[17] Cf.: GOUVEIA, 2012, pp.314-xxx?; (MACEDO, 2009, passim).

oposta. No entanto, também expressamente, trouxe algumas atenuações como, por exemplo, o artigo 437 que trata da resolução e alteração de contratos. (COSTA, 2011, p. 1075). Frente a essas constatações, consideramos que o artigo 790, n.º 1, não sustenta a desconsideração dos efeitos de uma convenção de arbitragem.

Melhor, sem dúvida, a fundamentação com sede no artigo 437, n.º 1, do CC:

> 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. [...]

A resolução ou modificação do contrato é propositalmente genérica, permitindo, com isso, que, diante do caso concreto e observando o princípio da boa-fé e a base contratual, o tribunal possa ou não conceder a resolução ou modificação do acordo de vontades (LIMA; VARELA, 1987, p. 413), desde que estejam presentes alguns requisitos: i) a alteração relevante diga respeito à circunstância em que se alicerçou a decisão de contratar; ii) as circunstâncias tenham sofrido uma alteração anormal; iii) que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes; iv) a manutenção do contrato ou de seus termos afete gravemente os princípios da boa fé; v) a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do negócio. (COSTA, 2011, pp. 336-340).

A possibilidade efetiva de tutelar direitos através da arbitragem é um "entendimento-pressuposto" dos respectivos outorgantes, sendo, portanto, a disponibilidade de meios um elemento que integra a base objetiva causal do negócio jurídico autónomo (convenção de arbitragem). Existindo alteração anormal (incapacidade econômica), a parte vulnerável sofre lesão ao seu direito fundamental de acesso à justiça, ilustrado no conflito de direitos tratado anteriormente. O desequilíbrio contratual causado pela dificuldade financeira e a prevalência do direito fundamental provocam, a luz do princípio da boa-fé, a inexigibilidade da obrigação. A falta de dinheiro para promover a arbitragem não pode também ser considerada um risco próprio da convenção de arbitragem, ligados, como bem afirma Sherman de Macedo, "às vicitudes da constituição, funcionamento, actividade do tribunal, ao risco de inarbitrabilidade do litígio, à eventual violação de normas e princípios que determinem uma futura anulação da decisão proferida pelos árbitros, às complexidades da realização de arbitragens multi-partes" (MACEDO, 2009, p. 240), entre muitos outros.[18] Preenchidos, portanto, todos os requisitos do artigo 437.

Evidentemente, a utilização do mencionado dispositivo deve ser realizada com o máximo de cuidado e diligencia, visto que a caracterização de cada um dos pressupostos legais carece de apreciação casuística, consonante às peculiaridades dos fatos em discussão.

Por fim, há de se observar que, nos moldes do n.º 2 do artigo 437.º do CC, a parte que esteja em situação de poder resolver ou modificar a convenção de arbitragem por

[18] Cf.: (MACEDO, 2009, p. 240). Em sentido divergente, defendendo a não-aplicação do artigo 437 nas hipóteses de insuficiência econômica superveniente cf.: (GOUVEIA, 2012, *passim*)

mudança na conjuntura e opte pela resolução deve, igualmente, sujeitar-se ao direito da contraparte de optar pela modificação dos termos da convenção. Parece-nos boa e justa a solução de conferir, à parte contra quem é invocada a resolução da convenção de arbitragem, o direito de optar pela manutenção da convenção e da consequente jurisdição arbitral, oferecendo-se para adiantar ou efetivamente suportar os respectivos custos, proporcionalmente às dificuldades econômicas. (MACEDO, 2009, p. 242).

3.2 ANTERIOR

E se a insuficiência econômica de uma das partes for anterior ou simultânea à convenção de arbitragem? Poderá ela se furtar da obrigação convencional? Há como suscitar o direito constitucional de acesso ao judiciário?

A princípio, não. A resposta passa, a nosso ver, pela aplicabilidade da técnica do "abuso de direito",[19] na modalidade *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Deixando-se de lado, por uma questão de objetividade, os debates teóricos que tentaram conceituar, justificar e estabelecer critérios sobre o abuso de direito, adotaremos, para fins de estudo, a proposição de Coutinho de Abreu (1983, p. 43), por sua clareza e síntese. Segundo o ilustre professor: "Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem".

O abuso de direito está positivado no código civil português de 1966, mais precisamente no artigo 334, que arrazoa ser "ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Assim, a mensuração do que pode ou não ser considerado exercício legítimo de determinado direito será dado pela boa fé, pelos bons costumes e pela função social e/ou econômica desses direitos.

A proibição de comportamento contraditório é uma modalidade clássica de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – consequência da função integrativa de boa-fé objetiva. Com referido princípio, obsta-se que alguém possa contradizer seu comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. Sobre o instituto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 708) explicam:

> Há, destarte, uma sequência de dois comportamentos incoerentes entre si: um primeiro comportamento (o **factum proprium**), que desperta uma determinada confiança, e um outro sequencial (o **venire**), que assaca contra a confiança despertada anteriormente (incoerência valorativa).
>
> Sanciona-se como inadmissível toda pretensão que, isoladamente analisada, estaria no campo da licitude, mas descamba para a ilucitude em face da sua compreensão a luz de um comportamento anterior praticado pelo mesmo sujeito. Seguramente, o seu **fundamento** está na confiança despertada no outro que está de boa-fé, em razão de uma primeira conduta realizada.

[19] Para aprofundamento sobre a teoria do abuso de direito cf.: FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 695; ABREU, 1983, p. 15; JOSSERAND, 1927; SÁ, 1973, p. 456; NEVES, 1967.

A invocação da tutela constitucional de acesso à justiça por quem, desde a assinatura da convenção de arbitragem, já se encontrava em situação de insuficiência econômica, para se eximir do cumprimento da mesma, enquadra-se, perfeitamente, dentro dos elementos essenciais (caracterizadores) para a proibição de comportamento contraditório. Vejamos: i) conduta inicial (convenção de arbitragem); ii) legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial (produção dos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem – incompetência absoluta do juízo estadual); iii) comportamento contraditório em relação à conduta inicial (não cumprimento da convenção arbitral, mesmo que nenhuma circunstância superveniente relevante tenha ocorrido); iv) prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição (descumprimento obrigacional e utilização de um método de resolução de conflitos diferente).

Não há, igualmente, respaldo no campo do direito civil. O artigo 401. do CC versa sobre a nulidade do negócio jurídico por impossibilidade originária, mas deixa explícito, no n.º 3, tratar-se de entrave de natureza objetiva[20].

Admitimos, porém, exceções. Se comprovado, por exemplo, que a outra parte tenha agido com má-fé na estipulação da convenção de arbitragem, aproveitando-se de conhecida fragilidade econômica do contratante vulnerável, não se aplica a regra, porquanto a expectativa seria também ilegítima.

4. CLÁUSULAS GERAIS CONTRATUAIS

Os contratos, na sua visão tradicional, derivam de uma discussão precedente entre negociadores livres que contribuem e interferem na sua efetiva elaboração. Todavia, com o passar do tempo e a evolução do capitalismo moderno, muitas cláusulas passaram a ser redigidas de antemão e unilateralmente por um dos contratantes, principalmente nas relações de consumo. São as chamadas cláusulas gerais contratuais ou contratos de adesão. (COSTA, 2011, pp. 243-244). Antunes Varela (2000, p. 253), sobre o assunto, anota que

> [...] determinadas empresas, explorando certos ramos de atividade comercial ou industrial ou a prestação de determinados serviços, em lugar de discutirem caso por caso o conteúdo dos contratos que celebram com os seus clientes, adoptam determinados **padrões** ou **modelos** que utilizam na generalidade dos seus contratos. Depois, seja porque a empresa tem o monopólio da atividade que explora, seja porque igual atitude é tomada por todas as empresas concorrentes (pondo em jogo a força resultante da sua fácil união com a **fraqueza** relativa da outra parte, proveniente da sua debilidade económica ou da dispersão dos seus membros), os particulares, necessitados de celebrar o contrato, são forçados pelas circunstâncias a aceitar o modelo que de certo modo lhes é imposto. Eles são livres apenas para **aderir ao modelo**, **padrão** ou **cláusula** que lhes é oferecida, ou de a **rejeitar**, não de **discutirem** ou **alterarem** o **conteúdo** da proposta. Não há aqui, por conseguinte, a livre discussão entre as duas partes,

[20] Exemplificando o que seria uma impossibilidade originária objetiva, Antunes Varela explica que "é impossível a obrigação de entregar um objecto que foi anteriormente consumido por um incêndio; mas não é impossível a obrigação assumida por um cego de **vigiar** uma casa, nem a obrigação assumida por uma fábrica quanto a um fornecimento que exceda a sua capacidade de laboração. Nesses últimos casos não há impossibilidade em relação ao objecto (impossibilidade **objectiva**), mas em relação a pessoa que se obriga (impossibilidade **subjectiva**). (LIMA, 1997, p. 351).

> que salutarmente costumava preceder a fixação do conteúdo do contrato e da qual nascia a seiva ético-jurídico do negócio bilateral.

A medida que esse tipo de cláusula foi se alastrando mundo afora, sentiu-se a necessidade de regulá-las para evitar abusos. Em Portugal, a norma que aborda o tema é o DL n.º 446/85. O seu âmbito de aplicação encontra-se inserido no artigo 1.º, abrangendo as "cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar" (n.º 1) e também aquelas " inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar" (n.º 2), cabendo o "ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo" (n.º 3).[21]

O DL 446/85 dispõe sobre cláusulas gerais consideradas absoluta e relativamente proibidas. Nas relações envolvendo apenas empresários e entidades equiparadas aplicam-se as regras dos artigos 18.º (proibição absoluta) e 19.º (proibição relativa). Naquelas em que figuram um consumidor final, além das hipóteses dos dispositivos acima mencionados (artigo 20.º), são empregadas também as que estão presentes nos artigos 21 e 22.º

Face o referido contexto, doutrina e jurisprudência portuguesas passaram a discutir se uma convenção de arbitragem resultante de um contrato de adesão poderia atribuir competência exclusiva a um tribunal arbitral ou se, ao contrário, apesar da validade da convenção, a parte aderente poderia optar pela arbitragem ou pela justiça estadual. Isso porque o artigo 21 do DL 446/85, alínea h, aduz serem absolutamente proibidas cláusulas gerais que "excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei".

A decisão proferida pelo STJ retrata a tese favorável à possibilidade de exclusividade do juízo arbitral, expondo que:

> Há de se interpretar devidamente o conteúdo do citado artigo 21, alínea h) do declei 446/85.
>
> Analisando o texto da referida cláusula, facilmente se constata que ela é composta por duas orações, ligadas pela conjunção " ou ".
>
> A expressão "ou" é uma conjunção disjuntiva, que indica uma alternativa.
>
> Assim, o texto do mencionado artigo 21, alínea h) contempla três situações distintas:
>
> - cláusulas que excluam de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes;
>
> - cláusulas que limitem de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes:
>
> - cláusulas que prevejam as modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.
>
> Por isso, o que tal alínea pretende evitar é que uma das partes em litígio impeça

[21] Estão excluídas do âmbito de aplicação da lei, de acordo com o Artigo 3..º: a) A cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; b) A cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; c) A contratos submetidos a normas de direito público; d) Actos do direito da família ou do direito das sucessões; e) A cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

> a outra de recorrer às instâncias judiciais, sempre que elas, à partida, não tenham validamente estabelecido o recurso exclusivo ao tribunal arbitral.

Discordamos, porém, desse entendimento. A existência de uma cláusula arbitral que confira ao tribunal arbitral competência exclusiva e que culmine na incompetência absoluta do tribunal estadual é, por si só, um limitador da tutela judicial. Ainda que perfilhemos o entendimento de que o tribunal arbitral seja, também, um instrumento de tutela judicial, não se pode negar que a exclusividade do meio restringe as ações da parte. O estabelecimento do recurso exclusivo ao tribunal arbitral sem negociação real entre as partes, fruto de imposição fática, fere o espírito da norma, devendo ser considerado nulo. A melhor interpretação do artigo 21, h, do DL 445/85 é na direção de reconhecer que a arbitragem assumiria, no máximo, o papel de alternativa para o aderente, e não de único caminho.

O direito brasileiro traz, nesse sentido, alguns bons parâmetros. O artigo 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem) informa que nos contratos de adesão "[...] a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."

Por sua vez, o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa dos Consumidores brasileiro, considera nulas de pleno as cláusulas contratuais gerais que "determinem a utilização compulsória de arbitragem". Em conhecido acórdão, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, Nancy Andrighi, expõe as razões de ser desse posicionamento na legislação tupiniquim:

> O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos.
> Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada. (REsp 1.169.841-RJ)

A despeito das diferenças legislativas, o espírito e a lógica a serem seguidos em ambos os ordenamentos, brasileiro e português, nos parecem similares. Uma interpretação[22] teleológica do DL 446/85 incita-nos a considerar, em regra, abusiva, face as circunstâncias das cláusulas gerais contratuais, as convenções de arbitragem que excluam completamente a justiça estadual.

Mas, independente da discussão acima exposta, aceitando ou não a exclusividade do juízo arbitral, a desconsideração da convenção de arbitragem por questões econômicas

[22] É certo que toda legislação está sujeita à interpretação, não somente as obscuras e ambíguas, até porque, como bem retrata Degni, a clareza da norma é relativa. Uma lei pode parecer simples a quem a examinar superficialmente, mas complexa para quem verifica outros elementos como seus fins, precedentes históricos, conexões sociais, etc. Para aprofundar-se no tema cf.: DEGNI, 1909 apud DINIZ, 2011, p. 78; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 109, passim; DINIZ, 2011, p. 80 passim; GONÇALVES, 2012, p. 80; PEREIRA, 2001, p. 199.

ainda assim será plausível, seja ela motivada por fatos supervenientes ou prévios. Por causas posteriores à realização do contrato, pelos motivos tratados nos itens anteriores e pela limitação que a dificuldade financeira acarreta para acesso ao tribunal. Por causas anteriores, pelo fato de não se poder alegar a *venire contra factum proprium*, já que não há de fato uma negociação e, portanto, um comportamento contraditório.

5. DESPROPORÇÃO ACENTUADA DOS CUSTOS DA ARBITRAGEM EM RELAÇÃO AO DIREITO DISCUTIDO

Questão das mais tortuosas é a que se refere à desproporção notória e relevante (exagerada) dos custos da arbitragem[23] em relação ao direito discutido, ou seja, quando, apesar da condição econômica favorável das partes e da validade jurídica da convenção de arbitragem, o elevado valor da prestação de serviço se transforma em um obstáculo fático quase que instransponível diante da análise custo-benefício.

Em regra, tais circunstâncias não desencadeiam a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral. A autonomia das partes, a livre iniciativa, a liberdade negocial, o respeito aos contratos, etc., fundamentam, facilmente, essa posição, até porque a desproporção custo-benefício é igualmente percebida na justiça estadual.

No entanto, existem, a nosso ver, situações extremas em que a "exceção de preterição de tribunal arbitral" conduz, única e exclusivamente, a não discussão de demandas e à consolidação de práticas de enriquecimento indevido. Para ilustrar nossa afirmativa, partiremos de um exemplo hipotético verossímil.[24] Imaginemos:

- A, B, C e D sejam sócios de uma sociedade por quotas denominada SE com sede e atuação na cidade de Coimbra/Portugal;
- a distribuição das quotas seja a seguinte: A (55%); B (15%); C(15%) e D (15%);
- o contrato social de SE, datado e registrado em 01 de janeiro de 2012, atribua a A a função de sócios-gerentes;
- B, C, e D sejam sócios investidores que ingressaram na sociedade, em razão das boas perspectivas de lucros demonstradas no plano de negócios apresentado por A, em tratativas anteriores à constituição social;
- a sociedade venha, de fato, obtendo lucros consideráveis desde o início de suas atividades, mas que estes lucros estejam sendo retidos em reservas várias e, em parte, investidos nas atividades empresariais;
- o sócio-gerente (A) receba remuneração anualmente atualizada, bem como gratificação anual, deliberadas em assembleia;
- os sócios B, C e D nada receberam da sociedade SE e votaram contra as propostas de aplicação de resultados;
- haja no contrato social, originalmente assinado por todos os sócios, uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória) determinando que todas as questões relativas à impugnações das deliberações sociais serão decididas por uma Câmara de Arbitragem localizada na França;

23 Sobre custos da arbitragem cf.: MARQUES, 2013, pp. 97-137; JÚDICE, 2013, pp.139-166.

24 Caso parecido, porém sem convenção de arbitragem, é abordado por ABREU, 2009, pp. 33-47. Para ampliar os estudos envolvendo direito societário e arbitragem cf.: SANTOS 2012; DIAS, 2012; pp. 291-304; CARAMELO, 2011, pp. 8-64.

- os sócios A, B, C e D tenham condições econômicas suficientes para arcar com os custos de instalação da arbitragem;
- os custos para a instalação da arbitragem seja de 300.000,00 euros, o que corresponde a três vezes o valor das reservas sociais de SE;
- os sócios B, C e D tenham tomado conhecimento dos altíssimos valores que envolvem a arbitragem institucional na França somente após o mal estar causado pela retenção dos lucros.

No exemplo apresentado, nenhuma das partes pode alegar insuficiência de fundos para iniciar a arbitragem. A convecção faz parte de um acordo de vontades (contrato social) escrito, assinado e registrado. Não há vício formal, nem aparente. O contrato não é de adesão, pois as partes puderam discutir e influenciar o seu conteúdo material, não se aplicando, portanto, a legislação sobre cláusulas contratuais gerais.

Por outro lado, a atribuição a um órgão arbitral localizado na França e com custos elevadíssimos é, sem dúvida, um obstáculo real e relevante ao exercício da impugnação das deliberações sociais abusivas. O custo-benefício de encaminhamento à arbitragem mostra-se, nos termos propostos, inviável (para o padrão do homem médio), visto que os sócios B, C e D teriam que arcar, para simples instalação, com o corresponde a três vezes o valor das reservas que pretendiam ver distribuídas. O efeito negativo da convenção de arbitragem somado à quase irrealizável condição financeira da prestação de serviços poderiam gerar expropriação dos créditos relativos às participações sociais e a um enriquecimento desmerecido do sócio A.

Esse quadro conduz-nos à formulação de novas perguntas: Teriam os sócios B, C e D que suportar tais ônus? Seria esse um preço a se pagar pela negligência de não terem verificado os custos da arbitragem? Deverá prevalecer a manifestação de vontade, realizada de forma livre e autônoma, mesmo que ela conduza à consolidação de práticas em desconformidade com o direito[25] e, principalmente, com os ideais de justiça?

A resposta para tais questões passa novamente pela aplicabilidade ou não da técnica do "abuso de direito", presente no artigo 334 do Código Civil Português. Parece-nos que o objetivo funcional dos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem é o de garantir que determinadas questões de natureza patrimoniais possam, quando as partes assim o desejarem, ser decididas por um método diferente daquele ofertado pelo Estado, permitindo, desse modo, uma apreciação mais adequada, rápida e técnica (razões determinantes para o sucesso arbitral).

Entretanto, na hipótese apresentada, percebe-se a existência de uma discrepância entre esse objetivo e o que realmente ocorre na prática. Uma possível "excepção de preterição", baseada na convenção de arbitragem válida (que cumpre os requisitos à letra da norma), não teria o condão de direcionar a controvérsia para o tribunal de

25 A desconformidade do direito no exemplo dado pode ser facilmente deduzida por uma simples leitura do Artigo 217 do CSC: "(Direito aos lucros do exercício) 1 - Salvo diferente cláusula contratual ou deliberação tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral para o efeito convocada, não pode deixar de ser distribuído aos sócios metade do lucro do exercício que, nos termos desta lei, seja distribuível. 2 - O crédito do sócio à sua parte dos lucros vence-se decorridos trinta dias sobre a deliberação de atribuição de lucros, salvo diferimento consentido pelo sócio; os sócios podem, contudo, deliberar, com fundamento em situação excepcional da sociedade, a extensão daquele prazo até mais sessenta dias. 3 - Se, pelo contrato de sociedade, os gerentes ou fiscais tiverem direito a uma participação nos lucros, esta só pode ser paga depois de postos a pagamento os lucros dos sócios." (PORTUGAL, 1986).

arbitragem, e sim de negar o exercício de qualquer jurisdição. **A** detendo a maioria da participação societária, além de ser o administrador da sociedade, jamais sofrerá com deliberações abusivas e, desse modo, não precisará se socorrer à arbitragem institucional de alto custo. Configurada estaria uma verdadeira armadilha aos interesses dos sócios B, C e D.

Associando os fatos à definição de abuso de direito adotada, podemos concluir pela caracterização do abuso:

> Há abuso de direito quando um comportamento (invocação da excepção de preterição), aparentando ser exercício de um direito (cumprimento da convenção de arbitragem), se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento (encaminhamento do litígio ao tribunal arbitral institucional) e na negação de interesses sensíveis de outrem (negativa da discussão sobre as deliberações sociais).

Em relação ao artigo 334, a hipótese seria o de abuso de direito por exceder, manifesta e simultaneamente, os limites impostos pela boa fé, fim social e econômico.

E o que precisaria ser comprovado? A intenção ou a simples contradição entre o fim da norma e a execução?

Basta, a nosso sentir, a demonstração objetiva da deformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. Caso contrário, o funcionamento do mecanismo ficaria seriamente prejudicado pelas inúmeras dificuldades de verificação do elemento subjetivo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 697) defendem

> [...] não ser aconselhável investigar a intenção e a vontade do agente para qualificar o ato abusivo, sob pena de retorno à noção psicológica de dolo e culpa que caracterizava a remota teoria dos atos emulativos. Em sentido contrário, o método objetivo é mais adequado, pois faz decorrer a intensão do próprio ato danoso, isto é, de elementos materiais suscetíveis de demonstração imediata.

Mas bons e fortes argumentos opostos merecem ser assinalados. Afinal, a própria arguição do abuso de direito para fugir dos efeitos da convenção de arbitragem pode ser vista como abusiva. Estaríamos diante do clássico princípio do *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório)?

Pelo menos no episódio em estudo, não corroboramos com essa ideia. O *venire contra factum proprium,* para caracterizar hipótese de abuso de direito, tem como fundamento a ruptura da confiança despertada no outro que está de boa fé, em razão de uma primeira conduta. Com os fatos expostos, é fácil vislumbrar que B, C e D não agiriam da forma que fizeram se tivessem consciência do elevado custo. De outro lado, infere-se que A não tinha uma expectativa legítima, pois, mais do que a escolha de um método alternativo, é a inviabilidade de se discutir que lhes interessava. Note-se que, no caso, sequer ruptura de confiança de A haveria, a menos que se considere a fidúcia em não levar questões desse cariz à decisão de um terceiro imparcial.

Apesar de admitirmos a adoção do abuso de direito para fins de desconsideração da convenção de arbitragem nesse exemplo e em outras situações similares (análogas ou não) a esta, importa ser cauteloso em tal procedimento, sob pena de abrirmos uma perigosa porta para condutas oportunistas, que tendem a enfraquecer a arbitragem.

Isso, sem dúvida, seria pernicioso, não só para esse meio alternativo de justiça, mas também para as próprias relações privadas contemporâneas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração dos efeitos positivos e negativos de uma convenção de arbitragem, seja por razões econômicas ou por outras, é um tema complexo e pungente. Nem a vulgarização das hipóteses de ruptura da exclusividade arbitral, nem, por outro lado, a absolutização das cláusulas convencionais, são saudáveis para os ordenamentos jurídicos diversos. É preciso buscar um equilíbrio, guiando-se, sempre, pelos ideais de justiça.

O presente estudo abordou o tema no direito português e concluiu que existem situações em que o afastamento da convenção arbitral por razões econômicas se justifica. São eles: i) insolvência de uma das partes; ii) Insuficiência econômica superveniente; iii) convenção de arbitragem sedimentada em contrato de adesão; iv) desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido.

Em casos de insolvência de uma das partes, de acordo com o artigo 87 da NLAV, o efeito negativo da convenção de arbitragem pode ser afastado e a controvérsia pode ser decidida pelo juízo do Estado. Contudo, para que isso ocorra, alguns requisitos precisam estar presentes: i) que o encaminhamento ao juízo arbitral possa interferir economicamente no valor da massa (o que normalmente acontece); ii) que a demanda não esteja submetida a um regime previsto em tratado internacional aplicável ao caso; iii) que o processo arbitral ainda não tenha sido devidamente instaurado à data da declaração de insolvência, hipótese em que seu feito prosseguirá até o fim.

A insuficiência econômica de uma das partes posterior à realização da convenção é de igual modo uma causa para a desconsideração dos efeitos da convenção arbitral. Embora a NLVA não contenha um dispositivo específico que regule explicitamente essa situação, entendemos que a garantia constitucional de apoio e acesso à justiça (artigo 20, n.º 1, CRP) e previsão de modificação contratual por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do CC) fundamentam solidamente essa hipótese.

A exclusividade do juízo arbitral também pode ser afastada quando tiver origem em um contrato de adesão. Citada hipótese encontra acostamento no artigo 21 do DL 446/85, alínea h, que aduz serem absolutamente proibidas cláusulas gerais que "excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei".

Por fim, desproporção acentuada dos custos da arbitragem em relação ao direito discutido pode ocorrer baseado no instituto jurídico do abuso de direito, sendo necessário, a nosso ver, apenas a demonstração objetiva da deformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de Direito:** ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. (2ª reimpressão 2006). Coimbra: Almedina, 1983.

____. Diálogos com a Jurisprudência: deliberações dos sócios abusivas e contrárias aos bons costumes. **Direito das sociedades em revista**, Coimbra, ano 1, v. 1, 2009.

ANDRADE, José Robin de. Prefácio. In: MENDES, Armindo Ribeiro et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem:** LAV de 2011. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei n.º 8.078. (Código de Defesa do Consumidor) Brasília, 1990.

____. Lei n. 9.307. (Lei de Arbitragem). Brasília, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do Árbitro. **Revista internacional de arbitragem e conciliação**, Coimbra, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. Decisões arbitrais internacionais e sua revisão. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA, 4. Coimbra. **Anais**... Coimbra: Almedina, 2011.

CORREIA, António Ferrer. Da arbitragem internacional. In: **Temas de direito comercial, arbitragem comercial internacional, reconhecimento de sentenças estrangeiras, conflitos de leis.** Coimbra: Almedina, 1989.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 12. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G Garth. **Dealing in Virtue:** international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago, 1996.

DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). In: CONGRESSO [DE] DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 2. **Anais**... Coimbra: Almedina, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Os Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência. In: JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: olhares transmontanos. 1. Valpaços: Câmara Municipal de Valpaços, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado.** Lisboa: Quid Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral, .14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GARTH, Bryant G. Garth. **Dealing in Virtue:** international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago, 1996.

GIMENEZ-CORTE, Cristián. Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: transnational law and how nation states lost the monopoly of legitimate enforcement (January 1, 2013). **Transnational Legal Theory**, v. 3, n. 4, 2012.

GOLDMAN, Berthold. Frontièris du droit et lex mercatória. **Archives de la philosophie du droit**, n.9 , 1964.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Curso de Direito Civil:** parte geral.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (E-book)

GOUVEIA, Rita. Convenção de arbitragem em caso de insuficiência económica. In: CONGRESSO [DE] DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 2. **Anais...** Coimbra: Almedina, 2012.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité:** théorie dite de l'abus des droits, Paris: 1927.

JÚDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional. **Revista Internacional de Arbitragem e Mediação**: Associação Portuguesa de Arbitragem, ano 2, Coimbra, 2009.

____. Fixação dos honorários dos árbitros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação** Coimbra, v. 6, 2013.

JUENGER, Friedrich. The lex mercatória and private internacional law. 1997. In: **Uniform Law R.**, 5, 2000.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITÃO, Luís Miguel Teles de Menezes. **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012a.

____. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012b.

LIMA, Pires; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado** Coimbra: Coimbra, 1987. v. 1.

MACEDO, Joaquim Sherman. Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes. **Revista Themis**, ano 9, n.º 16, PÁGINAS CONSULTADAS Coimbra: Almedina, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito internacional:** do paradigma clássico ao pós-onze de setembro. 4. ed. , 2013.

MANIRUZZAMAN, A. F. M. The Lex Mercatoria and International Contracts: a challenge for international commercial arbitration? **American University International Law Review**, INFORMAR CIDADE, v. 14, n. 3, 1999.

MARQUES, João Paulo Remédio. Algumas notas sobre a determinação e fixação dos custos da arbitragem, incluindo os honorários dos juízes-árbitros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra, 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDES, Armindo Ribeiro. A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade? **Revista internacional de arbitragem e conciliação.** n. 5 Coimbra, 2012.

NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto:** questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: 1967. v. 1.

NOTTAGE, Luke R. The Procedural Lex Mercatoria: the past, present and future of international commercial arbitration. **Sydney Law School Research Paper,** n. 06/51; **CDAMS Discussion Paper** n. 03/1E. Sydney, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=838028>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil:** alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Comercial Internacional.** Coimbra: Almedina, 2005a.

____. **Arbitragem transnacional:** a determinação do estatuto de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005b.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 44.129, (Antigo Código de Processo Civil). Lisboa: 1961

____. Decreto-Lei 47344 (Código Cívil). Lisboa:1966.

____. Decreto-Lei n.º 446 (Regime jurídico das cláusulas gerais contratuais). Lisboa: 1985.

____. Decreto-Lei n.º 262 (Código das Sociedades Comerciais) Lisboa: 1986.

____. Lei n.º 34 (Lei de acesso ao direito e aos tribunais) Lisboa: INFORMAR EDITORA OU ÓRGÃO EDITOR, 2004.

____. Decreto-lei n.º 53 (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) Lisboa: 2004.

____. **Tribunal Constitucional.** Acórdão n.º 311. Lisboa: 2008.

____. Lei n.º 63 (Lei de arbitragem voluntária) Lisboa: 2011.

____. Lei n.º 41 (Novo Código de Processo Civil) Lisboa: 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **Lições de cumprimento e não-cumprimento das obrigações.** Coimbra: Coimbra, 2011.

PROL, Frascisco G. As leis de arbitragem ibéricas: recentes alterações. In: Caldas da Rainha. **Anais...** Caldas da Rainha: APA, 2013.

SÁ, F. A. Cunha de. **Abuso do Direito**. (reimpressão 2005) .Coimbra: Almedina, 1973

SANTOS. Tânia Vanessa de Oliveira dos. **A arbitrabilidade das questões societárias:** a impugnação das deliberações sociais. 2012. 86 f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2012.

SCHMITTHOFF, Clive. Das neue Recht des Welthandels. In: **Rabels**, 28, 1964.

SOTO, Ricardo Alonso. Globalización y derecho comercial. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:** internacionalização do direito no novo século. Coimbra: Coimbra, 2009.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado:** teoria e prática. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança Corporativa:** fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral** . 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2

VICENTE, Dário Moura. Artigo 5.º da NLAV. In: ____ et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Pedro Siza. Artigo 18 da NLAV. In: ____ et al. **Lei de arbitragem voluntária anotada.** Coimbra: Almedina, 2012.

RECEBIDO EM: 16/01/2016
APROVADO EM: 14/02/2016